

Amtsrevision: Ist die in § 28 Abs 2 VwGG normierte Prozessvoraussetzung einer bloßen »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« verfassungskonform? – Prüfungsantrag des LVwG OÖ an den VfGH

ALFRED GROF

Abstract

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die in § 28 VwGG normierten Anforderungen der »Revisionspunkte« für gleichsam »normale« Revisionen an den VfGH bzw der »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« für Amtsrevisionen funktionell einander völlig gleichwertige (gleichgewichtige) Prozessvoraussetzungen darstellen. In der Praxis kann man sich allerdings des Eindrucks nicht erwehren, dass diesbezüglich insofern eine Divergenz besteht, als der Behörde die Geltendmachung öffentlicher Interessen vergleichsweise maßgeblich erleichtert wird. Davon ausgehend ergeben sich jedoch verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 28 Abs 2 VwGG im Hinblick auf das demokratische Grundprinzip iVm dem allgemeinen und dem spezifisch strafrechtlichen Legalitätsprinzip sowie hinsichtlich des Sachlichkeitsgebotes des Gleichheitsgrundsatzes und des Verhältnismäßigkeitsprinzips, des verfassungsrechtlichen Strukturprinzips der Konzentration der Verfassungsgerichtsbarkeit beim VfGH, des rechtsstaatlichen Grundprinzips (Durchbrechung der Rechtskraft) und des Anscheins eines gerichtlichen Verfahrens (va Äquidistanz zu den Verfahrensparteien), wobei sich insoweit eine bloß verfassungs- und/oder unionsrechtskonforme Interpretation wohl als unzulänglich erweist.

Schlagworte

Amtsrevision; Anfechtungsumfangserklärung; Revisionspunkte; subjektive Rechte – öffentliche Interessen; Grundrechte – Eingriffsvorbehalt; demokratisches Grundprinzip; Rechtsstaatsprinzip; Verfassungsgerichtsbarkeit – Konzentrationsmaxime; Rechtskraftdurchbrechung; Anschein der Objektivität und Äquidistanz – Trennung zwischen richterlicher und Anklagefunktion; gesetzliche Determinierung

Rechtsquellen

Art 1, 7, 18, 133 und 140 B-VG; Art 47 und 49 EGRC; Art 6 und 7 EMRK; § 28 VwGG

Inhaltsübersicht

| | |
|--|----|
| Einleitung | 80 |
| I. Sachverhalt des Anlassfalles | 81 |
| II. Zur Präjudizialität der als verfassungsrechtlich bedenklich erachteten Bestimmung | 82 |
| III. Inhaltliche verfassungsrechtliche Bedenken | 83 |
| A. Text der maßgeblichen Rechtsnormen | 83 |
| B. Motivation des Gesetzgebers im Zuge der Erlassung des § 28 Abs 2 VwGG und Handhabung dieser Bestimmung in der Praxis | 83 |
| C. Verfassungsrechtliche Bedenken | 88 |
| D. Unzulänglichkeit einer bloß verfassungs- und/oder unionsrechtskonformen Interpretation | 93 |
| IV. Umfang der Anfechtung bzw Beseitigung der Verfassungswidrigkeit | 93 |
| V. Antrag | 94 |
| VI. Anregung | 94 |

Einleitung

Das Rechtsinstitut der Amtsrevision (früher: Amtsbeschwerde) bildet seit dessen gesetzlicher Verankerung einen gewissen Fremdkörper im System der Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts. Dies zwar nicht in dem Sinne, dass es schon per se als systemwidrig erscheinen würde, staatlichen Organen einen Rechtsbehelf gegen (früher: behördliche; nunmehr) verwaltungsgerichtliche Entscheidungen einzuräumen, im Gegenteil: Gerade die Möglichkeit, dass sich nicht nur der Einzelne, sondern auch die Behörde dann, wenn die von ihr zu vertretenden Interessen beeinträchtigt erscheinen, dagegen rechtlich zur Wehr setzen kann, wird ja im Grunde dem Anspruch an ein kontradiktorisches Verfahren in geradezu optimaler Weise gerecht. Die Problematik liegt allerdings in der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung dieses Rechtsbehelfs. Denn die Institutionalisierung der Amtsbeschwerde konnte schon bei Beginn des Wirksamwerdens des B-VG im Jahr 1920 kaum als harmonische Weiterentwicklung des Systemganzen angesehen werden.

Eine der Hauptursachen hierfür bestand – und besteht weiterhin – darin, dass die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts bereits seit ihrer Einrichtung in der Monarchie zwischen zwei Höchstgerichten aufgeteilt war (Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof) bzw. ist: Die Verfassungsgerichtsbarkeit¹ kommt seither dem VfGH und die Verwaltungsgerichtsbarkeit² (nunmehr in letzter Instanz) dem VwGH zu, wobei sich diese beiden Wirkungskreise in dem in der Praxis wichtigsten Teilbereich – nämlich den Beschwerden von staatsfremden Einzelpersonen wegen Verletzung in deren subjektiven Rechten durch die öffentliche Hand – nicht bloß tangieren, sondern weitgehend auch überschneiden. Wird eine Beeinträchtigung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte behauptet, hat hierüber der VfGH, über eine Beschwerde wegen Verletzung in sonstigen, (bloß) einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten hingegen der VwGH zu entscheiden. Da verfassungsmäßig garantierte Rechte häufig bloß unter Gesetzesvorbehalt eingeräumt sind, stellt sich somit im Falle eines behördlichen Eingriffs in die subjektive Rechtssphäre geradezu regelmäßig die Frage, ob bloß eine Verletzung des einfachgesetzlich garantierten Teilbereiches oder sogar ein Grundrechtseingriff vorliegt. Die somit notwendige Abgrenzung zwischen Verfassungs- und einfachgesetzlicher Sphäre bedingt daher jeweils eine entsprechende

Auslegung durch den VfGH einerseits bzw. den VwGH andererseits, ohne dass allerdings eine wechselseitige Bindungswirkung an die entsprechenden Auslegungsergebnisse normiert wäre. Eine demnach resultierende Judikaturdivergenz ist somit nicht auszuschließen (bzw. auf Grund des Umstandes, dass die EGRC inhaltlich dieselben Rechte wie die EMRK enthält, jedoch im Gegensatz zu Letzterer nicht im Verfassungsrang steht, gleichsam sogar vorprogrammiert³) – dies ganz abgesehen davon, dass in der Praxis gerade aus diesem Grund regelmäßig sukzessive bzw. (seltener) parallele Beschwerden an beide Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts erhoben und dadurch doppelten Administrativaufwand verursachen.

Ein anderer Hauptgrund lag – und liegt weiterhin – darin, dass in systematischer Hinsicht die Auffassung vertreten wurde bzw. wird, dass Behörden keine subjektiven Rechte (sondern bloß Kompetenzen) haben können. So überzeugend die Grundauffassung erscheint, dass – auf den Punkt gebracht – ein Rechtsanspruch des Staates gegen sich selbst im Grunde einen Widerspruch darstellt, so wenig haltbar erweist sich diese allerdings im Detail, wenn man sich vor Augen führt, dass »der Staat« kaum als ein homogenes Ganzes angesehen werden kann. Vielmehr existieren diverse Staatsfunktionen, die zudem unterschiedliche, teilweise auch konträre Interessen verfolgen; ebenso antinome Intentionen kennzeichnen die verschiedenen Gebietskörperschaftstypen und schließlich auch die zahlreichen Verwaltungsbehörden selbst. Jene öffentlichen Interessen, die staatliche Organe jeweils vertreten, mögen zwar nicht in deren rechtlicher Existenz begründet und insofern auch nicht subjektiv sein; es besteht aber kein rechtssystematisches Hindernis, diese objektiven Interessen (Kompetenzen) als prozessual durchsetzbar auszugestalten, und zwar – soweit sachlich gerechtfertigt – auch in einer besonderen, von der sonstigen Regelform einer Parteienbeschwerde abweichenden Art und Weise.

Im Vergleich zu anderen Staaten in Europa hat sich das Rechtsinstitut der Amtsbeschwerde (Amtsrevision) in Österreich nur sehr langsam und in kleinen Schritten entwickelt, sodass dieses insbesondere erst seit der Einführung einer mehrstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit gleichsam standardmäßig in Anspruch genommen werden kann, dh, dass diese im Unterschied zur früheren Rechtslage nun nicht mehr an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, sondern gegen jegliche Entscheidungen der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte zum Einsatz gebracht werden kann.

1 Darunter sind die in Art 137 ff B-VG angeführten Zuständigkeiten (die jeweils einen signifikant höheren rechtspolitischen, dh nach wissenschaftlichen Maßstäben nicht verifizierbaren Anteil an der Entscheidung aufweisen) zu verstehen.

2 Hierzu zählen die übrigen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten (soweit diese nicht zum Justizstrafrecht gehören).

3 Dem hat der VfGH dadurch vorzubeugen versucht, dass im Erkenntnis vom 12. 3. 2014, B166/2013, auch die in der EGRC garantierten Rechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte iSd Art 144 Abs 1 B-VG qualifiziert (und damit de facto die EGRC der Jurisdiktion des VwGH weitgehend entzogen) wurde(n).

Allerdings ergibt sich insgesamt besehen, dass Amtsrevisionen hinsichtlich ihrer Prozessvoraussetzungen im Vergleich zu den Revisionen von staatsfremden Personen vergleichsweise schon dadurch wesentlich geringeren Anforderungen unterliegen, dass diese keine »Revisionspunkte«, sondern nach § 28 Abs 2 VwGG lediglich eine Erklärung über den Umfang der Anfechtung enthalten müssen. Diese in der Praxis zu beobachtende Entwicklung erscheint verfassungsrechtlich deshalb bedenklich, weil es sich nach dem Willen des Gesetzgebers insoweit um funktionell einander völlig gleichwertige (gleichgewichtige) Prozessvoraussetzungen handeln soll, die sich lediglich durch ihre formale Bezeichnung unterscheiden, dh, dass an deren Erfüllung jeweils derselbe Maßstab angelegt werden muss. Dem gegenüber resultieren in der Praxis als wesentliche Determinanten für eine Amtsrevision nunmehr nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass deren Anfechtungsumfangserklärung zwar die Prüfungsbefugnis des VwGH begrenzen soll. Allerdings ist dieser Prozessvoraussetzung bereits durch die bloß pauschale Angabe, dass gegen die Entscheidung des VwG »wegen Rechtswidrigkeit Revision erhoben« wird, entsprochen. Funktionell dient eine Amtsrevision in der Praxis der Sicherung der Einheit und Gesetzlichkeit der Vollziehung, sodass dieses Instrumentarium wegen jeder unterlaufenen Rechtsverletzung oder unrichtigen Anwendung des Gesetzes herangezogen werden kann. Weil bezüglich der Abgabe der Anfechtungsumfangserklärung gesetzlich keine inhaltliche Begrenzung normiert ist, kann die belangte Behörde folglich uneingeschränkt Revision wegen behaupteter Rechtswidrigkeit erheben. Dies bedeutet, dass Revisionsgründe iSd § 28 Abs 1 Z 5 VwGG sowohl auf die Zuständigkeit als auch auf den Inhalt der Entscheidung des VwG als auch auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren bezogen werden können. Die rechtliche Position der belangten Behörde im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ergibt sich aus dem bezüglich des von ihr erlassenen Bescheides zu vertretenden öffentlichen Interesse. Ihre nicht auf subjektiv-öffentliche Rechte eingeschränkte – und insofern qualifizierte (iSv weiter reichende) – rechtliche Position ermöglicht es der Behörde, die Durchsetzung des objektiven Rechtes umfassend (wenngleich mit dem bloß für den subjektiven Rechtsschutz ausgelegten und insoweit für deren qualifiziertes Rechtsschutzinteresse an sich nicht konzipierten Instrumentarium) zu verfolgen. Damit ist der Behörde die Vertretung der öffentlichen Interessen bezüglich des von ihr erlassenen Bescheides aufgetragen, wobei ihr insoweit ein Rechtsanspruch auf eine inhaltlich bestimmte, den von ihr wahrzunehmenden Interessen Rechnung tragende Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte zukommt.

