

Verbleibende Strukturdefizite der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit

ALFRED GROF

Abstract

Mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 erfolgte eine umwälzende Neustrukturierung der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts in Österreich: Es wurden erstinstanzliche Verwaltungsgerichte eingerichtet, deren Hauptaufgabe darin besteht, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt festzustellen und darauf basierend in der Sache selbst (dh: meritorisch), und zwar nach Vorgabe durch die Judikatur des VfGH, zu entscheiden. Die beiden Höchstgerichte sind demgegenüber darauf beschränkt, die Vereinbarkeit genereller Normen mit höherrangigem Recht und Grundrechtsverletzungen einerseits festzustellen (VfGH) bzw grundsätzliche Rechtsfragen zu klären (VwGH). Wie dieser Beitrag aufzuzeigen versucht, konfligiert diese Konzeption allerdings mit zentralen Anforderungen des Art 6 EMRK und des Art 47 EGRC. Eine unlösbare Antinomie besteht vornehmlich darin, dass die Verwaltungsgerichte, die Tribunale iSd Art 6 EMRK verkörpern sollen, nach einer aufhebenden Entscheidung im fortgesetzten Verfahren an die Rechtsansicht des VfGH bzw des VwGH, die ihrerseits den Tribunalbegriff des Art 6 EMRK nicht erfüllen, gebunden sind, sodass auf den Bürger im Ergebnis keine gerichtsförmige Entscheidung zukommt. Weil sich bislang aber weder der EGMR noch der EuGH zu dieser Problematik geäußert hat, besteht diesbezüglich vorerst offenkundig auch kein dringender Handlungsbedarf für die maßgeblichen politischen Entscheidungsträger.

Schlagworte

Amtssachverständige; inquisitorisches Amtswegigkeitsprinzip; Amtsrevision; Beweislastverschiebung – Selbstbelastungszwang (nemo tenetur); Bindung an Sachverhaltsfeststellungen; civil rights; criminal charges; Doppelbestrafung (ne bis in idem); Durchführung von Unionsrecht; EGMR; EGRC; EMRK; erstinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit; EuGH; Fachgerichte; faires Verfahren; Funktionsvermischung; Gericht – Begriff; grundsätzliche Rechtsfragen; infiniter Kreislauf; verfassungskonforme Interpretation; Kognitionsbefugnis – Kompetenzeinschränkung; kontradiktorisches Verfahren; Öffentlichkeitsprinzip; overruling (overturning); »Punkt-für-Punkt«-Prüfung; Richterbestellung – Parteistellung; Sachentscheidung; Tribunal (tribunal); Unabhängige Verwaltungssenate (UVS); VfGH; VwGH; Vorrang des Unionsrechts – gerichtliche Autonomie; Verhandlungsdokumentation; Verjährungsfristen; Waffengleichheit

Rechtsnormen

Art 4 7.ZP, 6 und 7 EMRK; Art 47, 50 und 52 EGRC; Art 91, 133, 139, 140 und 144 B-VG; Bundesverfassung (Schweiz); §§ 1 und 87 VfGG; §§ 1, 27, 28, 41, 42 und 63 VwGG; §§ 17, 28 und 38 VwGVG; BFA-VG; § 17 BFinGG; VwGO (Deutschland); §§ 13a, 38, 39 und 42 AVG; §§ 5, 22, 24 und 31 VStG; § 15 AusschreibungsG; §§ 356 und 366 GewO; § 52 GSpG; § 103 KFG; § 90 LMSVG; § 201 TKG; § 107 WRG; § 32 OöBauO; § 18 OöLVwGG; § 35 OöObjektivierungsG; § 6 OöParkGebG

Inhaltsverzeichnis

1.	Vorbemerkung	114
2.	Essentieller Gehalt des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC	114
3.	Organisations- und kompetenzrechtlicher Aspekt: Qualität als »Gericht« (»tribunal«)	115
4.	Prozessualer Aspekt: Faires Verfahren	118
5.	Zulässigkeitsvoraussetzungen für Amtsrevisionen	123
6.	Europarechtskonformität de lege ferenda	123
7.	Aktuelle Möglichkeiten der Geltendmachung der bestehenden Konventionswidrigkeiten	124

DOI 10.52018/SPWR-23Hoo-Bo11

1. Vorbemerkung

Mit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012¹ wurden – »erstinstanzliche« – Verwaltungsgerichte² institutionalisiert. Seit diese mit 1.1.2014 faktisch ihre Tätigkeit aufgenommen haben, gilt als gleichsam »offizielle Lesart«, dass Österreich – nach Vervollkommnung der ihrerseits ein knappes Vierteljahrhundert gewährt habenden Interimslösung in Gestalt von »Unabhängigen Verwaltungssenaten«³ – nunmehr endgültig europäischen Standard erreicht habe, indem es jetzt ebenfalls über eine »echte und mehrstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit« verfüge⁴.

Angesicht der mittlerweile in der Praxis gesammelten Erfahrungen begegnet dieser »Mainstream« – wenn gleich meist nur hinter vorgehaltener Hand – allerdings auch wachsendem Widerspruch.

Die solcherart angestoßene, letztverbindlich und pro futuro von supranationalen Instanzen (EGMR, EuGH) zu entscheidende Kardinalfrage, ob die derzeit nach innerstaatlichem Verfassungsrecht bestehende Konzeption der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts auch tatsächlich den europarechtlichen Anforderungen des Art 6 EMRK und des Art 47 EGRC gerecht wird, ist gegenwärtig noch offen. Betrachtet man diese nach mehr als einem Jahrzehnt am Effektivitätsmaßstab des »justice must not only be done, it must also be seen to be done«⁵ möglichst nüchtern und bar jeglicher Anfangseuphorie, so wird die Antwort letztlich wohl negativ ausfallen (müssen). Denn es darf nicht übersehen werden, dass für diesen Gewährleistungsbereich noch immer zahlreiche **strukturelle Ungeheimheiten und Defizite** bestehen⁶.

Deren auffälligste Ausprägungen⁷ sollen in diesem Beitrag näher erörtert werden.

2. Essentieller Gehalt des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC

Gemäß Art 6 EMRK hat ua jedermann Anspruch darauf, dass – soweit es inhaltlich besehen **zivil- oder strafrechtliche** Angelegenheiten (= »civil rights and obligations« bzw. »criminal charges«)⁸ betrifft – ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht (= »tribunal«) im Rahmen eines fairen Verfahrens nach öffentlicher Verhandlung binnen angemessener Frist mittels öffentlicher Urteilsverkündung entscheidet. Die analoge Garantie des Art 47 EGRC reicht einerseits insoweit darüber hinaus, als diese Rechtsschutzgewährleistungen **inhaltlich unbeschränkt** (also auch für weder zivil- noch strafrechtliche Ansprüche; vgl die neutrale Formulierung: »ihre Sache«) eingeräumt werden; sie bleibt jedoch andererseits insoweit hinter Art 6 EMRK zurück, als Art 47 EGRC nur in solchen Konstellationen zum Tragen kommt, in denen es um die **innerstaatliche Durchführung von Unionsrecht** geht⁹.

Vornehmlich in Entsprechung zur mittlerweile detailliert ausdifferenzierten, im Folgenden näher darzustellenden Judikatur des EGMR – der jene des EuGH gemäß der diesbezüglich expliziten Vorgabe des Art 52 Abs 3 EGRC im Wesentlichen auch tatsächlich folgt¹⁰ – ist diese Gerichts- bzw. Tribunalgewährleistung in jener **autonomen** Bedeutung, die ihr durch die beiden europäischen Höchstgerichte jeweils beigelegt wird, primär durch folgende essentielle Elemente gekennzeichnet¹¹:

Verhängung von »administrativen Nebenstrafen« (wie insbesondere die Entziehung von behördlichen Bewilligungen – vgl zB § 87 GewO) selbst nach objektiv besehen bloß geringfügigen Rechtsverletzungen; fehlende Regelungen für eine gerichtsförmig-kontradiktorische Beweisaufnahme sowohl im VwGVG als auch im AVG und im VStG; Kostenbelastung des Bürgers, va auch in amtswegig eingeleiteten Verfahren; etc – ausgespart bleiben.

1 Im Folgenden auch: Verfassungsnovelle 2012.
 2 Nämlich: das Bundesverwaltungsgericht (BVwG), das Bundesfinanzgericht (BFG) und neun Landesverwaltungsgerichte (LVwG), im Folgenden auch gesamthaft: VwG.
 3 Im Folgenden auch kurz: UVS.
 4 Vgl zB *G. Muzak*, B-VG, 6. Aufl, Art 129 (Stand: 1.10.2020, rdb.at), RN 1; *S. Rosenkranz* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, Art 129 B-VG (Stand 1.1.2021, rdb.at), RN 6; *W. Berka*, Verfassungsrecht, 8. Aufl (2021), RN 909; *H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer/K. Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 11. Aufl. (2015), vor Rz 927/2; *Th. Öhlinger/H. Eberhard*, Verfassungsrecht, 13. Aufl. (2022), RN 650; und *D. Kolonovits/G. Muzak/K. Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts, 11. Aufl. (2019), RN 670 (jeweils mwN).
 5 Vgl dazu schon EGMR v 17.1.1970, 2689/65, RN 31.
 6 Wie schon in der Vergangenheit ist auch deren allfällige künftige Akkordierung nur bei einem entsprechend starken supranationalen Druck zu erwarten.
 7 Aus Platzgründen muss hier ein Eingehen auf weitere, den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit, der Sachgerechtigkeit und der Verhältnismäßigkeit kaum genügende Bevorzugungen öffentlicher Interessen gegenüber jenen der Bürger – wie zB die subsidiäre Maßgeblichkeit des monarchisch-autoritär konzipierten VStG (vgl § 38 VwGVG) anstelle zentraler Prinzipien der vergleichsweise deutlich aufgeklärter orientierten StPO; die

8 Im Sinne der vom EGMR autonom entwickelten Bedeutung dieser Begriffe; vgl dazu näher EGMR (Hrsg), Guide on Article 6 of the Convention on Human Rights – Right to a fair trial, civil limb, RN 1 f und 15 ff, bzw criminal limb, RN 15 (jeweils Stand 31.8.2022), abrufbar unter: <<https://ks.echr.coe.int/en/web/echr-ks>>.
 9 Vgl grundlegend EuGH v 26.2.2013, C-617/10, RN 27 ff.
 10 Vgl näher *Th. Kröll*, in: M. Holoubek – G. Lienbacher, GRC-Kommentar, 2. Aufl, Art 47 (Stand: 1.4.2019, rdb.at).
 11 Vgl insbesondere EGMR (Hrsg), Guide (FN 8). Soweit es die **Grundrechtsgewährleistungen der EU** betrifft, ist von dem sich an Rechtsschutzinteressen orientierenden Gerichts begriff des Art 47 EGRC jener zu **differenzieren**, der sich gemäß Art 267 AEUV auf Institutionen bezieht, die zur Einholung einer Vorabentscheidung berechtigt sind; hinsichtlich des Letzteren lautet die seit Jahrzehnten stereotype Formel des EuGH: »Nach ständiger Rechtsprechung stellt der Gerichtshof zur Beurteilung der rein unionsrechtlichen Frage, ob es sich bei der vorliegenden Einrichtung um ein »Gericht« im Sinne des Art. 267 AEUV handelt, auf eine Reihe von Merkmalen ab, wie z.B. gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit« – so zB EuGH v 14.6.2011, C-106/09, RN 37, und v 17.9.1997, C-54/96, RN 23, jeweils mwN.

