

von der weiteren Autonomie für den Schuldner verdrängt, welche § 1373 ABGB gewährt.

Privatrechtliche Sicherstellungsansprüche vermitteln als sogenannte unechte gesetzliche Pfandrechte den Titel auf Einräumung des Pfandrechtes<sup>61)</sup>. Der Titel gibt als Verschaffungstitel Anspruch auf Begründung eines Pfandrechtes durch Pfandvertrag (§§ 1369 und 1374 ABGB) oder durch Vollstreckung eines Leistungsurteils, wodurch der Modus erzwungen wird<sup>62)</sup>.

Es genügt jedoch nach § 161 Abs 2 AußStrG, wenn die Sicherstellung bei einer Bank oder einer geeigneten Verwahrungsstelle hinterlegt wird. Hierbei ist davon auszugehen, daß mit der Hinterlegung der Unterhaltsgläubiger, der die Sicherstellung verlangt hat, ein Pfandrecht an der Sicherheit erlangt. Der Inhaber der hinterlegten Sicherheit muß allerdings verständigt werden, zugunsten welchen Unterhaltsgläubigers er das Pfand innehalt, wie immer seine sachenrechtliche und schuldrechtliche Position hinsichtlich der Sicherheit beschaffen ist. Dieses Erfordernis der Verständigung dient der Wahrung des sachenrechtlichen Modus und der Publizität. Zweitens bedeutet diese Regel, daß dem auf Leistung einer gesetzlichen Sicherstellung geklagten Erben vor oder bei der Exekution das Wahlrecht eingeräumt wird, ein Faustpfand durch Hinterlegung bei den genannten Stellen in Verbindung mit dem Traditionssurrogat der Besitzanweisung zu begründen, damit dem Unterhaltsgläubiger wenigstens die Gewahrsame am Pfand entzogen bleibt, wodurch dem Erben das Risiko geringer erscheinen mag.

Der materiellrechtliche Sicherstellungsanspruch des Unterhaltsgläubigers ist stets im Prozeßweg einzuklagen<sup>63)</sup>. Dieser Anspruch kann auch jederzeit nach der Einantwortung geltend gemacht werden.

Ist der Unterhaltsberechtigte minderjährig oder pflegebefohlen, so muß in Analogie zum Pflichtteilsrecht des § 162 AußStrG und zum Vermächtnisrecht des § 160 AußStrG durch das Verlassenschaftsgericht von Amts wegen auf die Sicherstellung geachtet werden, welche neben den aufgezählten Sicherungsmitteln (§ 812 ABGB; § 161 Abs 2 AußStrG) zusätzlich den gerichtlichen Erlag nach § 160 AußStrG zum Gegenstand hat.

<sup>61)</sup> Koziol—Welser<sup>6</sup> II 103; Petrasch in Rummel I § 450 Rz 1.

<sup>62)</sup> Petrasch in Rummel I § 450 Rz 1; Koziol—Welser<sup>6</sup> II 103.

<sup>63)</sup> Ehrenzweig, System<sup>2</sup> II/2, 561, mit Nachweisen der kontroversiellen Lehre, die vor Einantwortung teilweise das außerstreitige Verfahren für zuständig erachtet; in diesem Sinne aber jüngst auch Welser in Rummel I § 817 Rz 10 und der überwiegende Teil der Rechtsprechung, die gleichfalls die Zuständigkeit des außerstreitigen Verfahrens befürwortet, jedoch vielfach differenziert und häufig Ausnahmen zugunsten des Rechtsweges zuläßt und daher wegen ihrer Kasuistik uneinheitlich und somit unbefriedigend bleibt: Nachweise bei Edlbacher, Verfahren außer Streitsachen<sup>2</sup> (1984) E 12—23 zu § 611 AußStrG. Siehe auch Weiß in Klang<sup>2</sup> III 622.

## VII. Zusammenfassung

Die Ergebnisse des Beitrages zur Haftung des Erben für die Unterhaltsschuld nach den §§ 142, 166 und 796 ABGB „bis zum Wert der Verlassenschaft“ lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

1. Ohne Rücksicht auf die Art der Erbserklärung haftet der Erbe als Unterhaltsschuldner stets nur wie ein Vorbehaltserbe mit dem Wert des „reinen Nachlasses“ als Obergrenze.

2. Die Pflichtteile gehen der Unterhaltsschuld im Rang vor, sodaß der Erbe im Ergebnis mit dem Wert des um die Pflichtteile vermindernden reinen Nachlasses die Unterhaltsansprüche der Kinder und des überlebenden Ehegatten zu befriedigen hat. Somit verbleibt als jedenfalls zur Verfügung stehender Haftungsfonds für die Leistung des passiv vererbten gesetzlichen Unterhaltes mindestens die Hälfte des reinen Nachlasses.

3. Der Unterhaltsanspruch des in den §§ 142, 166 und 796 ABGB umschriebenen Kreises der engsten Familienangehörigen kann als privilegiertes und somit vorrangiges Legalvermächtnis des Unterhaltes angesehen werden, das vor allen anderen Vermächtnissen zu erfüllen ist.

4. Die Kürzung der gewöhnlichen Vermächtnisse nach § 783 ABGB ist wegen der pflichtteilsergänzenden oder pflichtteilsähnlichen Funktion der Unterhaltsschuld des Erben durch Analogie auch mit Bezug auf den Betrag der (kapitalisierten) Unterhaltsansprüche vorzunehmen.

5. Die Sicherung des Unterhaltsanspruches vor der Einantwortung erfolgt einerseits durch Nachlaßseparation und andererseits durch gesetzliche Sicherstellung iS der §§ 161 Abs 2 und 160 AußStrG.

## Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Untätigkeit der Behörde?

Von Univ.-Ass. Dr. Alfred Grof, Linz

### I. Einleitung

Ein moderner Staat, dessen Hauptaufgabe in Leistungen an<sup>1)</sup> den Staatsbürger besteht, dessen Rechtsschutzsystem aber noch weitgehend darauf ausgerichtet ist, Schutz vor rechtswidrigen staatlichen Eingriffen zu gewähren, ringt — will man nicht den Gesetzgeber bemühen — mit dem Problem, aufgrund der durch geänderte Rahmenbedingungen entstandenen neuen rechtspolitischen Prioritäten das vorhandene Rechtsschutzsystem durch Interpretation mit den gängigen, systemimmanenten Methoden<sup>2)</sup> diesen neuen Anfor-

<sup>1)</sup> Vgl dazu Binder, Untätigkeit in der Verwaltung, in: Oberndorfer (Hrsg), Bürger und Verwaltung (1981) 86 ff.

<sup>2)</sup> Gemeint ist der sog. „Kanon“ der Auslegungsmethoden; siehe Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 436 ff.

derungen so anzupassen, daß es bezüglich des Rechtsschutzes auch im Bereich der Leistungsverwaltung den Ansprüchen eines materiellen Rechtsstaates<sup>3)</sup> entspricht, ohne daß gleichzeitig die Grenzen zulässiger Interpretation überschritten werden.

