



10. Oktober 2004

**Expertengruppe des Präsidiums
„Handlungsformen und Rechtsschutz in der öffentlichen Verwaltung“**

Bericht

I. Allgemeines

I. Vom Präsidium des Österreich-Konvents wurde in seiner Sitzung vom 28. Juni 2004 eine Expertengruppe zur Beratung nachstehender Themen eingesetzt:

„A) Handlungsformen

1. Einführung des öffentlich-rechtlichen Vertrags
2. Sonstige Typen des Verwaltungshandelns (z.B. Ziel- oder Leistungsvereinbarungen, handelbare Zertifikate, Warnungen uä)
3. Verfassungsrechtliche oder einfachgesetzliche Festlegung?
4. Abgrenzung öffentliches Recht – Privatrecht, insbesondere hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz

B) Rechtsschutz

(unter Berücksichtigung einer Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz)

1. Aufgabe des Typenzwangs?
2. Einführung eines allgemeinen Verwaltungsaktes oder Typenfestlegung durch den einfachen Gesetzgeber als Anknüpfungspunkt für den Rechtsschutz
3. Einführung neuer Rechtsschutzinstrumente (z.B. Urteilsklage, Leistungsklage, einstweilige Verfügung)

C) Auswirkungen der Ergebnisse von A) und B) insbesondere auf die Privatwirtschaftsverwaltung, etwa hinsichtlich Gesetzesbindung, Grundrechtsbindung, Rechtsschutz und Amtshaftung“

Das Präsidium hat folgende Mitglieder dieser Expertengruppe nominiert:

Univ.Prof. Dr. Michael Holoubek (Koordination)

Univ.Prof. Dr. Franz Merli

Landesamtsdirektor Dr. Eduard Pesendorfer

Dr. Johannes Schnizer

Univ.Ass. Dr. Alfred Schramm

Univ.Prof. Dr. Rudolf Thienel

2. Die Expertengruppe hält fest, dass sie vom Präsidium des Österreich-Konvents um ihre Meinung zu den oben angeführten Fragestellungen gebeten wurde. Alle Mitglieder der Expertengruppe haben ihre Tätigkeit in dieser Gruppe in der Annahme ausgeübt, dass ihre Arbeit zur Unterstützung der Tätigkeit des Konvents, insbesondere der einzelnen Ausschüsse, die mit den von der Expertengruppe zu behandelnden Themen befasst sind, und des Präsidiums dient, denen daher auch die Entscheidung zukommt, ob und allenfalls inwieweit sie die Anregungen, die die Expertengruppe im Folgenden als Ergebnis ihrer Beratungen vorlegt, in ihre Arbeit aufnehmen.

II. Prämissen

Die Expertengruppe ging bei ihren Beratungen von folgenden Prämissen aus:

- Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz wird als Ausgangspunkt vorausgesetzt.
- Sowohl die genaue Ausgestaltung der Formen des Verwaltungshandelns (Bescheid, Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlicher Vertrag etc) wie das Rechtsschutzverfahren vor Verwaltungsgerichten (einschließlich der Ausgestaltung einzelner „Klagearten“) ist einfach gesetzlich zu regeln. Auf Verfassungsebene sollen nur folgende Punkte geregelt werden:
 - Über eine Zuständigkeitszuweisung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von bestimmten Handlungsformen der Verwaltung (Bescheid, Verwaltungsakt, verwaltungsrechtlicher Vertrag etc);
 - eine entsprechende Kompetenzzuweisung an den einfachen Gesetzgeber betreffend Materien- und Verfahrenskompetenz;
 - die Antragsbefugnis bei künftigen Verwaltungsgerichten.
- Das subjektive öffentliche Recht soll jedenfalls als Begründung und Grenze für den Zugang zu individuellem Rechtsschutz fungieren.

III. Einführung und Anwendungsbereiche verwaltungsrechtlicher Verträge

In der Expertengruppe wurden folgende Konstellationen diskutiert, in denen verwaltungsrechtliche Verträge zur Anwendung kommen können. Diese geben unterschiedlich weit reichende „Einsatzmöglichkeiten“ des verwaltungsrechtlichen Vertrages wieder. Übereinstim-

mung besteht in der Expertengruppe darüber, dass der Einsatz des Instruments „verwaltungsrechtlicher Vertrag“ jedenfalls einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen sollte. Die Verwaltung soll also verwaltungsrechtliche Verträge nur dann abschließen dürfen, wenn das Materiengesetz dazu ermächtigt. Ein Modell, in dem – vergleichbar mit Art 18 Abs 2 B-VG zu Verordnungen – Verwaltungsorgane unmittelbar auf Grund der Verfassung verwaltungsrechtliche Verträge schließen können, wird in der Expertengruppe einhellig abgelehnt.

a) „Bescheidersetzender Vertrag“:

Der verwaltungsrechtliche Vertrag wird „in Vollziehung der Gesetze“ abgeschlossen, daher sind Imperium und subsidiäre Regelungsmöglichkeit durch einseitige Hoheitsakt Voraussetzung. Private können über öffentlich-rechtliche Ansprüche einen verwaltungsrechtlichen Vertrag schließen, wenn die Behörde das Rechtsverhältnis subsidiär durch Bescheid regeln könnte.

Zu unterscheiden sind hier also

- Verträge zwischen Verwaltungsbehörden und vom Staat im engeren Sinn unabhängigen physischen und juristischen Personen und
- Verträge zwischen derartigen Personen untereinander über Gegenstände der Vollziehung der Gesetze.

In der Expertengruppe besteht Übereinstimmung, dass für diese Kategorie von Fallkonstellationen jedenfalls die Möglichkeit eingeführt werden sollte, gesetzlich den Einsatz verwaltungsrechtlicher Verträge vorsehen zu können.

b) Vereinbarungen zwischen öffentlichen Rechtsträgern untereinander sowie zwischen öffentlichen Rechtsträgern und selbständigen privaten wie öffentlichen Rechtspersonen über Rechtspositionen, die nicht Gegenstand zivilrechtlicher Vereinbarungen sein können.

In der Expertengruppe besteht zunächst Übereinstimmung, dass auch für die Fallkonstellation „Vereinbarungen zwischen öffentlichen Rechtsträgern untereinander über Gegenstände der Hoheitsverwaltung“ die Möglichkeit für den Gesetzgeber eröffnet werden sollte, den Einsatz verwaltungsrechtlicher Verträge vorzusehen.

Ein Teil der Expertengruppe will darüber hinaus dem Gesetzgeber die Einsatzmöglichkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags auch für Vereinbarungen zwischen öffentlichen

Rechtsträgern und selbständigen privaten wie öffentlichen Rechtspersonen eröffnen. Der andere Teil der Expertengruppe lehnt diese Erweiterung ab.

Als Beispiele für die erstgenannte Kategorie werden etwa Vereinbarungen zwischen Gemeinden über die Abstimmung der Flächenwidmung, als Beispiele für die erweiterte zweitgenannte Kategorie Vereinbarungen zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben an ausgegliederte Rechtsträger oder Vereinbarungen über die Erlassung von Hoheitsakten genannt.

Übereinstimmung besteht in der Expertengruppe, dass Vereinbarungen, durch die eine generelle Rechtsgestaltung mit Außenwirkung erfolgt, also beispielsweise „verordnungsersetzende Vereinbarungen“ im Hinblick auf die damit verbundenen Probleme (Publikation, Rechtsschutz) nicht zweckmäßig und die Möglichkeit ihrer Einführung auch verfassungsrechtlich nicht vorgesehen werden sollte. Der verwaltungsrechtliche Vertrag sollte insofern dem vertragsrechtlichen Denken verpflichtet bleiben, als durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag grundsätzlich nur die vertragsschließenden Rechtsträger verpflichtet werden können.

c) Verwaltungsrechtliche Verträge im „nicht hoheitlichen“ Bereich, wenn es um die unmittelbare Erfüllung spezieller Verwaltungsaufgaben geht

In dieser Kategorie besteht ein grundsätzlicher Auffassungsunterschied innerhalb der Expertengruppe: Ein Teil lehnt verwaltungsrechtliche Verträge über Gegenstände, die bislang dem Art 17 B-VG und damit der Privatwirtschaftsverwaltung zugeordnet sind, ab und schlägt vor, die einschlägige verfassungsrechtliche Ermächtigung zur gesetzlichen Einführung verwaltungsrechtlicher Verträge so zu gestalten, dass dem Gesetzgeber die Einführung verwaltungsrechtlicher Verträge in diesem Bereich grundsätzlich verwehrt ist.

Der andere Teil der Expertengruppe will es dem Gesetzgeber frei stellen, verwaltungsrechtliche Verträge auch in Angelegenheiten vorzusehen, die dem nicht hoheitlichen Bereich, also bislang der „Privatwirtschaftsverwaltung“ im Sinne des Art 17 B-VG, zugeordnet sind. Vor Augen stehen hier insbesondere Verträge über die Erfüllung unmittelbarer Verwaltungsaufgaben bzw. damit zusammenhängend „gemischte Verträge (zB „Konzessionen“), mit denen sowohl Gegenstände der Hoheits- wie Gegenstände der Privatwirtschaftsverwaltung geregelt werden. Konsequenz dieser Auffassung ist, dass in der Verfassung grundsätzlich der Gesetzgeber auch zur Einführung verwaltungsrechtlicher Verträge in diesem erweiterten Bereich ermächtigt werden sollte. Sieht der Gesetzgeber diesfalls entsprechend den Einsatz des verwaltungsrechtlichen Vertrages vor, hat das die Zuordnung der Angelegenheit zur Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Folge (insoweit wird

dann durch die gesetzgeberische Entscheidung ein bislang wegen Art 17 B-VG den Zivilgerichten zugeordneter Bereich in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte übertragen).

