

Untätigkeit von Gerichten und Verwaltungsbehörden und Rechtsstaatsprinzip*

Theo Öhlinger

- I. Einleitung**
- II. Rechtsstaat und Rechtswegestaat**
 1. Die Rechtsstaatsformel des VfGH
 2. Der Rechtswegestaat
 3. Staatstheoretische Dimensionen
 - 3.1. Individualisierung des Rechts
 - 3.2. Vom Ordnungsstaat zum Leistungs- und Sozialstaat
 - 3.3. Grundrechtliche Schutzpflichten
- III. Das Rechtsstaatsprinzip als Schranke der Verfassungsgesetzgebung**
 1. Das Rechtsstaatsprinzip als Element der verfassungsrechtlichen Grundordnung
 2. Bestandsgarantie des verfassungsgesetzlichen Rechtsschutzsystems
 3. Der Maßstab: die Bundesverfassung in ihrer ursprünglichen oder in ihrer aktuellen Fassung?
- IV. Die Relevanz des Rechtsstaatsprinzips für die Untätigkeit von Vollzugsorganen**
 1. Subjektiver Rechtsschutz als Motor der objektiven Rechtsverwirklichung
 2. Fehlender Rechtsschutz als Problem eines untätigen Gesetzgebers
- V. Strukturelle Probleme des Rechtsschutzes gegenüber der Untätigkeit staatlicher Vollzugsorgane**
 1. Rechtsschutz gegen unterlassene behördliche Akte
 2. Rechtsschutz gegen nicht gewährte staatliche Leistungen
 3. Säumnis des Ordnungsgebers
 4. Der Rechtstypenzwang des verfassungsgesetzlichen Rechtsschutzsystems
- VI. Resümee**

* Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

I. Einleitung

An den Anfang eines sehr dichten Programms gestellt erwarten die Veranstalter von meinem Beitrag offenbar eine Art Grundlagenreferat. In der Tat erstreckt sich das mir vorgegebene Thema über den gesamten Stufenbau der (staatlichen) Rechtsordnung: Es reicht von den Grundprinzipien der Bundesverfassung (konkret: dem rechtsstaatlichen Prinzip) bis zur Vollstreckung – genauer: der Unterlassung einer gebotenen Vollstreckung – individuell-konkreter Rechtsakte durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden. Weil das Thema so weit gespannt ist, muss ich mich zwangsläufig auf einige sehr allgemeine und grundsätzliche Bemerkungen beschränken und die Konkretisierung der Fülle der folgenden Referate überlassen.

II. Rechtsstaat und Rechtswegestaat

1. Die Rechtsstaatsformel des VfGH

Ich beginne auf der obersten Stufe dieser Pyramide, mit dem Rechtsstaatsprinzip. Nach einer bekannten Formel des VfGH gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden.¹

Hinzugefügt hat dem der Gerichtshof, dass die demnach unabdingbar geforderten Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Mindestmaß an **faktischer** Effizienz für den Rechtsschutzwerber aufweisen müssen. (...) „Schutz“ als Teilaspekt des Ausdrucks „Rechtsschutz“ ist auf den Rechtsunterworfenen bezogen und meint nicht zuletzt die – rechtzeitige – Wahrung und Gewährleistung einer faktischen Position, weshalb Rechtsschutzeinrichtungen diesen Zweck notwendig in sich schließen.²

Kurz: Der Rechtsschutz muss auch **effizient** sein, wobei es dem VfGH der Sache nach wohl mehr auf **Effektivität** als auf Effizienz ankommt.

Diese Rechtsprechung erweitert die ältere Gleichsetzung des Rechtsstaats mit dem **Gesetzesstaat** im Sinn des Legalitätsprinzips³ um die Komponente des **Rechtsschutzes**.⁴ Man unterstellt ihr gewiss nicht zu viel, wenn man in dieser Deutung des Rechtsstaatsprinzips das Gebot eines umfassenden, nicht nur gegen rechts-

¹ VfSlg 11.196/1986, 13.223/1992, 16.245/2001, 17.102/2004 uva; dazu *Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522 (525 f).