Insgesamt und objektiv besehen resultiert somit aus dieser Judikatur des VwGH der Eindruck, dass eine maßgebliche Divergenz zwischen der mit § 28 Abs 2 VwGG verfolgten gesetzgeberischen Absicht der Gleichstellung zwischen Amts- und Parteienrevision einerseits und der praktischen Handhabung dieser Bestimmung andererseits besteht.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich aber verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 28 Abs 2 VwGG im Hinblick auf das demokratische Grundprinzip (Art 1 B-VG) iVm dem allgemeinen (Art 18 Abs 1 B-VG) und dem spezifisch strafrechtlichen (Art 7 Abs 1 EMRK und Art 49 Abs 1 EGRC) Legalitätsprinzip, im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes (Art 7 B-VG bzw Art 2 StGG) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art 49 EGRC), im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Strukturprinzip der Konzentration der Verfassungsgerichtsbarkeit beim VfGH (Art 133 Abs 5 B-VG), im Hinblick auf das Rechtsstaatliche Grundprinzip (Durchbrechung der Rechtskraft) sowie im Hinblick auf die Wahrung des Anscheins eines gerichtlichen Verfahrens, va Äquidistanz zu den Verfahrensparteien (Art 6 EMRK, Art 47 EGRC), wobei sich in diesem Zusammenhang eine bloß verfassungs- und/oder unionsrechtskonforme Interpretation als unzulänglich erweisen dürfte.

Zur Klärung dieser verfassungsrechtlichen Problemereiche hat daher das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich gemäß Art 140 Abs 1 B-VG einen entsprechenden Gesetzesprüfungsantrag an den VfGH gestellt⁴. Weil ein solcher Antrag formell keine End-, sondern bloß eine Zwischenerledigung darstellt und deshalb (entgegen den Gepflogenheiten anderer Gerichte) nicht über die Homepage des LVwG OÖ allgemein zugänglich ist, wird dieser im Folgenden auszugsweise wörtlich wiedergegeben.

I. Sachverhalt des Anlassfalles

1. Am 11. April 2019 haben Exekutivorgane der Finanzpolizei in einem Gastgewerbebetrieb eine Kontrolle wegen des Verdachtes des Vorliegens von Verstößen gegen das Glücksspielgesetz (im Folgenden auch: GSpG) durchgeführt. In deren Zuge wurden **vierzehn** dort ohne erforderliche behördliche Konzession betriebsbereit aufgestellte Geräte, hinsichtlich deren ein Verdacht dahin entstanden war, dass damit nach entsprechender Geldeingabe unterschiedliche Spiele, die als Glücksspiele (virtuelle Walzenspiele, Fun-Wechsler) zu qualifizieren seien, durchgeführt werden können, vorläufig in Beschlag genommen. Der Mindesteinsatz pro Spiel lag bei diesen Geräten zwischen 0,10 und 0,50 Euro; bei den Geräten FA-12 und FA-13

4 Vgl LVwG OÖ v 10. 4. 2020, LVwG-413645

(Wettterminals) war ein Höchsteinsatz von 5 Euro pro Spiel möglich, während hinsichtlich der übrigen Geräte Feststellungen bezüglich des Maximalsinsatzes seitens der Kontrollorgane unterblieben sind.

2. In der Folge wurden gegen die außenvertretungsbefugte Person jener GmbH, in deren Eigentum diese Geräte standen (im Folgenden: Mitbeteiligte Partei [des Gesetzesprüfungsverfahrens]) wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z. 1 viertes Tatbild GSpG (unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen) mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft (im Folgenden auch: belangte Behörde) **vierzehn Geldstrafen** in einer Höhe von jeweils 6.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen: jeweils 67 Stunden) verhängt (**gesamt: 84.000 Euro Geldstrafe bzw. 5 Wochen, 4 Tage und 2 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe**).

3. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Mitbeteiligte Partei eine Beschwerde an das LVwG OÖ erhoben.

Darin wurde – auf das Wesentliche zusammengefasst – vorgebracht, dass der angefochtene Bescheid an Verfahrens-, insbesondere Begründungs- und Sachverhaltsfeststellungsmängeln, leide. Außerdem würde sich das im GSpG normierte Monopolsystem als unionsrechtswidrig erweisen bzw. die Mitbeteiligte Partei im Hinblick auf die diesbezüglich unklare Rechtslage jedenfalls kein Verschulden treffen. Schließlich würde auch das Gesamtausmaß der verhängten Strafe als unverhältnismäßig hoch erscheinen.

Daher wurde die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses beantragt.

4. Mit Erkenntnis vom 26. Februar 2020, LVwG-413645⁵, hat das LVwG OÖ dieser Beschwerde stattgegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Begründend wurde dazu im Kern ausgeführt, dass eine Strafbarkeit nach § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG nur dann gegeben ist, wenn es sich im Hinblick auf die Höhe des Spieleinsatzes nicht um eine in den Regelungsbereich der Länder fallende Ausspielung handelt und zu deren Durchführung eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erforderlich wäre, eine solche jedoch tatsächlich nicht vorliegt. Ansonsten kann allenfalls der Tatbestand einer Übertretung der landesrechtlichen Vorschrift (wie z.B. des § 22 des Oö. Glücksspielapparategesetzes, im Folgenden: OöGSpAG) gegeben sein. Für eine derartige Sichtweise spricht insbesondere auch, dass das Verwaltungsstrafrecht aus kompetenzrechtlichem Blickwinkel eine Annexmaterie verkörpert (vgl. Art. 11 Abs. 2 B-VG); dies schließt es aus, dass die Übertretung einer landesrechtlichen Verbotsnorm – nämlich das Nichtvorliegen einer z.B. nach § 3 OöGSpAG erforderlichen Bewilligung – einem bundesgesetzlich als strafbar erklärten Tatbestand (§ 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG) unterfällt.

Gegen diese Entscheidung hat das LVwG OÖ eine ordentliche Revision an den VwGH zugelassen.

5. Davon ausgehend hat der Bundesminister für Finanzen (im Folgenden auch: BMF) eine ordentliche

Revision eingebracht und diese tragend damit begründet, dass aus kompetenzrechtlicher Sicht eine der Regelungszuständigkeit der Länder zugewiesene Ausspielung erst bei Erfüllung sämtlicher Vorgaben des § 5 GSpG vorliege, sodass eine bloße Nichtüberschreitung der in dieser Bestimmung normierten Wertgrenzen in Bezug auf den Spieleinsatz nicht hinreiche, um das Vorliegen einer Landeskompetenz annehmen zu können.

6. Auch die belangte Behörde hat eine – argumentativ im Wesentlichen gleichlautende – ordentliche Revision erhoben.

7. Aus Anlass dieser beim LVwG OÖ anhängigen ordentlichen Revisionen hat der im Anlassfall nach der Geschäftsverteilung zur Entscheidung zuständige Einzelrichter gemäß Art. 89 Abs. 2 i.V.m. Art. 135 Abs. 4 B-VG einen Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des zweiten Absatzes des § 28 VwGG eingebracht.

II. Zur Präjudizialität der als verfassungsrechtlich bedenklich erachteten Bestimmung

1. Im Zuge eines ordentlichen Revisionsverfahrens hat das Verwaltungsgericht gegebenenfalls »Vorentscheidungen« (so die Überschrift vor § 30a VwGG) zu treffen. Im Besonderen wird in diesem Zusammenhang ua zwischen Fällen, in denen die ordentliche Revision schon a limine zurückzuweisen (§ 30a Abs 1 VwGG) und solchen, in denen zuvor ein Mängelbehebungsverfahren durchzuführen (§ 30a Abs 2 VwGG) ist, unterschieden.

Jedenfalls im Kontext der letzteren⁶, aber auch der ersteren⁷ Alternative ist seitens des Verwaltungsgerichtes (ua) zu prüfen, ob die Vorschriften des § 28 VwGG über den »*Inhalt der Revision*« (so die Überschrift zu dieser Bestimmung) eingehalten wurden.

2. Das Verwaltungsgericht hat daher im Zuge eines Verfahrens über eine ordentliche Revision dann, wenn diese von staatlichen Organen erhoben wurde (sog »*Amtsrevision*«), insbesondere auch den zweiten Absatz des § 28 VwGG anzuwenden.

Die angefochtene Bestimmung erweist sich daher im gegenständlichen Anlassverfahren als präjudiziell.

⁵ Abrufbar unter: <<https://www.lvwg-ooe.gv.at/383.htm>>.

⁶ Vgl den in § 30a Abs. 2 VwGG enthaltenen expliziten Hinweis (ua) auf § 28 VwGG.

⁷ Anders lässt sich nämlich beispielsweise nicht beurteilen, ob »entschiedene Sache« etc vorliegt.

III. Inhaltliche Verfassungsrechtliche Bedenken

A. Maßgebliche Rechtsnormen

Die anlassfallbezogen einschlägigen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 – VwGG, BGBl 10/1985 (WV) idGF BGBl I 104/2019 (die angefochtene Bestimmung des Abs. 2 des § 28 zuletzt geändert durch BGBl I 138/2017), lauten (Hervorhebungen im Original)⁸:

»Inhalt der Revision

§ 28. (1) Die Revision hat zu enthalten

1. ...

4. die Bezeichnung der Rechte, in denen der Revisionswerber verletzt zu sein behauptet (Revisionspunkte),

5. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,

6. ...

(2) Bei Revisionen gegen Erkenntnisse, die nicht wegen Verletzung in Rechten erhoben werden, tritt an die Stelle der Revisionspunkte die Erklärung über den Umfang der Anfechtung.