Im folgenden soll dieser Versuch für den Fall, daß der einzelne gerade durch die Untätigkeit der Behörde in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt wird, unternommen werden.

Zur Illustration möge dabei als fiktives Beispiel dienen, daß ein Gewerbebetrieb durch ständige Emissionen einen Nachbarn über einen längeren Zeitraum hinweg betrachtet lebensgefährlich<sup>4)</sup> bedroht; der in seinem Grundrecht auf Leben beeinträchtigte Nachbar ist daher darauf angewiesen, daß die Gewerbebehörde die Emissionen dieses Betriebes beschränkt; die Behörde allein hätte gemäß § 79 Abs 1 bzw § 360 Abs 2 GewO auch die entsprechenden Möglichkeiten. Da aber nach herrschender Auffassung<sup>5)</sup> beide zitierten

<sup>3)</sup> Zum Begriff siehe statt Vieler Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925; Nachdruck 1966) 91.

<sup>4)</sup> Der VfGH scheint eine Verletzung des Grundrechts auf Leben erst bei drohender Lebensgefahr anzuerkennen (vgl VfSlg 6723/1972; in diese Richtung auch die Entscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission v. 13. 12. 1978 EvBl 1980/161), daher sei dieser Untersuchung eine derartige Situation zugrundegelegt. Dennoch müßte man — auch im Hinblick auf den § 5 Abs 6 StVO, der vor allem deshalb im Rang einer Verfassungsbestimmung erlassen wurde, weil die Blutabnahme zum Zweck der Alkoholprobe „einen zwangsweisen Eingriff in die körperliche Integrität darstellt, der in der österreichischen Rechtsordnung nach dem Stand der Gesetzgebung im Zeitpunkt des erstmaligen Inkrafttretens des B-VG nicht vorgesehen war“ (so der AB 240 BlgNR 9. GP; auch abgedruckt in: Kammerhofer—Benes, Die Straßenverkehrsordnung<sup>7</sup> [1983] 86) — wohl zu dem Ergebnis kommen, daß Art 2 MRK wie Art 63 des Staatsvertrages von St. Germain nicht nur das Leben, sondern ganz allgemein die körperliche Integrität und Gesundheit schützt, auch wenn sich der Eingriff von staatlicher Seite im Nachhinein (aufgrund der Irrevisibilität menschlichen Lebens muß unter diesem Aspekt auch eine teleologische Interpretation — billigt man dem Art 2 MRK bzw dem Art 63 des Staatsvertrages von St. Germain eine echte Schutzfunktion zu — zu diesem Ergebnis führen) als „nicht lebensgefährdend“ herausstellt. Eine Grenze zu einer „bloßen Belästigung“ ist allerdings schwer zu ziehen. Sie wird sich erst aufgrund einer Gesamtrechtsanalogie, insbesondere aus dem (einfachgesetzlichen) strafrechtlichen Schutz der körperlichen Integrität und der Gesundheit ergeben. Einschränkend dagegen bezüglich Art 2 und 3 MRK jüngst Tretter in: Ermacora—Nowak—Tretter (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention (1983) 124.

<sup>5)</sup> Vgl VfSlg 8897/1980 und VwSlg 9045 A/1975 = ZfVB 1976/446 zu § 360 Abs 2 GewO; zu § 79 Abs 1 GewO siehe VwSlg 10624 A/1981 und VwGH v. 18. 12. 1981, 04/3834/80, wo der VwGH jeweils betont, daß es sich bei § 79 Abs 1 GewO um ein „amtswegiges Verfahren“ handelt und damit implizit einen Anspruch des einzelnen auf Durchführung eines Verfahrens verneint; so auch Mache—Kinscher, Gewerbeordnung<sup>5</sup> (1982) 317 (Anm 14); aa Walter—Mayer,

Bestimmungen bloß eine objektivrechtliche Verpflichtung für die Behörde beinhalten, fehlt dem Nachbarn auch ein analoges subjektiv-öffentliches Recht, einen entsprechenden Antrag auf Einleitung eines Verfahrens gemäß § 79 Abs 1 bzw § 360 Abs 2 GewO zu stellen. Es erhebt sich daher allgemein die Frage, ob diesfalls, daß die Behörde einer gesetzlich festgelegten objektiven Verpflichtung nicht nachkommt, dadurch aber gleichzeitig Grundrechte als unmittelbar gewährleistete, subjektiv-öffentliche Rechte des einzelnen beeinträchtigt werden, diese Untätigkeit der Behörde dem einzelnen gegenüber nicht eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt darstellt<sup>6)</sup>, gegen die er sich mit einer sogenannten „Maßnahmenbeschwerde“ vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts wehren könnte<sup>7)</sup>.

Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>2</sup> (1980) 88.

<sup>6)</sup> Vgl dazu grundlegend Funk, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) insb 56 und 228 FN 37; denselben, Die Anfechtung verfahrensfreier Verwaltungsakte bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, in: Mayer—Rill—Funk—Walter, Neuerungen im Verfassungsrecht (1976) insb 58; denselben, Die „Anwendung unmittelbarer (verwaltungs-)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart, Hellbling-FS (1981) insb 193; Szirba, Zur Anfechtbarkeit faktischer Amtshandlungen, ÖVA 1976, 2 ff; Ermacora, Verfassungsänderungen 1975, JBl 1976, 81 ff; Berchtold, Zur Erweiterung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, ÖJZ 1976, 590 ff; Lauerer, Bemerkungen zu Problemen der Parallelbeschwerde gegen Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt, ÖJZ 1982, 202 ff.

<sup>7)</sup> Dies führt zur Problematik der Drittirkung der Grundrechte und im Zusammenhang damit auch zur Frage der Rangordnung von Grundrechten untereinander, da sich einerseits das Grundrecht auf Gewerbefreiheit des Unternehmers und andererseits das Grundrecht auf Leben des Nachbarn gegenüberstehen. Die §§ 79 Abs 1 und 360 Abs 2 GewO lösen diese Problematik in der Weise, daß sie — ausgehend von der grundsätzlichen Gleichrangigkeit beider Grundrechte in formeller Hinsicht, da es sich jeweils um verfassungsgesetzlich gewährleistete subjektiv-öffentliche Rechte handelt — der Behörde im Einzelfall die Verpflichtung zur Abgrenzung der beiden Grundrechte aufzutragen. Wird der Tatbestand des § 79 Abs 1 bzw 360 Abs 2 GewO erfüllt, so hat die Behörde festzustellen, daß der Unternehmer seine eigene grundrechtlich geschützte Sphäre des Nachbarn eingreift, sowie diese Eingriffe durch geeignete Maßnahmen zu unterbinden. Eine derartige Dazwischenschaltung der Behörde macht zwar die unmittelbare Drittirkung der Grundrechte entbehrlich, sie führt aber zu einer Abhängigkeit des in seiner Grundrechtssphäre Verletzten von der Behörde, weil nur die Behörde unmittelbar den Eingriff be seitigen kann, da eine Unterlassungsklage gemäß § 364 a ABGB bei behördlich genehmigten Betriebsanlagen nicht in Betracht kommt. Somit liegt entsprechend dem klassisch-liberalen Verständnis der Grundrechte nur eine Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und dem einzelnen in Form eines status positivus vor.

