

#### 4. Abschnitt

### Erkenntnisse und Beschlüsse

#### Vorbemerkungen zum 4. Abschnitt

##### Zu den Art. 130 bis 136 B-VG

##### Literatur

*Bergthaler*, ZVG 2015, 297; *Berka*, Verfassungsrecht<sup>6</sup> Rz 932; *Bußjäger*, Dritte Piste, Die Presse 20.2.2017; *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit; *Grof*, Die Trennung zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht aus national- und europarechtlichem Blickwinkel, 2017, 52 ff; *ders*, SPRW 2016, 107; *ders*, *ecolex* 2016, 739; *ders*, ZVG 2015, 492; *ders*, ZUV 2013, 63; *Eberhard/Ranacher/Weinhandl/Wallnöfer*, ZfV 2017, 226; *Holoubek*, ZfV 2015, 164; *Holzinger/Hiesl*, Verfahren<sup>7</sup>; *Kleiser*, Der Stellenwert von Erläuterungen in der Argumentation des VwGH in Steiner/Breitwieser (Hrsg), Legislative Materialien und Kundmachung von Rechtsnormen, 2015, 101; *Kneihs*, NLMR 2014, 5; *Kneihs/Schmidlechner*, JRP 2016, 8; *Leeb*, Das Verfahrensrecht der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung ihrer Kognitionsbefugnis, in Janko/Leeb, Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, 98; *Leeb/Zeinhofer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Das Verfahren der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte, in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht, Jahrbuch 2014, 35; *Lienbacher*, ZfV 2015, 194; *Leeb*, § 28 in Hengstschläger/Leeb (Hrsg), AVG – Ergänzungsband, 134; *Mayer/Muzak*, B-VG<sup>8</sup>; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Verfassungsrecht<sup>9</sup>; *Merli*, Die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte erster Instanz in Holoubek/Lang, Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, 65; *Öhlinger*, ZUV 2012, 51; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>10</sup>; *Schoch*, ZfV 2015, 5.

##### Materialien

EBRV 1618 B1gNR 24. GP (zu BGBl I 2012/51)

##### »Allgemeiner Teil

##### Vorbemerkung:

*Seit mehr als 20 Jahren werden in Österreich intensive Bemühungen unternommen, eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit einzuführen. Waren diese anfangs hauptsächlich von föderalistischen und allgemeinen rechtsstaatlichen Motiven geleitet, sind in der Folge die Erfüllung der Anforderungen, die Art. 5, Art. 6 und in jüngster Zeit auch Art. 13 EMRK und das Unionsrecht (vgl. Art. 47 der Charta der*

Grundrechte der Europäischen Union) an den Verwaltungsrechtsschutz stellen, sowie in den letzten Jahren die dringende Notwendigkeit einer Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes als weitere Ziele hinzugetreten. Einen ersten wichtigen Zwischenschritt stellte die mit der Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988, BGBl. Nr. 685, erfolgte Einführung der unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern dar.

Zuletzt war die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit Gegenstand der Beratungen des Österreich-Konvents und des vom Nationalrat der XXII. Gesetzgebungsperiode gebildeten Besonderen Ausschusses zur Beratung der Ergebnisse des Österreich-Konvents. Entsprechend dem Regierungsprogramm der Bundesregierung für die XXIII. Gesetzgebungsperiode wurde im Bundeskanzleramt eine Expertengruppe für Staats- und Verwaltungsreform eingerichtet, die auf der Grundlage der Arbeiten des Österreich-Konvents und des Besonderen Ausschusses Textvorschläge für eine umfassende Verfassungsreform ausarbeiten sollte. Diese Expertengruppe legte im Juli 2007 den Entwurf einer B-VG-Novelle vor, der ua. die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit beinhaltet (94/ME [XXIII. GP], abgedruckt in JRP 2007, 364 und Holoubek/Lang [Hrsg.], Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz [2008], 387). Mit dem Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsvereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl. I Nr. 2/2008, wurde allerdings zunächst nur der die Verfassungsbereinigung betreffende Teil dieses Entwurfes verwirklicht (sowie anstelle des bisherigen unabhängigen Bundesasylsenates ein Asylgerichtshof eingerichtet); zu einer Beschlussfassung über die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist es in der XXIII. GP nicht mehr gekommen.

Auch das Regierungsprogramm der Bundesregierung für die XXIV. Gesetzgebungsperiode sieht im Kapitel »Leistungsfähiger Staat« die Einführung einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Zweck dieses Vorhabens ist ein Ausbau des Rechtsschutzsystems im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung und eines verstärkten Bürgerservice sowie die Entlastung des Verwaltungsgerichtshofes. Mit dem Entwurf soll dieses Vorhaben verwirklicht werden.

Grundlagen des Entwurfes sind der Entwurf 94/ME (XXIII. GP) und der Entwurf 129/ME (XXIV. GP). Wo dies zweckmäßig erschien, wurden dabei die Ergebnisse der über diese Entwürfe durchgeführten allgemeinen Begutachtungsverfahren berücksichtigt. Ferner wurde der Entwurf 129/ME (XXIV. GP) in einzelnen Punkten – insb. unter dem Gesichtspunkt, die den Ländern durch die Einrichtung von Verwaltungsgerichten entstehenden Mehrausgaben so gering wie möglich zu halten – modifiziert. Der Entwurf entspricht damit dem in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe im Oktober 2011 konsentierten Ergebnis.

#### **Hauptgesichtspunkte des Entwurfes:**

- ▷ Der Entwurf sieht die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor. Danach soll es für jedes Land ein Verwaltungsgericht erster Instanz

*und für den Bund zwei Verwaltungsgerichte erster Instanz geben (»9+2-Modell«). Die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern sollen in den Verwaltungsgerichten der Länder aufgehen. Der Asylgerichtshof soll zum Verwaltungsgericht des Bundes werden. Das Verwaltungsgericht des Bundes soll jedenfalls an die Stelle des Bundesvergabeamtes treten, das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen an die Stelle des unabhängigen Finanzsenates. Die Zuständigkeiten der Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag und der sonstigen weisungsfrei gestellten Organe sollen, soweit sie eine rechtsprechende Tätigkeit ausüben, auf die Verwaltungsgerichte übergehen. Materienspezifischen Besonderheiten außerhalb der Finanzgerichtsbarkeit soll durch die Möglichkeit der Einrichtung von Fachsenaten und der Mitwirkung von fachkundigen Laienrichtern sowie der Erlassung von Sonderverfahrensrecht Rechnung getragen werden können.*

- ▷ *In einer sehr allgemeinen Form kann gesagt werden, dass der administrative Instanzenzug derzeit in der staatlichen Verwaltung bis zum zuständigen obersten Organ des jeweiligen Vollzugsbereiches des Bundes oder des Landes verläuft, soweit nicht verfassungsgesetzlich anderes bestimmt oder der Instanzenzug durch einfaches Gesetz abgekürzt oder ganz ausgeschlossen ist; solche Regelungen sind zahlreich und können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden. Für den Instanzenzug in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde und der sonstigen Selbstverwaltungskörper gilt Ähnliches.*
- ▷ *An sich könnte auch bei Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz der administrative Instanzenzug beibehalten werden. Mit der Schaffung einer zusätzlichen Rechtsmittelinstanz wären jedoch erhebliche finanzielle Mehrausgaben und eine Verlängerung der Verfahrensdauer verbunden. Der Entwurf schlägt daher vor, in der Frage des administrativen Instanzenzuges einen grundsätzlichen Systemwechsel zu vollziehen und diesen mit einer einzigen Ausnahme (diese betrifft die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde) abzuschaffen. Außer in den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde soll es also künftig nur noch eine einzige Verwaltungsinstanz geben; jede Verwaltungsbehörde soll also »erste und letzte Instanz« sein und gegen die von ihr erlassenen Bescheide (bzw. wegen einer Verletzung der Entscheidungspflicht durch sie) soll als einziges Rechtsmittel Beschwerde beim Verwaltungsgericht erhoben werden können.*
- ▷ *Soweit im Folgenden einschränkend von einer (nur) »grundsätzlichen« Abschaffung des administrativen Instanzenzuges die Rede ist, wird damit lediglich auf die erwähnte Ausnahme betreffend die Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde Bezug genommen; im Übrigen ist diese Abschaffung jedoch eine vollständige und bestehen von ihr keine Ausnahmen (auch nicht hinsichtlich der Ausübung der Diensthoeheit nach Art. 21 Abs. 3 B-VG).*
- ▷ *Die Verwaltungsgerichte erster Instanz sollen grundsätzlich in der Sache selbst entscheiden. Gegen ihre Erkenntnisse und Beschlüsse soll Revision beim Ver-*

waltungsgerichtshof erhoben werden können, die allerdings an gewisse Zulässigkeitsvoraussetzungen geknüpft ist.

- ▷ Der Entwurf sieht ferner den Entfall des Einspruchsrechts der Bundesregierung gegen Gesetzesbeschlüsse der Landtage, mit Ausnahme von Gesetzesbeschlüssen, die Abgaben zum Gegenstand haben, vor. Dies bedingt eine Änderung des Art. 97 Abs. 2 und den Entfall des Art. 98 B-VG sowie eine Änderung des § 9 des Finanz-Verfassungsgesetzes 1948. Aus diesem Anlass sollen in Fortführung der mit dem Ersten Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz, BGBl. I Nr. 2/2008, begonnenen Verfassungsbereinigung in Umsetzung des Regierungsprogramms (vgl. das Kapitel »Leistungsfähiger Staat«, »Verfassungsbereinigung«) fugitive Verfassungsbestimmungen in das Finanz-Verfassungsgesetz 1948 integriert werden. In jenen Fällen, in denen das B-VG die Erlassung eines Bundesgesetzes von der Zustimmung der Länder abhängig macht (Art. 14b Abs. 4 und Art. 102 Abs. 1 und 4 B-VG), soll in einem neuen Art. 42a B-VG eine dem Art. 97 Abs. 2 B-VG vergleichbare Zustimmungsfiktion vorgesehen werden.
- ▷ Im Übrigen sollen auch aus gegebenem Anlass einige terminologische Anpassungen vorgenommen und Redaktionsversehen in früheren B-VG-Novellen bereinigt werden.

Zu Z 60 (Abschnitt A neu des siebenten Hauptstückes), Z 63 (Überschrift zu Abschnitt B neu des siebenten Hauptstückes) und Z 78 (Entfall des Art. 144a)

#### **Allgemeines:**

##### **Zu den Überschriften zu Abschnitt A und Abschnitt B:**

Das siebente Hauptstück soll in zwei Abschnitte untergliedert werden, welche in Anlehnung an die in Z 30 vorgeschlagene Überschrift zu Abschnitt B des dritten Hauptstückes (»Ordentliche Gerichtsbarkeit«) und Art. 10 Abs. 1 Z 1 B-VG die Überschrift »Verwaltungsgerichtsbarkeit« und »Verfassungsgerichtsbarkeit« erhalten sollen. [...]

##### **Zu Art. 130:**

Der vorgeschlagene Art. 130 Abs. 1 enthält jene Zuständigkeiten, die den Verwaltungsgerichten von Verfassung wegen zukommen sollen.

Zu den Z 1 bis 4 vgl. Art. 129a Abs. 1 und Art. 130 Abs. 1 B-VG. Die von Art. 129a Abs. 1 B-VG teilweise abweichenden Formulierungen erklären sich dadurch, dass in den Bestimmungen des vorgeschlagenen Abschnittes A des siebenten Hauptstückes streng zwischen Zuständigkeit, Beschwerdegegenstand, Prüfungsmaßstab und Berechtigung zur Beschwerdeerhebung (Beschwerdelegitimation) unterschieden werden soll. Die Z 1 bis 4 enthalten lediglich den Beschwerdegegenstand (Bescheid; Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt; Weisung) und den Prüfungsmaßstab (Rechtswidrigkeit; Verletzung der Entscheidungspflicht) der jeweiligen Beschwerde, wer zur Erhebung der Beschwerde berechtigt (legitimiert)

ist, ergibt sich hingegen nicht aus diesen Bestimmungen, sondern aus den Abs. 1 bis 4 des vorgeschlagenen Art. 132.

Der Prüfungsmaßstab »Rechtswidrigkeit« (vgl. Z 1 und 2) beinhaltet keine Festlegung auf eine bestimmte, für die Entscheidung der Verwaltungsgerichte maßgebliche Sach- oder Rechtslage.

Im Gegensatz zu Art. 129a Abs. 1 Z 4 und Art. 132 B-VG kann nach der vorgeschlagenen Z 3 eine Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht grundsätzlich auch in Verwaltungsstrafsachen erhoben werden. An die Wiedereinführung eines umfassenden verwaltungsgerichtlichen Säumnisschutzes in Verwaltungsstrafsachen ist dabei freilich nicht gedacht. Vielmehr soll – nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Erkenntnisses VfSlg. 18.609/2008 – eine differenzierte Regelung auf einfachgesetzlicher Ebene ermöglicht werden, die das Bedürfnis der Partei nach Rechtsschutz gegen Säumnis bei der Erlassung von bestimmten im Verwaltungsstrafverfahren ergehenden verfahrensrechtlichen Bescheiden (etwa bei Anträgen auf Wiederaufnahme des Verfahrens oder auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; vgl. zur Problemstellung Walter/Thienel, Die Verwaltungsverfahrensnovellen 1998 [1999], 172 f, 196 ff) ebenso berücksichtigt wie Fälle, in denen ihrem Rechtsschutzbedürfnis bereits durch ein ex-lege-Außerkräftreten des Strafbescheides Genüge getan ist (vgl. § 51 Abs. 7 VStG). Dabei wird von der Überlegung ausgegangen, dass, unbeschadet der grundsätzlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht, unter Anknüpfung an die Beschwerdefrist bzw. die Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde (Beschwerdelegitimation) einfachgesetzliche Regelungen getroffen werden können, wonach eine Säumnisbeschwerde in bestimmten Fällen unzulässig ist. Im Ergebnis ist daher, wenn überhaupt, nur eine geringfügige Mehrbelastung der Verwaltungsgerichte (im Vergleich zu den unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern) und des Verwaltungsgerichtshofes durch Säumnisbeschwerden in Verwaltungsstrafsachen zu erwarten.

Nach dem vorgeschlagenen Art. 130 Abs. 2 können durch Bundes- oder Landesgesetz sonstige Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit vorgesehen werden. Solche Beschwerden können nur andere als die in Abs. 1 Z 1 bis 4 genannten Beschwerdegegenstände, also nicht typengebundenes Verwaltungshandeln und andere Weisungen als solche nach Art. 81a Abs. 4 B-VG, zum Gegenstand haben. Sie sind jedoch nach der vorgeschlagenen Z 1 auf den Bereich der Hoheitsverwaltung (»Verhalten einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze«; vgl. Art. 23 Abs. 1 B-VG) beschränkt. Akte der Gerichtsbarkeit kommen daher ebenso wenig als Beschwerdegegenstand in Betracht wie Akte der sog. Privatwirtschaftsverwaltung oder sog. verwaltungsrechtliche Verträge. In den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens können die Verwaltungsgerichte nach der vorgeschlagenen Z 2 hingegen unabhängig von der Rechtsform des zu überprüfenden Verhaltens des Auftraggebers, also auch zur Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Private, für zuständig erklärt

werden (vgl. den in Z 9 dieses Artikels vorgeschlagenen Entfall des Art. 14b Abs. 6 B-VG). Ein Bundes- oder Landesgesetz im Sinne des vorgeschlagenen Abs. 2 kann daher auch ein Gesetz gemäß Art. 14b Abs. 1 oder 3 B-VG sein.

Nach dem vorgeschlagenen Art. 130 Abs. 2 zweiter Satz dürfen Bundesgesetze gemäß Z 1 in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die nicht unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden, sowie in den Angelegenheiten der Art. 11, 12, 14 Abs. 2 und 3 und 14a Abs. 3 und 4 B-VG nur mit Zustimmung der (dh. aller) Länder kundgemacht werden.

Der vorgeschlagene Art. 130 Abs. 3 entspricht inhaltlich dem (für den Verwaltungsgerichtshof) geltenden Art. 130 Abs. 2 B-VG (zu dieser Bestimmung vgl. die Nachfolgeregelung des vorgeschlagenen Art. 133 Abs. 3), wurde allerdings im Sinne der heute gebräuchlichen verwaltungsrechtlichen Terminologie sprachlich vereinfacht. Hat die Verwaltungsbehörde ein ihr gesetzlich eingeräumte Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt, darf das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mangels Rechtswidrigkeit weder aufheben noch ändern; insbesondere ist es dem Verwaltungsgericht diesfalls verwehrt, das Ermessen anders zu üben als die Verwaltungsbehörde. Dies soll jedoch nicht gelten, wenn in Verwaltungsstrafsachen einschließlich der Finanzstrafsachen sowie in Rechtssachen in den Angelegenheiten des Abgabewesens und Zollwesens Ermessen zu üben ist.

Nach dem vorgeschlagenen Art. 130 Abs. 4 haben die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 in Verwaltungsstrafsachen meritorisch (»in der Sache selbst«) zu entscheiden, über Beschwerden gemäß Abs. 1 Z 1 in anderen Rechtssachen dagegen nur unter bestimmten Voraussetzungen. Zu dieser Bestimmung sei Folgendes ausdrücklich klargestellt:

- ▷ Der Anwendungsbereich des Art. 130 Abs. 4 beschränkt sich voraussetzungsgemäß auf Bescheidbeschwerden.
- ▷ In Art. 130 Abs. 4 ist abschließend geregelt, in welchen Fällen das Verwaltungsgericht meritorisch zu entscheiden hat; in diesen Fällen darf es daher nicht kassatorisch entscheiden. Einfachgesetzliche Regelungen, wonach das Verwaltungsgericht in bestimmten anderen Fällen meritorisch entscheiden kann oder meritorisch zu entscheiden hat (dies soll der Vermeidung von »Kassationskaskaden« dienen), sind jedoch zulässig.
- ▷ Eine Entscheidung »in der Sache selbst« kann auch eine negative Sachentscheidung, also die ersatzlose Behebung des Bescheides, sein.
- ▷ Aus Art. 130 Abs. 4 folgt nicht, dass das Verwaltungsgericht über alle bei ihm eingebrachten Beschwerden eine Sachentscheidung zu erlassen hat. Einfachgesetzliche Regelungen, wonach solche Beschwerden als gegenstandslos erklärt oder zurückgewiesen werden können (vgl. die §§ 32 und 33 VwGG) sind also zulässig. Insb. schließt Art. 130 Abs. 4 einfachgesetzliche Regelungen nicht aus, wonach die belangte Behörde aus Anlass der Erhebung einer Beschwerde ermächtigt ist, den angefochtenen Bescheid nach Art einer Berufungsvorentscheidung

zung (§ 64a AVG) aufzuheben oder in jeder Richtung abzuändern (»Beschwerdevorentscheidung«; vgl. den Bericht des Österreich-Konvents, Bd. 1, Teil 3, 213 [214]). Ebenfalls zulässig sind einfachgesetzliche Regelungen, wonach der Verwaltungsbehörde im Verfahren über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht eine Nachfrist gesetzt und das Verfahren eingestellt werden kann, wenn der Bescheid erlassen wird (vgl. § 36 Abs. 2 VwGG).

- ▷ Die in Z 2 genannte Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes kann in oder außerhalb einer mündlichen Verhandlung erfolgen (immer unter der Voraussetzung, dass sie im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist). Anders als nach dem Textvorschlag des Ausschusses 9 des Österreich-Konvents (vgl. den Bericht des Österreich-Konvents, Bd. 2, Teil 4A, 365) soll die Verpflichtung, in anderen als Verwaltungsstrafsachen eine meritorische Entscheidung zu treffen, nicht davon abhängen, ob »die Rechtsfrage geklärt ist«. Eine Klärung der Rechtsfrage, bevor der maßgebliche Sachverhalt feststeht, ist nach den Regeln der Subsumtion nämlich voraussetzungsgemäß ausgeschlossen; steht dieser jedoch fest, dann soll ihn das Verwaltungsgericht auch rechtlich zu beurteilen haben.

Zum vorgeschlagenen Art. 130 Abs. 5 vgl. Art. 131 Z 1 und 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 (betreffend den Ausschluss der zur Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes und der ordentlichen Gerichte gehörenden Angelegenheiten von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes). Zur »Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte« gehören insb. Rechtssachen, die diesen auf Grund des in Z 43 vorgeschlagenen Art. 94 Abs. 2 zugewiesen werden, zur »Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes« insb. Rechtssachen gemäß dem in Z 74 vorgeschlagenen Art. 141 Abs. 1 lit. f. [...]

#### **Zu Art. 132:**

Der vorgeschlagene Art. 132 Abs. 1 bis 4 regelt die Berechtigung zur Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgericht (Beschwerdelegitimation; vgl. dazu Art. 81a Abs. 4 letzter Satz, Art. 129a Abs. 1 Z 2, Art. 131 Abs. 1 und Art. 132 B-VG; vgl. auch die Erläuterungen zum vorgeschlagenen Art. 130 Abs. 1). Zu der in Abs. 1 Z 1 nicht enthaltenen Bezugnahme auf die Prozessvoraussetzung der »Erschöpfung des Instanzenzuges« vgl. die Erläuterungen zu Abs. 6 sowie zu Z 28 (Art. 81b Abs. 3 erster Satz), Z 29 (Entfall des Art. 81c Abs. 3), Z 49 (Entfall des Art. 103 Abs. 4), Z 50 (Art. 109), Z 51 (Entfall des Art. 111) und Z 52 (Art. 112).

Der vorgeschlagene Art. 132 Abs. 5 entspricht dem geltenden Art. 131 Abs. 2 B-VG für den Verwaltungsgerichtshof und soll es wie bisher ermöglichen, durch Bundes- oder Landesgesetz sog. Amts- und Organparteien zur Beschwerdeerhebung gegen einen Bescheid zu berechtigen; diese Ermächtigung soll auch für die Beschwerdeerhebung gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gelten, über deren Rechtmäßigkeit derzeit die unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern mit Bescheid entscheiden (vgl. Art. 129a Abs. 1 Z 2 B-VG).

*Ist in einer Angelegenheit des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde der administrative Instanzenzug nicht gesetzlich ausgeschlossen (vgl. den in Z 56 vorgeschlagenen Art. 118 Abs. 4), stellt die Erschöpfung dieses Instanzenzuges nach dem vorgeschlagenen Art. 132 Abs. 6 eine Prozessvoraussetzung dar.*

**Zu Art. 133:**

*Der vorgeschlagene Art. 133 regelt Zuständigkeit, Revisions- bzw. Beschwerdegegenstand und Prüfungsmaßstab des Verwaltungsgerichtshofes sowie die Berechtigung zur Revisions- bzw. Beschwerdeerhebung (Beschwerdelegitimation). Wie bei den Verwaltungsgerichten soll auch beim Verwaltungsgerichtshof zwischen Revisions- bzw. Beschwerdegegenstand und Prüfungsmaßstab einerseits sowie Beschwerdelegitimation andererseits streng unterschieden werden (siehe die Erläuterungen zum vorgeschlagenen Art. 130 Abs. 1). Die Regelung des Revisions- bzw. Beschwerdegegenstandes und des Prüfungsmaßstabes der jeweiligen Revision bzw. Beschwerde erfolgt in Abs. 1, die Regelung der Beschwerdelegitimation in Abs. 5 bis 7. Das – dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren bisher fremde – Revisionsmodell soll sich an der Revision nach den §§ 500ff ZPO orientieren. Jedenfalls soll eine »außerordentliche Revision« an den Verwaltungsgerichtshof dann in Frage kommen, falls ein Verwaltungsgericht die Zulässigkeit der Revision gegen sein Erkenntnis bzw. seinen Beschluss verneint. Nach dem Muster der ZPO soll sich die außerordentliche Revision nicht auf die Anfechtung der Unzulässigerklärung der Revision beschränken, sondern soll sich unter einem auf die Verletzung in sonstigen Rechten beziehen.*

*Der vorgeschlagene Art. 133 Abs. 1 enthält jene Zuständigkeiten, die dem Verwaltungsgerichtshof von Verfassung wegen zukommen sollen.*

*Von dem vorgeschlagenen Art. 133 Abs. 1 Z 1 sind auch Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes in dienst- und disziplinarrechtlichen Angelegenheiten seiner Mitglieder erfasst.*

*Zusätzlich zu seinen derzeit bestehenden Kompetenzen (vgl. Art. 130 Abs. 1 B-VG) soll dem Verwaltungsgerichtshof auch eine Zuständigkeit zur Entscheidung über bestimmte Kompetenzkonflikte übertragen werden (Z 3; vgl. die Erläuterungen zu dem in Z 64 vorgeschlagenen Art. 138 Abs. 1 Z 2).*

*Nach dem vorgeschlagenen Art. 133 Abs. 2 können durch Bundes- oder Landesgesetz Zuständigkeiten des Verwaltungsgerichtshofes zur Entscheidung über Anträge eines ordentlichen Gerichtes auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Bescheides oder eines Erkenntnisses oder Beschlusses eines Verwaltungsgerichtes vorgesehen werden (vgl. zB § 11 des Amtshaftungsgesetzes, BGBl. Nr. 20/1949, § 9 des Organhaftpflichtgesetzes, BGBl. Nr. 181/1967 und § 3 Abs. 9 des Fernseh-Exklusivrechtsgesetzes – FERG, BGBl. I Nr. 85/2001).*

*Der vorgeschlagene Art. 133 Abs. 3 entspricht dem Grunde nach dem geltenden Art. 130 Abs. 2 B-VG (vgl. auch die Erläuterungen zum vorgeschlagenen Art. 130 Abs. 3).*

*Nach dem vorgeschlagenen Art. 133 Abs. 4 soll die Revision gegen ein Erkenntnis oder einen Beschluss eines Verwaltungsgerichtes nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein. Während die Voraussetzung des Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung inhaltlich dem geltenden Art. 131 Abs. 3 B-VG (mit Ausnahme seines letzten Halbsatzes betreffend Verwaltungsstrafsachen) entspricht, enthält Art. 133 Abs. 4 eine neue Zulässigkeitsvoraussetzung: Danach ist die Revision jedenfalls unzulässig, wenn das Erkenntnis oder der Beschluss nur eine geringe Geldstrafe oder eine geringe Leistung in Geld oder Geldeswert zum Gegenstand hat (vgl. demgegenüber den – auf Geldstrafen in Verwaltungsstrafsachen beschränkten – Art. 131 Abs. 3 letzter Halbsatz B-VG). Unter welchen Voraussetzungen eine Geldstrafe oder eine Leistung in Geld oder Geldeswert als »gering« anzusehen ist, kann einfachgesetzlich geregelt werden (vgl. den vorgeschlagenen Art. 136 Abs. 3 und 4).*

*Die in Art. 133 Abs. 4 normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen gelten sowohl für das Verwaltungsgericht, gegen dessen Erkenntnis oder Beschluss Revision erhoben werden soll, als auch für den Verwaltungsgerichtshof. Weitere verfassungsgesetzliche Regelungen erscheinen nicht erforderlich; die näheren Einzelheiten des Verfahrens der Revisionszulassung können einfachgesetzlich geregelt werden.*

*Die Formulierung des vorgeschlagenen Art. 133 Abs. 5 entspricht Art. 133 Z 1 B-VG.*

*Der vorgeschlagene Art. 133 Abs. 6 orientiert sich zum einen am vorgeschlagenen Art. 132 Abs. 1, wobei zusätzlich die belangte Behörde des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht zur Erhebung einer Revision berechtigt sein soll, zum anderen am vorgeschlagenen Art. 132 Abs. 4. Der vorgeschlagenen Art. 133 Abs. 7 orientiert sich am vorgeschlagenen Art. 132 Abs. 3. Vgl. auch die in dem in Z 58 vorgeschlagenen Art. 119a Abs. 9 enthaltene Regelung betreffend die Beschwerdelegitimation der Gemeinde.*

*Von wem das Verfahren zur Entscheidung eines Kompetenzkonfliktes gemäß dem vorgeschlagenen Art. 133 Abs. 1 Z 3 eingeleitet werden kann, bestimmt das das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes regelnde Bundesgesetz (vgl. den vorgeschlagenen Art. 136 Abs. 4).*

*Art. 133 Abs. 9 dient dem Interesse der Normökonomie und soll eine sprachlich möglichst einfache Formulierung ermöglichen: Diejenigen Bestimmungen des Art. 133, in welchen die Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte genannt werden, beziehen sich demnach auch auf deren Beschlüsse. [...]*

#### **Zu Art. 136:**

*Nach dem vorgeschlagenen Art. 136 Abs. 1 ist die Zuständigkeit zur Regelung der Organisation der Verwaltungsgerichte zwischen Bund (Verwaltungsgerichte des Bundes und Verwaltungsgerichtshof) und Ländern (Verwaltungsgerichte der Länder) geteilt (vgl. auch die Erläuterungen zu dem in Z 2 vorgeschlagenen Art. 10 Abs. 1 Z 1). Demgegenüber soll das Verfahren der Verwaltungsgerichte (mit Ausnahme des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen) nach dem vorgeschlagenen Art. 136*

*Abs. 2 durch ein besonderes Bundesgesetz einheitlich geregelt werden können; in Anlehnung an Art. 11 Abs. 2 letzter Halbsatz B-VG soll es jedoch möglich sein, abweichende Regelungen zu treffen, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind. Die Formulierung der Mitwirkungsregelung orientiert sich an Art. 14b Abs. 4 erster Satz B-VG; es ist in Aussicht genommen, im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst eine besondere Arbeitsgruppe einzurichten, der auch Expertinnen und Experten der Länder angehören. Das Verfahren des Verwaltungsgerichtes des Bundes für Finanzen soll ohne diese Einschränkungen durch Bundesgesetz – nicht notwendigerweise durch ein besonderes Bundesgesetz – geregelt werden können. Schließlich sollen auch die Organisation und das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes wie bisher durch ein besonderes Bundesgesetz zu regeln sein.*

*Zum besonderen Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte fand am 6. September 2011 im Bundeskanzleramt eine Sitzung statt, in der von Expertinnen und Experten der Länder einerseits und Vertretern des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst andererseits in einer Punktation festgehaltene Grundzüge eines Verfahrens der Verwaltungsgerichte erarbeitet wurden. Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten soll sich einschließlich der Kostentragung am AVG orientieren. Das AVG und das VStG sollen subsidiär anwendbar sein.*

*Dass das Dienstrecht des (richterlichen und nichtrichterlichen) Personals der Verwaltungsgerichte der Länder in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache ist, ergibt sich bereits aus Art. 21 B-VG und braucht daher nicht gesondert erwähnt zu werden. Auslegungsprobleme, wie sie der geltende Art. 129b Abs. 6 B-VG aufwirft (vgl. Thienel, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung [1990], 127ff), können dadurch vermieden werden.*

*Die Formulierung des vorgeschlagenen Art. 136 Abs. 5 folgt dem geltenden Art. 136 B-VG für den Verwaltungsgerichtshof. Der mögliche Inhalt der Geschäftsordnungen der Verwaltungsgerichte beschränkt sich somit auf die Führung der Geschäfte (vgl. den in Ausführung des Art. 136 B-VG ergangenen § 19 VwGG); andere Inhalte (insb. dienstrechtliche) können nicht Gegenstand der Geschäftsordnung sein. Einer Vollziehung des jeweiligen Verfahrensgesetzes durch Erlassung von Durchführungsverordnungen steht der vorgeschlagene Art. 136 Abs. 5 jedenfalls nicht entgegen.«*

Im AB 1771 BlgNR 24. GP (zu BGBl I 2012/51) wird lediglich der »Allgemeine Teil« Teil der EBRV 1618 BlgNR 24. GP wörtlich wiedergegeben.

### Gliederung

Das Verhältnis von Art 130 B-VG zu den §§ 28 ff VwGVG .....	RZ	1–7
Das Verhältnis der in § 17 VwGVG (bzw § 38 VwGVG)		
angeführten Normenkomplexe zu den §§ 28 ff VwGVG .....	RZ	8–10

### Schlagworte

Verfassungskonforme Interpretation; Gewaltentrennung; faires Verfahren; Verfassung (im Besonderen: Grundrechte) als Prüfungsmaßstab; Führen der Verwaltung – Grenzziehung (Trennlinie) zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit; meritorische (reformatorische) – kassatorische Entscheidungsbefugnis bzw Entscheidungspflicht; Bescheidbeschwerden – Verwaltungsstrafbeschwerden – Administrativbeschwerden; Normenkomplexe für das Behördenverfahren (AVG, VStG, BAO etc).

### Kommentierung

Wie sich schon anhand der nahezu wörtlich identischen Formulierung von Art 130 Abs 4 B-VG einerseits und der zentralen verfahrensrechtlichen Bestimmung des § 28 Abs 2 VwGVG andererseits über die meritorische Entscheidungspflicht der VwG zeigt, besteht ein enger inhaltlicher Konnex zwischen der auf Verfassungsebene verankerten Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 und den einfachgesetzlichen Ausführungsbestimmungen des VwGVG; diesen Aspekt gilt es, im Zusammenhang mit Auslegungsfragen entsprechend zu berücksichtigen, und zwar derart, dass sich die Lösung von das VwGVG betreffenden Zweifelsfragen insoweit in erster Linie an den maßgeblichen Bestimmungen des Siebenten Hauptstückes des B-VG zu orientieren hat (verfassungskonforme Interpretation) – und nicht umgekehrt (vgl zur Unzulässigkeit der Verfassungsauslegung durch einfaches Gesetz die stRsp des VfGH, zB VfSlg 9507/1982; diese erwiese sich vor allem auch deshalb als systemtheoretisch unhaltbar, weil es dem einfachen Gesetzgeber schon a priori an der demokratisch erforderlichen Mehrheit dafür, den Verfassungsgesetzgeber auslegen zu dürfen, fehlt) –, sofern nicht die Verfassung dies selbst zulässt (in diese Richtung möglicherweise *Holoubek*, ~~Quelle?~~ZfV 2015, 169? sowie unten Vor § 28 Rz 5). Dies ist deshalb besonders zu betonen, weil die aus dem Gebot der verfassungskonformen Interpretation resultierende »Durchdringung der gesamten Rechtsordnung von der Verfassung« (vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 38) in der Praxis de facto weitgehend vernachlässigt wird; stattdessen wird im alltäglichen Vollzug idR unmittelbar (und meist auch ausschließlich) auf die

1

einfachgesetzliche Regelung und die hierzu ergangenen Materialien zurückgegriffen.

- 2 Pro futuro nicht in Vergessenheit geraten sollte auch der Umstand, dass die konkrete legislative Umsetzung der Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit unter starker zeitlicher Bedrängnis zustande kam (vgl. *Leeb/Zeinhofner*, Verfahrensrecht 36), wobei der Druck zudem noch dadurch verstärkt wurde, dass die damaligen Regierungsparteien über keine Verfassungsmehrheit im Nationalrat verfügten. Die Notwendigkeit des »Durchpeitschens« zeigte sich insbesondere an – in Relation zur tiefgreifenden verfassungspolitischen Bedeutung dieser Novelle – sehr kurzen Begutachtungsfristen sowie daran, dass zu den Ministerialentwürfen zwar jeweils zahlreiche Stellungnahmen (bspw. insgesamt 103 zur B-VG-Novelle BGBl I 2012/51 bzw. 77 zum VwGVG) eingingen, diese jedoch, wie ein jeweiliger Textvergleich zwischen den Entwürfen (jener zur B-VG-Novelle auch wiedergegeben bei *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 265 ff) und den vom Parlament beschlossenen Endfassungen zeigt, in inhaltlicher Hinsicht kaum Berücksichtigung fanden, sodass hier aus rechtspolitischer Sicht im Ergebnis gleichsam ein geradezu klassischer Fall von »Regierungsgesetzgebung« vorliegt. Insgesamt besehen konnte das allein schon auf Bundesebene aus Verfassungsnovelle, Organisations- und Verfahrensgesetzen, Übergangsgesetzen und zahlreichen materienrechtlichen Anpassungsgesetzen bestehende umfangreiche Gesamtpaket erst ganz knapp vor dem Ende der 24. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates (28. 10. 2013) bzw. dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 am 1. 1. 2014 abgeschlossen werden. Unter derartigen Umständen kann aber bei all diesen zahlreichen Gesetzgebungsakten naturgemäß weder eine überdurchschnittlich durchdachte Systematik – sondern primär bloß die Ergebnisdokumentation des rechtspolitischen Kompromissverhaltens – erwartet werden noch erscheint es jeweils sachlich gerechtfertigt, im Zuge der Interpretation den entsprechenden Gesetzesmaterialien einen allzu hohen Stellenwert beizumessen, um nicht auf diese Weise einzelnen unberücksichtigt gebliebenen Wunschartikeln nachträglich (und im Ergebnis in sachlich ungerechtfertigter Weise) zum Durchbruch zu verhelfen (zum grundsätzlichen

Nichtbestehen eines Vorranges bestimmter Auslegungsmethoden vgl auch *Lienbacher*, ZfV 2015, 199 f).

In den Gesetzesmaterialien wurden folgende, die Verfassungsnovelle BGBl I 2012/51 tragenden Zielsetzungen genannt: föderalistische und allgemeine rechtsstaatliche Motive; Erfüllung der Anforderungen der Art 5, Art 6 und Art 13 EMRK bzw Art 47 GRC; Entlastung des VwGH; Ausbau des Rechtsschutzsystems im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung und eines verstärkten Bürgerservice bei gleichzeitig möglichst geringer finanzieller Mehrbelastung der öffentlichen Hand; Abschaffung des behördlichen Instanzenzuges (ausgenommen im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden); sowie grundsätzlich meritorische Entscheidungsbefugnis der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte bei eingeschränkter Revisionsbefugnis an den VwGH. Wenngleich diese Zielsetzungen nur seitens der Bundesregierung (Ministerialbürokratie) explizit positiviert wurden, kann doch in dem Umstand, dass (zumindest) diese vom parlamentarischen Gesetzgeber wörtlich übernommen wurden (vgl AB 1771 BlgNR 24. GP 1 bis 3), wohl eine konkludente inhaltliche Zustimmung gesehen werden. Zu den konkret hinter der die meritorische Entscheidungsbefugnis der VwG normierenden Regelung des Art 130 Abs 4 B-VG stehenden Absichten der Regierung (Beschränkung auf Beschwerden gem Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG; abschließende Regelung in Art 130 Abs 4 B-VG; »meritorisch« umfasst auch »ersatzlose Aufhebung«; Verpflichtung zur Sachentscheidung kann nur zum Tragen kommen, wenn die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind; sowie »Raschheit« und »Kostensparnis« als gleichwertige Alternativen) hat sich das Gesetzgebungsorgan hingegen nicht explizit geäußert, sodass insoweit nicht in gleicher Weise von einer vollumfänglichen und vorbehaltlosen Übernahme ausgegangen werden kann. Vor allem kann den Gesetzesmaterialien – und erst recht dem Gesetzestext – eine Rangordnung dieser einzelnen, ~~sich~~ teilweise wechselseitig konkurrierenden Ziele nicht entnommen werden. Insbesondere lässt sich daher jedenfalls primär mit Bezug auf diese die Auffassung, dass die Verfahrensbeschleunigung ein bzw sogar das Primärziel der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 verkörpert hätte (so aber offenbar VwGH 26. 6. 2014, Ro 2014/03/0063; 30. 6. 2015, Ra 2014/03/0054) nicht begründen.

3

- 4 Die Idee der Gewaltentrennung bildet – unabhängig von deren konkreter inhaltlicher Ausgestaltung – nach vorherrschender Auffassung ein Grundprinzip der österreichischen Verfassung (vgl *Berka*, Verfassungsrecht 115, 188 u 388 ff; *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar, Rz 11 zu Art 94 B-VG; *Mayer/Muzak*, B-VG 199 u 355 f; *Mayer* ua, Verfassungsrecht Rz 162 f; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 75 [jeweils mwN]). Davon ausgehend sind die im Siebenten Hauptstück des B-VG getroffenen Anordnungen über die Verwaltungs- und die Verfassungsgerichtsbarkeit auch im Lichte des Grundsatzes der Gewaltenteilung (im Übrigen sind in diesem Zusammenhang insbesondere auch das liberale und das rechtsstaatliche Grundprinzip zu beachten) auszulegen, der zudem in Art 94 Abs 1 B-VG eine spezifische Ausprägung dahin erfährt, dass die Justiz von der Verwaltung (von singulären Ausnahmen einer sukzessiven Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte abgesehen – vgl Art 94 Abs 2 B-VG) in allen Instanzen getrennt ist: Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte gehören damit jeweils unterschiedlichen Staatsfunktionen an; die Ingerenzsphäre der VwG beschränkt sich – wie dies Art 130 B-VG auch explizit zum Ausdruck bringt – in aller Regel darauf, normative Akte der Behörden auf deren Rechtmäßigkeit hin zu kontrollieren (vgl auch *Holoubek*, ZfV 2015, 169).
- 5 Maßgebliche Bedeutung im Zuge der Auslegung einzelner Bestimmungen des VwGVG kommt auch dem Umstand zu, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 dem Ziel dient, ein System der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu institutionalisieren, das den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK gerecht wird (vgl EBRV 1618 BlgNR 24. GP 3). Aus dogmatischer Sicht verkörpern die in Art 6 Abs 1 EMRK normierten Verfahrensgarantien – wie auch die Bestimmungen des Art 3 (Verbot der Folter; Verbot unmenschlicher bzw erniedrigender Strafe oder Behandlung), des Art 4 (Verbot von Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangs- oder Pflichtarbeit), des Art 7 (Rückwirkungsverbot von Strafgesetzen), des Art 13 (Recht auf wirksame Beschwerde), des Art 14 EMRK (Diskriminierungsverbot), des Art 4 7. ZP EMRK (ne bis in idem), des Art 1 13. ZPMRK (Verbot der Todesstrafe) ua – subjektiv-verfassungsmäßige Ansprüche, die jeweils ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet sind. Allerdings handelt es sich bei den Garantien des

Art 6 Abs 1 EMRK aus der Sicht des Grundrechtsträgers nicht (bloß) um Abwehrrechte, sondern (sogar) um positive Gewährleistungen, die zu erbringen der Staat verpflichtet ist. So besehen ist es dem nationalen Gesetzgeber – und damit auch dem Verfassungsgesetzgeber – nicht nur nicht verwehrt, sondern er ist nach stRsp des EGMR vielmehr sogar dazu angehalten, (auch) die Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 EMRK näher auszugestalten. Abgesehen davon, dass er als weitere essentielle Eckpunkte stets auch die Rechtmäßigkeitsgewährleistung des hoheitlichen Verwaltungshandelns durch die VwG einerseits und die Wesenseigentümlichkeit der VwG-Entscheidungen als gerichtsförmige Erledigungen andererseits (vgl VfGH 3.3.2015, G 181/2014, sowie *Holoubek*, ZfV 2015, 169 f) im Auge behalten muss, ist der Gesetzgeber bei der Inanspruchnahme des ihm zukommenden rechtspolitischen Gestaltungsspielraums hier zudem stets an die Judikaturvorgaben des EGMR (weil diesem insoweit die Letztentscheidungskompetenz vorbehalten ist) gebunden (vgl dazu zB jüngst EGMR 10.3.2014, appl 17402/08 Rz 30; siehe auch *Grof*, ZVG 2015, 498 f); Gleiches gilt gemäß Art 52 Abs 3 GRC auch in Bezug auf die analogen Garantien der GRC und die Rechtsprechung des EuGH (vgl insb EuGH 15.10.2015, C-581/14 = EuGRZ 2015, 660).

Da aber die EMRK als ein Katalog von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten iSd Art 144 Abs 1 B-VG in Bezug auf Rechtsmittel gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der VwG auch nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 weiterhin keinen Prüfungsmaßstab für den VwGH verkörpert (vgl Art 133 Abs 5 B-VG, wobei sich Gegenteiliges nicht aus den Gesetzesmaterialien ableiten lässt; zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass die materielle Bedeutung der wortgleichen Wendung »von der Zuständigkeit [...] ausgeschlossen sind Rechtssachen, die zur Zuständigkeit [...] des Verfassungsgerichtshofes gehören« in Art 133 Abs 5 B-VG [betreffend den VwGH] einerseits und in Art 130 Abs 5 B-VG [betreffend die VwG] andererseits aus rechtssystematischen Gründen deshalb nicht deckungsgleich ist, weil sich diese beiden Normen jeweils auf unterschiedliche Beschwerdegegenstände – nämlich: Erkenntnisse und Beschlüsse der VwG einerseits bzw Verwaltungsakte der Behörden andererseits – beziehen; davon ausgehend bildet die Verfassung nur für die VwG [einschrän-

kend *Kneihls*, 8 f], nicht aber auch für den VwGH einen Prüfungsmaßstab, weil insoweit bezüglich des VwGH die *lex-specialis*-Regelung des Art 144 Abs 1 B-VG zum Tragen kommt; vgl näher *Grof*, ZVG 2015, 497), kann eine Verletzung der in Art 6 Abs 1 EMRK verbürgten Verfahrensgarantien insoweit, als diese nicht auch in vollem Umfang vom einfachen Gesetzgeber übernommen wurden, vor dem VwGH im Revisionsweg schon prinzipiell nicht geltend gemacht werden. Dazu kommt weiters, dass dann, wenn ein VwG ausspricht, dass eine ordentliche Revision gegen dessen Entscheidung unzulässig ist, der Revisionswerber im Zuge einer außerordentlichen Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG (weil diese Bestimmung explizit nur auf die Rechtsprechung des VwGH, nicht aber auch auf jene des VfGH abstellt – vgl zB VwGH 14. 2. 2017, Ra 2017/17/0010, Rz 8) eine fehlende Judikatur zu einer Frage, deren Beurteilung gar nicht in die Kompetenz des VwGH fällt, geltend machen müsste, was allerdings aus rechtslogischer Sicht schon a priori ausgeschlossen ist. Aus all dem resultiert schließlich, dass nach derzeit geltender Verfassungsrechtslage aus der Sicht des VfGH in Bezug auf vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte – und ein solches verkörpert Art 6 Abs 1 EMRK dann und insoweit, wenn bzw als einfachgesetzliche Ausführungsbestimmungen entweder überhaupt fehlen oder diese durch die Judikatur des EGMR nicht gedeckt sind – weder eine Abtretung der Beschwerde an den VwGH gemäß Art 144 Abs 3 B-VG noch deren Ablehnung nach Art 144 Abs 2 B-VG möglich ist.