IV. Rechtsschutz gegen die Verwaltung – Zugang zu den Verwaltungsgerichten

In der Expertengruppe besteht Übereinstimmung darüber, dass die Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages auf Verfassungsebene zu erfolgen hat. Damit ist es auch erforderlich, bei der Umschreibung der Zuständigkeit künftiger Verwaltungsgerichte den Rechtsschutz aus und bei verwaltungsrechtlichen Verträgen zu regeln.

Im Hinblick darauf und im Hinblick auf das der Expertengruppe vorgegebene Thema einer möglichen Loslösung des Anfechtungsgegenstands bei Verwaltungsgerichten vom bisherigen „Typenzwang“ hat die Expertengruppe – im Sinne der unter Punkt I/2 dargelegten Arbeitsannahme – auch über Textvorschläge diskutiert, die bei einer künftigen Umschreibung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in der Verfassung Verwendung finden könnten.

Dabei wurden in der Expertengruppe als Ausgangspunkt zwei unterschiedliche Zugänge zur Umschreibung der Antragsbefugnis bei Verwaltungsgerichten diskutiert:

- Das Beibehalten des bisherigen Systems eines – allenfalls erweiterten oder gelockerten – Typenzwangs und
- ein weitgehend rechtsformenunabhängiger Zugang zu den Verwaltungsgerichten bei „Eingriffen der Verwaltung in subjektiv öffentliche Rechte“.

Innerhalb der Expertengruppe besteht Dissens darüber, welches System der Zugangsregelung gewählt werden soll. Dissens besteht auch darüber, ob die Bekämpfbarkeit von „sonstigen Verwaltungsakten“ vor den Verwaltungsgerichtshöfen kraft Verfassung oder nur dann möglich sein soll, wenn der (einfache) Gesetzgeber eine solche Bekämpfbarkeit vorsieht. Ein Teil der Expertengruppe lehnt insbesondere aus Praxisüberlegungen eine generelle Bekämpfbarkeit sonstiger Verwaltungsakte (über die Typen des Bescheids, der Befehls- und Zwangsgewalt sowie des verwaltungsrechtlichen Vertrags hinaus) ab, die Entscheidung darüber soll dem jeweiligen (einfachen) Materiengesetzgeber zukommen. Der andere Teil der Expertengruppe ist der Auffassung, dass sich die Bekämpfbarkeit auch „sonstiger Verwaltungsakte“ aus Rechtsschutzgründen bereits aus der Verfassung ergeben soll, es dem (einfachen) Gesetzgeber aber im Rahmen der Verfassung freisteht, in konkreten Verwaltungsverfahren nur bestimmte Verwaltungsakte, etwa den ein Verfahren abschließenden Bescheid, für bekämpfbar zu erklären.

V. Textvorschläge

Im Hinblick auf die Aufforderung des Präsidenten des Österreich-Konvents, derzufolge der Bericht Textvorschläge allenfalls in Varianten enthalten soll, hat sich die Expertengruppe dazu entschlossen, drei Textvorschläge zu erarbeiten, die die jeweils unterschiedlichen Auffassungen über die behandelten Fragestellungen wiedergeben. Die Expertengruppe hat dabei die einzelnen Textvorschläge ungeachtet der Tatsache, dass die Mitglieder der Expertengruppe jeweils unterschiedliche Textvorschläge unterstützen, alle Textvorschläge gemeinsam beraten und versucht, innerhalb des Systems des jeweiligen Textvorschlags möglichst konsistente und widerspruchsfreie Vorschläge vorzulegen.

Im Nachfolgenden werden diese Vorschläge mit knappen Erläuterungen wiedergegeben. Für teilweise ausführlichere Darlegungen wird auf die Anlagen zu diesem Bericht (von einzelnen Mitgliedern der Expertengruppe vorgelegte Papiere) verwiesen.

A. Textvorschlag 1 (Thienel):

a) Umschreibung der Zuständigkeit künftiger Verwaltungsgerichte in der Verfassung:

„(1) Die Verwaltungsgerichte erster Instanz erkennen nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, soweit ein solcher in Betracht kommt,

1. über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch einen Bescheid oder einen sonstigen Verwaltungsakt einer Verwaltungsbehörde in ihren Rechten verletzt zu sein;
2. über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch Verwaltungsbehörden, sofern der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt war;
3. zur Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen über Gegenstände der Vollziehung der Gesetze einschließlich damit zusammenhängender schadenersatzrechtlicher Ansprüche.

(2) Unter welchen Voraussetzungen auch in anderen als den in Absatz 1 Z 1 angeführten Fällen Beschwerden gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden wegen Rechtswidrigkeit zulässig sind, wird in den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen bestimmt.“

Erläuterungen:

Zu z 1: Auch die künftigen Verwaltungsgerichte sollen – dem bestehenden System der Verwaltungsgerichtsbarkeit entsprechend – nur gegen bestimmte Typen von Akten angerufen werden können. Eine vorsichtige Ausweitung gegenüber der derzeitigen Rechtslage besteht darin, dass als Anfechtungsgegenstände neben den Bescheiden und den Akten verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt auch alle sonstigen „Verwaltungsakte“ bestimmt werden. Mit diesem – in der österreichischen und deutschen Lehre einigermaßen gefestigten – Begriff sind alle individuellen, außenwirkenden, hoheitlichen rechtsgestaltenden Akte von Verwaltungsbehörden gemeint. Entscheidend ist, dass sich in dem Akt ein behördlicher Wille manifestiert, die Rechtssphäre des Betroffenen zu gestalten, sei es, dass dieser zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verhalten werden soll. Dazu kann man zB das Fotografieren von Teilnehmern an einer Versammlung durch behördliche Organe zählen. Nicht erfasst sind Akte, in denen kein solcher rechtsgestaltender Wille der Behörde zum Ausdruck kommt, wie insb Wissenserklärungen; daher ist zB eine angeblich falsche Auskunft der Behörde kein anfechtbarer Verwaltungsakt.

Zu Z 2: Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen Art 132 B-VG; es wird daran festgehalten, dass nur die Säumnis bei der Erlassung von Bescheiden bekämpft werden kann; über einen strittigen Anspruch auf Setzung von „Realakten“ der Behörde hat zunächst die Behörde durch Bescheid zu entscheiden, eine direkte Anrufung des Verwaltungsgerichtes soll – dem herkömmlichen System der Verwaltungsgerichtsbarkeit entsprechend – nicht vorgesehen werden.

Zu Z 3: Im Hinblick auf die Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages wird die Entscheidungskompetenz des Verwaltungsgerichtes zur Entscheidung über Streitigkeiten aus einem solchen Vertrag begründet. Diese Kompetenz besteht nur für Streitigkeiten aus einem bereits abgeschlossenen Vertrag; ein allfälliger Anspruch auf Abschluss eines solchen Vertrages kann nicht durch Klage beim Verwaltungsgericht durchgesetzt werden, vielmehr hat darüber – der traditionellen Systematik des österreichischen Verwaltungsrechts entsprechend – die Verwaltungsbehörde durch Bescheid zu entscheiden. Um Zuständigkeitsabgrenzungen zu den ordentlichen Gerichten im Bereich des Amtshaftungsrechts zu vermeiden, soll das Verwaltungsgericht auch über alle schadenersatzrechtlichen Ansprüche im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung entscheiden. Die Kompetenz des Verwaltungsgerichtes steht unter dem allgemeinen Vorbehalt, dass kein verwaltungsbehördlicher Instanzenzug besteht; der Gesetzgeber könnte daher ausnahmsweise vorsehen, dass über Streitigkeiten aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag eine Verwaltungsbehörde durch Bescheid entscheiden kann. In diesem Fall wäre eine unmittelbare Anrufung des Verwaltungsgerichtes nicht möglich.

b) Ferner sollte Art 18 B-VG (bzw die entsprechende Nachfolgebestimmung) durch folgenden Absatz ergänzt werden:

„(X) Durch Gesetz kann vorgesehen werden, dass über Gegenstände der Vollziehung der Gesetze Verträge zwischen Verwaltungsbehörden und physischen oder juristischen Personen sowie zwischen physischen oder juristischen Personen untereinander geschlossen werden können; dazu gehören auch Verträge zwischen Rechtsträgern des öffentlichen Rechts, mit denen diese Vereinbarungen über die Ausübung ihrer Befugnisse in Vollziehung der Gesetze treffen, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich des Art 15a B-VG fallen.“

Erläuterungen: „Verwaltungsrechtliche Verträge“ sollen nur im Bereich der Hoheitsverwaltung abgeschlossen werden können; für den Bereich der nicht-hoheitlichen Verwaltung steht ohnedies die Möglichkeit zivilrechtlicher Verträge offen, und damit auch der Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte. Die Formulierung stellt klar, dass verwaltungsrechtliche Verträge über Gegenstände der Privatwirtschaftsverwaltung nicht zulässig sind.

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag soll nur abgeschlossen werden können, soweit der Gesetzgeber dazu eine explizite Ermächtigung erteilt; dabei wäre auch festzulegen, welcher Spielraum der Behörde zukommen soll.

Der Text sieht folgende Arten von Verträgen vor: Verträge zwischen der Behörde und anderen Rechtsträgern; damit besteht die Möglichkeit, anstelle eines (einseitigen) Bescheides eine auf Konsens beruhende Rechtsgestaltung vorzusehen. Weiters ermöglicht der Text Verträge zwischen Rechtsträgern über öffentlich-rechtliche Rechtspositionen (zB im Wasserrecht); auch damit wird ermöglicht, anstelle eines Bescheides eine konsensuale Rechtsgestaltung vorzunehmen. In diesen Konstellationen ersetzt der verwaltungsrechtliche Vertrag einen Bescheid. Kommt eine Einigung nicht zustande, hat die Behörde allenfalls einen Bescheid zu erlassen.

Als dritten Typus sieht der Text Verträge zwischen öffentlichen Rechtsträgern vor, mit denen diese die Ausübung ihrer Hoheitsbefugnisse abstimmen können, zB Vereinbarungen zwischen Gemeinden über die Gestaltung ihrer Flächenwidmungen. Verträge, mit denen unmittelbare Rechtswirkungen für Dritte erzeugt werden, sollen durch die vorgeschlagene Formulierung ausgeschlossen werden.

