



Verwaltungsgerichtshof Präsidium

DVR: 0000141

Zl. VwGH-1790/0026-PRAES/2012

Der mit Schreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 2. Oktober 2012, GZ 602.040/0014-V/1/2012, übermittelte Entwurf eines Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetzes 2012 gibt dem Präsidium des Verwaltungsgerichtshofes Anlass zu den folgenden Bemerkungen:

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Das nach langer Diskussion mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 schließlich verfassungsrechtlich vorgegebene System der Revisionszulassung soll der Entlastung des VwGH dienen und damit insgesamt zur Verkürzung der Verfahrensdauer beitragen. Wie es auch in den Materialien zum Ausdruck kommt, soll die Verwaltungsgerichtsbarkeit dabei an die einschlägigen Regelungen der ZPO orientiert werden. Wenn in diesem Sinn das VwGG in Zukunft einen wesentlichen Teil der im Revisionsverfahren zu setzenden Verfahrensschritt den Verwaltungsgerichten erster Instanz zuordnet, so wird dies aus der Sicht des VwGH ausdrücklich begrüßt und für unerlässlich gehalten. Das Verfahren der Revisionszulassung ist nicht das "Ablehnungsverfahren" neu verkleidet, sondern das für den Rechtszug zwischen Gerichten maßgebende Modell. In diesem Zusammenhang wird auch angeregt, den VwGH bei der Gewährung der Verfahrenshilfe zumindest soweit zu entlasten, als bei zugelassenen Revisionen bereits das Verwaltungsgericht über die Verfahrenshilfe entscheidet. Dies erscheint deshalb sachgerecht, weil es im Fall der zugelassenen Revision nicht plausibel ist, dass dem Revisionswerber wegen mangelnder Erfolgsaussicht der Revision die Verfahrenshilfe verweigert wird. Über die Bedürftigkeit des Revisionswerbers kann aber das Verwaltungsgericht genauso gut wie der VwGH entscheiden.

2. Neben der Entlastung des VwGH ist die künftige "europarechtssichere" Gestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz das Hauptanliegen der Reform, sowohl gegenüber der EMRK als auch gegenüber dem Unionsrecht. Insbesondere die

unionsrechtlichen Anforderungen an ein Tribunal sind im Lichte des rezenten Urteils des EuGH zur Datenschutzkommission (C-614/10 vom 16.10.2012) kritisch auszumessen. Diese Problematik gilt sowohl für den vorliegenden Entwurf eines Bundesgesetzes über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes - vgl. im Einzelnen die Bemerkungen zu § 3 BVwGG - als auch für die entsprechenden Landesgesetze und auch für die jeweiligen dienstrechtlichen Bestimmungen, bei denen auf die Einheitlichkeit des Richterbildes Bedacht genommen werden sollte. An dieser Stelle sei nur an den Verfassungsdienst das Ersuchen gerichtet, potentielle Konfliktpunkte mit dem Europarecht aus dem Weg zu räumen.

3. Art 151 Abs 51 Z 8 B-VG enthält eine allgemeine Regelung über den Zuständigkeitsübergang für jene Verfahren vor Verwaltungsbehörden, die am 31. Dezember 2013 anhängig sind, Z 11 B-VG ermächtigt den Bundesgesetzgeber ausdrücklich, nähere Bestimmungen über den Zuständigkeitsübergang zu erlassen. Der vorliegende Entwurf enthält indessen keine solchen Regelungen - vgl. näher zu § 73 VwGG später.

4. Es fällt auf, dass nach den Entwürfen die Bestimmungen der §§ 63 VwGG und 87 VfGG ersatzlos gestrichen werden sollen. In diesen Bestimmungen wird nicht anderes angeordnet als die Bindung der Verwaltungsbehörden an die in den Begründungen kassatorischer Erkenntnisse der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zum Ausdruck kommenden Rechtsanschauung. Da der VfGH in Hinkunft weiterhin ausschließlich und der VwGH weitestgehend kassatorisch entscheiden werden, sind diese Bestimmungen unerlässlich, soll die Verwaltungsgerichtsbarkeit funktionieren.

5. Der Entwurf des VwGG enthält noch nicht alle notwendigen Regelungen. So fehlen Vorschriften zur Entscheidung über Kompetenzkonflikte zwischen den Verwaltungsgerichten untereinander sowie zwischen den Verwaltungsgerichten und dem VwGH. Diese Regelungen könnten sich an jene über die Entscheidung von Kompetenzkonflikten durch den VfGH nach Art 138 Abs 1 B-VG anlehnen (§§ 43ff VfGG).

Der Entwurf enthält auch keine Regelungen über die verfahrensrechtliche Behandlung von Beschwerden an den VfGH, die von diesem an den VwGH abgetreten wurden. Eine solche Regelung ist notwendig, weil Beschwerden an den VwGH im B-VG nicht vorgesehen sind. Eine einfache Lösung könnte darin bestehen, dass im Fall eines Abtretungsbeschlusses des VfGH nach Art 144 Abs 3 B-VG die Frist für die Erhebung einer Revision neu zu laufen beginnt, sofern eine solche nicht bereits erhoben worden ist, und damit das Revisionsverfahren ganz normal ablaufen würde.

6. Man kann es als die Konsequenz des Umstiegs von den administrativen Berufungsbehörden zu den Verwaltungsgerichten sehen, dass in § 10 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes an den Beschwerdeführer hohe formelle Anforderungen gestellt werden. Im Hinblick auf die grundsätzlich unvertretene Partei stellt sich allerdings die Frage, ob Regelungen wie jene über die Geltendmachung des "Beschwerdepunkts" nicht zu einer Überforderung führen, deren Konsequenz eine reale Verschlechterung des Rechtsschutzes wäre. Hingewiesen sei darauf, dass etwa § 67c Abs 2 AVG bei Beschwerden an den UVS wegen der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt keinen "Beschwerdepunkt" kennt.

II. Zum Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz

Zu § 5:

Trotz der subsidiären Anwendbarkeit des AVG erscheint es legislativ besser, im Rahmen dieses Gesetzes eine vollständige Regelung über die Befangenheit zu treffen.

Zu § 6:

§ 6 Abs 1 übernimmt die Terminologie des derzeitigen § 21 VwGG; auch die Gesetzesmaterialien verweisen ausdrücklich auf § 21 VwGG, sodass anzunehmen ist, dass die in § 6 Abs 1 verwendeten Begriffe dieselbe Bedeutung haben sollen wie in § 21 VwGG.

§ 21 VwGG ist aber auf das Konzept der kassatorischen Entscheidung durch den VwGH zugeschnitten. Angesichts der Verpflichtung der Verwaltungsgerichte, grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden, führt die vorgeschlagene Regelung der Parteistellung zu Verwerfungen: Der Begriff des "Mitbeteiligten" bezeichnet im Verfahren vor dem VwGH jene Partei, die ein dem Beschwerdeführer entgegengesetztes rechtliches Interesse, nämlich an der Aufrechterhaltung des angefochtenen Bescheides, hat. So ist zB im Falle der Bekämpfung einer Anlagengenehmigung durch einen Nachbarn nur der Konsenswerber Mitbeteiligter im Verfahren vor dem VwGH, nicht aber die übrigen Nachbarn – das VwGG kennt keine Nebenintervention auf Seiten des Beschwerdeführers (zB VwGH 6. 11. 1991, 19/13/0078). Außerdem gibt es nach § 21 VwGG Mitbeteiligte nach ständiger Rsp. nur im Bescheidbeschwerdeverfahren, nicht aber im Säumnisbeschwerdeverfahren (zB 27. 4. 1993, 92/11/0256); in Säumnisbeschwerdeverfahren richtet sich die Parteistellung nach den Bestimmungen, die die säumige Behörde anzuwenden hat (§ 62 Abs 2 VwGG).

Die Verwaltungsgerichte haben aber auch bei Bescheidbeschwerden grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden (§ 34); dass in diesen Verfahren nur jene Personen Parteistellung haben sollen, die ein dem Beschwerdeführer entgegengesetztes Interesse haben, greift zu kurz: So ist zB nicht vorstellbar, dass im Falle der Beschwerde gegen eine Anlagengenehmigung durch einen Nachbarn das Verwaltungsgericht eine reformatorische Entscheidung treffen soll, und dabei lediglich den Konsenswerber beiziehen soll, nicht aber auch die anderen Nachbarn, die durch die Sachentscheidung in ihren rechtlichen Interessen beeinträchtigt werden können (und ihre Parteistellung im verwaltungsbehördlichen Verfahren nicht infolge Präklusion verloren haben). Dies würde wohl auch gegen Art 6 EMRK bzw Art 47 GrCH und andere verfassungsrechtliche Garantien verstoßen.

Ähnliches gilt auch für die Säumnisbeschwerden an die Verwaltungsgerichte (Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG): In diesen Verfahren gibt es keine Mitbeteiligten im herkömmlichen Sinn. Vielmehr müssten alle Parteien des Verfahrens vor der säumigen Verwaltungsbehörde beteiligt werden.

Es wäre daher zweckmäßig, die Bestimmung als umfassende Regelung der Parteistellung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu gestalten und vorzusehen, dass neben dem Beschwerdeführer und der belangten Behörde alle Personen Parteistellung haben, die im verwaltungsbehördlichen Verfahren Parteistellung haben und diese nicht durch Präklusion verloren haben.

Zu § 13:

Nach der verfassungsrechtlichen Ermächtigung des Art 135a B-VG dürfen den Rechtspflegern nur "einzelne Angelegenheiten" zur selbständigen Besorgung übertragen werden, wobei das in den Erläuterungen zum BVwGG genannte RechtspflegerG den Kreis der Aufgaben sehr präzise nach Sachmaterien und konkreten Angelegenheiten umschreibt (§§ 2, 16ff). § 13 BVwGG sieht demgegenüber ohne jede Eingrenzung vor, dass dem Rechtspfleger "bei Bedarf" vorbereitende Erledigungen übertragen werden können. Dies scheint in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art 135a B-VG zu stehen.