- 6 Dass durch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle BGBl I 2012/51 im Wege der sogar verfassungsrechtlichen Verankerung einer meritischen Entscheidungsbefugnis in rechtspolitischer Hinsicht eine umfangreiche Machtverschiebung hin zu den (erstinstanzlichen) Verwaltungsgerichten bewirkt wurde (die durchaus in die Nähe einer Gesamtänderung der Bundesverfassung gerät), ist evident: Dies zum einen gleichsam »von unten her« dadurch, dass die VwG im Beschwerdefall anstelle der Behörde die materiellrechtliche Festlegung zu treffen haben. Erfolgte diese seitens des VwG in verfahrensrechtlich einwandfreier Weise, dann hat eine solche Sachentscheidung regelmäßig aber auch gleichsam »nach oben hin« Bestand, denn mittels Revision an den VwGH kann diese nur mehr hinsichtlich der Fehlbeurteilung einer grundsätzlichen Rechtsfrage (vgl Art 133 Abs 4 B-VG) bzw mit-

tels Beschwerde an den VfGH nur mehr bei Grundrechtsverletzungen aus dem Rechtsbestand eliminiert werden. Gegen nicht grundsätzliche Rechtsfragen bzw bloß einfachgesetzliche Rechtsverletzungen ist die Sachentscheidung des VwG hingegen immunisiert, oder anders gewendet: Mit dem im Erk 26.6.2014, Ro 2014/03/0063, propagierten Vorrang der Sachentscheidung und der Beschränkung der Zurückverweisungsmöglichkeit auf singuläre Ausnahmefälle hat der VwGH im Ergebnis zugleich auch eine maßgebliche materielle Selbstbeschränkung in Kauf genommen (paradigmatisch zB VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0120, und dazu LVwG OÖ 29.5.2015, LVwG-410287, einerseits sowie VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, und dazu LVwG OÖ 28.4.2016, LVwG-411393, andererseits hinsichtlich der Frage der Unionsrechtskonformität des Monopolsystems des GSpG). Zudem ergibt sich in diesem Zusammenhang noch eine Besonderheit bezüglich des Problembereiches der Vereinbarkeit von innerstaatlichen Normen mit Unionsrecht: Angesichts dessen, dass der EuGH insoweit in ständiger Judikatur fordert, dass derartige Fragen jedes Gericht eigenständig und ohne Bindung an demensprechende Rechtsansichten anderer nationaler (Höchst-)Gerichte zu beurteilen hat (vgl zB EuGH 15.10.2015, C-581/14; Grof, SPRW 2016, 107), dürfte somit in diesem Bereich wohl eine vom VwGH vorgenommene Modifikation der Sachentscheidung des VwG selbst dann unzulässig sein, wenn der VwGH die Revision (nicht bloß kassatorisch, sondern ausnahmsweise) gemäß § 42 Abs 4 VwGG reformatorisch erledigt (aa offenbar VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022), es sei denn, der VwGH hätte zuvor auch eigenständige Sachverhalts-ermittlungen durchgeführt (vgl zB LVwG OÖ 28.4.2016, LVwG-411393), weil anders – summarisch betrachtet – kein den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK genügendes Verfahren vorliegen würde (vgl näher Grof, *ecolex* 2016, 739; siehe auch EGMR 21.6.2016, appl 55391/13).

Angesichts dieses Befundes erscheint es als umso erstaunlicher, dass diese Machtverlagerung in den Gesetzesmaterialien – va in jenen zur B-VG-Novelle selbst – in keiner Weise erwähnt wird. Dies lässt sich nur anhand der zuvor (vgl Vor § 28 Rz 2) erwähnten Umstände, insbesondere daraus erklären, dass eine politische Grundsatzdebatte über diesen zentralen Aspekt wohl vornehmlich deshalb vermieden werden sollte, um die Gesetzwerdung des Gesamtprojektes nicht zu gefährden

(vgl dazu anschaulich *Öhlinger*, ZUV 2012, 55). Ex post betrachtet führt dies nunmehr jedoch dazu, dass va auf Verfassungsebene eine klar erkennbare Richtschnur zu der gebotenen neuen Grenzziehung bzw Trennlinie zwischen den beiden Funktionsbereichen »(Führen der) Verwaltung« und »Verwaltungsgerichtsbarkeit« fehlt (so auch *Holoubek*, ZfV 2015, 165, der diesbezüglich konstatiert, dass »*der Verfassungsgesetzgeber nicht abschließend die Bedeutung der Verwaltungsgerichtsbarkeit festgelegt [hat], sondern diese Bestimmungen haben [...] in ihrem semantischen und pragmatischen Kontext ihre Bedeutung zu entwickeln. Oder anders herum: Lehre und Rechtsprechung ringen darum, was dem Verfassungsgesetzgeber als von ihm gewollt zusinnbar ist. Die Kommunikation darüber ist keine einseitige, bei der nur der Verfassungstext spricht.*«).

Die nicht unerhebliche Brisanz dieses Themas stellt sich am Beispiel der Kompetenz der VwG zur meritorischen Entscheidung folgendermaßen dar:

1. Der Verfassungswortlaut (vgl Art 130 Abs 4 B-VG) legt diesbezüglich fest, dass die VwG über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG – sog »Bescheidbeschwerden« – in der Sache selbst zu entscheiden haben, und zwar in Verwaltungsstrafsachen uneingeschränkt, im Übrigen (dh über »Administrativbeschwerden«) dann, wenn entweder der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder dessen Feststellung durch das VwG im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer Kostenersparnis verbunden ist.

Während insoweit in Bezug auf die Verwaltungsstrafbeschwerden keine größeren Unklarheiten bestehen, erhebt sich an diesem Punkt allerdings hinsichtlich der Administrativbeschwerden die Problematik, ob der zweite Satz des Art 130 Abs 4 B-VG eine taxative oder bloß eine demonstrative Aufzählung enthält, also ob dieser gleichsam im Sinne von »*nur* dann, wenn« oder im Sinne von »*insbesondere* dann, wenn« zu lesen ist. Die Entscheidung dieser Frage hat naturgemäß aus rechtssystematischer Sicht weitreichende Konsequenzen für den Gestaltungsspielraum des einfachen (Verfahrens- und Materien-)Gesetzgebers und aus verfassungspolitischer Sicht ebensolche für die Frage, wie weit durch die Beschwerdeerhebung die inhaltliche Gestaltungsbefugnis von der Behörde auf die Gerichte übergeht.

2. Dem Motivenbericht der Bundesregierung (vgl EBRV 1618 BlgNR 24. GP 14) lässt sich diesbezüglich entnehmen, dass Art 130 Abs 4 B-VG zum einen (insoweit) als eine »*abschließende*« Regelung dahin zu verstehen sein soll, in welchen Fällen die VwG (jedenfalls) meritorisch entscheiden müssen; zum anderen sollen dadurch aber – was einen umgehenden Widerspruch hierzu bedeuten würde – einfachgesetzliche Regelungen, wonach die VwG auch in bestimmten anderen Fällen (zwecks »*Vermeidung von*« – va durch die bis dahin bloß kassatorische Entscheidungsbefugnis des VwGH und der Gemeindeaufsichtsbehörden bewirkten – »*Kassationskaskaden*«) entweder meritorisch entscheiden können oder zu entscheiden haben, nicht ausgeschlossen sein.

Im Ergebnis lässt sich eine diesbezügliche Antinomie wohl nur dadurch vermeiden, dass man die Gesetzesmaterialien dahin versteht, dass Art 130 Abs 4 B-VG (aus der Sicht der Bundesregierung) – ungeachtet der missverständlichen Formulierung »*abschließend*« – rechtssystematisch als eine bloß demonstrative Aufzählung gedacht war; ob und inwieweit die Wendung »in bestimmten anderen Fällen« in diesem Zusammenhang als Einschränkung des Gestaltungsspielraumes des einfachen Gesetzgebers zu verstehen ist, bleibt damit freilich offen, zumal auch im Zuge der parlamentarischen Beratungen hierzu keine detaillierten Äußerungen abgegeben wurden; insbesondere lässt sich auch dem Bericht des Ausschusses für Verfassung und Föderalismus des Bundesrates diesbezüglich nur entnehmen, dass »die Verwaltungsgerichte erster Instanz[...] *in der Regel* in der Sache selbst entscheiden« werden, »im Falle der Bekämpfung von Verwaltungsstrafen sind solche meritorischen Entscheidungen sogar ausnahmslos vorgesehen« (vgl 8731 BlgBR 1).

3. Für Verwaltungsstrafbeschwerden legt die auf Art 136 Abs 2 B-VG gegründete Ausführungsbestimmung des § 50 VwGVG fest, dass die VwG in der Sache selbst zu entscheiden haben, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist; die letztgenannten Einschränkungen erscheinen im Hinblick auf den Text des Art 130 Abs 4 erster Satz B-VG und die zuvor dargestellten EBRV als unproblematisch.

In Bezug auf Administrativbeschwerden wiederholt zunächst § 28 Abs 2 VwGVG die Anordnung des Art 130 Abs 4 zweiter Satz B-VG, was sich ebenfalls als problemlos erweist. In der Folge legt § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG fest, dass die VwG auch dann in der Sache selbst zu entscheiden haben – ihnen insoweit also nicht bloß Ermessen zukommt –, wenn der Sachverhalt zwar weder feststeht noch dessen Feststellung durch das VwG im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist, aber die Behörde bei der Beschwerdevorlage einer Entscheidung des VwG in der Sache selbst – aus Gründen der Effizienz des (Gesamt-[so auch VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027])Verfahrens – nicht widersprochen hat. Daran anschließend ermöglicht § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG – im Sinne einer Ermessensentscheidung – dem VwG die Aufhebung und Zurückverweisung des Bescheides für den Fall, dass die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen hat.

Insgesamt sind demnach gemäß § 28 Abs 2 und 3 VwGVG, also hinsichtlich der meritorischen Entscheidungspflicht bzw -befugnis bei Administrativbeschwerden gegen Bescheide, denen keine behördliche Ermessensentscheidung zu Grunde liegt, rechtssystematisch folgende 7 Fallkonstellationen zu unterscheiden:

1. Sachverhalt steht fest → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
2. Sachverhalt steht nicht fest, aber Feststellung durch VwG liegt im Interesse der Raschheit des (Gesamt-)Verfahrens → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
3. Sachverhalt steht nicht fest, aber Feststellung durch VwG ist mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
4. Sachverhalt steht nicht fest und Feststellung durch VwG liegt auch nicht im Interesse der Raschheit des (Gesamt-)Verfahrens, aber Behörde hat meritorischer Entscheidung durch VwG bei Beschwerdevorlage nicht widersprochen → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
5. Sachverhalt steht nicht fest und Feststellung durch VwG ist auch nicht mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden,

aber Behörde hat meritorischer Entscheidung durch VwG bei Beschwerdevorlage nicht widersprochen → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)

6. Sachverhalt steht nicht fest, Feststellung durch VwG liegt nicht im Interesse der Raschheit des (Gesamt-)Verfahrens, Behörde hat meritorischer Entscheidung durch VwG bei Beschwerdevorlage nicht widersprochen, aber Behörde hat notwendige Sachverhaltsermittlungen unterlassen → meritorische Entscheidung durch VwG oder Zurückverweisung (Ermessen)
7. Sachverhalt steht nicht fest, Feststellung durch VwG ist nicht mit erheblicher Kostenersparnis verbunden, Behörde hat meritorischer Entscheidung durch VwG bei Beschwerdevorlage nicht widersprochen, aber Behörde hat notwendige Sachverhaltsermittlungen unterlassen → meritorische Entscheidung durch VwG oder Zurückverweisung (Ermessen)

Indem § 28 Abs 4 VwGVG anordnet, dass dann, wenn die Behörde Ermessen zu üben hatte, das VwG – wenn es nicht gemäß § 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst zu entscheiden hat – den Bescheid aufheben und die Angelegenheit an die Behörde zurückverweisen muss, sind demgegenüber bezüglich der meritorischen Entscheidungspflicht bzw -befugnis der VwG rechtssystematisch folgende 9 Fallkonstellationen für Administrativbeschwerden, denen eine behördliche Ermessensentscheidung zu Grunde liegt, zu unterscheiden:

1. Sachverhalt steht fest → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
2. Sachverhalt steht nicht fest, aber Feststellung durch VwG liegt im Interesse der Raschheit des (Gesamt-)Verfahrens → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
3. Sachverhalt steht nicht fest, aber Feststellung durch VwG ist mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
4. Sachverhalt steht nicht fest, aber Beschwerde ist abzuweisen → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
5. Sachverhalt steht nicht fest, Feststellung durch VwG liegt nicht im Interesse der Raschheit des (Gesamt-)Verfahrens, aber Be-

- schwerde ist abzuweisen → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
6. Sachverhalt steht nicht fest, Feststellung durch VwG ist nicht mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden, aber Beschwerde ist abzuweisen → meritorische Entscheidung durch VwG (Pflicht)
  7. Sachverhalt steht nicht fest, aber Beschwerde wäre stattzugeben → Zurückverweisung durch VwG (Pflicht)
  8. Sachverhalt steht nicht fest, Feststellung durch VwG liegt nicht im Interesse der Raschheit des (Gesamt-)Verfahrens, aber Beschwerde wäre stattzugeben → Zurückverweisung durch VwG (Pflicht)
  9. Sachverhalt steht nicht fest, Feststellung durch VwG ist nicht mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden, aber Beschwerde wäre stattzugeben → Zurückverweisung durch VwG (Pflicht)

Wenngleich die Mehrzahl dieser insgesamt 16 zu differenzierenden Fallkonstellationen wohl bloß theoretischer Natur bleiben wird, ergibt sich daraus doch, dass der einfache (Verfahrens-)Gesetzgeber die in den EB zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 enthaltene Wendung »auch in bestimmten anderen Fällen« (siehe dazu vorhin) tendenziell nicht einschränkend, sondern in einem extensiven Sinn verstanden und davon ausgehend das Bestehen eines weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes als vorhanden erachtet hat.

4. Den Gesetzesmaterialien lässt sich hierzu nichts entnehmen, weil sich die diesbezüglichen EBRV 2009 BlgNR 24. GP 6 f inhaltlich im Wesentlichen auf eine bloße Wiedergabe des Gesetzestextes beschränken.
5. Mit Erkenntnis vom 26.6.2014, Ro 2014/03/0063, ist der VwGH der zuvor dargestellten Einschätzung nach einem weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum für den einfachen Gesetzgeber (im Anschluss an *Lehofer*, Grenzen 705 f) gefolgt, hat verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 28 VwGVG nicht geteilt und darüber hinaus (in primär zielorientierter, eine Auseinandersetzung mit Gegen-

argumenten weitgehend vermissen lassender Diktion) festgestellt, dass die nach dieser Bestimmung verbleibenden »Ausnahmen von der (meritorischen) Entscheidung in der Sache selbst strikt auf den ihnen gesetzlich zugewiesenen Raum zu beschränken« seien, weil »das im § 28 VwGVG insgesamt normierte System, in dem insbesondere die normative Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung bzw. der Berücksichtigung einer angemessenen Verfahrensdauer ihren Ausdruck findet,« es verlange, »dass von der Möglichkeit der Zurückverweisung nur bei krassen und besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht wird« (reserviert gegenüber der Überbetonung des diese Ansicht zentral stützenden Arguments der Verfahrenseffizienz auch *Holoubek*, ZfV 2015, 167). Immerhin erfolgt aber insoweit ein praxisbezogenes Zugeständnis, als angemerkt wird, dass eine Zurückverweisung zumindest dann in Betracht kommen kann, »wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie [...] lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (etwa im Sinn einer ›Delegierung‹ der Entscheidung an das Verwaltungsgericht[...])«. Im Erkenntnis vom 27.8.2014, Ro 2014/05/0062, wurde diese Rechtsmeinung (samt der damit verbundenen »Beweislastverlagerung« auf die VwG) bestätigt und mit der zeitgleichen Entscheidung vom 21.8.2014, Ro 2014/11/0060, dahin näher spezifiziert, dass bspw eine Einschau in den Akt des Strafgerichtes und/oder in das Strafregister keine aufwändigen Ermittlungsschritte darstellen, sodass insoweit die Sachverhaltsfeststellung durch das VwG selbst als im Interesse der Raschheit gelegen anzusehen ist. Der VwGH hat damit die durch § 28 VwGVG einfachgesetzlich bewirkte Grenzverschiebung von der Verwaltung hin zur (Verwaltungs-)Gerichtbarkeit nicht nur inhaltlich übernommen, sondern sogar noch weiter ausgebaut (denn in den Gesetzesmaterialien ist etwa von »krassen und besonders gravierenden Ermittlungslücken« keine Rede – vielmehr handelt es sich insoweit um eine judikative Überzeichnung, die allerdings in der Folge in kurzer Zeit bereits zur »ständigen Rechtsprechung« erhoben wurde).

6. In seinem Erkenntnis vom 18.6.2014, G 5/2014, hat der VfGH lediglich ausgesprochen, dass die VwG durch Art 130 Abs 4 B-VG iVm § 28 VwGVG nicht daran gehindert sind, die Zurückweisung einer Administrativbeschwerde iSd Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG dann vorzunehmen, wenn es diesem Rechtsbehelf an einer Prozessvoraussetzung mangelt; denn auch in einer solchen Fallkonstellation hat das VwG eine meritorische und (grundsätzlich auch) reformatorsche Entscheidung in Form eines Erkenntnisses zu treffen, wobei hier die Zurückweisung den Inhalt seiner Sachentscheidung bildet. Hingegen konnte die Frage, ob § 28 Abs 2 bis 4 VwGVG im Lichte des Art 130 Abs 3 und 4 B-VG als verfassungskonform erscheinen – und sohin auch die damit verbundene Frage nach der (neuen) Grenzziehung zwischen den beiden Staatsfunktionen »Verwaltung« und »Verwaltungsgerichtsbarkeit« – anlassfallbezogen deshalb nicht geklärt werden, weil diese vom antragstellenden VwG nicht releviert wurde. Eine inhaltliche Äußerung zum »leading-case«-Erkenntnis des VwGH vom 26.6.2014, Ro 2014/03/0063, durch den VfGH erfolgte bislang nicht, insbesondere auch nicht im Erk 29.6.2017, E 875/2017, obwohl sich in diesem Zusammenhang (Projekt »Parallelpiste« am Flughafen Wien-Schwechat; vgl *Bußjäger*, Dritte Piste) durchaus eine entsprechende Gelegenheit geboten hätte.
7. Insgesamt besehen ist daher gegenwärtig eine Eigendynamik festzustellen, die darauf hinsteuert, dass – davon ausgehend, dass die VwG in nahezu allen Fällen in der Sache selbst zu entscheiden haben – die Verwaltungsbehörden ihre materielle Gestaltungsbefugnis weitgehend an die VwG verlieren und der allmähliche Wandel vom »Verwaltungsstaat« zum »Justizstaat« (vgl *Öhlinger*, ZUV 2012, 55; ihm folgend *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 129 B-VG Rz 2) damit tatsächlich Realität wird. Ohne prophetischen Fähigkeiten beschwören zu müssen, wird dies in der mittel- bis langfristigen Praxis wohl zu folgender Entwicklung führen: Schwierige Verfahren werden von der Behörde – wenn überhaupt – wohl erst knapp vor dem Ablauf der Entscheidungsfrist sowie eher bloß notdürftig erledigt. Damit beginnen aber solche Verfahren – insbesondere auch deshalb, weil ja zudem kein Neuerungsverbot besteht –

in Wahrheit erst vor den VwG. Diese haben in der Sache selbst zu entscheiden, zuvor eine öffentliche Verhandlung durchzuführen und häufig Sachverständige beizuziehen, verfügen aber weder über weisungsgebundene Ermittlungsorgane noch über effiziente Zugangsschranken (wie zB Eingangsgebühren, Verfahrenskostenrisiko, etc). Angesichts der hohen quantitativen Belastung werden daher insbesondere bei umstrittenen zukunftsweisenden Projekten (auch wiederholte) Fristsetzungsanträge wohl bald keine Ausnahme mehr bilden und in nicht allzu ferner Zukunft wird sich auch die Einfügung einer weiteren Instanz zwischen den VwG einerseits und VwGH/VfGH andererseits (nach dem bestehenden Muster der ordentlichen Gerichtsbarkeit) als unabdingbar erweisen. Ungeachtet gesetzlich festgelegter Entscheidungsfristen wird sich daher letztlich wieder jener Effekt einstellen, dem die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit eigentlich (auch) entgegenwirken sollte, nämlich: die überlange Verfahrensdauer (wie diese zuletzt in Bezug auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit der BRD zu entsprechenden »Pilot«-Verfahren vor dem EGMR geführt hat [vgl dazu *Grof*, ZUV 2013, 63]). Zwecks effektiver Gegensteuerung wären daher die Verfahrens- und Organisationsgesetzgeber des Bundes und der Länder wohl gut beraten, insbesondere für Bagatell- und Standardverfahren in Bezug auf die bekannt neuralgischen Punkte (öffentliche Verhandlung, meritorische Erledigung, Rechtspfleger [unter Beachtung des VfGH-Erk vom 3.3.2015, G 181/2914, und der diesem folgenden Entscheidungen) raschest möglich praxistaugliche Sonderregelungen zu schaffen.

8. Schließlich gilt es auch noch, Folgendes zu beachten: Wird die Verfassung auf nachgeordneter Ebene, va durch ein Zusammenwirken zwischen einfachem Gesetzgeber – indem dieser jene das Behördenverfahren prägenden Grundsätze (wie zB Amtswegigkeits- in Form eines – wegen fehlender personaler Trennung zwischen Ermittlungs- und Entscheidungsorgan – Inquisitionsprinzips; Amtssachverständige; durch Amtsverschwiegenheit relativiertes Akteneinsichtsrecht; eingeschränkte Rechtssubjektivität der Antragsgegner in Anlagenverfahren; etc.) unverändert für das Verfahren der VwG übernimmt – und rechtsprechender Gewalt –

indem diese jene richtungsgebende Vorgangsweise dadurch billigt, dass die frühere, allerdings nicht zu Gerichten, sondern zu bloß weisungsfreien (Ober-)Behörden (nämlich den UVS) ergangene Judikatur in zentralen Bereichen als auch auf die VwG übertragbar erklärt wird (wie insbes die – anscheinend gedanklich nicht mehr eliminierbare – Musterfigur der [ursprünglich für Schubhaftbeschwerden entwickelten – vgl VfGH 12.3.1992, G 346/91 – und auf diesen Bereich beschränkten, sich in der Folge aber verallgemeinert habenden] Substitution bzw der »an die Stelle des Bescheides der Unterbehörde tretenden Entscheidung« [vgl bspw VwGH 19.1.2016, Ra 2015/01/0070], die schon bezüglich der UVS [als »Tribunale« und Organe der Verwaltungskontrolle] hinkend [aber wegen deren Behördenstatus zumindest formal vertretbar] erschien) – umgangen, dann wurden im Ergebnis mit der Novelle BGBl I 2012/51 materiell besehen aber keine Gerichte iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 GRC geschaffen, sondern de facto lediglich die früheren »Sonderbehörden UVS«, wenngleich hinter nunmehr neuer Maske, beibehalten, wobei freilich offen bleibt, ob diese künftig auch weiterhin den insbesondere durch die GRC gestiegenen Anforderungen des EGMR bzw des EuGH entsprechen werden (vgl aus nicht-österreichischer Außensicht zB *Schoch*, ZfV 2015, 15).

- 7 Die verfassungsrechtliche Grundsatzentscheidung, inwieweit es den VwG obliegt, »die Verwaltung zu führen«, hat auch Auswirkungen auf die Frage nach der Rechtskraft des Bescheides einerseits und der Entscheidung des VwG andererseits sowie auch darauf, ob es sich bei der Bescheidbeschwerde einerseits und bei der Beschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG an den VfGH bzw bei einer ordentlichen oder außerordentlichen Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG an den VwGH jeweils um ein ordentliches oder um ein außerordentliches Rechtsmittel handelt.
  1. Zunächst lässt sich in diesem Zusammenhang entweder die Auffassung vertreten, dass die Entscheidung des VwG – so wie dies auch der OGH (24.11.2015, 1 Ob 127/15f) im Anschluss an den VwGH unter Übernahme des früheren Modells der »UVS als bloße Berufungsbehörden« sieht – »an die Stelle des Bescheides tritt«; zu dieser Sichtweise kommt man insbesondere dann, wenn man unter Heranziehung des Arguments der »praktischen Häufigkeit« die

Sachentscheidungskompetenz der VwG zum (Verfassungs-)Prinzip erklärt (was allerdings für die »Ausnahmefälle« der kassatorischen Entscheidungen einen gewissen Erklärungsnotstand schafft); Oder man kann in einem primär dogmatischen Ansatz davon ausgehen, dass die VwG gemäß Art 94 B-VG (als einem eigenständigen Grundprinzip der Verfassung oder zumindest als einem Teil des rechtsstaatlichen Grundprinzips; vgl. *Khakzadeh-Leiler* in *Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar*, Rz 11 zu Art 94, mwN) und den Art 129 ff B-VG nicht selbst die Verwaltung zu »führen«, sondern diese (wie VfGH und VwGH vor der B-VG-Novelle BGBl I 2012/51 und wie es bspw. auch dem System der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der BRD entspricht) bloß zu »kontrollieren« haben; dann tritt nicht die Entscheidung des VwG »an die Stelle des Bescheides«, sondern diese befindet sich nur über dessen Rechtmäßigkeit (reiner Feststellungscharakter), sodass sich die Sacherledigung im Ergebnis komplementär aus dem angefochtenen Bescheid und dem Erkenntnis des VwG zusammensetzt (vgl. *Kneihls/Schmidlechner*, JRP 2016, 15, mwN).

Der hierfür zur Entscheidung vorrangig berufene (= letztkompetente) VfGH hat sich zu dieser Grundsatzfrage jedoch bislang noch immer nicht dezidiert geäußert.

2. Je nachdem, welcher dieser beiden Möglichkeiten man sich anschließt, fällt auch die Beantwortung der Frage nach »ordentlichem« oder »außerordentlichem Rechtsmittel« unterschiedlich aus: Im ersten Fall verkörpert – dogmatisch besehen – die Beschwerde gegen einen Bescheid an das VwG ein außerordentliches Rechtsmittel, dh, der Bescheid wird grundsätzlich unmittelbar mit seiner Erlassung rechtskräftig (vgl. unten, 3.); aber auch die Beschwerde/Revision gegen die Entscheidung des VwG stellt wiederum ein außerordentliches Rechtsmittel dar, mit der Konsequenz, dass die VwG-Entscheidung ebenfalls unmittelbar mit deren Erlassung Rechtskraft erlangt. Im zweiten Fall bildet hingegen der Instanzenzug zwischen VwG und VwGH/VfGH gleichsam eine Einheit, dh, nur der Bescheid wird unmittelbar mit Erlassung rechtskräftig, die VwG-Entscheidung hingegen nicht, weil es sich

bei der Beschwerde/Revision an den VfGH/VwGH gleichsam um ein ordentliches Rechtsmittel gegen diese handelt.

3. **Lässig**  in diesem Zusammenhang den Aspekt der (ex lege oder nach entsprechender Zuerkennung eintretenden) aufschiebenden Wirkung (weil diese – als eine bloße Folgeerscheinung – das Vorliegen von Rechtskraft bereits voraussetzt) beiseite (vgl in diesem Sinne OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15 f), so bildet die »Berufung«, die es jetzt allerdings nur mehr im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gibt, in jenem abgegrenzten Sektor nach wie vor ein »ordentliches« Rechtsmittel gegen einen Bescheid und im Verhältnis dazu die Bescheidbeschwerde gemäß Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG das außerordentliche Rechtsmittel (wenn man darunter nicht – wie die frühere traditionelle Lehre [vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 63 Rz 7, mwN] – jene Rechtsbehelfe, die »außerhalb des regelmäßigen Ganges des Verwaltungsverfahrens« zum Tragen kommen, sondern vielmehr versteht, dass in einem neuen Rechtsgang entweder ein qualitativ andersartiges Organ oder ein Organ zu entscheiden hat, das ein qualitativ andersartiges Verfahrensregime anzuwenden hat). Daraus ergibt sich, dass Bescheide zu jenem Zeitpunkt als rechtskräftig anzusehen sind, zu dem entweder 1.) bei einem erstinstanzlichen (bzw nicht-letztinstanzlichen) Bescheid die Berufungsfrist gemäß § 63 Abs 5 AVG ungenutzt verstrichen ist oder 2.) ein letztinstanzlicher Bescheid vorliegt und entweder a) die Beschwerdefrist gemäß § 7 Abs 4 VwGVG ungenutzt verstrichen ist oder b) rechtzeitig Beschwerde erhoben wurde, die Behörde von der Erlassung einer BVE gemäß § 14 VwGVG abgesehen und die Beschwerde dem VwG vorgelegt hat oder c) die Behörde eine Berufungsvorentscheidung erlassen hat und die Frist zur Stellung eines Vorlageantrages gemäß § 15 Abs 1 VwGVG ungenutzt verstrichen ist oder d) die Behörde eine BVE erlassen hat und dagegen vor Ablauf der Frist des § 15 Abs 1 VwGVG ein Vorlageantrag eingebracht **wurde** .
4. Sieht man die Beschwerde/Revision gegen eine VwG-Entscheidung an den VfGH/VwGH als ein außerordentliches Rechtsmittel an, so erlangt die Entscheidung des VwG unmittelbar mit deren Erlassung Rechtskraft; betrachtet man hingegen eine solche Beschwerde/Revision als ein ordentliches Rechtsmittel, dann ist die

Rechtskraftwirkung der VwG-Entscheidung bis zur Erledigung der Beschwerde/Revision durch den VfGH/VwGH entsprechend suspendiert (wobei der dogmatische Aspekt der verzögerten Rechtskraft für die Praxis durch den Umstand, dass einer Beschwerde/Revision *ex lege* grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt, maßgeblich relativiert wird). Allerdings erlangt die Klärung dieser Frage im Hinblick darauf, dass der OGH den Eintritt der Rechtskraft der VwG-Entscheidung davon abhängig macht, ob gegen diese noch ein ordentliches Rechtsmittel zulässig ist (wobei jedenfalls die außerordentliche Revision an den VwGH [und wohl auch die Beschwerde an den VfGH und die ordentliche Revision an den VfGH] kein in diesem Sinne ordentliches Rechtsmittel darstellt; vgl OGH 24. 11. 2015, 1 Ob 127/15f), entscheidende Bedeutung für die Bindungswirkung der Zivilgerichte an behördliche und verwaltungsgerichtliche Entscheidungen.

Lediglich der Ordnung halber soll zusammenfassend Folgendes – wengleich gegen den allgemeinen Praxistrend Stehendes – festgehalten werden:

8

1. Dem bloßen Verfassungswortlaut bzw dessen Bedeutung im Kontext ist zu entnehmen, dass die VwG grundsätzlich bloß kassatorisch zu entscheiden haben. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wort »dann« im zweiten Satz des Art. 130 Abs 4 B-VG, das in grammatischer Hinsicht einerseits schon per se einen Kausalzusammenhang (im Sinne von »nur dann, wenn«) indiziert und andererseits sprachlich nur als Kontrapunkt zu der im vorangehenden Satz geregelten generellen meritorischen Entscheidungspflicht der VwG aufgefasst werden kann. Zum anderen passt ein solches Verständnis aber auch nahtlos in die zum Zeitpunkt der Erlassung der Novelle BGBl I 2012/151 vorgefundene Balance zwischen den nach Art 94 B-VG getrennten Funktionen »Verwaltung« und »Gerichtsbarkheit«, für deren beabsichtigte Modifikation sich in den Gesetzesmaterialien kein Anhaltspunkt findet.
2. Als Ausnahmen von diesem Prinzip sieht die Verfassung selbst nur in 4 Fallkonstellationen eine Pflicht zur meritorischen Entscheidung durch die VwG vor, nämlich:

1. generell hinsichtlich Beschwerden in Verwaltungsstrafsachen
2. hinsichtlich Beschwerden in Administrativverfahren dann, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
3. hinsichtlich Beschwerden in Administrativverfahren dann, wenn der maßgebliche Sachverhalt nicht feststeht, aber dessen Feststellung durch das VwG selbst im Interesse der Raschheit (des Gesamtverfahrens) gelegen ist oder
4. hinsichtlich Beschwerden in Administrativverfahren dann, wenn der maßgebliche Sachverhalt nicht feststeht, aber dessen Feststellung durch das VwG selbst mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Davon ausgehend ist daher die Gestaltungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers grundsätzlich auf (bloß) diese 4 Fallkonstellationen beschränkt.

3. Leitet man aus den Gesetzesmaterialien zu dieser Verfassungsno-  
velle ab, dass der Gesetzgeber darüber hinaus weitere Fälle fest-  
legen kann, in denen die VwG zu einer meritorischen Entschei-  
dung berechtigt bzw. verpflichtet sind, muss sich eine derartige  
Befugnis – schon weil sich hierfür keine gesonderte Ermächti-  
gung im Verfassungstext findet – einerseits eng an den Leitlinien  
des Art. 130 Abs 4 B-VG orientieren: Diese bestehen im Lichte der  
Funktionstrennung des Art 94 B-VG und der überkommenen tat-  
sächlichen Ausstattung mit Ermittlungsorganen und -behelfen er-  
sichtlich darin, dass die Sachverhaltsfeststellung vornehmlich eine  
Angelegenheit der Behörde bleiben und nur in Fällen einer mit ho-  
her Wahrscheinlichkeit prognostizierbaren Verfahrensbeschleuni-  
gung oder Kostenersparnis durch das VwG substituiert werden soll.  
Und andererseits müssen solche einfachgesetzlichen Anordnun-  
gen jeweils auch durch eine (oder mehrere) der verfassungsmä-  
ßigen Zielvorgaben der Novelle BGBl I 2012/151 (siehe oben, Rz 2a)  
gerechtfertigt werden können.
4. Vor dem Hintergrund des Prinzips der kassatorischen Entschei-  
dungsbefugnis ist daher die Kompetenz des einfachen (insbeson-  
dere auch des Verfahrens-)Gesetzgebers zur Schaffung von über  
die in Art 130 B-VG selbst geregelten hinausreichenden Konstella-

tionen, in denen VwG meritorisch entscheiden dürfen oder sogar müssen, als prinzipiell eng begrenzt anzusehen, sodass solcherart kreierte Bestimmungen aus den vorgenannten Gründen generell restriktiv zu interpretieren sind, womit sich in concreto einige der in § 28 Abs 3 und 4 VwGVG geregelten Fallgruppen (siehe oben, Vor § 28 Rz 5 Z 3) als verfassungsrechtlich bedenklich erweisen.

5. Insbesondere darf bezweifelt werden, dass es tatsächlich dem Willen des Verfassungsgesetzgebers entspricht, dass die VwG nach einfachgesetzlicher Rechtslage lediglich in 5 von 16 theoretisch möglichen Fallkonstellationen (siehe oben, Vor § 28, Rz 5 Z 3) auf eine kassatorische Entscheidungsbefugnis beschränkt sind und damit in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle anstelle der politischen Behörden die Verwaltung führen (gegen einen »Vorrang der Sachentscheidungskompetenz« der VwG auch *Kneihls/Schmidlechner*, JRP 2016, 16 f).
6. Für ein Vorgehen der VwG prinzipiell durch Zurückverweisung spricht nicht nur, dass dies der Möglichkeit dient, die materielle Entscheidungskompetenz dort zu belassen, wo sie hingehört, nämlich bei der Staatsfunktion »Verwaltung«, sondern auch, dass dadurch vorweg die Rechtslage verbindlich geklärt wird und die Behörde auf dieser Basis – und damit schon zu einem frühen Stadium in die zutreffende Richtung gehend – den entscheidungsrelevanten Sachverhalt ermittelt und davon ausgehend selbst die rechtspolitischen Wertungen vornimmt. Auf diese Weise bleibt für den Regelfall die »Führung der Verwaltung« bei der Behörde und den VwG kommt lediglich die »Rechtmäßigkeitskontrolle« zu; nur dann kann und soll hingegen unmittelbar eine Sachentscheidung durch das VwG erfolgen, wenn die Sachverhaltsermittlungen der Behörde bereits auf einer zutreffenden Auslegung des Gesetzes beruhen und diese davon ausgehend auch (nahezu) umfassend waren – nur in diesem eingeschränkten Umfang ist also der Effizienzaspekt maßgeblich.
7. Aus allen diesen Gründen erweist sich daher das verfassungsrechtlich grundgelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis wohl als genau umgekehrt als vom VwGH angenommen; de facto besteht allerdings

die Gefahr, dass sich die Auffassung des VfGH allein schon durch ständige Wiederholung bei gleichzeitig langem Schweigens des hierfür eigentlich letztkompetenten VfGH als irreversibel etablieren wird.

- 9 Inhaltlich regelt der 4. Abschnitt des VwGVG spezifische prozessuale Formen der Verfahrenserledigung (§§ 28 bis 31 VwGVG; s aber auch *Bergthaler, ZVG 2015, 297*) sowie außerordentliche Rechtsbehelfe (§§ 32 bis 34 VwGVG). Insgesamt sind die §§ 28 bis 34 VwGVG im Hinblick auf § 17 VwGVG – wonach die Verwaltungsgerichte subsidiär (arg »soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist«) die Bestimmungen des AVG, der BAO, des AgrVG, des DVG und die in Materiengesetzen des Bundes und der Länder enthaltenen Verfahrensvorschriften sinngemäß anzuwenden haben (s analog auch § 38 VwGVG in Bezug auf das VStG) – aus rechtssystematischer Sicht als *leges speciales* zu qualifizieren, die den in § 17 VwGVG genannten allgemeinen Normenkomplexen grundsätzlich vorgehen; infolge weitgehender Inhaltsleere kommt den §§ 28 bis 34 VwGVG jedoch *de facto* ein bloß die behördlichen Verfahrensregelungen ergänzender Charakter zu, sodass durch diese Konzeption im Ergebnis nicht nur systematisch, sondern *va* auch quantitativ besehen die Zielsetzung des Art 136 Abs 2 erster Satz B-VG, wonach das VwG-Verfahren prinzipiell in einem eigenständigen Gesetz zu regeln ist (vgl dazu näher *Mayer* ua, Verfassungsrecht Rz 927/4), intentional unterlaufen (wenn nicht sogar in ihr Gegenteil verkehrt) wird.
- 10 Die Verpflichtung zu einer unbeschränkten Heranziehung jener Verfahrensregime, die auf ein behördliches und nicht auf ein gerichtliches Verfahren zugeschnitten sind, muss aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht schon insoweit als bedenklich erscheinen, als den Verwaltungsverfahrensgesetzen essentielle gerichtliche Verfahrensprinzipien – wie der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens, der Waffengleichheit und der personellen Verschiedenheit von ermittelndem und entscheidendem Organ, objektive Beweislastregeln, Unabhängigkeit der Sachverständigen (siehe dazu insb VfGH 7.10.2014, E 707/2014), etc – wesensfremd sind. Dem lässt sich – was allerdings in der Praxis illusorisch ist – nur dadurch begegnen, dass dem in § 17 VwGVG enthaltenen Vorbehalt – nämlich der Begriff »sinngemäß« –

in jedem konkreten Einzelfall entsprechendes Gewicht beigemessen, dh, dass dessen Maßgeblichkeit nicht nur auf die in Materiengesetzen des Bundes und der Länder enthaltenes Spezialverfahrensrecht eingeschränkt, sondern auch auf die allgemeinen Verfahrensregime (AVG, VStG, VVG, BAO, AgrVG, DVG) erstreckt wird, sodass eine subsidiäre Heranziehung von behördlichen Verfahrensbestimmungen dann und insoweit nicht in Betracht kommt, als dadurch insgesamt besehen der Grundsatz eines fairen Verfahrens iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 GRC verletzt werden würde. Eine unbesehen-pauschale, gegenüber der (bisherigen) Behördenpraxis undifferenziert-analoge Anwendung des Behördenverfahrensrechts kann sohin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren prinzipiell nicht vertreten werden (vgl in diesem Sinne die vereinzelt gebliebene Entscheidung des VwGH 28.5.2014, Ra 2014/20/0017; anders hingegen die stRsp, zB VwGH 31.7.2014, Ra 2014/02/0011).

Gleiches gilt auch in Bezug auf den in § 17 VwGVG enthaltenen weiteren Vorbehalt, wonach eine Heranziehbarkeit des Behördenverfahrensrechts dann gehindert ist, wenn und soweit die Behörde in ihrem Anlassverfahren eine Verfahrensnorm nicht anzuwenden hatte und diese tatsächlich auch nicht angewendet hat. So kann bspw vom VwG eine Schätzung der Grundlagen für die Abgabenerhebung nicht auf § 184 Abs 1 iVm § 269 Abs 1 BAO, wonach die Verwaltungsgerichte dieselben Obliegenheiten und Befugnisse, die den Abgabenbehörden auferlegt und eingeräumt sind, haben, gestützt werden, wenn eine Gebührenvorschrift nach der BAO, sondern nach dem AVG zu erfolgen und die Behörde davon ausgehend § 269 Abs 1 BAO in ihrem Verfahren nicht herangezogen hatte.

**10**

## Erkenntnisse

### § 28<sup>1</sup>

- (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.
- (2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn
1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
  2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.
- (3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.
- (4) Hat die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zu üben, hat das Verwaltungsgericht, wenn es nicht gemäß Abs. 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat und wenn die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

---

<sup>1</sup> Es wird die ab 1. 1. 2019 geltende Fassung abgedruckt.

(5) Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

(6) Ist im Verfahren wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen, so hat das Verwaltungsgericht die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären und gegebenenfalls aufzuheben. Dauert die für rechtswidrig erklärte Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt noch an, so hat die belangte Behörde unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Zustand herzustellen.

(7) Im Verfahren über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG kann das Verwaltungsgericht sein Erkenntnis vorerst auf die Entscheidung einzelner maßgeblicher Rechtsfragen beschränken und der Behörde auftragen, den versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der hiermit festgelegten Rechtsanschauung binnen bestimmter, acht Wochen nicht übersteigender Frist zu erlassen. Kommt die Behörde dem Auftrag nicht nach, so entscheidet das Verwaltungsgericht über die Beschwerde durch Erkenntnis in der Sache selbst, wobei es auch das sonst der Behörde zustehende Ermessen handhabt.

(8) Durch die Aufhebung der angefochtenen Weisung tritt jener Rechtszustand ein, der vor der Erlassung der Weisung bestanden hat; infolge der Weisung aufgehobene Verordnungen treten jedoch dadurch nicht wieder in Kraft. Die Behörde ist verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen. 

*idF BGBl I 2017/138*

## Literatur

*Adler/Fister*, *ecolex* 2014, 763; *Berghaler*, ZVG 2014, 405; *Bumberger*, ÖJZ 2015, 210; *Bußjäger*, Dritte Piste, Die Presse 20.2.2017; *Deibl*, ZVG 2015, 403; *Dünser*, Ermessenskontrolle durch Gerichte? Ermessen und öffentliche Interessen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in Larcher (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte 229; *Eberhard*, Verwaltungsgerichte und Gemeinden, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 601; *Eberhard/Pürgy/Ranacher*, ZfV 2015, 93, 291, 395, 488; *Eberhard/Ranacher/Weinhandl/Wallnöfer*, ZfV 2016, 210; *Eberhard/Ranacher/Weinhandl*, ZfV 2017, 226, u 2016, 72; *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht<sup>2</sup> § 28 VwGVG; *Fuchs*, § 28 VwGVG in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren; *dies*, ÖJZ 2013, 949; *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>4</sup>; *Grof*, Die Trennung zwischen Justiz- und Verwaltungsrecht aus national- und europarechtlichem Blickwinkel, 2017, 52 ff; *ders*, SPRW 2016, 107; *ecolex* 2016, 739; *ders*, ZVG 2015, 492; *ders*, SPRW 2013, V&V A 12; *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts<sup>2</sup> 57; *Hengstschläger/Leeb*, AVG III 1002; *Holoubek*, ZfV 2015, 164; *Kleiser*, Der Stellenwert von Erläuterungen in der Argumentation des VwGH, in: Steiner/Breitwieser (Hrsg), Legislative Materialien und Kundmachung von Rechtsnormen, 2015, 101; *Kneihs/Schmidlechner*, JRP 2016, 8; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahren<sup>10</sup> 473; *Larcher*, ZUV 2013, 8; *Leeb*, § 28 VwGVG in Hengstschläger/Leeb (Hrsg), AVG – Ergänzungsband; *Leeb/Zeinhofer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Das Verfahren der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte, in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht, Jahrbuch 2014, 35; *Lehofer*, ÖJZ 2015, 541; *ders*, ÖJZ 2014, 705; *Lenzbauer*, ZfV 2014, 504;; *Merli*, ZfV 2015, 28; *Öhlinger*, ZUV 2012, 5; *Orator*, ZfV 2015, 75, 274, 377, 476; *Pabel*, ZVG 2014, 45; *dies*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 379; *Pavlidis*, ZVG 2015, 26; *Ranacher/Frischhut*, Unionsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, in Larcher (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte 64; *Schmied/Schweiger*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 110; *Schulev-Steindl*, Säumnisbeschwerde an die Verwaltungsgerichte und Säumnisschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht, 2014, 61; *Storr*, ZfV 2012, 911; *ders*, ZVR 2013, 438; *Wessely*, Das Administrativverfahren des BVwG und der LVwG, in Larcher (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte 204; *Winkler*, § 28 VwGVG in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Verfahrensrecht; *ders*, ZVG 2014, 435; *Zußner*, ZfV 2015, 451.