(3) ...«

B. Motivation des Gesetzgebers im Zuge der Erlassung des § 28 Abs 2 VwGG und Handhabung dieser Bestimmung in der Praxis

1. Aus der Sicht des Gesetzgebers handelt es sich bei den (früher: »Beschwerde-«, nunmehr:) »Revisionspunkten« einerseits und der »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« andererseits um funktionell einander völlig gleichwertige (gleichgewichtige) Prozessvoraussetzungen, die sich lediglich durch ihre formale Bezeichnung unterscheiden. Daraus resultiert, dass an deren Erfüllung jeweils derselbe Maßstab angelegt werden muss:

1.1. Die begriffliche Umschreibung »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« wurde erstmals mit der Novelle BGBl 316/1976 in das VwGG eingefügt. In diesem Zusammenhang wurde damals in den Gesetzesmaterialien ausgeführt (vgl 79 BlgNR, 14. GP, S 9f, Hervorhebungen nicht im Original):

»Diese Bestimmungen waren im Hinblick auf Art. 131 Abs. 1 Z. 3 B-VG entsprechend zu ergänzen. Auch hier wurde davon ausgegangen, dass die Regelung analog zu jener für die im Art. 131 Abs. 1 Z. 2 B-VG vorgesehenen Beschwerde erfolgen soll. Die im § 28 Abs. 2 VwGG 1965 bisher vorgesehene Regelung enthielt eine **Erleichterung** für die sogenannte objektive Verwaltungsgerichtshofbeschwerde insofern, als die Angabe von Beschwerdepunkten nicht erforderlich war. Da auch nach Art. 131 Abs. 2 B-VG Beschwerderechte

geschaffen werden können, die letzten Endes als objektive Beschwerde anzusehen sind – wie beispielsweise die sogenannte Präsidentenbeschwerde gemäß § 169 FinStrG und § 292 BAO oder die Beschwerde des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft gemäß § 57 Abs. 3 des Marktordnungsgesetzes –, ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum diese nach Art. 131 Abs. 2 B-VG geschaffenen Beschwerderechte anders behandelt werden sollten als jene nach Art. 131 Abs. 1 Z. 2 B-VG. Aus diesem Grunde wurde die Bestimmung des § 28 Abs. 2 durch die Aufnahme des Art. 131 Abs. 2 B-VG ergänzt, wobei durch den Satz: »wenn gemäß den in Betracht kommenden Bundes- oder Landesgesetzen die Behauptung der Verletzung eines Rechtes durch den Beschwerdeführer nicht in Betracht kommt« sichergestellt werden soll, dass es sich ausschließlich um objektive Beschwerderechte handelt.

Der § 28 Abs. 2 VwGG 1965 sieht vor, dass bei Beschwerden nach Art. 131 Abs. 1 Z. 2 B-VG, also im Falle bestimmter objektiver Verwaltungsgerichtshofbeschwerden, die Beschwerdepunkte (die bestimmte Bezeichnung des Rechtes, in dem der Beschwerdeführer verletzt zu sein behauptet) nicht angegeben werden müssen. In der Erwägung, dass es daneben auch andere objektive Beschwerderechte gibt, wurde – wie bereits ausgeführt – die Regelung des § 28 Abs. 2 auf alle objektiven Verwaltungsgerichtshofbeschwerden erweitert. Die erwähnte Ausnahmeregelung hat ihre Begründung darin, dass bei sogenannten objektiven Verwaltungsgerichtshofbeschwerden die Geltendmachung subjektiver Rechte nicht in Betracht kommt, andererseits aber mit dem Begriff der Beschwerdepunkte ausschließlich solche subjektive Rechte, die verletzt zu sein behauptet werden, erfasst sind. Andererseits kann man aus der **geltenden Regelung** erschließen, dass in den Fällen der Beschwerden nach Art. 131 Abs. 1 Z. 2 B-VG vom Beschwerdeführer eine **Erklärung über den Umfang der Anfechtung gar nicht angegeben werden muss**, es vielmehr dem **Verwaltungsgerichtshof obliegt**, zu prüfen, ob eine **Rechtswidrigkeit** vorliegt oder nicht, **und aus dieser den Umfang der Anfechtung abzuleiten**. Diese Rechtslage ist **unbefriedigend**, weil sie der **Systematik der Verwaltungsgerichtshofkontrolle nicht entspricht**. Die **Kontrolle** des Verwaltungsgerichtshofes ist nämlich – wie sich aus § 41 Abs. 1 VwGG 1965 ergibt – durch die **geltend gemachten Beschwerdepunkte umgrenzt**. **Systementsprechend** ist daher eine solche **Begrenzung auch bei den sogenannten objektiven Verwaltungsgerichtshofbeschwerden**. Die **bisherige Regelung entbehrt einer sachlichen Berechtigung**. Auch sogenannte objektive Verwaltungsgerichtshofbeschwerden sollen vielmehr aufzeigen, **in welchem Umfang auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeit** der Bescheid angefochten wird.

Die Gestaltung der Rechtslage im Sinne dieser Überlegungen war aber in zweckmäßiger Weise nicht durch eine Streichung des § 28 Abs. 2 VwGG 1965 zu erreichen, weil dadurch der Begriffsinhalt der »Beschwerdepunkte«, der sich nur auf die Verletzung subjektiver Rechte bezieht, denaturiert [*sic!* – richtig wohl: *denaturiert*] worden wäre. Dementsprechend wurde der **neue Begriff der »Anfechtungserklärung«** in den Entwurf

⁸ Hier nur auszugsweise wiedergegeben.

aufgenommen. In ihrer **Funktion** sind sowohl **Beschwerdepunkte** als auch **Anfechtungserklärung gleich**; sie **umgrenzen die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes**. Sie unterscheiden sich aber darin, dass sich die Beschwerdepunkte auf die Verletzung subjektiver Rechte, die Anfechtungserklärung dagegen auf die Verletzung objektiven Rechts bezieht.«

Ursprünglich, dh vor nahezu fünf Jahrzehnten, ging es also dem **Gesetzgeber** explizit um eine **sachgerechte Gleichstellung** zwischen von staatlichen Organen erhobenen Amtsbeschwerden einerseits und von Bürgern (bzw allgemein: von staatsfremden Rechtssubjekten) erhobenen Beschwerden hinsichtlich jener Prozessvoraussetzung(en), die den Umfang des Prozessgegenstandes abgrenz(t)en. Vor diesem Hintergrund wurde daher seitens der Legislative auch ausdrücklich klargestellt, dass den »Beschwerdepunkten« und der »Anfechtungserklärung«, die jeweils eine Zulässigkeitsbedingung des Rechtsbehelfs verkörpern, ein und dieselbe Funktion zukommt, nämlich: vor allem in Verbindung mit der weiteren Prozessvoraussetzung der Beschwerdegründe (§ 28 Abs 1 Z 5 VwGG) eine Eingrenzung der Prüfungsbefugnis und damit des Umfangs der Anfechtung durch die **Parteien** des Verfahrens – und **nicht** durch das **Gericht** selbst – zu bewirken.

Dem entsprechend lautete § 28 Abs 2 VwGG unmittelbar vor dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle am 1. Jänner 2014 (dh: in dessen Fassung durch BGBl 316/1976):

»(2) Bei Beschwerden gegen Bescheide nach Art. 131 Abs. 1 Z. 2 und 3 sowie Abs. 2 B-VG, bei denen gemäß den in Betracht kommenden Bundes- oder Landesgesetzen die Behauptung der Verletzung eines Rechtes des Beschwerdeführers nicht in Betracht kommt, und bei Beschwerden gegen Weisungen nach Art. 81a Abs. 4 B-VG tritt an die Stelle der Beschwerdepunkte die Erklärung über den Umfang der Anfechtung.«

1.2. Im Zuge der Neukonzeption der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 wurde zwar die Bestimmung des § 28 VwGG begrifflich angepasst, deren Inhalt und systematische Grundausrichtung jedoch nicht verändert, sodass deren zweiter Absatz gemäß BGBl I 33/2013 nunmehr folgende Formulierung aufwies:

»(2) Bei Revisionen gegen Erkenntnisse, die nicht wegen Verletzung in Rechten erhoben werden, und bei Revisionen gegen Erkenntnisse über Weisungen gemäß Art. 81a Abs. 4 B-VG tritt an die Stelle der Revisionspunkte die Erklärung über den Umfang der Anfechtung.«

Wenngleich diese Modifikation vor dem *uno actu* auch insoweit neu konzipierten verfassungsrechtlichen Hintergrund erfolgte, dass die typenmäßige Möglichkeit zur Erhebung einer Amtsrevision, die bis dahin auf bloße

Sondererscheinungsformen beschränkt war, seither als **generalisiert** erscheint – der vorgängige Ausnahmefall also gleichsam in eine Regel umgewandelt wurde –, änderte diese Neuerung (vgl Art 133 Abs 6 Z 2 B-VG) nichts an den davon getrennt zu betrachtenden, für Amts- bzw. normale Parteienrevisionen jeweils maßgeblichen Prozessvoraussetzungen und deren wechselseitigem Verhältnis zueinander: Denn die kompetenzrechtliche Grundlage für die jeweilige einfachgesetzlich-verfahrensrechtliche Ausgestaltung dieser Zugangsbedingungen in Gestalt des § 28 VwGG bildet(e) nach wie vor Art 136 (Abs 4) B-VG, demzufolge das Verfahren des VwGH durch ein besonderes Bundesgesetz zu regeln ist.

1.3. Seine gegenwärtige Fassung erhielt § 28 Abs 2 VwGG schließlich durch BGBl I 138/2017, wobei auch insoweit keine maßgebliche materielle Modifikation vorgenommen wurde:

»(2) Bei Revisionen gegen Erkenntnisse, die nicht wegen Verletzung in Rechten erhoben werden, tritt an die Stelle der Revisionspunkte die Erklärung über den Umfang der Anfechtung.«

1.4. Zusammengefasst muss es daher eine den Anforderungen des § 28 Abs 1 Z 4 (iVm § 28 Abs 2) VwGG entsprechende »*Erklärung über den Umfang der Anfechtung*« (die bloß abbreviatorische Bezeichnung »*Anfechtungserklärung*« greift insoweit zu kurz, weil auf diese Weise gerade das eigentlich determinierende Element des »*Umfanges*« verlorengeht!) in ebensolcher Weise wie die Bezeichnung der »*Revisionspunkte*« ermöglichen, jeweils in Verbindung mit den »*Gründen, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt*« (§ 28 Abs 1 Z 5 VwGG) den Prozessgegenstand des Verfahrens vor dem VwGH in gleichermaßen exakter Weise abzugrenzen.

1.5. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch zu bedenken, dass die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte aus rechtssystematischer Sicht grundsätzlich zugleich mit deren Erlassung auch in Rechtskraft erwachsen (sollen). Denn ein dagegen möglicher Rechtsbehelf ist gleichsam nicht »standardmäßig« zulässig, sondern setzt schon von vornherein das Vorliegen einer relativ seltenen Ausnahmekonstellation (nämlich: Grundrechtseingriffe oder gesetz- bzw verfassungswidrige Rechtsgrundlage einerseits bzw Klärung einer grundsätzlichen Rechtsfrage andererseits) voraus. Demgemäß stellt eine Beschwerde nach Art 144 Abs 1 B-VG bzw eine Revision nach Art 133 Abs 4 B-VG jeweils (bloß) ein außerordentliches⁹ Rechtsmittel dar. Insbesondere in **echten** Mehrparteienverfahren – ds solche, in denen

9 Auch iS von »standardmäßig weder zulässig noch in der Praxis faktisch erhoben« zu verstehen.

sich der Einzelne (nicht nur dem Staat und diesem zu-rechenbaren Rechtsträgern und Organwaltern, sondern darüber hinaus) auch anderen (staatsfremden und so-hin) Privatpersonen mit konträren Interessen gegen-übersieht¹⁰ – besteht somit ein maßgebliches Interesse daran, mit rational kalkulierbarer Wahrscheinlichkeit einschätzen zu können, ob und in welchem Umfang auch im Falle einer Amtsrevision bereits von dem durch diese nicht berührten Teil der Entscheidung des Verwal-tungsgerichtes in rechtmäßiger Weise (dh vor allem: ohne das Risiko einer nachträglichen Rechtskraftdurch-brechung mit entsprechender Restitutionsverpflichtung eingehen zu müssen) Gebrauch gemacht werden kann, noch bevor der VwGH (was im Falle der Beurteilung ei-ner grundsätzlichen Rechtsfrage durchaus auch einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen kann) über den mit Amtsrevision angefochtenen Teil des VwG-Erkennt-nisses entschieden hat.