² VfSlg 11.196; siehe auch VfSlg 17.340/2004 uva; dazu *Hiesel*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 2009, 111 (113).

³ Siehe etwa *Antonioli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 50 f. Zur Identifikation von Rechtsstaat und Legalitätsprinzip in der älteren Rechtsprechung siehe *Hiesel*, ÖJZ 1999, 529 f.

⁴ Zu diesen und anderen Schichten der Rechtsstaatsidee jüngst *Grimm*, Stufen der Rechtsstaatlichkeit, JZ 2009, 596.

widriges positives Handeln, sondern auch gegen rechtswidriges **Unterlassen** staatlicher Organe (im weiten Sinn) gerichteten Rechtsschutzes inkludiert sieht.

2. Der Rechtswegestaat

Auf der Grundlage dieser Judikatur lässt sich der österreichische Rechtsstaat auch ohne explizite verfassungsrechtliche Regelung nach dem Beispiel des Art 19 Abs 4 GG⁵ als ein **Rechtswegestaat** charakterisieren.

Es ist diese Judikatur des VfGH, die jenen Entwicklungssprung nachvollzogen hat, den Art 19 Abs 4 GG in der deutschen und europäischen Verfassungsgeschichte markiert. Freilich muss man dazu anmerken, dass die österreichische Bundesverfassung von Anfang an ein ungewöhnliches, im Verfassungsvergleich herausragendes öffentlich-rechtliches Rechtsschutzsystem enthielt und in diesem Punkt etwa der Weimarer Reichsverfassung deutlich voraus war. Es war erst das Bonner Grundgesetz, aber eben das Bonner Grundgesetz, das dann (vor rund 60 Jahren) das B-VG überholte und das zugleich zum Vorbild vieler anderer neuerer europäischer Verfassungen wurde. Man geht wohl nicht mit der Annahme fehl, dass auch die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH von dieser Entwicklung inspiriert wurde. Damit hat der VfGH bewirkt, dass die österreichische Verfassungsordnung auf der Höhe der Zeit blieb und die Weiterentwicklung der **Idee des Verfassungsstaates** im Europa der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts nicht versäumte.

So sehr damit die Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung in einer Weise ausgereizt wurden, die vor wenigen Jahrzehnten noch ganz unvorstellbar war, handelt es sich doch wohl um eine legitime und im Ergebnis positiv zu bewertende Leistung der Rechtsprechung.⁶

3. Staatstheoretische Dimensionen

3.1. Individualisierung des Rechts

Man kann in dieser Entwicklung der Rechtsstaatsjudikatur auch den Reflex eines Wandels von immer noch stark obrigkeitsstaatlichen Rechtsvorstellungen hin zu einem stärker **individualistisch geprägten Rechtskonzept** sehen, das die Durchsetzung des Rechts nicht mehr primär von einer – wenngleich demokratisch legitimierten – Obrigkeit erwartet, sondern auf eigene Initiative und Anstrengung setzt. Tatsächlich stammt ja das österreichische Rechtsstaatskonzept aus vordemokratischen Zeiten und weist immer noch deutliche obrigkeitsstaatliche Züge auf. Ein Indiz dafür ist der inflationäre Gebrauch der Bezeichnung „Rechtsunterworfenene“ (auch wenn es nicht speziell um diese Eigenschaft geht) für jene, von denen nach Art 1 B-VG das Recht eigentlich „ausgeht“, während das B-VG – Art 18 – doch

⁵ „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. ...“

⁶ Siehe dazu (unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes) auch *Öhlinger*, Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in FS Adamovich (2002) 581 (598 ff).

gerade die Vollziehung in besonders radikaler Weise dem Recht unterwirft. Die judikative Entwicklung des Rechtsschutzstaates weist in eine andere Richtung. Sie setzt auf den Bürger als Subjekt (im Sinn eines sich selbst bestimmenden Ichs) der Rechtsordnung⁷ und macht ihn zugleich zum Motor der Rechtsentwicklung (darauf werde ich noch zurückkommen). Der Rechtsstaat gewinnt so auch eine demokratische Komponente.