### Materialien

#### EBRV 2009 BlgNR 24. GP (zu BGBl I 2013/33)

»**Zu § 28:** Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, soll die Rechtssache durch das Verwaltungsgericht in Form eines Erkenntnisses erledigt werden. Eine Zurückweisung der Beschwerde kommt auch wegen entschiedener Sache in Betracht, wenn Anbringen die Abänderung eines der Beschwerde nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren.

Der vorgeschlagene § 28 Abs. 2 und 3 regelt, in welchen Fällen das Verwaltungsgericht in der Sache zu entscheiden hat. Gemäß Art. 130 Abs. 4 erster Satz B-VG hat das Verwaltungsgericht in Verfahren über Bescheidbeschwerden in Verwaltungsstrafsachen in der Sache selbst zu entscheiden; siehe dazu den vorgeschlagenen § 50. Gemäß § 28 Abs. 2 hat das Verwaltungsgericht in Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist; dies entspricht Art. 130 Abs. 4 B-VG. Liegen die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 bzw. des Art. 130 Abs. 4 B-VG nicht vor, hat das Verwaltungsgericht gemäß § 28 Abs. 3 in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die belangte Behörde dem nicht bei Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht; dies wiederum entspricht § 67h Abs. 1 AVG.

In den Fällen des Art. 130 Abs. 1 Z 1 und 2 und Abs. 2 Z 1 (und 2) B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit. Außer in Verwaltungsstrafsachen (und in den zur Zuständigkeit des Bundesfinanzgerichtes gehörenden Rechtssachen) liegt Rechtswidrigkeit jedoch nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde Ermessen einräumt und sie dieses im Sinne des Gesetzes geübt hat (Art. 130 Abs. 3 B-VG). Gemäß dem vorgeschlagenen § 28 Abs. 4 soll daher das Verwaltungsgericht in jenen Fällen, in denen es nicht von Verfassung wegen zur Entscheidung in der Sache verpflichtet ist und in denen die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen haben.

Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, ist die Behörde gemäß Abs. 5 verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Gemäß dem vorgeschlagenen Abs. 7 soll sich das Verwaltungsgericht in Säumnisbeschwerdeverfahren zunächst auf die Entscheidung einzelner maßgeblicher Rechtsfragen beschränken können (vgl. § 42 Abs. 4 VwGG).

Durch die Aufhebung der angefochtenen Weisung tritt gemäß Abs. 8 jener Rechtszustand ein, der vor der Erlassung der Weisung bestanden hat; infolge der Wei-

*sung aufgehobene Verordnungen treten jedoch dadurch nicht wieder in Kraft. Die Behörde ist verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.«*

*Der AB 2112 BlgNR 24. GP nimmt auf den 4. Abschnitt des 2. Hauptstückes des VwGVG keinen inhaltlichen Bezug.*

**IA 2254/A BlgNR 25. GP (zu BGBl I 2017/138)**

*»Auf Grund der vorgeschlagenen B-VG-Novelle kommt eine Beschwerde gegen Weisungen im Schulrecht nicht mehr in Frage. Es bedarf daher einer Änderung all jener Bestimmungen des VwGVG, die auf diese »Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 4 B-VG« (die Weisungsbeschwerde) Bezug nehmen.«*

**Gliederung**

- Abs 1: »Erkenntnis« und Synonyma; Urteil; Beschluss; End-Erledigung; Formlosigkeit; Anfechtungsobjekt, Prozessgegenstand, Beurteilungsgegenstand; Verhältnis Bescheid – VwGEntscheidung; Substitution der behördlichen durch die gerichtliche Entscheidung; Verwaltungsstrafsachen; Sache des VwG-Verfahrens; Prüfungsumfang; Sach- und Rechtslage ..... Rz 1–9
- Abs 2: »Administrativbeschwerden« – »Verwaltungsstraßbeschwerden« – sonstige Beschwerdetypen; Relativität der Sachentscheidungskompetenz, Begriff »Entscheidung in der Sache selbst« und Umfang; bloße Spruchkorrektur oder vollumfängliche Substitution?; verpflichtende Sachentscheidung – Ermessen; feststehender Sachverhalt; Verfahrensbeschleunigung; Kostenersparnis ..... Rz 10–19
- Abs 3: Form des Widerspruchs; Aufhebung als negative Sachentscheidung; Unterlassung notwendiger Sachverhaltsermittlungen; Verhältnis § 28 Abs 3 zweiter Satz zu § 28 Abs 2 Z 1; Bindungswirkung; Rechtsverletzung ..... Rz 20–27
- Abs 4: Behördliches Ermessen als Grenze gerichtlicher Ingerenz; teleologische Reduktion; ausnahmsweise Ermessenssubstitution ..... Rz 28–32
- Abs 5: Faktische Entsprechung der Rechtsansicht; Umfang und Grenzen der Bindungswirkung; Vollstreckung; Rechtsansicht (Rechtsmeinung); »unverzüglich« ..... Rz 33–39
- Abs 6: Feststellung – Aufhebung ..... Rz 40–41
- Abs 7: Sacherledigungskompetenz als Grundsatz; Gesamtverfahrensdauer; Bescheiderlassungsauftrag; Ermessenssubstitution; Abgabungsverfahren ..... Rz 42–49
- Abs 8: Unmittelbare Tatbestandswirkung; ..... Rz 50–56

### Schlagworte

»Erkenntnis« – Begriff; weitere (synonyme) Termini; Abgrenzung zum »Urteil«; »Zurückweisung« und »Einstellung« und weitere Erledigungen in Form eines »Beschlusses«; Erledigung – Enderledigung; Prozessgegenstand; Bescheidbeschwerden – Administrativbeschwerden – Verwaltungsstrafbeschwerden; sonstige Beschwerdetypen; Entscheidung »in der Sache selbst«; kassatorische – meritorische Entscheidung; taxative oder demonstrative Aufzählung?; (kombinierte Anfechtungs- und) Verpflichtungsklage; Struktur des Erkenntnisanspruches; keine formelle Übernahme (von Teilen) des Spruches des angefochtenen Bescheides; behördliche – gerichtliche Sachverhaltsermittlung; fehlerhafte Kassation; Form der Widerspruchserklärung; Ermessensentscheidung des VwG – Anwendungsbereich; Sonderbestimmungen für Maßnahmen- und Säumnisbeschwerden.

### Kommentierung

**Zu Abs 1:** Materieller Kerngehalt des § 28 Abs 1 VwGVG ist die Festlegung des Grundsatzes, dass die VwG die einzelnen bei ihnen anhängigen Beschwerden bzw Rechtssachen in der prozessualen Form eines »**Erkenntnisses**« – worunter die förmliche, traditionell im Gegensatz zum gerichtlichen Urteil stehende autoritative Kundgabe einer Rechtsauffassung zu verstehen und die vom gleichnamigen philosophischen Begriff (der den Vorgang oder die Beziehung meint, in der etwas [das Erkannte] von einem Subjekt [dem Erkennenden] auf bestimmte Weise aufgefasst wird) zu differenzieren ist – zu erledigen haben; Übereinstimmung besteht hingegen dahin, dass sich auch die Entscheidungen der VwG letzten Endes stets auf eine wissenschaftlich fundierte Basis rückführen lassen müssen (verfehlt VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121, wonach »es nicht Aufgabe der neu eingerichteten Verwaltungsgerichte« wäre, »abstrakte Rechtsfragen zu beantworten, sondern vielmehr [...] über eine Beschwerde gegen den Bescheid einer Behörde [...], in der die Rechtswidrigkeit des Bescheides behauptet wird, zu entscheiden«, weil das eine das andere nicht nur nicht ausschließt, sondern das Letztere das Ertere vielmehr sogar zwingend voraussetzt).

Mit diesem (nunmehr auch) bezüglich der VwG bereits durch die Verfassung vorgezeichneten Begriff (vgl Art 130 Abs 1 B-VG; Art 131 Abs 1 bis 3 B-VG; Art 131 Abs 6 B-VG; Art 133 Abs 1, 2, 4, 6 und 9 B-VG; Art 135

Abs 1 B-VG; Art 144 Abs 1, 3, 4 und 5 B-VG) wird offenbar – Näheres, insbesondere hinsichtlich des Verhältnisses zu den synonym (vgl unten, § 28 Rz 2) verwendeten Termini »Entscheidung« (vgl Art 130 Abs 2 B-VG; Art 130 Abs 4 B-VG; Art 135 Abs 1 B-VG) und »Besorgung« (vgl Art 135 Abs 2 B-VG; Art 135a Abs 1 und 3 B-VG) bzw »Erledigung« (vgl Art 135 Abs 3 B-VG; Art 135a Abs 2 B-VG) lässt sich hierzu den Gesetzesmaterialien allerdings nicht entnehmen – an die bisherige, seit der Monarchie geläufige Bezeichnung der Regelerledigung durch die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts (vgl die §§ 28 ff RGGBl 1869/44 für das Reichsgericht und die §§ 36 ff RGGBl 1876/36 für den VwGH) angeknüpft.

Dass demgegenüber die für EGMR, EuGH sowie – national besehen – für die sog »ordentliche« Gerichtsbarkeit maßgebliche Bezeichnung einer im Regelfall nicht unter Bindung an eine externe, sondern vielmehr auf einer eigenständigen Faktenermittlung basierenden Sach erledigung (»Urteil«) nicht gewählt wurde, könnte allenfalls dahin zu verstehen sein, dass auf diese Weise der mit dieser divergierenden Terminologisierung verbundene prozessuale Unterschied zwischen unmittelbarer (Urteil) und bloß mittelbarer (Erkenntnis – nämlich deshalb, weil die Sachverhaltsfeststellung primär weiterhin den Behörden zukommen soll; vgl oben, Vor § 28 Rz 5a) Finalisierung der Rechtsache weiterhin aufrecht werden erhalten sollte; dies insbesondere deshalb, weil die in Art 130 Abs 4 B-VG normierte Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache selbst – wie im Folgenden näher darzulegen sein wird – nicht zugleich bedeutet, dass die VwG nicht bloß die Rechtsfrage meritorisch zu erledigen, sondern auch die daran anknüpfenden Legitimationsnachweise zu erteilen (also etwa Staatsbürgerschaftsnachweise und Reisepässe, Lenkerberechtigungen, Auszüge aus dem Gewerbe register etc auszustellen) hätten (siehe dazu auch unten, § 28 Rz 7 u 36).

Andererseits lassen aber schon die faktischen Umstände des Zustandekommens der sog »Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle« (BGBl I 2012/51) den Schluss, dass in diesem Zusammenhang auch tiefgehende rechtssystematische Überlegungen angestellt worden wären, nicht zu (vgl oben, Vor § 28 Rz 2). Im Ergebnis wird daher aus der Bezeichnung »Erkenntnis« allein nicht mehr als eine Übernahme der bislang für den VwGH und den VfGH maßgeblichen Tradition der Er-

ledigung von Individualrechtssachen abzuleiten sein; inwiefern sich dem gegenüber für die VwG nunmehr konkrete Abweichungen ergeben, resultiert sohin nicht aus § 28 Abs 1 VwGVG selbst, sondern vielmehr erst aus jenen Bestimmungen, die die Entscheidungsbefugnisse der VwG im Zusammenhang mit der Erlassung von solchen Erkenntnissen im Detail näher regeln.

Von einem derartigen Verständnis ausgehend, sind daher die zuvor angesprochenen verfassungsrechtlichen Termini »Entscheidung«, »Erledigung« und »Besorgung« als sprachlich variante, inhaltlich besehen jedoch synonyme Oberbegriffe zu den – wechselseitig komplementären – Unterbegriffen »Erkenntnis« bzw »Beschluss« anzusehen; Letzteres gilt in gleicher Weise bezüglich der in § 28 Abs 1 VwGVG verwendeten Begriffe »Rechtssachen« und »Beschwerden« im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Oberbegriff der von den VwG »zu besorgenden Geschäften« (vgl Art 135 Abs 2 B-VG). 2

Zwei **Ausnahmen** von dem Grundsatz, dass die VwG die bei ihnen anhängigen Rechtssachen durch Erkenntnis zu erledigen haben, werden unmittelbar in § 28 Abs 1 VwGVG selbst genannt, nämlich der Fall der **Zurückweisung** der Beschwerde und jener der **Einstellung** des Verfahrens (nämlich: des VwG-Verfahrens selbst und nicht etwa des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens; unzutreffend daher VwGH 30.9.2014, Ra 2014/02/0045, siehe auch unten, Rz 3 zu § 31 Abs 2 VwGVG). Die in diesem Zusammenhang gebrauchte Wortwahl scheint zu indizieren, dass diese Aufzählung als taxativ anzusehen ist, nämlich dahin, dass die VwG lediglich bei Zurückweisungen und Verfahrenseinstellungen kein, ansonsten jedoch stets ein Erkenntnis zu erlassen haben; ist die Beschwerde hingegen zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen, so ist eine solche Entscheidung jeweils, wie sich aus § 31 Abs 1 VwGVG ergibt, in Form eines Beschlusses zu verfugen. Wenn demnach insgesamt besehen bloß die Zurückweisung und die Einstellung einen Anwendungsbereich für die Erlassung von Beschlüssen bilden würden, scheint sich daraus allerdings ein Widerspruch zur Textierung des § 31 VwGVG zu ergeben, der unter Beschlüssen sowohl »Entscheidungen« als auch »Anordnungen« versteht (Abs 1) und im Übrigen zwischen »nicht bloß verfahrensleitenden« sowie – e contrario – »bloß verfahrensleitenden« Beschlüssen differenziert (vgl Abs 2), damit aber offen- 3

bar über die Fälle von Zurückweisungen und Verfahrenseinstellungen hinausreicht.

Eine einen derartigen Widerspruch vermeidende, sog harmonisierende Zusammenschau von § 28 Abs 1 VwGVG und § 31 VwGVG wird daher davon auszugehen zu haben, dass unter einer »Erledigung« iSd § 28 Abs 1 VwGVG lediglich der **finale Abschluss** einer Rechtssache (bzw Beschwerde) im Sinne von deren »**End-Erledigung**« zu verstehen ist; bloß prozessuale Zwischenerledigungen sind demnach ebenso wie nur verfahrensleitende Anordnungen, Entscheidungen über außerordentliche Rechtsmittel, Zuerkennung oder Nichtzuerkennung der aufschiebenden Wirkung, Bestellung eines nichtamtlichen Sachverständigen, oÄ in Beschlussform (oder überhaupt formlos) zu verfügen.

Diese Sichtweise ist nicht nur rechtssystematisch konsequent, sondern zudem sowohl bspw mit den Bestimmungen des § 22 VwGVG oder des § 33 Abs 4 VwGVG, denen zufolge über die Frage der Zuerkennung von aufschiebender Wirkung bzw über das außerordentliche Rechtsmittel eines Antrages auf Wiedereinsetzung explizit durch Beschluss zu entscheiden bzw dieses mittels Beschluss zu finalisieren (= enderledigen) ist, als auch mit den Gesetzesmaterialien zu § 31 VwGVG, wonach (erg: alle) »*Entscheidungen des Verwaltungsgerichtes, die die Rechtssache nicht erledigen, [...] in Form eines Beschlusses ergehen*« sollen, vereinbar.

- 4 In diesem Zusammenhang soll allerdings nicht verschwiegen werden, dass infolge einer derartigen systematisch-teleologischen Reduktion des Begriffes »erledigen« in § 28 Abs 1 VwGVG auf bloße Enderledigungen unter einem ein weiter Anwendungsbereich für Beschlüsse (und sonstige Anordnungen bzw Verfügungen, die nicht in Beschlussform ergehen, wie zB Vorlageanträge an den EuGH, Gesetzesprüfungs- und Verordnungsprüfungsanträge an den VfGH, Aktenvorlagen an die Höchstgerichte, bloße Mitteilungen) eröffnet wird, die vergleichsweise eingeschränkteren Formerfordernissen unterliegen (vgl § 31 Abs 3 VwGVG) und teilweise geringere Bindungswirkung (zB fallweise fehlende Rechtskraft – vgl § 31 Abs 2 VwGVG) aufweisen, va aber nicht öffentlich verkündet werden müssen. Damit ist unschwer absehbar, dass sich in der Praxis ein Trend zur vorrangigen Erledigung in Be-

schlussform bzw überhaupt in formloser Art und Weise (zB einfache Ladungen zur öffentlichen Verhandlung) entwickeln wird.

(Lediglich rudimentäre) Bestimmungen zur formalen Ausgestaltung von Erkenntnissen der VwG finden sich in § 29 VwGVG (s dort). 5

Dem § 28 Abs 1 VwGVG liegt ersichtlich die Vorstellung zu Grunde, dass (jedenfalls im »Administrativverfahren [zum Begriff siehe unten, § 28 Rz 14] vor dem VwG«) im Regelfall ein **Bescheid** den Anlass des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bildet (vgl § 9 Abs 1 Z 1 VwGVG). Im Hinblick auf die Beurteilung des rechtlichen Schicksals des angefochtenen Bescheides einerseits während und andererseits nach Erledigung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (**»Beurteilungsgegenstand«**; dieser kann gegebenenfalls, zB im Falle des Dazwischentretens einer Beschwerdeverentscheidung, durch ein **»Anfechtungsobjekt«** mediatisiert werden; vgl unten, § 28 Rz 13) ist davon jedoch – gleichsam als Ausgangspunkt – die Frage nach dem **»Prüfungsgegenstand«** des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (ie die **»Beschwerde«** selbst) gedanklich zu trennen, wobei dieser Prüfungsgegenstand in inhaltlicher Hinsicht zum einen durch den Spruch des angefochtenen Bescheides (ie die **»Sache«** des Behördenverfahrens, genauer: der **»Spruch«** des Bescheides; vgl VwGH 17.12.2014, Ra 2014/05/0062) und zum anderen durch das Vorbringen des Beschwerdeführers (vgl § 9 Abs 1 Z 3 VwGVG) eingegrenzt ist. Davon ausgehend, dass der behördliche Bescheid sonach bloß mittelbar den Gegenstand der Entscheidung des VwG bildet – was gleichzeitig bedeutet, dass dessen rechtliche Existenz (bloß) durch die Erhebung einer Beschwerde (zumindest vorerst noch) nicht beeinträchtigt wird; allenfalls ist lediglich die Vollstreckbarkeit des Bescheides gehemmt, wenn und soweit der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt –, sind sohin (ohne dass es auf den Typus des Bescheides [Gestaltungsbescheid, Feststellungsbescheid, verfahrensrechtlicher Bescheid, {...}] ankäme) systematisch besehen folgende unterschiedliche Konstellationen denkbar:

- a. Fälle, in denen der Bescheid durch die Entscheidung des VwG überhaupt nicht (unmittelbar) tangiert ist: Hierher zählen etwa eine Zurückweisung der Beschwerde, bloß verfahrensrechtliche Entscheidungen oder eine Einstellung des Verfahrens;

- b. Fälle, in denen der Bescheid in vollem Umfang von der Entscheidung des VwG betroffen, nämlich (ohne nähere inhaltliche Prüfung) als Ganzes aufzuheben (vgl § 28 Abs 5 VwGVG) ist: Hierher zählen etwa die Unzuständigkeit der Behörde zur Bescheiderlassung (zB VwGH 28.1.2016, Ra 2015/07/0070; 23.3.2016, Ra 2015/07/0140) und (allerdings bloß sinngemäß; vgl § 17 VwGVG) die in § 68 Abs 4 AVG angeführten Fallgruppen; sowie
- c. jene zwischen diesen beiden Extrempositionen – in denen vom VwG jeweils keine echte »Entscheidung in der Sache selbst« zu treffen ist – liegenden Fälle, wo nach inhaltlicher Prüfung jeweils prinzipiell eine meritorische Erledigung zu erfolgen hat, und zwar derart, dass
- entweder
- aa. die Beschwerde abzuweisen ist: Eine vollinhaltliche Abweisung (dh aus der Sicht des Rechtsmittelwerbers: eine negative Sachentscheidung) lässt den angefochtenen Bescheid – abgesehen davon, dass eine mit Erhebung der Beschwerde allenfalls (nämlich insoweit, als dieser aufschiebende Wirkung zukam) eingetretene Hemmung der Vollstreckbarkeit mit der Verfahrenserledigung durch das LVwG wieder wegfällt – unberührt;
- oder
- bb. der Beschwerde vollinhaltlich stattzugeben ist: Mit einer aus der Sicht des Rechtsmittelwerbers positiven Sachentscheidung – zB Erteilung der beantragten Baubewilligung, die mit dem angefochtenen Bescheid noch versagt worden war – geht zwangsläufig die Rechtswidrigerklärung des Bescheides einher, dh, dass dieser iSd § 28 Abs 5 VwGVG (und zwar sinnvollerweise, nämlich im Interesse der Rechtssicherheit, explizit) aufzuheben ist (in der Praxis wird sich aber aus Bequemlichkeitsgründen wohl eine bloß implizite Bescheidaufhebung durchsetzen); da es sich um unterschiedliche Staatsfunktionen handelt, bedeutet bspw die Entscheidung eines Verwaltungsrechtsstreits (vgl *Holoubek*, ZfV 2015, 169 f) dahin, dass dem Beschwerdeführer die beantragte Baubewilligung zu Unrecht versagt wurde, aus rechtssystematischer Sicht nicht nur, dass die behördliche Entscheidung rechtswidrig war, sondern weiters,

dass die Behörde dazu verpflichtet ist, den der Rechtsansicht des VwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen (vgl § 28 Abs 5 VwGVG), indem (ausschließlich) diese (und nicht bereits das VwG im Zuge seines stattgebenden Erkenntnisses) die beantragte Baubewilligung erteilt, dh einen dem ursprünglichen Antrag des Beschwerdeführers vollinhaltlich Rechnung tragenden Baubewilligungsbescheid zu erlassen hat

oder

cc. der Beschwerde bloß teilweise stattzugeben ist: Mit einer derartigen Entscheidung ist – in Analogie zu bb) – eine partielle Rechtswidrigerklärung des angefochtenen Bescheides verbunden, die prinzipiell ebenfalls im Erkenntnis des VwG explizit zum Ausdruck gebracht werden sollte; aus Zweckmäßigkeitsgründen wird sich die Praxis der VwG – wie etwa bei Betriebsanlagengenehmigungsbescheiden, deren Spruch mit zahlreichen Auflagen verbunden ist – allerdings regelmäßig darauf beschränken, bloß jene Spruchteile zu modifizieren, hinsichtlich deren eine Rechtswidrigkeit festgestellt wurde, wenngleich dies am rechtssystematischen Grundkonzept der verfassungsmäßig gebotenen Trennung zwischen den Staatsfunktionen »Verwaltung« und »Gerichtbarkeit« freilich nichts zu ändern vermag.

Schließlich kommt dieses Schema (vgl auch näher unten, Rz 11 zu § 28 Abs 2) grundsätzlich auch dann zum Tragen, wenn bzw soweit dem VwG (materien-)gesetzlich nicht bloß eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle aufgegeben ist, sondern dieses auch anstelle der Behörde eigenständiges Ermessen auszuüben bzw öffentliche Interessen in der Form wahrzunehmen hat, dass objektive Rechtswidrigkeiten des Bescheides von Amts wegen (zum – auch in Verwaltungsstrafangelegenheiten maßgeblichen – Amtswegigkeitsprinzip vgl insbesondere VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121; aA LVwG OÖ 14.12.2015, LVwG-411039; relativierend auch EuGH 14.6.2017, C-685/15) aufzugreifen sind (vgl zB VwGH 17.12.2014, Ro 2014/03/0066, und 27.4.2015, Ra 2015/11/0022; s dazu aber auch VwGH 17.12.2014, Ra 2014/03/0049, und 26.3.2015, Ra 2014/07/0077, mwN, wonach der äußerste Rahmen der Prüfbefugnis der VwG durch die Sache des bekämpften Bescheides begrenzt wird

[siehe auch [Deibl](#), ZVG 2015, 403]; bei trennbaren Absprüchen wird dieser weiter eingeschränkt, wenn nur ein Teil bekämpft wird, und zwar selbst dann, wenn die Behörde zur Erlassung der nicht angefochtenen Spruchteile unzuständig war; schließlich sind Parteienbeschwerden nur insoweit zu prüfen, als die Frage einer Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten geltend gemacht werden konnte, während objektive Rechtswidrigkeiten nicht aufzugreifen sind – s dazu näher unten § 28 Rz 9).

- 7 Der VwGH legt demgegenüber die Konzeption der früheren Rechtslage, wonach die UVS als Oberbehörden fungierten, zu Grunde, so dass die behördliche und die verwaltungsgerichtliche Entscheidung weiterhin als Einheit aufzufassen sind, indem »Letztere an die Stelle der Ersteren tritt« (zB VwGH 19.1.2016, Ra 2015/01/0070; sa VfGH 6.5.2015, B 320/2014; für Verwaltungsstrafverfahren VwGH 9.9.2015, Ra 2015/03/0032; für Abgabenverfahren nach der BAO VwGH 1.9.2015, Ro 2014/15/0029). Besonders deutlich wird dies bspw im Erk 17.12.2015, Ro 2015/08/0026, in dem der VwGH zu dem gleichsam um eine Ebene höher angesiedelten **Verhältnis zwischen angefochtenem Bescheid, Beschwerdeverentscheidung und VwG-Entscheidung** ausgesprochen hat, dass die Beschwerdeverentscheidung (Anfechtungsobjekt) durch einen Vorlageantrag nicht außer Kraft tritt. Jenes Rechtsmittel, worüber das VwG im Fall eines zulässigen Vorlageantrages zu entscheiden hat (Prüfungsgegenstand), bleibt allerdings die Beschwerde, denn § 28 VwGVG macht ausschließlich die Beschwerde zum Entscheidungsgegenstand des VwG. Da sich die Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid richtet (und sich ihre Begründung auch auf diesen beziehen muss), bleibt dieser auch Maßstab dafür, ob die Beschwerde berechtigt ist oder nicht (Beurteilungsgegenstand). Aufgehoben, abgeändert oder bestätigt werden kann aber – als Anfechtungsobjekt – nur die an die Stelle des Ausgangsbescheides getretene Beschwerdeverentscheidung. Für die wichtigsten in Betracht kommenden Fallkonstellationen bedeutet dies daher nach Auffassung des VwGH:
- a. Ist die Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid (= Beurteilungsgegenstand) nicht berechtigt, so ist sie vom VwG abzuweisen; eine Beschwerdeverentscheidung, die ebenfalls – wenngleich mit ergänzender Begründung – in einer Abweisung bestanden hat, ist

zu bestätigen (wobei ein dies aussprechendes Erkenntnis – auch dann, wenn der Spruch der Beschwerdeentscheidung nicht wiederholt wird – so zu werten ist, als ob das VwG ein mit der Beschwerdeentscheidung übereinstimmendes neues Erkenntnis erlassen hätte); im Fall einer zu Gunsten des Beschwerdeführers abändernden oder aufhebenden Beschwerdeentscheidung ist – durch Erlassung des an die Stelle der Beschwerdeentscheidung tretenden Erkenntnisses – idR der Spruch des Ausgangsbescheides wiederherzustellen (es sei denn, es wäre bezogen auf den Ausgangsbescheid eine Verschlechterung zu Lasten des Beschwerdeführers [reformatio in peius] rechtlich geboten).

- b. Ist die Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid (teilweise) berechtigt, so ist ihr vom VwG (teilweise) stattzugeben; eine Beschwerdeentscheidung, die der Beschwerde ebenfalls im gebotenen Umfang stattgegeben hat und den Ausgangsbescheid – im Rahmen des durch die Beschwerde abgesteckten Verfahrensgegenstandes – rechtskonform abgeändert oder behoben hat, ist (im vorgenannten Sinn) zu bestätigen, eine rechtswidrige – den Ausgangsbescheid entweder bestätigende oder in rechtswidriger (etwa nicht weit genug gehender) Weise abändernde – Beschwerdeentscheidung ist ihrerseits abzuändern (dh: durch ein rechtmäßiges Erkenntnis zu ersetzen) oder gegebenenfalls – wenn eine Entscheidung in der betreffenden Sache gar nicht hätte ergehen dürfen – ersatzlos zu beheben.
- c. Will das VwG die Sache an die Behörde zurückverweisen, so ist die in der Sache ergangene Beschwerdeentscheidung gemäß § 28 Abs 3 zweiter Satz oder Abs 4 VwGVG aufzuheben.
- d. Ist die Beschwerde nicht zulässig, so ist sie vom VwG zurückzuweisen, wobei der Beschluss des VwG an die Stelle der Beschwerdeentscheidung tritt; dies mit der Wirkung, dass die Rechtskraft des Ausgangsbescheides festgestellt wird, selbst wenn die Behörde die Unzulässigkeit der Beschwerde nicht wahrgenommen und eine meritorische – den Ausgangsbescheid aufhebende oder abändernde – Beschwerdeentscheidung erlassen haben sollte.
- e. Ist die Beschwerde zulässig, wurde sie mit der Beschwerdeentscheidung aber zurückgewiesen, so hat das Verwaltungsgericht inhaltlich über die Beschwerde zu erkennen (und den Ausgangsbe-

scheid zu bestätigen, zu beheben oder abzuändern), wobei seine Entscheidung auch hier an die Stelle der Beschwerdeverentscheidung tritt, ohne dass diese explizit aufgehoben werden muss.

Vor diesem Hintergrund hat daher im Falle einer bestätigenden Entscheidung nicht die Behörde, sondern das VwG selbst die beantragte Bewilligung in konstitutiver Weise zu erteilen, also zB im Zuge der Gewährung einer Aufenthaltsberechtigung zugleich auch deren Dauer festzulegen; eine lediglich nicht näher ausgeführte Anordnung an die Behörde, dass ein Aufenthaltstitel zu erteilen sein wird, entspricht hingegen – ungeachtet dessen, dass die Verwaltungsbehörde allenfalls eine entsprechende Bescheinigung (wie zB »Rot-Weiß-Rot Karte plus« auszustellen hat – diesen Vorgaben nicht (VwGH 26.2.2015, Ra 2014/22/0116; 28.5.2015, Ra 2015/22/0001; 15.12.2015, Ra 2015/22/0121).

- 8 Auch für Verwaltungsstrafbeschwerden hat der VwGH klargestellt, dass die VwG »von Verfassungen wegen in **Verwaltungsstrafsachen** über Berufungen (sic!) in der Sache zu entscheiden« haben und »insofern an die Stelle der Unabhängigen Verwaltungssenate getreten« sind; »die bisherige Rechtsprechung zur Entscheidungsbefugnis der Berufungsinstanz und ihrer Verpflichtung zur Herabsetzung der Strafe im Falle der Reduktion des Tatvorwurfs ist daher grundsätzlich auf die Verwaltungsgerichte übertragbar« (VwGH 2.9.2015, Ra 2015/02/0143; 2.9.2014, Ra 2014/17/0019; 21.8.2014, Ra 2014/17/0012; 31.7.2014, Ro 2014/02/0099).
- 9 Als »Sache« des Beschwerdeverfahrens vor dem VwG gilt – ungeachtet des durch § 27 VwGVG vorgegebenen Prüfungsumfanges – einerseits nur jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruches der belangten Behörde gebildet hat (VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0026), wobei in diesem Zusammenhang zu beachten ist, dass das VwG nicht nur die gegen den Bescheid eingebrachte Beschwerde, sondern auch die Angelegenheit, die von der Behörde zu entscheiden war, zu erledigen hat (zB VwGH 12.1.2016, Ra 2014/08/0028; 17.12.2014, Ro 2014/03/0066; vgl auch die Nachweise bei *Eberhard/Ranacher/Weinhandl*, ZfV 2016, 77; für den Sonderfall, dass die Beschwerde von einer auf die Geltendmachung bestimmter subjektiver Rechte beschränkten Person [zB Nachbarn im Bauverfahren] eingebracht wurde, vgl etwa VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032 – danach ist die Entscheidungskompetenz

auf die Frage einer Verletzung derartiger subjektiv-öffentlicher Rechte beschränkt, sodass das VwG in diesem Fall etwa keine Modifikation des angefochtenen Bescheids aus öffentlichen Interessen vornehmen darf; im Falle der Teilbarkeit der Sacherledigung vgl VwGH 4.8.2015, Ra 2015/06/0039). Andererseits kann dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden, dass er den Prüfungsumfang ausschließlich an das – gegebenenfalls durch seine eingeschränkte Parteistellung begrenzte – Vorbringen des Beschwerdeführers binden wollte, sodass insgesamt davon auszugehen ist, dass in erster Linie die »Sache« des bekämpften Bescheides den äußersten Rahmen für die Prüfbefugnis bildet; hinsichtlich des so eingeschränkten Prüfungsumfanges ergibt sich sodann eine weitere Beschränkung dahin, dass von einer Privatperson erhobene Beschwerden iSd Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG vom VwG nur insoweit zu prüfen sind, als die Frage einer Verletzung von deren subjektiv-öffentlichen Rechten zu beurteilen ist. Innerhalb des so abgesteckten Rahmens der »Sache« des bekämpften Bescheides ist das VwG jedoch befugt, aufgrund der in der Beschwerde geltend gemachten Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten auch solche Rechtswidrigkeitsgründe aufzugreifen, die vom Beschwerdeführer nicht vorgebracht wurden (VwGH 27.1.2016, Ra 2014/10/0003).

Wenn das Verwaltungsgericht in der Sache selbst entscheidet, hat es seine Entscheidung an der zum Zeitpunkt seiner Entscheidung **maßgeblichen Sach- und Rechtslage** auszurichten, soweit gesetzlich nicht explizit Anderes angeordnet ist (VwGH 30.6.2015, Ra 2015/03/0022; 10.11.2015, Ro 2015/19/0001); allfällige Änderungen des maßgeblichen Sachverhalts und der Rechtslage seit der Erlassung des angefochtenen Bescheides sind zu berücksichtigen (VwGH 9.9.2015, Ro 2015/03/0032), gleichzeitig bildet aber die behördliche Entscheidungsbefugnis die Grenze der Sachentscheidungskompetenz gemäß § 28 Abs 1 VwGVG (VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0044; 16.9.2015, Ra 2015/22/0082; 14.8.2015, Ra 2015/03/0025).

Außerdem gilt insoweit – auch in Verwaltungsstrafsachen – das Amtswegigkeitsprinzip und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist (VwGH 15.12.2014,

2014/17/0121; aA LVwG OÖ 14.12.2015, LVwG-411039; relativierend auch EuGH 14.6.2017, C-685/15).

- 10 Zu Abs 2:** Die Formulierung des § 28 Abs 2 VwGVG deckt sich mit der verfassungsmäßigen Vorgabe des Art 130 Abs 4 zweiter Satz B-VG und bezieht sich inhaltlich auf Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, also auf Beschwerden gegen in der Rechtsatzform »Bescheid« ergangene behördliche Erledigungen, soweit diese (nicht ein Verwaltungsstrafverfahren, sondern) ein Administrativverfahren zum Gegenstand hatten (sog »Administrativbeschwerden«). Im systematischen Zusammenhang betrachtet ist die Anordnung des § 28 Abs 2 VwGVG intentional als ein Kontrapunkt zu Bescheidbeschwerden in Verwaltungsstrafsachen (sog »Verwaltungsstrafbeschwerden«) anzusehen, nämlich derart, dass die VwG in jenem Bereich – wie aus Art 130 Abs 4 erster Satz B-VG iVm § 50 VwGVG hervorgeht – stets in der Sache selbst zu entscheiden haben, während hier gewisse Ausnahmen vorgesehen sind, die Sachentscheidungspflicht für Administrativbeschwerden also nicht absolut gilt.

Mangels entsprechender Sonderregelung im 3. Hauptstück des VwGVG bleibt allerdings insgesamt besehen offen, welche dieser beiden konträren Alternativen (nämlich: »absolute« bzw »bloß relative« Pflicht zur Sachentscheidung) – oder gar ein aliud – in den in Art 130 Abs 1 Z 2 bis Z 4 B-VG (Maßnahmenbeschwerden, Säumnisbeschwerden, Weisungsbeschwerden) sowie in den in Art 130 Abs 2 Z 1 bis Z 3 B-VG normierten Beschwerdetypen (Beschwerden gegen schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln [auch: »Verhaltensbeschwerden«]; Beschwerden gegen Auftragsvergaben; Dienstrechtsbeschwerden) zum Tragen kommen soll, wenn – soweit dies überhaupt verfassungsrechtlich zulässig ist (vgl Art 136 B-VG) – auch der jeweilige Materiengesetzgeber diesbezüglich keine Festlegungen trifft. Vor dem Hintergrund, dass einerseits der Verfassungsgesetzgeber lediglich den – in der Praxis allerdings weitaus überwiegenden – (Haupt-)Typus der Bescheidbeschwerde einer Regelung unterzogen und andererseits der Verfahrensgesetzgeber die ihm solcherart hinsichtlich der übrigen Beschwerdetypen zukommende rechtspolitische Gestaltungsbefugnis (zumindest bislang) nicht genutzt hat, verbleibt angesichts dieses status quo auf der Ebene der Rechtsanwendung nur die Möglichkeit, die vom Verfassungsgesetz-

geber getroffene Grundsatzentscheidung auf die übrigen Beschwerdetypen analog zu übertragen, sofern hinsichtlich dieser eine Zurückverweisung [die etwa in die Erlassung eines Feststellungsbescheides mündet] überhaupt denkbar ist. Dies derart, dass die VwG eine absolute Pflicht zur Sachentscheidung iSd Art 130 Abs 4 erster Satz B-VG iVm § 50 VwGVG sohin lediglich dort trifft, wo jene Beschwerdetypen einen untrennbaren Konnex zum Verwaltungsstrafverfahren aufweisen bzw als dessen Bestandteil aufzufassen sind, also bspw eine im Zuge des Strafverfahrens vorgenommene Ausübung von verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (Beschlagnahme; Betretung, Durchsuchung und Auskunftsbegehren; Einhebung einer Sicherheitsleistung; Betriebsschließung; etc), ein gesetzwidriges schlicht-hoheitliches Handeln (gegen das im Materiengesetz eine Beschwerdebefugnis an das VwG vorgesehen ist, wie etwa die Nichtbekanntgabe der Dienstnummer durch den einschreitenden Polizeibeamten) oder eine pflichtwidrige Untätigkeit (va in jenen kontradiktorisch ausgestalteten Verwaltungsstrafverfahren, in denen Behördenorganen eine Parteilichkeit und Rechtsmittellegitimation zukommt); im Übrigen besteht hingegen für die VwG auch in Bezug auf die in den in Art 130 Abs 1 Z 2 bis Z 4 B-VG (Maßnahmenbeschwerden, Säumnisbeschwerden, Weisungsbeschwerden) sowie in den in Art 130 Abs 2 Z 1 bis Z 3 B-VG normierten Beschwerdetypen (Beschwerden gegen schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln; Beschwerden gegen Auftragsvergaben; Dienstrechtsbeschwerden) lediglich eine relative Pflicht zur Sachentscheidung, wie sie in Art 130 Abs 4 zweiter Satz B-VG iVm § 28 Abs 2 VwGVG hinsichtlich Administrativbeschwerden festgelegt ist.

Weder im Normtext des Art 130 Abs 4 B-VG noch in § 28 Abs 2 bis 4 VwGVG ist näher umschrieben, was unter einer »Entscheidung in der Sache selbst« zu verstehen ist; vielmehr wird dieser Begriff offenbar als bekannt (vgl *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 130 B-VG Rz 68, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte) bzw selbsterklärend vorausgesetzt, wenn bzw weil sowohl im Gesetz als auch in den Materialien hierzu bloß die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen festgelegt bzw erläutert werden. 11

Da jedoch die normative Tragweite einer Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache – zumal im B-VG selbst auch die Alternative(n)

hierzu, wie etwa eine Aufhebung (Kassation, und zwar mit oder ohne gleichzeitiger Zurückverweisung der Rechtssache), nicht geregelt ist – objektiv besehen keineswegs als selbstverständlich erscheint, müssen der Inhalt und die Reichweite dieses Begriffes sohin aus den übrigen mit diesem in einem näheren Zusammenhang stehenden verfassungs- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen erschlossen werden, wobei insoweit vornehmlich folgende normative Anordnungen als essentiell erscheinen:

- ▷ ▷ Nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG erkennen die VwG über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen »Rechtswidrigkeit«. Daraus folgt zunächst, dass die VwG einerseits prinzipiell bloß zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Bescheiden berufen und andererseits zugleich darauf beschränkt sind, das Ergebnis dieser Kontrolle in normativ-verbindlicher Form festzustellen; systematisch besehen macht die nunmehrige explizite verfassungsrechtliche Qualifikation der verwaltungsgerichtlichen Erledigung als »Erkenntnis« (vgl zB Art 133 Abs 1, 2, 4, 6 und 9 B-VG sowie Art 144 Abs 1 und 3 bis 5 B-VG) zudem deutlich, dass es sich hierbei – im Gegensatz zu einem »Bescheid« – nicht (mehr [wie noch im unmittelbaren Vorfeld der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle BGBl I 2012/51 bei den UVS]) um einen der Staatsfunktion Verwaltung, sondern vielmehr um einen der Gerichtsbarkeit (des Öffentlichen Rechts) zuzuordnenden Individualrechtsakt handelt (sodass Beschwerden an die VwG – zumal die Abschaffung des behördlichen Instanzenzuges [vgl dazu auch VfGH 8.10.2014, G 83/2014] weder im B-VG [allein auf Grund des Wortlauts des Art 132 Abs 6 B-VG erscheint nämlich die Einrichtung eines materiengesetzlichen Behördeninstanzenzuges auch in anderen als den Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde nicht als zwingend ausgeschlossen] noch im AVG explizit zum Ausdruck kommt – sohin jeweils a priori außerordentliche Rechtsbehelfe verkörpern).
- ▷ ▷ Gemäß Art 130 Abs 3 B-VG liegt eine Rechtswidrigkeit – außer in Verwaltungsstrafsachen und in den zur Zuständigkeit des BFG gehörenden Rechtssachen; in diesen beiden Bereichen erweist sich offenkundig auch eine ansonsten lediglich als unzumutbar zu qualifizierende Ermessensübung als rechtswidrig – jeden-

falls dann nicht vor, soweit das Gesetz der Verwaltungsbehörde ein »Ermessen« einräumt und die Behörde dieses Ermessen im Sinne des Gesetzes ausgeübt hat. Abgesehen von den beiden verfassungsmäßig explizit angesprochenen Ausnahmefällen bedeutet dies einerseits, dass die VwG im Regelfall bloß eine nicht im Sinne des Gesetzes vorgenommene Ermessensausübung nicht als rechtswidrig im vorgenannten Sinne feststellen dürfen und andererseits, dass es den VwG auch verwehrt ist, im Zuge ihrer Entscheidung deren eigenes Ermessen anstelle jenes der Behörde zu setzen, also eigenständig Ermessen auszuüben (ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen, in den Angelegenheiten des BFG und wohl auch in Säumnisbeschwerdeverfahren gemäß Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG – vgl § 28 Abs 7 VwGVG).

- ▷ ▷ Nach Art 132 Abs 1 B-VG kann – grob gesprochen – entweder derjenige, der dadurch in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, oder der zuständige Bundesminister in Angelegenheiten, in denen Bundesgesetze durch Landesbehörden vollzogen werden, gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde eine Beschwerde an die VwG erheben. Im Zuge derartiger Beschwerdeverfahren sind die VwG hinsichtlich des Prüfungsumfanges zufolge § 27 VwGVG auf jene Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt (vgl § 9 Abs 1 Z 3 VwGVG – sog »Beschwerdegründe«) bzw an die Erklärung über den Umfang der Anfechtung (vgl § 9 Abs 3 VwGVG) beschränkt. Ein »Erkennen der Rechtswidrigkeit« seitens der VwG iSd Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG darf daher im jeweiligen konkreten Fall inhaltlich regelmäßig (als Ausnahmefälle, in denen eine objektive Rechtswidrigkeit auch von Amts wegen aufzugreifen ist, könnten Konstellationen analog zu den in § 68 Abs 4 AVG angeführten Fallgruppen angesehen werden) nicht über den Bereich hinausgehen, der vom Beschwerdeführer durch sein Vorbringen inhaltlich abgegrenzt wurde.
- ▷ ▷ Noch im unmittelbaren Vorfeld der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 waren der VfGH und (in aller Regel) auch der VwGH darauf beschränkt, den im Zuge einer Beschwerde angefochtenen und als rechtswidrig erkannten Bescheid aufzuheben, also kassatorisch zu entscheiden (vgl § 87 Abs 1 VfGG idF

BGBI I 2003/100 bzw § 42 Abs 1 VwGG idF BGBI 1990/330); die daraus resultierende Verpflichtung der Behörde, der Rechtsansicht des jeweiligen Höchstgerichtes unverzüglich Rechnung zu tragen (vgl § 87 Abs 2 VfGG idF BGBI I 2010/111 bzw § 63 Abs 1 VwGG idF BGBI 1995/470), bestand in praxi regelmäßig darin, neuerlich einen (sog Ersatz-)Bescheid zu erlassen (der sich insbesondere in Selbstverwaltungsangelegenheiten darauf zu beschränken hatte, den aufsichtsbehördlichen Bescheid aufzuheben) und der wiederum bei den Höchstgerichten angefochten werden konnte, was gelegentlich in Richtung eines infiniten Regresses führte; in der »Vermeidung von« – in der Praxis zwar nicht den Regelfall gebildet habenden, de facto allerdings durch die (vorrangig bloß auf die Lösung von Verfahrens- anstatt von materiellen Rechtsfragen konzentrierte) Judikatur des VwGH veranlassten – »Kassationskaskaden« (vgl die EBRV 1618 BlgNR 24. GP 14) lag daher ein wesentliches Ziel der mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBI I 2012/51 vollzogenen Abwendung vom früheren Kassationsmodell hin zum Prinzip der meritorischen Beschwerdeerledigung, die insgesamt besehen vornehmlich der Verfahrenseffektuiierung iSd Art 13 EMRK dienen soll.