Eine Koordination der hoheitlichen Befugnisse ist schon derzeit in Art 15a B-VG im Verhältnis zwischen Bund und Ländern bzw zwischen den Ländern untereinander vorgesehen; um Überschneidungen zu vermeiden, werden daher Verträge, die in den Anwendungsbereich des Art 15a B-VG fallen, vom Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Formulierung ausgenommen.

c) Die Kompetenz zur Regelung des Vertragsrechts für verwaltungsrechtliche Verträge sollte man als Bedarfskompetenz nach dem Muster des Art 11 Abs 2 B-VG dem Bund zuweisen; man könnte in Art 11 Abs 2 B-VG (oder die entsprechende Nachfolgebestimmung) folgende Formulierung einfügen:

„... das Verwaltungsstrafverfahren, die Verwaltungsvollstreckung und die allgemeinen Bestimmungen betreffend Verträge über Gegenstände der Vollziehung der Gesetze ...“

Erläuterungen:

Es erscheint sinnvoll, eine einheitliche Regelung des allgemeinen Vertragsrecht für verwaltungsrechtliche Verträge durch die Begründung einer Bedarfskompetenz des Bundes – analog zu jene im Verwaltungsverfahrensrecht – zu begründen. Es wäre systematisch denkbar, die einfachgesetzlichen Regelungen des allgemeinen Vertragsrechts der verwaltungsrechtlichen Verträge – ähnlich wie im deutschen VwVfG – im AVG zu treffen.

B. Textvorschlag 2 (Holoubek):

1. Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte:

„(1) Die Verwaltungsgerichte [erster Instanz] entscheiden

a) nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, soweit ein solcher in Betracht kommt, über Klagen gegen die Verwaltung wegen Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte

1. durch Bescheide und sonstige Verwaltungsakte,

2. durch Nichterlassen eines Bescheides oder sonstigen Verwaltungsakts;

b) [soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist] über Rechtsstreitigkeiten mit der Verwaltung aus Rechtsverhältnissen auf Grund eines Bescheides oder sonstigen Verwaltungsakts;

Erläuterungen:

Damit soll – unter der wie allgemein daher auch hier gegebenen Ausgestaltungsmöglichkeit durch den einfachen Gesetzgeber – die Möglichkeit für Rechtsstreitigkeiten aus hoheitlich begründeten Verwaltungsrechtsverhältnissen (zB Anschluss an das Wasser- oder Kanalnetz in einer Gemeinde) eröffnet werden. Über wechselseitige Verpflichtungen aus diesem Rechtsverhältnis – beispielsweise die Sperre der Wasserzufuhr – ist damit der Rechtsschutz eröffnet, ohne dass es zwingend der Erlassung eines (Feststellungs)Bescheides (beispielsweise über die Anordnung der Wassersperre) bedarf.

c) über Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen einschließlich damit zusammenhängender schadenersatzrechtlicher Ansprüche.

(2) Unter welchen Voraussetzungen auch in anderen als den in Abs 1 lit a angeführten Fällen Klagen gegen die Verwaltung wegen Rechtswidrigkeit von Bescheiden oder sonstigen Verwaltungsakten zulässig sind, wird in den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen bestimmt.“

2. Ferner sollte Art 18 B-VG (bzw die entsprechende Nachfolgebestimmung) durch folgenden Absatz ergänzt werden:

„(x) Durch Gesetz kann vorgesehen werden, dass über Gegenstände der hoheitlichen und nicht hoheitlichen Vollziehung der Gesetze Verträge mit der Verwaltung oder zwischen selbständigen Verwaltungsträgern (verwaltungsrechtliche Verträge) abgeschlossen werden können.“

Erläuterung:

Diese Formulierung ermöglicht es, auch über derzeit der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnende Angelegenheiten und vor allem auch über „gemischte“, also hoheitliche und nicht hoheitliche Rechtsverhältnisse verwaltungsrechtliche Verträge abzuschließen, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist. Insbesondere im Hinblick auf komplexere Rechtsverhältnisse im Bereich der Daseinsvorsorge erscheint es in einer zukunftsorientierten Verfassung sinnvoll, diese Handlungsmöglichkeit zu eröffnen (vgl dazu auch das Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30.4.2004, KOM (2004) 327 endg, 15 ff). Damit würde es beispielsweise möglich, einem Privaten eine Dienstleistungskonzession zur Müllsammlung und –entsorgung durch verwaltungsrechtlichen Vertrag zu überbinden, die sowohl nicht hoheitliche (Übertragung der Aufgabe der Müllsammlung und –entsorgung) wie hoheitliche (Ablieferungsverpflichtung, Einhebung von Müllgebühren) Elemente enthält. Damit kann zum einen eine allenfalls weiter bestehende staatliche Gewährleistungsverantwortung adäquater abgesichert werden, zum anderen wird die Übertragung derartiger Aufgaben auf Private, weil geeignete Rechtsinstrumente zur Verfügung stehen, die die staatliche Verantwortung sichern können, auch erleichtert. Insbesondere kann so ein einheitlicher Rechtsschutzweg gesichert werden.

3. Im Zusammenhang mit Art 17 B-VG oder einer entsprechenden Nachfolgeregelung sollte folgende kompetenzrechtliche Bestimmung in die Verfassung aufgenommen werden:

„(x) Unbeschadet der allgemeinen Kompetenzverteilung können Bundes- und Landesgesetzgeber Rechte und Pflichten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen begründen, die von ihrer Zuständigkeit unterliegenden Verwaltungsorganen abgeschlossen werden.“

4. Kompetenz zur Regelung des allgemeinen Vertragsrechts für verwaltungsrechtliche Verträge (Bedarfskompetenz für den Bund in Art 11 Abs 2 B-VG oder Nachfolgeregelung):

„... das Verwaltungsverfahren, die allgemeinen Bestimmungen über verwaltungsrechtliche Verträge, des Verwaltungsstrafrechts ...“

C. Textvorschlag 3 (Merli):

„Die Verwaltungsgerichte entscheiden, [soweit gesetzlich nichts anders bestimmt ist,] über Klagen

1. gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden;
2. wegen Verletzung der Pflicht der Verwaltungsbehörden zur Erlassung von Bescheiden;
3. im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen;
4. gegen sonstige öffentlich-rechtliche Handlungen und Unterlassungen der Verwaltung.“

Koordinator der Expertengruppe

Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek e.h.

Anlagen:

- Franz Merli, Überlegungen zur Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes im Rahmen der Verfassungsreform
- Rudolf Thienel, Bemerkungen zur Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages und zur Umschreibung der Klagsbefugnis an künftige Verwaltungsgerichte erster Instanz

Prof. Dr. Franz Merli

Überlegungen zur Ausgestaltung des Verwaltungsrechtsschutzes im Rahmen der Verfassungsreform

Ausgangslage

Derzeitige Defizite des Verwaltungsrechtsschutzes (die auch nach dem Vorschlag von Ausschuss 9 des Österreich-Konvents bestehen blieben) betreffen

- die Gegenstände der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle und
- die Effizienz des bestehenden Instrumentariums.

Rechtsschutzlücken bestehen derzeit insbesondere

- bei der Geltendmachung von *Ansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Verträgen*: Die vertragliche Gestaltung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse, obwohl der Sache nach in vielen Fällen praktiziert und sinnvoll, wird formal kaum genutzt, weil die Rechtsdurchsetzung nur über auf der Vertragsgrundlage erlassene Bescheide möglich wäre.
- bei der Abwehr bestimmter *Realakte*: Nicht bescheid- (oder verordnungs-)förmige öffentlich-rechtliche Handlungen der Verwaltung können derzeit nur als „Maßnahmen“ bekämpft werden, wenn sie in „Befehl“ und/oder „Zwang“ bestehen. Die genaue Bestimmung dieses Merkmals bereitet Schwierigkeiten, und die Judikatur ist nicht immer kohärent. Nicht als Maßnahmen (oder anderweitig) bekämpfbar erscheinen zB
 - o inhaltlich falsche Auskünfte der Verwaltung
 - o rechtsverletzende Äußerungen von Verwaltungsorganen in öffentlich-rechtlichen Kontexten, etwa Verstöße gegen die Unschuldsvermutung in Pressekonferenzen, behördliche Warnungen vor bestimmten Produkten oder religiösen Gruppierungen
 - o Eigentums- und Gesundheitsbeeinträchtigungen durch „hoheitliche“ Immissionen (soweit nicht durch Bescheid gedeckt).
- bei der Durchsetzung bestimmter öffentlich-rechtlicher (außervertraglicher) *Leistungsansprüche*, nämlich dann, wenn die Leistung weder in der Erlassung eines Bescheides besteht noch über sie bescheidförmig abgesprochen wird – zB weil die leistende Verwaltungsstelle keine Befugnis zur Bescheiderlassung hat oder weil ein Verwaltungsverfahren zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen nicht möglich oder sinnvoll ist. Einschlägige Fälle können ua sein
 - o die Geltendmachung verwaltungsbehördlicher Schutz-, Informations- oder Kontrollpflichten (hier wie sonst auch: nur soweit ein subjektives Recht darauf besteht)
 - o der Widerruf rechtsverletzender Äußerungen
 - o die Geltendmachung von Leistungsstörungen in öffentlich-rechtlichen Dauerschuldverhältnissen, etwa bei der Wasserversorgung, der Müllabfuhr oder der Abwasserbeseitigung.

(Einzelne Fälle von Leistungsverweigerung können derzeit über Art 137 B-VG oder mittels Maßnahmenbeschwerde bekämpft werden, doch sind das keine befriedigenden Alternativen.)