Zu § 17:

Es ist nicht ersichtlich, weshalb im Falle der Weigerung der Behörde, einen Bescheid nachzuholen, der Beschwerdeführer neuerlich von sich aus tätig werden und gesondert die Vorlage der Beschwerde an das Verwaltungsgericht begehren muss.

Zu § 18:

Es sollte ähnlich wie im derzeitigen § 62 Abs 2 VwGG in einem Abs 2 für den Fall einer Sachentscheidung – insb auch in Säumnisbeschwerdeverfahren – vorgesehen werden, dass das Verwaltungsgericht, soweit das VwGVG nicht anderes bestimmt, jene Verwaltungsvorschriften anzuwenden hat, die die belangte Behörde anzuwenden gehabt hätte. Damit wäre klargestellt, dass nicht nur die maßgeblichen materiellen Vorschriften, sondern auch allfällige Sonderverfahrensvorschriften anzuwenden sind, dies aber nur, soweit eine Frage nicht im VwGVG anders geregelt ist.

Zu § 21:

Weshalb das Verwaltungsgericht nachträglich die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ohne Parteienantrag aberkennen können soll, bedürfte einer Erläuterung.

Zu § 33:

Die Erledigungsform des "Erkenntnisses" soll offenbar – wie die Unterscheidung zu den "Beschlüssen" (vgl. insb § 37) zeigt – für Sachentscheidungen vorgesehen sein. Eine Beschwerde muss aber nicht notwendig durch Sachentscheidung, sondern kann auch durch prozessuale Entscheidung zu erledigen sein, nämlich

durch Zurückweisung, etwa wegen Verspätung, mangelnder Legitimation, mangelnder Zuständigkeit, res iudicata

durch Einstellung, etwa bei Zurückziehung der Beschwerde.

Auch wenn es sich dabei nur um prozessuale Entscheidungen handelt, ist die betreffende Rechtssache damit abschließend erledigt.

In diesen Fällen wird die Rechtssache wohl – wie nach dem VwGG – durch Beschluss zu erledigen sein. Es würde allen verfahrensrechtlichen Grundsätzen widersprechen, wenn verfahrensbeendende Erledigungen prozessualer Art – wie die Zurückweisung oder Einstellung – durch förmliches Erkenntnis getroffen werden müssten. Gleiches gilt für Anträge auf Wiederaufnahme oder Wiedereinsetzung, über die ebenfalls durch Beschluss zu entscheiden ist (§ 38 Abs 5, § 39 Abs 4).

Das VwGG sieht nun ausdrücklich vor, in welchen Fällen eine Beschwerde durch Beschluss zurückzuweisen (§ 34 Abs 1 VwGG) oder das Verfahren durch Beschluss einzustellen ist (insb § 33, § 34 Abs 2 VwGG). § 42 Abs 1 VwGG normiert dementsprechend, dass eine Rechtssache vom VwGH durch Erkenntnis zu erledigen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist.

Die Formulierung des § 33, dass "die Rechtssache durch Erkenntnis" zu erledigen ist, ist somit überschießend. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte § 33 dahingehend formuliert werden, dass " ... *die Rechtssache, soweit das Anbringen nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, durch Erkenntnis zu erledigen*" ist.

Zu § 34:

Der Entwurf drängt die Verwaltungsgerichte, was zu befürworten ist, zu meritorischen Entscheidungen. Eine meritorische Entscheidung hat offenbar nur dann zu unterbleiben, wenn die Behörde in den Fällen des Abs 2 widerspricht. Wie schon derzeit nach § 67h AVG bleibt allerdings auch nach dem Entwurf offen, ob die nicht meritorische Entscheidung nach Widerspruch in einer Abweisung der Beschwerde bestehen kann. Falls man das bejaht, so stellt sich die weitere Frage, auf der Basis welcher Sach- und Rechtslage das Verwaltungsgericht die Beschwerde abweisen könnte. Dass diese Problematik besteht, zeigen die Ausführungen bei *Hengstschläger/Leeb*, § 67h AVG Rz 32, die zu Recht die Frage aufwerfen, ob in diesen Fällen die unterbehördliche Entscheidung in der UVS-Entscheidung aufgeht. Die gleiche Frage kann auch ganz allgemein für das Verhältnis zwischen Bescheid und Erkenntnis des Verwaltungsgerichts gestellt werden. Die Erläuterungen sollten dazu eine Aussage treffen, weil es von Interesse wäre zu wissen, ob vom VwGH künftig die Wendung "mit im Instanzenzug ergangenem Erkenntnis des VG Y" oder von "mit Bescheid der X-Behörde idF. des Erkenntnisses des VG Y" zu gebrauchen ist.

Zu § 34 ist in den Erläuterungen davon die Rede, dass die Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte anders als die einer Berufungsbehörde konzipiert sei. Das könnte als Indiz dafür gewertet werden, dass an einen "echten" Instanzenzug von der Behörde an das Verwaltungsgericht nicht gedacht ist. Aus verfassungssystematischer Sicht ist aber hervorzuheben, dass Art 94 Abs 2 künftig explizit einen "Instanzenzug von den Verwaltungsbehörden an die ordentlichen Gerichte" ermöglicht. Nimmt man den Wortlaut ernst, so wird das ordentliche Gericht als Berufungsinstanz zu entscheiden haben. Wenn das B-VG aber einen solchen Instanzenzug erlaubt, so spricht alles dafür, auch dem Rechtsschutzkonzept nach die eigens für die Rechtsprechung im öffentlichen Recht im Regelfall eingerichteten Verwaltungsgerichte im Instanzenzug, mit den üblichen Ermächtigungen einer Berufungseinrichtung, entscheiden zu lassen und ihre Entscheidung an die Stelle derjenigen der Behörde zu setzen.

Die aus § 42 Abs 3 VwGG übernommene Formulierung des Abs 4 ist insofern missverständlich, als das Zurücktreten des Verfahrens nur dort sinnvoll eintreten kann, wo die

Aufhebung des Bescheids durch das Verwaltungsgericht nicht eine reformatorische Entscheidung im Sinne einer ersatzlosen Behebung des Bescheides darstellt.

Zu § 37:

Die Formulierung des § 37 lehnt sich offenbar an § 425 ZPO an.

Der Verweis des Abs 1 auf § 34 ist insofern zirkulär, weil dieser lediglich die Entscheidungsbefugnis für Sachentscheidungen regelt, nicht aber, unter welchen Voraussetzungen eine Sachentscheidung oder eine prozessuale Erledigung zu erfolgen hat. Auf die Anmerkung zu § 33 wird verwiesen; bei Übernahme der dazu vorgeschlagenen Formulierung könnte in Abs 1 der Verweis auf § 33 entfallen.

Zur Erledigungsform des Beschlusses ist darauf hinzuweisen, dass die (hier offenbar als Vorbild dienende) ZPO Beschlüsse nach verschiedenen Kategorien unterscheidet:

Einerseits wird nach dem Inhalt zwischen Sachentscheidungen und Prozessentscheidungen in Beschlussform unterschieden. Auch hinsichtlich der Prozessentscheidungen werden verschiedene Arten von Beschlüssen unterschieden (vgl. zB *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht Rz 734ff), insb prozessbeendende Beschlüsse und solche, die nur das Verfahren betreffen, wobei insofern wieder zwischen verfahrensgestaltenden Beschlüssen (die den weiteren Ablauf des Verfahrens bindend gestalten) und bloßen prozessleitenden Beschlüssen (die jederzeit abänderbar sind: § 425 Abs 2 ZPO) unterschieden wird. Der vorliegende Entwurf orientiert sich an dieser Unterscheidung, wenn er von "verfahrensleitenden" Beschlüssen im Gegensatz zu sonstigen Beschlüssen spricht (§ 33 Abs 2).

Andererseits unterscheidet die ZPO in den §§ 514f danach, ob Beschlüsse sofort angefochten werden können (abgesondert anfechtbare Beschlüsse), oder nur gemeinsam mit der Enderledigung (verbunden anfechtbare Beschlüsse) und kennt auch unanfechtbare Beschlüsse.

Diese verschiedenen Kategorien sind nicht deckungsgleich; so können auch prozessleitende Beschlüsse mit Rekurs anfechtbar sein (vgl. § 522 ZPO).

Welche Beschlüsse während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bindend sind und welche wegen ihrer bloß verfahrensleitenden Natur wieder abgeändert werden können, ist nach der Verfassungslage im VwGVG zu regeln; das VwGVG enthält aber nur vereinzelt solche Festlegungen (§ 26 Abs 2 und 5). Demgegenüber wird in der vorgeschlagenen Novelle zum AVG – bezüglich dessen das vergleichbare Problem der Abgrenzung

verfahrensrechtlicher Bescheide von Verfahrensanordnungen besteht (§ 62 Abs 2 AVG) – nunmehr in weiterem Umfang festgelegt, welche verfahrensrechtlichen Erledigungen den Charakter von Verfahrensanordnungen aufweisen (zB § 17 Abs 4 AVG).

Es wäre zweckmäßig, entsprechend der vorgeschlagenen Novellierung des AVG auch im VwGVG festzulegen, welche Beschlüsse bloß verfahrensleitender Natur sind. Zumindest sollte dies in den Gesetzesmaterialien klargestellt werden. Dabei ist sorgfältig zu überlegen, welche Beschlüsse bindend sind und welche nicht (zB Beweisbeschlüsse, Anberaumung einer Verhandlung). Diese Festlegung ist auch deshalb von Bedeutung, weil verfahrensleitende Beschlüsse nach dem vorgeschlagenen § 25a Abs 3 VwGG – zweckmäßiger Weise – nicht unmittelbar anfechtbar sind.