- ▷ Liegt entweder eine Verwaltungsstrafsache oder eine Administrativbeschwerde, in deren Zuge der maßgebliche Sachverhalt bereits von der Behörde ausreichend festgestellt wurde oder die behördliche Sachverhaltsermittlung zwar nicht hinreicht, aber dessen Feststellung durch das VwG selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist, so ist gemäß Art 130 Abs 4 B-VG vom VwG zwingend in der Sache selbst zu entscheiden. Hinsichtlich jeder dieser vier Fallgruppen – nämlich:
1. Verwaltungsstrafbeschwerden;
  2. Administrativbeschwerden mit bereits von der Behörde ausreichend festgestelltem Sachverhalt;
  3. Administrativbeschwerden, bei denen der Sachverhalt von der Behörde nicht hinreichend festgestellt wurde und dessen Feststellung durch das VwG selbst im Interesse der Raschheit gelegen ist; und

4. Administrativbeschwerden, bei denen der Sachverhalt von der Behörde nicht hinreichend festgestellt wurde und dessen Feststellung durch das VwG selbst mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.  es sohin dem Verfahrensgesetzgeber schon von Verfassungen wegen verwehrt, für Beschwerden nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG eine andere als die meritorische Erledigungsform vorzusehen.

Lässt man vor diesem Hintergrund im Zuge einer systematischen Betrachtung den Sonderbereich des Verwaltungsstrafrechts – deshalb, weil dieser vergleichsweise regelmäßig durch ein signifikantes Überwiegen der Tatfragen gegenüber den Rechtsfragen gekennzeichnet ist – außer Betracht, so zeigt sich, dass die Verfassung davon ausgeht, dass die Sachverhaltsfeststellung primär den Behörden vorbehalten ist; denn prinzipiell nur dann, wenn sich diese als nicht ausreichend erweist und zudem der Aspekt der Raschheit und/oder der Kostenersparnis zum Tragen kommt, ist diese – als Ausnahme vom vorerwähnten Grundsatz – seitens der VwG zu dem Zweck zu substituieren, dass jene darauf gestützt eine meritorische Entscheidung treffen können (sa oben Vor § 28 Rz 56). Zumindest als Voraussetzung für eine verpflichtende Entscheidung in der Sache selbst wurde daher die – bereits dem früheren System der Verwaltungsgerichtsbarkeit inhärente (vgl § 41 Abs 1 VwGG idF BGBl 1990/330) – Bindung bzw Übernahme an den von der Behörde angenommenen Sachverhalt übernommen. Als ein Kriterium für eine Funktionsabgrenzung zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts hat es jedoch nunmehr deshalb deutlich an Maßgeblichkeit eingebüßt, weil Art 6 Abs 1 EMRK und Art 47 Abs 2 GRC jeweils durch den Unmittelbarkeitsgrundsatz geprägt sind.

- ▷ Die daraus, dass die in Art 130 Abs 4 B-VG normierten Voraussetzungen für eine Sachentscheidung nicht vorliegen, resultierende gegensätzliche Alternative – also, wie eine Erledigung von Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG »nicht in der Sache selbst« aussieht und unter welchen Voraussetzungen eine solche vorzunehmen ist –, ist auf Verfassungsebene nicht geregelt. Bedeutet dies, dass Art 130 Abs 4 B-VG als eine abschließende Regelung da-

hin anzusehen ist, dass lediglich unter den dort normierten Voraussetzungen eine Pflicht bzw Befugnis zur Entscheidung der VwG in der Sache selbst in Betracht kommt? Nur wenn man diese Frage verneint, lässt sich die Auffassung vertreten, dass der Verfahrensgesetzgeber in verfassungsrechtlich zulässiger Weise in § 28 Abs 3 VwGVG den Grundsatz aufstellen durfte, dass die VwG auch insoweit prinzipiell – dh abgesehen von **zwei Ausnahmefällen**, nämlich: Widerspruch der Behörde oder Unterlassung notwendiger Sachverhaltsermittlungen durch diese – in der Sache selbst zu entscheiden haben. Dass mit einer derartigen Festlegung die Reichweite des rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes allerdings tatsächlich nicht überschritten wurde, darf aber angesichts der äußerst fragilen Demarkationslinie zwischen den beiden Staatsfunktionen »Verwaltung« und »Gerichtsbarkeit« – die in den Erläuterungen zur RV zur Verfassungsnovelle erstaunlicherweise überhaupt nicht angesprochen wird – durchaus bezweifelt werden: Denn davon ausgehend, dass im Ergebnis nur zwei in der Praxis eher vernachlässigbare Ausnahmekonstellationen übrig bleiben (Widerspruch und ungenügende Sachverhaltsermittlung), haben die VwG im Ergebnis nämlich über Bescheidbeschwerden, dh aber in der Praxis in weitaus mehr als 90 % aller anhängigen Fälle und somit nahezu immer (!), in der Sache selbst zu entscheiden. Ob jedoch eine derartige Verschiebung der politischen Machtbefugnisse von der Verwaltung hin zur Gerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle BGBl I 2012/51 (vgl dazu schon Vorb § 28 Rz 5) dem Verfassungsgesetzgeber (und nicht bloß paralegislativen »Expertengremien« – vgl *Öhlinger*, ZUV 2012, 55) überhaupt bewusst und wenn ja, von diesem auch tatsächlich in diesem Ausmaß intendiert war, lässt sich ex post und objektiv ebenso wenig verifizieren wie die Frage, ob hierfür einerseits das Argument einer Verkürzung der Verfahrensdauer eine hinreichende sachliche Rechtfertigung und andererseits ein – seit dessen Implementierung durch die AVG-Novelle BGBl I 2001/65 in der Praxis ohnehin bloß quasi »totes Recht« verkörperndes – Widerspruchsrecht zu Gunsten der Behörde ein ausreichendes Korrektiv zu bilden vermögen.

Trotz dieser erheblichen Bedenken soll im Folgenden aber dennoch von der Verfassungskonformität des § 28 Abs 3 VwGVG ausgegangen werden.

Betrachtet man all diese im Zuge der Entscheidungspflicht bzw -befugnis der VwG maßgeblichen Aspekte – nämlich: (grundsätzlich) bloße Rechtmäßigkeitskontrolle, keine Ermessenskontrolle, Bindung an Beschwerdegründe, prinzipielle Ersetzung des Kassationsmodells durch den Grundsatz der reformatorischen Entscheidung, Vorliegen einer ausreichenden behördlichen Sachverhaltsfeststellung (bzw – ausnahmsweise – effizientere Sachverhaltsfeststellung durch die VwG selbst) und Staatsfunktion »Gerichtsbarkeit« – unter einem systematischen Gesamtzusammenhang, so lässt sich ein zugleich harmonisches sowie einigermaßen verfassungskonformes, dh insbesondere die bisherige Funktionsverteilung zwischen Verwaltung einerseits und Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts andererseits nicht fundamental irritierendes Ergebnis nur dadurch erzielen, dass sich die Befugnis bzw die Verpflichtung der VwG zur Entscheidung in der Sache selbst darauf erstreckt und zugleich beschränkt, die ihnen mit der Beschwerde vorgelegte(n) Rechtsfrage(n) einer inhaltlich abschließenden Erledigung zuzuführen und davon ausgehend den Rechtsstreit zwischen den Verfahrensparteien meritorisch zu entscheiden. Die »Verwaltungsführung« (vgl auch *Holoubek*, ZfV 2015, 169), dh die faktische Umsetzung dieser Entscheidung, also va die Erlassung sich allenfalls daran knüpfender Verwaltungsakte, obliegt hingegen nach wie vor der Behörde, und zwar auf Grund einer entsprechenden, vom VwG in dessen Erkenntnis normativ auszusprechenden Verpflichtung; insoweit gilt die in § 28 Abs 5 VwGVG – ungeachtet ihrer sprachlich zu engen, weil nur auf den Fall der Aufhebung des Bescheides abstellenden Textierung – angeordnete Bindungswirkung sinngemäß auch für stattgebende Entscheidungen (und insgesamt besehen sohin generell). Dieses (dem Modell einer Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs 1 dVwGO entsprechende) Ergebnis wird im Übrigen in optimaler Weise auch jenen Materiengesetzen gerecht, denen zufolge die Ausübung einer Berechtigung an die vorangehende Erteilung einer Bewilligung bzw Legitimationsurkunde geknüpft ist, und die regelmäßig die Formulierung: »*nur mit Genehmigung der Behörde*« oÄ (vgl zB

statt vieler § 74 Abs 2 GewO) – und somit eben nicht mit Genehmigung eines VwG! – aufweisen.

12 Davon ausgehend hätte daher der Spruch eines die anhängige Administrativbeschwerde iSd Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG in merito erledigenden Erkenntnisses des VwG prinzipiell – dh von materiengesetzlich oder konkret bedingten Besonderheiten des Einzelfalles abgesehen – an einem gewerberechtlchen Beispiel demonstriert folgende Grundstrukturierung aufzuweisen:

- a. im Falle einer stattgebenden Entscheidung:  
*»Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 2 VwGVG dahin stattgegeben, dass 1.) der angefochtene Bescheid aufgehoben und 2.) die Behörde dazu verpflichtet wird, dem Beschwerdeführer gemäß § 77 Abs. 1 GewO die beantragte gewerberechtlche Genehmigung (allenfalls: unter Vorschreibung folgender Auflagen: [...]) zu erteilen.«*
- b. im Falle einer abweisenden Entscheidung:  
*»Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG als unbegründet abgewiesen.«*
- c. im Falle einer (stattgebenden) Feststellungsentscheidung:  
*»Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG dahin stattgegeben, dass 1.) der angefochtene Bescheid aufgehoben und 2.) gemäß § 19 GewO festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer die individuelle Befähigung für die Ausübung des reglementierten Gewerbes der Immobilien-treuhänder, eingeschränkt auf Immobilienmakler, aufweist.«*

Von wesentlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass aus rechtssystematischer Sicht in keinem dieser Fälle eine gänzliche oder auch nur teilweise Übernahme des Spruches des angefochtenen Bescheides im Wege eines formalen Verweises (wie zB *»Die Beschwerde wird abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt«*) in Betracht kommt, weil die VwG vor dem Hintergrund des Art 94 Abs 1 B-VG (im Unterschied zu den UVS als deren Vorgänger) nicht (mehr) als Behörden zu qualifizieren sind, sodass das Erkenntnis des VwG auch keine Bescheidqualität (mehr) aufweist. Wird daher eine (zulässige) Beschwerde gegen einen Bescheid eingebracht, so reduziert sich – sofern nicht infolge des Nichtbestehens der aufschiebenden Wirkung (vgl dazu grundlegend EGMR 5.7.2016, appl 29094/09, wonach es aus

grundrechtlicher Sicht hinreicht, dass einem Rechtsbehelf gegen die erstinstanzliche Entscheidung aufschiebende Wirkung zukommt; Rechtsmittel gegen höherinstanzliche Entscheidungen müssen dagegen keinen automatischen Suspensiveffekt haben) ausnahmsweise eine vorzeitige Vollstreckbarkeit in Betracht kommt (vgl zB § 56 Abs 3 ALVG idF BGBl I 2013/71 und dazu VfGH 2.12.2014, G 74/2014, sowie § 77 Abs 2 SPG idF BGBl I 2013/161 und dazu VfGH 2.12.2014, G 148/2014 einerseits bzw demgegenüber § 56 Oö BauO und dazu VfGH vom 12.3.2015, E 58/2015, sowie § 78 Abs 1 GewO andererseits) – dessen rechtliche Existenz auf das Vorhandensein eines (mittelbaren) Beurteilungsgegenstandes (vgl zu diesem Begriff oben § 28 Rz 6), der systemlogisch besehen seine vorläufige Unwirksamkeit nur in dem Fall, dass das Verfahren vor dem VwG mit einer Abweisung der Beschwerde endet, nicht, ansonsten aber mit der Verfahrenserledigung durch das VwG stets unmittelbar und endgültig verliert. Anstelle einer – auch bloß teilweisen – Bestätigung des Bescheidspruches kann daher eine rechtsdogmatisch saubere Lösung nur darin bestehen, diesen bzw den entsprechenden Teilbereich – schon um den Effekt, dass sich sonst eine erteilte Genehmigung insgesamt gleichsam puzzleartig aus Spruchteilen des Bescheides der Behörde einerseits und aus Spruchteilen des Erkenntnisses des VwG andererseits zusammensetzt (vgl paradigmatisch etwa LVwG OÖ 4.5.2016, LVwG-850402), hintanzuhalten – explizit in den Spruch des Erkenntnisses des VwG aufzunehmen; Gleiches gilt auch umgekehrt, wenn und soweit die Behörde dazu verpflichtet wird, den Spruch des Erkenntnisses des VwG zur Gänze oder Teile hiervon inhaltlich zu übernehmen. Allerdings bezieht sich der Hinderungsgrund des wechselseitigen Verweises auch aus rechtssystematischer Sicht nur auf die jeweilige individuell-konkrete normative Anordnung (also den Bereich des Spruches); im Übrigen – also zB hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung, der Begründung oder auch der rechtlichen Beurteilung – kann hingegen schon im Interesse der Verfahrensökonomie und der Vermeidung unnötiger Wiederholungen durchaus auf die entsprechenden Elemente (nicht jedoch in vollem Umfang – vgl VfGH 7.11.2008, U 67/08; VwGH 28.11.2014, Ra 2014/01/0085) des angefochtenen Bescheides bzw des ergangenen Erkenntnisses verwiesen werden.

Dass diese systembedingt-idealtypische Trennung in der Praxis allerdings kaum durchgehalten, sondern stattdessen – trotz Allgegenwärtigkeit von Scan- und Copy-and-Paste-Methoden – schon aus Bequemlichkeit wie bisher »der angefochtene Bescheid (allenfalls: [...] insoweit, als [...]) bestätigt« werden wird, ist absehbar (vgl paradigmatisch etwa LVwG OÖ 4.5.2016, LVwG-850402); dieser »normativen Kraft des Faktischen« entsprechend wäre dann konsequenterweise ein diesbezüglich systemwidriges Vorgehen des VwG künftig wohl auch nicht als ein zur Erkenntnisaufhebung führender Verfahrensfehler iSd § 42 Abs 2 Z 3 lit c VwGG zu qualifizieren.

- 13 Davon ausgehend müsste auch für den Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens die bisherige Judikatur des VwGH, wonach die Oberbehörde – dh im unmittelbaren Vorfeld der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 die UVS – in jenen Fällen, in denen der Spruch des Straferkenntnisses zwar nicht die nach § 44a Z 1 VStG gebotenen Voraussetzungen im Hinblick auf die Tatkonkretisierung erfüllte, allerdings eine innerhalb der Verjährungsfrist gesetzte, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Verfolgungshandlung vorlag, den Spruch adäquat zu korrigieren hatte, insbesondere auch im Hinblick auf die richtungsweisenden Urteile des EGMR 20.9.2016, appl 926/08 (»Karelin«), und des EuGH 14.6.2017, C-685/15 (»Online Games«), als dementsprechend modifiziert anzusehen sein. Da die VwG im Verwaltungsstrafverfahren stets in der Sache selbst zu entscheiden haben (vgl Art 130 Abs 4 erster Satz B-VG), wäre aber sohin auf Grund der gegenwärtig maßgeblichen Rechtslage korrekterweise nicht – wie bisher – der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses zu übernehmen und entsprechend zu korrigieren und/oder zu ergänzen, sondern jener nicht nur in dieser speziellen Fallkonstellation, sondern vielmehr generell – also auch dann, wenn eine inhaltliche Bestätigung der behördlichen Entscheidung ohne Spruchmodifikation erfolgen kann und soll – seitens des VwG eigenständig und neu zu erlassen.

Nicht nur aus Gründen rechtssystematischer Konsequenz, sondern auch um faktisch zu verdeutlichen, dass es sich im Hinblick auf den Anfechtungsgegenstand (Bescheid einer Behörde) nunmehr um ein aliud (gerichtliche Entscheidung) handelt, erschiene es jedenfalls – und ungeachtet allfälliger Widrigkeiten in konkreten Einzelfällen –

prinzipiell als unverzichtbar (wenngleich illusorisch), dies nunmehr auch in der alltäglichen Vollzugspraxis konsequent umzusetzen.

Im Erkenntnis des VwGH vom 31.7.2014, Ro 2014/02/0099, war diese Frage noch offen gelassen worden. Mittlerweile geht der VwGH jedoch in ständiger Rechtsprechung weiterhin davon aus, dass der angefochtene Bescheid und die im Zuge einer Beschwerde ergehende VwG-Entscheidung – ausgenommen den Fall der gänzlichen Bescheid-aufhebung – materiell besehen eine Einheit bilden, dh, dass das VwG spruchmäßig – vollinhaltlich oder teilweise, explizit oder implizit – auf den Bescheidspruch verweisen und diesen dadurch zum Bestandteil seiner eigenen Entscheidung machen kann (vgl dazu die schon oben § 28 Rz 7 angeführten Entscheidungen).

Aus dem Zusammenhalt zwischen Abs 1 und Abs 2 des § 28 VwGVG ergibt sich in systematischer Hinsicht, dass die VwG auch dann im Wege eines Erkenntnisses zu entscheiden hätten, wenn einerseits weder eine Zurückweisung der Beschwerde noch eine Einstellung des Verfahrens zu erfolgen hat, andererseits aber auch die Voraussetzungen für eine Entscheidung in der Sache selbst nicht vorliegen sowie zudem auch kein Beschluss zu erlassen ist. Ein praktischer Anwendungsbereich für die Erlassung solcher »Nicht-in-merito-Erkenntnisse« (also kassatorischer Entscheidungen, die nicht Beschlüsse iSd § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG oder iSd § 28 Abs 4 erster Satz VwGVG verkörpern) ist allerdings nicht mehr erkennbar, wenn man – wie der VfGH in seinem Erkenntnis vom 18.6.2014, G 5/2014 – auch bloße Feststellungsentscheidungen als Sacherledigungen ansieht. 14

Dies liefert einen weiteren Anhaltspunkt dafür, dass die Formulierung des § 28 Abs 1 VwGVG, die prima vista das Erkenntnis als den Regelfall der Handlungs- und Entscheidungsform der VwG zu apostrophieren scheint, überschießend ist, weil in der Praxis diese Vorrangstellung tatsächlich vielmehr dem Beschluss zukommt. Zutreffend erweist sich diese Formulierung somit nur dann und insoweit, als zugleich der Begriff des »Erledigens« teleologisch auf die meritorische End-Erledigung von Rechtssachen reduziert wird (vgl oben § 28 Rz 3 und *Leeb*, § 28 Rz ~~xxx~~).

- 15 § 28 Abs 2 VwGVG legt in Z 1 und Z 2 drei jener insgesamt vier Alternativen fest, bei deren Zutreffen das VwG dazu verpflichtet ist, **in der Sache selbst** zu entscheiden; die vierte Kategorie einer derartigen Rechtspflicht findet sich in § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG, während dem gegenüber § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG (e contrario) die Erledigung der Rechtssache in Form einer meritorischen Entscheidung in das Ermessen des VwG stellt (siehe näher schon oben Vor § 28 Rz 5 Z 3).

Nach § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG haben die VwG auch in Administrativbeschwerdeverfahren zwingend dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht, wobei die Frage, ob diese Voraussetzung im konkreten Fall erfüllt ist, naturgemäß vom VwG jeweils aus eigenem (unter der nachprüfenden Kontrolle der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts) beurteilt und entschieden werden muss. Dem aus der Formulierung der Z 1 naheliegenden Umkehrschluss zufolge ergäbe sich, dass bereits dann, wenn der entscheidungswesentliche Sachverhalt seitens der Behörde nicht ausreichend ermittelt wurde, für das VwG auch die in dieser Bestimmung normierte unbedingte Verpflichtung entfällt. Allerdings wird diese systematisch als stringent intendierte Konsequenz in der Praxis maßgeblich dadurch relativiert, dass in den Fällen derartiger behördlicher Unzulänglichkeiten häufig die gemäß § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG bzw gemäß § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG normierte subsidiäre Rechtspflicht des VwG zur meritorischen Erledigung zum Tragen kommen wird. Denn § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG ordnet an, dass die VwG auch dann in der Sache selbst zu entscheiden haben, wenn der entscheidungswesentliche Sachverhalt zwar von der Behörde nicht hinreichend ermittelt wurde, dessen – ergänzende bzw vollumfängliche – Feststellung durch das VwG selbst jedoch im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist. Unter dem Aspekt der Sachverhaltsermittlung entfällt daher für das VwG – die Regelungen der Z 1 und Z 2 gesamthaft besehen – die Verpflichtung zur meritorischen Erledigung nur dann, wenn keine der drei dort genannten Alternativen – nämlich: 1.) Feststehen des maßgebenden Sachverhalts, 2.) Feststellung des mangelhaften Sachverhalts durch das VwG im Interesse der Raschheit gelegen oder 3.) erhebliche Kostenersparnis dadurch, dass das VwG den mangelhaften Sachverhalt selbst ergänzt – zutrifft.

In seinem (voreilig) als Grundsatzentscheidung intendierten Erkenntnis vom 26. 6. 2014, Ro 2014/03/0063 (nahezu zeitgleich bestätigt durch E 30. 6. 2015, Ra 2014/03/0054), hat der VwGH hingegen nicht nur in diesen Fallkonstellationen, sondern vielmehr generell das Bestehen eines prinzipiellen **Vorranges der meritorischen Entscheidungspflicht** – und zwar vornehmlich auf Grund des in den Gesetzmaterien angesprochenen Prinzips der Verfahrenseffizienz – angenommen: Danach darf – worauf der Beschwerdeführer einen subjektiven Rechtsanspruch hat – seitens des VwG die Möglichkeit der Zurückverweisung nur bei **krassen bzw besonders gravierenden Ermittlungslücken** (dh, wenn die Behörde jegliche Ermittlungstätigkeit unterlassen, wenn sie völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt, wenn sie bloß ansatzweise ermittelt oder wenn sie Ermittlungen deshalb unterlassen hat, damit diese dann durch das VwG vorgenommen werden) in Anspruch genommen werden, was allerdings jeweils entsprechend begründet werden müsste (bspw bejahend: VwGH 9. 9. 2015, Ro 2015/03/0002; 31. 8. 2015, Ra 2015/11/0039; 29. 7. 2015, Ra 2015/07/0034; dagegen verneinend: VwGH 14. 12. 2015, Ra 2015/09/0057; 11. 11. 2015, Ra 2015/11/0053; 16. 10. 2015, Ra 2015/08/0042). Selbst Bescheide, die bloß eine dürftige Begründung enthalten, rechtfertigen daher keine Zurückverweisung, wenn brauchbare Ermittlungen vorliegen, die im Zusammenhang mit einer allfälligen öffentlichen Verhandlung vervollständigt werden können; andererseits kann sich uU aber auch erst im Rahmen einer Verhandlung herausstellen, dass die noch fehlenden Ermittlungen einen Umfang erreichen, der eine Zurückverweisung gestattet (VwGH 27. 1. 2016, Ra 2015/08/0171), wobei hierfür das bloße Formalargument der »Verkürzung um eine Instanz« im Hinblick auf Art 83 Abs 2 B-VG (vgl zB statt vieler LVwG OÖ 21. 3. 2016, LVwG-350222 und 16. 3. 2016, LVwG-350104) wohl nicht mehr ausreicht (vgl VwGH 22. 6. 2016, Ra 2016/03/0027).

Welcher konkrete Sachverhalt iSd § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG maßgeblich ist, kann sich mit Blick auf das konkrete Materienrecht uU – insbesondere, weil für das Beschwerdeverfahren vor den VwG kein Neuerungsverbot gilt – auch erst nach dem Abschluss des behördlichen Verfahrens ergeben, und zwar vornehmlich dann, wenn sich in der Folge bis zur Erledigung des Beschwerdeverfahrens der Sachverhalt und/oder die Rechtslage in einem entscheidungswesentlichen Punkt geändert

haben. Da in Verfahren über Administrativbeschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG – mangels gegenteiliger gesetzlicher Anordnung (weil dessen unmittelbare Heranziehung gemäß § 17 VwGVG explizit ausgeschlossen ist: bloß) in Analogie zu § 66 Abs 4 AVG – überdies jeweils die zum Entscheidungszeitpunkt maßgebliche **Sach- und Rechtslage** anzuwenden ist und die Formulierung des § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG insoweit nicht auf Kriterien wie Zurechenbarkeit, Verschulden oÄ, sondern lediglich darauf abstellt, ob objektiv besehen der maßgebliche Sachverhalt feststeht, wird das VwG sohin auch durch eine nachträglich eintretende Unvollständigkeit der Sachverhaltsermittlung von der unbedingten Pflicht zur Entscheidung in der Sache selbst entbunden.

- 16 Gesamthaft besehen tritt die in § 28 Abs 2 VwGVG zum Ausdruck gebrachte, letztlich sowohl umfassende als auch originäre **Sachverhaltsermittlungspflicht der VwG** in Konkurrenz zu jener der Behörden gemäß AVG. Da die VwG auf Grund der Verweisungsnorm des § 17 VwGVG ua auch die §§ 37 ff AVG anzuwenden haben, besteht aber – wenn die einfachgesetzliche Rechtslage isoliert betrachtet wird – diesbezüglich kein essentieller Unterschied. Auf den Punkt gebracht resultiert sohin mangels spezifischer materiell-determinierender Sonderregelungen eine weitgehende Deckungsgleichheit zwischen behördlicher und gerichtlicher Verfahrensführung, wobei die Sachverhaltsermittlung fraglos einen Kernbereich derselben verkörpert; das verfassungsmäßige *specificum differentiae*, dass die VwG durch mit den richterlichen Garantien ausgestattete Organe im Wege einer öffentlichen Verhandlung über kontradiktorische Ansprüche entscheiden, wird somit durch die vom einfachen Gesetzgeber ex post vorgenommene umfassende Gleichschaltung des Verfahrens wieder weitgehend eingeebnet. Ob der dem Verfahrensgesetzgeber mit Art 136 Abs 2 B-VG eingeräumte rechtspolitische Gestaltungsspielraum tatsächlich derart weit reicht, darf durchaus bezweifelt werden; eine diesbezügliche Äußerung des VfGH steht bislang aus, auf das in richtungsweisenden Entscheidungen der europäischen Instanzen (vgl EGMR 20.9.2016, appl 926/08 [»Karelin«], und EuGH 14.6.2017, C-685/15 [»Online Games«]), in diesem Zusammenhang betonte Prinzip der richterlichen Unparteilichkeit, insbesondere das Verbot der Vermischung von richterlicher und Anklagefunktion, sei hingewiesen.

Selbst wenn man eine derartige gesetzgeberische Dispositionsbefugnis annimmt, dann allerdings nur unter der Prämisse, dass jedenfalls stets jene verfassungsmäßigen Determinanten zu beachten sind, die sich in diesem Zusammenhang insgesamt aus den Art 129 ff B-VG, aber auch aus den einschlägigen Verfahrensgarantien der EMRK und der GRC ergeben (vgl auch oben, Vor § 28 Rz 7). Dies bedeutet va, dass das Ermittlungsverfahren dem Zweck eines gerichtlichen, dh auf Streitentscheidung zwischen gleichrangigen Verfahrensparteien ausgerichteten (kontradiktorischen) Verfahrens verpflichtet sein, insbesondere also durchgängig den Grundsätzen der Fairness iSd Art 6 Abs 1 EMRK (Art 47 GRC) entsprechen muss, was zB (speziell im Verwaltungsstrafverfahren) von vornherein ein Spannungsfeld zu dem das behördliche Verfahren dominierenden Amtswegigkeitsprinzip – in der speziellen Erscheinungsform der Inquisitionsmaxime des § 39 Abs 2 AVG – erzeugt: Fallen nämlich Ermittlungs- und Entscheidungskompetenz in ein und derselben Person zusammen, so werden (jedenfalls im Ergebnis unweigerlich) die öffentlichen Interessen – und damit jene rechtspolitischen Implikationen, die in erster Linie von der Behörde, also einer der beiden Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, zu vertreten sind – bevorzugt; Gleiches gilt in Bezug auf die Verpflichtung zur vorrangigen Heranziehung von Sachverständigen aus dem Personalstand der Behörden gemäß § 52 AVG (**Amtssachverständige**), deren Gutachten schon auf Grund der dienstrechtlichen Verflechtungen tendenziell in einer Überbetonung der öffentlichen gegenüber den Interessen der Privatparteien mündet, etc (vgl daher den Schlussantrag der Generalanwältin 9.3.2017, C-685/15, Rz 58–60, zu der der richterlichen adäquaten Unabhängigkeit von Sachverständigen einerseits sowie andererseits VfGH 7.10.2014, E 707/2014, zur Pflicht der VwG, in jeder Rechtssache gesondert prüfen zu müssen, ob eine fall-spezifische Befangenheit des Amtssachverständigen vorliegt [wobei freilich bezweifelt werden darf, dass diesem bloßen »Warnhinweis« in der Praxis auch tatsächlich eine weitreichende und durchschlagende Wirkung zukommt, zumal dieser in einer Beweislastverschiebung auf den Beschwerdeführer resultiert]; s ergänzend dazu VwGH 29.4.2015, Ro 2015/05/0007, wonach eine Aufhebung und Zurückverweisung deshalb, weil ein befangener Organwalter an der Erlassung des Bescheides mitwirkte, unzulässig ist – vielmehr ist dieser Verfahrensmangel

durch das VwG zu sanieren; schon von vornherein liegt hingegen nach EuGH 5.7.2016, C-614/14, keine Befangenheit vor, wenn nach einem Vorlageantrag iSd Art 267 AEUV das nationale Verfahren von demselben Richter fortgesetzt wird, der den Vorlageantrag beim EuGH eingebracht hat).

Um die Anforderungen an ein faires Verfahren iSd Art 6 Abs 1 EMRK nicht zu verletzen, muss daher im jeweiligen konkreten verwaltungsgerichtlichen Verfahren trotz der einfachgesetzlichen Festlegung, dass die für das behördliche Verfahren maßgeblichen Bestimmungen, insbesondere die §§ 37 AVG, formal auch hier anzuwenden sind, jede dieser Normen stets auch entsprechend den sie überhöhenden Grundrechts- und Organisationsrechtsprinzipien verfassungskonform interpretiert und entsprechend praxiseffizient angewendet werden. Die Gefahr, dass diese verfassungsmäßigen Grundsätze allerdings mangels entsprechender expliziter Positivierung im VwGVG und im AVG de facto nicht immer (ausreichend) berücksichtigt werden, ist freilich groß, zumal auch der VwGH in einer uneingeschränkten Geltung des Amtswegigkeitsgrundsatzes (in Form der Inquisitionsmaxime) für das Verfahren der VwG keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu erkennen vermochte (vgl VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121; ebenso VfGH 14.3.2017, E 3282/2016, Rz 29, wonach das Amtswegigkeitsprinzip des § 39 AVG keinen Bedenken im Hinblick auf Art 6 Abs 1 EMRK begegnet). Als wesentlich wahrscheinlichere Variante dürfte sich daher unter derartigen Rahmenbedingungen herauskristallisieren, dass im Regelfall die bisherigen (allerdings aus dem Umstand, dass die UVS keine Gerichts-, sondern selbst bloß Behördenqualität aufwiesen, resultierenden) faktischen Gepflogenheiten beibehalten werden, also bspw, dass (selbst substantielle) Versäumnisse des behördlichen Ermittlungsverfahrens – statt etwa in einem konkreten Verwaltungsstrafverfahren deshalb, weil die Behörde entsprechende Nachweise nicht vorgelegt hat, die Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 EMRK heranzuziehen (so zB ~~das Erk~~ LVwG OÖ 27.10.2016, LVwG-000166, mit dem das angefochtene Straferkenntnis unter Hinweis auf das »Karelin«-Urteil des EGMR [20.9.2016, appl 926/08] aufgehoben wurde, weil die belangte Behörde kein Sachverständigengutachten eingeholt hatte) – der bisherigen Judikatur des VwGH zur verpflichtenden Spruchkorrektur

iSd § 44a Z 1 VStG entsprechend vom VwG selbst, und zwar im Sinne der das Verfahren ursprünglich initiiert habenden behördlichen, primär auf die Verhängung einer Strafe abzielenden Intention, substituiert werden (vgl bspw VwGH 20.10.2015, Ra 2014/09/0028; siehe auch VwGH 26.2.2017, 2017/11/0140: »Im Übrigen sei angemerkt, dass der Verwaltungsgerichtshof in der gegenständlichen Strafsache auch keine Bedenken gegen die Korrektur des im Straferkenntnis genannten Tatortes hatte«); oder, dass im Regelfall ein Amtssachverständiger herangezogen, dessen Gutachten für schlüssig befunden und auf dieser Grundlage die Sachentscheidung getroffen wird sowie Einwände der Privatpartei(en) unter lapidarem Hinweis darauf, dass dem Sachverständigengutachten nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten wurde, abgewiesen werden (vgl bspw VwGH 19.3.2015, Ra 2015/06/0024); etc.

Unter dem in § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG zum Ausdruck kommenden Ziel der effizienten Verfahrensführung (wobei insoweit auf die Gesamtdauer bis zur meritorischen Erledigung abzustellen ist, sodass die mit der gerichtlichen Kassation einer behördlichen Entscheidung verbundene Eröffnung eines weiteren Rechtszuges gegen die neue Behördenentscheidung an das VwG idR insgesamt zu einer Verfahrensverlängerung führt; vgl VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027) sind zwei alternative Konstellationen zusammengefasst, bei deren Vorliegen die Sachverhaltsfeststellung durch das VwG selbst zu erfolgen hat – mit der Konsequenz, dass die Beschwerde in der Folge jeweils zwingend in der Sache selbst zu erledigen ist (bzw umgekehrt: eine meritorische Erledigung nur dann unterbleiben kann, wenn beide Alternativen erfüllt sind), nämlich

- ▷ entweder dann, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts unmittelbar durch das VwG »im Interesse der Raschheit gelegen« ist:  
Wenngleich in diesem Zusammenhang das Bezugsobjekt nicht ausdrücklich angeführt ist, lässt sich aus dem Gesamtkontext dennoch nur schließen, dass das Kriterium der Raschheit primär die Dauer des Rechtsmittelverfahrens, darüber hinaus aber generell auch die **Gesamtdauer des Verfahrens** bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung (also ohne Rechtsmittelverfahren vor den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts) im Blick hat (ebenso *Leeb*, § 28 Rz ~~XXX~~);

vgl zur Rechtskraftwirkung schon oben, Vor § 28 Rz 5a; s nunmehr auch VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027). Mangels konkreter Spezifizierung, insbesondere infolge des Fehlens einer entsprechenden Einschränkung im Gesetzestext, handelt es sich bei diesem Kriterium aus systematischer Sicht um eine absolute Voraussetzung: Dies dergestalt, dass eine Entscheidung in der Sache selbst stets dann zu treffen ist, wenn – was wiederum eine Prognoseentscheidung verkörpert, deren Negation vom VwG entsprechend zu begründen wäre – die Sachverhaltsfeststellung durch das VwG selbst dazu führt, dass das Verfahren insgesamt oder zumindest das Beschwerdeverfahren vergleichsweise schneller erledigt erscheint. Als Maßstab dient dabei offenkundig die Alternative, dass das VwG den angefochtenen Bescheid aufhebt und die Rechtssache zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweist, sodass damit jene die erforderlichen Sachverhaltsergänzungen vorzunehmen hat. Mit Blick auf § 28 Abs 4 VwGVG ergibt sich daraus überdies, dass das VwGVG – abgesehen von den Sonderfällen der Zurückweisung der Beschwerde oder der Einstellung des Verfahrens – nur zwei unterschiedliche Möglichkeiten der Erledigung des Verfahrens durch die VwG kennt, nämlich 1.) eine Entscheidung in der Sache selbst (= meritorisch) oder 2.) eine Bescheidaufhebung und Zurückverweisung der Angelegenheit an die Behörde (= kassatorisch), und zwar entweder zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung oder zur Ausübung des Ermessens im Zuge der Erlassung eines neuen Bescheides. Welche Fallgestaltungen, in denen ein Beschwerdeverfahren nach Aufhebung und Zurückverweisung im Ergebnis dennoch vergleichsweise rascher erledigt ist, der Gesetzgeber im Zuge der Erlassung des Art 130 Abs 4 Z 2 B-VG bzw des § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG konkret vor Augen hatte, lässt sich weder den Materialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 noch jenen zur (wortidenten) einfachgesetzlichen Ausführungsbestimmung des Verfahrensgesetzgebers entnehmen. Aus der Sicht der Praxis ist im Einzelfall eine solche Konstellation insbesondere dann denkbar, wenn sich im Verfahren vor dem VwG abzeichnet, dass der angefochtene Bescheid – abgesehen von zudem erforderlichen Sachverhaltsergänzungen – aus rechtlichen Gründen (zB wegen Heranziehung einer unzutreffenden Rechts-

grundlage, deren Korrektur dem VwG deshalb verwehrt ist, wenn und weil dadurch in unzulässiger Weise der Gegenstand [»die Sache«] des Beschwerdeverfahrens überschritten würde) aufzuheben ist; oder, wenn die durchschnittliche Erledigungsdauer des VwG generell und/oder für vergleichbare Verfahren jene der Behörde deutlich übersteigt (wobei hinsichtlich der Frage der Überlastung eines richterlichen Organs oder des VwG insgesamt darauf hinzuweisen ist, dass nach VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027, die Organisationsverantwortlichen dafür Sorge zu tragen haben, dass durch entsprechende Vorkehrungen eine rasche Entscheidung einer Rechtssache möglich ist, sodass ein derartiger Einwand eine Zurückverweisung iSd § 28 Abs 3 VwGG grundsätzlich nicht zu rechtfertigen vermag); oder, wenn eine öffentliche Verhandlung geboten ist und eine solche wegen eines spezifisch örtlichen Bezuges im konkreten Verfahren seitens der Behörde (zB wegen der Notwendigkeit der Verbindung mit einem Lokalausweis, der Hinzuziehung von ortsansässigen Sachverständigen, der Absehbarkeit erforderlicher Vertagungen und/oder Terminkoordinationen mit den Verfahrensparteien) zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt angesetzt und finalisiert werden könnte; etc. Aus dem Umstand, dass es sich hierbei aber offenkundig jedenfalls nicht um Regelfälle handelt, ist zu schließen, dass das VwG im Einzelfall jeweils konkret **begründen** muss, weshalb die Aufhebung und Zurückweisung im Interesse der Raschheit des Verfahrens lag (vgl VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; 30.5.2017, Ra 2016/12/0076; 14.12.2016, Ro 2016/19/0005). Bspw rechtfertigt eine andersartige Beweiswürdigung und die daraus resultierende Notwendigkeit von bloß ergänzenden Ermittlungen eine solche Vorgangsweise nach Ansicht des VwGH (20.6.2017, Ra 2017/18/0103) ebenso wenig wie das Erfordernis der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung (VwGH 20.6.2017, 2017/18/0117) oder die Notwendigkeit der Einholung bzw Ergänzung eines Sachverständigengutachtens (VwGH 27.4.2017, Ra 2016/12/0071).

- ▷ oder dann, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das VwG selbst »mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden« ist:

Auch hinsichtlich dieses absoluten Verpflichtungskriteriums fehlt sowohl in Art 130 Abs 4 Z 2 B-VG als auch in § 28 Abs 2 Z 2 VwGVG eine nähere Konkretisierung dahin, welche bzw wessen Kosten durch eine meritorische Erledigung des VwG als vergleichsweise insgesamt reduziert erscheinen sollen, was ebenfalls im Zuge einer Prognoseentscheidung zu beurteilen (und bei einem negativen Ergebnis vom VwG entsprechend zu begründen [vgl zB VwGH 6.7.2016, Ro 2016/08/0012, Rz 54]) ist. Mangels textlicher Differenzierung kann daher grundsätzlich sowohl eine Kostenersparnis zugunsten der Behörde oder des VwG selbst (bzw zugunsten von deren jeweiligen Rechtsträgern) als auch eine solche zugunsten einer sonstigen Amtspartei sowie schließlich auch der Privatpartei eine Entscheidung in der Sache selbst anstelle einer Aufhebung und Zurückverweisung gebieten. Das ersichtlich der Vorbeugung von Exzessen dienende Konkretisierungsmerkmal dahin, dass diese Kostenersparnis »erheblich« sein muss, ist allerdings schon wegen dessen inhaltlicher Unbestimmtheit nur bedingt dazu geeignet, reine Spekulationen zu vermeiden, weil bei den Behörden und Gerichten kaum bzw überhaupt keine entsprechend verlässlichen Parameter (Kostenstellenrechnungen) für einzelne Verfahrensschritte oder -abschnitte bestehen oder geführt werden und auch der Aufwand der privaten Parteien für das VwG ex ante nur schwer einigermaßen verlässlich abschätzbar ist. Vor diesem Hintergrund mag sich zwar eine verbale Begründung dafür, dass dieses Kriterium im konkreten Einzelfall erfüllt – und dem entsprechend eine Entscheidung in der Sache selbst nicht geboten – ist, finden lassen; in der Praxis dürfte jedoch eine seriöse Verifizierung einer solchen Behauptung in aller Regel kaum möglich sein. Allein dadurch, dass die Behörden mit den Amtssachverständigen organisatorisch besser verflochten sind als die VwG, ist jedenfalls eine erhebliche Kostenersparnis im Wege einer Sachentscheidung des VwG noch nicht ausgeschlossen (vgl VwGH 22.6.2016, Ra 2016/03/0027, Rz 38 ff).

- 18 Der Fall, dass objektiv besehen zwar die Voraussetzungen für eine meritorische Erledigung vorliegen, das VwG aber dessen ungeachtet kasuatorisch entscheidet – mithin: die Konsequenz einer insoweit fehlerhaften Vorgangsweise –, ist gesetzlich nicht explizit geregelt. Folglich

kommen insoweit die allgemeinen Bestimmungen des Fehlerkalküls zum Tragen, dh dass eine **rechtswidrige Aufhebung und Zurückverweisung** – die ungeachtet ihrer konkreten Bezeichnung und formalen Ausgestaltung einen Beschluss iSd § 31 VwGVG verkörpert (so explizit § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG und § 28 Abs 4 erster Satz VwGVG) – von den Verfahrensparteien prinzipiell stets mit **Revision** an den VwGH bekämpft werden kann (vgl § 42 Abs 2 Z 3 lit c VwGG). Dies deshalb, weil es sich insoweit um eine grundsätzliche Rechtsfrage iSd Art 133 Z 4 B-VG handelt, als der Beschluss des VwG ja von der stRsp des VwGH – konkret zB vom Erk 30.9.2014, Ro 2014/22/0022 – abweicht.

Aus der Sicht der Parteien ist eine derartige Revisionserhebung nicht nur möglich, sondern vornehmlich schon deshalb von essentieller Bedeutung und sohin regelmäßig schon aus prozessualer Vorsicht geboten, weil andernfalls mit einer formell unanfechtbar gewordenen Aufhebung und Zurückverweisung stets auch eine Bindung an die vom VwG in diesem Beschluss konkret geäußerte Rechtsansicht einhergeht; die im Falle einer Kassation ausnahmsweise nicht bloß den normativen Ausspruch, sondern auch die (Begründung und) rechtliche Beurteilung umfassende Rechtskraftwirkung bindet in der Folge nicht nur, wie in § 28 Abs 3 letzter Satz VwGVG und in § 28 Abs 4 letzter Satz VwGVG ausdrücklich angeordnet, die Behörde, sondern – in Analogie zur bisherigen ständigen Judikatur – auch das VwG selbst und die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts (vgl zB VwGH 30.1.2014, 2013/10/0197, sowie unten § 28 Rz 26), wobei sich diese **Bindung** allerdings auf die für die Aufhebung tragenden Gründe und die für die Behebung maßgebliche Rechtsansicht beschränkt (VwGH 21.1.2016, Ra 2015/12/0048).

**Zu Abs 3:** Selbst wenn der maßgebliche Sachverhalt nicht iSd § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG feststeht oder dessen Feststellung durch das VwG weder im Interesse der Raschheit iSd § 28 Abs 2 Z 2 erste Alternative VwGVG gelegen noch mit einer erheblichen Kostenersparnis iSd § 28 Abs 2 2 zweite Alternative VwGVG verbunden ist, hat das VwG dennoch gemäß § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG dann meritorisch zu entscheiden, wenn die Behörde einer Sacherledigung nicht bei der nach § 14 Abs 2 VwGVG bzw nach § 15 Abs 2 letzter Satz VwGVG vorzunehmenden Vorlage der Beschwerde an das VwG widerspricht. Ein solcher

19

**Widerspruch**, der zur Folge hat, dass das VwG die Beschwerde bloß kassatorisch (dh durch Aufhebung und Zurückverweisung) erledigen kann, ist jedoch nur zulässig, wenn hierdurch das Verfahren – nämlich: entweder das Beschwerdeverfahren vor dem VwG oder das Verfahren insgesamt – auf Basis einer Prognoseentscheidung (vgl. *Leeb*, § 28 Rz ~~XXX~~) wesentlich vereinfacht oder beschleunigt wird (hingegen bildet der Aspekt, dass sich die Behörde auf diese Weise die Staatsfunktion »Verwaltungsführung« selbst vorbehalten will, zwar – gleichsam im Hintergrund – das maßgebliche Motiv für die Institutionalisierung dieses Instrumentariums, jedoch kein explizites gesetzliches Zulässigkeitskriterium); das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist von der Behörde jeweils zu begründen und seitens des VwG von Amts wegen entsprechend zu überprüfen.