## II. „Tun“ und „Unterlassen“

Eine Handlung, das ist ein vom menschlichen Willen getragenes Verhalten, kann entweder als Tun oder als Unterlassen<sup>7a)</sup> in Erscheinung treten, je nachdem, ob der Handelnde dabei eine eigene, zielgerichtete Aktivität entfaltet oder in ebenso zielgerichteter Passivität verharrt. Daraus folgt, daß man von einer Handlung nur sprechen kann, wenn ihr eine gewisse Finalität (Zweckgerichtetheit) innewohnt, wenn also das Verhalten das Mittel zur Erreichung eines bestimmten, gewollten Zustandes darstellt.

Nun entspricht zu jedem Zeitpunkt der Handlung dem Tun auch ein komplementäres Unterlassen und umgekehrt, derart, daß in dem Zeitpunkt, in dem eine bestimmte Tätigkeit gesetzt wird, nicht nur eine, sondern jede anders gearbeitete Tätigkeit eben nicht gesetzt werden kann, dh unterlassen werden muß, sodaß sich, über den gesamten Zeitraum ihrer Dauer betrachtet, jede Handlung zugleich als Tun und Unterlassen darstellt. Die Qualifikation einer Handlung als Tun oder Unterlassen ist daher eine Frage der Relation, nämlich des Verhältnisses zwischen einerseits der Handlung als bloß objektiver, sich in der Realität ereignet habender Sachverhalt und andererseits der Handlung als Grundlage für die Subsumtion dieses Sachverhaltes unter jenen — passenden — gesetzlichen Tatbestand, der vom Normanwender (welcher bei diesem Vorgang von einer bestimmten Intention getragen ist und daher) subjektiv ausgewählt wird. Welches Element der Handlung (Tun oder Unterlassen) nun im Sinne einer (unbewußten) „antizipierten Subsumtion“, also im Hinblick auf den durch den Willen beabsichtigten Effekt der Handlung überwiegt, verleiht — von einer bestimmten Interessenslage aus betrachtet — der Handlung ihren Typus als Tun bzw als Unterlassen. Zur Illustration möge folgendes Beispiel dienen: In dem Augenblick, als sich der A in Anwesenheit des C mit dem B über den Kaufpreis geeinigt hat und diesem die Ware über gibt, kommt ein Kaufvertrag zwischen A und B zustande. Daraus folgt, daß im selben Zeitpunkt zwischen dem C, der dieselbe Sache kaufen will, und dem A ein Kaufvertrag nicht zustande kommt, denn A unterläßt es, (wenn schon nicht ausdrücklich, so zumindest schlüssig) das Angebot des C anzunehmen. Bezogen auf den Kaufvertrag zwischen A und B stellt sich der beschriebene Sachverhalt und davon wiederum die Handlung des A daher als Tun, als Aktivität des A dar, denn die Annahme des Angebotes des B hat zum Zustandekommen des Kaufvertrages geführt; bezogen auf den Kaufvertrag zwischen A und C stellt sich die Handlung des A dagegen als Unterlassen dar, weil die (schlüssige oder ausdrückliche) Unterlassung der Annahme des Angebotes des C durch den A zum gegenteiligen Effekt, also zum Nichtzustandekommen des Kaufvertrages zwischen A und C führte. Ein- und dieselbe Handlung erweist sich daher zugleich als Tun und Unterlassen. Eine ge-

neralisierende, verabsolutierende Qualifikation der Handlung ist nicht möglich, sondern es ist auf die durch das jeweilige spezielle Interesse bestimmte Richtung, von der aus die Handlung betrachtet wird und so einer Subsumtion unter einen gesetzlichen Tatbestand zugeführt werden kann oder nicht, Bedacht zu nehmen. Überwiegen aus dieser Interessensrichtung (im obigen Beispiel also: Abschluß eines Kaufvertrages) heraus die aktiven Elemente (so ist etwa die Unterlassung des A in bezug auf C für den A wie für den B rechtlich gesehen bloß ein uninteressantes Faktum, an das sich keine rechtliche Konsequenz knüpft, während sie für C zum Nichtzustandekommen des Kaufvertrages führt), so qualifiziert man die Handlung als Tun, andernfalls als Unterlassen. Problematisch sind jene Fälle, bei denen eine eindeutige Ermittlung der überwiegenden Komponente nicht ohne weiteres möglich ist. Unter diesem Aspekt könnte man mE etwa folgende Kategorien von Handlungen unterscheiden:

1. A hat vor, ein Haus zu bauen; angesichts der enormen Kosten nimmt er aber davon Abstand und stellt daher gar keinen Antrag auf Erteilung der Baubewilligung. Die Handlung der Behörde, die von diesem Vorgang überhaupt nie Kenntnis erlangt, kann aus dem Gesichtspunkt der Nichterteilung einer Baubewilligung heraus weder als „Tun“ noch als „Unterlassen“ qualifiziert werden, da behördlichen Handlungen im fraglichen Zeitraum jegliche Finalität in bezug auf die Interessensrichtung, nämlich die Erlassung eines Baubewilligungsbescheides, fehlt. Es liegt also rein rechtlich betrachtet überhaupt keine behördliche Handlung vor, weil aus der Interessensrichtung „Erteilung einer Baubewilligung“ derartige Sachverhalte nicht durch Normen geregelt und daher einer Subsumtion nicht zugänglich sind.

2. A stellt den Antrag und die Behörde reagiert überhaupt nicht. Hier überwiegt aus dem Gesichtspunkt der Nichterteilung der Baubewilligung zweifellos die Komponente des Unterlassens, da etwaigen behördlichen Aktivitäten im fraglichen Zeitraum jegliche Finalität fehlt.

3. A stellt den Antrag; die Behörde erläßt zwar keinen Bescheid, erklärt dem Antragsteller aber in einem Gespräch, daß sie den Antrag voraussichtlich nicht genehmigen wird. Tun oder Unterlassen? Die Entscheidung wird wohl davon abhängen, ob — nach Art einer Gegenprobe, da es sich um gegenseitig komplementäre Komponenten handelt — die tatsächliche Herstellung des gewollten Zustandes noch eine Aktivität der Behörde bedingen würde; diesfalls läge also ein Unterlassen der Behörde vor, andernfalls ein Tun.