- ▷ auf Gesetz beruhend
- ▷ volle Kognitionsbefugnis des Gerichts in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht¹²
- ▷ prinzipielle Gewährleistung sämtlicher dieser Aspekte in allen Instanzen; kein »overruling« (»overturning«) durch eine nicht-tribunalmäßige Entscheidung¹³
- ▷ Unparteilichkeit
- ▷ Unabhängigkeit
- ▷ Fairness des Verfahrens, dh generell:
 - ▶ kontradiktorisches Verfahren
 - ▶ Waffengleichheit
 - ▶ öffentliche Verhandlung und öffentliche Entscheidungsverkündung
 - ▶ angemessene Verfahrensdauer
- ▷ (additiv-)spezifische Besonderheiten der Verfahrensfairness im Strafrecht:
 - ▶ Verbot der Mehrfachverfolgung und -bestrafung (ne bis in idem)
 - ▶ Recht zu schweigen bzw sich nicht selbst belasten zu müssen (nemo tenetur)
 - ▶ Unmittelbarkeit
 - ▶ Unschuldsvermutung
 - ▶ Verteidigungsrechte

3. Organisations- und kompetenzrechtlicher Aspekt: Qualität als »Gericht« (»tribunal«)

Die vorangeführten Kriterien »Unparteilichkeit«, »Unabhängigkeit«¹⁴, »gesetzliche Grundlage« und »volle Kognitionsbefugnis auf sämtlichen Ebenen, vor allem in letzter Instanz« lassen sich auch unter dem Oberbegriff »Qualität als Gericht« (»tribunal«) zusammenfassen.

3.1. Soweit es die Essenz dieser Gerichtsförmigkeit betrifft, wurde seitens des EGMR bereits mehrfach klargestellt, dass **jedenfalls die strafrechtliche, gegebenenfalls aber auch die zivilrechtliche** (in Form der **administrativrechtlichen**¹⁵) *Gestion* weder des VfGH noch die dementsprechende des VwGH den von Art 6 EMRK gestellten Anforderungen an ein »tribunal« genügt. In erster

Im Ergebnis erweisen sich beide »Gerichts«-Begriffe zwar als im Wesentlichen deckungsgleich, jedoch **nicht als völlig identisch**.

- 12 »Full jurisdiction« – vgl zB EGMR v 9. 6. 1998, 22678/93, RN 72, und diesem Folgend EuGH v 19. 9. 2006, C-506/04, RN 60; s.a. EuGH v 17. 11. 2011, C-430/10, RN 41.
- 13 Vgl zB schon EGMR v 23. 6. 1993, 12952/87, RN 65–68; s.a. EGMR v 4. 6. 2013, 10890/04, RN 39 f, und v 5. 7. 2016, 46182/08, RN 42 f, sowie EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), civil limb, RN 442, mit spezifischer Bezugnahme auf den Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung.
- 14 Vgl dazu jüngst wiederum EuGH v 11. 5. 2023, C-817/21.
- 15 Zahlreiche nach innerstaatlichem Recht als »behördlich-administrativrechtlich« einzuordnende Akte werden vom EGMR nach dessen insoweit autonomer Sichtweise als »civil rights« qualifiziert; vgl EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), civil limb, RN 1 ff.

Linie wurde die insoweit mangelnde Prüfungsdichte sowie insbesondere bemängelt, dass beide Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts letztlich jeweils nur über eine eingeschränkte Kognitionsbefugnis verfügen¹⁶.

So kann in rechtlicher Hinsicht einerseits im Zuge eines Beschwerdeverfahrens nach Art 144 B-VG nur eine Verletzung von **verfassungsgesetzlich** gewährleisteten Rechten geltend gemacht werden. Andererseits lässt sich seit der Verfassungsnovelle 2012 mittels einer Revision nicht mehr jegliche Verletzung einfachgesetzlich gewährleisteter subjektiv-öffentlicher Rechte, sondern nur mehr eine solche, die zugleich auch die Klärung einer **grundsätzlichen** Rechtsfrage erfordert, relevieren.

Es ist daher schon zufolge dieser national-verfassungsrechtlichen Kompetenzeinschränkungen¹⁷ sowohl dem VfGH als auch dem VwGH verwehrt, als ein »tribunal« mit umfassender **rechtlicher** Prüfungsbefugnis zu agieren, wie Art 6 EMRK dies grundsätzlich auch von einer letztinstanzlichen Institution jedenfalls insoweit fordert, als diese über zivil- bzw strafrechtliche (bzw diesen adäquate administrativrechtliche) Fragen entscheidet.

3.2. Außerhalb des Straf- und Zivilrechts, insbesondere im Bereich des nach der Judikatur **weit** auszulegenden (und in diesem Sinne **angelernten**) **Administrativrechts**¹⁸, hat der EGMR das Kriterium der umfassenden Kognitionsbefugnis hingegen merklich **relativiert**. Dies ist insbesondere dem Umstand geschuldet, dass ansonsten zahlreiche europaweit bestehende **Fach- und Höchstgerichte** infolge ihrer jeweils funktionsbedingt auf spezifische Fragenkreise limitierten Zuständigkeit den Tribunalbegriff des Art 6 EMRK schon von vornherein nicht erfüllen würden. Diese Eingrenzungstendenz zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in Bezug auf derartige **Spezialgerichte** eine **volle Tatsachen- und Rechtsfragenkognition** zumindest im Hinblick auf die dem jeweiligen Fachgericht **eigentümlichen administrativrechtlichen Zuständigkeiten** sowie darüber hinaus eine solche auch insoweit gegeben sein muss, als diese Gerichte in diesem Zusammenhang auch straf- und/oder zivilrechtliche Fragen zu beurteilen haben.

Ist daher beispielsweise die Kognitionsbefugnis des VfGH gemäß Art 144 Abs 1 B-VG bloß auf die Feststellung der Verletzung von **verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten** beschränkt, dann verletzt die Aufhebung einer VwG-(und sohin einer **gerichtlich-tribunalmäßig**)

16 Vgl schon EGMR v 21. 9. 1993, 12235/86, RN 29 f, hinsichtlich des VfGH und EGMR v 28. 6. 1990, 11761/85, RN 70, in Bezug auf den VwGH; s.a. EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), civil limb, RN 187 und 202, bzw criminal limb, RN 76.

17 In rechtspolitischer Hinsicht zielen diese ersichtlich nicht nur darauf ab, eine Arbeitsüberlastung, sondern auch eine im Ergebnis überbordende Machtagglomeration des VfGH bzw des VwGH hintanzuhalten.

18 S.o, FN 14.

bunalmäßigen) Entscheidung nur dann nicht die Garantien des Art 6 EMRK, wenn der VfGH sowohl hinsichtlich des Sachverhalts als auch betreffs der Rechtsfragen tatsächlich gleichsam eine »Punkt-für-Punkt«-Prüfung des auf Grundrechtsbeeinträchtigungen fokussierten Beschwerdevorbringens vorgenommen (und nicht etwa diese bloß nach Art 144 Abs 2 B-VG abgelehnt) hat. Analoges gilt für die gemäß Art 133 Abs 4 B-VG eingeschränkte Kognitionsbefugnis des VwGH: Eine aufhebende Entscheidung muss stets auf einer sachverhaltsbezogenen »Punkt-für-Punkt«-Prüfung der vom Individual- oder Amtsrevisionswerber relevierten grundsätzlichen Rechtsfrage(n) basieren.

Da andererseits in Individualantragsverfahren nach Art 140 und 139 B-VG die Kognitionsbefugnis des VfGH hinsichtlich der Prüfung der Ordnungsgemäßheit der Durchführung von Unionsrecht nicht eingeschränkt ist, kann zumindest für solche Konstellationen grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass den Anforderungen des Art 47 EGRC entsprochen ist – zumindest jedenfalls dann, wenn insoweit keine straf- oder zivilrechtlichen Aspekte tangiert werden¹⁹.

3.3. Zum Mangel der eingeschränkten Kognitionsbefugnis im zuvor dargestellten Sinn kommt weiters, dass der VwGH in aller Regel an die Sachverhaltsfeststellungen des unterinstanzlichen VwG gebunden ist²⁰. Und selbst in jenen Ausnahmefällen, in denen der VwGH die Faktenlage eigenständig ermitteln kann²¹, darf dies wiederum – entsprechend seiner verfassungsmäßig limitierten Zuständigkeit – nur insoweit erfolgen, als es der Zielsetzung der Klärung einer grundsätzlichen Rechtsfrage dienlich ist²².

Außerdem wird geradezu standardmäßig weder in verfassungs- noch in verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine kontradiktorische Verhandlung durchgeführt und schon gar keine öffentliche Entscheidungsverkündung vorgenommen²³.