Effizienzprobleme ergeben sich vor allem

- aus der *Nichtvollstreckbarkeit* von Leistungsbescheiden und verwaltungsgerichtlichen Urteilen gegenüber dem Staat;
- aus dem *Fehlen vorläufigen Rechtsschutzes* bei – bescheidförmig oder anders – zu erledigenden Leistungsbegehren und bei der Bekämpfung von Maßnahmen und anderen Realakten.

Neugestaltung durch Verzicht auf ein formengebundenes Rechtsschutzsystem

Unter diesen Umständen empfiehlt sich ein Verzicht auf ein formengebundenes Rechtsschutzsystem. Alleiniges Kriterium für die Klagebefugnis sollte die mögliche Verletzung subjektiver Rechte des Klägers sein. Jedes zusätzliche formale Kriterium – etwa ein Eingriff durch einen weit verstandenen „Verwaltungsakt“ – könnte demgegenüber nur entweder bestimmte Arten von Rechtsverletzungen rechtsschutzlos stellen oder eben überflüssig sein.

Ein solcher formenunabhängiger Zugang zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz würde einen Verzicht auf den Maßnahmenbegriff erlauben, bestehende Sonderregelungen (zB § 88 Abs 2 SPG) verallgemeinern (und damit entbehrlich machen) sowie die Integration von Sonderrechtsschutzbehörden in die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit erleichtern. Einfachgesetzlich könnten Bescheidanfechtung und Säumnisschutz durch eine allgemeine Leistungs- und Unterlassungsklage sowie das Instrument der einstweiligen Anordnung ergänzt und Leistungsaussprüche gegenüber dem Staat mittels Zwangsgeldern vollstreckbar gemacht werden.

Einwände

Typische Einwände gegen die Lösung des Verwaltungsrechtsschutzes von bestimmten Formen des Verwaltungshandelns

- bestreiten die *Notwendigkeit der Reform* eines „bewährten Systems“: Sie unterschätzen mE aber die Bedeutung von rein „faktischen“ Rechtsverletzungen; die angeführten Beispiele und die Judikatur zur Amtshaftung zeigen, dass es nicht nur um marginale Fälle, sondern um ganze Bereiche und oft schwerwiegende Rechtsverletzungen geht. Darüber hinaus verlangen europarechtliche Schutzpflichten und die Gebote effektiven Rechtsschutzes aus dem Gemeinschaftsrecht und der EMRK Änderungen, die nicht immer nur in der Einrichtung von Sonderrechtsschutzbehörden mit besonderen Befugnissen bestehen sollten.
- monieren ein Abgehen von einem „typisch österreichischen *System des Verwaltungsrechtsschutzes*“: Natürlich ist mit dem Vorschlag ein Systemwechsel verbunden, doch ein ganz wesentlicher Schritt wurde schon mit der Einführung der „Maßnahmen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt“ gesetzt; seither stimmt auch nicht mehr, dass jedem verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Befassung der Verwaltungsbehörde mit der Sache vorausgehen muss.
- richten sich gegen einen möglichen Verlust der *disziplinierenden Wirkung der verwaltungsbehördlichen Handlungsformen*: Der Vorschlag würde zwar die Notwendigkeit beseitigen, bestimmte Akte der Verwaltung aus Rechtsschutzgründen „mit Gewalt“ als Bescheide oder Maßnahmen zu qualifizieren, aber nichts daran

ändern, dass die Verwaltung in jenen Fällen, in denen ein Verwaltungsverfahren gesetzlich vorgeschrieben oder verfassungsrechtlich geboten ist, mit Bescheid zu entscheiden hätte und Befehls- und Zwangsmaßnahmen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen setzen dürfte.

- sehen neue *Abgrenzungsprobleme* bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Klagen: Das Gegenteil ist wahr, denn anstelle diffiziler Probleme bei der Abgrenzung von „Maßnahmen“ oder „sonstigen Verwaltungsakten“ (Stichworte: „Befehl und Zwang“, „Regelungscharakter“, „impliziter Duldungsbefehl“) müsste nur mehr die Zuordnung der angefochtenen Handlung oder Unterlassung zum öffentlichen Recht geprüft werden; das ist mitunter nicht einfach, aber auch nicht neu, denn bereits jetzt bei den „Maßnahmen“ oder bei der Amtshaftung notwendig. Gegenüber dem derzeitigen System müsste zwar ein genauere Blick auf die Reichweite vorhandener subjektiver Rechte im Hinblick auf die Abwehr rein faktischer Beeinträchtigungen geworfen werden, doch auch dazu gibt es bereits viele Vorbilder in der Rechtsprechung zur Amtshaftung.
- befürchten eine *Überlastung* der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch Klagen „gegen alles“, eine „*Justifizierung*“ der Verwaltung und *Verzögerungen* bei der Durchsetzung von Projekten: Zu beachten ist zunächst, dass der Vorschlag keine zusätzlichen (materiellen) subjektiven Rechte oder Bindungen der Verwaltung schafft, gegen deren Verletzung man klagen könnte; wo vorher kein Recht war, bestünde auch nachher keines; wo die Verwaltung vorher Entscheidungsspielraum hatte, hätte sie ihn auch nachher. Weiters würde der Vorschlag nichts daran ändern, dass unselbständige Handlungen und Unterlassungen der Verwaltungsbehörden (etwa im Rahmen von Verwaltungs- und Vollstreckungsverfahren) nicht gesondert anfechtbar wären. In beiden Fällen wären Klagen also unzulässig. Die Befürchtung einer Vielzahl unzulässiger Klagen erscheint angesichts der sehr spärlichen Inanspruchnahme von § 88 Abs 2 SPG (wo dieses System schon besteht) nicht überzeugend. Verzögerungen lassen sich durch Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes weitgehend vermeiden.

Textvorschlag

Art 130 Abs 1 B-VG könnte lauten:

„Die Verwaltungsgerichte entscheiden, [soweit gesetzlich nichts anders bestimmt ist,] über Klagen

1. gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden;
2. wegen Verletzung der Pflicht der Verwaltungsbehörden zur Erlassung von Bescheiden;
3. im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen;
4. gegen sonstige öffentlich-rechtliche Handlungen und Unterlassungen der Verwaltung.“

Bescheid- und Säumnisbeschwerde wurden als eigene Punkte berücksichtigt, um die Tradition zu wahren. Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist ausdrücklich genannt, um diese Handlungsform verfassungsrechtlich außer Streit zu stellen; Klagen im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträge sollten auch dem Verwaltungsträger als Vertragspartner offen stehen und Schadenersatzforderungen sowie mögliche Ansprüche auf Vertragsabschluss erfassen. Nicht unter Z 4 sollten unselbständige Handlungen und Unterlassungen der Verwaltung (etwa im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens oder der Vollstreckung) fallen.

In allen Fällen sollte die Klagebefugnis an die mögliche Verletzung subjektiver Rechte (bzw. Rechte des Verwaltungsträgers aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag) gebunden werden. Ausnahmen für Verbandsklagen o.ä. wären gesetzlich vorzusehen.

UNIV.-PROF. DR. RUDOLF THIENEL

Bemerkungen zur Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages und zur Umschreibung der Klagsbefugnis an künftige Verwaltungsgerichte erster Instanz

1. Zur Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages

A. Möglicher Anwendungsbereich verwaltungsrechtlicher Verträge

a. Das österreichische Verfassungsrecht lässt die Rechtsgestaltung durch Vertrag derzeit in erster Linie im Bereich des *Privatrechts* zu, wobei Gegenstand solcher Verträge nur *privatrechtliche Rechtspositionen* sein können. Diese Handlungsform steht auch der Verwaltung offen, soweit sie in den Formen des Privatrechts auftritt (Privatwirtschaftsverwaltung). Rechtsschutz wird in diesem Bereich durch die ordentlichen Gerichte gewährleistet.

Soweit die Verwaltung im Rahmen ihrer *hoheitlichen Funktion* tätig wird, steht die Möglichkeit einer konsensualen Rechtsgestaltung durch Vertrag nur in engen Grenzen zur Verfügung. Die Verfassung selbst sieht nur völkerrechtliche Verträge (Art 16, 50 B-VG), staatsrechtliche Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern bzw zwischen den Ländern untereinander (Art 15a B-VG; vgl aber auch das BVG über den Stabilitätspakt) und Verträge über die Bildung von Gemeindeverbänden (Art 116a B-VG) vor. Verträge zwischen Bürgern und Verwaltung über Gegenstände der Hoheitsverwaltung sind in der Verfassung nicht vorgesehen. Der VfGH lässt es zwar zu, dass durch einfaches Gesetz solche Verträge vorgesehen werden; die in diesem Zusammenhang vom VfGH aufgestellten Anforderungen sind aber so beschaffen, dass im Rahmen der Hoheitsverwaltung der Vertrag als Mittel der Rechtsgestaltung kaum nutzbar gemacht werden kann (vgl dazu zB *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht² [2003] Rz 1259 ff).

Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund würden daher die Gestaltungsmöglichkeiten der Verwaltung dann erhöht, wenn im Zuge der Verfassungsreform ein verwaltungsrechtlicher Vertrag *in Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung* vorgesehen wird. Bei der Ausgestaltung eines solchen Vertrages kann man sich an der – sehr ausgefeilten – Regelung im deutschen Verwaltungsverfahrensgesetz (§§ 54 – 62) orientieren; dabei ist aber zu beachten, dass die deutsche Rechtsordnung strukturell zT wesentliche Unterschiede im Vergleich zur österreichischen Rechtsordnung aufweist, sodass die deutschen Lösungen nicht unreflektiert auf Österreich übertragen werden können.

b. *Verträge über Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung* könnten in folgenden Varianten vorgesehen werden (bei den folgenden Beispielen werden auch solche aus der deutschen Rechtsordnung angeführt):

- *Verträge zwischen Verwaltungsbehörden und Bürgern (Unternehmern)*; durch solche Verträge bestünde die Möglichkeit, anstelle eines *einseitigen Bescheides* eine *konsensuale Gestaltung* öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen vorzunehmen, es würde sich um *bescheideretzende Verträge* handeln. Als mögliche Anwendungsfälle kämen zB in Betracht:

- Vereinbarungen über die Pauschalierung von Steuern (wie das zT schon derzeit vorge-
sehen ist)
- Vereinbarungen über bestimmte Sozialversicherungsleistungen
- Vereinbarungen über sonstige finanzielle Leistungen, zB im Zuge von Grundabtretun-
gen bei Bauplatzerschließungen
- Vereinbarungen nach dem Muster der „Integrationsvereinbarung“ im Fremdenrecht
- Vereinbarungen über die Ablöse von Stellplatzverpflichtungen
- Subventionsverträge (sofern die Subvention hoheitlich gewährt werden soll)
- Verträge über die Begründung oder Gestaltung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnis-
se

Soll es sich um Verträge im Rahmen der Hoheitsverwaltung handeln, müsste – sofern ein Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung besteht – konsequenterweise für den Fall der mangelnden Einigung die Erlassung eines Bescheides vorgesehen werden. Erst durch die Begründung entsprechender hoheitlicher Befugnisse im Zusammenhang mit dem betreffenden Rechtsverhältnis wird die Zuordnung zur Hoheitsverwaltung begründet. Darauf komme ich noch zurück.

- *Verträge zwischen Privaten untereinander über Gegenstände des öffentlichen Rechts;* auch durch solche Verträge könnten öffentlich-rechtliche Rechtspositionen statt durch ein-
seitigen Bescheid durch eine konsensuale Lösung gestaltet werden. Es würde sich eben-
falls um eine Form bescheidersetzender Verträge handeln; der Unterschied zum vorigen
Fall liegt darin, dass es auf beiden Seiten um subjektiv-öffentliche Rechte oder Pflichten
Privater geht. Naturgemäß kommt eine Vereinbarung über solche Rechte und Pflichten
nur in Betracht, soweit sie dispositiver Natur sind. Mögliche Anwendungsfälle wären zB
 - Einigung über Wassernutzungsrechte (vgl schon derzeit § 111 WRG)
 - Verträge über die Abrundung von Jagdgebieten
 - Verträge über Rechtspositionen im Baurecht, wie zB über die (wechselseitige) Unter-
schreitung des Bauwichts

Auch in diesen Konstellationen setzt die Zuordnung der betreffenden Rechtsverhält-
nisse zur Hoheitsverwaltung voraus, dass im Hintergrund die Möglichkeit der Rechts-
gestaltung durch Bescheid steht.

- *Verträge zwischen öffentlichen Rechtsträgern über Gegenstände der Hoheitsverwaltung;* solche Verträge könnten dazu dienen, Vereinbarungen im Rahmen der Hoheitsverwaltung
zu treffen, die nicht Gegenstand zivilrechtlicher Vereinbarungen sein können, wie zB Ver-
träge über die Abstimmung der Flächenwidmung verschiedener Gemeinden.

Denkbar wären prinzipiell auch Verträge, durch die eine generelle Rechtsgestaltung mit
Außenwirkung erfolgt, durch die Verordnungen oder Bescheide ersetzt werden. Im alle
solcher Verträge mit unmittelbar rechtsgestaltender Wirkung für Dritte müsste aber eine
Publikation gegenüber diesen Personen vorgesehen werden und ihnen Rechtsbehelfe ge-
gen die damit für sie bewirkte Rechtsgestaltung eingeräumt werden. Dies würde weiter-

reichende verfassungsrechtliche Änderungen erfordern; wenn zB „verordnungsersetzende“ Verträge vorgesehen würden, müsste man eine verfassungsgerichtliche Kontrolle analog der Verordnungsprüfung vorsehen. Eine Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte wäre in diesen Fällen aus systematischen Gründen nicht konsequent.

Im gegebenen Zusammenhang wären daher nur solche Verträge ins Auge zu fassen, durch die ausschließlich die vertragsschließenden Rechtsträger verpflichtet werden, nicht aber Dritte; bei solchen Verträgen wäre eine Durchsetzung vor den Verwaltungsgerichten denkbar. Gegenstand solcher Verträge wäre die Abstimmung der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse. Um Überschneidungen mit „Gliedstaatsverträgen“ nach Art 15a B-VG (oder einer Nachfolgebestimmung) zu vermeiden – die solche Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern oder den Ländern untereinander schon derzeit ermöglichen – müsste auch eine entsprechende salvatorische Klausel in den Text aufgenommen.

c. In der ersten Diskussion im Expertengremium wurde auch erwogen, ob man den „verwaltungsrechtlichen Vertrag“ auch für den nicht-hoheitlichen („privatwirtschaftlichen“) Bereich vorsehen sollte. Eine solche Lösung wäre mE aus folgenden Gründen nicht sinnvoll:

Auf Grund der österreichischen Verfassung kann man zwischen der hoheitlichen und der nicht-hoheitlichen Verwaltung („Privatwirtschaftsverwaltung“) unterscheiden. Die Unterscheidung wird nach hA nach den eingesetzten *Handlungsformen* vorgenommen: Soweit die Verwaltungsorgane *imperium* einsetzen liegt Hoheitsverwaltung vor, soweit sie sich hingegen der Handlungsformen bedienen, die auch Privaten offen stehen, liegt nicht-hoheitliche („privatwirtschaftliche“) Verwaltung vor. Die Zuordnung konkreter Handlungen zur Hoheitsverwaltung ist relativ einfach, soweit es um die typischen hoheitlichen Handlungsformen geht (Bescheid, Verordnung etc); Schwierigkeiten werfen bloße „Realakte“ auf. Auch bei diesen wird eine Zuordnung zur Hoheitsverwaltung vorgenommen, wenn sie in einem engen sachlichen Kontext mit der Ausübung staatlichen imperiums stehen, insb wenn solches imperium potenziell zur Verfügung steht (vgl zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 720 ff, insb Rz 729 ff). Unbeschadet eines damit bestehenden „Graubereiches“ zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Verwaltung muss letztlich jedes Staatshandeln einem der beiden Bereiche zugeordnet werden: Es gibt *keine dritte Form* staatlicher Verwaltung.

Vor diesem Hintergrund wäre die Ermöglichung verwaltungsrechtlicher Verträge im nicht-hoheitlichen Bereich aus folgenden Gründen nicht zweckmäßig:

1. Für den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung besteht ohnedies die Möglichkeit des Abschlusses zivilrechtlicher Verträge. Sähe man für diesen Bereich verwaltungsrechtliche Verträge vor, gewänne man keine zusätzlichen Handlungsmöglichkeiten.
2. Über Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen sollen *Verwaltungsgerichte* entscheiden. Sähe man verwaltungsrechtliche Verträge auch für Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung vor, würden sich erhebliche *Probleme der Abgrenzung des Anwendungsbereiches privatrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Verträge* und damit zusammenhängend der *Zuständigkeitsabgrenzung zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsgerichten* stellen: Sofern man nicht vorsehen will, dass *alle* Verträge öffentlicher Stellen verwaltungsrechtlicher Natur sind (was kaum sachge-

recht wäre), könnten die öffentlichen Stellen dann *über Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung* einerseits privatrechtliche Verträge schließen, andererseits verwaltungsrechtliche Verträge. Damit stellt sich zunächst die Frage, welches Vertragsregime auf einen konkreten Vertrag anwendbar sein soll; nach welchen Kriterien man einen konkreten Vertrag einem der beiden Typen zuordnen soll; was bei einer Wahl der falschen Form gelten soll; und schließlich in weiterer Folge, welches Gericht zur Entscheidung über Streitigkeiten berufen ist. Solange man bei der Abgrenzung darauf abstellt, ob die Verwaltung *im Rahmen der Hoheitsverwaltung* tätig wird, lassen sich diese Fragen einigermaßen lösen. Es stellen sich dann ähnliche Fragen wie schon derzeit bei der Zuordnung von „Realakten“ zur hoheitlichen oder nicht hoheitlichen Verwaltung. Wenn man aber auch Vereinbarungen über Gegenstände der Privatwirtschaftsverwaltung als verwaltungsrechtliche Verträge qualifiziert, wird die Abgrenzung außerordentlich schwierig und es werden zusätzliche neue Abgrenzungsfragen aufgeworfen. Damit wird für die Rechtsunterworfenen eine erhebliche Rechtsunsicherheit erzeugt.

Das in der Diskussion erörterte Argument, die Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages in Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung sei deshalb notwendig, weil der Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte nicht ausreichend effektiv sei (Kosten, Verfahrensdauer etc), ist nicht überzeugend: Allfällige Mängel in der Praxis der Gerichtsverfahren sollten durch eine entsprechende Änderung auf einfachgesetzlicher Ebene beseitigt werden, nicht durch die *verfassungsgesetzliche* Einführung neuer Handlungsformen.

3. Die Einführung des verwaltungsrechtlichen Vertrages für Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung wirft auch die Frage auf, welche Konsequenzen dies für die derzeitige Unterscheidung von hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Verwaltung hat: Im harmlosesten Fall könnte man meinen, dass solche Verträge in Wahrheit privatrechtlicher Natur sind und es nur um eine Verschiebung der Zuständigkeiten zur Streitentscheidung an die Verwaltungsgerichte geht. Damit wäre zwar die Abgrenzung der hoheitlichen von der nicht-hoheitlichen Verwaltung gewahrt; der „verwaltungsrechtliche Vertrag“ wäre aber ein eigenartiges Zwitterwesen, das manchmal als Akt der Hoheitsverwaltung, manchmal als privatrechtlicher Akt zu qualifizieren wäre.

Man könnte aber auch meinen, dass mit einem solchen verwaltungsrechtlichen Vertrag ein neuer Bereich staatlicher Verwaltung eröffnet würde, in dem der Staat zwar ohne imperium, aber doch nicht privatwirtschaftlich handelt. Eine solche Konstruktion würde das komplette System des österreichischen Rechts durchbrechen und hätte momentan nicht absehbare Folgen.