3.2. Vom Ordnungsstaat zum Leistungs- und Sozialstaat

Dass der Rechtsschutz speziell gegenüber einer **Untätigkeit** staatlicher Organe heute einen anderen Stellenwert hat als noch 1920, hängt ferner mit der **Entwicklung vom Ordnungsstaat zum modernen Leistungs- und Sozialstaat** zusammen, die zwar schon im späten 19. Jh einsetzte, aber erst in der zweiten Hälfte des 20. Jh zur vollen Entfaltung gelangte. Es ist der „aktive Staat“, um ein Stichwort der Staatssoziologie zu verwenden,⁸ oder genauer: der zum Handeln sich selbst verpflichtende Staat, in dem mit dem ungeheuren Anwachsen dieser Verpflichtung der Rechtsschutz gegen **mangelndes** Handeln staatlicher Organe zu einem besonderen Problem geworden ist.

Das Gesamtthema dieser Tagung ist also am Kreuzungspunkt mehrerer globaler gesellschaftlicher Entwicklungen angesiedelt, und diese seine staatstheoretischen Dimensionen reichen wohl auch, ob nun bewusst oder unbewusst, bis in die feinen Verästelungen konkreter rechtsdogmatischer Fragestellungen hinein, die uns heute und morgen noch in den zahlreichen Referaten beschäftigen werden.

3.3. Grundrechtliche Schutzpflichten

Ich möchte noch einen dritten Aspekt kurz ansprechen, der auch noch sehr allgemein, aber juristisch doch schon etwas konkreter ist: das gewandelte Verständnis der Grundrechte. Nach ihrem ursprünglichen Sinn waren die Grundrechte – jedenfalls primär – Abwehrrechte gegenüber dem Staat, und der VfGH hat bekanntlich sehr lange an diesem Konzept festgehalten.⁹ Als solche gewährleisteten sie **Unterlassungsansprüche des Bürgers** gegen den Staat. Nach dem neueren – vom deutschen BVerfG begründeten, aber in Österreich vor allem durch den EGMR vermittelten – Grundrechtsverständnis als Wertordnung enthalten Grundrechte auch eine **Schutzpflicht**. Sie werden so zur Quelle von Ansprüchen auch auf ein aktives Handeln des Staates. In erster Linie trifft diese Verpflichtung den Gesetzgeber (und betrifft damit nicht mein Thema). Es gibt aber auch unmittelbar aus den Grundrechten ableitbare Schutzpflichten der Vollziehung. Ich erinnere nur beispielhaft an das Urteil des EGMR „Plattform ‚Ärzte für das Leben‘ gegen Österreich“¹⁰, in

⁷ Zu dieser Komponente des Rechtsstaatsprinzips siehe auch *Grabenwarter*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, Verh 16. ÖJT 2006 Bd I/1, 95 f.

⁸ *Willke*, Ironie des Staates (1992) 107.

⁹ Siehe dazu *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 692.

¹⁰ EuGRZ 1989, 522.

dem der Gerichtshof aus Art 11 EMRK eine Schutzpflicht für konkrete Versammlungen abgeleitet und damit das österreichische Grundrecht der Versammlungsfreiheit maßgeblich verändert und bereichert hat.