19 Dem steht nicht entgegen, dass nach ständiger Judikatur des EuGH hinsichtlich der Frage der Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht keine Bindungswirkung an eine diesbezügliche Rechtsauffassung anderer innerstaatlicher Gerichte besteht (vgl dazu näher unten, FN 33) – im Gegenteil: Vielmehr wird insoweit die aus EMRK- und EGRC-Sicht mehr hinderliche als förderliche Kompetenztrennung zwischen VfGH und VwGH überwunden (wenngleich eine Zusammenlegung beider Institutionen überhaupt die »sauberste Problemlösungsvariante« darstellen würde – vgl auch unten, 6.1.).

20 Vgl § 41 VwGG.

21 Vgl § 42 Abs 4 VwGG.

22 Dies folgt aus § 42 Abs 4 VwGG iVm Art 133 Abs 4 B-VG.

23 Nicht zufällig finden sich daher auch weder entsprechende Angaben im »Tätigkeitsbericht 2022« des VfGH (abrufbar unter: <https://www.vfgh.gv.at/downloads/taetigkeitsberichte/VfGH_Taetigkeitsbericht_2022.pdf>) noch im »Tätigkeitsbericht für das Jahr 2021« des VwGH (abrufbar unter: <https://www.vwgh.gv.at/gerichtshof/taetigkeitsberichte/Taetigkeitsbericht_2021.pdf.pdf?8ogawe>).

3.4. Wie schon zuvor angeführt, betonen sowohl der EGMR als auch der EuGH übereinstimmend, dass die vorgenannten Garantien gewissen Relativierungen unterliegen. Generalisierend lassen sich diese dahin zusammenfassen, dass die Kontrolle von behördlichen Entscheidungen oder von gesetzgeberischen Akten – wiederum jeweils differenzierend danach, ob und inwieweit einerseits ein Ermessen oder ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum eingeräumt ist oder ob andererseits eine rechtlich umfassend gebundene (also eine sog Rechts-)Entscheidung zu treffen war – speziell hinsichtlich des Umfanges der Kognitionsbefugnis einen vergleichsweise strengeren Maßstab erfordert als die Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung, besonders wenn Letztere den Anforderungen des Art 6 EMRK bzw des Art 47 EGRC bereits ohnehin weitestgehend entsprochen hat. Ein zusätzliches Differenzierungskriterium bildet auch der Umstand, ob es sich um eine im Kernbereich des Straf- oder Zivilrechts anzusiedelnde Materie oder bloß um eine sonstige administrativrechtliche Angelegenheit handelt. Schließlich ist auch danach zu unterscheiden, ob ein Eingriff von erheblichem Gewicht auf dem Spiel steht oder bloß eine Bagatellsache vorliegt²⁴.

Angesichts dieser Kriterien einerseits und der zahlreichen, in sich inhomogenen Sachmaterien, die in die Zuständigkeit der VwG und der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts fallen, andererseits kann daher stets nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden, ob jener Institution, die eine Entscheidung erlassen hat, hierbei Tribunal- bzw. Gerichtsqualität zukam (sowie ob im Weiteren auch tatsächlich ein dem Art 6 EMRK bzw dem Art 47 EGRC entsprechendes Verfahren durchgeführt wurde). Einer überzeugend-stringenten Annahme für eine positive a-priori-Vermutung zugunsten einer vorbehaltlosen Konventionskonformität der österreichischen Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts ist hingegen angesichts eines solchen Basissystems schon von vornherein der Boden entzogen.

3.5. Fraglich ist im Übrigen va auch, ob die VwG und die Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts mit Blick auf den Bestellungsmodus ihrer richterlichen Mitglieder die erforderliche strukturelle Unabhängigkeit aufweisen.

Insbesondere gilt es in diesem Zusammenhang nämlich zu bedenken, dass der Auswahl der Richter zwar jeweils eine öffentliche Ausschreibung vorauszu- gehen hat. Allerdings haben übergangene Mitbewerber im Rahmen derartiger Ernennungsverfahren keine Par- teistellung²⁵.

24 In diesem Sinne auch *Th. Kröll*, GRC-Kommentar (FN 9), RN 41 ff, mwN.

25 Vgl § 15 Abs 1 Ausschreibungsg, BGBl 85/1989 idGF BGBl I 205/2022, der – wenn schon nicht de iure, so zumindest de facto – analog auch in Bezug auf Ausschreibungen gemäß § 1 VfGG und § 1 VwGG zum Tragen kommt; s.a. § 18 Abs 4 OöLVwGG iVm. § 35 Abs 1 OöObjektivierungsg; vgl auch jüngst zB Die Presse v

Allfällige Rechtswidrigkeiten des Bestellungsverfahrens können demgemäß – und in **rechtsstaatlich bedenklicher** Weise – schon von vornherein nicht effektiv prozessual geltend gemacht werden.

Angesichts dessen, dass diese Rahmenbedingungen keine Ausnahme, sondern vielmehr den Regelfall verkörpern und zudem nicht nur sämtlichen Beteiligten, sondern auch der (zumindest facheinschlägigen) Öffentlichkeit bereits im Vorfeld bekannt und bewusst sind, kann einem solcherart institutionalisierten System wohl kaum der Anschein von (wenigstens im Großen und Ganzen) tatsächlich objektiven Postenbesetzungen attestiert werden.

3.6. Anders als den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts kommt den VwG zwar grundsätzlich²⁶ eine **vollumfängliche Rechts- und Tatsachenkognition** zu, sodass aus diesem Blickwinkel betrachtet deren Gerichtsqualität iSd. Art 6 EMRK bzw Art 47 EuGH prinzipiell nicht zu beanstanden wäre (wobei freilich stets die Frage bleibt, wie diese Befugnis **in concreto** – va in **verfahrensrechtlicher** Hinsicht – jeweils praktiziert wird).

3.6.1. Allerdings sind die VwG – kraft innerstaatlichem Recht sowie zufolge ihrer organisationsrechtlichen Stellung als mittelinstanzliche Entscheidungsebene auch gleichsam systematisch bedingt – jeweils an **aufhebende Erkenntnisse** des VfGH bzw des VwGH **vollumfänglich**²⁷ gebunden. Davon ausgehend mediatisieren die VwG im fortgesetzten Verfahren gleichsam die Rechtsansicht der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts. Einerlei, ob daher die Höchstgerichte eine eigenständige Faktenermittlung vornehmen würden, die jedoch schon von Verfassungen wegen infolge deren jeweils limitierter Kognitionsbefugnis ohnehin thematisch entsprechend eingeschränkt wäre²⁸, oder ob demgegenüber – wie im Regelfall – eine Aufhebung und Zurückverweisung an die VwG erfolgt, sodass sich die auf Verfassungs²⁹ bzw auf grundsätzliche Rechtsfragen³⁰ begrenzte Prüfungskompetenz vorwiegend im Bereich der rechtlichen Beurteilung niederschlägt: Für die Verfahrensparteien wird letztendlich stets die Entscheidung eines mit bloß reduzierter Kognitionsbefugnis ausgestatteten (und in diesem Sinne) **»Fach-«** bzw **»Spezialgerichts«**³¹ verbindlich, die bzw das

gegebenenfalls – va, wenn und soweit zivil- oder straf- bzw diesen entsprechende administrativrechtliche Angelegenheiten entscheidungsrelevant werden – **nicht** den Anforderungen des Art 6 EMRK entspricht³².

3.6.2. Als Ausnahme von dieser – wiederum innerstaatlich-systembedingten – Konventionswidrigkeit wären gegebenenfalls nur jene Konstellationen der Umsetzung von Unionsrecht in Betracht zu ziehen, in der es um die Prüfung der Vereinbarkeit von Letzterem mit nationalem Recht geht: Insoweit kommt nämlich gemäß der (auf einem gelegentlich nicht unbegründeten Misstrauen gegenüber der Tendenz von nationalen Höchstgerichten zur beharrlichen Bewahrung autochtoner – wenngleich durchaus als gemeinschaftswidrig erkannter – Eigenheiten beruhenden) Judikatur des EuGH, wonach der **absolute Vorrang des Unionsrechts** von jedem innerstaatlichen Gericht autonom zu beurteilen ist, die Bindungswirkung an eine allfällige gegenteilige Rechtsansicht (selbst) eines im Instanzenzug übergeordneten Gerichts³³ nicht zum Tragen. Allerdings erweist sich diese **ausnahmsweise** (dh: **punktuell-fallbezogene**) **Nichtmaßgeblichkeit** des § 87 Abs 2 VfGG bzw des § 63 Abs 1 VwGG in der Praxis aus diversen Gründen³⁴ weitgehend als **»totes Recht«**.

3.7. Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten: Kommt es zu einem **förmlichen »overruling«** bzw **»overturning«** der VwG-Entscheidung durch den VfGH oder den VwGH, so begründet dies dann zugleich auch eine **Konventionswidrigkeit** im Hinblick auf Art 6 EMRK und

32 Vgl EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), civil limb, RN 187 ff, insbesondere RN 198, wonach das Rechtsmittelgericht – jeweils bei voller Kognitionsbefugnis – entweder die Kompetenz zur Aufhebung und Zurückverweisung an die Unterinstanz oder zur Entscheidung in der Sache selbst haben muss; s.a. die Nachweise bei EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), criminal limb, RN 300 ff, hinsichtlich des spezifischen Erfordernisses der Wahrung des Anwesenheits- und des Öffentlichkeitsprinzips im Strafverfahren (*»Wenn die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert wird, muss das Rechtsmittelgericht in aller Regel positive Maßnahmen setzen, die sicherstellen, dass es den Angeklagten ordnungsgemäß hört; alternativ kann sich das Rechtsmittelgericht auch darauf beschränken, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Rechtssache dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung eines neuerlichen Verfahrens zurückverweisen«* – RN 302).

33 Vgl zB EuGH v 15.10.2015, C-581/14.

34 Vornehmlich im Hinblick auf absehbare »infinite Kreisläufe« einerseits (so schon LVwG OÖ v 28.8.2018, LVwG-412373/14/Gf/Mu, sowie zuletzt LVwG OÖ v 22.12.2022, LVwG-413633/16/Gf/RoK) sowie angesichts drohender disziplinarrechtlicher Verfolgung andererseits; vgl näher A.Grof, Die Sicherstellung der Effektivität des Unionsrechts gegenüber mitgliedstaatlichem Protektionismus in einem System kassatorischer Verwaltungsgerichtsbarkeit, SPWR 2019, 165; ders, Neuralgische Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, SPWR 2020, 461, und ders, Update zu den »Neuralgischen Grundfragen der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit«, SPWR 2022, 157 ff und 167 ff; zum Gebot der Nichtbeachtung der Bindungswirkung von höchstgerichtlichen Entscheidungen in europarechtlichen Belangen siehe jüngst wiederum EuGH v 14.9.2023, C-55/22.