2. Gegenüber dieser gesetzgeberisch beabsichtigten Gleichstellung von »Revisionspunkten« und »Anfechtungs-umfangserklärung« hat sich in der Praxis allerdings (all-mählich) eine divergierende Entwicklung ergeben:

Davon ausgehend, dass in der Monarchie eine Amtsbe-schwerde noch kategorisch als unzulässig erachtet wor-den war¹¹, wurde vor dem Hintergrund der neuen bun-desstaatlichen Struktur bereits mit der Stammfassung des B-VG ein in diese Richtung weisender Rechtsbehelf institutionalisiert, der die objektive Rechtmäßigkeit der Vollziehung zumindest im Bereich der mittelbaren Bun-desverwaltung sicherstellen sollte¹². De facto erlangte dieses Instrumentarium allerdings erst gegen Ende des letzten Viertels des 20. Jahrhunderts eine über bloße Einzelfälle hinausreichende (gesamtstrategische) Be-deutung, nachdem es dieser Zielsetzung seitens der Praxis schrittweise in einem immer größeren Umfang dienstbar gemacht worden war.

2.1. Dies derart, dass zunächst noch gleichsam abstrakt judiziert wurde, dass die Anfechtungserklärung nach § 28 Abs 2 VwGG einerseits die Prüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichtshofes begrenzt, und zwar insow-eit, als der VwGH nicht berechtigt ist, die Prüfung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides über die durch die Anfechtungserklärung erfassten Bereiche hin-

aus auszudehnen; dies jedoch mit der Ergänzung, dass der VwGH zugleich aber auch dazu verpflichtet war, über die Rechtmäßigkeit des Bescheides im vollen Umfang der Anfechtungserklärung zu befinden¹³.

2.2. Hierauf erfolgte die Klarstellung, dass es im Fall einer Amtsbeschwerde nicht um die Geltendmachung subjektiver Rechte gehe, weshalb bei solchen Beschwer-den auch das Formerfordernis der Angabe der Be-schwerdepunkte nach § 28 Abs 1 Z 4 VwGG nicht zum Tragen komme. Die Grenzen des Rechtsstreites würden bei Amtsbeschwerden vielmehr durch die Anfechtungs-erklärung gezogen. In diesem Zusammenhang sei aller-dings dem in § 28 Abs 2 VwGG für (ua) Bescheide nach Art 131 Abs 2 B-VG enthaltenen Gebot der Erklärung über den Umfang der Anfechtung bereits durch die pauschale Angabe, dass der Beschwerde führende Bundesminister gegen den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswid-rigkeit eine Beschwerde erhebt, entsprochen¹⁴.

2.3. Letzteres konkretisierend bzw ergänzend wurde sodann festgestellt, dass Amtsbeschwerden die Verlet-zung eines subjektiven Rechts des Beschwerdeführers nicht voraussetzen. Bei einer Amtsbeschwerde handelt es sich vielmehr um ein Instrument zur Sicherung der Einheit und Gesetzlichkeit der Vollziehung, welches losgelöst vom individuellen Parteiinteresse als soge-nannte objektive Beschwerde wegen jeder unterlaufenen Rechtsverletzung oder unrichtigen Anwendung des Gesetzes eingesetzt werden kann¹⁵.

2.4. Schließlich gilt im Wege einer Grundsatzentschei-dung, auf die seither fortlaufend Bezug genommen wird, gegenwärtig Folgendes¹⁶:

»Die belangte Behörde übt als Behörde die ihr recht-lich übertragenen Zuständigkeiten (›Kompetenzen‹) aus (...). Insofern verfügt sie nicht über subjektive öff-entliche Rechte, wie sie anderen Personen zustehen, denen (ebenfalls) Parteistellung eingeräumt ist (...). Sie kann auch nicht als organschaftliche Vertreterin der juristischen Person, in deren Rahmen sie einge-richtet ist, gesehen werden, deren Rechte sie dann im Rahmen ihrer Parteistellung geltend macht. Insofern hat die belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht die Stellung einer Formal- bzw. einer Organ- oder Amtspartei (...).

Die Legitimation zur Revisionserhebung vor dem Ver-waltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 6 Z. 1 B-VG we-gen Verletzung in subjektiven Rechten (...) setzt die Möglichkeit der Verletzung in subjektiven öffentli-chen Rechten voraus. Eine Revision kann derart auf

10 Wie typischerweise etwa im gewerberechtlichen Betriebsanla-gengenehmigungsverfahren.

11 Vgl zB VwGH vom 8.4.1890, Zl 1070 (unveröffentlicht; Leitsatz und zahlreiche weitere Entscheidungen bei *Th. Exl*, Das Verfah-ren vor dem k.k. Verwaltungsgerichtshof, II. Bd, 1892, 85) zu § 2 Abs 1 VwGG 1876 (RGBl 36).

12 Dieser war speziell auf Beschwerden des Bundes gegen eine rechtswidrige Vollziehung von Bundesgesetzen durch Landes-behörden beschränkt (vgl Art 129 Abs 2 B-VG idF BGBl 1/1920).

13 Vgl zB VwGH vom 10.5.1988, 87/14/0084.

14 In diesem Sinne statt vieler zB VwGH vom 30.9.1998, 98/20/0220.

15 Vgl zB VwGH vom 21.12.2011, 2008/13/0235.

16 Vgl VwGH vom 6.4.2016, Fr 2015/03/0011 (Hervorhebungen nicht im Original).

dem Boden der Judikatur zur ›Vorläuferbestimmung‹ des Art. 133 Abs. 1 Z. 1 B-VG i.d.F. vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 nur unter Berufung auf eine **eigene, gegen den Staat** als Träger der Hoheitsgewalt **gerichteten Interessensphäre** der rechtsmittelwerbenden Partei erhoben werden (...). Kommt einer Organpartei **keine eigene, gegen den Staat gerichtete Interessensphäre** zu, dann besteht Rechtsmittellegitimation **nur insoweit**, als es zur Durchsetzung der aus der Parteistellung folgenden **prozessualen Befugnisse** (u.a. Recht auf Bescheid, auf Akteneinsicht, auf Parteingehör, auf Ladung zu einer mündlichen Verhandlung) erforderlich ist (...). ...

...

Bei der Ausübung der der belangten Behörde bezüglich ihrer Amtsrevision nach Art. 133 Abs. 6 Z. 2 B-VG zukommenden Parteistellung im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof geht es nicht um die Geltendmachung subjektiver Rechte dieser Behörde, zumal im Fall einer Amtsrevision an die Stelle der Angabe des Revisionspunktes die Erklärung über den Umfang der Anfechtung tritt (...). § 28 Abs. 2 VwGG normiert ausdrücklich, dass bei nicht wegen einer Verletzung in Rechten erhobenen Revisionen an die Stelle der Revisionspunkte die Erklärung über den Umfang der Anfechtung tritt.

...

Mit der **Legitimation** zur Erhebung einer **Amtsrevision** besteht eine **verfassungsrechtliche Zuständigkeit** der belangten Behörde vor einem Verwaltungsgericht, die **Rechtmäßigkeit** des aufgrund einer Beschwerde gegen den von dieser Verwaltungsbehörde erlassenen Bescheid (...) erlassenen **Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes (...) durch den Verwaltungsgerichtshof überprüfen** zu lassen (...). Die belangte Behörde kann vor dem Verwaltungsgerichtshof **uneingeschränkt Revision wegen behaupteter Rechtswidrigkeit** erheben (...).

Die belangte Behörde kann somit die verwaltungsgerichtliche Entscheidung dahingehend bekämpfen, ob diese rechtsrichtig ergangen ist, wobei der Rahmen der Überprüfung seitens des Verwaltungsgerichtshofes durch die schon genannte Anfechtungserklärung in der Amtsrevision der belangten Behörde begrenzt wird. Eine **inhaltliche Einschränkung** der belangten Behörde **bei der Abgabe der Anfechtungserklärung** ist **nicht normiert**. In diesem Rahmen steht es der belangten Behörde **offen, Revisionsgründe** (§ 28 Abs. 1 Z. 5 VwGG) sowohl hinsichtlich der **Zuständigkeit** des VwG als auch bezüglich des **Inhalts** und bezüglich des verwaltungsgerichtlichen **Verfahrens**, das der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu Grunde liegt, geltend zu machen (vgl. i.d.Z. § 42 Abs. 2 VwGG).

Aus der Zuständigkeit der belangten Behörde zur Erhebung einer Amtsrevision gegen eine Entscheidung des VwG, mit der dieses infolge einer Beschwerde über den von der belangten Behörde erlassenen Bescheid abspricht, ergibt sich (korrespondierend) ihr Anspruch gegenüber dem VwG, sein Erkenntnis (seinen Beschluss) in rechtsrichtiger Weise zu erlassen und derart auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren rechtskonform zu führen, auch wenn der Verwaltungsgerichtshof eine nicht rechtskonforme Verfah-

rensührung nur in dem vom § 42 Abs. 2 Z. 3 VwGG gezogenen Rahmen aufgreift. Der **belangten Behörde** kommt gegenüber dem ihren Bescheid behandelnden VwG somit ein **Anspruch** auf (inhaltlich und verfahrensmäßig) **rechtsrichtige Entscheidung** einschließlich der **rechtsrichtigen Verfahrensführung** zu.

Im Ergebnis bedeutet das, dass der belangten **Behörde** hinsichtlich des Verfahrens vor dem VwG betreffenden von ihr erlassenen Bescheid eine **eigene Interessensphäre** zukommt, die **einerseits** i.S. des **kontradiktorischen Verfahrens** vor dem VwG (...) **derjenigen der beschwerdeführenden Partei** vor dem VwG **gegenübersteht**, die **andererseits** aber **auch im Verhältnis zum VwG** gegeben ist, dem gegenüber der besagte rechtliche Anspruch besteht (dass die belangte Behörde wegen ihrer verwaltungsbehördlichen Zuständigkeiten Teil des ›Staates‹ i.S. der einschlägigen oben angesprochenen Rechtsprechung darstellt, vermag daran nichts zu ändern). Wird eine Kontroverse zwischen dem VwG und der belangten Behörde – etwa im Wege der Amtsrevision – vor den Verwaltungsgerichtshof gebracht, trägt das Verfahren vor dem VwGH insofern den Charakter eines ›Organstreits‹.

Die **rechtliche Position** der belangten **Behörde** ergibt sich dabei **aus dem** von ihr vor dem VwG **bezüglich des von ihr erlassenen Bescheides zu vertretenden öffentlichen Interesse**, wie das der Verwaltungsgerichtshof schon im Zusammenhang mit der Handhabung des § 30 Abs. 2 VwGG betreffend die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung an eine Amtsrevision angenommen hat (...).

In diesem Punkt führte die **Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012** zu einer **Änderung von systematischer Bedeutung** im Bereich der rechtlichen Kontrolle von verwaltungsbehördlichen Bescheiden, weshalb die **Rechtsprechung und die Lehre** zur früheren **Rechtslage** diesbezüglich **grundsätzlich relativiert** erscheinen.