- d. Aus den angeführten Gründen sollte man daher den verwaltungsrechtlichen Vertrag nur in Angelegenheiten der Hoheitsverwaltung vorsehen.

B. Geltung des Legalitätsprinzips?

Wird der verwaltungsrechtliche Vertrag nur im Bereich der Hoheitsverwaltung vorgesehen, gelten alle dafür maßgeblichen Grundsätze, insbesondere das Legalitätsprinzip, auch für den verwaltungsrechtlichen Vertrag.

Hinsichtlich der Zulässigkeit des Vertragsabschlusses kann man – wenn diese Handlungsform in der Verfassung vorgesehen wird – grundsätzlich davon ausgehen, dass sie im Rahmen der Hoheitsverwaltung eingesetzt werden kann, ohne dass es im Einzelfall einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Man könnte es daher damit bewenden lassen, eine generelle Regelung über Abschluss und Rechtsdurchsetzung zu treffen.

Eine andere Alternative wäre, derartige Verträge nur zuzulassen, soweit sie gesetzlich ausdrücklich vorgesehen werden; der Vorteil einer solchen Lösung wäre, dass größere Klarheit über den Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages und die Zuordnung konkreter Verträge bestünde. Man könnte damit einen Wildwuchs verwaltungsrechtlicher Verträge vermeiden; es obläge damit dem Gesetzgeber, diese Handlungsform dort einzuführen, wo er die Möglichkeit konsensueller Lösungen für zweckmäßig erachtet. ME wäre das aus Gründen der Rechtsklarheit – im Interesse sowohl der Bürger wie der Behörden – der vorzugswürdige Weg.

Ein Vertrag kann zudem nur abgeschlossen werden, soweit das Gesetz einen *Spielraum* einräumt. Das Legalitätsprinzip zieht damit dem praktischen Einsatz des verwaltungsrechtlichen Vertrages gewisse Grenzen. Man darf diese Grenzen aber nicht überschätzen: Einerseits lässt es die Verfassung zu, den Behörden *Ermessen* einzuräumen; andererseits verlangt das Legalitätsprinzip nicht eine bis ins Detail gehende Regelung, sondern lässt die Einräumung von Spielräumen zu. Hinzuweisen ist insbesondere auf die Figur des „differenzierten Legalitätsprinzips“, wonach in vielen für konsensuale Gestaltungen in Betracht kommenden Bereichen – etwa im Wirtschaftsrecht oder im Planungsrecht – die Einräumung größerer Spielräume zulässig ist. Insofern halte ich es nicht für notwendig, wegen der Einführung verwaltungsrechtlicher Verträge vom bestehenden Legalitätsprinzip abzugehen.

Auch unter diesem Aspekt wäre es zweckmäßiger, verwaltungsrechtliche Verträge nur zuzulassen, soweit sie gesetzlich explizit vorgesehen sind, weil der Gesetzgeber damit zugleich den Spielraum der Behörde umschreiben kann und muss.

C. Rechtsschutz bei verwaltungsrechtlichen Verträgen

Hinsichtlich des Rechtsschutzes muss man zwei Aspekte unterscheiden:

1. Zur Entscheidung über Streitigkeiten aus bereits vorliegenden verwaltungsrechtlichen Verträgen sollte man die Verwaltungsgerichte berufen. Dabei wäre auch das Verhältnis zu Amtshaftungsansprüchen zu klären: Wenn und soweit der verwaltungsrechtliche Vertrag ein Akt der Hoheitsverwaltung ist, wären damit im Zusammenhang stehende Schadenersatzansprüche als *Amtshaftungsansprüche* zu qualifizieren. Um Zuständigkeitsstreitigkeiten mit den ordentlichen Gerichten zu vermeiden, sollte man explizit klarstellen, dass die Verwaltungsgerichte auch zur Entscheidung über alle Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Verträgen zuständig sind.

2. Davon zu unterscheiden ist die *Durchsetzung des Abschlusses* eines verwaltungsrechtlichen Vertrages. Eine solche Durchsetzung kann überhaupt nur dort in Frage kommen, wo ein gesetzlicher *Anspruch* auf den Abschluss besteht; das muss nicht immer der Fall sein: Wenn man zB die Begründung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse durch verwaltungsrechtlichen Vertrag vorsähe, würde natürlich kein Anspruch auf Aufnahme in den öffentlichen Dienst bestehen und dementsprechend kann auch der Abschluss eines solchen Vertrages nicht erzwungen werden. Das Problem der Durchsetzung eines Vertragsabschlusses stellt sich daher praktisch nur bei den oben angeführten „bescheidersetzenden“ Verträgen, soweit nämlich die Möglichkeit besteht, über subjektiv-öffentlichrechtliche Ansprüche statt durch Bescheid auch durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag zu disponieren.

Zur Durchsetzung eines Vertragsabschlusses könnte man einerseits an eine *Leistungsklage* beim Verwaltungsgericht denken; andererseits wäre aber auch die Konstruktion möglich, dass bei Verweigerung eines abzuschließenden Vertrages die Behörde einen Bescheid zu erlassen hat.

ME fügt sich die zweite Variante besser in das österreichische System des Verwaltungsrechtsschutzes ein: Nach diesem – noch zu erörternden – System sind subjektiv-öffentliche Rechte in erster Linie im Rahmen der Verwaltung – in einem förmlichen *Verwaltungsverfahren* – durchzusetzen, das Verwaltungsgericht hat nur *nachträglich* zu prüfen, ob durch das Verhalten der Verwaltung die subjektiv-öffentlichen Rechte des einzelnen verletzt wurden.

Vor dem Hintergrund dieses System ist daher eine Lösung konsequent, wonach die Behörde dann, wenn sie sich mit dem Bürger nicht auf eine Vereinbarung einigen kann (oder wenn allenfalls mehrere Bürger sich nicht auf einen verwaltungsrechtlichen Vertrag untereinander einigen können) einseitig *durch Bescheid* zu entscheiden hat. Dieser Bescheid unterliegt dann natürlich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle; die Erlassung kann dann auch mit den Mitteln gegen Behördensäumnis bei Bescheiderlassung bekämpft werden.

Diese Konstruktion würde auch dem Umstand Rechnung tragen, dass die – in diesem Zusammenhang betroffenen – verwaltungsrechtlichen Verträge mit Bürgern *bescheidersetzenden Charakter* haben: Soweit die Rechtsgestaltung durch Vertrag nicht zustande kommt, muss dann eben durch Bescheid entschieden werden.

2. Zur Umschreibung der Klagsbefugnis bei künftigen Verwaltungsgerichten erster Instanz

A. Bei der Umschreibung der Anfechtungsmöglichkeiten an künftige Verwaltungsgerichte erster Instanz scheinen mir folgende Eckpunkte von Bedeutung:

1. Das österreichische Rechtssystem ist seit Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch ein spezifisches „duales Rechtsschutzsystem“ gekennzeichnet (vgl dazu insb *Pesendorfer*, Die Rechtsstellung des von einem bevorzugten Wasserbau berührten Grundeigentümers, ZfV 1979, 7 ff; *Thienel*, Der mehrstufige Verwaltungsakt [1996] 72 ff): Die Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte hat danach zunächst in einem

justizförmlich ausgestalteten *Verwaltungsverfahren* zu erfolgen, in dem der Betroffene als Partei beteiligt wird; die *Verwaltungsgerichte* haben demgegenüber bloß *nachträglich* zu prüfen, ob durch die von der Verwaltung getroffenen Entscheidungen die subjektiven Rechte des Betroffenen verletzt werden. Dieses System vereint in spezifischer Weise rechtstaatliche und gewaltenteilende Aspekte und soll sicherstellen, dass die Verwaltungsgerichte sich auf eine nachprüfende Kontrolle beschränken und nicht die Führung der Verwaltung übernehmen. In diesem System hat das *Verwaltungsverfahren* als *erste Säule des Rechtsschutzes* eine spezifische eigenständige Bedeutung und ist nicht bloß ein Vorverfahren vor dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren: Das Verwaltungsgericht soll nur nachträglich prüfen, ob die zunächst *von der Verwaltung* zu treffende Entscheidung rechtmäßig ist.

Von diesem im Großen und Ganzen bewährten System sollte man nicht leichtfertig abgehen.

2. Das derzeitige Rechtsschutzsystem ist durch eine starke *Formalisierung* gekennzeichnet. Die Rechtsgestaltung durch die hoheitliche Verwaltung hat derzeit grundsätzlich durch Erlassung eines *Bescheides* nach einem *förmlichen Verwaltungsverfahren* zu erfolgen. Diese Konstruktion bietet dem in seinen Rechten Betroffenen großen Rechtsschutz, weil er schon im *Verwaltungsverfahren* als Partei zu beteiligen ist und dort seine rechtlichen Interessen geltend machen kann. Die Rechtsgestaltung in formloser Weise – durch behördlichen Befehl oder unmittelbaren Zwang – ist demgegenüber nur ausnahmsweise zulässig.

Dieses System kommt in der Umschreibung der *möglichen Anfechtungsgegenstände* bei den UVS, VwGH und VfGH zum Ausdruck. Nun ist nicht zu übersehen, dass dieses Rechtsschutzsystem gewisse Lücken aufweist; dennoch sollte man im Prinzip daran festhalten, die möglichen Anfechtungsgegenstände in formalisierter Weise zu umschreiben, um auch den mit dieser Formalisierung verbundenen Rechtsschutz für den einzelnen sicher zu stellen.

3. Bei der Einräumung von Rechtsschutzmöglichkeiten muss bedacht werden, dass dem Rechtsschutzinteresse des einzelnen regelmäßig Interessen anderer Bürger und der Allgemeinheit entgegenstehen. Es kann daher nicht darum gehen, einem einzelnen *maximalen Rechtsschutz* zur Durchsetzung seiner Interessen einzuräumen, sondern es muss ein Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen gefunden werden. Insofern halte ich es für problematisch, undifferenziert „effektiven Rechtsschutz“ zu fordern; geboten ist eher ein *ausgewogener* Rechtsschutz.