Zu § 38:

Die Formulierung des Abs 1, wonach die Wiederaufnahme nur dann zulässig ist, *"wenn das Verwaltungsgericht ausgesprochen hat, dass eine Revision beim Verwaltungsgerichtshof nicht oder nicht mehr zulässig ist"*, ist irreführend: Nach dem vorgeschlagenen § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht auszusprechen, ob eine Revision zulässig ist (oder eben nicht). Ein Ausspruch, dass eine Revision "nicht mehr zulässig ist" ist nirgends vorgesehen.

Abgesehen davon sollte aber die Wiederaufnahme auch dann offenstehen, wenn die Revision zugelassen wurde, eine solche aber nicht ergriffen wurde: Auch wenn die Voraussetzungen der Zulässigkeit nach Art 133 Abs 4 B-VG vorliegen, kann sich erst nachträglich – nach Verstreichen der Revisionsfrist – herausstellen, dass eine Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes etwa durch eine falsche Zeugenaussage herbeigeführt wurde. Die vorgeschlagene Formulierung würde das generell ausschließen.

Es sollte demgegenüber für die Möglichkeit der Wiederaufnahme – analog wie nach § 69 AVG – darauf abgestellt werden, dass eine Revision nicht mehr zulässig ist, wobei dies unabhängig davon gelten sollte, ob das Verwaltungsgericht die Revision nach § 25a Abs 1 VwGG für zulässig erklärt hat.

Auf die Möglichkeit einer Beschwerde an den VfGH sollte überhaupt nicht abgestellt werden: Dieser hat nach Art 144 B-VG nur eine beschränkte Prüfungsbefugnis. Verfahrensfehler, die nach § 38 Abs 1 Z 1 bis 4 die Wiederaufnahme ermöglichen, müssen aber nicht gleichzeitig eine vom VfGH wahrzunehmende Rechtsverletzung darstellen. Dass noch eine Beschwerde an den VfGH offen steht beeinträchtigt im Übrigen nach hA nicht die bereits eingetretene Rechtskraft der betreffenden Erledigung.

Abs 5 ist missverständlich formuliert; gemeint ist offenbar, dass die Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens auch für Beschlüsse gilt. Dies scheint freilich nur für solche Beschlüsse sinnvoll, die nicht verfahrensleitend sind, weil diese ohnedies jederzeit abgeändert werden können (§ 33 Abs 2). Man könnte dies klarer formulieren: *"Die Abs 1 bis 4 sind auf Beschlüsse des Verwaltungsgerichts, die nicht bloß verfahrensleitender Natur sind, sinngemäß anzuwenden."*

Zu § 39:

In Abs 4 sollten die Voraussetzungen, unter denen dem Wiedereinsetzungsantrag aufschiebende Wirkung zuerkannt werden kann, geregelt werden, wobei es ausreichen würde, die sinngemäße Anwendung der Kriterien des § 14 Abs 2 anzuordnen.

Zu § 40:

Eine Entscheidungspflicht sollte nur durch den verfahrenseinleitenden Antrag ausgelöst werden, um zu vermeiden, dass bezüglich jedes einzelnen Antrags auf Setzung eines Verfahrensaktes ein Fristsetzungsantrag an den VwGH gestellt werden kann; vgl. die Anmerkung zu § 38 VwGG.

Die Regelung der Fristhemmung hat nur Bedeutung für den Fristsetzungsantrag an den VwGH; es wäre daher zweckmäßig, diese Regelung im VwGG zu treffen und dahin zu ergänzen, dass während eines anhängigen Normprüfungsverfahrens oder Vorabentscheidungsverfahrens ein Fristsetzungsantrag unzulässig ist (vgl. derzeit § 27 VwGG). Dies könnte im vorgesehenen § 38 VwGG geregelt werden, vgl. die Anmerkung dazu. § 40 Abs 2 könnte dann ersatzlos entfallen.

Zu § 42:

Der in Abs 2 enthaltene Verweis auf § 9 Abs 1 letzter Satz geht offenkundig ins Leere, es dürfte eine andere Bestimmung gemeint sein.

Zu § 44:

Einen Verfahrenshilfeanwalt nur für Verwaltungsstrafsachen vorzusehen, greift wegen Art 6 EMRK und Art 47 GrCH zu kurz:

Nach ständiger Rsp. des EGMR muss auch in Verfahren über "civil rights" ein Verfahrenshilfeanwalt beigelegt werden, wenn dies zur Sicherstellung eines effektiven Zugangs zu einem Gericht erforderlich ist, wobei dieses Erfordernis auch dann bestehen kann, wenn im Verfahren kein Anwaltszwang besteht (grundlegend EGMR *Airey*, Serie A 32; ferner zB EGMR *P, C und S/UK*, RJD 2001-VI Rz 63ff; *Steel und Morris*, RJD 2005-II Rz

61). Ein Verfahrenshilfeanwalt muss bei Bedarf nicht nur dem Kläger, sondern auch dem Beklagten (Gegenpartei) beigelegt werden (EGMR *Steel und Morris*, RJD 2005-II Rz 63ff; näher zum Ganzen *Thienel*, Der Verfahrenshilfeanwalt – ein Menschenrecht auch im Zivilprozess, FS Machacek/Matscher, 2008, 931ff, insb 935).

Art 47 Abs 3 GrCH sieht ausdrücklich vor, dass Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, Prozesskostenhilfe bewilligt wird, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten. Dies gilt nicht nur für Zivil- und Strafverfahren iS des Art 6 EMRK, sondern für alle Verfahren im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Die Rsp. des EuGH folgt hinsichtlich der Voraussetzungen der Verfahrenshilfe jener des EGMR zu Art 6 EMRK (EuGH *DEB*, 22. 12. 2010, C-279/09 Rz 35ff). Auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts muss daher grundsätzlich die Möglichkeit der Beistellung eines Verfahrenshilfeanwalts gegeben sein.

Es sollte daher im Hinblick auf Art 6 EMRK und Art 47 GrCH generell für alle Verfahren vor den Verwaltungsgerichten die Möglichkeit der Beistellung eines Verfahrenshilfeanwaltes vorgesehen werden.

Zu § 46:

Es sollte wie im geltenden § 51 Abs 7 VStG ausdrücklich vorgesehen werden, dass die Zeit eines Verfahrens vor dem EuGH oder vor dem VfGH in die einjährige Entscheidungsfrist nicht einzurechnen ist. Ansonsten käme es im Falle eines Normprüfungsantrages oder eines Vorabentscheidungsersuchens des Verwaltungsgerichtes praktisch automatisch dazu, dass die Entscheidungsfrist überschritten wird und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen ist.

In diesem Zusammenhang sollten auch weitere unzweckmäßige Lücken betreffend die Hemmung der Entscheidungsfrist geschlossen werden: Das betrifft

Die Aussetzung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen einer Vorfrage nach § 38 AVG;

die Unterbrechung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Zweifeln am Vorliegen einer Scheinkonkurrenz nach § 30 Abs 2 VStG;

die Verfahrenshemmung infolge eines Beschlusses des VwGH oder des VfGH in "Massenverfahren" (§ 38a VwGG, § 86a VfGG).

Zu § 47:

Der Verzicht auf eine dem § 51e Abs 7 VStG entsprechende Bestimmung sollte überdacht werden; die Möglichkeit einer gemeinsamen Durchführung einer Verhandlung bei

Vorliegen eines sachlichen Zusammenhanges, auch wenn verschiedene Organe des Verwaltungsgerichtes zuständig sind, würde es erlauben, bei einem einheitlichen Sachverhalt, der verwaltungsstrafrechtlich unter verschiedenen Aspekten zu beurteilen ist, eine gemeinsame Beweisaufnahme durchzuführen und damit die mehrfache Aufnahme derselben Beweise zu vermeiden. Das vereinfacht das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht und erübrigt es zB auch, dass Zeugen wegen desselben Vorfalls mehrfach anreisen müssen.

Zu § 52:

Die Formulierung ist zu weit, weil § 52 einerseits nur für Verwaltungsstrafsachen gilt, nicht für andere Verfahren, und andererseits auch bei Beschwerden in Verwaltungsstrafsachen eine prozessuale Erledigung erfolgen kann. Die Formulierung könnte folgendermaßen adaptiert werden:

"Über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, in der Sache selbst zu entscheiden."

Zu § 57:

Das Verfahren der Vergabekontrolle ist – wie auch die Erläuterungen zutreffend ausführen – durch unionsrechtliche Vorschriften und eine umfassende Rsp. des EuGH eingehend determiniert und bedarf einer umfassenden materiengesetzlichen Regelung, die nicht im Rahmen des allgemeinen Verfahrensgesetzes erfolgen kann. Es sollte daher auf jegliche Bestimmung im allgemeinen VwGVG verzichtet werden und § 57 ersatzlos entfallen.

Selbst die knappe Regelung des § 57 wirft in diesem Zusammenhang nämlich Probleme auf, weil es zB nicht möglich ist, den öffentlichen Auftraggeber einfach wie eine belangte Behörde zu behandeln (so aber § 57 Abs 1).

III. Zum BVwGG

Zu § 3:

Soweit der Präsident und die sonstigen Organe des Bundesverwaltungsgerichtes im Rahmen der Justizverwaltung monokratisch tätig werden, handeln sie im Rahmen der Staatsfunktion Verwaltung (Art 134 Abs 7 iVm Art 87 Abs 2 B-VG). Sie sind mangels anderslautender Regelung an Weisungen (wohl: des Bundeskanzlers) gebunden. Das betrifft insb die Personalangelegenheiten sowie die Sachmittelverwaltung.

Die damit gegebene partielle Unterordnung der monokratisch zu besorgenden Justizverwaltung des Bundesverwaltungsgerichtes unter Verwaltungsorgane, die ihrerseits der Kontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht unterliegen, steht in einem Spannungsverhältnis zum Erk des VfGH VfSlg 15.762/2000, worin der VfGH es wegen der besonderen Rolle des VwGH als dem zur Kontrolle der Verwaltung berufenen Gericht für unzulässig angesehen hat, den Präsidenten des VwGH einer Leitungsbefugnis des BK zu unterstellen.