4. A stellt den Antrag. Die Behörde erläßt daraufhin den Baubewilligungsbescheid. Hier überwiegt eindeutig die Komponente des Tuns.

An dieser Stelle sei vorweggenommen, daß insbesondere bei der Abgrenzung, ob nun eine Handlung der Behörde als Unterlassen der Kategorie 2. oder aber, wenn feststeht, daß die Unterlassenskomponente überwiegt, als Unterlassen der Kategorie 3. einzuordnen ist, wobei eine Zuord-

<sup>7a)</sup> Vgl zuletzt VwGH v 21. 10. 1982 JBl 1983, 391 ff.

nung diesfalls von den Begleiterscheinungen des Einzelfalles abhängt, große Probleme entstehen. Eine endgültige Kategorisierung hat aber für die Frage, ob ein Rechtsschutz von vornherein ausscheidet (so nach Ansicht des VfGH bei Unterlassungen der Kategorie 2.) oder unter bestimmten Umständen zumindest denkbar ist (so bei Unterlassungen der Kategorie 3.; siehe dazu näher unten V), vorentscheidende Bedeutung.

Bei der Fallkonstellation, welche den Ausgangspunkt für diese Untersuchung bildet, soll realistischerweise davon ausgegangen werden, daß die Untätigkeit der Behörde nicht in einer völligen Ignoranz bezüglich entsprechender „Eingaben“ des Nachbarn besteht, sondern daß diese wenigstens durch Worte jenem gegenüber zum Ausdruck bringt, daß sie eine Maßnahme gemäß § 79 Abs 1 bzw § 360 Abs 2 GewO nicht treffen wird; somit liegt also eine Handlung der Kategorie 3. vor. Ob solche Handlungen als „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ qualifiziert werden können, gegen die das Rechtsmittel der Maßnahmenbeschwerde vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts ergriffen werden kann, soll im Folgenden anhand einer Analyse der Judikatur des VfGH und des VwGH bezüglich ähnlich gelagerter Fälle untersucht werden. Die Einordnung entsprechend den oben konstruierten Kategorien soll dabei aber losgelöst von der vom jeweiligen Gerichtshof verwendeten Bezeichnung der Handlung („Untätigkeit“, „Unterlassung“, „Verweigerung“) erfolgen.

### III. Die Rechtsprechung des VfGH

In chronologischer Folge hatte der VfGH die folgenden ausgewählten Fälle zu beurteilen, wobei hier die Begründung der jeweiligen Entscheidung nur sinngemäß wiedergegeben werden kann.

1. Erk v 11.12.1928 VfSlg 1118/1928: Die Nichtannahme eines Schriftstückes durch die Behörde mit der Begründung, daß das Schriftstück von Personen ausgehe, die einem bestimmten Verein angehören, stellt einen mündlichen Verwaltungsakt dar.

Anmerkung: Handlung der Kategorie 3., wenn man — was aus dem Sachverhalt nicht eindeutig hervorgeht — davon ausgeht, daß die Behörde ihre Weigerung auch durch Worte ausdrückte, sich also mit den Argumenten des Antragstellers wenigstens mündlich auseinandersetzt; aus dem Gesichtspunkt der Antragstellung überwiegt deshalb die Unterlassenskomponente, weil umgekehrt die Herstellung des gewollten Zustandes, nämlich die Annahme des Schriftstückes, nur durch eine Tätigkeit seitens der Behörde erfolgen könnte.

2. Beschuß v 1. 10. 1956 VfSlg Anhang 8/1956: Die Nichtbeförderung eines Beamten durch die NÖ LReg ist keine faktische Amtshandlung, denn das Wesen dieser besteht darin, daß das behördliche Handeln im Rahmen der der Behörde zustehenden Befehls- und Zwangsgewalt vollzogen wird. Das ergibt sich zwingend aus dem Umstand, daß die Beschwerde nach dem Wortlaut der bezogenen Verfassungsbestimmung gegen Bescheide

gerichtet sein muß, wobei das Gesetz den Begriff des Bescheides durch die in Klammern beigesetzten Ausdrücke „Entscheidungen oder Verfügungen“ erläutert. Die Gerichte des öffentlichen Rechts erblicken in Übereinstimmung mit der Lehre das Wesen des als Bescheid umschriebenen Verwaltungsaktes im rechtsgestaltenden oder rechtsfeststellenden Inhalt einer behördlichen Willensäußerung, die in formeller Art an einen individuell bestimmten Addresaten gerichtet ist. Im gegenständlichen Fall kann die Unterlassung der Setzung des Beförderungsaktes seitens der NÖ LReg nicht der so umschriebenen faktischen Amtshandlung gleichgesetzt werden, weil das negative Verhalten des zuständigen Verwaltungsorgans in der Rechtssphäre des Beschwerdeführers im Sinne seiner Beeinträchtigung nicht in Erscheinung treten konnte. Auf eine Verbesserung der dienstrechlichen Stellung durch eine Beförderung in eine höhergestellte Dienstpostengruppe hatte aber der Beschwerdeführer keinen Anspruch. Das unterbliebene Zustandekommen einer Hebung der dienstrechlichen Stellung allein ohne Setzung eines Eingriffs in die bisherige Rechtsstellung kann niemals eine faktische Amtshandlung darstellen.

Anmerkung: Kategorie 2., wenn die Behörde mit dem Antragsteller nicht einmal Kontakt aufgenommen hat; hat sie sich dagegen ausdrücklich geweigert: Kategorie 3. mit Überwiegen der Unterlassenskomponente (siehe oben, Anm zu 1.).

3. Beschuß v 27.5.1961 VfSlg 3951/1961: Die Nichtgenehmigung eines Kaufvertrages durch die Grundverkehrskommission ist keine faktische Amtshandlung, weil die Untätigkeit der Behörde nicht als solche angesehen werden kann.

Anmerkung: Kategorie 2. oder 3. (siehe oben, Anm zu 2.).

4. Beschuß v 21.9.1962 VfSlg 4252/1962: Die faktische Nichtherausgabe beschlagnahmter Gegenstände ist keine faktische Amtshandlung, weil dafür das Vorliegen eines Tuns Voraussetzung ist.

Anmerkung: Kategorie 3. oder 2.; aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob die Behörde die Herausgabe der Gegenstände auf einen entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers hin ausdrücklich verweigert hat (diesfalls Kategorie 3., wobei die Unterlassenskomponente überwiegt), ob sie auf einen entsprechenden Antrag hin überhaupt nicht reagiert hat oder ob der Beschwerdeführer einen Antrag überhaupt nicht gestellt hat (Kategorie 2. in beiden Fällen; auch bezüglich der zweiten Alternative, da die Behörde sehr wohl Kenntnis von dem sich in ihrer Gewahrsame befindlichen fremden Eigentum hat und daher — im Gegensatz zum Modellfall der Kategorie 1. — dieses Unterlassen eine Handlung der Behörde bedeutet).