20.4.2023: *»Türkis-Grün: Job-Vergaben auf der langen Bank – Die Koalition kann sich seit Monaten nicht einigen, wer Verwaltungsgericht und Wettbewerbsbehörde leiten soll.«*

26 Diese wird lediglich durch den Rahmen des Beschwerdevorbringens begrenzt – vgl § 27 VwGVG.

27 Vgl die Formulierungen des § 87 Abs 2 VfGG und des § 63 Abs 1 VwGG (die jeweils keine Ausnahmeregelung im Hinblick auf den absoluten Vorrang des Unionsrechts enthalten – s. dazu auch unten, FN 33).

28 S.o, 3.1.

29 Vgl Art 144 Abs 1 B-VG.

30 Vgl Art 133 Abs 4 B-VG.

31 Vgl oben, 3.2.

Art 47 EGRC, wenn sich **in concreto** das Vorgehen des Höchstgerichts in **inhaltlicher** Hinsicht auf **zivil- oder strafrechtliche** einerseits oder diesen iSd einschlägigen EGMR-Judikatur gleichzuhaltende **administrativrechtliche** Fragen andererseits bezieht und **insoweit** entweder in **kompetenzrechtlicher** Hinsicht – vornehmlich im Hinblick auf **dessen limitierte Kognitionsbefugnis** – de facto keine vollumfängliche sachverhaltsmäßige oder rechtliche Prüfung durchgeführt und/oder in **verfahrensrechtlicher** Hinsicht die entsprechenden Garantien der genannten Konventionsbestimmungen nicht eingehalten wurde(n)³⁵.

4. Prozessualer Aspekt: Faires Verfahren

Neben diesen systematisch-organisatorischen Unzulänglichkeiten sind es va auch verfahrensrechtliche Defizite, die sowohl in toto als auch einzeln besehen jeweils darin resultieren, dass die VwG die Kriterien des Art 6 EMRK und des Art 47 EGRC nicht zu erfüllen vermögen, weil sie – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – in aller Regel **kein kontradiktorisches, auf echter Waffengleichheit** beruhendes, sondern zufolge entsprechender einfachgesetzlicher Vorgaben gesamthaft betrachtet vielmehr ein für weisungsgebundene Behörden typisches, **obrigkeitlich-autoritär** konzipiertes Verfahren durchführen müssen.

4.1. In diesem Zusammenhang versucht zwar der Umstand, dass für das Verfahren der VwG formal eigenständige Verfahrensgesetze existieren³⁶, den Eindruck zu vermitteln, dass es sich insoweit um umfassende, autonom-gerichtsformige Prozessnormen handeln würde. In Wahrheit regeln diese selbst jedoch nur einzelspezifische Detailausschnitte; hinsichtlich grundsätzlicher Fragen bleiben sie hingegen jeweils rudimentär bzw erfolgt vielmehr ein **inhaltlich ausufernder Verweis** auf für Behördenverfahren maßgeblichen Normenkomplexe³⁷.

Um EMRK-Konformität zu erreichen, bedürfte eine derartige Konzeption allerdings – als **Minimalstandard** – zumindest einer **Gewährleistung** schon auf **Gesetzesebene** (wie zB durch Vorgabe einer **verbindlichen Auslegungsmaxime**) dahin, dass diese Verwaltungsverfahrensnormen – wenn überhaupt, dann – stets nur in einer solchen Art und Weise zur Anwendung kommen dürfen, dass dadurch im Ergebnis ein echt gerichtsförmiges Verfahren iSd Art 6 EMRK sichergestellt ist.

In diametralem Gegensatz dazu nimmt jedoch der VwGH in aller Regel gerade **keine** in diese Richtung weisende **verfassungskonforme Interpretation** vor, sondern stellt vielfach bloß lapidar fest, dass seine bisher zu Berufungsbehörden (wobei hierzu eben auch die UVS zähl[t]en) ergangene Rechtsprechung **analog** auch auf die Verwaltungsgerichte zu übertragen ist³⁸.

Gesamthaft besehen führt dies in der Praxis dazu, dass die VwG zum **weitaus überwiegenden Teil** – und jedenfalls der **Grundintention** nach – die für ein Verfahren **weisungsgebundener Verwaltungsbehörden** maßgeblichen Vorschriften, und zwar **in derselben Art und Weise wie Behörden**, anzuwenden haben.

Entsprechend **korrigierend-generelle Klarstellungen des VfGH fehlen bislang** bzw beschränken sich solche bloß auf – gesamthaft betrachtet – vernachlässigbare Detailfragen³⁹. Wohlwollend betrachtet lässt sich diese seltsam anmutende jahrelange Passivität in Bezug auf Grundsatzfragen nur damit erklären, dass der VfGH – anders als der VwGH mit seinem Erkenntnis vom 26.6.2014, Ro 2014/03/0063⁴⁰ – offensichtlich nicht vor-schnell eine ex post nur mehr schwer korrigierbare Fehlentwicklung einleiten will.

4.2. In diesem Zusammenhang bereitet va der das ver-waltungsbehördliche Verfahren prägende, nach gängiger Auffassung⁴¹ in **inquisitorischer**⁴² Art und Weise zu

35 Vgl schon oben, FN 12; s.a. zB EGMR v 19.4.1994, 16034/90, RN 45; v 25.2.1997, 22107/93, RN 77; v 6.11.2018, 55391/13, RN 176 ff; vgl auch EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), criminal limb, RN 77: »The power to give a binding decision which may not be altered by a non-judicial authority is inherent in the very notion of ›tribunal‹«. Insgesamt folgt daraus, dass die Einrichtung von – insbesondere letztinstanzlichen – Fachgerichten (OGH, VfGH und VwGH [bzw bspw in der BRD das BVerfG (Art 93 GG) sowie der BGH, das BVerwG, das Bundesarbeitsgericht, das Bundessozialgericht und der Bundesfinanzhof (Art 95 GG)], soweit diese zivil- und/oder strafrechtliche bzw diesen adäquate administrativrechtliche Fragen zu entscheiden haben, konventionswidrig ist, wenn diese hinsichtlich letzterer (wenngleich gegebenenfalls bloß peripherer) Zuständigkeiten nicht zugleich mit voller Kognitionsbefugnis ausgestattet sind (und/oder auch sonst den Anforderungen des Art 6 EMRK nicht vollinhaltlich gerecht werden).

36 So in erster Linie das VwGVG und das BFinGG.

37 Vgl die Verweisungsnormen der §§ 17 und 38 VwGVG auf das AVG, das VStG, das VVG, die BAO, das FinStrG, das DVG und das AgrVG, sa. die zahlreichen in Materiengesetzen (wie zB im

BFA-VG [BGBl I 87/2012 idgF BGBl I 221/2022] oder im TKG [BGBl I 190/2022 idgF BGBl I 47/2023] enthaltenen Bezugnahmen auf das AVG sowie die nach § 17 BFinGG angeordnete Maßgeblichkeit der BAO, des ZollRDG, des FinStrG und des EU-BStbG.

38 Vgl statt vieler zB VwGH v 31.7.2014, Ra 2014/02/0011; v 10.12.2014, Ra 2014/09/0013; v 20.4.2016, Ra 2015/04/0016; v 5.12.2017, Ra 2017/01/0373; und v 24.9.2019, Ra 2017/06/0091.

39 Vgl zB VfGH v 9.3.2016, G 447/2015 (Verfahrenshilfe); VfGH v 1.3.2023, G 146/2022 (aufschiebende Wirkung).

40 Vgl dazu näher unten, 4.4.

41 Vgl zB VfGH v 17.6.1995, B 2343/94; VwGH v 18.3.1998, 96/09/0042; v 14.7.2005, 2004/06/0064; s.a. bspw schon Hauer – Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 4. Aufl. (1990), 1086, E 9 zu § 56 VStG, sowie – der Sache nach – J. Hengstschläger – D. Leeb, Allgemeines Verwaltungsverfahrensrecht, 12. Lfg. (Stand: 1.3.2022), § 39, RN 7 f und 19, jeweils mwN; vgl auch die ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Problematik im Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston v 9.3.2017 zum Verfahren C-685/15, RN 39 ff, mwN.

42 Vgl näher W. Weigel, Effizienz und Wahrheitsfindung im Rechtsstreit, JRP 2019, 87.

praktizierende Grundsatz der **Amtswegigkeit**⁴³ deshalb die größten Probleme, weil die Verpflichtung zur Ermittlung der **materiellen Wahrheit** de facto häufig mit einer unter Unparteilichkeitsgesichtspunkten **unzulässigen Funktionsvermischung**⁴⁴ einhergeht. Denn selbstredend kann in Konstellationen, in denen die **Faktenermittlung** und in deren Zuge die **Beweiswürdigung** sowie auch die sich darauf gründende **Entscheidung** jeweils von **ein und derselben Person** vorgenommen wird, **nicht vorbehaltlos** davon ausgegangen werden, dass in allen diesen Phasen stets auch die erforderliche **Objektivität** und **Äquidistanz** gewährleistet bleibt: Wer **selbst** in eine **bestimmte Richtung** ermittelt, wird in einer Fehler generell verpöndend strukturierten Gesellschaft naturgemäß diesen einmal eingeschlagenen Kurs regelmäßig auch bis zu seiner Entscheidung weiter beibehalten; der Umstand, dass von diesem **zutiefst menschlichen Verhaltensmuster** gegebenenfalls auch – de facto ohnehin nur äußerst selten – abgewichen wird, ist demgegenüber nicht geeignet, die **prinzipielle Ungeeignetheit** eines solchen Systems zu korrigieren.