Gerade diese Schutzpflicht wirft aber spezielle Fragen ihrer **Durchsetzbarkeit** auf.¹¹ Die Kernbestimmung des Grundrechtsschutzes – Art 144 B-VG – stellt ausschließlich auf die Beseitigung staatlicher Hoheitsakte ab, schützt aber gegen staatliche Untätigkeit bestenfalls indirekt und mit großer zeitlicher Verzögerung. Um bei meinem Beispiel zu bleiben: Wenn sich eine Behörde ihrer Schutzpflicht entzieht und eine Versammlung wegen zu erwartender gewaltsamer Störungen einfach untersagt, kann der VfGH einen solchen Bescheid bestenfalls viele Monate nach dem geplanten Versammlungstermin aufheben. Den Betroffenen ist damit wenig geholfen. Es ist daher verständlich, wenn sie es vorziehen, mit der Behörde zu verhandeln, statt sich auf einen solchen Rechtsschutz einzulassen. Pointiert gesagt versagt hier der Rechtsstaat gegenüber der Faktizität.

III. Das Rechtsstaatsprinzip als Schranke der Verfassungsgesetzgebung

1. Das Rechtsstaatsprinzip als Element der verfassungsrechtlichen Grundordnung

Das Rechtsstaatsprinzip als „Baugesetz“ der Bundesverfassung ist bekanntlich, anders als das demokratische, das republikanische und das bundesstaatliche Prinzip, in der Bundesverfassung nicht explizit verankert, sondern lässt sich nur in einer **Gesamtschau einschlägiger bundesverfassungsgesetzlicher Regelungen** erschließen. Österreich ist ein Rechtsstaat deshalb, weil es – in den Worten von *Georg Froehlich*¹² – „eine geradezu hervorstechende Eigenschaft“ der Bundesverfassung bereits in ihrer Fassung von 1920 war, „dass sie in der Richtung des Rechtsstaatsystems besonders weitgehende Garantien enthält, wie sie in dieser Häufung und einschneidenden Auswirkung kaum eine andere Verfassung aufweist“.

Diese offensichtlich lediglich als ein empirischer Befund, als eine **Beschreibung** zu verstehende Aussage wurde erst später mit normativem Gehalt aufgeladen und als ein **verfassungsgesetzliches Grundprinzip** formuliert. Heute ist die Existenz eines normativen Rechtsstaatsprinzips der Bundesverfassung als ein Element der verfassungsrechtlichen Grundordnung im Sinn des Art 44 Abs 3 B-VG in Lehre und Rechtsprechung unbestritten und es wäre wohl müßig, an dieser Stelle seine methodische Begründung kritisch zu hinterfragen.¹³ Es geht **hic et nunc** nur mehr um den Gehalt dieses Prinzips.

¹¹ Siehe *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 697 f.

¹² *Froehlich*, Die Bundesverfassung der Republik Österreich (1930) 27.

¹³ Zur durchaus gerechtfertigten methodologischen Kritik siehe *Hiesel*, ÖJZ 1999, 525 und 527, ferner *Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004) 214 ff, beide mwN.

2. Bestandsgarantie des verfassungsgesetzlichen Rechtsschutzsystems

Weil sich allerdings das rechtsstaatliche Prinzip nur in einer Gesamtschau der Bundesverfassung erschließt, kann es zwischen diesem Prinzip und seiner einfach-verfassungsgesetzlichen Ausformung, jedenfalls in deren ursprünglicher Gestalt, keinen Widerspruch geben. Allenfalls kommt dem rechtsstaatlichen Grundprinzip eine auslegungssteuernde Wirkung gegenüber dem Bundesverfassungsrecht zu. In diesem Sinn hat der VfGH unter teils expliziter Berufung auf dieses Prinzip¹⁴, teils implizit¹⁵ potentielle Rechtsschutzlücken im Text des B-VG geschlossen.

Davon abgesehen reduziert sich die normative Kraft des Rechtsstaatsprinzips gegenüber dem Bundesverfassungsgesetzgeber auf eine **Bestandsgarantie** des im B-VG von 1920 erreichten rechtsstaatlichen Standards. Modifikationen sind aber selbstverständlich zulässig, auch wenn sie im Detail den Rechtsschutz vermindern sollten. Nur substantielle Verschlechterungen würden mit dem Rechtsstaat als Baugesetz der Bundesverfassung kollidieren und insofern eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bilden, die einer Volksabstimmung bedürfte (Art 44 Abs 3 B-VG).