Angesichts ihrer damit bestehenden, **nicht auf subjektive öffentliche Rechte** bzw. deren Geltendmachung **beschränkten (und insofern qualifizierten) rechtlichen Position** steht es der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde zu, im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die **Durchsetzung des objektiven Rechtes umfassend mit dem an sich schon für den nicht derart qualifizierten subjektiven Rechtsschutz konzipierten Instrumentarium zu verfolgen** (...) ...

...

Vor diesem Hintergrund kommt der vor dem Verwaltungsgericht belangten Behörde, die den vor dem VwG bekämpften Bescheid erlassen hat, damit ein **Rechtsanspruch auf eine inhaltlich bestimmte, den von ihr wahrzunehmenden Interessen Rechnung tragende Entscheidung durch das Verwaltungsgericht** zu (...)«

2.5. Zusammenfassend ergeben sich daraus als **wesentliche Determinanten** für eine Amtsrevision, dass deren Anfechtungsumfangserklärung zwar die Prüfungsbefugnis des VwGH begrenzen soll. Allerdings ist dieser Prozessvoraussetzung bereits durch die bloß pauschale

Angabe, dass gegen die Entscheidung des VwG »wegen *Rechtswidrigkeit Revision erhoben*« wird, entsprochen. Funktionell dient eine Amtsrevision in der Praxis der Sicherung der Einheit und Gesetzlichkeit der Vollziehung, sodass dieses Instrumentarium wegen jeder unterlaufenen Rechtsverletzung oder unrichtigen Anwendung des Gesetzes herangezogen werden kann. Weil bezüglich der Abgabe der Anfechtungsumfangserklärung gesetzlich keine inhaltliche Begrenzung normiert ist, kann die belangte Behörde folglich uneingeschränkt Revision wegen behaupteter Rechtswidrigkeit erheben. Dies bedeutet, dass Revisionsgründe iSd § 28 Abs 1 Z 5 VwGG sowohl auf die Zuständigkeit als auch auf den Inhalt der Entscheidung des VwG als auch auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren bezogen werden können. Die rechtliche Position der belangten Behörde im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ergibt sich aus dem bezüglich des von ihr erlassenen Bescheides zu vertretenden öffentlichen Interesse. Ihre nicht auf subjektiv-öffentliche Rechte eingeschränkte – und insofern qualifizierte (iSv weiter reichende) – rechtliche Position ermöglicht es der Behörde, die Durchsetzung des objektiven Rechtes umfassend (wenngleich mit dem bloß für den subjektiven Rechtsschutz ausgelegten und insoweit für deren qualifiziertes Rechtsschutzinteresse an sich nicht konzipierten Instrumentarium) zu verfolgen. Damit ist der Behörde die Vertretung der öffentlichen Interessen bezüglich des von ihr erlassenen Bescheides aufgetragen, wobei ihr insoweit ein Rechtsanspruch auf eine inhaltlich bestimmte, den von ihr wahrzunehmenden Interessen Rechnung tragende Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte zukommt.

Nicht außer Acht gelassen werden darf in diesem Zusammenhang auch insbesondere, dass dann, wenn im Zuge einer Amtsrevision zugleich solche öffentliche Interessen geltend gemacht werden könnten, die im Verfahren vor dem VwG bislang nicht thematisiert wurden, der VwGH (vom Neuerungsverbot des § 41 VwGG ganz abgesehen) insoweit als erst-(und zugleich letzt-)instanzliches Gericht agieren würde; dies bedeutet, dass das Amtsrevisionsverfahren selbst in vollem Umfang den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK entsprechen müsste, also zB insoweit eine (ergänzende) öffentliche Verhandlung durchzuführen wäre etc.

2.6. Insbesondere die Aspekte, dass eine **substanziell-pauschale Anfechtungsumfangserklärung** (»wegen *Rechtswidrigkeit wird Revision erhoben*«) hinreicht, dass im VwGG **keine bereits auf Gesetz beruhende Beschränkung** oder zumindest Präzisierung der Gründe für eine Amtsrevision (nämlich zumindest hinsichtlich jener öffentlichen Interessen, die durch die VwG-Entscheidung tangiert werden) vorgesehen ist (sodass vor dem VwGH mangels gesetzlicher Konkretisierung vielmehr jede unter-

laufene Rechtsverletzung oder unrichtige Gesetzesanwendung geltend gemacht werden kann) und dass die Behörde insofern schon von vornherein aus einer **vergleichsweise qualifizierteren rechtlichen Position** heraus agiert, machen deutlich, dass **im Ergebnis de facto offensichtlich keine tatsächliche Gleichstellung** zwischen Amtsrevision und »normaler« Parteienrevision – sondern vielmehr eine (jedenfalls tendenzielle) Privilegierung der staatlichen Rechtsmittellegitimation – vorliegt.

Dies zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass (nicht erst) seit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 bislang (im Gegensatz zur Zurückweisung von Revisionen staatsfremder Personen wegen fehlender Konkretisierung der »Revisionspunkte« gemäß § 28 Abs 1 Z 4 VwGG) – soweit im Wege des Rechtsinformationssystems des Bundes (RIS) zugänglich und aus diesem ableitbar – nur in äußerst wenigen (konkret: drei) Fällen¹⁷ eine Zurückweisung einer Amtsrevision wegen Nichterfüllung der spezifischen Prozessvoraussetzung des § 28 Abs 2 VwGG erfolgte.

3. Insgesamt und objektiv besehen ergibt sich somit der Eindruck, dass eine maßgebliche Divergenz zwischen der mit § 28 Abs 2 VwGG verfolgten gesetzgeberischen Absicht der Gleichstellung zwischen Amts- und Parteienrevision einerseits und der praktischen Handhabung dieser Bestimmung andererseits besteht:

De facto wurde nämlich auf der Ebene des Gesetzesvollzuges der mit der Novelle BGBl I 51/2012 intendierte verfassungsrechtliche Wandel hin zu einer echten, den Verfahrensparteien gegenüber neutral-äquidistant agierenden Verwaltungsgerichtsbarkeit nur scheinbar mitvollzogen. Denn es ergibt sich der Eindruck, dass in diesem Bereich der bloß formale Unterschied, dass eine Behörde aus systematischer Sicht nicht als Träger subjektiv-öffentlicher Rechte angesehen werden kann, zu dem Zweck instrumentalisiert wird, der Gewährleistung der objektiven Rechtmäßigkeit (»zur Sicherung der Einheitlichkeit und Gesetzmäßigkeit der Vollziehung«¹⁸) weiterhin eine überproportionale Priorität einzuräumen¹⁹. Dies äußert sich u.a. auch derart, dass eine Amtsrevision einerseits schon hinsichtlich ihrer Zulässigkeitsvoraussetzungen wesentlich geringeren Anforderungen als eine von staatsfremden Personen erhobene Revision unterliegt und andererseits diese vor allem auch eine faktisch deutlich höhere

¹⁷ Vgl VwGH vom 22.11.2017, Ra 2016/17/0302, vom 7.9.2017, Ra 2017/16/0042, und vom 25.11.2015, Ra 2015/16/0100.

¹⁸ Vgl zB statt vieler VwGH vom 15.4.2016, Ra 2014/02/0058; vom 19.4.2017, Ra 2017/02/0043; vom 24.4.2018, Ra 2016/05/0112; vom 9.8.2018, Ra 2018/22/0102; vom 22.11.2018, Ro 2018/07/0041; vom 29.3.2019, Ro 2018/02/0028; vom 29.7.2019, Ra 2019/02/0072; und vom 27.9.2019, Ra 2019/02/0008.

¹⁹ Bezeichnend für dieses Bild ist beispielsweise auch, dass die Bagatellgrenze des § 25a Abs 4 VwGG für Amtsrevisionen nicht gilt.

Erfolgsquote (94,5%) als letzteres Instrumentarium (jedenfalls geringer als 33%) aufweist²⁰.

C. Verfassungsrechtliche Bedenken

Mit den vorstehenden Ausführungen sollte aufgezeigt werden, dass es **in erster Linie die mangelhafte sprachliche Präzisierung** des § 28 Abs 2 VwGG sein dürfte, die die Hauptursache für die Divergenz zwischen der mit dieser Bestimmung verfolgten gesetzgeberischen Absicht einerseits und deren faktischer Handhabung in der Vollzugspraxis andererseits bildet.

Mit diesem **zentralen Defizit** sind zugleich **Ausstrahlungswirkungen** in solche verfassungsmäßige Gewährleistungen verbunden, die als verbindliche Grundlage für das Vollzugshandeln jeweils explizit oder implizit eine entsprechende materielle gesetzliche Vorgabe gebieten und deshalb insoweit zu einer jeweils eigenständigen Verfassungsrechtswidrigkeit führen dürften. Inhaltlich lassen sich diese einerseits danach unterscheiden, dass – davon ausgehend, dass die **fundamentale Zielsetzung** der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 (weder in einer Verkürzung der Verfahrensdauer noch in einer Entlastung des VfGH [diese beiden Aspekte bildeten bloß Nebenziele], sondern vielmehr) darin bestand, die **vollumfängliche EMRK- und Unionsrechtskonformität** der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (ex post) herzustellen – Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit des § 28 Abs 2 VwGG mit speziellen Garantien der **EMRK** und der **EGRC** – vor dem besonderen Hintergrund der **strafrechtlichen Natur** des Anlasses – bestehen. Andererseits dürfte das B-VG in Bezug auf die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts von der grundlegenden Systementscheidung getragen sein, dass die **Letztkompetenz** (iS einer Zuständigkeit zur Erlassung einer alle übrigen Vollzugsorgane rechtskräftig bindenden Entscheidung) hinsichtlich der Klärung von **Verfassungsfragen** **exklusiv** dem VfGH übertragen ist, sodass das Vorliegen einer (nicht verfassungsgesetzlich festgelegten, sondern) bloß interpretativ ableitbaren

Ausnahme von diesem tragenden Prinzip wohl schon von vornherein stets nur in einem äußerst engen Rahmen angenommen werden kann.

Im Einzelnen ergeben sich aus diesen drei teilweise ineinander verwobenen Strängen (mangelnde sprachliche Präzisierung, EMRK- sowie Unionsrechtskonformität und Letztkompetenz des VfGH in Verfassungsfragen) aus der Sicht des antragstellenden LVwG OÖ die folgenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 28 Abs 2 VwGG:

C.1. Bedenken im Hinblick auf das demokratische Grundprinzip (Art 1 B-VG) iVm dem allgemeinen (Art 18 Abs 1 B-VG) und dem spezifisch strafrechtlichen (Art 7 Abs 1 EMRK und Art 49 Abs 1 EGRC) Legalitätsprinzip.

1. Wie sich schon aus der Formulierung des Art 1 B-VG zweifelsfrei ergibt, geht diese Bestimmung davon aus, dass die oberste Souveränität zur Normsetzung beim Volk liegt. Für den Regelfall, dh soweit verfassungsgesetzlich nicht Abweichendes festgelegt ist, bedeutet dies, dass allein dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die entscheidende rechtspolitische Gestaltungsbefugnis zukommt, zugleich aber auch obliegt. Zwecks Sicherung dieses Grundprinzips stellt Art 18 Abs 1 B-VG klar, dass die der Gesetzgebung untergeordnete Normsetzungsebene (Vollziehung) lediglich dazu befugt ist, die bereits zuvor getroffene politische Richtungsfestlegung innerhalb deren materieller Vorgaben und unter beständiger Bindung an diese näher zu konkretisieren.