Diese Überlegung wird durch das soeben ergangene Urteil des EuGH vom 16. 10. 2012, C-614/10, bestärkt: Darin stellte der EuGH eine Vertragsverletzung durch Österreich fest, weil die Datenschutzkommission den Anforderungen der vollen Unabhängigkeit nach der DSRL nicht entsprach. Als eines von drei Argumenten, mit denen diese mangelnde Unabhängigkeit begründet wird, wird das Unterrichtsrecht des BK nach Art 20 Abs 2 B-VG angeführt, das mit der Unabhängigkeitsanforderung nicht vereinbar sei. Umso mehr beeinträchtigt eine Weisungsbindung und die damit verbundenen Aufsichtsrechte die Unabhängigkeit.

Das Erfordernis der vollen Unabhängigkeit ergibt sich für die Verwaltungsgerichte erster Instanz aus unionsrechtlicher Sicht aus Art 47 GrCh, der die neu geschaffene gestufte Verwaltungsgerichtsbarkeit entsprechen soll (so die Erläuterungen zur Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 1618 BlgNR 24. GP 3). Eine Rechtslage, nach der die Verwaltungsgerichte in Angelegenheiten der monokratisch zu besorgenden Justizverwaltung Weisungen und der Aufsicht von Verwaltungsorganen unterliegen, ist geeignet, die volle Unabhängigkeit und damit den Charakter der Verwaltungsgerichte als "Gerichte" iS des Art 47 GrCh in Frage zu stellen.

Es wird angeregt, eine Lösung zu finden, die eine völlige Weisungsfreistellung der Verwaltungsgerichte – und damit auch des Bundesverwaltungsgerichtes – auch in Angelegenheiten der Justizverwaltung sicherstellt.

Zu § 21:

Der Verweis auf die Bestimmungen des VwGG über den elektronischen Rechtsverkehr geht ins Leere, weil das VwGG – auch nach dem vorliegenden Entwurf – keine diesbezüglichen Bestimmungen enthält.

In diesem Zusammenhang sind mehrere zusammenhängende Fragen zu berücksichtigen: Der ERV betrifft die elektronische Einbringung von Anbringen sowie die Zustellung von Erledigungen; daneben stellt sich aber auch die Frage des Aktenverkehrs

zwischen den an den Verfahren beteiligten Gerichten, die sinnvoller Weise ebenfalls auf elektronischem Weg erfolgen sollte.

Hinsichtlich der Einbringung von Anbringen ist davon auszugehen, dass diese nach dem vorliegenden Entwurf des VwGG im Revisionsverfahren zunächst beim Verwaltungsgericht einzubringen sein werden, erst nach der Vorlage der Revision an den VwGH sind Eingaben an diesen zu richten. Da es höchst unzweckmäßig wäre, wenn im Zuge eines Verfahrens verschiedene Wege der elektronischen Einbringung vorgeschrieben sind, wäre insofern auf eine größtmögliche Einheitlichkeit der maßgeblichen Wege an die Verwaltungsgerichte und an den VwGH zu achten. Auch wäre darauf zu achten, dass ein allfälliger Gebühreneinzug schon anlässlich der Einbringung der Revision beim Verwaltungsgericht zu erfolgen hätte.

Hinsichtlich des Aktenverkehrs finden seit einigen Monaten Gespräche zwischen Vertretern des VwGH, des AsylGH und weiteren beteiligten Stellen statt, wobei eine elektronische Aktenübergabe ins Auge gefasst ist. Im Rahmen solcher Systeme wäre sowohl die Einbringung von Eingaben wie auch die Zustellung der Erledigungen – etwa in Anbindung an den ERV – möglich. Vor einer gesetzlichen Regelung sollte daher die technische Umsetzbarkeit abgeklärt werden, um kostenaufwändige Zwischenschritte zu vermeiden.

IV. Zum Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985

Zu § 5 (kein Novellierungsvorschlag):

Im Hinblick auf das Erkenntnis des VfGH VfSlg 15.762/2000 sollte die Regelung über die Erteilung einesurlaubes an den Präsidenten des VwGH durch den Bundeskanzler sowie das Erfordernis seiner Zustimmung bei einem mehr als zwei Monate dauernden Urlaub der sonstigen Mitglieder ersatzlos entfallen.

Zu § 11:

Da das "Richterdrittel" beim VwGH bereits mit Wirkung vom 1. Juli 2012 beseitigt wurde, wäre es zweckmäßig, die darauf aufbauende Regelung des § 11 Abs 2 VwGG nicht erst am 1. 1. 2014, sondern früher in Kraft treten zu lassen, also zB mit 1. 1. 2013.

Infolge der Streichung des § 11 Abs 2 müsste auch der daran anknüpfende zweite Satz des § 11 Abs 3 (Abs 4 aF) ersatzlos entfallen.

Zu § 14 Abs 2:

Die Zuständigkeit des Berichters sollte nicht nur für Entscheidungen über Anträge auf aufschiebende Wirkung, sondern auch für die Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 30a) vorgesehen werden, da es in beiden Fällen um einstweiligen Rechtsschutz geht, über den rasch entschieden werden sollte, und eine Trennung der beiden Möglichkeiten schon aus prozesstechnischen Gründen praktische Schwierigkeiten aufwerfen könnte. Ohne eine solche Anordnung käme die allgemeine Regelung über die Besetzung der Senate zur Anwendung, sodass der VwGH unzweckmäßigerweise durch einen 5er-Senat über einstweilige Verfügungen entscheiden müsste.

Die Entscheidung über die Verfahrenshilfe zur Erhebung einer Revision sollte nicht dem VwGH, sondern dem Verwaltungsgericht erster Instanz übertragen werden. Dagegen sollte eine Revision an den VwGH ausgeschlossen werden.

Für eine solche Lösung sprechen einerseits systematische Erwägungen: Da sonstige Schriftsätze bis zur Vorlage der Revision beim Verwaltungsgericht erster Instanz einzubringen sind, ist mit vielen "Irrläufern" zu rechnen, wenn die Verfahrenshilfeanträge irrtümlich auch dort eingebracht werden. Der gesamte Akt erliegt beim Verwaltungsgericht erster Instanz, das damit bessere Kenntnis davon hat, ob eine Revision Aussicht haben kann. Um Befangenheitsprobleme zu vermeiden, könnte vorgesehen werden, dass im Falle eines Verfahrenshilfeantrages zur Erhebung einer Revision ein Einzelrichter zu entscheiden hat, der nicht an der anzufechtenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtes mitgewirkt hat. Dieser sollte endgültig entscheiden, da ansonsten mit einer größeren Zahl von Rechtsmittelverfahren zu rechnen ist. Außerdem müsste der VwGH über eine Revision gegen einen solchen Beschluss wieder durch einen Senat, was eine besonders unzweckmäßige Arbeitsvermehrung wäre.

Neben dem systematischen Aspekt sprechen auch Kapazitätsgründe gegen die Betrauung des VwGH mit der sofortigen Entscheidung über die Verfahrenshilfe: Beim VwGH wurden im Jahr 2011 ca 4600 Beschwerden und Anträge gestellt; zusätzlich wurden 1039 Verfahrenshilfeanträge gestellt. Insbesondere infolge der neuerlichen Begründung der Zuständigkeit in Asylsachen (und einigen weiteren neuen Kompetenzen des VwGH) wird der Beschwerdeanfall auf zumindest 10.000 Fälle ansteigen. Sollte die vorgeschlagene Regelung verwirklicht werden, würden zusätzlich zu den zu erwartenden 10.000 Rechtsfällen mehrere tausend Verfahrenshilfeanträge anfallen. Es liegt auf der Hand, dass dies eine erhebliche Belastung des VwGH darstellt. Würde man demgegenüber die Verwaltungsgerichte erster Instanz mit dieser Aufgabe betrauen, würde die Arbeitsbelastung auf insgesamt 11 Gerichte verteilt und damit jeweils leichter zu bewältigen.

Der VwGH übersieht nicht, dass verfassungsrechtliche Gründe (Art. 6 EMRK) dagegen sprechen, dass das Verwaltungsgericht erster Instanz über die Verfahrenshilfe betreffend eine Revision an den VwGH entscheidet. Folgt man dieser Überlegung wäre indessen - wie schon einleitend ausgeführt - zwischen ordentlichen und außerordentlichen Revisionen zu unterscheiden. Es spricht nichts dagegen, dass das Verwaltungsgericht bei ordentlichen Revisionen über die Verfahrenshilfe abspricht, weil hier grundsätzlich von einer Erfolgsaussicht der Revision ausgegangen werden kann. Hingegen würde die Entscheidung über die Verfahrenshilfe bei außerordentlichen Revisionen - die ja wohl die Mehrzahl der Fälle bilden werden - beim VwGH angesiedelt werden. Jedenfalls wäre anzuordnen, dass der Revisionswerber schon im Verfahrenshilfeantrag kurz darzulegen hat, aus welchen Gründen er entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts die Revision für zulässig erachtet bzw. die angefochtene Entscheidung für rechtswidrig ansieht. Da der VwGH nach den hier anzuwendenden Regelungen der ZPO eben auch die Erfolgsaussicht einer Revision beurteilen muss, muss er in Kenntnis der anzufechtenden Entscheidung, aber auch der dagegen erhobenen Vorwürfe gesetzt werden.

Zu § 21:

Die Umschreibung des Kreises der Mitbeteiligten in Abs 1 Z 3 ist weiter als bisher: Bislang waren als Mitbeteiligte nur Personen anzusehen, die durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides in ihren Rechten berührt sind. Personen, die ein dem Beschwerdeführer gleichgelagertes Interesse haben, sind keine Parteien des Beschwerdeverfahrens; es gibt derzeit also keine "Nebenintervention" auf Seiten des Beschwerdeführers, die Personen mit gleichgelagerten Interessen müssen jeweils selbst Beschwerde erheben.