So wichtig es zB ist, den Nachbarn einer geplanten Betriebsanlage ausreichenden Rechtsschutz zur Durchsetzung ihrer Abwehrrechte zu gewähren, muss doch auf der anderen Seite auch das *rechtliche Interesse* des Betreibers berücksichtigt werden, in vernünftigen Zeitrahmen eine Bewilligung zu erlangen – und zudem auch das *Interesse der Allgemeinheit* an der Schaffung von Arbeitsplätzen. So verständlich die Ablehnung neuer Autobahnen durch die betroffenen Anrainer sein mag, muss es doch möglich sein, dass Entscheidungen der demokratisch legitimierten Politik über die Errichtung einer Autobahn getroffen und *in vernünftiger Zeit* umgesetzt werden können.

Der Rechtsschutz muss somit so ausgewogen ausgestaltet werden, dass private oder öffentliche Projekte auch gegen den Widerstand Betroffener in angemessener Zeit verwirklicht werden können. Es muss vermieden werden, dass durch letztlich unberechtigte Klagsführung legitime Projekte zum Schaden der Betreiber oder der Allgemeinheit unverhältnismäßig verzögert werden.

4. Auch bei Schaffung von Verwaltungsgerichten erster Instanz werden deren Kapazitäten begrenzt sein. Die Umschreibung der Klagsbefugnis muss daher so gestaltet werden, dass Zweifelsfälle möglichst vermieden werden, damit *in den berechtigten Fällen* rascher und damit effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden kann.

Bei der Umschreibung der Klagsbefugnisse bei den neuen Verwaltungsgerichten sollte daher das Ziel nicht sein, einen perfektionistischen maximalen Rechtsschutz zu gewähren, sondern es müssen – in einem gewaltenteilenden und rechtsstaatlichen System – auch die legitimen Spielräume der Politik sowie die Interessen anderer Privater und der Allgemeinheit im Auge behalten werden. Pathologische Fälle lassen sich nie völlig vermeiden und sollten daher nicht bestimmend für die Ausgestaltung des Rechtsschutzsystems sein.

B. Unter Beachtung dieser Eckpunkte sollte bei der Umschreibung der Klagsbefugnisse an die Verwaltungsgerichte erster Instanz das derzeitige – in der großen Mehrzahl der Fälle effektive – System im Wesentlichen beibehalten und nur behutsam weiterentwickelt werden.

a. Im Kern sollte man daher dabei bleiben, dass Entscheidungen über subjektiv-öffentliche Rechte in erster Linie und zunächst im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zu treffen sind und dem Verwaltungsgericht nur die nachprüfende Kontrolle nach diesen Entscheidungen zukommt. Insofern sollte daher der *Bescheid als Angelpunkt des österreichischen Verwaltungsrechtsschutzsystems beibehalten* und auch ausdrücklich im Verfassungstext als primärer Prüfungsgegenstand angeführt werden.

b. Um den Rechtsschutz darüber hinaus systemkonform weiterzuentwickeln könnte man die Beschwerdemöglichkeit auch gegen sonstige „*Verwaltungsakte*“ eröffnen und die bisherige Beschränkung auf „*Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt*“ aufgeben. Der Begriff des *Verwaltungsaktes* hat in der österreichischen und deutschen Terminologie eine relativ gefestigte Bedeutung und umfasst alle individuellen, einseitigen, hoheitlichen Akte der Verwaltung, durch die Rechtssphäre des einzelnen gestaltet wird. Bei einer solchen Begriffsbildung bestünde die Beschwerdemöglichkeit nicht nur – wie nach der Rechtsprechung zur geltenden Rechtslage – gegen Verwaltungsakte, die auf physischen Zwang hinaus laufen, sondern auch gegen „*schlichte*“ Verwaltungsakte ohne ein solches Zwangselement. Entscheidendes Kriterium für den Verwaltungsakt – der ihn von anderen Handlungen der Verwaltung abgrenzt – ist der Umstand, dass er einen *Willensakt eines behördlichen Organes* darstellt, der darauf gerichtet ist, die Rechtssphäre des Betroffenen zu verändern, sei es, dass dieser zu einem Handeln, einem Unterlassen oder einer Duldung verpflichtet wird. Aus dieser rechtsgestaltenden Wirkung ergibt sich das Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen und damit die Rechtfertigung, den Rechtsschutz auf diesen Typus von Akten zu beschränken. Als Verwaltungsakte wären – neben den schon bisher erfassten verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsaktes – zB auch anzusehen: Das schlichte Fotografieren oder die Ermittlung und Weitergabe von Informationen, weil darin Duldungsbefehle zum Ausdruck kommen. Nicht erfasst

wären hingegen (falsche) Auskünfte oder sonstige Mitteilungen, weil es sich dabei um bloße *Wissenserklärungen* ohne rechtsgestaltende Wirkung handelt.

Die Anfechtung „schlichter“ Verwaltungsakte bei den UVS in den Ländern ist mittlerweile schon punktuell in § 88 Abs 2 SPG und § 54 Abs 2 MBG vorgesehen. Eine Weiterentwicklung im vorhin erläuterten Sinn würde das bestehende System abrunden ohne es prinzipiell zu verändern. Durch das Abstellen auf den *Verwaltungsakt* im angedeuteten Sinn würde ein immer noch relativ klar umgrenzter Anfechtungsgegenstand geschaffen, wobei die Erfahrungen mit den Regelungen im SPG und in MBG zeigen, dass durch eine solche behutsame Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten keine unvertretbare zusätzliche Arbeitsbelastung der Verwaltungsgerichte zu erwarten wäre. Natürlich ist nicht zu verkennen, dass die Abgrenzung der Anfechtungsgegenstände natürlich Schwierigkeiten bereiten kann; diese unterscheiden sich allerdings nicht substantiell von den Schwierigkeiten, die schon derzeit bei der Abgrenzung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsakte von sonstigen Verwaltungshandlungen bestehen.

c. Auch hinsichtlich der *Untätigkeit* der Verwaltung sollte man es – systemkonform – dabei belassen, dass nur die Säumnis bei der Erlassung von Bescheiden bekämpft werden kann; ob dies in Form einer Säumnisbeschwerde oder einer „Untätigkeitsklage“ beim Verwaltungsgericht ausgestaltet wird ist dabei sekundär und könnte der Regelung durch einfaches Gesetz überlassen werden.

Die derzeit beklagte Rechtsschutzlücke bei der Erzwingung von Realakten (zB Ausstellung von Urkunden) erfordert und rechtfertigt mE nicht ein Abgehen von diesem System: Entsprechend dem traditionellen österreichischen System sollte auch über einen geltend gemachten Anspruch auf einen Realakt im Streitfall zunächst die Verwaltung durch Bescheid absprechen müssen und das Verwaltungsgericht nur im Falle der Säumnis der Verwaltungsbehörde anrufbar sein. Um die Durchsetzung einer positiven Erledigung zu gewährleisten, würde es ausreichen, *auf einfachgesetzlicher Ebene* diese Bescheide bzw allfällige Säumnisentscheidungen des Verwaltungsgerichts als *Vollstreckungstitel* vorzusehen. Mehr als einen Vollstreckungstitel könnte man auch dann nicht gewinnen, wenn man gegen die Säumnis der Verwaltung bei der Setzung von Realakten sofort die Anrufung des Verwaltungsgerichtes vorsähe.

d. Die in der Diskussion erwogene *Unterlassungsklage* gegen die hoheitliche Verwaltung scheint mir nicht sinnvoll: Wenn man den Rechtsschutz insoweit ausdehnt, dass man auch die Anfechtung „schlichter“ Verwaltungsakte zulässt, bestünde ohnedies die Möglichkeit, rechtseingreifende Akte der hoheitlichen Verwaltung zu bekämpfen. Da Österreich im Großen und Ganzen ein gefestigter Rechtsstaat ist, kann man davon ausgehen, dass nach der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens gegenüber einem bestimmten Bürger die Verwaltung von gleichartigen Rechtsverletzungen absieht; wenn sie das nicht tut, besteht die Möglichkeit neuerlicher Beschwerdeführung. Im Übrigen könnte auch durch eine auf Unterlassung lautendes Urteil nicht verhindert werden, dass das untersagte Verhalten in Missachtung des Urteils gesetzt wird und weitere rechtliche Schritte ergriffen werden müssen.

Die in diesem Zusammenhang erwogene *antizipierende Unterlassungsklage* – mit der der öffentlichen Verwaltung schon *vor* einem rechtswidrigen Verwaltungsakt die Setzung dieses Aktes untersagt werden soll – halte ich aus mehreren Gründen für problematisch: Einerseits

würde damit das System der *nachprüfenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle* durchbrochen und dem Verwaltungsgericht die Aufgabe übertragen, *im vorhinein* zu entscheiden, was die Verwaltung tun darf. Außerdem würde eine solche Klagsmöglichkeit die Gefahr *querulatorischer Beschwerdeführung* schaffen; selbst wenn die Verwaltungsgerichte unberechtigte Klagen letztlich abweisen müssen, würde allein die Einführung einer solchen Klagsmöglichkeit zu erheblichen Belastung der Verwaltungsgerichte führen und könnte die Verwirklichung legitimer Projekte oder legitimer öffentlicher Interessen deutlich verzögern.