Vor einem solchen Hintergrund erweist sich sowohl ein (einfaches) Gesetz, das keine oder bloß dem Anschein nach eine inhaltliche rechtspolitische Entscheidung trifft, in gleicher Weise als im Hinblick auf Art 1 iVm Art 18 Abs 1 B-VG verfassungswidrig wie ein Vollzugshandeln, das die gesetzlich festgelegte rechtspolitische Absicht nicht bloß näher konkretisiert, sondern dieser zuwiderläuft.

2. Art 7 Abs 1 erster Satz EMRK und Art 49 Abs 1 erster Satz EGRC legen übereinstimmend fest, dass niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden kann (bzw darf), die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war.

Aus rechtssystematischer Sicht stellen sich beide Bestimmungen jeweils als Sonderausprägungen des allgemeinen Legalitätsprinzips dar. Vor dem Hintergrund, dass die »Demokratie« – in analoger Weise zu Art 1 B-VG – einen Grundwert der Europäischen Union bildet (vgl Art 2 EUV), erfüllen sie speziell für den Bereich des Strafrechts dieselbe Sicherungsfunktion wie Art 18 Abs 1 B-VG, wobei hier noch hinzukommt, dass Art 7 EMRK und Art 49 EGRC nicht nur eine verfassungsrechtliche,

20 Den Tätigkeitsberichten des VfGH kann diesbezüglich nichts entnommen werden. Allerdings wirft eine Abfrage aus dem RIS für den Zeitraum zwischen dem 1. Jänner 2014 und dem 13. Februar 2020 für den Suchoperator »**amtsrevis***« insgesamt 977 Entscheidungen, für die Operatoren »**amtsrevis*** und **zurückgew***« 342 Entscheidungen und für die Operatoren »(amtsrevis* und zurückgew*) nicht (grundsätz*)« nur mehr 54 Entscheidungen aus, woraus sich ergibt, dass Amtsrevisionen lediglich in 54 von insgesamt 977 Fällen (= 5,5%) entweder zurück- oder (überwiegend) abgewiesen wurden. Dem gegenüber wirft eine Abfrage mit den Operatoren »**revisi*** nicht **amtsrevisi***« 14.633 Entscheidungen und mit den Operatoren »(revisi* und zurückgew*) nicht **amtsrevisi***« 9.653 Entscheidungen aus; daraus folgt, dass bei 14.633 von nichtstaatlichen Personen erhobenen Revisionen in 9.653 Fällen (= 66%) schon eine a-limine-Zurückweisung erfolgte (wobei im Übrigen die Anzahl der Fälle, in denen eine zulässige Revision letztlich abgewiesen wurde, noch nicht berücksichtigt ist).

sondern darüber hinaus auch eine europarechtliche Dimension und Verbindlichkeit aufweisen.

3. Als gemeinsamer Sukkus wird aus Art 18 Abs 1 B-VG, aus Art 7 Abs 1 EMRK und aus Art 49 Abs 1 EGRC in Rechtsprechung und Lehre übereinstimmend abgeleitet, dass das Vollzugshandeln – wozu fraglos auch jenes der (Verwaltungs-)Gerichtbarkeit zählt – durch Gesetz ausreichend präzise vorherbestimmt sein muss. In diesem Zusammenhang ist zudem an Bestimmungen mit strafrechtlicher Relevanz ein vergleichsweise noch strengerer Maßstab anzulegen²¹.

4. Den genannten Anforderungen dürfte jedoch § 28 Abs 2 VwGG im Ergebnis aus folgenden Gründen nicht gerecht werden:

4.1. Zuvor wurde aufgezeigt, dass zwischen der mit § 28 Abs 2 VwGG verfolgten gesetzgeberischen Absicht und der praktischen Handhabung dieser Bestimmung eine erhebliche Divergenz besteht.

Für den durchschnittlichen Normadressaten bedeutet dies, dass sich der Inhalt dieser Rechtsvorschrift als nicht hinreichend klar erweist. Insbesondere ist nämlich aus dessen Blickwinkel nicht präzise erkennbar, in welchem Umfang er eine ihn begünstigende VwG-Entscheidung in Anspruch nehmen kann, wenn diese seitens der Amtspartei pauschal, zugleich aber in nach der Judikatur zulässiger Weise (bloß) »wegen Rechtswidrigkeit« angefochten wird. Um nicht das Risiko einer uU kostenaufwändigen Rückabwicklung einzugehen, muss er daher idR zuwarten, bis der VwGH über die Amtsrevision entschieden hat, was bei grundsätzlichen Rechtsfragen geraume Zeit in Anspruch nehmen kann.

4.2. Handelt es sich im Besonderen um ein Verwaltungsstrafverfahren, dann bleibt zudem über einen längeren Zeitraum hinweg fraglich, ob letztlich überhaupt bzw eine gegebenenfalls höhere Strafe zum Tragen kommen wird. Insbesondere in Rechtsbereichen wie jenen des Anlassfalles (Glücksspielgesetz) stehen dabei durchaus hohe Geldstrafen (hier: 84.000 Euro) im Raum, wobei in der Praxis gerade im Bereich dieser Materie die festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafen häufig auch tatsächlich schlagend werden, sodass deren (Gesamt-)Höhe (hier: mehr als 5½ Wochen) nicht nur das Rechtsgut der **persönlichen Freiheit** (Art 5 EMRK, Art 6 EGRC) als solches empfindlich, sondern vor allem auch mittelfristig notwendige **unternehmerische Dispositio-**

nen (Art 1 1.ZPMRK, Art 15 bis 17 EGRC) in einem nicht mehr zu vernachlässigenden Ausmaß beeinträchtigt.

4.3. In diesem Kontext sind aber die Erfolgsaussichten einer Amtsrevision vorweg hauptsächlich deswegen kaum seriös einzuschätzen, weil sich schon deren Zulässigkeitsvoraussetzungen im Grunde auf eine einzige – und eben höchst vage – Gesetzeswendung (»*Erklärung über den Umfang der Anfechtung*«) reduziert.

C.2. Bedenken im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes (Art 7 B-VG bzw. Art 2 StGG) und das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art 49 EGRC)

1. Dazu kommt, dass dem gegenüber die Amtspartei keinerlei prozessuales Risiko trägt, sodass im Ergebnis allein dem durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Begünstigten die negativen Folgen dieses Rechtsschutzinstrumentariums aufgebürdet werden.

Für eine solche **einseitige Belastung** ist allerdings nicht nur **keine sachliche Rechtfertigung** erkennbar; vielmehr erscheint ein derartiger Effekt zudem als **unverhältnismäßig**.

2. Dies zum einen schon deshalb, weil das Ziel einer objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle unter dem Aspekt, dass die Hauptfunktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit jedenfalls seit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 in deren Vereinbarkeit mit der EMRK und Unionsrecht besteht, sodass sie sich nunmehr vor allem durch eine Äquidistanz zu allen Verfahrensparteien (siehe dazu näher unten, C.5.) auszeichnen muss. Dies schließt bereits den **Anschein** der pauschalen Bevorzugung einer Verfahrenspartei, insbesondere wenn diese dem Staat zurechenbar ist, aus.

Dazu kommt zum anderen, dass nach dem Konzept der EMRK und der EGRC **öffentliche Interessen** schon von vornherein **nur innerhalb jener Grenzen eine rechtliche Beachtung** finden können, **wenn und soweit** solche gesamtstaatliche Interessen in den **materiellen Gesetzesvorbehalten** der EMRK bzw der EGRC auch **entsprechend zum Ausdruck** kommen. Eine pauschale, erst recht eine **absolute Vorrangstellung** ist hingegen mit einer solchen Konzeption **schlechthin unvereinbar**.

3. Aber selbst dann, wenn eine derartige Bevorzugung der weitest möglichen Sicherung eines objektiv rechtmäßigen Vollzuges weiterhin gerechtfertigt erschiene, wäre das herangezogene Mittel jedenfalls überschießend:

Es ist nämlich nicht erkennbar, weshalb eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle verunmöglicht wäre, wenn die Amtspartei in gleicher Weise dazu verhalten ist, die ihrerseits als verletzt erachteten öffentlichen Interessen in derselben detaillierten Weise zu spezifizieren

21 Vgl zB statt vieler Ch. Grabenwarter – K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. (2016), 560 ff, und Th. Kröll, in: M. Holubek – G. Lienbacher (Hg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl (2019), RN 18 ff zu Art 49, jeweils mwN.

wie ein Normadressat die Beschwerdepunkte im Rahmen einer »normalen« Parteienrevision.

4. Angesichts dessen scheint die Wendung »Umfang der Anfechtung« iSd § 28 Abs 2 VwGG offenkundig nicht etwa nur zu meinen, das Erkenntnis wird »seinem gesamten Umfang nach« oder »bloß hinsichtlich der Strafhöhe« oder »bloß hinsichtlich der Auflage XY« oder »bloß hinsichtlich der Kosten« etc angefochten, sondern es dürfte bei derart pauschalen Anfechtungserklärungen zusätzlich auch jeweils eine entsprechende Konkretisierung im Hinblick auf – bloß – solche tangierten öffentlichen Interessen nötig sein, die bereits Gegenstand des Verfahrens vor dem VfGH waren.

Dies müsste unter dem Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes und des Neuerungsverbotens insbesondere dann gelten, wenn die Parteistellung von mitbeteiligten, staatsfremden Personen ex lege (wie zB jene von Nachbarn in einem Baubewilligungsverfahren), kraft Präklusion (wie zB jene von Nachbarn im gewerberechtlichen Betriebsanlagenehmigungsverfahren) oder aus sonstigen Gründen schon von vornherein als eingeschränkt erscheint.

C.3. Bedenken im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Strukturprinzip der Konzentration der Verfassungsgerichtsbarkeit beim VfGH (Art 133 Abs 5 B-VG)

1. Schon im Zuge ihrer initialen Einrichtung während der Monarchie war die Gerichtsbarkeit des Öffentlichen Rechts durch eine funktionelle Trennung zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit einerseits und Verfassungsgerichtsbarkeit andererseits gekennzeichnet²².

Diese Systementscheidung wurde anlässlich der (wenngleich im Übrigen revolutionären) Institutionalisierung der Ersten Republik übernommen. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass mit dem B-VG erstmals eine Amtsbeschwerde eingeführt, zugleich jedoch – wie sich aus Art 131 Abs 1 Z 1 iVm Art 144 Abs 1 B-VG idF BGBl 1/1920 ergibt – (neuerlich) explizit bekräftigt wurde, dass von der Zuständigkeit des VfGH sämtliche Angelegenheiten ausgeschlossen sind, die in den Kompetenzbereich des VfGH fallen; Letzterer bestand insbesondere aus der **umfassenden** und zugleich **exklusiven Zuständigkeit** zu einer **alle unterverfassungsgesetzlichen Normsetzungsorgane bindenden Klärung von Verfassungsfragen**.