Die nunmehr vorgeschlagene Regelung verlangt nicht mehr, dass der Mitbeteiligte durch die Aufhebung in seinen Rechten berührt wird. Dies könnte zu dem Schluss führen, dass dem Verfahren nunmehr auch Personen als Mitbeteiligte beizuziehen wären, die dieselbe Interessenslage wie der Revisionswerber haben, selbst aber keine Revision erhoben haben. Das wäre ein höchst unzweckmäßiges Ergebnis und dürfte auch nicht intendiert sein, wie die Formulierung des § 39 Abs 1 Z 1 zeigt, wo von "gegnerischen Parteien" die Rede ist.

Es sollte daher die bisherige Umschreibung des Begriffes der Mitbeteiligten beibehalten werden.

Zu § 24 Abs 1:

Im dritten Satz sollte es heißen: *"jeder vom Verwaltungsgericht oder vom Verwaltungsgerichtshof zu verständigenden Partei ..."*. Im Falle einer ordentlichen Revision hat nämlich das Verwaltungsgericht die anderen Parteien zu verständigen: § 30b Abs 4.

Der Entwurf enthält keine ausdrückliche Regelung darüber, wo der Fristsetzungsantrag einzubringen ist und enthält diesbezüglich in verschiedene Richtungen deutende Anhaltspunkte; § 38 Abs 3 verweist u.a. auf das in § 34 geregelte Mängelbehebungsverfahren, was für die Einbringung beim VwGH sprechen könnte, § 30c Abs 1 sieht einen Vorlageantrag an den VwGH vor, wenn ein Fristsetzungsantrag vom Verwaltungsgericht zurückgewiesen wurde, was wiederum voraussetzt, dass der Antrag beim Verwaltungsgericht einzubringen ist.

Diese Frage sollte jedenfalls eindeutig geregelt werden.

Zu § 24 Abs 2:

Die Ausnahme vom Anwaltszwang in Dienstrechtssachen rechtskundiger öffentlicher Bediensteter (Abs 2 Z 2) ist sachlich nicht gerechtfertigt und sollte ersatzlos entfallen.

Zu § 25:

§ 25 Abs 2 sollte beibehalten werden, weil auch vor dem VwGH die Verwaltungsakten im Akt einliegen können.

Zu § 25a:

Die Anforderung, dass die Zulassungsentscheidung bloß *"kurz"* zu begründen ist, sollte besser unterbleiben, um allfällige Diskussionen oder Vorbringen dahingehend, dass eine Begründung zu kurz oder zu lang ist zu vermeiden. Es reicht aus, wenn im Gesetzestext das Erfordernis einer Begründung genannt wird; entscheidend ist, dass diese Begründung die maßgeblichen Erwägungen erkennen lässt. Dies sollte in den Erläuterungen zum Ausdruck gebracht werden.

Gegen Beschlüsse, mit denen Vorlageanträge nach § 30c Abs 3 zurückgewiesen werden, muss die Revision an den VwGH zulässig sein; andernfalls bestünde im Ergebnis kein Rechtsschutz, wenn das Verwaltungsgericht eine Revision als unzulässig zurückweist (§ 30b Abs 1) und in weiterer Folge auch den Vorlageantrag als unzulässig zurückweist. § 25a Abs 2 Z 4 sollte daher ersatzlos entfallen.

Die in § 25a Abs 4 vorgesehene Grenze für den absoluten Ausschluss der Revision in Verwaltungsstrafsachen von 1500 € ist problematisch: Art 2 7. ZPEMRK garantiert gegen

verurteilende Entscheidungen eines Gerichtes in Strafsachen den Rechtszug an ein im Instanzenzug übergeordnetes Gericht; von dieser Garantie bestehen nur taxativ genannte Ausnahmen, wobei im gegebenen Zusammenhang jene Regelung einschlägig ist, die den Ausschluss eines Instanzenzuges bei "strafbaren Handlungen geringfügiger Art" zulässt. Damit kommt es nach hA auf die abstrakte Strafdrohung an, nicht die Höhe der Strafe im Einzelfall. Die Erläuterungen zum 7. ZPEMRK nennen nämlich als ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens einer strafbaren Handlung geringfügiger Natur, ob eine Freiheitsstrafe verhängt werden kann (Explanatory Report, HRLJ 5, 1985, 85). Der EGMR hat mittlerweile unter explizitem Hinweis auf diese Gesetzesmaterialien mehrfach judiziert, dass eine strafbare Handlung geringfügiger Natur dann nicht vorliegt, wenn eine Freiheitsstrafe angedroht ist; dies hat er auch zu Administrativdelikten ausgesprochen, für die eine Freiheitsstrafe von 15 Tagen angedroht war (EGMR *Grecu*, 30. 11. 2006, 75.101/01; *Kamburov*, 23. 4. 2009, 31.001/02; *Stanchev*, 1. 10. 2009, 8682/02; EGMR *Gurepka*, 8. 4. 2010, 38789/04). Die Revision an den VwGH darf daher wegen Art 2 7. ZPEMRK jedenfalls in jenen Strafsachen nicht ausgeschlossen werden, in denen nach den maßgeblichen Verwaltungsvorschriften eine primäre Freiheitsstrafe angedroht ist, unbeschadet der Frage, welche Strafe im konkreten Fall verhängt wurde. Ob auch die bloße Möglichkeit einer Ersatzfreiheitsstrafe – die nach § 16 VStG in allen Fällen der Verhängung einer Geldstrafe zusätzlich zu verhängen ist – dem Ausschluss eines Rechtszuges entgegensteht, hat der EGMR soweit ersichtlich noch nicht beurteilt. Auch soweit es um Geldstrafen geht, kommt es aber im Lichte dieser Rsp. nicht auf die Höhe der verhängten Strafe im Einzelfall an, sondern auf die Strafdrohung.

Wegen Art 2 7. ZPEMRK darf daher bei Inanspruchnahme der Ermächtigung des Art 133 Abs 4 letzter Satz B-VG für den Ausschluss der Revision nicht allein auf die Höhe der verhängten Geldstrafe abgestellt werden, sondern der Revisionsausschluss darf zusätzlich nur bei Verwaltungsstrafsachen vorgesehen werden, bei denen keine Primärarreststrafe angedroht ist und im Übrigen nur eine geringe sonstige Strafe vorgesehen ist.

Abgesehen davon ist die Wertgrenze auch absolut gesehen zu hoch: Die Aufgabe des VwGH liegt in der Sicherung der Rechtseinheit und der Rechtssicherheit. Viele Gesetze werden zum Gegenstand förmlicher Verfahren nur anlässlich von Verwaltungsstrafverfahren – das gilt etwa für das Tabakgesetz – wobei es sich typischerweise oft um Bagatellverfahren mit geringen Strafen handelt. Bei Festsetzung einer Wertgrenze von 1500 € besteht die Gefahr, dass bestimmte Fragen praktisch nie an den VwGH herangetragen werden können.

Der letzte Satzteil des § 25a Abs 4 könnte daher folgendermaßen formuliert werden:

" ... und in der betreffenden Verwaltungsstrafsache weder eine Primärarreststrafe noch eine 500 €übersteigende Geldstrafe angedroht ist und im Einzelfall nur eine Geldstrafe von höchstens 200 €verhängt wurde."

Zu § 26:

Die in Abs 3 vorgesehene Zustellung des Bescheides über die Bestellung des Verfahrenshilfeanwaltes sollte wie bisher durch die dafür zuständige Rechtsanwaltskammer erfolgen; eine Zustellung durch den VwGH bedeutet für diesen einen erhöhten Manipulationsaufwand, was nicht mit dem Ziel des Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist, den VwGH zu entlasten; für die Rechtsanwaltskammer bedeutet das keine (nennenswerte) Entlastung, weil dieser Bescheid durch sie dann eben statt an die Partei und den Rechtsanwalt an den VwGH zuzustellen wäre.

Zu § 28:

In Abs 2 sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass sich die Prüfung der Zulässigkeit der außerordentlichen Revision auf die dafür geltend gemachten Gründe zu beschränken hat. Die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 verfolgt das Ziel einer Entlastung des VwGH; das Modell der Revisionszulassung kann diesem Ziel nur dann dienen, wenn im Fall einer außerordentlichen Revision nicht immer eine umfassende Prüfung der angefochtenen Entscheidung erfolgen muss. Dazu ist es aber erforderlich, die Prüfung der Zulässigkeitsfrage durch den VwGH auf die geltend gemachten Gründe zu beschränken und damit klarzustellen, dass keine Notwendigkeit besteht, die angefochtene Entscheidung daraufhin zu überprüfen, ob aus anderen als den geltend gemachten Gründen eine grundsätzliche Rechtsfrage vorliegt.

Die Regelung über die Nachtragung der Begründung im Vorverfahren (Abs 4) in jenen Fällen, in denen sie der betreffenden Partei noch nicht zugegangen ist, passt nicht mit dem System der ordentlichen und außerordentlichen Revision zusammen: Wurde die Revision nicht zugelassen, hat das Verwaltungsgericht (nach Zustellung der außerordentlichen Revision an die anderen Parteien) die Revision zusammen mit dem Akt an den VwGH vorzulegen (§ 30b Abs 5). In der außerordentlichen Revision sind die Gründe anzuführen, warum entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichtes die Revision doch zulässig sein soll (§ 28 Abs 2). Auf Grund der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes und dieser Begründung soll der VwGH in der Lage sein, sofort zu entscheiden, ob die Revision zurückzuweisen ist oder er in die Sachprüfung einsteigt.

Die Möglichkeit einer "Nachtragung" der Begründung im Vorverfahren würde dieses System durchbrechen und dazu führen, dass in den Fällen des § 26 Abs 2 auch in Fällen außerordentlicher Revision jedenfalls ein Vorverfahren einzuleiten ist.

Auch in Fällen der ordentlichen Revision passt die Möglichkeit der Nachtragung der Begründung im Vorverfahren (gemeint: vor dem VwGH, vgl. § 36) nicht ins System: Bei der ordentlichen Revision hat nämlich das Verwaltungsgericht die Revisionsbeantwortungen einzuholen (§ 30b Abs 4), was aber voraussetzt, dass eine begründete Revision vorliegt.