5. Beschuß v 7.6.1963 VfSlg 4436/1963: Die Mitteilung des Bundesministers für Justiz, eine vom Beschwerdeführer beantragte Weisung an die Staatsanwaltschaft nicht zu erteilen, ist keine faktische Amtshandlung.

Anmerkung: Kategorie 3., wobei die Komponente des Unterlassens überwiegt (siehe oben, Anm zu 1.).

6. Beschuß v. 26. 11. 1965 VfSlg 5132/1965: Die Nichtauszahlung — das gleiche gilt auch für eine bloß teilweise Auszahlung — eines auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhenden Bezuges stellt keine faktische Amtshandlung dar, da für diese in jedem Fall das Vorliegen eines behördlichen Handelns Voraussetzung ist.

Anmerkung: Kategorie 2., wenn die Behörde überhaupt nichts ausbezahlt (siehe oben, Anm zu 2.); Kategorie 3. mit gleichwertigen aktiven und passiven Komponenten, wenn die Behörde den Bezug nur teilweise auszahlt.

7. Erk v. 2. 6. 1967 VfSlg 5502/1967: Die Nichtausstellung eines beantragten Armenrechtszeugnisses ist keine faktische Amtshandlung, sondern es handelt sich dabei um eine Säumnis, zu deren Behandlung der VfGH nicht zuständig ist.

Anmerkung: Kategorie 2. (siehe oben, Anm zu 2.).

8. Beschuß v. 30. 11. 1967 VfSlg 5613/1967: Die Mitteilung der Justizbeamten, daß ein für den Untersuchungshäftling erlegter Betrag noch nicht freigegeben wird, ist keine faktische Amtshandlung, weil die Nichterledigung eines derartigen Antrages eine bloße Untätigkeit der Behörde darstellt. Zur Behandlung einer Säumnisbeschwerde ist der VfGH nicht zuständig.

Anmerkung: Kategorie 3., wobei die Komponente des Unterlassens überwiegt.

9. Erk v. 12. 12. 1969 VfSlg 6101/1969: Die Nichtrückgabe des Zulassungsscheines sofort nach Beendigung der Ausweiskontrolle ist eine unmittelbar wirksame Zwangsmaßnahme, gegen die die Einbringung eines administrativen Rechtsmittels nicht in Frage kommt. Die Maßnahme kann daher mit Beschwerde nach Art 144 B-VG bekämpft werden (vgl aber VwSlg 10485 A/1981!).

Anmerkung: Kategorie 3. Die Handlung muß in ihrem Gesamtzusammenhang betrachtet werden, sodaß sie Elemente des Tuns (Abnahme oder Entgegennahme des freiwillig ausgefolgten Zulassungsscheines) und des Unterlassens (Nichtrückgabe) enthält. Aus dem Gesichtspunkt der Wiedererlangung des Zulassungsscheines heraus überwiegt jedoch die Unterlassenskomponente; die Behörde könnte diese nur durch ein Tun, welches sie ja gerade nicht vornimmt, beseitigen.

10. Erk v. 30. 9. 1976 VfSlg 7848/1976. Die mündliche Verweigerung der luftfahrtbehördlichen Abfertigung und das Verbot des Abfluges hat rechtserzeugende Wirkung und stellt daher eine faktische Amtshandlung dar.

Anmerkung: Kategorie 3., wobei die Elemente des Unterlassens überwiegen (siehe oben, Anm zu 9.).

11. Erk v. 1. 10. 1977 VfSlg 8131/1977: Die Nichtrückgabe der freiwillig übergebenen Waffe zwecks waffenpolizeilicher Untersuchung nach Abschluß der Amtshandlung ist keine bloße Untätigkeit der Behörde, sondern wie die Ausübung unmittelbaren Zwanges zu werten (Verweis auf VfSlg 6101/1969).

Anmerkung: Kategorie 3. mit Überwiegen der Unterlassungskomponente (siehe oben, Anm zu 9.).

12. Erk v. 3. 10. 1980 VfSlg 8879/1980: Die Nichtrückgabe der übergebenen Privaturkunden durch die Behörde ist eine faktische Amtshandlung (Verweis auf VfSlg 8131/1977).

Anmerkung: Kategorie 3. mit Überwiegen der Unterlassenskomponente (siehe oben, Anm zu 9.).

13. Beschuß v. 1. 3. 1982 ZfVB 1982/2079: Die Ablehnung des Schutzes von Veranstaltern gegen Eierwerfer und dgl ist keine faktische Amtshandlung.

Anmerkung: Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob die Behörde diesen Schutz wenigstens mündlich verweigerte (Kategorie 3. mit Überwiegen der Unterlassenskomponente) oder auf einen entsprechenden Antrag hin überhaupt nicht reagiert hat (Kategorie 2.).

14. Erk v. 24. 6. 1983, B 535/82: Die Belassung in Verwaltungsstrafhaft, obwohl der VwGH inzwischen einem Antrag auf aufschiebende Wirkung des Straferkenntnisses stattgegeben hat, ist eine faktische Amtshandlung (Verweis auf VfSlg 7252/1974 und 7829/1979).

Anmerkung: Kategorie 3., wobei aus dem Gesichtspunkt der Nichtfreilassung die Unterlassenskomponente überwiegt (siehe oben, Anm zu 9.).

#### IV. Rechtsprechung des VwGH

Der VwGH hat in ausgewählten Fällen folgendermaßen entschieden:

1. Beschuß v. 15. 2. 1977 VwSlg 5084 F/1977: Die Einbehaltung der Lohnsteuer durch den Dienstgeber<sup>8)</sup> ist kein Akt behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.

Anmerkung: Kategorie 3. mit überwiegender Unterlassenskomponente in bezug auf die Auszahlung der Lohnsteuer; die Rechtswidrigkeit könnte nur durch ein Tun, das hier gerade nicht vorgenommen wird, beseitigt werden.

2. Beschuß v. 15. 12. 1977 VwSlg 9461 A/1977: Die Weigerung des Universitätsprofessors, durch Geschlossenhalten der Bibliothek seinem Assistenten die Benützung der Fachliteratur gemäß § 25 Abs 8 UOG zu ermöglichen, ist keine faktische Amtshandlung, weil diese begriffsnotwendig ein Tun voraussetzt.

Anmerkung: Kategorie 3., wobei die Komponente des Unterlassens bezüglich des Geschlossenhalts überwiegt (siehe oben, Anm zu 1.).

3. Beschuß v. 12. 6. 1981 VwSlg 10485 A/1981: Die bloße Nichtausfolgung eines vorläufig abgenommenen Führerscheines ist weder ein Bescheid noch eine faktische Amtshandlung.

Anmerkung: Kategorie 3., wobei die Komponente des Unterlassens in bezug auf die Ausfolgung des Führerscheins überwiegt (siehe oben, Anm zu 1.).