Es stellt demnach schon ex ante keine planwidrige Lücke, sondern eine **bewusst dahin getroffene Entscheidung**

22 Vgl die Art 1 bis 4 (insbesondere Art 3 lit b) des StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 143/1867 (im Folgenden: RGG 1867), gegenüber den §§ 2 und 3 (insbesondere § 3 lit b) des Gesetzes betreffend die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBl 36/1876 (im Folgenden: VwGG 1876).

des historisch ersten Verfassungsgesetzgebers dar, dass mit einer lediglich auf die Entscheidungszuständigkeit des VfGH beschränkten Amtsbeschwerde **keine Verfassungsfragen** – sondern (schon seit damals) lediglich die Problematik der **einfachgesetzlichen Rechtmäßigkeit** des Vollzuges von Bundesgesetzen durch Landesbehörden – thematisiert werden können soll(t)en.

2. Vor diesem Hintergrund erweist sich somit diese seither kontinuierlich beibehaltene systematische Kombination – gegenwärtig vor allem: Art 133 Abs 5 iVm Art 144 Abs 1 B-VG – nicht bloß als eine »normale« Verfassungsbestimmung, sondern die genannten Normen²³ repräsentieren vielmehr (wenngleich kein formelles Baugesetz iSd Art 44 Abs 3 B-VG, so doch zumindest) ein **Strukturprinzip** der österreichischen Verfassung. Dessen Zwecksetzung, die sohin im Zuge der **Verfassungsauslegung verbindlich zu beachten** ist, besteht offenkundig vornehmlich darin, jedenfalls in Bezug auf **höchstrangige Normen** eine **Judikaturdivergenz** sowohl **von vornherein** als auch **nachhaltig** zu verhindern²⁴ (sodass es va in Bezug auf sog »Parallelbeschwerden« nicht bloß dem faktischen Zufall überlassen sein soll, ob der VfGH mit seiner Entscheidung jener des VfGH zuvorkommt²⁵).

3. Dieser Grundintention und damit dem genannten Strukturprinzip läuft es aber diametral zuwider, wenn ex lege nicht zuverlässig ausgeschlossen ist, dass mit einer Amtsrevision auch oder – wie im vorliegenden Fall – sogar ausschließlich verfassungsrechtliche Fragen geltend gemacht werden können, über die dann der zur Lösung von Verfassungsfragen nach dem Konzept des B-VG allein letztkompetente VfGH überhaupt nicht entscheiden kann, weil dieser in Amtsrevisionsverfahren schon von vornherein in keiner Weise eingebunden ist.

Eine verfassungsstrukturkonforme Interpretation würde es daher jedenfalls gebieten, § 28 Abs 2 VwGG dahin auszulegen, dass mit einer Anfechtungsumfangserklärung iVm § 28 Abs 1 Z 5 VwGG (Beschwerdegründe) keine Verletzung von verfassungsgesetzlich festgelegten öffentlichen Interessen geltend gemacht werden kann.

4. Dasselbe Ergebnis resultiert auch aus europarechtlichem Blickwinkel dann, wenn man weiters beachtet,

23 Nämlich: von Art 3 lit b RGG 1867 einerseits und § 3 lit b VwGG 1876 andererseits über Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG idF BGBl 1/1920 einerseits und Art 144 Abs 1 B-VG idF BGBl 1/1920 andererseits; bis zu (nunmehr) Art 133 Abs 5 B-VG idF einerseits und Art 144 Abs 1 B-VG idF andererseits.

24 So schon VfGH vom 12.3.2014, B166/2013; in diesem Sinne dürfte wohl auch das Erkenntnis des VfGH vom 28.6.2017, V 4/2017, zu verstehen sein.

25 Wie zB VfGH v 29.6.2017, E 875/2017, und VfGH vom 6.3.2019, Ro 2018/03/0031, in Bezug auf die sog »Dritten Piste« am Flughafen Wien-Schwechat.

dass das hier in Rede stehende Systemprinzip zusätzlich die Funktion erfüllt, den zwischenzeitlich gestiegenen Anforderungen der EMRK zu entsprechen: Insoweit hält nämlich der EGMR eine widersprüchliche Judikatur nationaler Höchstgerichte im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK va deshalb für **konventionswidrig**, weil dies dem Grundsatz der **Rechtssicherheit** zuwiderläuft²⁶.

5. Die Anforderung, dass sowohl mit Amts- als auch mit Revisionen staatsfremder Verfahrensparteien an den VwGH keine Verfassungsfragen herangetragen werden dürfen, führt zu dem zunächst einigermaßen paradox anmutenden Ergebnis, dass wohl die (untergeordneten) Verwaltungsgerichte, nicht aber auch der (gegebenenfalls) letztinstanzlich einschreitende VwGH die Verfassung als Prüfungsmaßstab heranziehen dürfen bzw. müssen. Gerade diese Antinomie erscheint aber sowohl systemtheoretisch (VfGH als **einzigste letztkompetente** Institution zur Beurteilung von Verfassungsfragen) als auch europarechtlich (Vermeidung von höchstgerichtlicher Judikaturdivergenz) gleichermaßen konsequent und geboten; sie bedeutet letztlich, dass der VwGH gerade deshalb, weil er im Unterschied zu den VwG, die zwar rechtskräftig, aber eben nicht letztkompetent entscheiden, ein Höchstgericht ist, keine Verfassungsfragen in Form einer allgemein-verbindlichen Feststellungsentscheidung beurteilen darf²⁷.

6. Um den Anforderungen nach System- und Europarechtskonformität gerecht zu werden, dürfte es daher geboten erscheinen, dass nicht nur im Wege der Auslegung, sondern vielmehr schon durch eine entsprechend **exakte Formulierung unmittelbar ex lege sichergestellt** ist, dass mit Amtsrevisionen keine in die Verfassungssphäre reichenden öffentlichen Interessen gelten gemacht werden können.

C.4. Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaatliche Grundprinzip (Durchbrechung der Rechtskraft)

1. Wie bereits ausgeführt, verkörpert das Instrumentarium der Amtsrevision aus rechtssystematischer Sicht eine Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft von Entscheidungen der Verwaltungsgerichte.

²⁶ Vgl zB jüngst EGMR vom 23.5.2019, 17257/13.

²⁷ Analoges gilt im Übrigen auch im Bereich des Zivil- und des Justizstrafrechts in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem OGH und den ihm vorgeschalteten Untergeordneten, wenn Art 92 Abs 1 B-VG den OGH zur obersten Instanz – ausschließlich – »in Zivil- und Strafrechtssachen« beruft. Denn daraus ergibt sich e contrario, dass der OGH nicht letztkompetent ist, in Verfassungsfragen zu entscheiden. Vielmehr kommt im Bereich des Zivil- und Justizstrafrechts primär bzw. in vergleichsweise verstärkterem Maß die Verpflichtung zur Stellung eines Gesetzesprüfungsantrages gemäß Art 89 iVm Art 140 B-VG zum Tragen.

Eine besondere Bedeutung erlangt dieser Aspekt in der Praxis vor allem in solchen Konstellationen, in denen es seitens des VwG verabsäumt wurde, auch den in Art 133 Abs 6 Z 3 B-VG genannten sowie den nach Art 133 Abs 8 B-VG einfachgesetzlich revisionsermächtigten Organen eine Ausfertigung der Entscheidung zuzustellen oÄ. In derartigen Fällen beginnt nämlich die Frist zur Erhebung der Amtsrevision erst ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme der VwG-Entscheidung zu laufen²⁸, selbst wenn eine solche de facto erst Jahre später nach dem Zeitpunkt der Zustellung an die übrigen Verfahrensparteien erfolgen sollte.

2. Vor allem in der Judikatur des EuGH wird dem Institut der Rechtskraft eine besonders hohe Bedeutung beigemessen.

Dies zeigt sich schon vornehmlich daran, dass rechtskräftige Individualakte die einzige Form von Rechtsakten verkörpern, denen gegenüber der – ansonsten umfassend wirkende – Vorrang des Unionsrechts nicht mit strikter Absolutheit zum Tragen kommt²⁹.

3. Eine insgesamt sowohl sachgerechte als auch verhältnismäßige Handhabung des Instrumentariums der Amtsbeschwerde erfordert es daher, dass schon von vornherein, dh aber: auf allgemein-verbindlicher und sohin **gesetzlicher** Ebene sichergestellt ist, dass die damit – auch – verbundene Durchbrechung der Rechtskraft nur innerhalb enger Grenzen tatsächlich effektiv zu werden vermag.

Mit diesen Anforderungen dürfte es allerdings kaum vereinbar sein, dass in § 28 Abs 2 VwGG die Zulässigkeitsbedingungen für eine Amtsrevision bloß mit der vagen Formulierung einer »Erklärung über den Umfang der Anfechtung« umschrieben werden und es davon ausgehend in der Praxis hinreicht, substanzlos und pauschal »wegen Rechtswidrigkeit Revision zu erheben«.

Die Bestandskraft einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtes ist nämlich unter diesen Umständen für einen Durchschnittsbürger nicht ausreichend vorhersehbar und berechenbar.

4. Schließlich ist insoweit auch zu bedenken, dass der vom EGMR entwickelte Grundsatz, dass ein »overruling« – besonders dann, wenn es um Freiheitsstrafen und die persönliche Schuld eines Beschuldigten geht – nur aufgrund einer **eigenständig-unmittelbaren Beweisaufnahme** (wie diese in einem **Revisionsverfahren** vor dem VwGH idR gerade **nicht** erfolgt) einer Institution,

²⁸ Ständige Rechtsprechung; vgl zB VwGH vom 15.3.2013, 2012/17/0569; vom 23.3.2000, 98/20/0282; vom 25.3.1999, 98/20/0283.

²⁹ Vgl grundlegend schon EuGH vom 16.3.2006, C-234/04, und zuletzt vom 29.7.2019, C-620/17.

die den Anforderungen eines Gerichtes iSd Art 6 Abs 1 EMRK entspricht, zulässig ist³⁰.

Dies bedingt zugleich eine dementsprechende Einschränkung der Möglichkeiten einer Rechtskraftdurchbrechung.

Daher ergibt sich auch daraus, dass eine bloß zur Sicherstellung der objektiven Rechtmäßigkeit vorgesehene Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft kein absolut, nämlich grundrechtliche Gewährleistungen schon von vornherein überwiegendes öffentliches Interesse verkörpert. Vielmehr müssen berücksichtigungswürdige öffentliche Interessen nicht nur in grundrechtlichen Eingriffsvorbehalten ausreichend verankert, sondern auch bereits im Verfahren vor dem VwG entsprechend nachdrücklich von der Behörde vertreten worden und dadurch »Sache des Beschwerdeverfahrens« geworden sein.

5. Die Anordnung des § 28 Abs 2 VwGG müsste demnach auch vor diesem Hintergrund wiederum bedeuten, dass die Zulässigkeit der Revision nicht im Hinblick auf subjektive Rechte, sondern auf Rechtswidrigkeit in Bezug auf objektive Interessen, insoweit aber in gleicher Weise spezifisch zu konkretisieren ist³¹ und sich in diesem Zusammenhang weder auf im Verfahren vor dem VwG gar nicht tangierte noch auf solche Fragen beziehen darf, die von Verfassungs wegen in die Letztentscheidungskompetenz des VfGH fallen und somit iSd Art 133 Abs 5 B-VG nicht zur Zuständigkeit des VfGH gehören³².