43 Vgl § 39 Abs 2 AVG; diese Bestimmung gilt nach den §§ 17 und 38 VwGVG auch für das Verfahren der VwG.

44 Vgl insbesondere EuGH v 9.9.2021, C-546/18, RN 64 ff; siehe ausführlich auch den Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston v 9.3.2017 zum Verfahren C-685/15, RN 39 bis 69, insbesondere: »Es bleibt natürlich die Aufgabe des nationalen Gerichts, die Angaben des Mitgliedstaats zu würdigen und darüber zu entscheiden. Dies gilt unabhängig davon, ob das Verfahren vor diesem Gericht kontradiktorischer oder inquisitorischer Natur ist.« (RN 55); »Es bleibt weitestgehend dem nationalen Gericht überlassen, wie es seine Nachforschung konkret ausgestaltet, vorausgesetzt, den Anforderungen der Menschenrechtskonvention und des Unionsrechts, insbesondere des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes, sowie gegebenenfalls der Charta ist Genüge getan. Die Art dieser Aufgabe wird unweigerlich von Fall zu Fall und von einer Rechtsordnung zur anderen (bisweilen erheblich) variieren« (RN 56); »Es ist ... nach nationalem Recht ein Wesensmerkmal dieses Verfahrens, dass in ihm die aufgeworfenen Streitfragen offenbar erstmals einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Außerdem liegt der Grund für die Eröffnung einer Verhandlung darin, dass so ein Dialog zwischen den Prozessparteien ermöglicht und dadurch der Informationsstand des Gerichts verbessert werden soll. Wenn die Anklage nicht vertreten ist, kann dieser Dialog nicht, oder zumindest nicht vollumfänglich, stattfinden.« (RN 67); sowie »Da dem Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Vorrang gebührt, muss das Gericht, wenn insoweit irgendein Zweifel bestehen sollte, bei seiner Entscheidung vorrangig dafür sorgen, dass diesem Erfordernis Genüge getan wird. Sollte dies in irgendeinem Fall bedeuten, dass das nationale Gericht davon Abstand nehmen muss, einen Punkt aufzugreifen, der der Anklage zugutekommen, sich jedoch nachteilig für den Angeklagten auswirken könnte, dann ist das eben so. ... Unter keinen Umständen kann ein Gericht, das sich in einer Lage wie das vorliegende Gericht befindet, die Aufgabe haben, anstelle des Mitgliedstaats die Rechtfertigungsgründe darzulegen, die Letzterer nach RN. 50 des Urteils Pfleger u. a. beizubringen hat. Sollte eine derartige Rechtfertigung nicht geliefert werden (wie auch in allen anderen Fällen, in denen die Anklagebehörde es wegen Abwesenheit, Passivität oder aus einem anderen Grund versäumt, einer ihr obliegenden Aufgabe nachzukommen), darf das nationale Gericht aus diesem Versäumnis die gebotenen Schlussfolgerungen ziehen.« (RN 68).

Keineswegs zufällig ist daher im Justizbereich für das zivil- bzw das strafgerichtliche Verfahren die **Dispositionmaxime** bzw das **Anklageprinzip** normiert – jene unentbehrliche Basisfestlegung, die erst tatsächlich ein echt kontradiktorisches Verfahren iSd Art 6 EMRK bzw. Art 47 EGRC ermöglicht.

Dagegen ist die für **Administrativverfahren**, die vielfach unter den Begriff der »civil rights« zu subsumieren sind⁴⁵, schon im Wege des § 39 Abs 2 AVG **vorprogrammierte Funktionsvermischung** sohin mit den Grundsätzen des Art 6 EMRK **schlechterdings unvereinbar**⁴⁶.

Gleiches gilt erst recht für den Bereich des **Verwaltungsstrafverfahrens**, zumal das VStG schon formell keinen Anklagegrundsatz kennt⁴⁷: Die dem Amtswegigkeitsprinzip, das in diesem Bereich ebenfalls maßgeblich ist⁴⁸, inhärente **Konfusion zwischen richterlicher und Anklagefunktion**, wie sie bspw insbesondere im Falle einer vom **VwG autonom** vorzunehmenden Korrektur des Spruches des **behördlichen Straferkenntnisses**⁴⁹ augenfällig wird, vermag den Ansprüchen eines fairen Verfahrens naturgemäß ebenfalls schon von vornherein nicht gerecht zu werden⁵⁰. Vor allem lässt sich der dadurch geradezu aufdrängende **objektive Anschein**⁵¹ der **Parteilichkeit** auch durch eine **gedankliche Hilfskonstruktion** dahin, dass die belangte Behörde im VwG-Verfahren faktisch die Anklage vertreten würde⁵², deshalb nicht umgehen, weil ein Vertreter der Verwaltungsbehörde an einer öffentlichen Verhandlung des VwG in der Praxis nur **höchst selten teilnimmt**, und falls ausnahmsweise doch, sich dieser dort **regelmäßig völlig passiv verhält**.

4.3. In einem engen Zusammenhang damit steht auch die in § 52 AVG festgelegte Verpflichtung zur Heranziehung von **Amtssachverständigen (ASV)**.

Denn formal sind Sachverständige (SV) hinsichtlich des **Inhalts** ihrer Gutachtenserstellung zwar **weisungsfrei**. Allerdings sind die (definitionsgemäß) öffentlich bediensteten ASV va sowohl in **organisatorisch-ressourcenmäßiger** als auch in **besoldungs- und karrieremäßiger** Hinsicht von ihrem Dienstgeber, dh von einer **Verwaltungsbehörde, abhängig**. Dies führt naturgemäß dazu, dass im Falle eines Widerspruches

45 Vgl schon oben, FN 15.

46 Vgl die Nachweise bei EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), civil limb, RN 300 ff.

47 Art 91 B-VG gilt nicht im Verwaltungsstrafverfahren; vgl schon VfGH v 12.10.1963, B 547/62 (= VfSlg 4557/1963).

48 Vgl § 38 VwGVG iVm 24 VStG und iVm § 39 Abs 2 AVG.

49 So etwa statt vieler VwGH v 15.6.2023, Ro 2021/02/0009, RN 16, mwN.

50 Vgl die Nachweise bei EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), criminal limb, RN 122 ff, insbesondere RN 129, und EGMR v 20.11.2016, 926/08, RN 51 ff.

51 Vgl oben FN 5.

52 So insbesondere VfGH v 14.3.2017, E 3282/2016.

zwischen staatlich-öffentlich zu wahren Interessen einerseits gegenüber jenen von Privatpersonen andererseits sowohl schon generell-intuitiv als auch fallbezogen-konkret überwiegend den ersteren⁵³ der Vorzug eingeräumt wird⁵⁴. Eine derart **systemische Grundeinstellung** schlägt sich in der Folge nolens volens auch im **Inhalt der Gutachten** entsprechend nieder, die in der Folge wiederum – vornehmlich in auch rechtspolitisch bedeutsamen Causen – die **gerichtlichen Sachentscheidungen** in **essentieller Weise präformieren**.

Zwar kann die idR ausschlaggebende Überzeugungskraft eines ASV-Gutachtens theoretisch auf gleicher fachlicher Ebene – dh: im Wege eines (privaten) Gegengutachtens – in Frage gestellt werden. In der Praxis scheitert dies aber – abgesehen von der damit **planmäßig** einhergehenden faktischen **Beweislastverschiebung** – vielfach nicht einmal so sehr an den damit jeweils verbundenen **Kosten**, sondern primär am diesbezüglichen **Unwissen der Parteien**: Immerhin herrscht im Verwaltungs(straf)verfahren **kein Anwaltszwang**; und die gesetzlich festgelegte **Manuduktionspflicht**⁵⁵ ist insoweit, als sich diese zum Nachteil der Behörde auswirken könnte, de facto »**totes Recht**«.

Dazu kommt, dass zahlreiche Materiengesetze zu all dem noch entsprechende **Präklusionsregelungen**⁵⁶ enthalten: Die Parteistellung und damit die Möglichkeit, Einwendungen zu erheben, geht verloren, wenn das Gegenvorbringen nicht spätestens im Rahmen einer von der Verwaltungsbehörde durchgeführten Verhandlung erhoben wird; sie kann sohin va in einem allenfalls nachfolgenden Beschwerdeverfahren vor dem VwG, in dem an sich prinzipiell kein Neuerungsverbot bestünde, nicht mehr wiedererlangt werden.

Angesichts solcher Rahmenbedingungen ist evident, dass eine **tatsächliche Waffengleichheit** im Sinne eines echt fairen Verfahrens schon auf **gesetzlicher Ebene grundlegend anders ausgestaltet** werden müsste⁵⁷.

Dies betrifft insbesondere auch die gegenwärtig unzureichenden, weil nicht mehr dem Stand der Technik entsprechenden **gesetzlichen Protokollierungs- und Dokumentationsverpflichtungen**: Wirklich effektiv kann dem Grundsatz der materiellen Wahrheit nämlich nur dann entsprochen und bei **strittigen Beweisfragen** ein Rechtsmittel nur dann erfolgversprechend ausgestaltet werden, wenn öffentliche Verhandlungen in ihrer **Gesamtheit** sowohl in Ton- als auch in Bildform aufgezeichnet, also insbesondere die Aussagen aller Zeugen und Sachverständigen in vollem Wortlaut und in voller Länge festgehalten werden. An der **gesetzlichen Festschreibung einer ex-ante-Videodokumentation** sowohl von **behördlichen** als auch von **Gerichtsverhandlungen** wird letzten Endes wohl kein Weg vorbeiführen.