<sup>8)</sup> Gemäß §§ 78 ff EStG handelt es sich bei der Einbehaltung und Abfuhr der Lohnsteuer wohl um eine „Inpflichtnahme“ des Arbeitgebers durch den Bund (zum Begriff vgl Adamovich-Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht [1980] 279 f); insofern tritt daher jeweils der diesbezüglich mit „imperium“ ausgestattete Arbeitgeber dem Arbeitnehmer als Behörde gegenüber, sodaß die Einbehaltung der Lohnsteuer eine behördliche und keine private Handlung darstellt.

4. Erk v 19. 1. 1982 JBl 1982, 440 ff: Die Nichtannahme des Inskriptionsscheines ist eine faktische Amtshandlung, wenn dadurch die Antragstellung überhaupt unmöglich gemacht wird.

Anmerkung: Kategorie 3., wobei die Komponente des Unterlassens in bezug auf die Nichtannahme überwiegt (siehe oben, Anm zu 1.).

5. Erk v 22. 6. 1982, 03/0631/80: Die Verweigerung der Freigabe, vom Sichtflug zum Instrumentenflug überzugehen, stellt eine faktische Amtshandlung dar.

Anmerkung: Kategorie 3., wobei die Komponente des Unterlassens in bezug auf die Nichtfreigabe überwiegt (siehe oben, Anm zu 1.).

## V. Lösungsvorschlag

Vorweg sei festgehalten, daß der VfGH in ständiger Rspr erkennt, daß eine „bloße Untätigkeit der Behörde“ — worunter der Gerichtshof allerdings nicht nur Unterlassungen der Kategorie 2. versteht, sondern etwa auch die oben ausgewählten Fälle VfSlg Anhang 8/1956, 3951/1961, 5132/1965 und 5502/1967, die in die Kategorie 3. einzuordnen wären — keinesfalls eine „faktische Amtshandlung“ darstellen kann<sup>9)</sup>. Diese Haltung des VfGH erklärt sich vor allem aus der Entstehungsgeschichte der Maßnahmenbeschwerde.

Jene wurde erst 1975 durch die B-VG-Novelle BGBI 302 als Sonderform eines Rechtsmittels neben der Bescheidbeschwerde verfassungsgesetzlich institutionalisiert. Bis zu diesem Zeitpunkt gewährte die Verfassung lediglich gegen eine Form von Individualakten der Verwaltungsbehörden ausdrücklichen Rechtsschutz vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, nämlich gegen den Bescheid<sup>10)</sup>.

So lauteten die Art 129 Abs 1 und 144 Abs 1 B-VG zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des B-VG: Art 129 Abs 1: „Wer durch eine rechtswidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, kann nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof erheben.“

Art 144 Abs 1: „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden wegen Verletzung der verfassungsmäßig gewährleisteten Rechte durch die Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges.“

<sup>9)</sup> Vgl zusätzlich VfSlg 6470/1971; 6693/1973; 7454/1974; 8139/1977; 8677/1979; 9025/1981; ZfVB 1978/1382, 2247 und 2248; ZfVB 1982/1150 und 1157.

<sup>10)</sup> Die Weisungsbeschwerde im Fall des Art 81 a Abs 4 B-VG, eingeführt durch Art I Z 6 B-VG-Novelle BGBI 215/1962, stellte zwar keine Erweiterung des Rechtsschutzes des einzelnen gegenüber der Verwaltung dar, liefert aber einen Ansatzpunkt für die vor allem in der BRD aktuelle Thematik des „Organstreits“; vgl zum Stand der Diskussion zuletzt B e t h g e, Zwischenbilanz zum verwaltungsrechtlichen Organstreit, DVBl 1980, 824 f mWn; vgl auch W a l t e r — M a y e r, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>4</sup>, 269.

Die zweite Bundesverfassungsnovelle 1929 BGBI 392 änderte die entsprechenden Bestimmungen folgendermaßen:

Art 129 Abs 1: „Der Verwaltungsgerichtshof erkennt über Rechtswidrigkeit von Bescheiden (Entscheidungen oder Verfügungen) der Verwaltungsbehörden...“.

Art 144 Abs 1: „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Bescheide (Entscheidungen oder Verfügungen) der Verwaltungsbehörden, soweit der Beschwerdeführer durch den Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt zu sein behauptet...“.

Dieses Prinzip blieb, abgesehen von Änderungen bloß in der Formulierung, bis zur B-VG-Novelle 1975 erhalten, denn vor dem Inkrafttreten dieser Novelle lauteten die entsprechenden Bestimmungen:

Art 130 Abs 1: „Der Verwaltungsgerichtshof erkennt über Beschwerden, womit Rechtswidrigkeit von Bescheiden der Verwaltungsbehörden oder Verletzung der Entscheidungspflicht der Verwaltungsbehörden behauptet wird...“.

Art 144 Abs 1: „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Bescheide (Entscheidungen oder Verfügungen) der Verwaltungsbehörden, soweit der Beschwerdeführer durch den Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt zu sein behauptet...“<sup>11)</sup>.

Von dieser verfassungsgesetzlichen Normierung als Basis ausgehend überprüfte der VfGH — im Gegensatz zum VwGH — auch gewisse Realakte der Verwaltungsbehörden dann, wenn diese ein gewisses Naheverhältnis zu einem Bescheid aufweisen konnten und bezeichnete sie als „faktische Amtshandlungen“<sup>12)</sup>. Der Begriff des „Bescheides“ umfaßte daher nach Ansicht des VfGH nicht bloß die förmlichen Bescheide, die durch den Klammerausdruck „Entscheidungen oder Verfügungen“ in Art 144 Abs 1 B-VG verfassungsgesetzlich näher definiert waren, sondern auch diejenigen Akte der Verwaltungsbehörden, die — losgelöst vom förmlichen Verfahren im Umfeld der Bescheiderlassung — ebenfalls eine Entscheidung oder Verfügung der Behörde darstellten, wodurch die Behörde den einzelnen in seiner Grundrechtsphäre tangierte. Der Ausdruck „Entscheidungen oder Verfügungen“ ließ nun darauf schließen, daß eine „faktische Amtshandlung“ jedenfalls nur in einer Tätigkeit der Behörde erblickt werden konnte<sup>13)</sup>.

Die Beschränkung ist nun jedenfalls durch die B-VG-Novelle 1975 entfallen, und insofern ist auch bemerkenswert, daß der Verfassungsgesetzgeber im Jahre 1975 bei der Institutionalisierung der Maßnahmenbeschwerde vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts nicht den vom VfGH in ständiger Judikatur geprägten Begriff „faktische Amtshandlung“, sondern einen neuen Terminus, näm-

<sup>11)</sup> Vgl K l e c a t s k y, Das österreichische Bundesverfassungsrecht<sup>2</sup> (1973) 413 und 490.