In der Praxis wurde das im Vorfeld der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle BGBl I 2012/51 in § 67h AVG (idF vor BGBl I 2013/33) geregelte Widerspruchsrecht seitens der Behörde so gut wie nie in Anspruch genommen; sollte sich an dieser Haltung – allenfalls auch deshalb, weil im Wege einer bloß kassatorische Entscheidung in aller Regel weder eine wesentliche Vereinfachung noch eine wesentliche Beschleunigung zu erwarten ist – auch künftig nichts ändern (worauf gegenwärtig alle Anzeichen hindeuten; insbesondere hat der Aspekt, dass die Behörden mit der Nichterhebung eines Widerspruches zugleich – zumindest für den konkreten Anlassfall – auch ihre rechtspolitische Gestaltungsbefugnis weitgehend aus der Hand geben, bei diesen bzw deren Oberbehörde[n] zu keinem Umdenken geführt), dann hat dies zur Konsequenz, dass die VwG auch über Administrativbeschwerden (ebenso wie über Verwaltungsstraßbeschwerden, für die ein umfassender Zwang in Art 130 Abs 4 erster Satz B-VG iVm § 50 VwGVG ohnehin explizit gesetzlich festgelegt ist) stets in der Sache selbst zu entscheiden haben. Mit wenig Verständnis kann somit in Fällen gerechnet werden, in denen seitens der belangten Behörde kein Widerspruch erhoben wurde und die nachfolgende Sachentscheidung des VwG – wie zB BVwG 2.2.2017, [W109 2000179](#)  1E, betreffend die Projektierung einer »Parallelpiste« am Flughafen Wien-Schwechat – aus rechtspolitischer Sicht als inakzeptabel angesehen wird (vgl auch *Bußjäger*, Dritte Piste).

Darüber, in welcher Form seitens der belangten Behörde ein Widerspruch iSd § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG, der aus rein prozessualer Sicht eine Parteierklärung verkörpert, zu erheben ist, findet sich in den Verfahrensgesetzen keine nähere Regelung (siehe auch *Fuchs*, § 28 Anm 10). 20

Weil ein Widerspruch nach dieser Bestimmung jedoch »*bei der Vorlage der Beschwerde*« zu erklären ist und die Beschwerdevorlage gemäß § 14 Abs 2 VwGVG bzw gemäß § 15 Abs 2 letzter Satz VwGVG jeweils »*unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens*« zu erfolgen hat, ist davon auszugehen, dass dieser bei Inanspruchnahme der Regelform der Aktenübermittlung auf postalischem Weg schriftlich (unter Einschluss von Telefax und e-mail) – nämlich im behördlichen Vorlageschreiben – zu erfolgen hat; eine (ausnahmsweise) mündliche Erklärung im Zuge einer manuellen Aktenübermittlung durch einen Organwalter der (belangten) Behörde erscheint dadurch jedoch nicht ausgeschlossen (aA *Leeb*, § 28 Rz ~~XXX~~), sofern dieser Bedienstete auch über eine entsprechende Vertretungslegitimation (Vollmacht oder ex lege-Vertretungsbefugnis wie für die Organe der Finanzpolizei gemäß § 10b AVOG-DV) verfügt.

Unzulässig und damit unwirksam ist hingegen sowohl eine nachträgliche – also erst nach der Vorlage der Beschwerde erfolgte – Widerspruchserklärung als auch die Einbringung des Widerspruchs durch ein oberstes Organ iSd § 19 VwGVG zu einem Zeitpunkt, zu dem dieses noch nicht rechtmäßig anstelle der belangten Behörde in das verwaltungsgerichtliche Verfahren eingetreten war.

Die **Prüfung**, ob (zumindest) eine der beiden in § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG alternativ normierten Voraussetzungen (Vereinfachung oder Beschleunigung des [Gesamt-]Verfahrens) zutrifft, obliegt dem VwG. Das VwG hat diese Frage allerdings nicht gesondert, also weder durch einen verfahrensleitenden Beschluss noch durch eine formlose Verfahrensordnung, sondern bloß mittelbar, nämlich dadurch, dass entweder eine Sachentscheidung ergeht oder bloß eine Aufhebung und Zurückverweisung erfolgt, im **Vorfeld der Enderledigung des Verfahrens** zu entscheiden. Hinsichtlich jener Fallkonstellationen, in denen in der Praxis durch eine kassatorische Erledigung anstelle ei- 21

ner Entscheidung in der Sache selbst voraussichtlich eine wesentliche Beschleunigung oder Vereinfachung des Verfahrens zu erwarten ist, kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden; Gleiches gilt hinsichtlich einer diesbezüglich fehlerhaften Beurteilung durch das VwG (vgl § 28 Rz 17).

- 22 Aus dem Zusammenhalt von § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG, § 28 Abs 2 Z 2 erste Alternative VwGVG, § 28 Abs 2 Z 2 zweite Alternative VwGVG und § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG resultiert, dass sich die Anwendbarkeit des § 28 Abs 3 zweiter (und dritter) Satz VwGVG darauf reduziert, dass die belangte Behörde bei der Vorlage der Beschwerde an das VwG einen Widerspruch erhoben hat: Nur in diesem Fall kann das VwG überhaupt in Erwägung ziehen, eine kassatorische Entscheidung zu treffen; im Übrigen – also entweder dann, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder dessen Feststellung durch das VwG im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist – hat das VwG hingegen nach einfachgesetzlicher Rechtslage schon von vornherein stets in der Sache selbst zu entscheiden. Doch selbst dann, wenn ein zulässiger – dh tatsächlich im Interesse der wesentlichen Vereinfachung und/oder Beschleunigung des Verfahrens gelegener – Widerspruch der Behörde vorliegt, ist, wie sich e contrario aus dem Wortlaut des § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG ergibt, eine **kassatorische Entscheidung nicht zwingend**. Und auch aus der Textierung des zweiten Satzes des § 28 Abs 3 VwGVG folgt, dass es in den Fällen, in denen die Behörde notwendige Sachverhaltsermittlungen unterlassen hat, im Ermessen (arg »kann«) des VwG steht, entweder eine Erledigung in merito oder eine Aufhebung und Zurückverweisung vorzunehmen. Aus systematischer Sicht stellt somit die kassatorische Entscheidung des VwG lediglich einen untypischen Ausnahmefall dar, der gesamthaft betrachtet nach dem Willen des (allerdings bloß) einfachen Verfahrensgesetzgebers (vorbehaltlich materiengesetzlicher Sonderregelungen) nur äußerst selten zum Tragen kommen soll; dem gegenüber ist diese Intention aber aus verfassungsrechtlichen Gründen dahin zu relativieren, dass die einfachgesetzlichen Ermächtigungen zur Sachentscheidung jeweils restriktiv zu interpretieren sind (siehe dazu schon oben, Vor § 28 Rz 5; anders hingegen VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063).

Nach den EBRV zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 verkörpert auch die bloße Aufhebung des angefochtenen Bescheides eine (allerdings negative) Entscheidung in der Sache selbst (vgl 1618 BlgNR 24. GP 14: »Eine Entscheidung ›in der Sache selbst‹ kann auch eine negative Sachentscheidung, also die ersatzlose Behebung des Bescheides, sein«). Im Hinblick darauf, dass eine Bescheidaufhebung nicht bloß aus materiellen – wobei insoweit zwischen Bescheiden, mit denen in eine bestehende Rechtsposition eingegriffen wird, und Bescheiden, mit denen eine solche erst gewährt werden soll, zu differenzieren ist –, sondern auch aus formellen Gründen in Betracht kommt, erscheint diese Sichtweise allerdings als unzutreffend. Sie beruht möglicherweise darauf, dass in verkürzender Weise der Aspekt der »Entscheidung« (Erledigungsinhalt) einerseits und jener der »Aufhebung« als daraus resultierender prozessualer Konsequenz (Erledigungsform) andererseits – bspw etwa dann, wenn sich im Verfahren vor dem VwG ergibt, dass der Genehmigungserber die gesetzlich geforderten Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt und ihm sohin die von der Behörde erteilte Bewilligung zu entziehen, dh der angefochtene Genehmigungsbescheid aufzuheben ist – gedanklich nicht auseinandergehalten werden; im Beispielfall läge tatsächlich eine inhaltlich negative Erledigung der Rechtssache vor (Abweisung des Antrages auf Genehmigungserteilung), die Entscheidung des VwG weist jedoch der Form nach kassatorischen Charakter auf (Aufhebung des Bescheides).

Sollten die EBRV allerdings dahin zu verstehen sein, dass auch der Akt der **Bescheidaufhebung** selbst, also die Erledigungsform, als eine Sachentscheidung zu qualifizieren ist, läge ein systemimmanenter Widerspruch vor. Dieser ließe sich nur mehr dadurch vermeiden, dass man den Begriff der »Entscheidung in der Sache selbst« nicht bloß auf den Inhalt der Erledigung bezieht, sondern gleichsam allumfassend versteht, nämlich dahin, dass der Verfassungsgesetzgeber von der Vorstellung ausging, dass jede Erledigungsform der VwG – sofern diese nicht ausschließlich prozessuale Fragen zum Gegenstand hat – inhaltlich eine Sachentscheidung verkörpert, sodass solcherart besehen ein aliud – wie zB eine kassatorische Entscheidung als eigenständig-alternative Erledigungsform – schon a priori gar nicht existiert. Wäre dem so, dann erwiese sich aber eine Aufhebung und Zurückverwei-

sung konsequenterweise bloß als spezifischer Fallgestaltungstypus einer negativen Sachentscheidung (wie etwa auch die Abweisung der beantragten Bewilligung eine solche verkörpert).

Wird dagegen die kassatorische Entscheidung – der bisherigen Tradition folgend – als eine eigenständige Form der Finalisierung des Rechtsmittelverfahrens beibehalten und jener der Erledigung in der Sache selbst als Antipode gegenübergestellt, so verkörpert die Aufhebung des angefochtenen Bescheides nicht *uno actu* auch eine – auch keine negative – Sachentscheidung, sondern nur den Prototyp der kassatorischen Erledigungsform (wobei diese uU auch auf einer negativen Entscheidung der Sachfrage beruhen kann). Davon ausgehend ist daher auch die einer Zurückverweisung gemäß § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG vorangehende Bescheidaufhebung nicht als eine (negative) Erledigung der Sache selbst, sondern vielmehr als eine bloß kassatorische (Folge-)Erledigungsform zu qualifizieren. Daran, ob die VwG – von der Erledigung rein prozessualer Fragen abgesehen – die bei ihnen anhängigen Bescheidbeschwerden aus systematischer Sicht lediglich in einer einheitlichen (stets Entscheidung in der Sache selbst) oder vielmehr in zwei unterschiedlichen Formen (reformatorisch – kassatorisch) erledigen, knüpfen sich allerdings – soweit ersichtlich – keine divergierenden rechtlichen Konsequenzen, wenn Art 130 Abs 4 B-VG (nicht verabsolutierend, sondern vielmehr) dahin verstanden wird, dass diese Bestimmung auch (eine) andere als die meritorische Erledigungsform(en) zulässt. Für eine derartige Sichtweise spricht aber insbesondere schon die Textierung des den zweiten Satz des Art 130 Abs 4 B-VG einleitenden Halbsatzes, die (arg »dann [...], wenn 1. [...] oder 2. [...]«) offenbar das gleichzeitige Bestehen von zumindest einer Alternative einkalkuliert.

- 24 Als tatbestandmäßige Voraussetzung für eine Handhabung des dem VwG durch § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG eingeräumten Ermessens dahin, eine bloß kassatorische Entscheidung treffen zu können, ist gesetzlich festgelegt, dass die belangte Behörde **notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen** hat. In diesem Zusammenhang erhebt sich zunächst die Frage, ob diese Bedingung isoliert zu betrachten ist – also in allen Fällen einer unzureichenden behördlichen Sachverhaltsfeststellung zum Tragen kommt – oder kumulativ

zu den bereits in § 28 Abs 2 1 VwGVG (Nichtfeststehen des maßgeblichen Sachverhalts), in § 28 Abs 2 Z 2 erste Alternative VwGVG (Sachverhaltsfeststellung durch VwG nicht im Interesse der Raschheit gelegen), in § 28 Abs 2 Z 2 zweite Alternative VwGVG (Sachverhaltsfeststellung durch VwG nicht mit erheblicher Kostenersparnis verbunden) und in § 28 Abs 3 VwGVG (Nichterhebung eines Widerspruches) genannten Voraussetzungen hinzutritt.

Für eine isolierte Betrachtungsweise könnte sprechen, dass § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG bereits ausdrücklich anordnet, dass lediglich dann eine Entscheidung in der Sache selbst zu treffen ist, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht; e contrario könnte daraus geschlossen werden, dass im Falle einer unzureichenden Sachverhaltsfeststellung durch die Behörde eine bloß kassatorische Erledigung des VwG zulässig ist. Wenn nun § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG – wenn auch mit anderen Worten, der Sache nach jedoch mit identischer Intention – neuerlich auf eine mangelhafte Sachverhaltsermittlung abstellt, diese Konstellation allerdings hier mit einer daran anknüpfenden Ermessensentscheidung des VwG verbindet, so lässt sich daraus – will man dem Verfahrensgesetzgeber nicht die Schaffung einer insgesamt widersprüchlichen Regelung unterstellen – der Schluss ziehen, dass eine mangelhafte Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich der Problematik: »reformatorische oder kassatorische Entscheidung?« einen Sonderfall verkörpert: Steht der maßgebliche Sachverhalt fest, so hat das VwG gemäß § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG jedenfalls in der Sache selbst zu entscheiden; steht der entscheidungswesentliche Sachverhalt hingegen nicht fest, ist aus § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG nicht ein Gegenschluss dahin, dass keine reformatorische, sondern jedenfalls eine kassatorische Entscheidung zu treffen ist, zu ziehen, sondern an diesem Punkt kommt vielmehr die Anordnung des § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG zum Tragen, wonach es nun im Ermessen des VwG liegt, entweder bloß eine kassatorische Entscheidung zu erlassen oder dennoch eine Erledigung in der Sache selbst vorzunehmen. Die vorstehende, überdies auch im Normtext des § 28 Abs 3 erster Satz VwGVG explizit zum Ausdruck kommende Feststellung, wonach in dem Fall, dass seitens der Behörde im Zuge der Beschwerdevorlage kein Widerspruch erhoben wurde, selbst dann, wenn die Voraussetzungen des § 28 Abs 2

VwGVG nicht vorliegen, eine Erledigung in der Sache selbst vorzunehmen ist, wäre daher entsprechend zu relativieren.

Ob die Anordnung des § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG vom Gesetzgeber in diesem Sinne tatsächlich als *lex specialis* zu § 28 Abs 2 Z 1 VwGVG aufzufassen ist, lässt sich den EBRV (2009 BlgNR 24. GP 7) nicht entnehmen, wird aber im Sinne der vorstehenden systematischen Überlegungen im Ergebnis wohl zu bejahen sein.

25 Konkretisierende Determinanten, an denen die VwG das ihnen gemäß § 28 Abs 3 zweiter Satz VwGVG eingeräumte Ermessen zu orientieren haben, fehlen im Gesetzestext ebenfalls. Allerdings ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang zwischen Art 130 Abs 4 B-VG und § 28 Abs 2 und 3 VwGVG, dass die VwG insoweit jedenfalls das Kriterium, dass eine bloß kassatorische Entscheidung nach einfachgesetzlicher Rechtslage (siehe dagegen jedoch oben, Rz 54 zu Vorb § 28) immer nur eine – überdies einer besonderen Begründung bedürftige – **Ausnahme** darstellen kann, als Ermessensrichtlinie zu beachten haben (vgl dazu bereits oben, Rz 22 zu § 28 Abs 3 VwGVG).

26 Nach § 28 Abs 3 letzter Satz VwGVG ist die Behörde im Falle einer Aufhebung und Zurückverweisung in dem von ihr fortzusetzenden Verfahren – regelmäßig also im Zuge der Erlassung eines neuen Bescheides – an die vom VwG in einem derartigen Beschluss zum Ausdruck kommende Rechtsansicht gebunden. Diese **Bindungswirkung**, die in der Folge – entsprechend der insoweit analog übertragbaren ständigen Judikatur des VwGH zu der hinsichtlich der Rechtsfolge inhaltsgleichen Regelung des § 66 Abs 2 AVG (vgl zB VwGH 30.1.2014, 2013/10/0197, 28.1.2016, Ra 2015/07/0169) – auch das VwG selbst und die Höchstgerichte erfasst, tritt jedoch einerseits erst ab dem Zeitpunkt ein, zu dem der Aufhebungsbeschluss des VwG in Rechtskraft erwachsen ist (und sohin nicht, wenn gegen diesen Beschluss – mit aufschiebender Wirkung – eine Beschwerde an den VfGH und/oder eine Revision an den VwGH erhoben wurde; vgl im Übrigen auch oben, Vor § 28 Rz 54).

Andererseits erstreckt sich diese inhaltlich nur so weit, als das VwG in diesem Beschluss auch tatsächlich »rechtliche Beurteilungen« – womit offenbar Sachverhaltssubsumtionen unter gesetzliche Tatbestände und die konkret damit verbundenen Ausführungen in der Be-

gründung der Entscheidung gemeint sind – vorgenommen hat. Keine Bindung besteht dem gegenüber an den vom VwG angenommenen Sachverhalt. Außerdem entfällt eine Bindungswirkung auch dann und insoweit, als sich der Sachverhalt und/oder die Rechtslage seit dem Eintritt der Rechtskraft des Aufhebungsbeschlusses des VwG während des von der Behörde fortzuführenden Verfahrens entscheidungswesentlich geändert haben.

Zusammengefasst kann eine Aufhebung und Zurückverweisung in der Regel nur dadurch eine Rechtsverletzung bewirken, dass das VwG entweder die Regelung des § 28 Abs 3 VwGVG zu Unrecht herangezogen und keine Sachentscheidung getroffen hat oder von einer für die betroffene Partei nachteiligen, jedoch für das weitere Verfahren bindenden unrichtigen Rechtsansicht ausgegangen ist (vgl VwGH 20.11.2014, Ro 2014/07/0097). 27

**Zu Abs 4:** Auf Verfassungsebene stellt Art 130 Abs 3 B-VG den Grundsatz auf, dass in den Fällen keine Rechtswidrigkeit vorliegt, in denen das im konkreten Fall maßgebliche Materiengesetz der Behörde ein **Ermessen** einräumt und diese jenes im Zuge ihrer Entscheidung im Sinn des Gesetzes ausgeübt hat. Da in einer derartigen – in der Praxis heute schon eher selten gewordenen (denn an die Stelle der echten Ermessensentscheidungen ist mittlerweile verbreitet die Maßgeblichkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes getreten) – Konstellation also schon a priori keine Rechtswidrigkeit vorliegen kann, wäre sohin eine solcherart begründete Beschwerde, dass die Behörde das ihr zukommende Ermessen (nicht entgegen dem Sinn des Gesetzes, sondern) bloß zweckwidrig ausgeübt hat, mangels Möglichkeit einer darin liegenden Rechtswidrigkeit iSd Art 130 Abs 1 und 2 B-VG bzw iSd Art 132 Abs 1 und 2 B-VG als unzulässig zurückzuweisen. 28

Eine weitere Konsequenz des Umstandes, dass eine **zweckkonforme Ermessensübung** keine Rechtswidrigkeit begründet, besteht darin, dass die VwG – deren Funktion systemgewollt prinzipiell auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist (siehe auch *Holoubek*, ZfV 2015, 169) – nicht dazu befugt sind, im Zuge ihrer Entscheidung deren eigene Ermessensübung anstelle jener der Behörde zu setzen (vgl auch EBRV 1618 BlgNR 24. GP 14: »*Hat die Verwaltungsbehörde ein ihr* 29

*gesetzlich eingeräumte[s] Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt, darf das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mangels Rechtswidrigkeit weder aufheben noch ändern; insbesondere ist es dem Verwaltungsgericht diesfalls verwehrt, das Ermessen anders zu üben als die Verwaltungsbehörde. «).* Von Verfassungs wegen bildet damit das behördliche Ermessen prinzipiell eine absolute Grenze der Ingerenzbefugnis der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wobei von diesem Grundsatz – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – nur sehr eingeschränkte Ausnahmen (wie etwa hinsichtlich der Verwaltungsstrafsachen) bestehen, sodass insgesamt besehen auch unter dem Aspekt des verfassungsmäßigen (Grund-)Prinzips der Gewaltenteilung die diesbezügliche rechtspolitische Dispositionsbefugnis des einfachen Gesetzgebers gering ist.

- 30 Angesichts dessen erscheint die in § 28 Abs 4 VwGVG getroffene Anordnung *va* insoweit, als damit auch sämtliche Fälle des § 28 Abs 2 VwGVG – also jene, in denen die VwGVG in der Sache selbst zu entscheiden haben – erfasst werden, als überschießend. Denn die Formulierung des Art 130 Abs 3 B-VG (arg »*außer*«) lässt objektiv besehen keinen Zweifel daran offen, dass eine innerhalb der Zwecksetzung des Gesetzes gelegene Ermessensübung lediglich in den beiden dort explizit genannten Bereichen (Verwaltungsstrafrecht und des Angelegenheiten BFinG) eine Rechtswidrigkeit und damit eine Beschwerdelegitimation an die VwG nach sich ziehen kann. Da dem gegenüber der Teilbereich der »Administrativangelegenheiten« des Beschwerdetypus des Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG im Einleitungssatz des Art 130 Abs 3 B-VG nicht angeführt ist, vermag eine in diesem Bereich vorgenommene, bloß unzumutbare Ermessensübung sohin insoweit schon a priori keine Zuständigkeit der VwG gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG zu begründen, sodass sich im Weiteren – und gänzlich unabhängig davon, ob die VwG hier in der Sache oder bloß kassatorisch zu entscheiden hätten – auch die Frage der Ermessensübung durch die VwG selbst gar nicht mehr stellen kann.

Verfassungskonform interpretiert müsste daher der Anwendungsbereich der in § 28 Abs 4 erster Satz VwGVG enthaltenden Wendung »*wenn es nicht gemäß Abs 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat*« – weil bezüglich des Teilbereiches der Verwaltungsstrafangelegenheiten des Beschwerdetypus des Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG in § 50 VwGVG eine Son-

derregelung besteht und das VwGVG für das Verfahren des BFinG von vornherein nicht zum Tragen kommt – auf Säumnisbeschwerden nach Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG reduziert werden: Wenngleich auch dieser Beschwerdetypus nicht unter den Ausnahmetatbeständen des Art 130 Abs 3 B-VG angeführt ist, lässt sich diesbezüglich aber doch argumentieren, dass insoweit schon seit jeher eine Befugnis der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts zur Substitution des der Behörde zukommenden Ermessens in dem Sonderfall besteht, als jene ihrer gesetzlichen Entscheidungspflicht gänzlich nicht entsprochen hat. Einer derartigen Auslegung steht aber letztlich der Wortlaut entgegen: Denn in der durch § 28 Abs 4 VwGVG verwiesenen Norm des § 28 Abs 2 VwGVG wird explizit bloß der Typus der Bescheidbeschwerden (vgl § 28 Abs 2 VwGVG: »Über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG[...]«) einer Regelung zugeführt.

Letzten Endes kommt der im Einleitungssatz des § 28 Abs 4 VwGVG enthaltenen Wendung »wenn es nicht gemäß Abs. 2 in der Sache selbst zu entscheiden hat« – um ein verfassungswidriges Ergebnis zu vermeiden – sohin tatsächlich bloß die Bedeutung eines ausschließlichen Verweises auf den Teilbereich der »Verwaltungsstrafbeschwerden« des Beschwerdetypus des iSd Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG zu; Inhaltsgleiches ergibt sich allerdings auch schon aus Art 130 Abs 3 B-VG iVm § 50 VwGVG.

Insgesamt folgt aber e contrario aus dieser im Interesse der Verfassungskonformität gebotenen teleologischen Reduktion, dass das VwG gemäß § 28 Abs 4 VwGVG in Fällen einer Administrativbeschwerde, in deren Zuge materiengesetzlich ein Ermessen eingeräumt ist, in der Regel – sofern die Behörde dieses Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes ausgeübt und damit im Ergebnis nicht bloß zweck-, sondern eben auch rechtswidrig gehandelt hat (die Entscheidung, ob die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen im Sinne des Gesetzes geübt hat, setzt eine Prüfung dahin, dass alle wesentlichen tatsächlichen Umstände unter Einhaltung der maßgebenden Verfahrensvorschriften ermittelt und berücksichtigt wurden; vgl VwGH 1.3.2016, Ra 2015/11/0106); ansonsten ist die Beschwerde ab- bzw allenfalls sogar (siehe dazu auch oben, Rz 28 zu § 28 Abs 4 VwGVG) zurückzuweisen – den angefochtenen Bescheid stets durch Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzu-

verweisen hat (aA VwGH, wonach Art 130 B-VG und § 28 VwGVG nicht zwischen Ermessens- und sonstigen Entscheidungen unterscheiden würden [zB 21.2.2017, Ro 2016/12/0004, Rz 24] und § 28 Abs 4 VwGVG auch für den Fall der Ermessensübung durch die Verwaltungsbehörde lediglich dann eine bloße Aufhebung des angefochtenen Bescheides samt Zurückverweisung der Angelegenheit an die Verwaltungsbehörde zur Erlassung eines neuen Bescheids vorsieht, wenn die Voraussetzungen der Z 1 oder Z 2 des § 28 Abs 2 VwGVG nicht vorliegen [zB 30.3.2017, Ro 2015/03/0036]); eine Substitution des behördlichen Ermessens kommt hingegen aus den zuvor dargestellten Gründen schon von vornherein nicht in Betracht, und zwar insbesondere auch dann nicht, wenn die VwG nach den in § 28 Abs 2 Z 1 oder Z 2 VwGVG festgelegten Kriterien im konkreten Fall in der Sache selbst (und nicht bloß kassatorisch) zu entscheiden hätten.

- 31 Hinsichtlich der gemäß § 28 Abs 4 letzter Satz VwGVG mit einer aus Anlass einer Ermessensüberschreitung erfolgten Aufhebung und Zurückverweisung verknüpften **Bindung** an die im Beschluss des VwG zum Ausdruck gebrachte rechtliche Beurteilung kann auf Grund der im Vergleich zu § 28 Abs 3 letzter Satz VwGVG identischen Formulierung auf die vorstehenden Ausführungen in Rz 26 zu § 28 Abs 3 VwGVG verwiesen werden.
- 32 Zufolge der im Einleitungssatz des Art 130 Abs 4 B-VG getroffenen, sprachlich missglückten Ausnahmeregelung gelten die in den Rz 28 bis Rz 31 dargestellten Grundsätze **nicht in Verwaltungsstrafsachen** und in (sämtlichen) Angelegenheiten, die zur Zuständigkeit des BFG gehören: In diesen beiden Bereichen ist daher selbst eine zwar noch im Sinne des Gesetzes gelegene Entscheidung, die allerdings im konkreten Fall im Ergebnis durchaus auch anders hätte ausfallen können – also zB, dass anstatt einer Geldstrafe in Höhe von € 500,- eine solche in Höhe von € 600,- verhängt worden wäre –, nicht bloß als unzumutbar, sondern systematisch besehen vielmehr als rechtswidrig zu qualifizieren. Der Grund für dieses dogmatisch seltsam anmutende Ergebnis bzw für diese Differenzierung, die als Verfassungsnorm nicht an den Kriterien des Sachlichkeitsgebotes des Gleichheitsgrundsatzes zu messen ist, liegt nach den EBRV darin, dass die VwG bzw das BFG – nur – in diesen beiden Bereichen eben auch ihr eigenes Ermes-

sen anstelle jenes der Behörde setzen können sollen (vgl 1618 BlgNR 24. GP 14).

**Zu Abs 5:** Die in der Einleitung des § 28 Abs 5 VwGVG getroffene Anordnung, dass die Behörde die Verpflichtung, den der **Rechtsansicht des VwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen**, nur als Konsequenz einer negativen Sachentscheidung, also im Falle einer Aufhebung des angefochtenen Bescheides, nicht jedoch auch nach einer Abweisung der Beschwerde treffen soll, erscheint nur dann konsequent, wenn man den Regelfall, dass die VwG in der Sache selbst entscheiden, vor Augen hat und dabei gleichzeitig davon ausgeht, dass mit einer derartigen Sacherledigung stets auch unmittelbar die Gewährung der strittigen Individualberechtigung durch die VwG verbunden ist. 33

Eine solcherart verkürzende Sichtweise berücksichtigt allerdings einerseits den Umstand, dass in der Praxis keineswegs entweder nur in vollem Umfang abweisende oder bloß vollumfänglich stattgebende Entscheidungen getroffen werden, nicht hinreichend: Denn insbesondere in auch nur mäßig komplexen Genehmigungsverfahren bildet eine bloß teilweise Abweisung bzw Stattgabe geradezu den Regelfall. Selbst wenn man dessen ungeachtet davon ausgeht, dass das VwG in derartigen Fällen zwar nicht auf den Spruch des behördlichen Bescheides verweisen, die als nicht rechtswidrig erachteten Spruchteile aber materiell übernehmen darf – allerdings nur derart, dass diese (gegebenenfalls im Wege einer wörtlichen Wiederholung) als eigenständige normative Anordnung des VwG erscheinen – (vgl dazu näher oben § 28 Rz 9 und Rz 10), so betrifft dies dennoch bloß die Entscheidung der vom VwG zu beurteilenden Rechtsfrage; denn darauf ist die Kompetenz der VwG eben von Verfassungs wegen beschränkt. Weder bei einer vollständigen noch bei einer bloß teilweisen Stattgabe bzw Abweisung der Beschwerde lässt sich daher aus systematischer Sicht die Auffassung vertreten, dass unter einem die Genehmigungserteilung gleichsam unmittelbar durch das VwG erfolgt, ganz abgesehen davon, dass jedenfalls die förmliche Legitimierung dieser Berechtigung jedenfalls stets der Behörde verbleibt (vgl dazu näher schon oben § 28 Rz 1 und Rz 11).

Im Ergebnis ist § 28 Abs 5 VwGVG daher verfassungskonform dahin auszulegen, dass mit dessen einleitender Wendung »*Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf*« lediglich der typische Anwendungsfall der nachfolgend positivierten behördlichen Verpflichtung einer unmittelbaren gesetzlichen Regelung zugeführt wurde; eine analoge Übertragung im Falle eines andersartigen Verfahrensausganges ist damit aber nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar geboten, bzw kurz: Die Behörde ist prinzipiell in jedem Fall dazu verpflichtet, unverzüglich den der Rechtsansicht des VwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen; anderes gilt nur, wenn gegen dessen Entscheidung eine Beschwerde oder Revision erhoben und diesem Rechtsbehelf – ex ante – die aufschiebende Wirkung zuerkannt oder – ex post – stattgegeben wurde oder eine entscheidungserhebliche Modifikation des Sachverhalts oder der Rechtslage eintritt.

- 34 Inhaltlich bedeutet die Festlegung einer derartigen Bindungswirkung freilich nicht, dass deshalb objektiv feststünde, dass die Rechtsansicht des VwG richtig oder gar der Wahrheit entspricht, jene der belangten Behörde hingegen nicht; vielmehr ist § 28 Abs 5 VwGVG (wie auch § 63 Abs 1 VwGG und § 87 Abs 2 VfGG) vor dem Hintergrund einer rechtsstaatlich-demokratischen und damit prinzipiell dialektisch konzipierten Rechtsordnung, in der objektiv besehen von mehreren Lösungsalternativen grundsätzlich nicht bloß eine rechtmäßig ist, sondern die Überzeugungskraft ihrer jeweiligen Begründung im Vordergrund steht, als Ausdruck der im Interesse der Rechtssicherheit gebotenen Notwendigkeit zu verstehen, verbindliche (Letzt-)Entscheidungskompetenzen zu institutionalisieren (siehe auch unten § 28 Rz 38). Damit die Entscheidung des Meinungsstreits am Ende aber nicht als ausschließlich auf dem formalen Kriterium der Über- und Unterordnung fußend erscheint, ist den VwG dringend nahezu legen, mit ihren Bindungswirkung erzeugenden Entscheidungen gleichzeitig stets zu versuchen, die Verfahrensparteien mittels einer fundierten Begründung auch inhaltlich von der Richtigkeit der getroffenen Erledigung zu überzeugen (vgl. auch oben, Rz 1 zu § 28 Abs 1).
- 35 Die Einschränkung, wonach die in § 28 Abs 5 VwGVG normierte rechtliche Verpflichtung für die Behörde nur in Bezug auf die jeweilige »betreffende Rechtssache« besteht, resultiert konsequenterweise daraus,

dass den Erkenntnissen der VwG – wie grundsätzlich sämtlichen Entscheidungen von Gerichten – formal besehen lediglich für den konkreten Anlassfall, nicht aber auch darüber hinaus Bindungswirkung zukommt, und zwar deshalb, weil derartige Erkenntnisse in der Regel unmittelbar in Rechtskraft erwachsen (vgl § 85 Abs 1 VfGG und § 30 Abs 1 VwGG).

Entsteht die Rechtskraftwirkung hingegen nicht (zB infolge unwirksamer Zustellung) oder fällt diese (etwa infolge der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung für eine Beschwerde oder Revision, infolge einer maßgeblichen Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage, etc) in der Folge wieder weg, so erlischt damit auch die behördliche Verpflichtung zur Herstellung des dem Erkenntnis des VwG entsprechenden Rechtszustandes.

Eine weitere Grenze der Verpflichtung des § 28 Abs 5 VwGVG ergibt sich daraus, dass die Behörde lediglich dazu verhalten ist, einen der Rechtsansicht des VwG adäquaten Rechtszustand herzustellen, also bloß eine dementsprechende Rechts-, nicht aber uno actu auch eine adäquate Faktenlage zu schaffen. Soweit das VwG den angefochtenen Bescheid nicht ohnehin ersatzlos aufgehoben und damit zugleich auch den seiner Rechtsanschauung entsprechenden Rechtszustand hergestellt (sodass die Behörde selbst nichts mehr zu veranlassen) hat, wird darunter regelmäßig entweder (im Falle einer Aufhebung und Zurückverweisung) die Erlassung eines neuen Bescheides oder (wenn im Ergebnis die beantragte Genehmigung erteilt wird) die Erfüllung der im Erkenntnis des VwG zum Ausdruck gebrachten materiellen Verpflichtung – wie zB die Ausstellung eines Führerscheines, eines Reisepasses, einer Waffenbesitzkarte, einer Gewerbeberechtigung – zu verstehen sein (in diesem Sinne wohl auch VwGH 28.5.2015, Ra 2015/22/0020, unter Hinweis auf VwGH 26.2.2015, Ra 2014/22/0116; anders VwGH 15.12.2015, Ra 2015/22/0125, unter Hinweis auf 28.5.2015, Ra 2015/22/0001 und 28.5.2015, Ra 2015/22/0020), die allenfalls auch in einer bloß faktischen Entsprechung bestehen kann (wie zB Eintragung ins Melderegister, Erteilung der begehrten Auskunft oder Löschung von Daten).

36

Gehen solche Maßnahmen hingegen über den Charakter einer bloß rechtlichen Entsprechung iSd § 28 Abs 5 VwGVG hinaus, so verkörpern diese – wie zB in dem Fall, dass das VwG auf Grund einer Nachbarbeschwerde den Abbruch eines Gebäudes verfügt, sodass die Behörde dementsprechend einzuschreiten hat, wenn der Eigentümer dem Erkenntnis nicht von sich aus Folge leistet – aber uU bereits förmliche Vollstreckungshandlungen, die von der Behörde nicht auf § 28 Abs 5 VwGG gegründet, sondern nach den Bestimmungen des VVG vorzunehmen sind.

37 Mit der Einschränkung auf die zu Gebote stehenden rechtlichen Mittel bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass die rechtliche Verpflichtung der Behörde zur Herstellung des der Entscheidung des VwG entsprechenden Rechtszustandes naturgemäß jedenfalls an den Grenzen ihrer sachlichen, funktionellen und örtlichen Zuständigkeit endet. Beispielsweise ist daher dann, wenn nach dem Erkenntnis des VwG die Vornahme eines Gebäudeabbruchs geboten ist, dessen faktische Umsetzung nicht vom Gemeinderat als der im Verfahren vor dem VwG belangten Behörde, sondern von der hierfür zuständigen Vollstreckungsbehörde durchzuführen; das in § 1a Abs 1 Z 2 VVG normierte Ersuchen um Veranlassung der in den §§ 4ff VVG vorgesehenen Maßnahmen hat allerdings nach dem zuvor Ausgeführten (vgl Rz 33 zu § 28 Abs 5 VwGVG) nicht vom VwG, sondern von der Gemeinde auszugehen. Trifft die in § 28 Abs 5 VwGVG statuierte Verpflichtung eine im organisatorischen Instanzenzug übergeordnete Behörde, kann diese ihre Obliegenheit allenfalls auch durch die Erteilung von zweckentsprechenden Weisungen an die Unterbehörden erfüllen.

38 Eine Umsetzung ist weiters auch nur insoweit geboten, als das VwG in seiner Entscheidung eine Rechtsanschauung zum Ausdruck bringt.

Davon ausgehend, dass eine Rechtsansicht (etwa im Gegensatz zu einem Tatsachengutachten) generell keine mit naturwissenschaftlichen Methoden (Zählbarkeit, Wägbarkeit, Messbarkeit) verifizierbare Wahrheit, sondern lediglich eine Meinungsäußerung ihres jeweiligen Urhebers verkörpert, erweist sich eine Anordnung wie § 28 Abs 5 VwGVG (vgl in diesem Sinne auch § 87 Abs 2 VfGG und § 63 Abs 1 VwGG) schon deshalb als unabdingbar, um Rechtsstreitigkeiten überhaupt einer ver-

bindlichen Enderledigung zuführen zu können (vgl auch oben, § 28 Rz 34). Dies bedeutet aber, dass sich die Verpflichtung der Behörde keineswegs darauf erstreckt, die Rechtsmeinung des VwG auch zu ihrer eigenen machen zu müssen, sondern dass diese bloß darin besteht, die Rechtsansicht des VwG im konkreten Anlassfall in rechtswirksamer Form umzusetzen. Es bedarf sohin weder einer innerlichen Identifikation mit der Entscheidungsbegründung des VwG (insbesondere dann nicht, wenn diese nicht überzeugt) noch eines vollumfänglichen Nachvollzuges derselben (vgl oben, Rz 34 zu § 28 Abs 5): Der Verpflichtung des § 28 Abs 5 VwGVG ist vielmehr (bereits) Genüge getan, sobald objektiv besehen ein rechtlicher Zustand hergestellt ist, der in der Entscheidung des VwG zum Ausdruck gebrachten normativen Anordnung entspricht.

Einer ergänzenden Heranziehung der Begründung bedarf es allerdings dann, wenn sich die intendierte Rechtsfolge nicht schon aus dem Spruch des Erkenntnisses bzw Beschlusses eindeutig ergibt (zB VwGH 27.4.2017, Ra 2017/07/0028).

Ließe sich allerdings auch durch einen Rückgriff auf die Begründung der Inhalt der normativen Anordnung nicht zweifelsfrei klären, so besteht in diesem – in der Praxis, wie zu hoffen ist, wohl seltenen – Fall von vornherein keine Umsetzungsverpflichtung iSd § 28 Abs 5 VwGVG.

Das Kriterium, dass der Rechtsansicht des VwG »unverzüglich« zu entsprechen ist, relativiert die der Behörde ansonsten generell zur Verfügung stehende Entscheidungsfrist von sechs Monaten erheblich: Zwar beginnt diese in § 73 Abs 1 AVG normierte Frist in Entsprechung zur bisherigen ständigen Judikatur des VwGH (vgl zB VwGH 22.2.2005, 2003/06/0018) mit der Zustellung der Entscheidung des VwG an die belangte Behörde für Letztere grundsätzlich wieder neu zu laufen, doch kann die Behörde diese nun nicht mehr vollständig ausschöpfen, weil sich objektiv besehen ein Zeitraum, der nicht nach Tagen oder Wochen bemessen ist, sondern bereits einen Monat übersteigt, in aller Regel – dh, wenn nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen – wohl kaum noch unter den Begriff »unverzüglich« subsumieren lassen wird. Eine Nicht- bzw nicht zeitgerechte Erfüllung der Verpflichtung des § 28 Abs 5 VwGVG kann von der durch das Erkenntnis des VwG begüns-

39

tigten Verfahrenspartei gemäß Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG (iVm § 28 Abs 7 VwGVG) mit Säumnisbeschwerde geltend gemacht werden und bei nachweisbarem Verschulden der Behörde auch Amtshaftungsansprüche auslösen.

- 40 **Zu Abs 6:** § 28 Abs 6 VwGVG verkörpert eine jener nur wenigen (vgl § 3 Abs 2 Z 2, § 7 Abs 4, § 9 Abs 2 Z 2 und Abs 4, § 20, § 22 Abs 1 und § 35 Abs 1 VwGVG) *leges speciales* des gesamthaft betrachtet sohin verfahrensrechtlich nahezu vollständig in den Bestimmungen für Bescheidbeschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG aufgehenden Typus der Beschwerde gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt iSd Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG (zu Inhalt und Abgrenzung dieses Beschwerdetypus vgl bspw *Hengstschläger/Leeb*, AVG 1002 f f mwN; vgl demgegenüber zur [Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Behörde und VwG zur] Erlassung von unmittelbar auf das Unionsrecht gestützten »Einstweiligen Anordnungen« VwGH 23.10.2015, Fr 2015/21/0012, sowie näher *Eberhard/Ranacher/Weinhandl/Wallnöfer*, ZfV 2016, 222): Dann, wenn sich eine sog »**Maßnahmenbeschwerde**« (wie dies im Regelfall zutrifft) gegen einen kurzzeitig andauernden, gleichsam punktuellen – und somit zeitlich vor der Entscheidung des VwG gelegenen – Zwangsakt (zB eine Festnahme) richtet und dieser inhaltlich stutzgeben ist, kann das VwG-Erkenntnis naturgemäß nur noch *ex post* feststellen, dass die behördliche Maßnahme rechtswidrig war; handelt es sich hingegen um einen dauerhaften Zwangsakt, der auch im Entscheidungszeitpunkt noch wirksam ist (zB eine Beschlagnahme oder eine Betriebsschließung), dann wird dem VwG durch § 28 Abs 6 VwGVG über die Kompetenz zur bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit hinaus auch die Befugnis eingeräumt, die Maßnahme aufzuheben, also zB die Freilassung eines Festgenommenen anzuordnen.
- 41 Davon ausgehend, dass das VwG – mangels diesbezüglicher Sonderregelungen – auch im Maßnahmenbeschwerdeverfahren nach § 28 Abs 2 und 3 VwGVG **in der Sache** selbst zu entscheiden hat (während eine Aufhebung und Zurückverweisung schon gegenstandsbezogen, nämlich mangels Vorliegens eines Bescheides, nicht in Betracht kommt), besteht aus systematischer Sicht der maßgebliche Unterschied zum Bescheidbeschwerdeverfahren gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG darin, dass im Falle einer Stattgabe nicht eine rechtsgestaltende Entsch-

dung ergeht (nämlich eine Bewilligungserteilung oÄ erfolgt), sondern lediglich entweder (in der Praxis als Regelfall) der Typus einer **Feststellungsentscheidung** oder (bei noch andauernder Maßnahme) jener der **kassatorischen Erledigung** zum Tragen kommt. Eine negative Feststellungsentscheidung durch das VwG bewirkt allerdings nicht unmittelbar den Wegfall des Zwangsaktes: Vielmehr entsteht dadurch im Regelfall für die Behörde (bloß) die Verpflichtung, unverzüglich den der Rechtsanschauung VwG entsprechenden Zustand herzustellen (wobei insoweit wegen der textlichen Identität auf die obigen Ausführungen zu § 28 Rz 33 ff verwiesen werden kann).

**Zu Abs 7:** In intentionaler Entsprechung zu § 28 Abs 6 VwGVG enthält § 28 Abs 7 VwGVG – neben § 3 Abs 2 Z 1, § 8, § 9 Abs 2 Z 3 und § 9 Abs 5 VwGVG – jene Spezialregelungen, die dem Verfahrensgesetzgeber im Hinblick auf die gegenüber dem Bescheidbeschwerdeverfahren iSd Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG gegenstandstypisch bedingten Besonderheiten des **Säumnisbeschwerdeverfahrens** iSd Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG als zweckmäßig erscheinen. Nach der Konzeption des § 28 Abs 7 VwGVG wird durch diese Vorschrift die Zuständigkeit des VwG allerdings nicht originär begründet, sondern diese knüpft vielmehr daran an bzw setzt voraus, dass eine entsprechende Kompetenz bereits besteht (vgl auch VwGH 27.5.2015, Ra 2015/19/0075): Denn davon ausgehend, dass – mangels entsprechender Sonderbestimmung im VwGVG – auch eine (erst nach Ablauf einer Negativfrist von sechs Monaten zulässige; vgl § 8 VwGVG) Säumnisbeschwerde (nicht unmittelbar beim VwG, sondern) bei der belangten Behörde einzubringen ist (vgl § 12 VwGVG), hat diese zunächst gemäß § 16 VwGVG die Wahlmöglichkeit, entweder binnen 3 Monaten selbst den Bescheid nachzuholen (Abs 1) oder (sogleich bzw nach Ablauf dieser Zusatzfrist) dem VwG die Beschwerde zur Entscheidung vorzulegen; (erst) mit dieser Vorlage wird die Entscheidungszuständigkeit des VwG begründet – dh: trotz eingebrachter Säumnisbeschwerde verbleibt die Erledigungskompetenz vorläufig noch bei der Staatsfunktion »Verwaltung« (vgl auch *Leeb*, § 28 Rz ~~XXX~~). (All dies sowie auch die folgenden Ausführungen gelten freilich nicht für die Sonderkonstellation, dass die Säumnisbeschwerde nicht von einer Privatperson, sondern von der Behörde eingebracht wurde – zB dann, wenn das VwG die bescheidmäßig verweigerte Genehmigung erteilt, in die-

sem Zuge jedoch über einen der Behörde vermeintlich zukommenden Ersatz für Barauslagen nicht abgesprochen hat.)