*EMRK und demzufolge auch Art. 47 EGRC ergeben. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK muss die gegen einen Angeklagten erhobene strafrechtliche Anklage ›von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht‹ verhandelt werden. Da die nationalen Verwaltungsgerichte in Österreich ihre Prüfung von Amts wegen durchführen müssen, ist es wahrscheinlich, dass sie zumindest in Fällen mit einem gewissen Schwierigkeitsgrad die Meinung eines oder mehrerer Sachverständiger werden einholen müssen, um sich ein vollständiges Bild machen zu können. Es ist meines Erachtens klar, dass auch diese Sachverständigen unabhängig und unparteiisch sein müssen. Sie müssen auch hinreichend qualifiziert sein, damit sie kontroverse Standpunkte beurteilen und darüber berichten können. Schließlich sollen sie das Gericht bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützen. Bei der Prüfung der Unparteilichkeit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hervorgehoben, dass dieses Erfordernis sowohl ein subjektives als auch ein objektives Kriterium beinhaltet. Wird auf Sachverständige aus den nationalen Verwaltungsdiensten zurückgegriffen, so besteht meines Erachtens zwangsläufig zumindest die Gefahr, dass sie das erste dieser Kriterien nicht erfüllen werden, und praktisch die Gewissheit, dass sie das zweite nicht erfüllen werden. Den nationalen Gerichten müssen folglich Sachverständige zur Verfügung stehen, die tatsächlich unabhängig und unparteiisch sind.« Praxisfern demgegenüber – weil verkennend, wie eine Verletzung solcher Grundsätze durch das VwG nachfolgend von einer Verfahrenspartei effektiv geltend gemacht werden können soll – die Rechtsansicht des VfGH in dessen Erkenntnis v 7.10.2014, E 707/2014, RN 34: »Aus der fachlichen Weisungsfreiheit des Amtssachverständigen bei Erstattung seines Gutachtens kann jedoch nicht gefolgert werden, dass das Verwaltungsgericht in jedem Fall Amtssachverständige heranziehen darf. Das Verwaltungsgericht muss vielmehr stets prüfen, ob ein Amtssachverständiger unbefangen, unter anderem also tatsächlich unabhängig von der Verwaltungsbehörde ist, deren Bescheid beim Verwaltungsgericht angefochten wird. Ob dies der Fall ist, hat das Verwaltungsgericht stets nach den Umständen des Einzelfalls mit der gebotenen Sorgfalt zu untersuchen und zu beurteilen (zu Fällen, in denen von einer dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK widersprechenden [Anscheins-]Befangenheit ausgegangen wurde, vgl. EGMR 6.5.1985, Fall Bönisch, Appl. 8658/79, sowie VfSlg. 11.131/1986, 16.827/2003 mwN; vgl. auch VwGH 23.9.2004, 2004/07/0075). Dies setzt auch voraus, dass das Verwaltungsgericht selbst die Auswahl des Amtssachverständigen vornimmt (und nicht etwa einer anderen Stelle überlässt) und dabei dessen Qualifikation und das Vorliegen etwaiger Befangenheitsgründe bzw. Gründe für den Anschein der Befangenheit dieses Amtssachverständigen prüft.« In Wahrheit wurde mit einer solchen **Beweislastverschiebung** den VwG quasi ein »Freibrief« zur (so die Praxis) **standardmäßigen Heranziehung jener ASV**, die bereits im vorangegangenen Behördenverfahren gutachterlich tätig waren, ausgestellt.*

53 Sog »voraussetzender Gehorsam« – vgl. illustrativ A. Rohrer, Ungehorsam, in: R. Nowak – N. Mayer, Die Presse – Zur Schräglage der Nation (2017), 15.

54 Anderes gilt nur in den Extremfällen einer rein naturwissenschaftlichen Beurteilung oder dann, wenn sich eine zugunsten der öffentlichen Interessen ausfallende Interessenabwägung nicht einmal scheinhalber sachlich rechtfertigen ließe.

55 Vgl. den – im VwGVG-Verfahren in gleicher Weise maßgeblichen – § 13a AVG.

56 Vgl. § 42 Abs 1 AVG iVm zB § 356 GewO, BGBl 194/1994 idGF BGBl I 204/2022, § 107 WRG, BGBl 215/1959 idGF BGBl I 73/2018, oder § 32 OöBauO, LGBl 66/1994 idGF LGBl 111/2022.

57 Vgl. dazu insbesondere den Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston v 9.3.2017 zum Verfahren C-685/15, RN 59f: »Das vorliegende Gericht weist in seinem Vorlagebeschluss darauf hin, dass den Landesverwaltungsgerichten in Österreich keine eigenen unabhängigen Sachverständigen zur Verfügung stehen und dass diese Gerichte primär Amtssachverständige heranzuziehen haben, die dem Dienststand einer nationalen Verwaltungsbehörde (die in der Regel zugleich Partei im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist) angehören. Sollte dies tatsächlich der Fall sein, dürften sich daraus substantielle Bedenken hinsichtlich der Einhaltung von Art. 6

4.4. Eine gerichtsförmige **Öffentlichkeit** der Verhandlung und Entscheidungsverkündung ist nach der gegenwärtigen Konzeption der österreichischen Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts nur auf mittelinstanzlicher Ebene, nämlich insoweit, als die VwG den Vorgaben der §§ 24 f und 44 VwGVG auch tatsächlich entsprechen, gewährleistet. Eine von Verwaltungsbehörden einerseits bzw vom VfGH oder vom VwGH durchgeführte Verhandlung oder Verkündung vermag hingegen die diesbezüglichen Anforderungen des Art 6 EMRK – jeweils mangels Gerichtsqualität (siehe dazu schon oben, 3.1.) – nicht zu erfüllen.

Dazu kommt, dass diese mittelinstanzlichen VwG (nicht nur in Verwaltungsstrafverfahren, sondern) auch in »civil-rights«- bzw administrativrechtlichen Angelegenheiten in aller Regel **in der Sache** selbst entscheiden **müssen**, selbst wenn der Normtext des Art 130 Abs 4 B-VG dies weder vermuten lässt noch nahelegt. Dennoch hat der **VwGH** bereits früh nach dem Inkrafttreten der Verfassungsnovelle 2012 ausgesprochen, dass eine an der verfassungsrechtlichen Vorgabe des Art 130 Abs 4 B-VG orientierte Auslegung ergebe, dass demgegenüber eine bloße Aufhebung und Zurückverweisung jedenfalls erst in Betracht komme, wenn die in § 28 Abs 2 VwGVG normierten Voraussetzungen, die eine Pflicht des VwG zur Entscheidung in der Sache selbst nach sich zögen, nicht vorliegen; denn aus den Gesetzesmaterialien zur Verfassungsnovelle 2012 sei ersichtlich, dass dem VwG in den in Art 130 Abs 4 B-VG vorgesehenen und in § 28 Abs 2 VwGVG angeordneten Fällen eine kassatorische Entscheidung nicht offenstehe⁵⁸. Diese **verfehlte**⁵⁹

Interpretation des Art 130 Abs 4 B-VG, hinsichtlich der im Übrigen nicht dem VfGH, sondern vielmehr dem VfGH die Letztkompetenz zukommt (wobei eine dementsprechende Entscheidung allerdings bislang noch immer aussteht), führt in Verbindung mit der Notwendigkeit, das Manko der fehlenden tribunalmäßigen Öffentlichkeit des behördlichen einerseits und des VfGH- bzw des VwGH-Verfahrens andererseits ausgleichen zu müssen, in der Praxis zu einer **regelmäßig überlangen Dauer** der VwG-Verfahren und damit zu einer geradezu standardmäßigen **Verletzung** des **Art 13 EMRK**, insbesondere, soweit es die Erteilung von **administrativrechtlichen Bewilligungen**, Genehmigungen und Konzessionen etc betrifft.

Davon abgesehen beeinträchtigt diese systembedingte Konventionswidrigkeit zudem auch die **Attraktivität Österreichs als Wirtschaftsstandort** in einem nicht unerheblichen Ausmaß.

4.5. Im Verwaltungsstrafverfahren resultiert eine infolge mangelnder Komplexität iSd Art 6 iVm Art 13 EMRK meist nicht zu rechtfertigende überlange Verfahrensdauer zudem aus einer Kombination aus **überproportionalen Verjährungsfristen** einerseits und dessen apriorischer **Subsidiarität** gegenüber dem **Justizstrafrecht**:

Indem § 22 Abs 1 VStG anordnet, dass eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar ist, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, wird die Behörde angesichts dessen, dass die **Deliktstatbestände des StGB** in aller Regel (und im Hinblick auf das strafrechtliche Legalitätsprinzip des Art 7 EMRK bzw des Art 49 EGRC zudem in bedenklicher Weise) **sehr weit gefasst sind**⁶⁰, solcherart häufig dazu verhalten, ihr Verfahren bis zur Entscheidung des Gerichts bezüglich der justiziellen Strafbarkeit gemäß § 38 AVG **auszusetzen**. Um dessen ungeachtet die Pönalisierungsmöglichkeit weiterhin aufrecht zu erhalten, sieht § 31 Abs 2 Z 2 VStG vor, dass jene Zeit, während der ein Strafverfahren bei der Staatsanwaltschaft, beim Gericht oder bei einer anderen Verwaltungsbehörde geführt wird, in die – ohnehin per se drei Jahre währende – **Strafbarkeitsverjährungsfrist nicht einzurechnen** ist.

Angesichts dieser – mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kaum in Einklang zu bringenden – Bevorzugung der öffentlichen Interessen gegenüber jenen des Beschuldigten beginnt damit die Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens in der Praxis **regelmäßig** erst zu einem Zeitpunkt, zu dem – besonders wenn es sich

58 Vgl den »leading case« VwGH v 26.6.2014, Ro 2014/03/0063.
59 Aus den Gesetzesmaterialien (abgedr. in bei A. Grof, in Raschauer – Wessely {Hrsg}, Kommentar zum VwGVG (2018), Vor §§ 28 ff, 323 ff) lassen sich als »Hauptgesichtspunkte des Entwurfs« lediglich die Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit und damit einhergehend die Abschaffung des administrativen Instanzenzuges ableiten, wobei die »Verwaltungsgerichte erster Instanz« lediglich »grundsätzlich« bzw »nur unter bestimmten Voraussetzungen« in der Sache selbst (zu) entscheiden »sollen« bzw »haben« (aaO, 324 f bzw 328). Der VwGH stellt demgegenüber vorrangig auf ein gleichsam selbst kreiertes Kriterium der »Verfahrenseffizienz« ab, das vorrangig mit einer Abkehr von der Kassationsmethode und stattdessen durch eine nahezu ausnahmslose Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache selbst zu erreichen sei. Obwohl dies schon zuvor bei den UVS – trotz damals vergleichsweise deutlich eingeschränkter Zuständigkeiten – misslungen war, bleibt der VwGH seither quasi gebetsmühlenartig bei dieser irrigen Auffassung (vgl zB jüngst wiederum VwGH v. 4.5.2023, Ra 2020/07/0218), die sich seither – vornehmlich deshalb, weil sie seitens des VfGH unwidersprochen geblieben ist – auch faktisch durchgesetzt hat. In diesem Zusammenhang nützt es freilich wenig, dass der VwGH – die flächendeckende Unmöglichkeit einer Verpflichtung zur Sachentscheidung bei gleichzeitiger Verkürzung der Verfahrensdauer durchaus selbst erkennend – eher alibimäßig den Leitungsorganen der VwG auferlegt, die »Unterstützungen der Richter und Richterinnen für die Ausübung ihrer Tätigkeiten (wie zur Verfügungstellung von ausreichenden Sach- und anderen Personalressourcen) sicherzustellen« (vgl VwGH v 2.11.2020, Ro

2020/09/0014, RN 22). Siehe zur Kritik an dieser Rechtsmeinung näher A. Grof, aaO, RN 6 ff und § 28 RN 10 ff; ders, in Raschauer – Wessely (Hrsg), Kommentar zum VStG, 2. Aufl. (2016), Vor § 28 VwGVG RN 5 ff und § 28 VwGVG RN 7 ff (jeweils mwN).
60 Symptomatisch zB jüngst OGH v 18.1.2013, 15 Os 111/22w.

um Bagatelldelikte handelt – das Erinnerungsvermögen der Beteiligten bereits deutlich eingeschränkt ist. Die Konsequenz solcher Konstellationen besteht darin, dass letztlich die zu Beginn des Geschehens von **Exekutivorganen** erstellten Berichte geradezu **standardmäßig** als in vollem Umfang der Wahrheit entsprechend und damit das **gesamte weitere Verfahren prägend** angesehen werden. Eine »autonome« **Faktenfeststellung** durch das VwG erfolgt somit **bestenfalls nur in mediatisierter Form**.