<sup>12)</sup> Vgl zB VfSlg Anhang 7 und 8/1956.

<sup>13)</sup> Siehe oben sowie die Judikatur in FN 9.

lich den der „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ gewählt hat.

Zudem lassen die Stenographischen Protokolle — obwohl angesichts der Bedeutung dieser Verfassungsnotiz ungewöhnlich dürftig — doch erkennen, daß die B-VG-Novelle 1975 durchwegs vom Gedanken der Verbesserung des Rechtsschutzes des einzelnen getragen war, und zwar sowohl bezüglich der Schließung vorhandener wie auch der präventiven Verhinderung neu auftretender Lücken im Rechtsschutzsystem<sup>14)</sup>.

Eine Interpretation, die nun vom Wortlaut des Gesetzestextes ausgeht und dabei den Willen des Verfassungsgesetzgebers berücksichtigt, wird sohin gerade im Bereich der Leistungsverwaltung zu dem Ergebnis führen, daß eine (finale; siehe oben II bis IV) Untätigkeit der Behörde dann, wenn der einzelne dadurch in Grundrechten beeinträchtigt wird, als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt anzusehen ist. Dem stünde auch die Verwendung des Wortes „Ausübung“ im Gesetzestext nicht unbedingt entgegen, weil in einem Leistungstaat immer dann, wenn der einzelne auf die unsubstiutierbare Tätigkeit (= Leistung im weiteren Sinn) der Behörde einen Rechtsanspruch hat und darauf — um Grundrechtsverletzungen vorzubeugen oder diese zu beseitigen — angewiesen ist, die Unterlassung jener Tätigkeit eine besondere Form der Ausübung von Zwang darstellt. Eine derartige Interpretation des Wortes „Ausübung“ ist mit der ursprünglichen Bedeutung dieses Wortes durchaus vereinbar, weil es nach dieser Formulierung nicht auf die Art, sondern auf den Effekt der Handlung ankommt und weil man auch davon auszugehen hat, daß sich mit der Wandlung vom Eingriffs- zum Leistungstaat auch der Begriff des „staatlichen Zwanges“ entsprechend verändert hat.

Da auch der Einwand des VfGH, daß für den Fall der Untätigkeit der Behörde die Verfassung besondere Rechtsschutzeinrichtungen vorsieht, so daß diesfalls eine Zuständigkeit des VfGH nicht besteht<sup>15)</sup>, gerade für die hier vorliegende Ausgangssituation nicht zutrifft, weil dieses Rechtsmittel ein Antragsrecht des einzelnen im Verwaltungsverfahren voraussetzt, über das die Behörde durch Bescheid abzusprechen hätte, würde — betrachtet man eine derartige Untätigkeit der Behörde nicht als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt — dem Betroffenen jeglicher Rechtsschutz fehlen. Da-

her spricht auch eine grundprinzipienkonforme, nämlich rechtsstaatliche und deshalb auch jegliche Lücke im Rechtsschutzsystem verneinende Interpretation dieser Verfassungsbestimmung für die Qualifikation einer derartigen Untätigkeit der Behörde als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.

Sonst käme man im vorliegenden Fall zu einem negativen Kompetenzkonflikt. Da nach Ansicht des VfGH nur der VwGH zuständig ist, die Untätigkeit der Behörde auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen (siehe oben), läge es am VwGH, diese Lücke im Rechtsschutzsystem zu schließen. Der VwGH vertrat nun insb im Beschuß v 15.12.1977 VwSlg 9461 A/1977 die Ansicht, daß die „Maßnahmenbeschwerde“ nur ein subsidiäres Rechtsmittel darstellt, auf das in dem Fall, daß der einzelne zwar in subjektiven Rechten verletzt ist, aber keine Antragslegitimation im Verwaltungsverfahren hat, nicht zurückgegriffen werden müßte. Denn der Betroffene hat — so der VwGH — die Möglichkeit, die bescheidmäßige Feststellung<sup>16)</sup> strittiger Rechte zu begehrn, wenn der Bescheid im Einzelfall notwendiges Mittel der Rechtsverteidigung ist, so insb dann, wenn sich die Verpflichtung der Behörde, auf die sich der Feststellungsantrag bezieht, unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Erläßt die Behörde diesen Feststellungsbescheid nicht, so kann dieser infolge eines Devolutionsantrages auch durch die Oberbehörde bzw aufgrund einer Säumnisbeschwerde vom VwGH substituiert werden. Diese Möglichkeit besteht jedoch nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, vom Beschwerdeführer „nur“ die Verletzung von Grundrechten und nicht eine Verletzung einfachgesetzlicher subjektiv-öffentlicher Rechte behauptet werden kann, weil diesfalls der VwGH — zu unrecht<sup>17)</sup> — unter Hinweis auf Art 133 Z 1 B-VG seine Zuständigkeit verneint<sup>18)</sup>. Damit bliebe also die Lücke im

<sup>16)</sup> Dies wirft die Frage nach der Vollstreckbarkeit von Feststellungsbescheiden auf, welche die herrschende Auffassung im Prinzip verneint (vgl zB Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts<sup>2</sup> [1980] 131 und 311f und die dort zit. Judikatur sowie Adamovich-Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht [1980] 214); im vorliegenden speziellen Fall dürfte der VwGH dieser Frage aber positiv gegenüberstehen, denn dort, wo der Einzelne Träger gesetzesunmittelbar — also ohne dazwischenstehenden Individualisierungsakt — gewährter subjektiv-öffentlicher Rechte ist, dient dieser Feststellungsbescheid primär ja nicht zur Feststellung strittiger Rechte, sondern es geht vornehmlich — so der VwGH in VwSlg 9461 A/1977 — um die „... Möglichkeit, sein Recht durch Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides zu verfolgen und durchzusetzen...“ Es handelt sich daher materiell eigentlich um einen Leistungsbescheid.

<sup>17)</sup> Vgl Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 41; Novak, Die Säumnisbeschwerde in Verfassungsangelegenheiten, in: Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart, Hellbling-FS (1981) 302 ff.

<sup>18)</sup> Vgl den Beschuß v 9.3.1971, 309/71 sowie VwSlg 1776 A/1950.

<sup>14)</sup> Vgl StenProt NR 13. GP, 145. Sitzung v 15.5. 1975 (S 13.985, 13.999 und 14.001 ff [insb Ermacora auf S 14.003 und 14.004]) sowie — diesbezüglich kaum aussagekräftig — 131 und 1600 BlgNR 13. GP; vgl auch Funk, Anfechtung 72, der eine restriktivere Interpretation des neuen Terminus im Vergleich zum Begriff „faktische Amtshandlungen“ jedenfalls ablehnt, und die dort in FN 97 zit. Literatur.

<sup>15)</sup> Vgl VfSlg 5502/1967; 5613/1967; 6434/1971; 6470/1971; 8139/1977; 8677/1979; 9025/1981; ZfVB 1978/1382, 2247 und 2248; ZfVB 1982/1157.