Davon ausgehend, dass für den Typus der Säumnisbeschwerde nach deren Vorlage seitens der belangten Behörde eine rechtsgestaltende Entscheidung des VwG in der Sache selbst – sofern die Vorprüfung ergibt, dass ein überwiegendes Verschulden der Behörde an der Säumnigkeit iSd § 8 Abs 1 VwGVG vorliegt (andernfalls wäre nämlich die Beschwerde schon in diesem Stadium als unbegründet abzuweisen; vgl *Leeb*, § 8 Rz ~~XXX~~) – den Regelfall bildet (während auch insoweit eine Aufhebung und Zurückverweisung schon gegenstandsbezogen, nämlich mangels Vorliegens eines Bescheides, nicht in Betracht kommt), sodass hier die – vom Verfassungsgesetzgeber bzw in den Gesetzesmaterialien (insbesondere angesichts dessen, dass sich diese Zuständigkeit der VwG auch auf Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinden erstreckt, seltsamerweise) gänzlich offen gelassene – Frage nach der Trennlinie zwischen den Funktionsbereichen der Verwaltung und der (Verwaltungs-)Gerichtbarkeit (vgl dazu schon oben, Vor § 28 Rz 5) besonders virulent wird, normiert der Verfahrensgesetzgeber als scheinbares Prinzip eine Ermessensentscheidung (vgl auch VwGH 4.7.2016, Ra 2014/04/0015) zugunsten der VwG. Im systemlogischen Kontext betrachtet knüpft diese allerdings an die in § 28 Abs 2 und 3 VwGVG festgelegte Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache selbst an.

Insgesamt besehen ergibt sich daraus als Grundsatz, dass das VwG (wie bei Bescheidbeschwerden) auch im Säumnisbeschwerdeverfahren vollumfänglich in der Sache selbst zu entscheiden hat. Dies bedeutet, dass das VwG nach erfolgtem Zuständigkeitsübergang, dh nach deren Vorlage seitens der belangten Behörde, aufgrund einer Säumnisbeschwerde jene Angelegenheit(en) zu erledigen hat, welche die (säumige) Verwaltungsbehörde zum Inhalt des Spruches ihres Bescheides zu machen gehabt hätte; es ist dabei aber nicht ausschließlich auf das ursprüngliche Begehren im Antrag eingeschränkt, sondern muss die Verwaltungsangelegenheit insgesamt erledigen. Somit ist das VwG auch zuständig, mit der Erledigung des Antrags von Amts wegen ausdrücklich zu verbindende Aussprüche (erstmal) zu tätigen, soweit diese Festlegungen nach dem Gesetz auch von der Behörde bei der

Erledigung der Verwaltungssache unter einem hätten vorgenommen werden müssen (VwGH 10.11.2015, Ro 2015/19/0001).

Davon abweichend – dh dann, wenn die Determinanten, die dieses Ermessen prägen, wie insbesondere die Grundsätze der Verfahrensökonomie (VwGH 4.7.2016, Ra 2014/04/0014), dies zulassen – kann das VwG sein Erkenntnis aber vorerst auch bloß auf die Entscheidung maßgeblicher Rechtsfragen beschränken und der Behörde auftragen, innerhalb einer gleichzeitig festgelegten Frist den versäumten Bescheid unter Bindung an die in diesem Zusammenhang vom VwG geäußerte Rechtsanschauung zu erlassen. Dadurch wird dem VwG die Wahlmöglichkeit eingeräumt, im Falle einer zulässigen Säumnisbeschwerde die Zuständigkeit in der Angelegenheit unter den näher bestimmten Voraussetzungen wieder auf die Behörde rückzuübertragen (VwGH 10.11.2015, Ra 2015/19/0144); eine maßgebliche Voraussetzung für eine solche Entscheidung ist in diesem Stadium des Verfahrens (dh nach gegebenenfalls bereits mehr als 9-monatiger Dauer; vgl § 8 Abs 1 iVm § 16 Abs 1 VwGVG) allerdings, dass das VwG über einzelne maßgebliche Rechtsfragen der Angelegenheit bereits selbst entschieden hat (VwGH 16.12.2014, Ra 2014/22/0106); ein Fristsetzungsauftrag ohne jegliche Vorgabe einer Rechtsmeinung kommt hingegen – wie sich aus dem Normtext des § 28 Abs 7 VwGVG zweifelsfrei ergibt – an diesem Punkt nicht mehr in Betracht (und wäre von der Behörde mit Revision an den VwGH bekämpfbar [vgl VwGH 10.11.2015, Ra 2015/19/0144] – siehe auch unten Rz 45 zu § 28).

Ist damit die Grenzziehung zwischen behördlicher und gerichtlicher Ingerenzsphäre für den Bereich des Säumnisbeschwerdeverfahrens dem VwG anheimgestellt, ohne dass gleichzeitig – und zwar weder in Art 130 Abs Z 3 B-VG noch in § 28 Abs 7 VwGVG – explizite gesetzliche Kriterien für die Entscheidung dieser Frage festgelegt sind, so verbleibt nur die Möglichkeit, sich insoweit an den allgemein für diese Abgrenzung maßgeblichen Grundsätzen zu orientieren und diese zugleich auch als entsprechende Ermessensdeterminanten heranzuziehen. 43

Von der Leitlinie, dass die VwG – nach der durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 bewirkten Abkehr vom Kassa-

tionsmodell – in der Sache selbst zu entscheiden haben, ausgehend vermag daher die in § 28 Abs 7 VwGVG alternativ festgelegte Vorgangsweise lediglich den Ausnahmefall zu bilden. Liegt kein besonderer Grund für eine bloße Beschränkung der Entscheidung auf einzelne maßgebliche Rechtsfragen vor, so hat das VwG von einem Auftrag an die Behörde zur Erlassung des Bescheides abzusehen und stattdessen die Rechtssache vollumfänglich selbst zu erledigen.

- 44 Wie sich im Hinblick auf § 73 Abs 1 AVG und § 34 Abs 1 VwGVG – die eine (Höchst-)Frist von jeweils sechs Monaten für die Erledigung des Verfahrens durch die Behörde bzw das VwG festlegen – ergibt, kann ein derartiger Grund vornehmlich im Aspekt der Verfahrensbeschleunigung zu erblicken sein (vgl dazu auch Art 130 Abs 4 Z 2 B-VG sowie zB VwGH 4.7.2016, Ra 2014/04/0015, wonach es grundsätzlich im Ermessen des VwG liegt, ob es von der Möglichkeit des § 28 Abs 7 VwGVG Gebrauch macht oder sogleich in der Sache entscheidet, sich dieses Ermessen aber jeweils an den Grundsätzen der Verfahrensökonomie zu orientieren hat, dh: Die Erlassung eines bloßen »Teilerkenntnisses« iSd § 28 Abs 7 VwGVG wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Sachverhalt noch weiter klärungsbedürftig ist). Wenn nämlich § 28 Abs 7 VwGVG für die **Nachfristsetzung** einen (Höchst-)Zeitraum von acht Wochen vorsieht, so kann sich eine derartige Vorgangsweise insbesondere dann als zweckmäßig erweisen, wenn für das VwG im Zeitpunkt des Herangehens an die Bearbeitung der Rechtssache – mit entsprechender Begründung – bereits absehbar ist, dass es selbst diese nicht innerhalb der folgenden sechs Monate finalisieren kann. Unzulässig erscheint es hingegen, dass auf diese Weise die aus § 8 Abs 1 iVm § 16 Abs 1 und § 34 Abs 1 VwGVG insgesamt resultierende Verfahrensdauer von maximal 15 Monaten noch weiter ausgedehnt wird (wie zB in dem Extremfall, dass das VwG erst unmittelbar vor dem Ablauf der Sechsmonatsfrist des § 34 Abs 1 VwGVG einen Bescheiderlassungsauftrag gemäß § 28 Abs 7 VwGVG erteilt und diesen mit acht Wochen befristet, sodass – bis zur rechtskräftigen Erledigung – eine Regel-Verfahrensdauer von insgesamt nahezu 17 Monaten resultieren würde).
- 45 Zugleich mit dem **Bescheiderlassungsauftrag**, der (nicht als Beschluss, sondern) in Form eines Erkenntnisses zu ergehen hat, muss das VwG einzelne – also zumindest eine – maßgebliche Rechtsfrage(n) ent-

scheiden; in diesem Zusammenhang ist auch auf die obigen Ausführungen in § 28 Rz 38 zu verweisen. Unterbleibt dies oder unterbleibt die Anordnung einer Frist oder wird eine solche für einen acht Wochen übersteigenden Zeitraum festgesetzt (wobei insoweit die Rechtsprechung zu § 42 Abs 4 VwGG übertragen werden kann; vgl VwGH 28.5.2015, Ro 2015/22/0017) oder werden bloß Ermittlungsaufträge oÄ erteilt (vgl VwGH 16.12.2014, Ra 2014/22/0106), so erweist sich das Erkenntnis als rechtswidrig (vgl VwGH 10.11.2015, Ra 2015/19/0144) und kann dieses allenfalls mit einer Beschwerde an den VfGH und/oder einer Revision an den VwGH bekämpft werden.

Intentional besehen ist die Anordnung des § 28 Abs 7 VwGVG gleichsam als die Einräumung einer »letzten Chance« (bzw »zweiten Chance«; vgl VwGH 4.7.2016, Ra 2014/04/0015, Rz 17, mwN) an die Behörde anzusehen, die funktional grundsätzlich der Verwaltung – und nicht der Gerichtsbarkeit – zukommende rechtspolitische Gestaltungsbefugnis (auch) im Anlassfall konkret wahrzunehmen. Bleibt die Behörde dessen ungeachtet weiterhin untätig oder kommt sie dem Auftrag nicht fristgerecht nach, so liegt es nunmehr am VwG, die Säumnisbeschwerde reformatorisch, also im Wege einer rechtsgestaltenden Entscheidung zu erledigen. Die für einen derartigen Fall im letzten Halbsatz des zweiten Absatzes des § 28 Abs 7 VwGVG normierte Berechtigung der VwG, anstelle der Behörde das materiengesetzlich eingeräumte **Ermessen** auszuüben, erweist sich im Hinblick auf die mit § 28 Abs 4 VwGVG getroffene Grundsatzentscheidung, wonach eine meritorische Erledigungsbefugnis stets auch die Substitution eines gegebenenfalls von Gesetzes wegen bestehenden Ermessens mit einschließt, als systematisch konsequent. Aus verfassungsrechtlicher Sicht gelten jedoch die zuvor in Rz 30 zu § 28 aufgezeigten Bedenken hier in gleicher Weise. 46

Gebietet das Materiengesetz nicht die Anwendung einer bestimmten Rechtslage, muss das VwG die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung über die Verwaltungssache maßgebliche (Sach- und) Rechtslage heranziehen (VwGH 10.11.2015, Ro 2015/19/0001).

Wird eine Säumnisbeschwerde entgegen § 12 VwGVG nicht bei der belangten Behörde, sondern unmittelbar beim VwG eingebracht, so ist 47

diese vom VwG gemäß § 6 AVG an die zuständige Behörde weiterzuleiten (vgl VwGH 27.5.2015, Ra 2015/19/0075; eine Zuständigkeit des VwG, insbes jene gemäß § 28 Abs 7 VwGVG zur Erteilung eines Bescheiderlassungsauftrages, wird durch diese fehlerhafte Einbringung nicht begründet (vgl LVwG OÖ 17.8.2015, LVwG-070002).<sup>1</sup>

- 48 Holt die Behörde innerhalb der Frist des § 16 Abs 1 VwGVG den Bescheid nach oder wird dieser nach Ablauf dieser Frist, aber noch vor Einleitung des Säumnisbeschwerdeverfahrens durch das VwG von der Behörde erlassen, so ist dieses Beschwerdeverfahren mit Beschluss (vgl § 28 Abs 1 VwGVG) einzustellen. Was unter »Einleitung« is dieser Bestimmung zu verstehen ist, geht aus den Gesetzesmaterialien nicht hervor; man wird darunter aber jedenfalls einen außenwirksamen Akt des VwG, wie zB eine Mitteilung an die Verfahrenspartei(en) gemäß § 10 VwGVG, zu verstehen haben.

Nicht gesetzlich geregelt ist der Fall, wie das VwG vorzugehen hat, wenn die belangte Behörde innerhalb der ihr gemäß § 28 Abs 7 VwGVG gesetzten Frist den Bescheid nachholt. In analoger Anwendung des § 16 Abs 1 zweiter Satz VwGVG wird hier wohl ebenfalls mit einer beschlussmäßigen (vgl § 28 Abs 1 VwGVG) Einstellung des Säumnisbeschwerdeverfahrens vorzugehen sein.

- 49 Von den Bestimmungen des VwGVG teilweise abweichende Sonderregelungen für Abgabenverfahren, die nach der BAO zu führen sind, finden sich in §§ 284 ff BAO; diese sind insbesondere durch das Fehlen eines Säumnisbeschwerde-Vorverfahrens isd § 16 Abs 1 VwGVG gekennzeichnet. Davon ausgehend ist die Säumnisbeschwerde unmittelbar beim VwG einzubringen (§ 284 Abs 1 BAO), worauf hin dieses umgehend der Behörde einen Bescheiderlassungsauftrag zu erteilen hat (§ 284 Abs 2 BAO); die Entscheidungszuständigkeit geht erst nach Fristablauf oder nach Mitteilung der Behörde, dass keine Verletzung der Entscheidungspflicht vorliege, auf das VwG über (§ 284 Abs 3 BAO). Weiters ist einer Säumnisbeschwerde nur bei überwiegendem Verschulden der Behörde stattzugeben (§ 284 Abs 4 BAO). Wie sich aus dem Zusammenhalt von § 284 Abs 1, Abs 2 und Abs 4 BAO mit § 291 Abs 1 BAO ergibt, soll ein Abgabenverfahren im Regelfall innerhalb

von 15 Monaten (zum Administrativverfahren vgl oben, § 28 Rz 44) rechtskräftig erledigt sein.

**Zu Abs 8:** Auch diese Regelung (die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2018 in Geltung steht) basiert auf dem Konzept, dass für **Weisungsbeschwerden** gemäß Art 130 Abs 1 Z 4 B-VG jene Bestimmungen maßgeblich sind, die das VwGVG für den Regeltypus der Administrativbeschwerde iSd Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG festlegt, sodass § 28 Abs 8 VwGVG – neben § 3 Abs 2 Z 3, § 7 Abs 4, § 9 Abs 2 Z 4 und Abs 3, § 13 Abs 3 und § 14 Abs 3 VwGVG – aus systematischer Sicht insoweit als eine dementsprechende *lex specialis* anzusehen ist. 50

Davon ausgehend ergibt sich zunächst, dass das VwG – mangels einer entsprechenden Sonderregelung zu § 28 Abs 2 und 3 VwGVG – zwar in der Sache selbst zu entscheiden hat, aus systematisch-typusbezogener Sicht jedoch keine rechtsgestaltende, sondern ausschließlich eine kasuatorische Erledigung treffen darf (weil eine Aufhebung und Zurückverweisung hier schon gegenstandsbezogen, nämlich mangels Vorliegens eines Bescheides, schon von vornherein nicht in Betracht kommt; ebenso *Eder* ua, § 28 ~~Anm XXX~~; *Winkler*, § 28 Rz ~~XXX~~). 51

Infolge einer vom VwG vorgenommenen Aufhebung der Weisung tritt nach § 28 Abs 8 erster Satz VwGVG unmittelbar jener Rechtszustand ein, der vor der Erlassung der Weisung bestanden hat.

Gesetzlich ausgenommen ist hiervon allerdings ausdrücklich jener Fall, dass die Erteilung der Weisung vor ihrer Rechtswidrigerklärung durch das VwG die Aufhebung einer Verordnung nach sich gezogen hat: Solcherart weisungsmäßig aus dem Rechtsbestand eliminierte Verordnungen leben nicht wieder auf, sondern müssen im Bedarfsfall durch eine entsprechende Kundmachung wieder neu als rechtsverbindlich erklärt bzw in Wirksamkeit gesetzt werden.

Hinsichtlich der in § 28 Abs 8 zweiter Satz VwGVG normierten Verpflichtung der Behörde zur Herstellung eines der Rechtsansicht des VwG entsprechenden Rechtszustandes kann wegen textlicher Identität auf die vorstehenden Ausführungen in Rz 38 zu § 28 verwiesen werden. 52

## Verkündung und Ausfertigung der Erkenntnisse

### § 29

(1) Die Erkenntnisse sind im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen.

(2) Hat eine Verhandlung in Anwesenheit von Parteien stattgefunden, so hat in der Regel das Verwaltungsgericht das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen sogleich zu verkünden.

(2a) Das Verwaltungsgericht hat im Fall einer mündlichen Verkündung die Niederschrift den zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien und Organen auszufolgen oder zuzustellen. Der Niederschrift ist eine Belehrung anzuschließen:

1. über das Recht, binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift eine Ausfertigung gemäß Abs. 4 zu verlangen;
2. darüber, dass ein Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Revision beim Verwaltungsgerichtshof und der Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof darstellt.

(2b) Ist das Erkenntnis bereits einer Partei verkündet worden, kann ein Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 bereits ab dem Zeitpunkt gestellt werden, in dem der Antragsteller von dem Erkenntnis Kenntnis erlangt hat. Ein Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 ist den übrigen Antragsberechtigten zuzustellen.

(3) Die Verkündung des Erkenntnisses entfällt, wenn

1. eine Verhandlung nicht durchgeführt (fortgesetzt) worden ist oder
2. das Erkenntnis nicht sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung gefasst werden kann

und jedermann die Einsichtnahme in das Erkenntnis gewährleistet ist.

(4) Den Parteien ist eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses zuzustellen. Eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses ist in

den in Art. 132 Abs. 1 Z 2 B-VG genannten Rechtssachen auch dem zuständigen Bundesminister zuzustellen.

(5) Wird auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof von den Parteien verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift gemäß Abs. 2a eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 von mindestens einem der hiezu Berechtigten beantragt, so kann das Erkenntnis in gekürzter Form ausgefertigt werden. Die gekürzte Ausfertigung hat den Spruch sowie einen Hinweis auf den Verzicht oder darauf, dass eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 nicht beantragt wurde, zu enthalten.

*idF BGBl I 2017/24*

#### Literatur

Bumberger, ÖJZ 2015, 210; Eder/Martschin/Schmid, § 29 VwGVG in Eder/Martschin/Schmid, Verfahrensrecht<sup>2</sup>; Fuchs, § 29 VwGVG in Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren; Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahren<sup>10</sup> 489; Leeb, § 29 VwGVG in Hengstschläger/Leeb (Hrsg), AVG – Ergänzungsband; Leeb/Zeinhofer, Verwaltungsgerichtsbarkeit neu – Das Verfahren der (allgemeinen) Verwaltungsgerichte, in Baumgartner (Hrsg), Öffentliches Recht, Jahrbuch 2014, 67; Pabel, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 379; Schmied/Schweiger, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 110; Wessely, Das Administrativverfahren des BVwG und der LVwG, in Larcher (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte 204; Winkler, § 29 VwGVG in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Verfahrensrecht.

#### Materialien

EBRV 2009 BlgNR 24. GP (zu BGBl I 2013/33)

»Zu § 29: Die Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte sollen im Namen der Republik verkündet werden (vgl. Art. 82 Abs. 2 B-VG für die ordentliche Gerichtsbarkeit). Sie sollen in der Regel mündlich verkündet werden, wenn eine Verhandlung in Anwesenheit der Parteien stattgefunden hat. Den Parteien soll jedenfalls eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses zuzustellen sein. Da dem zuständigen Bundesminister in den Angelegenheiten der Art. 11, 12, 14 Abs. 2 und 3 und 14a Abs. 3 und 4 und in Rechtssachen, in denen dem Bescheid eines Landes- oder Bezirksschulrates ein kollegialer Beschluss zugrunde liegt, von Verfassung wegen eine Legitimation zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof zukommt (Art. 133 Abs. 6

Z 3 B-VG), soll auch ihm in Rechtssachen in diesen Angelegenheiten das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes zugestellt werden.«

AB 2112 BlgNR 24. GP nimmt auf den 4. Abschnitt des 2. Hauptstückes des VwGVG keinen inhaltlichen Bezug.

**EBRV 1255 BlgNR 25. GP (zu BGBl I 2017/24)**

»Zu Z 7 (§ 29 Abs. 2a und 2b), Z 8 (§ 29 Abs. 5) ua: Nach dem vorgeschlagenen § 29 Abs. 2a soll im Fall einer mündlichen Verkündung die Niederschrift allen zur Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof legitimierten Parteien und Organen auszufolgen oder zu zustellen sein. Der Niederschrift soll eine Belehrung über das Recht anzuschließen sein, binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift eine Ausfertigung gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG zu verlangen, sowie darüber, dass ein Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß Abs. 4 eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Revision beim Verwaltungsgerichtshof und der Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof darstellt. Wird auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof von den Parteien verzichtet oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw. Zustellung der Niederschrift eine Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG von mindestens einem der hierzu Berechtigten beantragt, so soll das Erkenntnis nach dem vorgeschlagenen § 29 Abs. 5 in gekürzter Form ausgefertigt werden können. Die sonstigen vorgeschlagenen Bestimmungen enthalten Begleitregelungen. Durch die Formulierung des vorgeschlagenen § 50 Abs. 2 soll außerdem klargestellt werden, dass die Einstellung des Verfahrens in Verwaltungsstrafsachen durch das Verwaltungsgericht gemäß § 45 Abs. 1 VStG – entgegen der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 30. 9. 2014, Ra 2014/02/0045) – in Form eines Erkenntnisses zu ergehen hat (vgl. Kolonovits/Muzak/Stöger, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts<sup>10</sup> [2014] Rz. 1216).«

**Gliederung**

Allgemeines: Verkündung; schriftliche Ausfertigung; rechtliche Existenz .....	Rz	1
Abs 1: »Im Namen der Republik«; Begründung;		
sonstige Elemente .....	Rz	1–5
Abs 2: »sogleich«; »wesentlich« .....	Rz	6–7
Abs 3: Allgemeine Einsichtnahmemöglichkeit; Entscheidungsdocumentation .....	Rz	8–9
Abs 4: Lauf der Rechtsmittelfrist; Amtsrevision; Senats- bzw Einzelrichterzuständigkeit; maßgebliche Rechtslage .....	Rz	10–12
Abs. 5: Verkürzte Ausfertigung .....	Rz	13

### Schlagworte

Erledigungsart; Erkenntnisausfertigung; Begründungspflicht; öffentliche Verkündung des Erkenntnisses und deren Entfall; Entscheidungsdokumentation; Zustellung von Erkenntnisausfertigungen; Verkündungsniederschrift: Erkenntnisausfertigungsantrag.

### Kommentierung

**Allgemeines:** § 29 VwGVG regelt zwei unterschiedliche Formen, in denen das VwG-Verfahren finalisiert werden kann – nämlich durch »Verkündung« bzw »schriftliche Ausfertigung« –, sagt jedoch nichts darüber aus, zu welchem Zeitpunkt die Entscheidung des VwG rechtlich existent wird. Angesichts der prinzipiell denkbaren Alternativen (»bereits mit der Verkündung« bzw »erst mit Zustellung der schriftlichen Ausfertigung«) hat sich der VwGH mit Blick auf § 26 Abs 1 Z 1 VwGG, wonach die **Revisionsfrist** dann, wenn das Erkenntnis dem Revisionswerber zugestellt wurde, mit dem Tag der Zustellung, sonst jedoch mit dem Tag der Verkündung beginnt, für die erste Möglichkeit entschieden: Mit der mündlichen Verkündung wird die Entscheidung unabhängig von der in § 29 Abs 4 VwGVG geforderten Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung rechtlich existent (vgl zB VwGH 13.10.2015, Fr 2015/03/0007; siehe auch *Leeb*, § 29 Rz ~~XXXX~~); andererseits ist ein Erkenntnis jedenfalls spätestens dann als rechtlich existent anzusehen, wenn wenigstens einer Partei des Verfahrens eine schriftliche Ausfertigung zugestellt wurde (VwGH 12.11.2014, Fr 2014/20/0028). Davon ausgehend bestehen auch keine Bedenken gegen die Möglichkeit der Anfechtung eines nur **mündlich verkündeten Erkenntnisses** (wobei allerdings nunmehr, wie aus § 29 Abs 2a VwGVG hervorgeht, ein Antrag auf schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses sowohl eine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine VfGH-Beschwerde als auch für eine Revision an den VwGH bildet; vgl § 82 Abs 3b VfGG bzw § 25a Abs 4a VwGG; ebenso *Leeb*, § 29 Rz ~~XXXX~~); wird jedoch die Entscheidung nach der Verkündung und noch vor Zustellung ihrer schriftlichen Ausfertigung beim VwGH angefochten, ist damit das Revisionsrecht konsumiert, dh, dass es nach erfolgter Zustellung der schriftlichen Ausfertigung nicht

nochmals ausgeübt werden kann bzw der Lauf der Revisionsfrist nicht neuerlich in Gang gesetzt wird (VwGH 13.10.2015, Fr 2015/03/0007).

Im Fall einer bloß mündlichen Verkündung ergibt sich der Inhalt der Entscheidung primär nicht aus der nachfolgenden Zustellung der schriftlichen Ausfertigung, sondern aus der über die Verhandlung aufgenommenen Niederschrift; schon aus dieser muss daher die Begründung iSd § 29 Abs 1 zweiter Satz VwGVG, also die Feststellung des maßgebenden Sachverhalts, die Beweiswürdigung und die rechtliche Beurteilung – und zwar nicht bloß rudimentär – hervorgehen (VwGH 13.10.2015, Fr 2015/03/0007; 15.12.2014, Ro 2014/04/0068).

- 2 **Zu Abs 1:** Da nach Art 82 Abs 2 B-VG die – iSv sämtliche – »*Urteile und Erkenntnisse [...]* **im Namen der Republik verkündet und ausgefertigt**« werden, war der Verfahrensgesetzgeber dazu gehalten, nicht nur die materiellen Enderledigungen des VwG des Bundes, sondern auch jene der VwG der Länder formell als Enuntiationen des (die Gebietskörperschaften Bund und Länder unter diesem Oberbegriff zusammenfassenden) Gesamtstaates iSd Art 1 B-VG erscheinen zu lassen.

Dass die VwG der Länder insoweit zum Teil auch funktionell für den Bund (nämlich insbesondere in den Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung; vgl Art 130 Abs 2 erster Satz B-VG e contrario) und die VwG des Bundes gelegentlich auch funktionell für ein Land (vgl Art 131 Abs 5 B-VG) tätig werden können, steht dazu in keinem systematischen Widerspruch.

- 3 Mit dem ersten Satz des § 29 Abs 1 VwGVG ist nicht (auch) der Begriff der »Erlassung« eines Erkenntnisses umschrieben, sondern diese Bestimmung stellt lediglich eine Formvorschrift dar (sa *Leeb*, § 29 Rz ~~XXX~~), wonach sowohl mündliche als auch schriftliche Erkenntnisse jeweils »Im Namen der Republik« zu erlassen sind; davon ausgehend begegnet aber die vom VwGH in dessen Erkenntnis vom 15.12.2014, Ro 2014/04/0068, getroffene Annahme, wonach § 29 Abs 1 erster Satz VwGVG ebenso zu verstehen ist wie dessen für die UVS maßgebliche Vorgängerbestimmung des § 67g AVG – nämlich dahin, dass eine ordentliche Revision an den VwGH auch (bereits) gegen ein (zunächst nur) mündlich verkündetes Erkenntnis eines VwG zulässig ist –, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken bezüglich einer insoweit man-

gelhaften gesetzlichen Determinierung dieser Bestimmung (vgl VfGH 11.3.2015, G 199/2014).

Die in § 29 Abs 1 zweiter Satz VwGVG normierte **Begründungspflicht** für Erledigungen der VwG gilt prinzipiell absolut; dies kann als weiteres Indiz dafür angesehen werden, dass die Zwecksetzung von Erkenntnissen in der materiellen Endenderledigung des Verfahrens liegt (vgl dazu schon oben, Rz 3 zu § 28 Abs 1 VwGVG). Eine **Ausnahme** von diesem Grundsatz ist nunmehr in § 29 Abs 5 VwGVG festgelegt: Wenn von *den* – dh: von allen – Verfahrensparteien 1.) auf eine Beschwerde an den VfGH *und* (is von: kumulativ) auf eine Revision an den VwGH verzichtet oder 2.) nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw Zustellung der Niederschrift über die mündliche Verkündung des Erkenntnisses dessen schriftliche Ausfertigung beantragt wurde, dann kann dieses in verkürzter Form, nämlich derart ausgefertigt werden, dass es bloß den Spruch sowie einen Hinweis auf den Rechtsmittelverzicht bzw darauf, dass eine schriftliche Ausfertigung nicht beantragt wurde, zu enthalten hat.

Davon abgesehen gilt hingegen für den **Regelfall**: Weil in Bezug auf inhaltliche Anforderungen an diese Begründungspflicht im VwGVG selbst nichts angeordnet ist, kommt insoweit im Wege der Verweisungsnorm des § 17 VwGVG die Bestimmung des § 60 AVG samt der hierzu ergangenen Judikatur des VwGH zum Tragen (statt vieler zB VwGH 19.5.2017, Ra 2017/03/0044; 5.4.2017, Ra 2017/11/0006). In diesem Sinne hat der VwGH bspw seine Rechtsprechung im Erkenntnis vom 21.10.2014, Ro 2014/03/0076 (siehe auch VwGH 27.11.2014, Ra 2014/03/0036), zusammenfassend festgehalten, dass eine ordnungsgemäße Begründung in einem *ersten Schritt* die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts zugängliche konkrete Feststellung des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts, in einem *zweiten Schritt* die Angabe jener Gründe, welche das VwG im Falle des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem *dritten Schritt* die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch des Bescheides geführt haben, erfordert. Dabei wird die von § 60 AVG ver-

langte Zusammenfassung in Bezug auf die Beweiswürdigung kurz ausfallen können, wenn keine einander widersprechenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vorliegen; bei Widersprüchen zwischen den Behauptungen und den Angaben der Verfahrenspartei(en) einerseits und sonstigen Ermittlungsergebnissen andererseits bedarf es allerdings einer klaren und übersichtlichen Zusammenfassung der maßgeblichen, bei der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen, damit der VwGH die Entscheidung auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit überprüfen kann; eine dem § 60 AVG entsprechende Entscheidungsbegründung muss (auch) zu widersprechenden Beweisergebnissen im einzelnen Stellung nehmen und schlüssig darlegen, was das VwG dazu veranlasst hat, dem einen Beweismittel mehr Vertrauen entgegenzubringen als dem anderen; die dabei vorgenommenen Erwägungen müssen schlüssig sein, dh mit den Gesetzen der Logik und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut im Einklang stehen. Die bloße Zitierung von Beweisergebnissen (wie zB von Zeugenaussagen) ist dabei weder erforderlich noch hinreichend; eine Aufzählung aufgenommener Beweise mag zweckmäßig sein. Lässt eine Entscheidung die Trennung dieser Begründungselemente in einer Weise vermissen, dass die Rechtsverfolgung durch die Partei oder die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts maßgeblich beeinträchtigt wird, dann führt ein solcher **Begründungsmangel** zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung schon aus diesem Grund; Gleiches gilt, wenn eine solche maßgebliche Beeinträchtigung sonst in einem Mangel an Klarheit bzw Übersichtlichkeit der Zusammenfassung iSd § 60 AVG gründet. Schließlich bedeutet die in § 17 VwGVG normierte Anordnung der sinngemäßen Anwendung der Bestimmungen des AVG in diesem Zusammenhang insbesondere, dass bei der Anwendung der verwiesenen Vorschriften die besondere Stellung der VwG zu berücksichtigen ist: Angesichts ihrer sich aus Art 130 B-VG ergebenden Zuständigkeit werden die Verwaltungsgerichte den sich aus den §§ 58 und 60 AVG ergebenden Anforderungen dann gerecht, wenn sich die ihre Entscheidungen tragenden Überlegungen zum maßgebenden Sachverhalt, zur Beweiswürdigung sowie zur rechtlichen Beurteilung aus den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen selbst ergeben. Die bloße Zitierung von Beweisergebnissen – wie zB der Äußerungen eines Sachverständigen – ist hingegen nicht hinreichend

(vgl auch VwGH 18.2.2015, Ra 2014/03/0045).

Im Rahmen der Begründung seiner Entscheidung muss das VwG daher bspw ein **Sachverständigengutachten** auf dessen Richtigkeit, Vollständigkeit und Schlüssigkeit prüfen, sich damit auseinandersetzen und es entsprechend würdigen (VwGH 17.11.2015, Ra 2015/03/0058) oder auf das Parteivorbringen, soweit es für die Feststellung des Sachverhaltes von Bedeutung sein kann, eingehen und sich nicht über erhebliche Behauptungen und Beweisanträge ohne Ermittlungen und Begründung hinwegsetzen (VwGH 20.10.2015, Ra 2014/09/0028); außerdem kann es uU erforderlich sein, sich – im Wege der Durchführung einer **öffentlichen Verhandlung** – einen persönlichen Eindruck von einer Verfahrenspartei zu machen (VwGH 30.6.2015, Ra 2015/21/0002). Eine erst in der Revisionsbeantwortung nachgetragene Überlegung ist ebensowenig geeignet, eine fehlende Begründung zu ersetzen (VwGH 29.9.2015, Ra 2015/05/0032; 18.6.2014, Ro 2014/09/0032) wie ein bloßer Verweis auf eine bereits ergangene gleichartige Entscheidung des VwG, wenn jene nicht zugleich beigeschlossen wurde, weil sich im VwGVG keine zu § 43 Abs 2 VwGG analoge Bestimmung findet (VwGH 2.9.2015, Ra 2015/02/0115). Auch eine bloße Darstellung des Verwaltungsgeschehens genügt den Anforderungen des § 29 Abs 1 VwGVG nicht (VwGH 21.11.2014, Ra 2014/02/0051).

Insgesamt besehen sind die im VwGVG enthaltenen Vorschriften über die **formale Ausgestaltung der Erkenntnisse** der VwG – etwa im Vergleich zu § 280 BAO – rudimentär.

5

Aus § 29 Abs 1 VwGVG und § 25a Abs 1 VwGG iVm § 30 VwGVG ergibt sich lediglich, dass diese 1.) ihrem Wesen als »Erkenntnis« entsprechend eine individuell-konkrete normative Anordnung (Spruch; zu den Anforderungen an dessen Bestimmtheit vgl zB VwGH 26.2.2016, Ro 2014/03/0079, mwN), 2.) eine Begründung, 3.) eine Rechtsmittelbelehrung (siehe auch Rz 1 zu § 30) und den Ausspruch über die Zulässigkeit der (ordentlichen oder außerordentlichen) Revision an den VwGH enthalten und sohin auch eine dementsprechende Strukturierung (is von wechselseitig voneinander abgrenzbaren Entscheidungselementen) aufweisen müssen (siehe auch Rz 4 zu § 29 Abs 1 VwGVG).

Im Gegensatz zu dieser formalen Ausgestaltung obliegt die Regelung über ein (optisch) einheitliches äußeres Erscheinungsbild der Erkenntnisse der VwG, bezüglich deren Zugänglichkeit für jedermann, hinsichtlich deren Verbindung mit einer Amtssignatur etc nicht dem Verfahrens-, sondern dem Organisationsgesetzgeber (in diesem Sinne auch VwGH 18.12.2015, Fr 2015/12/0023). Von daher besehen erweisen sich (insbesondere) landesgesetzliche (oder auf diesen basierende) Vorschriften, die im Sinne des »Corporate-Design«-Gedankens bloß die äußere Erscheinungsform der Entscheidungen regeln und sich zugleich auch darauf beschränken (wie zB die Anordnung der Verwendung bestimmter Logos, Schriftarten und Schriftgrößen), auch ohne Bedachtnahme auf die Bedarfskompetenz des Art 11 Abs 2 B-VG als zulässig.

- 6 Angesichts dessen, dass Erkenntnisse keine Bescheide verkörpern, kommt eine Heranziehung der §§ 56 ff AVG auch im Wege des Verweises des § 17 VwGVG grundsätzlich nicht bzw nur insoweit in Betracht, als es sich jeweils um wesensgleiche Formelemente – wie eben Spruch und Begründung – handelt und soweit (wie zB in § 29 Abs 5 VwGVG hinsichtlich der Begründung und gemäß § 30 VwGVG in Bezug auf die Rechtsmittelbelehrung) keine Spezialbestimmungen bestehen.

Im Übrigen geht aus § 29 VwGVG insgesamt hervor, dass die öffentliche **Verkündung** eines Erkenntnisses außerhalb des Kontextes (arg »nach Schluss der mündlichen Verhandlung« in § 29 Abs 3 Z 2 VwGVG; daraus ergibt sich, dass die Verkündung zwar nicht als Teil der Verhandlung, sondern als eine eigenständige, aber mit dieser in einem engen zeitlichen Naheverhältnis [arg »sogleich« in § 29 Abs 2 VwGVG und in § 29 Abs 3 Z 2 VwGVG] stehende Prozesshandlung anzusehen ist) einer förmlichen Verhandlung grundsätzlich nicht in Betracht kommt; § 62 Abs 1 AVG ist insoweit jedenfalls nicht anwendbar, sodass bereits längere Zeit nach Schluss der öffentlichen Verhandlung (vgl dazu Rz 12 zu § 29 Abs 3 VwGVG) bzw dann, wenn eine solche von vornherein nicht durchgeführt wurde, lediglich eine schriftliche Enderledigung des Rechtsmittelverfahrens zulässig ist. Indem aber § 29 Abs 3 Z 1 VwGVG darauf abstellt, dass die Verkündung des Erkenntnisses nur dann entfällt, wenn keine Verhandlung durchgeführt wurde und jedermann Einsicht gewährleistet ist, ergibt sich daraus e contrario, dass sogar

in den gänzlich ohne Verhandlung erledigten Fällen eine Verkündung der Entscheidung vorgenommen werden muss, wenn keine öffentliche Einsichtnahmemöglichkeit besteht. In der Praxis verhält dies die VwG im Ergebnis zur Führung einer öffentlich zugänglichen, nicht anonymisierten Entscheidungsdokumentation (sa unten, Rz 11 zu § 29 Abs 3 VwGVG).

**Zu Abs 2:** Der in dieser Bestimmung, die offenkundig auf die Erfüllung der verfassungsmäßigen Vorgabe des Art 6 Abs 1 EMRK (vgl auch Art 47 Abs 2 GRC) abzielt, genannte Regelfall bildet in der Praxis die Ausnahme bzw kommt eine **Verkündung** sogleich nach der Verhandlung eigentlich nur in Bagatellsachen und in rechtlich wenig anspruchsvollen Fallkonstellationen in Betracht; dies schon deshalb, weil ansonsten bspw behördliche Bewilligungen kaum ohne die gleichzeitige Vorschreibung von Bedingungen oder Auflagen erteilt werden können, sodass insbesondere schon die textliche Festlegung solcher Nebenbestimmungen jeweils einer besonders sorgfältigen Konkretisierung und Ausformulierung bedarf, wenn dem ein streitiges Ermittlungsverfahren vorangegangen ist. Angesichts der nachprüfenden Kontrolle verunmöglicht dieser Umstand aber geradezu regelmäßig, das Erkenntnis – noch dazu samt den wesentlichen Entscheidungsgründen – »sogleich«, dh wohl im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung der öffentlichen Verhandlung (also den abschließenden Äußerungen der Parteien zum Ergebnis des Beweisverfahrens direkt folgend) – zu verkünden, sodass in der Praxis überwiegend der Hinderungsgrund des § 28 Abs 3 Z 2 VwGVG zum Tragen kommt (vgl die Beispiele aus der Judikatur bei *Leeb*, § 29 Rz ~~xxx~~).

Unter »wesentlich« iSd § 28 Abs 2 VwGVG sind jedenfalls jene tragenden Gründe anzusehen, die vom VwG im konkreten Fall als dafür maßgeblich erachtet wurden, dass die einzelnen Voraussetzungen bzw Tatbestandselemente jener Rechtsvorschrift, auf der das Erkenntnis jeweils fußt, erfüllt sind.

Isoliert betrachtet läge es wohl nahe, aus der in § 28 Abs 2 VwGVG enthaltenen Wendung »*Hat eine Verhandlung [...] stattgefunden*« den Gegenschluss zu ziehen, dass die Verpflichtung der VwG, ihre Erkenntnisse sogleich samt den wesentlichen Entscheidungsgründen öf-

fentlich verkünden zu müssen, ex lege jedenfalls schon dann entfällt, wenn vom VwG keine (öffentliche) Verhandlung durchgeführt wurde. Im Hinblick auf die in der Folge in § 29 Abs 3 Z 1 VwGVG vorgenommene Spezialisierung dieses Ausnahmetatbestandes (vgl dazu unten, Rz 11 zu § 29 Abs 3 VwGVG) erscheint jedoch eine derartige Schlussfolgerung als unzulässig.

Im Ergebnis gilt dies auch für den Fall, dass eine öffentliche Verhandlung zwar durchgeführt, an dieser aber weder Parteien noch deren Vertreter teilgenommen haben, und zwar deshalb, weil die zuvor angesprochene einleitende Wendung des § 29 Abs 2 VwGVG diese Konstellation in gleicher Weise miterfasst.

- 9 Wurde die Entscheidung (auch oder nur) mündlich verkündet, ist hierüber gemäß § 29 Abs 2a VwGVG entweder eine **gesonderte Niederschrift** aufzunehmen oder die Tatsache der Verkündung im Anschluss an das **Verhandlungsprotokoll** gesondert zu beurkunden. Darüber hinaus ist diese Niederschrift bzw dieser Teil des Verhandlungsprotokolls sämtlichen zur Erhebung einer VfGH-Beschwerde oder einer Revision an den VwGH legitimierten Parteien auszufolgen oder zuzustellen. Schließlich muss diese Ausfolgung bzw Zustellung auch eine Belehrung dahin enthalten, dass binnen zwei Wochen eine schriftliche Erkenntnisausfertigung beantragt werden kann und ein solcher Antrag jeweils eine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine allfällige VfGH-Beschwerde bzw VwGH-Revision bildet (vgl § 29 Abs 2a Z 1 und 2 VwGVG).
- 10 Wurde das Erkenntnis bereits einer Partei verkündet, kann (zB von einer anderen Partei, die an der Verhandlung nicht teilgenommen hat) ein Erkenntnisausfertigungsantrag bereits ab dem Zeitpunkt gestellt werden, zu dem er von der Verkündung Kenntnis erlangt hat (§ 29 Abs 2b VwGVG).

Die in § 29 Abs 2b zweiter Satz VwGVG normierte Verpflichtung, dass die VwG den von einer Partei eingebrachten Erkenntnisausfertigungsantrag auch den übrigen Antragsberechtigten zuzustellen haben, dient deren Information dahin, dass nunmehr eine gekürzte Erkenntnisausfertigung gemäß § 29 Abs 5 VwGVG gehindert ist.

**Zu Abs 3:** § 29 Abs 3 Z 1 VwGVG präzisiert den dem Grunde nach bereits e contrario aus § 29 Abs 2 VwGVG ableitbaren Ausnahmetatbestand, dass die Verpflichtung der VwG zur öffentlichen Verkündung ihrer Erkenntnisse bei Nichtdurchführung einer Verhandlung entfällt, zum einen dahin, dass dies auch dann gilt, wenn eine in der Absicht, diese später zu finalisieren, unterbrochene öffentliche Verhandlung in der Folge – etwa weil die Parteien einen dementsprechenden Antrag zurückgezogen haben (vgl § 24 Abs 3 VwGVG) – de facto nicht mehr fortgeführt wird; zum anderen ist der Entfall der Verpflichtung zur öffentlichen Verkündung jedoch sowohl im Falle der Nichtdurchführung als auch im Falle des Unterbleibens der Fortsetzung der öffentlichen Verhandlung jeweils daran gebunden, dass jedermann die Einsichtnahme in das Erkenntnis gewährleistet ist. 11

Der letzteren Anforderung ist nur dann entsprochen, wenn ein potentieller Interessent unter Heranziehung (bloß) jener Informationen, die ihm die Teilnahme an der öffentlichen Verhandlung ermöglicht hätten, dazu in der Lage ist, das entsprechende verfahrensabschließende Erkenntnis (für rechtskraftfähige Beschlüsse gilt diese Bestimmung gemäß § 31 Abs 3 VwGVG [e contrario] in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise nicht!) einzusehen. Die **Veröffentlichung der Entscheidungen des VwG** im Internet (va im Rechtsinformationssystem des Bundes [RIS] und/oder auf der Homepage des jeweiligen VwG), in Form von Sammlungsbänden analog denen der Höchstgerichte oder zB in Gestalt einer in einer (öffentlich zugänglichen) Bibliothek des VwG vorhandenen Sammlung von Entscheidungskopien etc kann diesem Erfordernis selbst bei jeweiliger Vollständigkeit und Vollumfänglichkeit uU dann nicht genügen, wenn und weil diese aus Gründen von Datenschutzinteressen der Verfahrensparteien jeweils in anonymisierter Form geführt werden müssen; derartige Sammlungen müssen daher gegebenenfalls dahin ergänzt werden, dass jeder Interessent auf dessen entsprechendes Begehren hin und nach Bekanntgabe jener Parameter, die eine Rechtssache im Hinblick auf die Durchführung öffentlicher Verhandlungen üblicherweise spezifizieren, von Amts wegen bei der Ermittlung der Entscheidung unterstützt und es ihm solcherart ermöglicht wird, Einsicht in das Erkenntnisoriginal oder in eine mit diesem identische, dh keine Unkenntlichmachungen (vgl zu

der in diesem Zusammenhang erforderlichen Abwägung zwischen privaten Geheimhaltungsinteressen gegenüber denen an einer Information der Öffentlichkeit auch VfGH 15.6.2015, UA 2/2015) aufweisende Kopie zu nehmen.