Die Möglichkeit der Nachtragung der Begründung sollte daher ersatzlos entfallen. Für die Parteien bedeutet das keinen Nachteil, weil mit dem Zugang der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes an sie die Frist für die Erhebung der Revision ohnedies neu zu laufen beginnt.

§ 28 Abs 4 sollte daher ersatzlos entfallen.

Zu § 30:

Dass nach Abs 1 auch zulässige Revisionen ex lege keine aufschiebende Wirkung haben sollen, liegt nicht auf der Linie einer Orientierung an den Revisionsregeln der ZPO; gemäß § 505 Abs 3 ZPO haben zugelassene Revisionen aufschiebende Wirkung.

Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist an die Rechtsprechung des VfGH zum Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfs zu erinnern (vgl. etwa VfSlg 15.511/1999). Insbesondere im fremdenrechtlichen Zusammenhang ist auch die Rechtsprechung des EGMR erheblich, wonach jedenfalls der Rechtsschutz insgesamt effektiv sein muss (vgl. zB EGMR *Conka*, 5. 2. 2002, 51564/99 und *Singh* u.a. vom 2. 10. 2012, 33210/11).

Zu § 30b:

§ 30b Abs 1 regelt die Zurückweisung der Revision wegen Unzulässigkeit. Abs 2 regelt die Behebung von der Revision anhaftenden Mängeln. Die Nichtbehebung soll wie derzeit als Zurückziehung gelten. Im Falle der nicht vollständigen Mängelbehebung wird wohl wie derzeit das Verfahren einzustellen sein, allerdings ist nicht völlig klar durch wen. Da § 30b keine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet, wird die Einstellung wohl nach Vorlage durch den VwGH zu erfolgen haben (§ 33). Das kommt in § 30c Abs 1 allerdings nicht zum Ausdruck, weil dort der Vorlageantrag nur nach Zurückweisung der Revision durch das Verwaltungsgericht vorgesehen ist. Sollte es Sache des Verwaltungsgerichts sein, die Einstellung durch Beschluss vorzunehmen, ergäbe sich über

§ 25a die Zulässigkeit der Revision gegen diesen Beschluss. Sollte ernsthaft daran gedacht sein, die Einstellung wegen unterlassener Mängelbehebung vor dem VwGH unbekämpfbar zu machen, wäre das höchst eigenartig.

Entsprechendes gilt für die Zurückweisung von Vorlageanträgen.

In Abs 1 und 2 sollte zur Klarstellung ausdrücklich angeordnet werden, dass die Zurückweisung bzw die Zurückstellung zur Verbesserung "*durch das Verwaltungsgericht*" erfolgen sollen.

In jenen Fällen, in denen Revisionsgegner nicht ein oberstes Organ ist, sollte in Abs 4 auch eine Mitteilung an den zuständigen Bundesminister oder die Landesregierung vorgesehen werden. Ferner sollte in Fällen ordentlicher Revision auch die Übermittlung der Revisionsbeantwortungen (vgl. § 36 Abs 3 neu) bereits durch das Verwaltungsgericht vorgesehen werden.

Zu § 30c:

Abs 1 sieht einen Vorlageantrag auch dann vor, wenn das Verwaltungsgericht einen Fristsetzungsantrag als unzulässig zurückweist – eine solche Zurückweisung ist in § 30b aber nur für Revisionen vorgesehen. Vgl. dazu auch die Anmerkung zu § 24.

Zu § 34:

Aus den vorliegenden Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der VwGH an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes erster Instanz über die Zulässigkeit einer Revision (gemeint wohl: nach Art 133 Abs 4 B-VG) nicht gebunden ist (S. 14 der Erläuterungen). Dies impliziert, dass der VwGH – ungeachtet des Ausspruches über die Zulässigkeit der Revision nach § 25a – die Revision bei Fehlen der in Art 133 Abs 4 B-VG genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen zurückzuweisen hat. Im Gesetzestext kommt dies allerdings nicht ausdrücklich zum Ausdruck. Um das Entstehen jeglicher Zweifel schon im Ansatz zu vermeiden, sollte dies in § 34 Abs 1 klargestellt werden. Die Formulierung könnte folgendermaßen lauten:

"§ 34. (1) Revisionen, die sich wegen Versäumung der Einbringungsfrist, wegen offener Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes oder wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG, nicht zur Verhandlung eignen ..."

Abs 2 sollte ersatzlos gestrichen werden, da das Verbesserungsverfahren bei mangelhaften Revisionen nach § 30b Abs 2 durch das Verwaltungsgericht erster Instanz durchzuführen ist. Für den Fall, dass das Verwaltungsgericht das Verbesserungsverfahren

nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat, sollte eine Zurückstellung an dieses zur vollständigen Durchführung des Verbesserungsverfahrens ermöglicht werden. Dadurch sollte sichergestellt werden, dass die Verwaltungsgerichte erster Instanz Mängelbehebungsverfahren von vornherein sorgfältig durchführen. Die Zurückstellung sollte auch dann möglich sein, wenn im Falle der Zulassung einer Revision die Einholung der Revisionsbeantwortung durch das Verwaltungsgericht erster Instanz zur Gänze oder teilweise unterblieben ist, um sicherzustellen, dass die Verwaltungsgerichte ihrer Verpflichtung zur Einholung der Revisionsbeantwortung nachkommen. Diese Zurückstellung sollte aber nicht zwingend vorgesehen werden; wenn die Ergänzung durch den VwGH selbst einfach möglich ist, sollte diesem die Möglichkeit offen stehen, sie selbst vorzunehmen. Die Formulierung könnte lauten:

"(2) Hat das Verwaltungsgericht das Mängelbehebungsverfahren nach § 30b Abs 2 nicht oder nicht vollständig durchgeführt, kann die Revision dem Verwaltungsgericht zur Nachholung oder Ergänzung des Verbesserungsverfahrens unter Mitteilung der noch offenen Mängel zurückgestellt werden. Die Revision kann ferner zur Einholung der Revisionsbeantwortungen an das Verwaltungsgericht zurückgestellt werden, wenn dieses entgegen § 30b Abs 4 den Revisionsgegner und allfällige Mitbeteiligte nicht zur Erstattung einer Revisionsbeantwortung aufgefordert hat."

Zu § 36:

Grundsätzlich sollte im Hinblick auf die vorgesehene Differenzierung zwischen ordentlichen und außerordentlichen Revisionen das Vorverfahren vor dem VwGH nur mehr in Fällen der außerordentlichen Revision vorgesehen werden, wenn der VwGH die Revision nicht zurückweist. In jenen Fällen, in denen die Revision vom Verwaltungsgericht zugelassen wurde, sieht § 30b Abs 4 die Durchführung des Vorverfahrens durch das Verwaltungsgericht vor. Daher sollten alle maßgeblichen Verfahrensschritte im Vorverfahren in Fällen der ordentlichen Revision durch das Verwaltungsgericht gesetzt werden und bei Unterlassung dieser Verfahrensschritte der VwGH die Möglichkeit haben, die Revision zu deren Nachholung an das Verwaltungsgericht zurückzustellen. Im Einzelnen bedeutet das:

In Abs 1 sollte die Möglichkeit einer Zurückstellung der Revision an das Verwaltungsgericht eingeführt werden, wenn dieses (in jenen Fällen, in denen eine Revision für zulässig erklärt worden ist) die Einholung der Revisionsbeantwortungen unterlassen hat.

Die im neuen Abs 2 vorgesehene Mitteilung der Revision an die obersten Organe sollte in Fällen der ordentlichen Revision schon durch das Verwaltungsgericht erfolgen, was in § 30b Abs 4 vorzusehen wäre.

Die in Abs 3 vorgesehene Mitteilung der Revisionsbeantwortung durch den VwGH sollte nur in den Fällen der außerordentlichen Revision vorgesehen werden; in Fällen ordentlicher Revision sollte dies durch das Verwaltungsgericht erster Instanz erfolgen, was in § 30b Abs 4 vorzusehen wäre.

Zu § 37:

Vgl. die Anmerkung zu § 28; die Möglichkeit der Nachtragung der Begründung sollte ersatzlos entfallen, und damit wäre auch § 37 ersatzlos zu streichen.

Zu § 38:

Das Wort "*spätestens*" in Abs 1 ist überflüssig.

Die Möglichkeit eines Fristsetzungsantrages sollte nur hinsichtlich der Erlassung des verfahrensbeendenden Erkenntnisses oder Beschlusses über die Beschwerde oder den Antrag an das Verwaltungsgericht vorgesehen werden, nicht für Zwischenerledigungen. Der Gesetzestext ist insofern nicht eindeutig, weil einerseits von der "Rechtssache" die Rede ist, die nicht rechtzeitig erledigt wurde, was dafür spricht, dass es nur um die Säumnis bei Erlassung der verfahrensbeendenden Erledigung geht, andererseits die Entscheidungspflicht aber für alle Anträge an das Verwaltungsgericht vorgesehen ist (§ 40 VwGVG). Es wäre aber unzumutbar, in jedem Fall eines Antrages an das Verwaltungsgericht im Falle seiner Säumnis einen Fristsetzungsantrag vorzusehen, weil dies auf eine vollständige Kontrolle der Verfahrensführung durch das Verwaltungsgericht hinausläufe.

Mit der Beschränkung des Fristsetzungsantrages auf die Säumnis bei Erlassung der verfahrensbeendenden Entscheidung ist keine Verkürzung des Rechtsschutzes verbunden: Werden einzelne Verfahrensschritte nicht oder nicht rechtzeitig gesetzt, kann dies im Rahmen eines Fristsetzungsantrages wegen Nichterlassung der verfahrensbeendenden Erledigung oder als Verfahrensmangel im Rahmen einer Revision gegen die verfahrensbeendende Erledigung geltend gemacht werden.