4.6. Zudem erscheint ein langdauernder Stillstand des Behördenverfahrens auch unter dem Aspekt des **Mehrfachverfolgungs- und -bestrafungsverbot**es des Art 4 des 7.ZPMRK bzw des Art 50 EGRC (**ne bis in idem**) als problematisch. Denn nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des EGMR (und auch des EuGH) ist eine **parallele behördliche und justizstrafrechtliche Ahndung** einer Tat nur insoweit zulässig, als ein entsprechend **unentwirrbarer sachlicher und zeitlicher Zusammenhang** besteht (*»inextricably linked together in time and space«*)⁶¹.

Im Detail bedeutet dies, dass **einerseits** ein identischer oder zumindest substantiell deckungsgleicher **Sachverhalt** vorliegen muss, wobei andererseits die **Einzelelemente von mehreren Deliktstatbeständen** das missbilligte Sozialverhalten **insgesamt komplementär und kohärent** abbilden müssen (sog. »integratives und kohärentes Gesamtschema«); außerdem ist erforderlich, dass die Möglichkeit allfälliger Parallelverfahren für den Betroffenen **ex ante vorhersehbar und berechenbar** ist, eine **weitest möglich einheitliche Faktenermittlung und Beweiserhebung** erfolgt und **va eine wechselseitige Berücksichtigung und gesamthafte Angemessenheit mehrerer verhängter Sanktionen** sichergestellt ist⁶².

Derartige, eine **effektive** (dh gegebenenfalls auch rechtlich sanktionierte) **Berücksichtigungs- und Informationspflicht** festlegende gesetzliche Vorkehrungen **fehlen** derzeit allerdings sowohl behörden- als auch justizintern sowie wechselseitig bezüglich Verwaltungs- einerseits und Justizstrafverfahren andererseits.

4.7. Neben weiteren strukturellen Defiziten des Verwaltungsstrafrechts⁶³ erscheint schließlich auch die in

§ 5 Abs 1 zweiter Satz VStG normierte **Beweislastumkehr** besonders problematisch, und zwar insofern, als diese **generell alle** sog »**Ordnungswidrigkeitsdelikte**« erfasst, die mit einer Geldstrafe bis zu Euro 50.000,- bedroht sind. Danach kann (bzw muss) nämlich die Behörde bzw das VwG **ex lege eine (zumindest) fahrlässige Tatbegehung unterstellen**, wenn es dem Beschuldigten nicht gelingt, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift nicht einmal diese leichte Verschuldensform trifft.

Abgesehen davon, dass ein solcherart **pauschaler Strafraumen** per se schon als in **keiner angemessenen Relation** zur jeweiligen **konkreten Sachmaterie**⁶⁴ stehend sowie auch abstrakt betrachtet als **überproportional hoch** angesetzt erscheint, gilt es zu beachten, dass das **Kumulationsprinzip** diese Bizarrheit noch **zusätzlich verstärkt**. Wird nämlich beispielsweise einem Beschuldigten angelastet, erstmals eine Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG⁶⁵ unter Verwendung von zehn Glücksspielautomaten begangen zu haben, so ist hierfür gemäß § 52 Abs 2 GSpG eine Geldstrafe von 3.000 bis zu Euro 30.000,- für jeden Glücksspielautomaten zu verhängen. Obwohl solcherart eine Gesamt-Geldstrafe von Euro 300.000,- droht, wird damit – pro Glücksspielautomat – die in § 5 Abs 1a VStG festgelegte Grenze von Euro 50.000,- nicht erreicht, sodass für eine derartige Tatanlastung die Beweislastumkehr-Regelung weiterhin schlagend bleibt.

Im Ergebnis resultiert somit, dass § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG in der Praxis **nahezu alle Ordnungswidrigkeitsdelikte** erfasst, wobei zudem zu beachten ist, dass das Verwaltungsstrafrecht auf der anderen Seite **ohnehin kaum Deliktstatbestände** kennt, die demgegenüber als **reine Vorsatztaten** konzipiert sind.

Somit liegt auf der Hand, dass eine gesetzliche Vermutung, die Effekte erzielt, wie sie zuvor im Hinblick auf die Beweislastumkehr dargestellt wurden, kaum dem vom EGMR in ständiger Judikatur⁶⁶ formulierten Anspruch genügen kann, eine faire Balance zwischen der Wichtigkeit des Schutzes öffentlicher Interessen und der **effektiven Wahrung der Verteidigungsrechte** zu garantieren.

61 Zusammenfassend jüngst EuGH v 14. 9. 2023, C-27/22, und vom selben Tag, C-55/22.

62 Vgl EGMR v 15. 11. 2016, 24130/11; in diesem Sinne auch bereits EuGH v 20. 3. 2018, C-537/16, v 20. 3. 2018, C-524/16, und v 20. 3. 2018, C-596/16, und dazu jeweils näher A. Grof, Das Doppelbestrafungsverbot im Spiegel der neuesten Judikatur der europäischen Höchstgerichte, AnwBl 2018, 669; s.a. EGMR (Hrsg), Guide on Article 4 of Protocol No 7 to the European Convention on Human Rights – Right not to be tried or punished twice (Stand: 31. 8. 2022), RN 44 ff, insbes RN 47, abrufbar unter: <https://ks.echr.coe.int/en/web/echr-ks>.

63 Wie zB angemessene Verfahrensdauer, Recht zu schweigen (nemo tenetur) und spezifische Verteidigungsrechte; vgl zu den generellen und speziellen Anforderungen an ein iSD Art 6

EMRK faires Strafverfahren näher EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), criminal limb, RN 343 ff.

64 So beträgt bspw die Höchststrafe für eine Übertretung des Oö. Parkgebührengesetzes bloß Euro 220,- (vgl § 6 Abs 1 OöPPG); die Höchststrafen für Übertretungen der GewO variieren zwischen Euro 1.090,- und 5 Mio Euro (vgl die §§ 366 bis 369 GewO), jene für Übertretungen des LMSVG (BGBl I 13/2006 idGF BGBl II 289/2022) immerhin zwischen Euro 10.000,- und Euro 35.000,- (vgl § 90 Abs 1 bis 5 LMSVG).

65 Glücksspielgesetz, BGBl 620/1989 idGF BGBl I 187/2022.

66 Vgl die Nachweise bei EGMR (Hrsg), Guide (FN 8), criminal limb, RN 393 ff, insbesondere EGMR v 23. 7. 2002, 34619/97, RN 101.

5. Zulässigkeitsvoraussetzungen für Amtsrevisionen

Während eine sog »Parteienrevision« gemäß § 28 Abs 1 Z 4 VwGG auch eine Bezeichnung jener Rechte, in denen der Revisionswerber verletzt zu sein behauptet (sog »Revisionspunkte«), enthalten muss, genügt insoweit bei einer Amtsrevision eine bloße Erklärung über den Umfang der Anfechtung⁶⁷.

De facto werden vom VfGH ca 50 % aller Revisionen als unzulässig zurückgewiesen, davon jedoch nur 4 % aller Amtsrevisionen; 96 % aller Revisionszurückweisungen entfallen somit auf Parteienrevisionen, die an der Hürde des § 28 Abs 1 Z 4 VwGG scheitern⁶⁸.

Ungeachtet dieses ostentativen Erweises einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat der VfGH diese Bestimmung dennoch nicht als verfassungswidrig erkannt⁶⁹.

6. Europarechtskonformität de lege ferenda

6.1. Aus den vorstehenden Ausführungen lässt sich zunächst ableiten, dass der eine Hauptgrund für die mangelnde EMRK- und EGRC-Konformität der österreichischen Konzeption der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts darin besteht, dass den Höchstinstanzen einerseits selbst keine (bzw allenfalls nur **ausnahmsweise**) Tribunalqualität zukommt, diese aber andererseits die ihnen untergeordneten VwG selbst insoweit, als diese als Tribunale angesehen werden können (siehe aber unten, 6.2. und 6.3.), an ihre nicht-tribunalmäßigen Entscheidungen binden.

Da sich letztlich keine trennscharfe Grenze zwischen verfassungsgesetzlich und lediglich einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten – wie eine solche angesichts von regelmäßig bloß unter Vorbehalt gewährleisteten Grundrechten systembedingt gefordert ist – ziehen lässt, bestünde der sauberste, va ein entsprechendes Hinterfragen in Bezug auf eine hinreichende Kognitionsbefugnis in jedem konkreten Einzelfall weitgehend entbehrlich machende Ausweg aus dieser Sackgasse darin, sowohl den VfGH als auch den VwGH zu zweifelsfrei tribunalmäßigen Institutionen umzufunktionieren. Dies würde bedeuten, dass beide Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts jeweils mit umfassender Kognitionsbefugnis auszustatten und mit dieser Kompetenz zugleich eine reformatorische Entscheidungspflicht zu verbinden wäre(n); insoweit erschiene es (wohl auch unter dem Aspekt des finanziellen Aufwandes) über-

haupt am zweckmäßigsten, sie – etwa nach dem Vorbild des schweizerischen Bundesgerichts⁷⁰ – zu einem **einheitlichen Entscheidungsorgan** zu vereinigen.