Hingegen verpflichtet § 29 Abs 3 letzter Satz VwGVG die VwG nicht auch dazu, einem Interessenten zusätzlich eine Abschrift vom Original nehmen oder eine Kopie hiervon anfertigen zu lassen; dies offensichtlich deshalb, um eine unkontrollierte Verbreitung von möglicherweise sensiblen Daten zu verhindern. Vor diesem Hintergrund ist daher die über eine entsprechende Anfrage hin veranlasste Übermittlung einer konkreten Entscheidung bzw deren standardisierte Zugänglichmachung im Internet oder im Wege anderer Entscheidungssammlungen, die jeweils in **anonymisierter Form** erfolgt, rechtlich nicht als die Erfüllung einer aus § 29 Abs 3 letzter Satz VwGVG resultierenden Rechtspflicht, sondern vielmehr als eine bürgerorientierte Serviceleistung zu qualifizieren.

Demgegenüber zählt zum Inhalt der Verpflichtung des § 29 Abs 2 letzter Satz VwGVG – wenngleich dieser Aspekt dort nicht ausdrücklich genannt ist – durchaus, dass die Möglichkeit der Einsichtnahme in das Erkenntnis zeitnah gewährleistet ist; darunter wird – im Hinblick auf die vom Gesetzgeber als idealtypisch intendierte Verkündung im unmittelbaren Anschluss an die Beendigung der Verhandlung – eine an durchschnittlichen technischen und personellen Standards orientierte, raschest mögliche und zeitnah aktualisierte Entscheidungsdokumentation zu verstehen sein; gegebenenfalls könnte sonst auch eine Verletzung von spezialgesetzlich normierten Auskunftspflichten durch das VwG drohen.

- 12 Eine Verpflichtung zur öffentlichen Verkündung des Erkenntnisses entsteht für die VwG schon ex lege weiters dann nicht, wenn dieses nicht sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung gefasst werden kann (vgl dazu schon oben, Rz 6 zu § 29 Abs 2 VwGVG); dies trifft bspw ~~schon~~ zu, wenn eine Beratungszeit von 2 Stunden erforderlich ist (VwGH 18.12.2015, Fr 2015/12/0023). Im Übrigen gilt aber auch dieser Wegfall der Verpflichtung nicht absolut, sondern lediglich unter dem

Vorbehalt, dass jedermann die Einsichtnahme in das Erkenntnis gewährleistet ist (vgl dazu schon oben, Rz 8 zu § 29 Abs 3 VwGVG).

Auf der anderen Seite erscheint – etwa um der Fallfrist des § 43 Abs 1 VwGVG zu entgehen – trotz der Verwendung des Begriffes »sogleich« die Zulässigkeit der Terminisierung einer gesonderten Verkündungstagsatzung nicht ausgeschlossen, solange diese noch in einem unmittelbaren zeitlichen – wie zB den Zeitraum von einer Woche nicht überschreitenden – Naheverhältnis zur öffentlichen Verhandlung liegt.

**Zu Abs 4:** Die in § 29 Abs 4 erster Satz VwGVG normierte Verpflichtung zur **Zustellung einer Erkenntnisausfertigung** gilt an sich absolut, also insbesondere auch dann, wenn eine mündliche Verhandlung durchgeführt und zeitgerecht nach deren Schluss (vgl oben § 29 Rz 9) das Erkenntnis öffentlich verkündet wurde: Auch in diesem Fall ist daher vom VwG die Entscheidung stets – und nicht etwa nur unter der Voraussetzung, dass innerhalb der entsprechenden Rechtsmittelfrist auch tatsächlich eine Beschwerde an den VfGH und/oder eine Revision an den VwGH erhoben wurde – schriftlich auszufertigen (vgl aber unten § 29 Rz 43). 13

Besonders zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass § 26 Abs 1 Z 1 VwGG für den Fall, dass das Erkenntnis – allenfalls entgegen § 29 Abs 4 erster Satz VwGVG bzw vorerst dennoch – *nur* mündlich verkündet wurde, den Beginn des Fristenlaufes für die Revision mit diesem Tag verknüpft: Einerlei, ob die schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses tatsächlich innerhalb von sechs Wochen erfolgt oder nicht, muss eine allfällige Revision innerhalb dieses Zeitraumes erhoben werden, denn die Revisionsfrist beginnt mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung nicht wieder neu zu laufen (vgl schon oben, Rz 1 zu § 29 Abs 1 VwGVG) und diese spezifische Konstellation bildet auch weder einen besonderen Wiedereinsetzungsgrund iSd § 46 VwGG noch ermöglicht sie einen Fristsetzungsantrag gemäß § 38 VwGG.

Soweit (mit Ausnahme des Vergabewesens iSd Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG) Bundesgesetze von Organen der Länder näher ausgeführt und/oder vollzogen werden (vgl die Kompetenztatbestände des Art 11 B-VG, des Art 12 B-VG, des Art 14 Abs 2 und 3 B-VG und des Art 14a Abs 3 und 4 B-VG sowie hinsichtlich Bescheiden, denen ein kollegialer Beschluss 14

eines Landesschulrates zu Grunde liegt), kommt gemäß Art 132 Abs 1 Z 2 B-VG nicht nur den Adressaten selbst, sondern auch dem zuständigen Bundesminister die Befugnis zu, gegen den behördlichen Bescheid eine Beschwerde an das VwG und in weiterer Folge gegen dessen Erkenntnis eine Revision an den VwGH (vgl Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG) zu erheben.

Vor diesem Hintergrund legt daher § 29 Abs 4 zweiter Satz VwGVG fest, dass in solchen Fällen über die unmittelbar am Verfahren beteiligten Parteien hinaus auch dem zuständigen Bundesminister eine schriftliche Erkenntnisausfertigung zuzustellen ist.

Unterbleibt dies, so beginnt die Frist für eine Amtsrevision des Bundesministers gemäß § 26 Abs 1 Z 3 VwGG erst mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem dieser von der Entscheidung des VwG tatsächlich Kenntnis erhalten hat, was objektiv besehen zu einer maßgeblichen Beeinträchtigung der Rechtskraftwirkung des Erkenntnisses des VwG führen kann.

- 15 Da der VwGH auch in diesem Zusammenhang seine zum AVG ergangene Rechtsprechung auf das VwG-Verfahren für uneingeschränkt übertragbar hält, resultiert hinsichtlich der Frage, welche Rechtslage in dem Fall, dass die Entscheidung nicht mündlich verkündet wurde, anzuwenden ist, ein wesentlicher Unterschied daraus, ob zu deren Erlassung ein Senat oder ein Einzelrichter zuständig ist: Im ersteren Fall ist danach nämlich die Rechtslage im Zeitpunkt der kollegialen Beschlussfassung, im zweiten hingegen jene im Zeitpunkt der schriftlichen Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses maßgeblich, sodass (aber auch nur) insoweit eine während der Ausfertigung der Entscheidung und deren Zustellung eingetretene Änderung der Rechtslage zu deren Rechtswidrigkeit führt (VwGH 27.4.2016, Ra 2015/05/0069).
- 16 **Zu Abs 5:** Seit der Novelle BGBl 2017/24 besteht gemäß § 29 Abs 5 VwGVG für die VwG die Möglichkeit, ihr mündlich verkündetes Erkenntnis bloß in **gekürzter Form** schriftlich auszufertigen. Voraussetzung hierfür ist, dass 1.) entweder sämtliche Verfahrensparteien sowohl auf die Erhebung einer VfGH-Beschwerde als auch auf die Einbringung einer Revision verzichtet haben oder 2.) keine Partei binnen

zwei Wochen nach Ausfolgung der über die Verkündung angefertigten Niederschrift (s oben § 29 Rz 7a) eine (vollumfängliche) Erkenntnisausfertigung beantragt hat.

Sind diese Bedingungen erfüllt, kann sich die gekürzte Ausfertigung auf die Anführung des (mündlich verkündeten) Spruches und auf die Angabe beschränken, dass ein Rechtsmittelverzicht abgegeben bzw. binnen zwei Wochen kein Erkenntnisausfertigungsantrag eingebracht wurde.

Erfolgt eine gekürzte Erkenntnisausfertigung, obwohl die Voraussetzungen des § 29 Abs 5 VwGVG nicht vorliegen, verstößt die Entscheidung gegen die Begründungspflicht des § 29 Abs 1 VwGVG (s oben, § 29 Rz 3); umgekehrt erweist sich eine VfGH-Beschwerde bzw eine VwGH-Revision als unzulässig, wenn zuvor auf die Erhebung eines solchen Rechtsmittels verzichtet (vgl § 82 Abs 3b VfGG bzw § 25 Abs 4a VwGG) oder nicht binnen zwei Wochen nach Ausfolgung bzw Zustellung der Niederschrift über die Verkündung die schriftliche Entscheidungsausfertigung beantragt wurde (zB VwGH 20.4.2017, Ra 2017/19/0099).

§ 29 Abs 4 und 5 VwGVG gelten gemäß § 31 Abs 3 VwGVG auch für rechtskraftfähige (also nicht bloß verfahrensleitende) Beschlüsse der VwG.

## Belehrung über die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die Revision beim Verwaltungsgerichtshof

### § 30

Jedes Erkenntnis hat eine Belehrung über die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und einer ordentlichen oder außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof zu enthalten. Das Verwaltungsgericht hat ferner hinzuweisen:

1. auf die bei der Einbringung einer solchen Beschwerde bzw. Revision einzuhaltenden Fristen;
2. auf die gesetzlichen Erfordernisse der Einbringung einer solchen Beschwerde bzw. Revision durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt;
3. auf die für eine solche Beschwerde bzw. Revision zu entrichtenden Eingabengebühren;
4. auf die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten, und die Folgen des Verzichts.

*idF BGBl I 2017/24*

#### Literatur

*Fuchs*, § 30 VwGVG in *Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren; *Eder/Martschin/Schmid*, § 30 VwGVG in *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht<sup>2</sup>; *Leeb*, § 30 VwGVG in *Hengstschläger/Leeb* (Hrsg), AVG – Ergänzungsband; *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 379; *Schmied/Schweiger*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 122; *Winkler*, § 30 VwGVG in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Verfahrensrecht. Zur Revision siehe *Kahl*, Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erster Instanz beim VwGH, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 433.

#### Materialien

EBRV 2009 BlgNR 24. GP (zu BGBl I 2013/33)

»Zu § 30: Der vorgeschlagene § 30 regelt den Inhalt der Belehrung der Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und einer or-

*dentlichen oder – sofern das Verwaltungsgericht im Spruch des Erkenntnisses die Zulässigkeit der ordentlichen Revision verneint – außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof.«*

Der AB (2112 BlgNR 24. GP) nimmt auf den 4. Abschnitt des 2. Hauptstückes des VwGVG keinen inhaltlichen Bezug)

Siehe im Übrigen oben bei § 29 VwGVG

### Gliederung

Allgemeine Strukturierung .....	Rz	1
Frist und Einbringung .....	Rz	2
Anwaltpflicht .....	Rz	3
Eingabegebühr .....	Rz	4
Inhalt der Rechtsmittelbelehrung .....	Rz	5
Fehlerfolgen .....	Rz	6
Analoge Anwendbarkeit für Beschlüsse .....	Rz	7
Systematische Unterscheidung: VfGH-Beschwerde – VwGH-Revision	Rz	

### Schlagworte

Zulässigkeitsvoraussetzungen; Frist und Fristenlauf; Einbringungsstelle; Anwaltpflicht; Eingabegebühr; Verzicht.

### Kommentierung

Wie sich aus dem Wortlaut des § 30 VwGVG ergibt, erfasst die Verpflichtung zur Belehrung über Rechtsmittelbefugnisse lediglich die ordentlichen, also die gegen Erkenntnisse und Beschlüsse (vgl § 31 Abs 3 VwGVG) ohne das Vorliegen besonderer Voraussetzungen generell eingeräumten Rechtsbehelfe, wenngleich sich letztere wechselseitig wiederum durch spezifische Zulässigkeitsvoraussetzungen voneinander unterscheiden: So bedingt die Beschwerde an den VfGH gemäß Art 144 Abs 1 B-VG die (mögliche) Verletzung von (nicht bloß einfachgesetzlich, sondern) verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten (wozu insbesondere auch die Garantien der EMRK und der GRC zählen); eine ordentliche Revision an den VwGH setzt dem gegenüber nicht nur die (mögliche) Verletzung eines (bloß) einfachgesetzlich gewährleisteten subjektiv-öffentlichen Rechts (bzw im Falle einer

Amtsrevision: die Möglichkeit einer objektiven Rechtsverletzung [vgl aber VwGH 4.7.2016, Ra 2014/04/0015, wonach zB gemäß § 81 Z 1 MinRoG nicht nur die belangte Behörde, sondern auch das Land als Gebietskörperschaft berechtigt ist, mit der Begründung eine Revision an den VwGH zu erheben, dass durch die angefochtene Entscheidung die Interessen der Raumordnung beeinträchtigt werden, also eine »Verletzung des Interesses der überörtlichen Raumplanung als subjektives Recht« geltend zu machen]], sondern nach § 25a Abs 1 VwGG zudem voraus, dass das Ergreifen dieses Rechtsbehelfes vom VwG (zwecks Klärung der vom VwG formulierten grundsätzlichen Rechtsfrage) spruchmäßig explizit zugelassen wurde; schließlich kann eine außerordentliche Revision nur dann erhoben werden, wenn 1.) im Spruch des VwG-Erkenntnisses ausdrücklich festgestellt wurde, dass eine ordentliche Revision nicht zulässig ist oder diesbezüglich überhaupt keine Aussage getroffen wurde, 2.) die Verletzung eines (bloß) einfachgesetzlich gewährleisteten subjektiv-öffentlichen Rechts (bzw im Falle einer Amtsrevision: die Möglichkeit einer objektiven Rechtsverletzung) als denkmöglich erscheint und 3.) dadurch die Klärung einer (vom Revisionswerber darzulegenden) grundsätzlichen Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu erwarten ist.

- 2 Die Frist zur Erhebung einer VfGH-Beschwerde nach § 144 Abs 1 B-VG ist in § 82 Abs 1 VfGG, jene zur Erhebung einer Revision an den VwGH in § 26 Abs 1 VwGG geregelt; sie beträgt jeweils **sechs Wochen**. Auf den in Abhängigkeit vom Beschwerdetypus unterschiedlichen Beginn des Fristenlaufes wurde bereits zuvor hingewiesen (vgl Rz 11 zu § 29 Abs 4 VwGVG). Die Einbringung einer VfGH-Beschwerde hat unmittelbar bei diesem zu erfolgen (vgl § 15 Abs 1 VfGG); eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision ist hingegen beim VwG einzubringen (vgl § 25a Abs 5 VwGG).
- 3 Für Beschwerden gemäß Art 144 Abs 1 B-VG ist in § 17 Abs 2 VfGG grundsätzlich eine absolute **Anwaltpflicht** statuiert; Ausnahmen gelten nur für die in § 24 Abs 2 VfGG angeführten Rechtsträger, sofern diese als Träger von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten in Betracht kommen. Revisionen an den VwGH sind nach § 23 Abs 1 VwGG iVm § 24 Abs 2 VwGG von einem Rechtsanwalt, in Abgaben- und Abgabenstrafsachen auch von einem Steuerberater oder Wirtschafts-

prüfer, abzufassen und einzubringen, soweit nicht die in § 24 Abs 2 Z 1 und Z 2 VwGG normierten Ausnahmen für bestimmte Rechtsträger oder für Dienstrechtssachen zum Tragen kommen.

Die Höhe der **Eingabengebühr** für eine Beschwerde an den VfGH bzw 4 für eine Revision an den VwGH beträgt derzeit jeweils € 240,- (vgl § 17a Z 1 VfGG bzw § 24a Z 1 VwGG).

Aus dem Normtext und aus der Systematik des § 30 VwGVG folgt, dass 5 die darin enthaltene Aufzählung ihrer Intention nach grundsätzlich taxativ sein soll (siehe auch VwGH 21.12.2015, Ra 2015/02/0204); allerdings sind in diesem Zusammenhang infolge des Generalverweises des § 17 VwGVG auch die Bestimmungen des § 61 Abs 2 bis 4 AVG maßgeblich (aA VwGH 26.6.2014, Ro 2014/10/0068).

Insgesamt resultiert daraus, dass die Rechtsmittelbelehrung eines VwG-Erkenntnisses andere als jene der in § 30 VwGVG iVm § 61 Abs 2 bis 4 AVG angeführten Kriterien – nämlich 1.) Befugnis zur VfGH-Beschwerde und/oder zur VwGH-Revision, 2.) Einbringungsfrist, 3.) Anwaltpflicht, 4.) Eingabengebühr und 5.) Einbringungsstelle (VwGH 28.1.2016, Ra 2015/07/0151) sowie nunmehr 6.) im Sonderfall der mündlichen Verkündung eines Erkenntnisses oder Beschlusses auch die Belehrung darüber, dass auf die Erhebung einer Beschwerde an den VfGH und einer Revision an den VwGH verzichtet werden kann sowie die mit einem derartigen Verzicht (der schriftlich oder im Rahmen einer öffentlichen Verhandlung mündlich zu erklären ist; vgl *Eder* ua, § 30 VwGVG Rz ~~XXX~~) verbundenen Rechtsfolgen (§ 30 Z 4 VwGVG) – nicht enthalten muss.

Insbesondere besteht daher beispielsweise keine gesetzliche Verpflichtung des VwG, auf den (teilweise unterschiedlichen) Beginn des Fristenlaufes (vgl § 29 Rz 11; § 30 Rz 2), auf die erforderliche Anzahl von Schriftsatzausfertigungen, auf die Einbringungsart (schriftlich, elektronisch), auf organisatorische Beschränkungen bezüglich der elektronischen Einbringung (VwGH 21.12.2015, Ra 2015/02/0204), auf die Einbringungsstelle (VwGH 3.10.2014, Ra 2014/02/0013), auf die Amtsstunden (VwGH 14.4.2016, Ra 2014/02/0167) oÄ (weitere Beispiele bei *Leeb*, § 30 Rz ~~XXX~~) hinzuweisen (VwGH 26.6.2014, Ro 2014/10/0068).

- 6 Hinsichtlich der Folgen einer **unvollständigen, fehlerhaften oder überhaupt fehlenden Rechtsmittelbelehrung** ist in § 30 VwGVG selbst nichts geregelt; insoweit kommen daher – neben im VwGVG selbst enthaltenen Sonderbestimmungen (vgl § 33 Abs 2 VwGVG) – gemäß § 17 VwGVG die in § 61 Abs 2 bis 4 AVG normierten Grundsätze analog zum Tragen (ebenso *Winkler*, § 30 Rz ~~xxx~~; aA VwGH 26.6.2014, Ro 2014/10/0068).

Insbesondere ist dann, wenn eine ordentliche Revision vom VwG spruchmäßig für zulässig erklärt wird, bis zu einer etwaigen Entscheidung des VwGH, wonach diese nicht zulässig ist, davon auszugehen, dass die Revision die Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG erfüllt, weshalb sie bis dahin als ordentliche Revision zu behandeln ist (vgl VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063; 15.12.2014, Ro 2014/17/0121); daran vermag auch eine widersprüchliche Belehrung iSd § 30 VwGVG, wonach eine außerordentliche Revision beim VwGH erhoben werden könne, nichts zu ändern (VwGH 24.4.2015, Ro 2014/17/0126).

- 7 Da die Bestimmung des § 30 VwGVG in vollem Umfang auch für Beschlüsse maßgeblich ist (§ 31 Abs 3 VwGVG), sind die vorstehenden Ausführungen (Rz 1 bis 6) analog auch auf in Beschlussform ergehende, rechtskräftfähige Erledigungen der VwG zu übertragen.
- 8 Von den zuvor aufgezeigten formalen Divergenzen abgesehen, unterscheidet sich der Rechtsbehelf der Revision an den VwGH vom Rechtsmittel der Beschwerde an den VfGH auch in inhaltlich-systematischer Hinsicht deutlich dadurch, dass im Revisionsweg nur grundsätzliche Rechtsfragen geltend gemacht werden können, wobei sich das Revisionsmodell des VwGG an jenem der §§ 502 ff ZPO orientiert (zB VwGH 29.1.2015, Ra 2015/16/0002, und 26.2.2015, Ra 2015/07/0028). Hinsichtlich des Letzteren hat der VfGH im Erkenntnis vom 9.10.2014, G 95/2013, darauf hingewiesen, dass nach dem System der ZPO die Berufung als zweiseitiges Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Urteile dient; wenngleich als beschränkte Berufung konzipiert (beschränkt im Hinblick auf das Neuerungsverbot und im Hinblick auf die Bindung des Berufungsgerichtes an die Berufungserklärung, die Berufungsgründe und den Berufungsantrag), eröffnet diese grundsätzlich doch die weiteste Überprüfungsmöglichkeit, denn Berufungsgründe umfassen alle Feh-

ler des Erstgerichtes, derentwegen sich eine Partei beschwert erachten kann. Dagegen verfolgt die Revision als Rechtsmittel gegen Urteile des Berufungsgerichtes den Zweck der Kontrolle dieser Entscheidung insbesondere hinsichtlich der Lösung der Rechtsfrage sowie das Ziel der Wahrung der Rechtseinheit, der Rechtssicherheit und der Rechtsentwicklung. Die Überprüfung der Tatfrage ist dem OGH hingegen verwehrt, denn in dessen Verfahren geht es nicht mehr um die Klärung des Sachverhaltes und von Tatfragen, sondern um (häufig komplexe) Rechtsfragen, und zwar solche, denen hinsichtlich der Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, wobei dem OGH für den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit insoweit eine besondere Leitfunktion (vgl dazu auch EGMR 30.7.2015, 30123/10) obliegt.

## Beschlüsse

### § 31

- (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.
- (2) An seine Beschlüsse ist das Verwaltungsgericht insoweit gebunden, als sie nicht nur verfahrensleitend sind.
- (3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.

*idF BGBl I 2017/24*

### Literatur

*Eder/Martschin/Schmid*, § 31 VwGVG in *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht<sup>2</sup>; *Fuchs*, § 31 VwGVG in *Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren; *Leeb*, § 31 VwGVG in *Hengstschläger/Leeb* (Hrsg), AVG – Ergänzungsband; *Pabel*, Das Verfahren der Verwaltungsgerichte, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 379; *Palmetshofer*, Einstellung von Verwaltungsstrafverfahren durch das Verwaltungsgericht – Beschluss oder Erkenntnis?, *ZfV* 2017, 158; *Schmied/Schweiger*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 110; *Wessely*, Das Administrativverfahren des BVwG und der LVwG, in *Larcher* (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichte 204; *Winkler*, § 31 VwGVG in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Verfahrensrecht.

### Materialien

EBRV 2009 BlgNR 24. GP (zu BGBl I 2013/33)

»Zu § 31: *Entscheidungen des Verwaltungsgerichtes, die die Rechtssache nicht erledigen, sollen in Form eines Beschlusses ergehen. Auch die Zurückweisung der Beschwerde und die Einstellung des Verfahrens erfolgt durch Beschluss.*«

Der AB 2112 BlgNR 24. GP nimmt auf den 4. Abschnitt des 2. Hauptstückes des VwGVG keinen inhaltlichen Bezug.

siehe im Übrigen oben zu § 29 VwGVG

### Gliederung

Abs 1: Erkenntnisse – Beschlüsse: Regel-/Ausnahme-Verhältnis; sonstige Erledigungsformen; verfahrensleitende Beschlüsse – bloße Verfahrensanordnungen	Rz	1–3
Abs 2: Rechtskraft und Bindungswirkung	Rz	4–5
Abs 3: Begründung, Rechtsmittelbelehrung, Zustellung, normative Anordnung; optisches Erscheinungsbild	Rz	6–8

### Schlagworte

Beschluss als Regelform prozessualer Enderledigungen; Zwischenerledigungen; rechtskraftfähige Beschlüsse; notwendige Beschlüsselemente; Erlasung (Zustellung, Verkündung).

### Kommentierung

**Zu Abs 1:** Auch die Wortwahl »*Erkenntnis zu fällen*« in § 31 Abs 1 VwGVG deutet dahin, dass die Entscheidungsform des Erkenntnisses der meritorischen Enderledigung von Rechtssachen vorbehalten ist, dort aber die Regelform der Erledigung bilden soll (vgl dazu schon oben, Rz 3 zu § 28 Abs 1 VwGVG); Beschlüsse stellen in diesem Bereich die Ausnahme, im Übrigen – also bei nicht meritorischen Enderledigungen und bei sämtlichen prozessualen Entscheidungen, die eine Rechtskraftwirkung nach sich ziehen sollen – hingegen ihrerseits die Regelform der Erledigung dar. 1

Der Terminus »Entscheidungen« ist als Erkenntnisse und Beschlüsse umfassender Oberbegriff anzusehen, während jener der »Anordnungen« den Restbereich an prozessualen Tätigkeiten der VwG erfasst, denen selbst kein Entscheidungscharakter zukommt (wie zB einer Ladung zu einer öffentlichen Verhandlung oder der Abfassung einer Niederschrift über eine solche).

Wie sich aus der Wendung »*und Anordnungen*« in § 31 Abs 1 VwGVG iVm dem letzten Halbsatz des § 28 Abs 2 VwGVG ergibt, qualifiziert der Gesetzgeber auch die systematisch davon zu unterscheidenden, bloß verfahrensleitenden (Zwischen-)Erledigungen, die der Rechtskraft nicht fähig sind, als Beschlüsse; dadurch ist allerdings in der Praxis eine an- 2

dersartige Bezeichnung (wie »Ladung«, »Verfügung«, »Kundmachung«, »Mitteilung«, »Protokoll« etc) nicht gehindert, weil allein eine solche noch nicht zur Rechtswidrigkeit eines derartigen Beschlusses führt; vielmehr erscheint diese Vorgangsweise gerade zwecks Differenzierung zwischen rechtskraftfähigen Beschlüssen einerseits und solchen, die diese Eigenschaft nicht aufweisen, durchaus sinnvoll.

- 3 Funktionell entsprechen die Regelungen des § 31 Abs 2 und 3 VwGVG betreffend **verfahrensleitende Beschlüsse** im Verfahren vor dem VwG jenen des § 63 Abs 2 AVG betreffend Verfahrensordnungen im Verfahren vor der Behörde (VwGH 30.6.2015, Ra 2015/03/0022; siehe auch *Leeb*, § 31 Rz ~~XXX~~). Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen anfechtbaren und nicht gesondert anfechtbaren, bloß verfahrensleitenden Beschlüssen iSd § 31 Abs 2 VwGVG greift der VwGH auf seine Judikatur zur Abgrenzung zwischen den mit Berufung anfechtbaren verfahrensrechtlichen Bescheiden und den bloßen Verfahrensordnungen zurück: Verfahrensrechtliche Beschlüsse sprechen über sich aus verfahrensrechtlichen Bestimmungen ergebende formalrechtliche Rechtsverhältnisse gestaltend oder feststellend ab und bestimmen die verfahrensrechtliche Rechtsstellung der Parteien, während nicht gesondert anfechtbare Verfahrensordnungen nur den Gang des Verfahrens regeln; ob ein verfahrensrechtlicher Beschluss vorliegt, bemisst sich daher danach, ob im konkreten Fall für die betroffene Partei ein Rechtsschutzbedürfnis nach sofortiger Anfechtbarkeit der Erledigung besteht (VwGH 30.6.2015, Ra 2015/03/0022; 24.3.2015, Ro 2014/05/0089). Eine Weiterleitung gemäß § 6 AVG stellt bspw bloß einen verfahrensleitenden Beschluss dar (VwGH 24.6.2015, Ra 2015/04/0035; 24.6.2015, Ra 2015/04/0040).
- 4 **Zu Abs 2:** Aus § 31 Abs 2 VwGVG geht implizit hervor, dass auch den Beschlüssen der VwG grundsätzlich **Rechtskraftwirkung** zukommt (so ist bspw die Ablehnung der Zuständigkeit [als Voraussetzung für einen negativen Kompetenzkonflikt; VwGH 30.6.2015, Ko 2015/03/0002; 24.6.2015, Ra 2015/04/0035; 18.2.2015, Ko 2015/03/0001] durch das VwG in Form eines Beschlusses zu verfügen, während zB eine Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens – wie nunmehr aus § 50 Abs 2 Z 2 VStG hervorgeht – im Wege eines Erkenntnisses vorzunehmen ist [~~Vgl dazu näher *Leeb*, § 31 Rz ~~XXX~~~~]). Die Bindungswirkung (zu deren Beginn siehe

unten, Rz 6 zu § 31 Abs 3 VwGVG) erfasst jedoch nicht nur die in dieser Bestimmung explizit genannten VwG selbst, sondern auch die Normadressaten des jeweiligen Beschlusses. Nach entscheidungswesentlicher Änderung der Sach- oder Rechtslage entfällt die Verbindlichkeit ebenso wie nach einer amtswegigen Aufhebung – wobei unklar ist (und diese konkrete Frage bspw im Erkenntnis des VfGH 18.6.2014, G 5/2014, offen gelassen wurde), ob die in § 68 Abs 2 bis 4 AVG normierten Grundsätze, deren unmittelbare Heranziehung gemäß § 17 VwGVG explizit ausgeschlossen wird, insoweit zumindest analog zum Tragen kommen; dies wird wohl schon deshalb anzunehmen sein, weil nicht einsichtig ist, weshalb etwa ein Beschluss, aus dem niemandem ein Recht erwachsen ist, vom VwG im Bedarfsfall nicht wieder aus dem Rechtsbestand eliminiert werden können soll – des Beschlusses oder in sonstigen Fällen der Durchbrechung der Rechtskraft (zB § 87 Abs 2 VfGG oder § 63 Abs 1 VwGG).

Bloß verfahrensleitenden Anordnungen – wie zB einer einfachen Ladung; der Kundmachung, Absetzung oder Vertagung einer öffentlichen Verhandlung; der Übermittlung einer Beschwerdeausfertigung an die übrigen Verfahrensparteien; oÄ – kommt hingegen schon von vornherein keine Rechtskraftwirkung zu; diese können daher auch nicht im Wege einer abgesonderten Beschwerde an den VfGH (vgl § 88a Abs 3 VfGG) bzw mittels Revision an den VwGH (vgl § 25a Abs 3 VwGG) bekämpft werden; vielmehr sind sie im Falle ihrer Rechtswidrigkeit mangels eines Fehlerkalküls unbeachtlich (vgl *Leeb*, § 31 Rz ~~XXX~~).

**Zu Abs 3:** Nach § 31 Abs 3 erster Satz VwGVG sind Beschlüsse, die nicht bloß verfahrensleitender Natur, sondern der Rechtskraft fähig sind, zu **begründen** (vgl den expliziten Verweis auf § 29 Abs 1 zweiter Satz VwGVG); weiters haben diese eine den Anforderungen an Erkenntnisse entsprechende **Rechtsmittelbelehrung** zu enthalten (vgl den expliziten Verweis auf § 30 VwGVG) und schließlich ist von derartigen Beschlüssen den Verfahrensparteien (vgl den expliziten Verweis auf § 29 Abs 2a und Abs 5 VwGVG), in den Fällen des Art 132 Abs 1 Z 2 B-VG auch dem zuständigen Bundesminister, jeweils eine schriftliche Ausfertigung zuzustellen (vgl den expliziten Verweis auf § 29 Abs 4 VwGVG).

E contrario ergibt sich daraus, dass bloß verfahrensleitende Beschlüsse keines dieser Kriterien erfüllen müssen (VwGH 17.2.2015, Ra 2015/01/0022): Bspw kann daher eine einfache Ladung zu einer öffentlichen Verhandlung auch bloß mündlich (telefonisch) ergehen, die terminliche Verlegung einer Verhandlung ohne Begründung erfolgen, oÄ.

- 7 Hinsichtlich nicht bloß verfahrensleitender Beschlüsse, die in Rechtskraft erwachsen und damit unabänderlich werden können, sodass mit diesen auch eine entsprechende **Rechtsmittelbefugnis** verbunden ist, geht aus dem VwGVG nicht zweifelsfrei hervor, in welcher Form (nämlich: nur schriftlich oder mündlich) diese zu erlassen sind und damit ihre Verbindlichkeit erlangen (siehe zur vergleichbaren Problemlage in Bezug auf Erkenntnisse schon oben, Rz 3 und 4 zu § 29 Abs 1 VwGVG).

Weil solche Beschlüsse jedenfalls keine Bescheide verkörpern, kommt eine Heranziehung der §§ 56 ff AVG auch im Wege des Verweises des § 17 VwGVG grundsätzlich nicht bzw nur insoweit in Betracht, als es sich jeweils um wesensgleiche Formelemente – wie eben Spruch und Begründung – handelt und soweit (wie zB in § 31 Abs 3 iVm § 30 VwGVG in Bezug auf die Rechtsmittelbelehrung) keine Spezialbestimmungen bestehen.

**Insgesamt ergibt sich daher Folgendes:** Aus dem Wesen der Rechtskraft (vgl § 31 Abs 2 VwGVG) folgt, dass solche Beschlüsse 1.) eine individuell-konkrete normative Anordnung (Spruch) aufweisen müssen; aus den in § 31 Abs 3 VwGVG enthaltenen Verweisen resultiert, dass diese 2.) eine Begründung und 3.) eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten haben sowie, dass solche – wenn sie in schriftlicher Form ergehen – 4.) nach den Bestimmungen des ZustG zuzustellen sind (vgl § 1 ZustG, wonach dieses Gesetz generell für die Zustellung von sämtlichen »von Gerichten [...] zu übermittelnden Dokumente[n]« maßgeblich ist).

Da dem in § 31 Abs 3 VwGVG enthaltenen Verweis auf § 29 Abs 4 VwGVG in Ermangelung entsprechender Hinweise nicht der materielle Gehalt, dass solche Beschlüsse lediglich in **schriftlicher Form** ergehen können, zukommt, ist sohin auch deren mündliche Erlassung – und zwar (mangels gegenteiliger Anhaltspunkte) sowohl im Rahmen

einer öffentlichen Verhandlung als auch außerhalb derselben – zulässig (ebenso *Leeb*, § 31 Rz ~~XXX~~). Vor diesem Hintergrund tritt daher die in § 31 Abs 2 VwGVG speziell normierte Bindungswirkung für das VwG selbst entweder mit der mündlichen Verkündung oder mit jenem Zeitpunkt ein, zu dem die Zustellung des Beschlusses vom VwG in die Wege geleitet wurde, also dessen Verfügungsbereich verlassen hat.

Bezüglich der Zuständigkeit zur Regelung des äußeren (optischen) Erscheinungsbildes der Beschlüsse gelten die obigen Ausführungen in Rz 4 zu § 29 Abs 1 VwGVG insoweit in gleicher Weise. 8

## Wiederaufnahme des Verfahrens

### § 32

(1) Dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes abgeschlossenen Verfahrens ist stattzugeben, wenn

1. das Erkenntnis durch Fälschung einer Urkunde, falsches Zeugnis oder eine andere gerichtlich strafbare Handlung herbeigeführt oder sonstwie erschlichen worden ist oder
2. neue Tatsachen oder Beweismittel hervorkommen, die im Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten und allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens voraussichtlich ein im Hauptinhalt des Spruchs anders lautendes Erkenntnis herbeigeführt hätten, oder
3. das Erkenntnis von Vorfragen (§ 38 AVG) abhängig war und nachträglich über eine solche Vorfrage von der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. vom zuständigen Gericht in wesentlichen Punkten anders entschieden wurde oder
4. nachträglich ein Bescheid oder eine gerichtliche Entscheidung bekannt wird, der bzw. die einer Aufhebung oder Abänderung auf Antrag einer Partei nicht unterliegt und die im Verfahren des Verwaltungsgerichtes die Einwendung der entschiedenen Sache begründet hätte.

(2) Der Antrag auf Wiederaufnahme ist binnen zwei Wochen beim Verwaltungsgericht einzubringen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat, wenn dies jedoch nach der Verkündung des mündlichen Erkenntnisses und vor Zustellung der schriftlichen Ausfertigung geschehen ist, erst mit diesem Zeitpunkt. Nach Ablauf von drei Jahren nach Erlassung des Erkenntnisses kann der Antrag auf Wiederaufnahme nicht mehr gestellt werden. Die Umstände, aus welchen sich die Einhaltung der gesetzlichen Frist ergibt, sind vom Antragsteller glaubhaft zu machen.

(3) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 kann die Wiederaufnahme des Verfahrens auch von Amts wegen verfügt werden. Nach Ablauf von

drei Jahren nach Erlassung des Erkenntnisses kann die Wiederaufnahme auch von Amts wegen nur mehr aus den Gründen des Abs. 1 Z 1 stattfinden.

(4) Das Verwaltungsgericht hat die Parteien des abgeschlossenen Verfahrens von der Wiederaufnahme des Verfahrens unverzüglich in Kenntnis zu setzen.

(5) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind die für seine Erkenntnisse geltenden Bestimmungen dieses Paragraphen sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.

*idF BGBl I 2013/33*

#### Literatur

*Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht<sup>2</sup> § 32 VwGVG; *Fuchs*, § 32 VwGVG in *Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren; *Grof*, ZVG 2015, 492; *Hauer/Leukauf*, Verwaltungsverfahren<sup>6</sup> 1034; *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV 1228; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahren<sup>10</sup> 500; *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 379; *Reisner*, § 32 VwGVG in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Verfahrensrecht; *Schmied/Schweiger*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 131; *Schmoll*, ÖJZ 2014, 101.

#### Materialien

##### EBRV 2009 BlgNR 24. GP

»Zu den §§ 32 und 33: Die Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entsprechen weitgehend den Bestimmungen der §§ 69 bis 72 AVG mit den entsprechenden Anpassungen auf Grund der Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz. Durch den Ausschluss der Anwendung der\* IV. Teiles des AVG im vorgeschlagenen § 17 sind Auslegungsprobleme, die sich aus der subsidiären Anwendbarkeit der Bestimmungen des AVG ergeben, ausgeschlossen. Für jene Rechtssachen, die durch die Behörde im Wege einer Beschwerdeentscheidung oder der Nachholung eines Bescheides gemäß dem 2. Abschnitt des 2. Hauptstückes erledigt wurden, gelten für die Wiederaufnahme des Verfahrens die Bestimmungen des AVG. Über einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Beschwerdefrist soll die Behörde ebenso die Bestimmungen des AVG anzuwenden haben. Die §§ 32 und 33 beziehen sich auf jene Verfahren, die von den Verwaltungsgerichten geführt werden und auf den Vorlageantrag selbst.

*Der vorgeschlagene § 32 Abs. 1 Z 4 zieht einen Schlussstrich unter die in der Lehre seit Jahrzehnten geführte Debatte, welcher von zwei einander widersprechenden individuellen Rechtsakten Geltung beanspruchen kann und orientiert sich dabei an der Regelung des – unumstrittenen – § 45 Abs. 1 Z 3 VwGG (siehe auch § 530 Abs. 1 Z 6 ZPO).«*

\*grammatikalisch richtig  «

Der AB 2112 BgNR 24. GP nimmt auf den 4. Abschnitt des 2. Hauptstückes des VwGVG keinen inhaltlichen Bezug.

### Gliederung

Allgemeines .....	Rz	1
Zu Abs 1: Prozessvoraussetzungen; Vorfragentatbestand; Letztentscheidungskompetenz; res-iudicata-Tatbestand; demonstrative Regelung .....	Rz	2–6
Zu Abs 2 und 3: Einbringungsstelle; Frist; kein subjektives Recht auf amtswegige Wiederaufnahme .....	Rz	7
Zu Abs 4: Verständigungspflicht .....	Rz	8
Zu Abs 5: Beschluss – Verfahrensordnung; amtswegige Wiederaufnahme; aufschiebende Wirkung .....	Rz	9–11

### Schlagworte

Voraussetzungen für einen Wiederaufnahmeantrag; Wiederaufnahmetatbestände; Einbringungsstelle; Frist.

### Kommentierung

- 1 Allgemeines:** Die rechtssystematische Struktur des § 32 VwGVG ist identisch mit jener des § 69 AVG (zB VwGH 18.1.2017, Ra 2016/18/0197; 13.12.2016, Ra 2016/09/0107; 28.6.2016, Ra 2015/10/0136). Daher kann ungeachtet des Umstandes, dass § 69 AVG gemäß § 17 VwGVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine unmittelbare Anwendung finden kann, insoweit grundsätzlich auf das einschlägige Schrifttum und die überkommene Judikatur der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts zu § 69 AVG verwiesen werden (vgl zB *Fuchs*, § 32 Anm 1; *Hauer/Leukauf*, *Verwaltungsverfahren* 1034; *Hengstschläger/Leeb*, *AVG* 1228 ff; *Kolonovits ua*, *Verwaltungsverfahren*<sup>10</sup> Rz 500 ff;; *Eder ua*, § 32 ~~Anm XXX~~; *Reisner*,

§ 32 Rz ~~XXX~~; jeweils mwN), sodass sich die folgenden Ausführungen bloß auf die Darstellung einzelner, in § 32 VwGVG normierter Besonderheiten beschränken.

**Zu Abs 1:** Eine spezifische **Prozessvoraussetzung** für die Einbringung eines Wiederaufnahmeantrages besteht gemäß § 32 Abs 1 VwGVG darin, dass (gegebenenfalls auch ex post betrachtet; vgl VwGH 28.4.2015, Ro 2015/18/0001) ein abgeschlossenes VwG-Verfahren vorliegt; das frühere weitere Erfordernis, dass gegen das Erkenntnis bzw den Beschluss (vgl § 32 Abs 5 VwGVG) des VwG eine Revision an den VwGH nicht mehr zulässig sein durfte, wurde vom VfGH mit Erk 13.12.2016, G 248/2016, als dem rechtsstaatlichen Grundprinzip, der Verfahrenseffizienz und dem Gleichheitsgrundsatz widersprechend aufgehoben (im Erk VwGH 28.4.2016, Ro 2016/12/0007, war die in § 34 Abs 1 VwGVG enthaltene Wortfolge »eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof gegen das Erkenntnis nicht mehr zulässig ist und« vom VwGH noch verfassungskonform ausgelegt, in der Folge jedoch mit Beschluss 3.5.2016, A 2016/0004 [Ra 2015/18/0213] ein Prüfungsantrag an den VfGH gestellt worden). Eine aus dem Grund, weil gegen die Entscheidung des VwG noch eine Revision an den VwGH zulässig ist, erfolgte Zurückweisung eines innerhalb offener Revisionsfrist eingebrachten Wiederaufnahmeantrages erweist sich nunmehr als rechtswidrig (zB VwGH 7.3.2017, Ro 2016/02/0001; 21.2.2017, Ra 2015/18/0213).

Der **Vorfragentatbestand** des § 32 Abs 1 Z 3 VwGVG kommt auch dann zum Tragen, wenn das VwG zunächst an die bereits rechtskräftig durch die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht erfolgte Beurteilung der Vorfrage als Hauptfrage gebunden war und diese bindende Vorfragenentscheidung später durch jene Behörde oder jenes Gericht anders beurteilt wird; anders als beim Wiederaufnahmegrund nach § 32 Abs 1 Z 2 VwGVG kommt es beim Tatbestand des § 32 Abs 1 Z 3 VwGVG nicht darauf an, ob das wiederaufnehmende VwG im wieder aufgenommenen Verfahren zu einem voraussichtlich anderen Verfahrensergebnis kommen kann, sondern darauf, dass die neue Vorfragenentscheidung bindende Wirkung entfaltet (VwGH 31.8.2015, Ro 2015/11/0012).

- 4 Besondere Beachtung verdient der Begriff »zuständig« in § 32 Abs 1 Z 3 VwGVG unter dem Aspekt der instanzmäßigen Über- und Unterordnung: In diesem Zusammenhang ist der Vorfragentatbestand nämlich lediglich dann erfüllt, wenn jene Institution, die über diese Frage entschieden hat, die maßgebliche Rechtsnorm nicht bloß (auch) »anzuwenden«, sondern von ihrer Vollzugszuständigkeit her besehen (allenfalls sogar in Form einer Letztentscheidungskompetenz) als Entscheidungsgrundlage heranzuziehen hatte (vgl näher *Grof*, ZVG 2015, 494). Bspw stellt daher die Auslegung von Unionsrecht durch ein nationales (allenfalls auch Höchst-)Gericht keine eine Wiederaufnahme rechtfertigende Vorfragenentscheidung iSd § 32 Abs 1 Z 3 VwGVG dar, weil die diesbezügliche Entscheidungsbefugnis ausschließlich dem EuGH vorbehalten ist (vgl EuGH 15.10.2015, C-581/14 = EuGRZ 2015, 660), selbst wenn bereits vor dem erforderlichen EuGH-Urteil ergangene Erledigungen der nationalen Instanzen schon in Rechtskraft erwachsen sind (vgl EuGH 9.3.1978, C-106/77, Rn 21/23).
- 5 Neu ist der seit der Novelle BGBl I 2013/33 zum Erschleichungs-, Neuerungs- und Vorfragentatbestand hinzutretende **res-iudicata-Tatbestand** des § 32 Abs 1 Z 4 AVG, der – wie nunmehr auch § 69 Abs 1 Z 4 AVG – dem § 45 Abs 1 Z 4 VwGG entspricht (vgl auch § 34 iVm § 35 Abs 1 VfGG und iVm § 530 Abs 1 Z 6 ZPO).
- 6 Die Wiederaufnahmegründe erscheinen in § 32 Abs 1 VwGVG **nicht abschließend geregelt** (aA *Eder* ua, § 32 ~~Anm XXX~~; *Reisner*, § 32 Rz ~~XXX~~). Insbesondere dürfte zB in Analogie zu § 45 Abs 1 Z 4 VwGG eine Wiederaufnahme auch dann zulässig sein, wenn das VwG objektiv besehen kein ordnungsgemäßes Parteiengehör gewährt hat (vgl näher LVwG OÖ 24.9.2015, LVwG-250005).
- 7 **Zu Abs 2 und 3:** Anträge auf Wiederaufnahme eines abgeschlossenen VwG-Verfahrens sind – weil Gegenteiliges aus § 32 Abs 2 VwGVG nicht hervorgeht – unmittelbar bei dem VwG, das jene Entscheidung, auf die sich der Wiederaufnahmeantrag bezieht, erlassen hat, Wiederaufnahmeanträge in Bezug auf ein rechtskräftig erledigtes Verwaltungs- oder Beschwerdevorentscheidungsverfahren hingegen bei der bescheiderlassenden Behörde einzubringen. Bezieht sich der Wiederaufnahmeantrag schließlich auf eine Entscheidung des VwGH, so un-

terliegt dieser den Anforderungen des § 45 VwGG und ist demgemäß grundsätzlich (vgl aber § 45 Abs 5 VwGG) unmittelbar beim VwGH einzubringen (§ 24 Abs 1 VwGG).