Man sollte beachten, dass die im Zivil(prozess)recht entwickelten Instrumente zur Rechtsdurchsetzung *im Verhältnis Privater zueinander* nicht ohne weiteres auf das Verhältnis der Bürger zum *hoheitlichen handelnden Staat* übertragen werden können. Anders als der Private darf der hoheitlich handelnde Staat wegen des *Legalitätsprinzips* ohnedies nur auf Grund einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung tätig werden, sodass sich das Problem der Untersagung möglicherweise rechtswidrigen Verhaltens in ganz anderer Weise stellt als im Verhältnis zwischen Privaten.

e. Man sollte daher die Antragsbefugnis bei den künftigen Verwaltungsgerichten dahingehend umschreiben, dass sie (allenfalls nach Erschöpfung eines administrativen Instanzenzuges, sofern ein solcher vorgesehen wird) zuständig sind

1. zur Entscheidung über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch einen Bescheid oder einen sonstigen Verwaltungsakt einer Verwaltungsbehörde in ihren Rechten verletzt zu sein;
2. zur Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch Verwaltungsbehörden, sofern der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt war.

C. In der Diskussion der Expertengruppe wurde als Alternative zu dem hier angedeuteten Modell erwogen, dass der Rechtsweg an das Verwaltungsgericht in der Verfassung *generell* für Streitigkeiten über subjektiv-öffentliche Rechte eröffnet werden sollte. Damit würde die traditionelle österreichische Beschränkung auf bestimmte Anfechtungsgegenstände beseitigt und als einzige Zugangsschranke die Geltendmachung *subjektiv-öffentlicher Rechte* normiert.

ME wäre ein solches Modell aus folgenden Gründen nicht zweckmäßig:

a. Durch eine solche allgemeine Formulierung würde eine umfassende Kompetenz der Verwaltungsgerichte zur Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte begründet und damit in erheblichem Umfang die *Entscheidung über solche Rechte einzelner von der Verwaltung auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit übertragen*. Es käme zu einer *Justifizierung* des Verwaltungsrechts und damit im Grunde zur Aufgabe des österreichischen Systems einer – der Gewaltenteilung stärker Rechnung tragenden – bloß *nachprüfenden Kontrolle* der Verwaltung. In einem solchen System wäre die Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte nicht mehr in erster Linie Aufgabe der Verwaltung sondern Aufgabe des Verwaltungsgerichts.

b. Angesichts einer so weiten verfassungsrechtlichen Umschreibung der verwaltungsgerichtlichen Kompetenz müssten dann natürlich auf einfachgesetzlicher Ebene alle erforderlichen Klagsarten vorgesehen werden, mit denen „Streitigkeiten über subjektiv-öffentliche Rechte“ an die Verwaltungsgerichte herangetragen werden kann. Im Ergebnis würde das auf ein Sys-

tem hinauslaufen das jenem der deutschen VwGO sehr ähnlich wäre und zB auch die schon erörterten Unterlassungsklagen einschließen müssen. Es ist offensichtlich, dass damit die Umsetzung von öffentlichen Interessen gegenüber dem derzeitigen Stand erschwert würde: Man muss bedenken, dass mit einer Ausweitung der Klagbefugnisse auch unberechtigte Klagen ermöglicht und damit notwendige Entscheidungen der Verwaltung behindert werden können.

c. Natürlich würde mit der Beibehaltung des *subjektiv-öffentlichen Rechtes* als Prozessvoraussetzung die Möglichkeit von Popularbeschwerden verhindert; wenn man aber von formalisierten Anfechtungsgegenständen absieht und jegliches Verhalten oder Unterlassen der Verwaltung bekämpfbar macht, soweit jemand behauptet, in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt zu sein, müsste das Verwaltungsgericht in jedem Fall prüfen, ob tatsächlich eine solche öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Wie aufwändig und schwierig dies ist zeigt ein Blick in die deutsche Rechtsordnung: Dort umschreibt § 40 VwGO die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte in ähnlicher Weise wie dies in der Diskussion der Expertengruppe erwogen wurde. In dem Standardkommentar zur VwGO von *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzker* wird die Frage, wann eine „öffentlich-rechtliche Streitigkeit“ vorliegt, in knapp 280 (!) Randzahlen erörtert (*Ehlers*, zu 40 VwGO, Rz 203 – 481). Man kann sich leicht ausmalen, welchen Aufwand eine solche Prüfung für die Verwaltungsgerichte hervorrufen wird. Auch die *Rechtssicherheit für den Bürger* wird damit nicht gefördert.

d. Mit einer solchen weitreichenden Ausweitung der Klagsbefugnis wäre daher naturgemäß auch eine erhebliche Mehrbelastung der Verwaltungsgerichte und damit eine Kostensteigerung für die öffentliche Hand zu erwarten.

e. ME sollte man bedenken, dass das traditionelle System des österreichischen Verwaltungsrechtsschutzes – mit allen seinen Eigenarten im Vergleich etwa zur deutschen Rechtsordnung – über einen Zeitraum von fast 130 Jahren ausgebaut wurde und sich im Großen und Ganzen bewährt hat. Es bietet in vernünftiger Weise einen Ausgleich rechtsstaatlicher und gewaltenteilender Aspekte; es bietet einen ausreichenden Rechtsschutz für den einzelnen, ohne die Durchsetzung legitimer öffentlicher Interessen unverhältnismäßig zu behindern. Man sollte dieses System nicht leichtfertig aufgeben ohne vorher genau zu überlegen, welche Konsequenzen mit einer Entscheidung für ein anderes System verbunden sind. Dass in anderen Staaten andere Systeme der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestehen bedeutet nicht automatisch, dass diese anderen Systeme in ihrem Gesamtkonzept besser funktionieren als das herkömmliche österreichische System.

D. In der Diskussion der Expertengruppe wurde auch erörtert, inwieweit die Möglichkeit von Amtsbeschwerden auf Verfassungsebene eingeführt werden sollte, insb für Patienten-, Verbraucher- oder Umweltsanwälte.

Dazu ist zu bemerken, dass die Einführung solcher „Anwälte des öffentlichen Rechts“ mit der Befugnis, rechtskräftige Bescheide zu bekämpfen, schon im Vorfeld der Einführung der Volksanwaltschaft diskutiert wurde und dabei sehr umstritten war. Von den Kritikern wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass es dabei um Eingriffe in rechtskräftige Bescheide geht, was in einem Spannungsverhältnis zu rechtsstaatlichen Grundsätzen steht. Die Möglichkeit der Beschwerde gegen Bescheide soll grundsätzlich nur demjenigen zustehen, dessen Rechte

davon betroffen sind; das hat auch etwas mit dem demokratischen Gedanken zu tun, weil nur demjenigen ein Mitspracherecht bei der Erzeugung einer Vorschrift zukommen soll, der auch Adressat dieser Norm ist. Abgesehen von solchen juristischen Strukturfragen können solche Beschwerderechte auch die Verwirklichung von Projekten behindern und sind auch deshalb problematisch. Die Sicherung der objektiven Rechtmäßigkeit ist ohnedies der Verwaltung übertragen und es besteht dafür die politische Verantwortlichkeit der obersten leitenden Organe. Angesichts der kontroversen historischen Diskussion über die Einführung eines Anwalts des öffentlichen Rechts halte ich es nicht für sinnvoll, diese Diskussion nunmehr en passant wieder aufzugreifen.

Natürlich ist nicht zu übersehen, dass das Gemeinschaftsrecht oder völkerrechtliche Abkommen verschiedentlich die Einführung von Amtsparteien oder „Bürgerparteien“ vorsehen, denen dann auch die Beschwerde an das Verwaltungsgericht offen stehen muss. Für die Schaffung solcher objektiven Beschwerdemöglichkeiten bietet aber ohnedies Art 131 Abs 2 B-VG ausreichende Möglichkeiten. Diese Regelung sollte beibehalten, nicht aber durch weitere verfassungsrechtliche Beschwerdemöglichkeiten ergänzt werden.

3. Textvorschlag

Aus den vorstehend angeführten Gründen schlage ich vor, die Zuständigkeit künftiger Verwaltungsgerichte in der Verfassung in etwa in folgender Weise zu umschreiben:

„(1) Die Verwaltungsgerichte erster Instanz erkennen nach Erschöpfung des administrativen Instanzenzuges, soweit ein solcher in Betracht kommt,

1. über Beschwerden von Personen, die behaupten, durch einen Bescheid oder einen sonstigen Verwaltungsakt einer Verwaltungsbehörde in ihren Rechten verletzt zu sein;
2. über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch Verwaltungsbehörden, sofern der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt war;
3. zur Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen über Gegenstände der Vollziehung der Gesetze einschließlich damit zusammenhängender schadenersatzrechtlicher Ansprüche.

(2) Unter welchen Voraussetzungen auch in anderen als den in Absatz 1 Z 1 angeführten Fällen Beschwerden gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden wegen Rechtswidrigkeit zulässig sind, wird in den die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen bestimmt.“

Eine Anordnung, dass die gesetzliche Regelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens einen „effektiven Rechtsschutz“ bieten soll, ist entbehrlich.

Ferner sollte Art 18 B-VG (bzw die entsprechende Nachfolgebestimmung) durch folgenden Absatz ergänzt werden:

„(X) Durch Gesetz kann vorgesehen werden, dass über Gegenstände der Vollziehung der Gesetze Verträge zwischen Verwaltungsbehörden und physischen oder juristischen Personen sowie zwischen physischen oder juristischen Personen untereinander geschlossen werden können; dazu gehören auch Verträge zwischen Rechtsträgern des öffentlichen Rechts, mit denen diese Vereinbarungen über die Ausübung ihrer Befugnisse in Vollziehung der Gesetze treffen, soweit sie nicht in den Anwendungsbereich des Art 15a B-VG fallen.“

Die Kompetenz zur Regelung des Vertragsrechts für verwaltungsrechtliche Verträge sollte man als Bedarfskompetenz nach dem Muster des Art 11 Abs 2 B-VG dem Bund zuweisen; man könnte in Art 11 Abs 2 B-VG (oder die entsprechende Nachfolgebestimmung) folgende Formulierung einfügen:

„... das Verwaltungsstrafverfahren, die Verwaltungsvollstreckung und die allgemeinen Bestimmungen betreffend Verträge über Gegenstände der Vollziehung der Gesetze ...“