Rechtsschutzsystem bestehen und könnte nur durch die Anerkennung dadurch qualifizierter Untätigkeiten, daß die Behörde bloß objektiv zur Tätigkeit verpflichtet ist, gleichzeitig aber durch die finale Untätigkeit Grundrechte des einzelnen beeinträchtigt werden, als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt geschlossen werden.

In diese Richtung deuten einige der jüngeren der oben ausgewählten Erkenntnisse der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, die vereinzelt bestimmte qualifizierte Unterlassungen, also solche, die wenigstens mit einem finalen Tun verknüpft sind, als „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ einstufen und sich damit in einen gewissen Widerspruch zur älteren Judikatur setzen. So lag, obwohl es sich — schematisch betrachtet — jeweils um Handlungen der Kategorie 3. handelte, nach Ansicht des VfGH bei der Zurückbehaltung beschlagnahmter Gegenstände (VfSlg 4252/1962), bei der Nichterteilung einer Weisung (VfSlg 4436/1963), bei der Nichtfreigabe von für den Untersuchungshäftling hinterlegten Geldbeträgen (VfSlg 5613/1967) und bei der Nichtausfolgung von zu verzollenden Postsendungen (VfSlg 6739/1976) keine „faktische Amtshandlung“ vor, dagegen stellten aber die Weigerung der Annahme eines Schriftstückes (VfSlg 1118/1928), die Nichtrückgabe des Zulassungsscheines (VfSlg 6101/1969) (siehe aber VfSlg 4252/1962!), die Verweigerung der luftfahrtbehördlichen Abfertigung (VfSlg 7848/1976), die Nichtrückgabe einer Waffe (VfSlg 8131/1977) oder von Privaturkunden (VfSlg 8879/1980) sowie die Belassung in Verwaltungsstrafhaft (Erk v 24. 6. 1983, B 535/1982) jeweils eine „faktische Amtshandlung“ bzw. „Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ dar. Auch die nicht so umfangreiche, weil auch erst 1976 beginnende und daher nur bedingt aussagekräftige Judikatur des VwGH sah zunächst in der Einbehaltung der Lohnsteuer durch den Dienstgeber (VwSlg 5084 F/1977), im Geschlossenhalten der Bibliothek (VwSlg 9461 A/1977), und in der Nichtausfolgung eines vorläufig abgenommenen Führerscheines (VwSlg 10485 A/1981) keine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, sodann aber in der Nichtannahme des Inskriptionsscheines (Erk v 19. 1. 1982 JBl 1982, 440 ff) und in der Verweigerung der Freigabe, vom Sichtflug zum Instrumentenflug überzugehen (Erk v 22. 6. 1982, 03/0631/80).

Diese „jüngere Linie“ kann aber auch beim VfGH kaum als solche bezeichnet werden, da sie insofern nicht einheitlich ist, als der VfGH wiederholt Handlungen der Kategorie 3. teilweise als „bloße Untätigkeit der Behörde“ qualifiziert und dadurch wieder zu seiner älteren Auffassung zurückkehrt und daran festhält, daß in einer Untätigkeit keine faktische Amtshandlung erblickt werden kann<sup>19)</sup>.

<sup>19)</sup> VfSlg 8139/1977; 8677/1979; 9025/1981; ZfVB 1978/1382, 2247 und 2248; ZfVB 1982/1150 und 1157.

## Amtshaftung statt Kundmachung? Bemerkungen zur E 1 Ob 6/82<sup>1)</sup>

Von Univ.-Ass. Dr. Ferdinand Kerschner, Linz

### I. Allgemeines

Eine wahre Verfahrens-Odyssee hatte der Kläger im zu besprechenden Fall zu bestehen. Alle Höchstgerichte mußte er anrufen, bis ihm endlich und auch etwas überraschend vom OGH qua Amtshaftung — wenngleich nur teilweise — Ersatz zugesprochen worden ist.

Was war geschehen<sup>2)</sup>? Der Kläger war vom 1. 1. 1974 bis 24. 11. 1977 Stadtrat (mit Referat) der beklagten burgenländischen Gemeinde. Am 14. 12. 1973 hatte der Gemeinderat pauschale Aufwandsentschädigungen für die Gemeindefunktionäre ab 1. 1. 1974 beschlossen. Während für den Bürgermeister die Bezahlung der Entschädigung ausdrücklich vierzehnmal jährlich vorgesehen war, wurden die Entschädigungen der übrigen Funktionäre nach bestimmten Prozentsätzen der Aufwandsentschädigung des Bürgermeisters bemessen. Ein Anschlag des Gemeinderatsbeschlusses an der Amtstafel erfolgte nicht.

Die beklagte Partei hatte die beschlossene Aufwandsentschädigung dem Kläger laufend bis zu dessen Ausscheiden aus dem Gemeinderat zwölftmal jährlich ausbezahlt. Mit der Begründung, daß ihm die Entschädigung vierzehnmal jährlich gebührt hätte, begehrte der Kläger am 24. 11. 1977 von der Gemeinde schriftlich die Nachzahlung der Differenz. Der Gemeinderat faßte einen ablehnenden Beschuß und verwies auf den Rechtsweg. Da trotz „Einspruchs“ und Devolutionsantrags durch den Kläger die Gemeinde untätig blieb, erhob der Kläger Säumnisbeschwerde beim VwGH gemäß Art 132 B-VG. Der VwGH (22. 1. 1980, 977/79—7) wies mangels ausdrücklichem Bescheidrecht eines Gemeindeorgans und daher mangels Verletzung der Entscheidungspflicht zurück. Der erhobene Anspruch sei ein vermögensrechtlicher Anspruch iSd Art 137 B-VG und daher unmittelbar beim VfGH geltend zu machen. Daraufhin begehrte der Kläger die Entschädigungsdifferenz samt Verzugszinsen beim VfGH gemäß Art 137 B-VG. Der VfGH wies die Klage ab, weil sich der Kläger auf eine Verordnung der Gemeinde stütze, der wegen fehlender Kundmachung (kein Anschlag an der Amtstafel) keine Normqualität zukomme.

Der Kläger begehrte schließlich — gestützt auf Amtshaftung — Ersatz der Bezugsdifferenz, der Verzugszinsen und der Kosten des Verfahrens vor dem VfGH vor den ordentlichen Gerichten. Das Erstgericht gab der Klage zur Gänze statt, das Berufungsgericht wies zur Gänze ab. Der OGH schließlich sprach dem Kläger Ersatz der Bezugsdifferenz und der Verzugszinsen zu,

<sup>1)</sup> OGH 17. 3. 1982, 1 Ob 6/82, veröffentlicht in diesem Heft der JBl 1984, 373.

<sup>2)</sup> Vgl die Einzelheiten des Sachverhalts unten 374.