In jener **Sonderkonstellation**, in der der Antragsteller im Zeitraum zwischen der mündlichen Verkündung der VwG-Entscheidung und der Zustellung von deren schriftlicher Ausfertigung entsprechende Kenntnis vom Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes erhalten hat, beginnt die Zweiwochenfrist zur Einbringung des Wiederaufnahmeantrages jedenfalls erst ab dem Zeitpunkt der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung zu laufen. Auf eine amtswegige Verfügung der Wiederaufnahme besteht kein Rechtsanspruch (VwGH 24.2.2015, Ra 2015/05/0004).

**Zu Abs 4:** Hinsichtlich der in § 32 Abs 4 VwGVG normierten Verpflichtung des VwG, die – dh: sämtliche – Parteien von der Wiederaufnahme eines bereits abgeschlossenen Verfahrens »unverzüglich« in Kenntnis zu setzen, vgl oben § 28 Rz 36. 8

**Zu Abs 5:** Wie aus § 32 Abs 5 VwGVG hervorgeht, kommt die Wiederaufnahme eines durch Beschluss abgeschlossenen VwG-Verfahrens(abschnittes) – unter den gleichen Voraussetzungen wie eines durch Erkenntnis abgeschlossenen Verfahrens – nur in insoweit Betracht, als es sich nicht bloß um eine (der Rechtskraft nicht fähige) Verfahrensordnung handelt. 9

Die Verfügung einer auf Antrag oder von Amts wegen bewilligten bzw eingeleiteten Wiederaufnahme des Verfahrens hat (nicht in Form eines Erkenntnisses, sondern) in Analogie zu § 33 Abs 4 dritter Satz VwGVG – und dem Charakter als rein prozessualer Entscheidung entsprechend – durch **Beschluss** zu erfolgen (ebenso *Eder* ua, § 32 ~~Anm XXX~~; vgl auch § 45 Abs 3 VwGG). 10

Ob dem die Bewilligung bzw die amtswegige Einleitung der Wiederaufnahme verfügenden Beschluss des VwG zugleich **aufschiebende Wirkung** zukommt, richtet sich – weil in § 32 VwGVG eine diesbezügliche spezifische Regelung nicht enthalten und eine sachliche Rechtfertigung für einen e-contrario-Schluss nicht erkennbar ist (aA *Fuchs*, § 32 Anm 12, und *Eder* ua, § 32 ~~Anm XXX~~) – nach den im VwGVG hierfür 11

---

allgemein vorgesehenen Regelungen (vgl insbesondere § 22 VwGVG).

## Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

### § 33

(1) Wenn eine Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis – so dadurch, dass sie von einer Zustellung ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat – eine Frist oder eine mündliche Verhandlung versäumt und dadurch einen Rechtsnachteil erleidet, so ist dieser Partei auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen. Dass der Partei ein Verschulden an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt.

(2) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Stellung eines Vorlageantrags ist auch dann zu bewilligen, wenn die Frist versäumt wurde, weil die anzufechtende Beschwerde vorentscheidung fälschlich ein Rechtsmittel eingeräumt und die Partei das Rechtsmittel ergriffen hat oder die Beschwerdevorentscheidung keine Belehrung zur Stellung eines Vorlageantrags, keine Frist zur Stellung eines Vorlageantrags oder die Angabe enthält, dass kein Rechtsmittel zulässig sei.

(3) Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist in den Fällen des Abs. 1 bis zur Vorlage der Beschwerde bei der Behörde, ab Vorlage der Beschwerde beim Verwaltungsgericht binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen. In den Fällen des Abs. 2 ist der Antrag binnen zwei Wochen

1. nach Zustellung eines Bescheides oder einer gerichtlichen Entscheidung, der bzw. die das Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen hat, bzw.
2. nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Stellung eines Antrags auf Vorlage Kenntnis erlangt hat,

bei der Behörde zu stellen. Die versäumte Handlung ist gleichzeitig nachzuholen.

(4) Bis zur Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag die Behörde mit Bescheid zu entscheiden. § 15 Abs. 3 ist sinngemäß anzuwenden.

Ab Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag das Verwaltungsgericht mit Beschluss zu entscheiden. Die Behörde oder das Verwaltungsgericht kann dem Antrag auf Wiedereinsetzung die aufschiebende Wirkung zuerkennen.

(4a) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Stellung eines Antrags auf Ausfertigung einer Entscheidung gemäß § 29 Abs. 4 ist auch dann zu bewilligen, wenn die Frist versäumt wurde, weil auf das Erfordernis eines solchen Antrags als Voraussetzung für die Erhebung einer Revision beim Verwaltungsgerichtshof und einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof nicht hingewiesen wurde oder dabei die zur Verfügung stehende Frist nicht angeführt war. Der Antrag ist binnen zwei Wochen

1. nach Zustellung einer Entscheidung, die einen Antrag auf Ausfertigung der Entscheidung gemäß § 29 Abs. 4, eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof als unzulässig zurückgewiesen hat, bzw.
2. nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit eines Antrags auf Ausfertigung der Entscheidung gemäß § 29 Abs. 4 Kenntnis erlangt hat,

beim Verwaltungsgericht zu stellen. Die versäumte Handlung ist gleichzeitig nachzuholen. Über den Antrag entscheidet das Verwaltungsgericht.

(5) Durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor dem Eintritt der Versäumung befunden hat.

(6) Gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrags findet keine Wiedereinsetzung statt.

*idF BGBl I 2017/24*

#### Literatur

*Fuchs*, § 33 VwGVG in *Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren; *Hauer/Leukauf*, Verwaltungsverfahren<sup>6</sup> 1059; *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV 1285; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahren<sup>10</sup> 511; *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht<sup>2</sup> § 33 VwGVG; *Pabel*, Das Verfahren vor den Verwaltungsge-

richten, in Fischer/Pabel/N. Raschauer (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit 379; *Reisner*, § 33 VwGVG in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler, Verfahrensrecht; *Schmied/Schweiger*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz 132.

### Materialien

siehe oben bei §§ 29 bzw 32 VwGVG

### Gliederung

Allgemeines .....	Rz	1–2
Zu Abs 1 und 2: BVE; Einbringungsstelle; Frist .....	Rz	3–4
Zu Abs 3: Nachholung der versäumten Handlung .....	Rz	5
Zu Abs 4: Entscheidung; Zuständigkeit; aufschiebende Wirkung .	Rz	6–8
Zu Abs 4a: Entscheidungsausfertigung .....	Rz	9
Zu Abs 5 und 6: Antrag auf Wiedereinsetzung – Bescheidbeschwerde gegen Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages .....	Rz	10

### Schlagworte

Voraussetzungen; Einbringungsstelle; Entscheidungsausfertigung; Entscheidungsfrist; Entscheidungszuständigkeit.

### Kommentierung

**Allgemeines:** Die rechtssystematische Struktur des § 33 VwGVG 1 gleicht (davon abgesehen, dass eine explizite Regelung für das Versäumen der Beschwerdefrist wegen unrichtiger Rechtsmittelbelehrung fehlt, was freilich nicht ausschließt, dass auch in einem derartigen Fall bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen eine Wiedereinsetzung zu gewähren ist) in inhaltlicher Hinsicht im Wesentlichen jener der §§ 71 und 72 AVG (zB VwGH 31.5.2017, Ra 2017/22/0064; 30.5.2017, Ra 2017/19/0113). Daher kann ungeachtet des Umstandes, dass die §§ 71 und 72 AVG gemäß § 17 VwGVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Anwendung finden, insoweit grundsätzlich auf das einschlägige Schrifttum und die überkommene Judikatur der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts zu den §§ 71 und 72 AVG verwiesen werden (vgl zB *Fuchs*, § 33 Anm 1 ff; *Hauer/Leukauf*, Verwaltungsverfahren 1059;

*Hengstschläger/Leeb*, AVG 1285 ff; *Kolonovits ua*, *Verwaltungsverfahren*<sup>10</sup> Rz 508 ff; *Eder ua*, § 33 ~~Anm XXX~~; *Reisner*, § 33 Rz ~~XXX~~; jeweils mwN; siehe auch VwGH 24.9.2015, Ra 2015/07/0113; 9.9.2015, Ra 2015/03/0032; 9.9.2015, Ra 2014/03/0056; 21.10.2014, Ra 2014/03/0037), sodass sich die folgenden Ausführungen bloß auf die Darstellung einzelner in § 33 VwGVG normierter Spezifika beschränken. Ob im Sinne des § 33 Abs 1 VwGVG ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne grobes Verschulden der Partei zur Versäumung der Verhandlung geführt hat bzw ob der Wiedereinsetzungsgrund ausreichend bescheinigt wurde, obliegt grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des VwG; eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung läge insoweit nur dann vor, wenn diese Beurteilung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Weise vorgenommen worden wäre (VwGH 22.3.2016, Ra 2016/02/0049, unter Hinweis auf VwGH 8.6.2015, Ra 2015/08/0005).

- 2 Im Besonderen gilt nach der bisherigen Rechtsprechung des VwGH:
- ▷ Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob eine **Krankheit** ein unabwendbares Hindernis für die Nichtteilnahme einer Partei bei der Verhandlung darstellte, ist nicht deren subjektive Einschätzung der Erkrankung, sondern vielmehr eine aus medizinischer Sicht objektivierbare Gebotenheit, der Verhandlung fernzubleiben (vgl VwGH 8.6.2015, Ra 2015/08/0005);
  - ▷ Ist eine solche nicht technisch ausgeschlossen, muss zwecks Fristwahrung eine Übermittlung der Verhinderungsanzeige im **elektronischen Rechtsverkehr** zumindest versucht worden sein (VwGH 22.4.2015, Ra 2015/12/0016);
  - ▷ Infolge der Antragsbedürftigkeit des Wiedereinsetzungsverfahrens ist das VwG ausschließlich an die vom Wiedereinsetzungserber **vorgebrachten Gründe gebunden**; es ist ihm daher verwehrt, von sich aus weitere Gesichtspunkte in die Prüfung miteinzubeziehen, wobei insbesondere eine amtswegige Prüfung, ob sonstige vom Antragsteller nicht geltend gemachte Umstände die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtfertigen könnten, zu unterbleiben hat (VwGH 17.3.2015, Ra 2014/01/0134);

- ▷ Das VwG ist durch einen Wiedereinsetzungsantrag nicht gehindert, unabhängig davon über die Verspätung des Rechtsmittels selbst zu entscheiden (VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0037).

**Zu Abs 1 und 2:** Eine Sonderanordnung enthält § 33 Abs 2 VwGVG 3 insofern, als explizit auch jene Konstellation eine Regelung erfährt, dass die Behörde eine Beschwerdevorentscheidung erlassen hat, in der die Zulässigkeit eines (von der Stellung eines Vorlageantrages verschiedenen) Rechtsmittels angeführt ist und die Partei in der Folge tatsächlich dieses Rechtsmittel ergriffen hat, während parallel dazu die Frist zur Einbringung eines Vorlageantrages ungenutzt verstrichen ist: In diesem Fall besteht ein **subjektives Recht** der Partei auf Bewilligung ihres Wiedereinsetzungsantrages, sofern dieser rechtzeitig gestellt wurde und auch im Übrigen zulässig ist.

Grundsätzlich ist ein Wiedereinsetzungsantrag bei der **Behörde** 4 zu stellen; hat diese jedoch die Rechtssache – zB auf Grund eines Vorlageantrages einer anderen Verfahrenspartei – bereits gemäß § 14 Abs 2 und 3 VwGVG oder gemäß § 15 Abs 2 und 3 VwGVG dem zuständigen VwG vorgelegt, so ist der Wiedereinsetzungsantrag unmittelbar bei diesem **VwG einzubringen** (bzw von der Behörde gemäß § 6 AVG an dieses weiterzuleiten, wobei das Risiko der Fristwahrung in diesem Fall der Antragsteller trägt). Konkret endet die Behördenkompetenz zu dem Zeitpunkt, in dem die Beschwerde in die Ingerenzsphäre des zuständigen VwG gelangt ist. Die Einbringungsfrist beträgt zwei Wochen und beginnt für jede Partei gesondert mit dem Wegfall des ihren Wiedereinsetzungsantrag begründenden Hindernisses zu laufen.

Bei Vorliegen der spezifischen Konstellation des § 33 Abs 2 VwGVG ist der Wiedereinsetzungsantrag hingegen stets bei der Behörde einzubringen, wobei die **Zweiwochenfrist** in dem Fall, dass die **Verfahrenspartei** infolge einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung ein unzulässiges Rechtsmittel ergriffen hat, für diese mit der Zustellung der entsprechenden Zurückweisungsentscheidung, sonst mit dem Zeitpunkt ihrer Kenntnisnahme von der Zulässigkeit eines Vorlageantrages zu laufen beginnt.

**Zu Abs 3:** Die in § 33 Abs 3 letzter Satz VwGVG normierte Verpflichtung, dass die versäumte Handlung gleichzeitig mit der Stellung des 5

Wiedereinsetzungsantrages nachzuholen ist, besteht generell (und nicht nur für Sonderkonstellationen gemäß § 33 Abs 2 VwGVG).

- 6 **Zu Abs 4:** Die **Zuständigkeit** zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag richtet sich danach, ob die Rechtssache noch bei der Behörde anhängig ist oder diese die Beschwerde – zB auf Grund eines Vorlageantrages einer anderen Verfahrenspartei – bereits gemäß § 14 Abs 2 und 3 VwGVG oder gemäß § 15 Abs 2 und 3 VwGVG dem VwG vorgelegt hat: Im ersteren Fall hat die Behörde, sonst das VwG über den Wiedereinsetzungsantrag zu entscheiden (vgl VwGH 28.9.2016, Ro 2016/16/0013). Die Behördenkompetenz endet erst, wenn sich die Beschwerde im Einflussbereich des VwG befindet.
- 7 Hinsichtlich der Zuerkennung der **aufschiebenden Wirkung** für einen Wiedereinsetzungsantrag gelten die allgemeinen Bestimmungen des VwGVG (vgl insbesondere § 22 VwGVG); materiell besehen kommt sohin der Anordnung des § 33 Abs 4 letzter Satz VwGVG im Grunde bloß Verweisungscharakter zu.
- Die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung richtet sich – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Gesetzestext – nach der jeweiligen Kompetenz zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag (Annexcharakter).
- 8 Wie aus § 33 Abs 4 dritter Satz VwGVG hervorgeht, hat das VwG über den Wiedereinsetzungsantrag – dem Wesen als rein prozessualer Entscheidung entsprechend – nicht in Form eines Erkenntnisses, sondern durch Beschluss zu entscheiden.
- 9 **Zu Abs 4a:** Da es sich nach den EBRV lediglich um eine »Begleitregelung« zur Möglichkeit einer gekürzten Entscheidungsausfertigung gemäß § 29 Abs 5 VwGVG handeln soll und von einem Antrag auf Entscheidungszustellung lediglich in § 29 Abs 5 VwGVG, nicht jedoch (auch) in § 29 Abs 4 VwGVG die Rede ist, müssen die drei in § 33 Abs 4a VwGVG explizit auf »§ 29 Abs 4« lautenden Verweisungen bei verständiger Würdigung jeweils als »§ 29 Abs 5« meinent gelesen werden.
- 10 **Zu Abs 5 und 6:** Die Anordnung des § 33 Abs 5 VwGVG entspricht jener des § 72 Abs 1 AVG. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass von einem Antrag auf Wiedereinsetzung iSd § 33 VwGVG

bzw iSd § 71 AVG in prozessualer Hinsicht eine Beschwerde gegen einen Bescheid, mit dem die Behörde einen Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen hat, zu unterscheiden ist: Denn eine auf Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG gestützte, gegen einen solchen rein verfahrensrechtlichen Bescheid gerichtete Beschwerde hat devolutiven Charakter und zielt auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung ab. Dagegen intendiert ein Wiedereinsetzungsantrag, das bei der jeweiligen Instanz anhängige Verfahren in den vor der Fristversäumnis bzw vor der versäumten Verhandlung bestanden habenden Zustand zurückzusetzen. Infolge des nicht devolutiven Charakters dieses außerordentlichen Rechtsbehelfes kann daher ein auf das – allenfalls auch bereits rechtskräftig abgeschlossene – behördliche Verfahren bezogener Wiedereinsetzungsantrag nur bei der Behörde eingebracht und von dieser entschieden werden; Gleiches gilt analog für einen auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren bezogenen Wiedereinsetzungsantrag; unzulässig wäre hingegen ein beim VwG eingebrachter Wiedereinsetzungsantrag, der sich auf die Versäumung einer Frist oder einer Verhandlung im behördlichen Verfahren bezieht und solcherart die gerichtliche Anordnung der Neuaufrollung des Behördenverfahrens begehrt – derartiges kann vielmehr nur mittelbar, nämlich im Wege einer zurückweisenden Entscheidung des VwG gemäß § 28 Abs 3 und 4 VwGVG erreicht werden.

## Entscheidungspflicht

### § 34

(1) Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ist das Verwaltungsgericht verpflichtet, über verfahrenseinleitende Anträge von Parteien und Beschwerden ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen zu entscheiden. Im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG beginnt die Entscheidungsfrist mit der Vorlage der Beschwerde und in den Fällen des § 28 Abs. 7 mit Ablauf der vom Verwaltungsgericht gesetzten Frist. Soweit sich in verbundenen Verfahren (§ 39 Abs. 2a AVG) aus den anzuwendenden Rechtsvorschriften unterschiedliche Entscheidungsfristen ergeben, ist die zuletzt ablaufende maßgeblich.

(2) In die Frist werden nicht eingerechnet:

1. die Zeit\*, während deren\* das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung einer Vorfrage ausgesetzt ist;
2. die Zeit eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof, vor dem Verfassungsgerichtshof oder vor dem Gerichtshof der Europäischen Union.

(3) Das Verwaltungsgericht kann ein Verfahren über eine Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG mit Beschluss aussetzen, wenn

1. vom Verwaltungsgericht in einer erheblichen Anzahl von anhängigen oder in naher Zukunft zu erwartenden Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen ist und gleichzeitig beim Verwaltungsgerichtshof ein Verfahren über eine Revision gegen ein Erkenntnis oder einen Beschluss eines Verwaltungsgerichtes anhängig ist, in welchem dieselbe Rechtsfrage zu lösen ist, und
2. eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Lösung dieser Rechtsfrage fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Gleichzeitig hat das Verwaltungsgericht dem Verwaltungsgerichtshof das Aussetzen des Verfahrens unter Bezeichnung des beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahrens mitzuteilen. Eine solche

Mitteilung hat zu entfallen, wenn das Verwaltungsgericht in der Mitteilung ein Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu bezeichnen hätte, das es in einer früheren Mitteilung schon einmal bezeichnet hat. Mit der Zustellung des Erkenntnisses oder Beschlusses des Verwaltungsgerichtshofes an das Verwaltungsgericht gemäß § 44 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 – VwGG, BGBl. Nr. 10/1985, ist das Verfahren fortzusetzen. Das Verwaltungsgericht hat den Parteien die Fortsetzung des Verfahrens mitzuteilen.

\* *grammatikalisch richtig*: »Zeiten« oder »der« (siehe unten, EBRV)

*idF BGBl I 2017/24*

#### Literatur

*Dünser*, ZUV 2013, 12; *Eder/Martschin/Schmid*, Verfahrensrecht<sup>2</sup> § 34 VwGVG; *Fuchs*, § 34 VwGVG in *Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren; *Grof*, ZVG 2015, 492; *ders.*, *ecolex* 2016, 739; *Hauer/Leukauf*, *Verwaltungsverfahren*<sup>6</sup> 1099; *Hengstschläger/Leeb*, AVG IV 1359; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahren*<sup>10</sup> 779; *Lehofer*, ÖJZ 2014, 945; *Pabel*, ZVG 2014, 45; *dies.*, Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), *Verwaltungsgerichtsbarkeit* 379; *Ranacher/Frischhut*, *Unionsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz*, in *Larcher* (Hrsg), *Handbuch Verwaltungsgerichte* 64; *Reisner*, § 34 VwGVG in *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, *Verfahrensrecht*; *Schulev-Steindl*, ÖJZ 2014, 437; *dies.*, *Säumnisbeschwerde*, 61; *Wessely*, *Das Administrativverfahren des BVwG und der LVwG*, in *Larcher* (Hrsg), *Handbuch Verwaltungsgerichte* 204.

#### Materialien

EBRV 2009 BlgNR 24. GP (zu BGBl I 2013/33)

»Zu § 34: *Der vorgeschlagene § 34 regelt die Frist, innerhalb welcher das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat, und legt den Zeitpunkt fest, ab wann diese Frist zu laufen beginnt. In die Frist sind Zeiten, während derer das Verwaltungsgericht das Verfahren ausgesetzt hat, nicht einzurechnen. Nicht einzurechnen ist auch die Zeit, während eines Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof oder vor dem Verfassungsgerichtshof. Dazu zählen auch Verfahren gemäß § 33a VwGG bzw. § 86a des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953, BGBl. Nr. 85/1953.*

*Gemäß Abs. 3 kann das Verwaltungsgericht ein Bescheidbeschwerdeverfahren aussetzen, wenn es in einer erheblichen Zahl von anhängigen oder zu erwartenden Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen hat, die in einem – gleichzeitig anhängigen –*

*Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu lösen ist. Dies unter der Voraussetzung, dass eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Lösung dieser Rechtsfrage fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Das Verwaltungsgericht ist an die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes freilich nicht gebunden. Ob die Zahl von anhängigen oder zu erwartenden Verfahren »erheblich« ist, ist vom Verwaltungsgericht nach Fallzahlen zu beurteilen. Die Zeit des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof ist gemäß Abs. 2 Z 2 nicht in die Entscheidungsfrist gemäß Abs. 1 einzurechnen.«*

AB 2112 BlgNR 24. GP: nimmt auf den 4. Abschnitt des 2. Hauptstückes des VwGVG keinen inhaltlichen Bezug

Siehe im Übrigen oben bei § 29 VwGVG

### Gliederung

Zu Abs 1: Verschulden; Sonderbestimmungen in Materiengesetzen; Verwaltungsstrafverfahren; Fristsetzungsantrag gem § 38 VwGG;	
Verzicht .....	Rz 1–7
Zu Abs 2: Fristeinrechnung; Verfahrenseffizienz .....	Rz 8–10
Zu Abs 3: »Pilot«-Verfahren; Aussetzung; Beschränkung auf Revisionsverfahren vor dem VfGH; Maßgeblichkeit auch für Beschwerdeverfahren vor dem VfGH; Beschlussform; Unionsrecht und Letztkompetenz; Verhältnis zu § 38a AVG; Bindungswirkung .....	Rz 11–14

### Schlagworte

Säumnis; Entscheidungsfristen; Materiengesetzliche Sonderregelungen; Vorfragen – Aussetzung.

### Kommentierung

- Zu Abs 1:** Die systematische Struktur des § 34 Abs 1 VwGVG gleicht in inhaltlicher Hinsicht im Wesentlichen jener des § 73 Abs 1 AVG. Daher kann ungeachtet des Umstandes, dass § 73 AVG gemäß § 17 VwGVG im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Anwendung findet, insoweit grundsätzlich auf das einschlägige Schrifttum und die überkommene Judikatur der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts zu § 73 AVG verwiesen werden (vgl zB *Fuchs*, § 34 Anm 1 ff; *Hauer/Leukauf*, Verwaltungsverfahren 1099; *Hengstschläger/Leeb*, AVG 1359 ff; *Kolonovits*

ua, Verwaltungsverfahren<sup>10</sup> Rz 511 ff; *Eder/Martschin/Schmid*, § 34 ~~Anm XXX~~; *Reisner*, § 34 Rz ~~XXX~~; jeweils mwN), sodass sich die folgenden Ausführungen bloß auf die Darstellung einzelner, in § 34 VwGVG normierter Besonderheiten beschränken.

Ein wesentlicher Unterschied zur Regelung des § 73 AVG besteht zunächst darin, dass es hinsichtlich der Entscheidungspflicht der VwG – anders als bezüglich jener der Behörden – schon von vornherein nicht auf ein (und erst recht nicht auf ein »überwiegendes«; vgl aber § 73 Abs 2 letzter Satz AVG) Verschulden des VwG selbst ankommt: Einem Fristsetzungsantrag gemäß § 38 VwGG ist vom VwGH daher bereits bei Vorliegen objektiver Säumnis durch Erlassung eines fristgebundenen Erledigungsauftrages stattzugeben (ebenso *Schulev-Steindl*, Säumnisbeschwerde 68; siehe auch VwGH 18.12.2015, Fr 2015/12/0023).

Für das VwG wird die **sechsmonatige Entscheidungsfrist** des § 34 Abs 1 VwGVG erst mit dem Einlangen der Beschwerde beim VwG ausgelöst (VwGH 4.10.2016, Fr 2016/11/0014; 13.9.2016, Fr 2016/01/0014; 25.5.2016, Fr 2016/12/0016; 29.4.2016, Fr 2016/01/0004). Zu den in § 34 Abs 1 VwGVG angesprochenen, in einzelnen Materiegesetzen enthaltenen sonderverfahrensrechtlichen Anordnungen, die eine abweichende (idR kürzere) Entscheidungsfrist für das verwaltungsgerichtliche Verfahren festlegen, zählen bspw (siehe auch *Fuchs*, § 34 Anm 4) § 29 Abs 1 FSG (3 Monate); § 21 Abs 6 BFA-VerfahrensG (1 Woche); §§ 9 und 10 Geschworenen- und SchöffenG (jeweils bis 15. November jeden Jahres).

Wie sich daraus, dass insbesondere § 51 VwGVG insoweit keine Sonderregelungen enthält, ergibt, gilt die Entscheidungsfrist von 6 Monaten auch für den Bereich des **Verwaltungsstrafverfahrens** (ebenso *Pabel*, Verfahren 428 f; *Fuchs*, § 34 Anm 3; *Kolonovits* ua, Verwaltungsverfahren Rz 781; *Schulev-Steindl*, Säumnisbeschwerde, 72). Anderes lässt sich auch der Anordnung des § 43 Abs 1 VwGVG, wonach ein Strafkenntnis binnen 15 Monaten nach Einbringung einer Beschwerde von Gesetzes wegen außer Kraft tritt, wenn in diesem Zeitraum keine Rechtsmittelentscheidung ergangen ist, nicht entnehmen, im Gegenteil: Gesamthaft betrachtet legen beide Bestimmungen vielmehr eine im Interesse des verfassungsmäßigen Effizienzgebotes des Art 6 Abs 1 EMRK iVm Art 13 EMRK (vgl auch Art 47 GRC) gleichsam zeitlich gestaf-

felte Entscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte fest. Dies derart, dass die Entscheidungsfrist für das VwG zunächst auch im Strafverfahren grundsätzlich – dh vorbehaltlich allfälliger Sonderverfahrensbestimmungen in einzelnen Materiengesetzen – bloß 6 Monate beträgt und sich diese allenfalls auf Grund eines Fristsetzungsantrages um die vom VwGH gemäß § 38 Abs 4 VwGG gewährte Frist von höchstens 3 Monaten verlängert; wurde jedoch dessen ungeachtet die Beschwerdeentscheidung vom VwG – aus welchen Gründen auch immer – binnen einer weiteren **absoluten Fallfrist von 15 Monaten** nicht erlassen, so tritt das angefochtene Straferkenntnis jedenfalls ex lege außer Kraft (dies gilt jedoch – wie sich aus dem Wortlaut des § 43 Abs 1 VwGVG zweifelsfrei ergibt – nicht, wenn die Beschwerde nicht vom Beschuldigten, sondern beispielsweise von der Behörde oder einer sonstigen [Amts-]Partei eingebracht wurde; außerdem ist § 31 VStG zu beachten, wonach bestimmte Zeitspannen generell nicht in die Verjährungsfrist einzurechnen sind; siehe dazu auch Rz 1 zu § 34 Abs 2 VwGVG).

Dem gegenüber hat der VwGH im Erkenntnis vom 18.12.2014, Fr 2014/01/0048, die Auffassung vertreten, dass die Verjährungsfrist des § 43 Abs 1 VwGVG als *lex specialis* zur Entscheidungsfrist des § 34 Abs 1 VwGVG anzusehen ist: Wird die Beschwerde vom Beschuldigten erhoben, hat das VwG daher innerhalb von 15 Monaten zu entscheiden, wobei diese Frist mit dem Einlangen der Beschwerde bei der Behörde ausgelöst wird; die sechsmonatige Frist des § 34 VwGVG wird für diesen Fall verdrängt; bei der Regelung der 15-Monate-Frist handelt es sich sohin auch um die Festlegung einer längeren – als der im Regelfall vorgesehenen sechsmonatigen – Frist zur Entscheidung des VwG gemäß § 38 Abs 1 VwGG und § 34 Abs 1 VwGVG (ebenso VwGH 12.3.2015, Fr 2015/02/0001 und 13.4.2016, Ra 2016/02/0027), sodass ein in diesem Sinne verfrüht erhobener Fristsetzungsantrag in jeder Lage des Verfahrens zurückzuweisen ist (VwGH 15.2.2017, Fr 2017/08/0005), und zwar unabhängig davon, ob das VwG dessen Unzulässigkeit geltend gemacht hat oder nicht bzw wann gegebenenfalls eine derartige Einrede erfolgt ist (VwGH 4.4.2017, 2016/03/0005).

Ließ sich diese Differenzierung im Lichte der früheren Rechtslage im Ergebnis allenfalls noch mit dem Argument der Überlastung des VwGH rechtfertigen, erscheint sie allerdings nunmehr im Lichte des

Effizienzgebotes des Art 6 Abs 1 EMRK iVm Art 13 EMRK, das vom VwGH selbst zu einem tragenden Prinzip der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 hochstilisiert wurde (vgl insb VwGH 26.6.2014, Ro 2014/03/0063), als verfassungsrechtlich bedenklich.

Die Befugnis zur **Geltendmachung der Entscheidungspflicht** beschränkt sich grundsätzlich auf jene Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, denen ein subjektives Recht auf Erledigung desselben zukommt (zB VwGH 21.2.2017, Fr 2016/18/0024); dass hierzu im (nachfolgenden) verwaltungsgerichtlichen Säumnisbeschwerdeverfahren auch die belangte Behörde, die zuvor ihrer Entscheidungspflicht nicht zeitgerecht entsprochen hat, zählt (vgl VwGH 6.4.2016, Fr 2015/03/0011), mag einigermaßen seltsam erscheinen, erweist sich aber im Lichte der Funktionstrennung zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit besehen im Ergebnis als konsequent. Die Entscheidungspflicht ist durch einen entsprechenden Antrag geltend zu machen (VwGH 27.4.2017, Fr 2017/22/0004). 5

Bleibt das VwG bis zum Fristablauf untätig, können die Parteien in der Folge gemäß § 38 VwGG einen Fristsetzungsantrag an den VwGH stellen; zur Geltendmachung objektiver Verfahrensverzögerungen ist dieser Rechtsbehelf gemäß Art 148c letzter Satz B-VG aber auch der Volksanwaltschaft eingeräumt.

**Fristsetzungsanträge** sind gemäß § 24 Abs 1 VwGG nicht unmittelbar beim VwGH, sondern bei jenem VwG einzubringen, das die begehrte Entscheidung nicht fristgerecht erlassen hat.

Auf einen Fristsetzungsantrag hin hat der VwGH dem VwG (nunmehr bloß) aufzutragen, innerhalb einer Frist von bis zu 3 Monaten die Entscheidung zu erlassen; anders als nach der bis zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle BGBl I 2012/51 geltenden Rechtslage kommt dem VwGH hingegen nicht auch eine eigenständige Befugnis bzw Pflicht zur Entscheidung in der Sache selbst zu: Gegenstand des Fristsetzungsverfahrens ist nämlich nicht die Verwaltungssache selbst, sondern ausschließlich die behauptete Verletzung der Entscheidungspflicht durch das VwG (vgl VwGH 23.10.2015, Fr 2015/21/012). Das – somit nicht mehr devolutiv wirkende – Verfahren über den Fristsetzungsantrag ist vom VwGH erst dann einzustellen, wenn das VwG das

Erkenntnis oder den Beschluss tatsächlich erlassen (vgl § 38 Abs 4 letzter Satz VwGVG; aA *Kolonovits* ua, *Verwaltungsverfahren Rz 784*) oder sein Verfahren ausgesetzt (VwGH 25.5.2016, 2015/11/0007) hat.

Die Zuständigkeit des VwG zur Erlassung der Entscheidung bleibt somit auch während der Phase zwischen der Stellung des Fristsetzungsantrages und der Entscheidung des VwGH über diesen erhalten.

- 6 Auf die Erhebung eines Fristsetzungsantrages kann für einen bestimmten Zeitraum, nicht jedoch für eine unbeschränkte Zeitdauer verzichtet werden (vgl VwGH 18.12.2015, Fr 2015/12/0023).

- 7 **Zu Abs 2:** In die sechsmonatige Entscheidungsfrist, die mit dem Einlangen der Beschwerde bzw des Vorlageantrages beim VwG in Gang gesetzt wird (zB VwGH 29.9.2015, Fr 2015/05/0012; 23.9.2014, Fr 2014/01/0032), ist nach § 34 Abs 2 Z 1 VwGVG jener Zeitraum nicht einzurechnen, der vom Zeitpunkt der beschlussmäßig verfügten Aussetzung des VwG-Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung einer Vorfrage iSd § 17 VwGVG iVm § 38 AVG verstrichen ist.

Insbesondere für den Fall, dass die Vorfrage von ein und demselben oder von einem anderen VwG zu entscheiden ist, ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidungen der VwG grundsätzlich unmittelbar mit deren Erlassung rechtskräftig werden, sodass die Dauer eines allfälligen, gegen die Vorfragenentscheidung gerichteten Beschwerdeverfahrens an den VfGH und/oder Revisionsverfahrens an den VwGH nicht mehr in die Frist gemäß § 34 Abs 1 VwGVG einzurechnen ist.

Ebenso wenig wird die sechsmonatige Entscheidungsfrist durch einen auf § 86a VfGG gestützten Beschluss des VfGH unterbrochen, wenn und soweit die vom VfGH in Prüfung gezogenen generellen Normen vom VwG in concreto nicht anzuwenden sind (vgl VwGH 10.10.2016, Fr 2016/17/0005).

- 8 Vor dem zuvor in Rz 7 zu § 34 Abs 2 VwGVG aufgezeigten Hintergrund ist daher unter der in § 34 Abs 1 Z 2 VwGVG angesprochenen Zeit eines Verfahrens vor dem VwGH, dem VfGH und/oder dem EuGH lediglich die Zeitdauer der höchstgerichtlichen Verfahren, die sich unmittelbar auf das anlassgebende VwG-Verfahren beziehen, nicht jedoch auch die Zeitspanne, die aus einem gemäß 17 VwGVG iVm § 38 AVG eingeleite-

ten gesonderten Verfahren zur Klärung einer Vorfrage resultiert, zu verstehen.

Im Hinblick auf den in Art 6 Abs 1 EMRK iVm Art 13 EMRK zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Effizienz der Verfahrensführung erscheint einerseits fraglich, ob es aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig ist, die in § 34 Abs 2 VwGVG genannten Zeiträume pauschal von der in § 34 Abs 1 VwGVG normierten Höchstdauer der verwaltungsgerichtlichen Verfahrenserledigung auszunehmen. 9

Andererseits gilt es zu bedenken, dass die Festlegung von (gesamthaft betrachtet: relativ kurzen) gesetzlichen Fallfristen grundsätzlich eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit bedeutet, insbesondere dann, wenn zudem noch eine überbordende quantitative und qualitative Gesamtbelastung des Gerichts bestehen sollte.

**Zu Abs 3:** Für die sich an ein sog »Pilot«-Verfahren anschließenden Folgeverfahren sieht § 34 Abs 3 VwGVG die Möglichkeit einer Aussetzung vor. Nach dem Gesetzeswortlaut gilt dies allerdings nur für Bescheidbeschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG, nicht aber auch in Bezug auf alle sonstigen, in Art 130 Abs 1 und Abs 2 B-VG normierten Beschwerdetypen, also bspw nicht für aus Anlass einer Demonstration erhobene Maßnahmenbeschwerden (wobei ein sachlicher Grund für diese Differenzierung nicht unmittelbar einsichtig ist). 10

Gleiches gilt auch für den Umstand, dass eine Aussetzung nach dem Normtext des § 34 Abs 3 VwGVG nicht zulässig ist, wenn sich eine analoge Konstellation im Zusammenhang mit an den VfGH zu erhebenden Beschwerden ergibt, obwohl dort die Erforderlichkeit einer solchen Vorgangsweise dann, wenn die Gesetz- bzw Verfassungsmäßigkeit einer der angefochtenen Entscheidung zu Grunde liegenden generellen Norm zu klären ist, vergleichsweise als sogar noch dringender erscheint. Offenbar dürfte der Verfahrensgesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht bedacht haben, dass die VwG im Zuge der ihnen obliegenden Rechtmäßigkeitskontrolle nicht nur unterverfassungsgesetzliche Normen, sondern auch – und materienspezifisch fallweise sogar vorrangig – Verfassungsrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen haben. Davon ausgehend hat daher das LVwG OÖ anlässlich des

auf Grund zahlreicher Beschwerden bezüglich der Unionrechts- und Verfassungskonformität des Glücksspielmonopols erlassenen, auf § 86a VfGG gestützten Beschlusses des VfGH vom 2.7.2016, E 945/2016 (= BGBl I 2016/57), die Auffassung vertreten, dass § 34 Abs 3 VwGVG auf verfassungsgerichtliche Bescheidbeschwerdeverfahren analog anzuwenden ist (vgl zB LVwG OÖ 2.8.2016, LVwG-411528).

- 11 Einige der in § 34 Abs 3 Z 1 und Z 2 VwGVG normierten inhaltlichen Voraussetzungen für eine Verfahrensaussetzung – nämlich: »**erhebliche Anzahl**« einerseits und »**in naher Zukunft zu erwartende Verfahren**« andererseits – erscheinen in der Praxis als kaum justiziabel.

Sollte der VwGH davon ausgehend diese Kriterien anders beurteilen als das VwG oder feststellen, dass die vom VwG an ihn herangetragene Rechtsfrage bereits gelöst wurde, hat Letzteres den Aussetzungsbefehl aufzuheben und das Verfahren fortzusetzen. Hierbei ist die Zeit des Verfahrens vor dem VwGH nur dann nicht in die Entscheidungsfrist des § 34 Abs 1 VwGVG einzurechnen, wenn man die Auffassung vertritt, dass es sich auch insoweit um eine Vorfragenentscheidung durch den VwGH iSd § 38 Abs 2 Z 1 VwGG handelt. Demgemäß wäre dann auch davon auszugehen, dass ein Fristsetzungsantrag während einer Aussetzung nach § 34 Abs 3 VwGVG nicht, sondern erst nach Zustellung des Erkenntnisses des VwGH iSd letztgenannten Bestimmung zulässig ist.

- 12 Eine Aussetzung gemäß § 34 Abs 3 VwGVG ist in Form eines – der Rechtskraft fähigen – **Beschlusses** zu verfügen, gegen den grundsätzlich eine gesonderte Beschwerde an den VfGH und/oder eine Revision an den VwGH erhoben werden kann (vgl zB statt vieler LVwG OÖ 29.2.2016, LVwG-411268).

Infolge der Rechtskraftwirkung eines solchen Beschlusses ist auch dessen amtswegige Aufhebung durch das VwG selbst bis zum Zeitpunkt der Zustellung des VwGH-Erkenntnisses ausgeschlossen, da gemäß § 17 VwGVG die Anordnung des § 68 Abs 2 AVG im VwG-Verfahren explizit nicht (und damit auch nicht analog) zur Anwendung kommen soll (und kann) und eine der letztgenannten Bestimmung vergleichbare Regelung im VwGVG selbst fehlt.

Mit Beschluss vom 15.10.2015, C-581/14 (= EuGRZ 2015, 660), hat der EuGH ausgesprochen, dass jedes innerstaatliche Gericht den **Vorrang des Unionsrechts** aus eigenem, dh ohne vorangehende Befassung einer nationalen Höchstinstanz (wie etwa in Österreich: des VfGH, des OGH oder des VwGH) zu beachten bzw im Zweifelsfall diese Frage im Wege eines Vorlageantrages gemäß Art 267 AEUV an den EuGH klären zu lassen hat (vgl *Grof*, ZVG 2015, 498); die Institutionalisierung einer (Monopol-)Kompetenz zur Prüfung der Unionsrechtswidrigkeit nationaler Normen zugunsten eines innerstaatlichen (Höchst-)Gerichtes durch den Gesetzgeber eines Mitgliedsstaates erscheint somit ausgeschlossen (aA offenbar weiterhin BVerfG 15.12.2015, 2 BvR 2735/14, RN 43 = EuGRZ 2016, 38; unter dem Aspekt, dass dann, wenn nach nationalem Recht ein Instanzenzug eingerichtet ist, auf jeder Ebene den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK [vgl zB EGMR 24.11.2009, 75300/01, Rz 28 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>6</sup> § ~~XXX~~ Rz 65] entsprechen sein muss, kann dem nur insoweit zugestimmt werden, als eine andersartige Würdigung der unterinstanzlichen Entscheidung durch das Höchstgericht voraussetzt, dass [auch] Letzteres de facto ein dem Art 6 Abs 1 EMRK entsprechendes Verfahren durchgeführt hat [vgl näher LVwG OÖ 29.4.2016, LVwG-411418; siehe auch *Grof*, *ecolex* 2016, 740 f]). Für das Verhältnis zwischen einem Verfahren gemäß § 17 VwGVG iVm § 38a Abs 1 AVG (Aussetzung aus Anlass eines Vorlageantrages an den EuGH) und einem solchen nach § 34 Abs 3 VwGVG (Aussetzung bis zur Klärung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung durch den VwGH) ist daher aus diesem EuGH-Beschluss abzuleiten, dass der ersteren Verfahrensweise deshalb die Priorität einzuräumen ist, weil die Letztkompetenz zur Klärung der Unionsrechtskonformität des nationalen Rechts dem EuGH zukommt bzw. anders gewendet: eine diesbezügliche Entscheidung des VwGH wiederum nur bloß vorläufigen Charakter hätte (vgl näher LVwG OÖ 29.2.2016, LVwG-411268).

Explizit wird in § 34 Abs 3 VwGVG nichts bezüglich einer **Bindungswirkung** festgelegt. Ergänzend ist den EBRV zur Stammfassung des VwGVG vielmehr zu entnehmen, dass das VwG »an die *Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes freilich nicht gebunden*« sein soll. Eine solche Feststellung lässt sich am ehesten damit erklären, dass gemäß § 63 VwGG generell festgelegt ist, dass den Entscheidungen des VwGH

verfahrensrechtlich besehen nur für den jeweiligen Anlassfall verbindliche Wirkung (im Sinne von Rechtskraftwirkung) zukommt. Weiters ist in diesem Zusammenhang die Judikatur des EuGH zu beachten, wonach die Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht von jedem Gericht eigenständig und ohne Bindung an die Rechtsauffassung anderer innerstaatlicher Gerichte – auch Höchstgerichte – zu beurteilen ist (vgl. EuGH 15.10.2015, C-581/14). Aus teleologischer Sicht ergibt die Anordnung des § 34 Abs 3 VwGVG jedoch offensichtlich keinen Sinn, wenn für das fortgesetzte Verfahren keine Bindungswirkung für das VwG resultiert. Gesamthaft betrachtet dürfte es daher der Zwecksetzung des Gesetzgebers eher entsprechen, wenn man § 34 Abs 3 VwGVG als eine *lex specialis* zu § 63 Abs 1 VwGG ansieht und demgemäß eine grundsätzliche – dh lediglich Fragen der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht nicht erfassende – Bindung zumindest jenes (jener) VwG(e), das (bzw die) auf § 34 Abs 3 VwGVG gestützte Aussetzungsbeschlüsse erlassen hat (haben), annimmt. Davon abgesehen erscheint es überdies auch aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen ratsam, dass sich das VwG in dem nach der Unterbrechung fortgesetzten Verfahren an die vom VwGH zur Klärung der ihm vorgelegten Frage geäußerte Rechtsauffassung hält, weil sonst zwangsläufig der Revisionstatbestand des Art 133 Abs 4 erste Alternative B-VG (Widerspruch zur VwGH-Judikatur) vorläge (es sei denn, es handelt sich um eine Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht). Selbst wenn man daher ein formal-verfahrensrechtliches Gebot zur Beachtung der Rechtsmeinung des VwGH ablehnen würde, ergibt sich sohin – entgegen den in eine andere Richtung deutenden Gesetzesmaterialien (und abgesehen von Fragen der Unionsrechtskompatibilität) – aus § 34 Abs 3 VwGVG iVm Art 133 Abs 4 B-VG zumindest eine mittelbare bzw »quasi«-Bindungswirkung für das (bzw die) fortzusetzende(n) Verfahren (im Ergebnis ebenso *Eder* ua, § 34 *Anm XXX*; *Reisner*, § 34 Rz *XXX*).