Außerdem sollte die Möglichkeit berücksichtigt werden, dass das Verwaltungsgericht einen Antrag auf Normprüfung an den VfGH oder ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH stellt. Für diese Fälle sollte – wie derzeit in § 27 VwGG – vorgesehen werden, dass während eines solchen Verfahrens ein Fristsetzungsantrag nicht zulässig ist bzw die Dauer

dieses Verfahrens die Entscheidungsfrist hemmt (vgl. auch für die Verwaltungsgerichte den vorgeschlagenen § 9 Abs 2 und 3 VwGVG). Es könnte dem § 38 ein Abs 4 mit folgendem Wortlaut angefügt werden:

"(4) Die Zeit eines Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 139, 139a, 140 oder 140a B-VG oder eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Union ist in die Entscheidungsfrist nach Abs 1 nicht einzurechnen. Solange ein solches Verfahren anhängig ist, kann ein Fristsetzungsantrag nicht gestellt werden."

Zu § 46:

Der in Abs 4 zweiter Satz enthaltene Verweis auf § 30a Abs 1 zweiter Satz geht ins Leere, da § 30a Abs 1 nur einen Satz aufweist. § 46 Abs 4 zweiter Satz sollte ersatzlos entfallen. Demgegenüber wäre es zweckmäßig, die Voraussetzungen näher zu regeln, unter denen einem Antrag auf Wiedereinsetzung aufschiebende Wirkung zuerkannt werden kann. Es könnte ein Satz mit folgender Formulierung angefügt werden:

"Für die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ist § 30 Abs 2 sinngemäß anzuwenden."

Zu § 62:

Die Formulierung in Abs 2 "*anzuwenden gehabt hätte*" wird aus der derzeit geltenden Fassung übernommen, die die Sachentscheidung aber in erster Linie für Säumnisbeschwerden vorsieht. Solche gibt es in Hinkunft nicht mehr. Es sollte daher formuliert werden: "*anzuwenden hätte*". Damit wäre auch klargestellt, dass der VwGH im Falle einer Sachentscheidung die aktuell geltende Rechtslage anzuwenden hat und nicht etwa – was unzweckmäßig wäre – eine historische Rechtslage.

Zu § 63:

Der ersatzlose Entfall des § 63 ist strikt abzulehnen. Die Verpflichtung sämtlicher Behörden und Gerichte, der Rechtsanschauung des VwGH im Falle eines kassatorischen Erkenntnisses Rechnung zu tragen, ist ein wesentlicher Aspekt des effektiven Rechtsschutzes. Insb resultiert aus dieser Bestimmung die Bindung der Behörden (in Hinkunft: der Verwaltungsgerichte) sowie auch des VwGH und des VfGH im fortgesetzten Verfahren an die die Aufhebung tragenden Gründe (vorbehaltlich einer Änderung der Rechtslage).

§ 63 sollte daher in inhaltlich unveränderter Form beibehalten werden und Abs 1 lediglich terminologisch an das neue Verfahrenssystem angeglichen werden, dh anstelle des

Wortlautes *"einer Beschwerde nach Art. 131 B-VG"* sollte die Formulierung treten *"einer Revision"*.

Soweit es § 63 Abs 2 VwGG betrifft, so darf nicht übersehen werden, dass der VwGH nunmehr zuständig ist, in bestimmten Fällen in der Sache selbst zu entscheiden (§ 42 Abs 3a VwGG). Die Ermächtigung des VwGH, das Vollstreckungsorgan zu bestimmen, ist ganz unverzichtbar.

Zur Überschrift zum 2. Unterabschnitt des II. Abschnittes

Art 133 Abs 2 B-VG sieht (anstelle der bisherigen Amtsbeschwerden) ausdrücklich "Anträge eines ordentlichen Gerichtes auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Bescheides oder eines Erkenntnisses eines Verwaltungsgerichtes" vor. Damit wird ausweislich der Gesetzesmaterialien zur Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 insb auch die Grundlage für die im AHG und OrgHG geregelten Feststellungsanträge geschaffen. Die ordentlichen Gerichte sollen daher nicht mittels einer Revision an den VwGH herantreten (für die ja auch die Zulässigkeitsgründe nach Art 133 Abs 4 B-VG gelten würden!), sondern mittels eines im B-VG ausdrücklich vorgesehenen Feststellungsantrages.

Die Überschrift sollte daher richtig lauten:

"Besondere Bestimmungen über Feststellungsanträge in Amts- und Organhaftungssachen sowie in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen"

Zu § 81 (§ 73 neu)

In § 73 neu sollte ein Übergangsregime zum neuen Verfahrenssystem vor dem VwGH geregelt werden:

Die neuen Regelungen über das Revisionsverfahren und die Fristsetzungsanträge treten wie die einschlägigen Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 am 1. Jänner 2014 in Kraft, gleichzeitig treten die bisherigen Bestimmungen über das Verfahren über Bescheid- und Säumnisbeschwerden außer Kraft. Art 151 Abs 51 Z 9 geht davon aus, dass diese Verfahren grundsätzlich nach dem neuen Verfahrensregime weiterzuführen sind. Dies folgt insb daraus, dass nur hinsichtlich des Art 131 Abs 3 B-VG (Ablehnungsrecht) die weitere Anwendung auf anhängige Verfahren vor dem VwGH vorgesehen ist.

Dies bedeutet insb, dass sich die Entscheidungsbefugnis des VwGH von Verfassungs wegen nach den neuen Vorschriften richtet. Damit ist zB eine Sachentscheidung über Säumnisbeschwerden verfassungsrechtlich nicht mehr zulässig.

Abgesehen von diesen Änderungen der maßgeblichen verfassungsrechtlichen Grundlagen stellen sich aber viele praktische Fragen, wie zB die Parteistellung der belangten Behörden, insb jener, die durch die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 aufgelöst wurden. Der Übergang ist zT in Art 151 Abs 51 Z 9 geregelt, viele Fragen bedürfen aber näherer Regelung, um Vollzugsprobleme zu vermeiden.

Ähnliche Probleme stellen sich auch, soweit ein letztinstanzlicher Bescheid Ende 2013 erlassen wird, die Frist für eine Bescheidbeschwerde aber erst nach dem 1. Jänner 2014 endet und bis dahin eine Bescheidbeschwerde nicht erhoben wird oder (wegen des zur Verfügung stehenden verkürzten Zeitraumes) nicht mehr rechtzeitig möglich ist, sowie in jenen Fällen, in denen der VfGH eine an ihn (noch im Jahr 2013) erhobene Bescheidbeschwerde abweist oder ablehnt und die Abtretung erst nach dem 1. Jänner 2014 beantragt wird: Nach den verfassungsrechtlichen Vorschriften ist eine Bescheidbeschwerde nicht mehr möglich, was zur Unanfechtbarkeit dieser Bescheide führen würde. Auch in jenen Fällen, in denen die höchste anrufbare Behörde säumig geworden ist, kann eine Säumnisbeschwerde nicht mehr erhoben werden. Auch für diese Konstellationen wäre es notwendig, Übergangsbestimmungen zu schaffen, die den Rechtsschutz sicherstellen. Eine Lösung wäre derart denkbar, dass in allen diesen Fällen offener Beschwerdefristen die jeweils zuständigen Verwaltungsgerichte fiktiv an die Stelle der jeweiligen belangten Behörden treten, insb in jenen Fällen, in denen diese mit Ablauf des 31. Dezember 2013 aufgelöst werden und auch für die schon anhängigen Verfahren ein Eintritt der jeweiligen Verwaltungsgerichte anstelle der Verwaltungsbehörden vorgesehen ist.

Schließlich ist zu beachten, dass es einen kleinen Bereich gibt, in dem Bescheidbeschwerden auch nach dem 1. Jänner 2014 verfassungsrechtlich vorgesehen sind: Den Mitgliedern des BVA und des UFS ist verfassungsrechtlich das Recht auf Ernennung in die neuen Verwaltungsgerichte des Bundes eingeräumt, gegen einen negativen Bescheid steht das Recht der Beschwerde an den VwGH und den VfGH zu (Art 151 Abs 51 Z 4 B-VG). Das gilt nach den Erläuterungen auch für "Ersatzbescheide", nachdem ein negativer Bescheid vom VwGH oder vom VfGH aufgehoben wurde. Ein solches Ernennungsverfahren könnte sich im Streitfall trotz der bundesverfassungsrechtlich vorgesehenen Fristen bis in das Jahr 2014 ziehen. Für diese Fälle ist wohl von der Fortgeltung der Regelungen über die Bescheidbeschwerde auszugehen.

Art 151 Abs 51 Z 11 B-VG ermächtigt den Bundesgesetzgeber ausdrücklich, die näheren Bestimmungen über den Zuständigkeitsübergang zu treffen. Davon sind wohl auch

Übergangsbestimmungen für die genannten Konstellationen erfasst. Solche Bestimmungen sollten unbedingt erlassen werden.

V. Zur Novelle des VfGG

Grundsätzliches

Auch die vorgeschlagene Novellierung des VfGG enthält keine Übergangsbestimmungen für die Überleitung von Verfahren. Die neuen Zuständigkeiten des VfGH werden mit 1. Jänner 2014 wirksam, womit gleichzeitig die bisherigen Zuständigkeiten insb zur Bescheidbeschwerde entfallen. Auch insofern wäre es notwendig, einerseits Übergangsbestimmungen für die zu diesem Zeitpunkt bereits anhängigen Bescheidbeschwerdeverfahren zu schaffen, die insb die grundsätzlichen Regelungen des Art 151 Abs 51 Z 9 B-VG näher ausführen sollten. Darüber hinaus stellt sich aber auch für das verfassungsgerichtliche Verfahren die Frage nach dem Rechtsschutz gegen Bescheide, die gegen Ende 2013 erlassen werden und gegen die am 1. Jänner 2014 noch keine Beschwerde erhoben werden konnte. Auch die theoretisch denkbare Perpetuierung der Bescheidbeschwerdekompetenz durch Art 151 Abs 51 Z 4 B-VG sollte einfachgesetzlich berücksichtigt werden. Auf die Anmerkungen zu § 73 (neu) VwGG wird verwiesen.