6.2. Darüber hinaus führt ersichtlich auch kein Weg daran vorbei, für die VwG ein in jeder Hinsicht **tribunalmäßiges Prozessrecht** zu schaffen, das zum einen **ohne jeglichen substantiellen Verweis auf behördliche Prozessnormen** auskommt⁷¹. Zum anderen müssen jedenfalls auch die Prinzipien eines **echt kontradiktorischen** Verfahrens, einer **tatsächlichen Waffengleichheit** ohne Zwang zur Heranziehung von im Dienst von Behörden stehenden **Amtssachverständigen**, einer **angemessenen Verfahrensdauer** und im Besonderen im Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens das Verbot der **Mehrfachverfolgung und -bestrafung**, ein effektives – dh Verfassungsnormen wie bspw § 103 Abs 2 letzter Satz KFG hintanhaltendes – Recht zu schweigen bzw sich nicht selbst belasten zu müssen (**nemo tenetur**) und die **Verteidigungsrechte** in vollem Umfang gewahrt bleiben sowie eine massiv benachteiligende **Beweislastumkehr** effektiv vermieden werden⁷².

6.3. Soweit es schließlich die Besetzung von Leitungsfunktionen und die Ernennung von Richtern (sowohl im Bereich der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts als auch in der ordentlichen Gerichtsbarkeit) betrifft, muss den nicht zum Zug gekommenen Bewerbern eine **Parteistellung** zuerkannt und damit die Möglichkeit eingeräumt werden, allfällige Rechtswidrigkeiten eines dementsprechenden Verfahrens im Wege einer **förmlichen gerichtlichen Beschwerde** geltend machen zu können. Denn allein schon das Bestehen einer derartigen Rechtsmittelbefugnis wirft gleichsam ihre Schatten insofern weit voraus, als solcherart vielfach verhindert wird, dass zumindest fachlich nicht geeignete Kandidaten vorgeschlagen werden.

6.4. Da diese vorgenannten **Minimalvoraussetzungen** derzeit nicht bzw jedenfalls nicht vollständig erfüllt werden, befindet sich Österreich somit gegenwärtig keineswegs in einem Status, demzufolge man eine EMRK-Konformität von Verwaltungsverfahren **bedenkenlos** als zutreffend unterstellen könnte, im Gegenteil: Jedes dieser Verfahren wird vielmehr prinzipiell vom Verdacht bzw vom Anschein überschattet, entweder in größerem oder in kleinerem Stil gegen einen oder beide europäische(n) Grundrechtskatalog(e) zu verstoßen.

Diese Zweifelslage, die nicht zuletzt auch auf einem Beharren auf liebsam, ja geradezu traditionell gewordenen

67 Vgl § 28 Abs 2 VwGG.

68 Vgl näher A. Grof, Update (FN 34), 155 ff (163 f).

69 Vgl VfGH v 7.10.2020, G 196/2020, und dazu A. Grof, Update (FN 34), 163.

70 Vgl Art 188 ff der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, AS 1999 2556.

71 So beispielsweise die deutsche Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), dBGB I 1991, S 686 idgF dBGB I 2023, S 71.

72 Vgl auch die Übersicht bei A. Grof, Update (FN 34), 170.

Usancen (va: autonom-selektive Entscheidung bloß grundsätzlicher Rechtsfragen ohne öffentliche Verhandlung und nur in kassatorischer Form unter gleichzeitig strenger Kompetenztrennung zwischen den Höchstgerichten) beruht, provoziert naturgemäß entsprechende Beschwerdeverfahren und damit eine insgesamt überlange Verfahrensdauer bei den VwG, bei den Gerichtshöfen des Öffentlichen Rechts selbst und auch bei den supranationalen Instanzen, die **ansonsten in großer Zahl vermeidbar** wäre(n).

Dass solche Beschwerdeverfahren de facto in aller Regel erfolglos bleiben, ist dabei keineswegs der vermeintlichen Integrität der nationalen Rechtslage, sondern vorrangig dem Umstand geschuldet, dass die Befassung mit solchen Rechtsmitteln vielfach geradezu willkürlich abgelehnt oder sonst prozessual gehindert werden kann (und auch tatsächlich wird), wobei unbeachtet bleibt, dass solcherart die vielbeklagte Beschwerdeflut **nur kurzzeitig eingedämmt, langfristig besehen jedoch sogar noch potenziert** wird.

7. Aktuelle Möglichkeiten der Geltendmachung der bestehenden Konventionswidrigkeiten

Resümierend »funktioniert« die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit – wie im Übrigen auch die ordentliche Gerichtsbarkeit – somit de facto vorrangig nicht zufolge der Überzeugungskraft ihrer argumentativen Entscheidungsbegründungen oder gar auf Grund der Einschätzung, dass einem dort »wirklich Gerechtigkeit widerfahre«, sondern hauptsächlich wegen der Basisangst der Bürger, mit Gerichten überhaupt in Berührung zu kommen und solcherart in mehr oder weniger große Bedrängnisse oder zumindest Unannehmlichkeiten, und sei es auch »bloß« in finanzieller Hinsicht, zu geraten.

Dass die europäischen Instanzen die in diesem Beitrag aufgezeigten Konventionswidrigkeiten⁷³ selbst noch nicht realisiert hätten, lässt sich angesichts dessen, dass es bislang an entsprechenden Beschwerden bzw. Vorabentscheidungsersuchen zu diesem Themenbereich keinesfalls gefehlt hat, wohl ausschließen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sowohl der EGMR als auch der EuGH diese Inkonsistenzen bis zur Schaffung von europarechtskonformen Organisations- und Verfahrensnormen in Österreich bloß **stillschweigend tolerieren** – allerdings erscheint angesichts dessen, dass seit

dem Wirksamwerden der Verfassungsnovelle 2012 nunmehr bereits ein Jahrzehnt verstrichen ist, die Frage: »Wie lange noch?« immer drängender.

Bis zu einem Verdikt aus Straßburg oder Luxemburg, bis zu einem flächendeckenden Gesinnungswandel handelnder Vollzugsorgane dahin, sich nicht länger in den Dienst einer inkonsequenten Verfassungspolitik zu stellen, oder gar bis zu einem Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers (das nur bei einem entsprechend massiven Druck seitens des EGMR oder des EuGH zu erwarten wäre⁷⁴) bleibt somit für den Einzelnen nur der mühsame und unbefriedigende Weg von permanenten, aus individueller Sicht nahezu kaum, vielleicht aber nach dem Motto »Steter Tropfen höhlt den Stein« irgendwann doch – zumindest gesamthaft betrachtet – Erfolg versprechenden EGMR-Beschwerden⁷⁵ und/oder (wenngleich prozessual nicht durchsetzbaren) Anregungen auf Vorabentscheidungen, in denen diese vorgenannten Unzulänglichkeiten permanent aufgezeigt werden.

Ein solches Szenario ist freilich nicht nur frustrierend, sondern für den Bürger auf Dauer auch finanziell kaum leistbar; allerdings wird ein Schweigen und achselzuckendes Hinnehmen der bestehenden Missstände – worauf ja die Verdrängungshaltung der auto-

73 Das in jüngster Zeit bedrohliche Aufkommen des sog »Wutbürgertums« bzw des Rechtsextremismus und der damit einhergehende Autoritätsverlust staatlicher Institutionen, der sich letztlich nur mehr durch überproportionalen exekutivbehördlichen Zwangseinsatz eindämmen lässt, ist gegenwärtig kaum noch zu übersehen; vgl dazu auch näher *J. Buchsteiner*, Die Flucht der Briten aus der europäischen Utopie (2018), 37 ff.

74 Beide arbeitsmäßig überlasteten supranationalen Instanzen verfolgen derzeit freilich andere – und zweifelsfrei auch vorrangigere – rechtspolitische Prioritäten (nämlich gravierende materielle Menschenrechtsverletzungen va in Russland, in der Türkei und in der Ukraine [vgl den »Annual Report 2021« des EGMR, 182, downloadbar unter: <https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2021_ENG.pdf>]) sowie Flüchtlingsproblematik und gravierende institutionell-rechtsstaatliche Bedenken va in Bezug auf Rumänien, Polen und Ungarn [vgl den »Jahresbericht 2022« des EuGH, 27 u 30, downloadbar unter: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2023-03/qd-aq-23-001-de-n.pdf>>]). Wenn daneben für die Allgemeinheit völlig nebensächliche Themen seitens der Höchstgerichte seltsamerweise (und gelegentlich sogar breite) inhaltliche Beachtung finden (vgl zB EGMR v 17.1.2023, 19475/20, und dazu auch VfGH v 9.10.2019, E 1851/2019, sowie VwGH v 26.1.2023, Ro 2020/01/0002 [Adelstitel]), dh entsprechende Rechtsmittel entgegen etablierten Gewohnheiten nicht schon von vornherein durch Ablehnung scheitern, während demgegenüber sogar evidente Konventionsverletzungen mit der lapidaren Standardformel »The court finds in the light of all the material in its possession and in so far as the matters complained of are within its competence, that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto and that the admissibility criteria set out in Articles 34 and 35 of the Convention have not been met. The Court declares the application inadmissible.« abgetan werden, kommt dies gesamthaft betrachtet für einen solcherart ausnahmsweise erfolgreichen Beschwerdeführer quasi einem »Lottosechser« gleich, während objektiv besehen eine derartige Haltung rational schlechthin nicht nachvollziehbar ist.

75 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang überdies, dass selbst eine erfolgreiche EGMR-Beschwerde nicht die Verpflichtung zur Wiederaufnahme des innerstaatlich bereits rechtskräftig abgeschlossenen Behörden- oder Gerichtsverfahrens nach sich zieht (vgl zB VfGH v 2.12.2002, B 942/02).

chten politischen Elite, die das »Entgegenkommen« Österreichs an die EMRK und die EGRC in Gestalt der Verfassungsnovelle 2012 als durchaus hinreichend begreift, ersichtlich angelegt ist – an diesen mit Sicherheit gar nichts ändern ...

Korrespondenz:
Univ.-Lektor Hofrat Dr. Alfred Grof,
Mail: alfred.grof@gmail.com.