C.5. Bedenken im Hinblick auf die Wahrung des Anscheins eines gerichtlichen Verfahrens, va Äquidistanz zu den Verfahrensparteien (Art 6 EMRK, Art 47 EGRC)

1. Um die Anforderungen, die das Unionsrecht an ein Gericht stellt, zu erfüllen, muss die entsprechende Institution nach der Judikatur des EuGH eine Reihe von Merkmalen – wie vor allem: gesetzliche Grundlage, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, Streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen, Unabhängigkeit etc – erfüllen. Im Besonderen ist hinsichtlich der Unabhängigkeit zwischen dem Innen- und dem

Außenverhältnis zu unterscheiden. In letzterem Bereich muss sichergestellt sein, dass die Funktion in völliger Autonomie ausgeübt werden kann, was vor allem eine hierarchische Eingliederung, die Erteilung einer Anordnungsbefugnis oder die Möglichkeit einer Abberufung durch staatliche Stellen zuverlässig ausschließen muss. Soweit es die **innere Unabhängigkeit** betrifft, darf **objektiv kein Zweifel** daran bestehen, dass das Gericht die **Stellung eines neutralen Dritten** einnimmt, der keine eigenständigen Interessen am Ausgang des Rechtsstreits hat und den Verfahrensparteien mit gleichem Abstand (Äquidistanz) begegnet. Ist weiters nicht zweifelsfrei ausgeschlossen bzw gewährleistet, dass objektiv besehen **keine Funktionsvermischung** zwischen der Stellung einer Verfahrenspartei und jener des Recht sprechenden Organes erfolgt, so weist diese Einrichtung nicht die Qualifikation eines Gerichtes auf³³.

In ähnlicher Weise legt auch der EMGR besonderen Wert darauf, dass ein Gericht nicht zugleich auch die Funktion einer Anklagebehörde ausüben darf bzw bereits ein dementsprechender Anschein die Garantie eines fairen Verfahrens gemäß Art 6 Abs 1 EMRK verletzt³⁴.

2. Damit lässt sich nicht in Einklang bringen, dass Amtsrevisionen schon von Gesetzes wegen bzw die entsprechenden gesetzlichen Regelungen so gehandhabt werden, dass diese im Ergebnis weniger strengen Voraussetzungen unterliegen als Revisionen von staatsfremden Normadressaten.

Dadurch entstünde nämlich der Eindruck, dass öffentlichen Interessen allein schon aufgrund dieser ihrer Natur ein prinzipieller Vorrang eingeräumt wird.

3. Einer derartigen Sonderstellung steht zudem von vornherein entgegen, dass die EMRK von der prinzipiellen Systementscheidung getragen ist, dass ein Eingriff in deren grundrechtliche Gewährleistungen stets nur dann und insoweit zulässig ist, als eine entsprechende Gewichtung ergibt, dass und inwieweit diese von öffentlichen Interessen überragt werden (vgl zB die materiellen Gesetzesvorbehalte gemäß Art 8 Abs 2, Art 9 Abs 2, Art 10 Abs 2 und Art 11 Abs 2 EMRK); andernfalls müssen die öffentlichen Interessen zurückstehen. Analoges gilt auch für die Grundrechtsgewährleistungen der EGRC (vgl Art 52 EGRC).

Soll die österreichische Verfassung nunmehr – dh: seit der B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 – tatsächlich den europarechtlichen Anforderungen entsprechen, bedarf es also in jedem konkreten Anlassfall jeweils einer Abwägung zwischen grundrechtlich geschützter Interessensphäre

30 Vgl jüngst EGMR vom 16.7.2019, 38797/17.

31 Vgl oben, III.C.2.3.

32 Im Unterschied zu den erstinstanzlichen Verwaltungsgerichten und den unterinstanzlichen Zivil- und Strafgerichten einerseits dürfen der VfGH und der OGH andererseits deshalb nicht über Verfassungsfragen entscheiden, weil auf der Ebene der höchstinstanzlichen Gerichte zum einen aus innerstaatlich-verfassungsrechtlicher Sicht insoweit eine exklusive Zuständigkeit des VfGH besteht und zum anderen aus europarechtlichem Blickwinkel im Falle einer Judikaturdivergenz zwischen den Höchstgerichten eine Verletzung des fairen Verfahrens (Rechtssicherheit) iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw Art 47 Abs 1 EGRC vorläge.

33 Vgl zusammenfassend EuGH v 21.1.2020, C-274/14.

34 Vgl EGMR v 20.9.2016, 926/08, und zuletzt vom 22.10.2019, 24377/15.

einerseits und objektiven öffentlichen Interessen andererseits (und nicht einer aprioristischen Bevorzugung der Letzteren), wobei die prozessualen Zugangsbedingungen für die Erlassung einer derartigen verfahrensmäßigen Feststellungsentscheidung schon dem Anschein nach jeweils für beide konträren Verfahrensparteien gleichwertig (gleichgewichtig) ausgestaltet sein müssen.

Eine andere Sichtweise würde dem gegenüber den Gerichtsstatus des VwGH schon von vornherein in Frage stellen.

4. Schließen es demnach sowohl die EMRK als auch die EGRC aus, dass der VwGH – soll dieser seiner Gerichtsqualität iSd Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 Abs 1 EGRC nicht verlustig gehen – im Zuge eines Amtsrevisionsverfahrens den Vertretern des öffentlichen Interesses näher steht als den sonstigen Verfahrensparteien bzw. soll schon jeglicher dementsprechende äußere Anschein vermieden werden, dann muss aber eine dementsprechende **Äquidistanz schon von Gesetzes wegen zweifelsfrei klargelegt sein**, erst recht aber auch effektiv praktiziert werden.

Auch vor diesem Hintergrund dürfte daher die im Grunde inhaltsleere Umschreibung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Amtsrevision in § 28 Abs. 2 VwGG den verfassungs- und europarechtlichen Anforderungen nicht genügen, zumal es ja gerade dieser Umstand de facto ermöglicht, dass insoweit die bloß pauschale Angabe, wegen Rechtswidrigkeit Revision zu erheben, bereits als hinreichend angesehen wird, während demgegenüber eine von einer staatsfremden Person erhobene Revision ungleich anspruchsvollere Anforderungen erfüllen muss.

D. Unzulänglichkeit einer bloß verfassungs- und/oder unionsrechtskonformen Interpretation

1. Zwar würde es dem Wortlaut des § 28 Abs 2 VwGG nicht entgegenstehen, wenn die Vollzugsebene diese Bestimmung in der zuvor dargestellten, zugleich verfassungs- und europarechtskonformen Weise auslegt. Allerdings bietet allein diese bloß theoretisch-systematische Möglichkeit **keine substantielle Garantie** dafür, dass eine solche Vorgangsweise stets und in jedem Einzelfall auch tatsächlich praktiziert wird.

Die aufgrund mehrerer, zuvor näher aufgezeigter Gesichtspunkte **ex ante zu vermutende** Verfassungswidrigkeit dieser Norm liegt ersichtlich vielmehr gerade darin, dass sie äußerst unpräzise formuliert ist und somit schon von vornherein divergierende Interpretationsvarianten zulässt – darunter eben auch solche, die sowohl der Absicht des Gesetzgebers als auch dem Gebot der verfassungs- und europarechtskonformen Interpretation zuwiderlaufen.

2. Insoweit dürfte es daher im Ergebnis nicht nur an einer gesetzlichen Grundlage, die den allgemeinen Anforderungen des Art 18 Abs 1 B-VG und den besonderen Erfordernissen des Art 7 Abs 1 EMRK bzw des Art 49 Abs 1 EGRC, sondern auch des Art 6 Abs 1 EMRK bzw des Art 47 Abs 1 EGRC entspricht, überhaupt fehlen oder diese müsste zufolge ihrer mangelnden materiellen Richtungsweisung bzw. wegen ihrer vorgreifenden Bevorzugung öffentlicher Interessen zumindest als unsachlich und/oder als unverhältnismäßig qualifiziert werden.

3. Die bloß theoretische Möglichkeit, dass sich in einzelnen Anlassfällen auch im Wege der Auslegung das zutreffende (dh verfassungsrechtlich gebotene) Ergebnis erzielen lässt, vermag daher das rechtsstaatliche Erfordernis einer hinreichend präzisen gesetzlichen Grundlage, die den Normadressaten in die Lage versetzt, das staatliche Handeln stets verlässlich vorhersehen und berechnen zu können, nicht zu ersetzen – noch dazu, wenn der Inhalt dieser Auslegung gerade von dem zur Sicherung der Einheitlichkeit der Verfassungsinterpretation letztkompetenten Organ mangels prozessualer Einbindung desselben nicht verbindlich vorgegeben werden kann.

IV. Umfang der Anfechtung bzw Beseitigung der Verfassungswidrigkeit

Zum einen ist § 28 VwGG derart sprachlich ausgestaltet, dass weder einzelne Worte noch bestimmte Wendungen weggelassen werden können, ohne auf diese Weise die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers zu konterkarieren, sonst den Sinn der Regelung zu verändern, einen grammatikalisch unvollständigen Satz entstehen zu lassen etc.

Zum anderen würde eine gänzliche Aufhebung des § 28 Abs 2 VwGG aber ohnehin bereits eine unmittelbare Gleichstellung zwischen den Prozessvoraussetzungen für Amtsrevisionen einerseits und jenen für Revisionen von staatsfremden Personen andererseits bewirken, ohne dass noch ein weitergehender gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestünde: Denn auch für Amtsrevisionen würde dann die in § 28 Abs 1 Z 4 VwGG normierte Bedingung der »Revisionspunkte« in gleicher Weise, nämlich mit jener Bedeutung gelten, wie diese bereits durch das Erkenntnis des VwGH vom 6. April 2016, Fr 2015/05/0011, vorgezeichnet wurde³⁵. Der maßgebliche Unterschied bestünde fortan nur mehr hinsichtlich der jeweiligen formalen Kategorisierung dahin, dass anstelle

35 S.o., III.B.2.4.

der als verletzt erachteten subjektiven Rechte die konkreten objektiven öffentlichen Interessen zu benennen sind; und wie sich aus Art 133 Abs 5 B-VG ergibt, dürfen diese dann – wie Revisionspunkte bei »normalen« Revisionen von staatsfremden Personen – zulässigerweise nur einfachgesetzlicher Natur sein.

V. Antrag

Aus allen diesen Gründen stellt das LVwG OÖ sohin durch seinen im Anlassfall hierzu nach der Geschäftsverteilung entscheidungszuständigen Einzelrichter den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG iVm §§ 62 ff VfGG aussprechen, dass der **zweite Absatz des § 28 VwGG verfassungswidrig und deshalb ersatzlos aufzuheben ist.**

VI. Anregung

Sollte der Verfassungsgerichtshof hingegen zu dem Ergebnis kommen, dass die angefochtene Bestimmung keinen innerstaatlich-verfassungsmäßigen Bedenken begegnet, ergeht die Anregung, der VfGH möge unter inhaltlicher Bezugnahme auf die zuvor angeführten europarechtlichen Bedenken den Gerichtshof der Europäischen Union um Klärung der Frage ersuchen, ob der zweite Absatz des § 28 VwGG in jener konkreten Art und Weise, wie dieser in der österreichischen Vollzugspraxis gehandhabt wird, mit Art 47 ff EGRC vereinbar ist.

Korrespondenz:
HR Dr. Alfred Grof,
Universitätslektor (Universität Wien und FH Wels),
Landesverwaltungsgericht Oberösterreich,
Volksgartenstrasse 14,
4021 Linz,
Mail: alfred.grof@lvwg-ooe.gv.at.