Zu § 88a:

Entsprechend Art 144 Abs 5 B-VG wäre ausdrücklich anzuordnen, dass die Aussprüche über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Revision an den VwGH beim VfGH nicht angefochten werden können.

VI. Zur Novelle des EGVG

Zu Art V:

Die in den Z 2 und 3 vorgesehene Anordnung, dass von den Verwaltungsverfahrensgesetzen abweichende Bestimmungen in bestimmten Fällen als abweichende Regelungen iS des Art 11 Abs 2 zweiter Satz B-VG gelten, ist im Hinblick auf diese Verfassungsbestimmung und die dazu ergangene Rsp. des VfGH problematisch: Nach der ständigen Rsp. des VfGH ist das Vorliegen der Voraussetzungen des Art 11 Abs 2 zweiter Satz B-VG für die Erlassung abweichender Regelungen nur insoweit erforderlich, als es sich bei den betreffenden Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze um solche

zwingender Natur handelt. Soweit die Regelungen der Verwaltungsverfahrensgesetze hingegen bloß subsidiärer Natur sind – was häufig der Fall ist – sind Abweichungen auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des Art 11 Abs 2 zweiter Satz B-VG zulässig (VfSlg 13.838/1994, 16.285/2001).

Es sollte daher in den Z 2 und 3 der Text jeweils mit dem Wort "*unberührt*" enden und die vorgeschlagene Qualifikation der abweichenden Regelungen entfallen.

VII. Zur Novelle des AVG

Zu § 44a:

Die Streichung des letzten Satzes in Abs 3 sollte unterbleiben: Es geht bei dieser Regelung nicht – wie die Erläuterungen nahelegen – um eine verhandlungsfreie Zeit der Behörden, sondern darum, dass die Parteien eines Verfahrens während der typischen Urlaubszeiten von einer Kundmachung nicht rechtzeitig Kenntnis erlangen. Die Streichung dieser Bestimmung könnte dazu führen, dass in höherer Zahl Anträge auf "Quasi-Wiedereinsetzung" nach § 42 Abs 3 AVG gestellt werden.

Zu § 44e (keine Novellierungsanordnung):

Abs 2 ordnet die sinngemäße Anwendung des § 67e AVG in Großverfahren an, der jedoch durch Art 6 Z 21 der vorgeschlagenen Novelle – wie alle anderen Bestimmungen für das UVS-Verfahren – aufgehoben wird. Die Verweisung sollte daher entsprechend angepasst werden, etwa indem stattdessen auf § 26 Abs 1 bis 4 VwGVG verwiesen wird.

Zu § 57 (keine Novellierungsanordnung):

Es stellt sich die Frage des Verhältnisses der weiterhin vorgesehenen Vorstellung gegen Mandatsbescheide zu der Beschwerde an das Verwaltungsgericht und insb zu der in § 15 VwGVG vorgesehenen Beschwerdeentscheidung: Die Abschaffung des Instanzenzuges (außer bei den Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich) soll zwar nach der Intention des Verfassungsgesetzgebers die Einführung einer Art von "Beschwerdeentscheidung" nicht ausschließen, ein dieser Beschwerdeentscheidung vorgeschalteter weiterer Rechtsmittelzug ist aber nicht mehr vorgesehen. Die Beibehaltung der Möglichkeit der remonstrativen Vorstellung ist daher problematisch, weil sowohl die Forderung nach deren Erhebung vor Einbringung der Beschwerde wie auch die Möglichkeit der gleichzeitigen Erhebung verfassungsrechtlich nicht zulässig sein dürften. Auch aus

Gründen der Verfahrensbeschleunigung erscheint die zweimalige Möglichkeit eines remonstrativen Rechtsmittels nicht zweckmäßig.

Angesichts der ohnedies vorgesehenen Beschwerdeentscheidung sollte daher die Möglichkeit einer Vorstellung gegen Mandatsbescheide entfallen.

Zu § 71 Abs 6:

Es sollte ausdrücklich angeordnet werden, dass für Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung sinngemäß die Kriterien des § 64 Abs 2 AVG anzuwenden sind, was ohnedies der Praxis entspricht.

VIII. Zur Novelle des VStG

Zu § 1 Abs 2:

Sowohl der EuGH (EuGH *Berlusconi*, Slg 2005-3565) wie auch der EGMR (*Scoppola*, 17. 9. 2009, 10.249/03 – Große Kammer) leiten aus dem Rückwirkungsverbot (Art 7 EMRK) das Prinzip der Rückwirkung der günstigeren Strafnorm ab, dh im Falle der Senkung der Strafdrohung oder ihres Entfalls ist von der geringeren Strafdrohung oder von der Straffreiheit auszugehen. Eine zeitliche Begrenzung dieses Günstigkeitsprinzips auf bestimmte Stadien des (Verwaltungs-)Strafverfahrens ist dieser Rsp. nicht zu entnehmen. Auch Änderungen der Strafvorschriften zugunsten der Beschuldigten während des Rechtsmittelverfahrens sind daher zu berücksichtigen.

Auch nach dem vorliegenden Entwurf sind nur Änderungen zugunsten des Beschuldigten während des (erstinstanzlichen) Verwaltungsstrafverfahrens zu berücksichtigen (argum "*Bescheid*"), was in einem Spannungsverhältnis zu der zitierten Rsp. steht. Es sollte daher auf den Zeitpunkt der Fällung der letztinstanzlichen Sachentscheidung (des Verwaltungsgerichtes bzw des VwGH, falls dieser von der Möglichkeit der reformatorischen Entscheidung Gebrauch macht) abgestellt werden.

Zu § 24 VStG:

Da § 79a AVG nach dem vorliegenden Entwurf aufgehoben wird, geht die gesonderte Anordnung seiner Unanwendbarkeit im Verwaltungsstrafverfahren ins Leere.

Zu § 27:

Der vorgesehene Abs 2a steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu § 2, wonach grundsätzlich nur im Inland begangene Verwaltungsübertretungen strafbar sind. Wird eine

"Verwaltungsübertretung im Ausland begangen" ist sie daher nur dann strafbar, wenn dies die Materiengesetze vorsehen (§ 2 Abs 1 VStG), womit der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Regelung bei wörtlicher Auslegung äußerst gering wäre.

Der vorgesehene Abs 2a soll aber offenbar den Fall erfassen, dass eine Tat zwar nach § 2 VStG als im Inland begangen gilt (etwa weil der Erfolg im Inland eingetreten ist), aber kein im Inland gelegener Tatort vorliegt. Das Verhältnis zu § 2 sollte jedenfalls geklärt werden.

Zu § 31:

Die in Abs 2 vorgeschlagene Hemmung der Strafbarkeitsverjährung durch Auslandsaufenthalte kann in der Praxis zu erheblichen Beweisproblemen führen, wenn ein solcher Auslandsaufenthalt strittig ist. Es ist zu bezweifeln, ob der im Streitfall verursachte Aufwand im Hinblick darauf, dass das Verwaltungsstrafrecht in der weit überwiegenden Zahl Bagatellstrafen betrifft (zB Verkehrsstrafen), in einem vertretbaren Aufwand zum Strafbedürfnis steht.

Zu § 41 (keine Novellierungsanordnung):

§ 41 Abs 2 VStG sieht – anders als § 42 für die Aufforderung zur Rechtfertigung – nicht ausdrücklich vor, dass auch die in Betracht kommende Verwaltungsvorschrift vorzuhalten ist. Angesichts der ständigen Rsp. des EGMR zu Art 6 EMRK, wonach der Vorhalt der strafbaren Handlung gegenüber dem Beschuldigten sowohl die Faktenlage wie auch die rechtliche Qualifikation zu umfassen hat (zB EGMR *Gouget*, 24. 1. 2006, 61.059/00), müsste im Hinblick auf Art 6 EMRK aber auch die Ladung nach § 41 VStG einen solchen Vorhalt enthalten. Es wäre daher zweckmäßig, diese Lücke anlässlich der vorliegenden umfassenderen Novelle zu bereinigen und § 41 Abs 2 VStG an § 42 Abs 1 Z 2 VStG anzupassen.

Zu § 49:

Es stellt sich die Frage des Verhältnisses des weiterhin vorgesehenen Einspruchs gegen Strafverfügungen zu der Beschwerde an das Verwaltungsgericht und insb zu der in § 15 VwGVG vorgesehenen Beschwerdeentscheidung: Die Abschaffung des Instanzenzuges (außer bei den Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich) soll zwar nach der Intention des Verfassungsgesetzgebers die Einführung einer Art von "Beschwerdeentscheidung" nicht ausschließen, ein dieser Beschwerdeentscheidung vorgeschalteter weiterer Rechtsmittelzug ist aber nicht mehr vorgesehen. Die Beibehaltung der Möglichkeit des remonstrativen Einspruchs ist daher problematisch, weil sowohl die

Forderung nach dessen Erhebung vor Einbringung der Beschwerde wie auch die Möglichkeit der gleichzeitigen Erhebung verfassungsrechtlich nicht zulässig sein dürften. Auch aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung erscheint die zweimalige Möglichkeit eines remonstrativen Rechtsmittels nicht zweckmäßig.

Angesichts der ohnedies vorgesehenen Beschwerdeentscheidung sollte daher die Möglichkeit eines Einspruchs gegen Strafverfügungen entfallen.

IX. Zur Novelle des VVG

Zu § 10:

Die Fortschreibung der Berufungsbeschränkung des § 10 Abs 2 VVG für die Erhebung von Beschwerden steht in einem Spannungsverhältnis zu Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG, wonach jeder, der durch einen Bescheid in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet, das Recht hat, dagegen Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit an das Verwaltungsgericht zu erheben.

W i e n , am 29.10.2012

Der Präsident:

J A B L O N E R

Elektronisch gefertigt