Daher ist dem VfGH Recht zu geben, dass die Einrichtung des AsylGH durch die B-VGNov BGBl I 2008/2 das Rechtsstaatsprinzip nicht verletzt hat, und zwar weder wegen des Ausschlusses einer Beschwerdemöglichkeit an den VwGH¹⁶ noch auch wegen der Zusammensetzung der Senate aus lediglich zwei Richtern. Es ist zwar „als ein fester Bestandteil der österreichischen rechtsstaatlichen Tradition anzusehen, dass Entscheidungen eines Kollegiums von wenigstens drei Richtern“ zu fällen sind. Die durch diese verfassungsgesetzliche Regelung bewirkte „erhebliche Absenkung der rechtsstaatlichen Standards verwaltungsgerichtlicher Kontrolle“ würde aber „– gerade noch – nicht jenes Ausmaß“ erreichen, das als eine Gesamtänderung der Bundesverfassung zu qualifizieren wäre.¹⁷ Diese Formulierungen des VfGH deuten aber auch an, dass der Spielraum des Verfassungsgesetzgebers in dieser Hinsicht wiederum nicht allzu groß ist.

3. Der Maßstab: die Bundesverfassung in ihrer ursprünglichen oder in ihrer aktuellen Fassung?

Vom AsylGH abgesehen ist allerdings die verfassungsgesetzliche Entwicklung seit 1920 vor allem durch einen Ausbau des Rechtsschutzes gekennzeichnet. Das

¹⁴ Slg 15.816/2000 zu Art 141 Abs 3 B-VG (Anfechtung von Volksbefragungen trotz Fehlens einer expliziten [landes-]gesetzlichen Regelung). Im Ergebnis auch Slg 9044/1981 zu Art 141 Abs 1 B-VG (Anfechtungen von Wahlen zu den allgemeinen Vertretungskörpern, im Besonderen zum Bundesrat).

¹⁵ Siehe Slg 14.203/1995 zu Art 138 Abs 1 B-VG; dazu *Hiesel*, ÖJZ 1999, 528, Fn 44: „Der Sache nach hat der VfGH somit – ohne dies deutlich zu machen – wohl nicht § 46 VfGG, sondern Art 138 Abs 1 B-VG im Lichte des rechtsstaatlichen Prinzips ausgelegt und § 46 VfGG sodann im Einklang mit dieser Verfassungsbestimmung ausgelegt.“

¹⁶ VfGH 7.11.2008, U 48/08 (= *migralex* 2009, 27 ff, mit einer in diesem Punkt zustimmenden Besprechung von *Wiederin*).

¹⁷ VfGH 3.12.2008, U 131/08.

Rechtsschutzsystem der Bundesverfassung ist heute ein anderes als das von 1920. Das wirft die Frage auf, ob den Maßstab, an dem eine derartige Gesamtänderung zu messen ist, die Bundesverfassung in ihrer ursprünglichen oder in ihrer aktuellen Fassung bildet. Die Frage ist freilich zu komplex, als dass sie in dem hier zur Verfügung stehenden Zeitrahmen ausreichend abgehandelt werden könnte. Nur so viel sei angemerkt:

Dem herrschenden Verfassungsverständnis entspricht die Auffassung, „dass die Grundprinzipien der Verfassung **aus der Stammfassung des B-VG** auf induktivem Wege zu gewinnen sind“.¹⁸ Ich selbst habe diese These vertreten.¹⁹ Heute meine ich allerdings, dass diese Position mit zunehmendem Alter der Bundesverfassung nicht mehr haltbar ist. Sie verkennt zum einen die psychologische und erkenntnistheoretische Unmöglichkeit, das ursprüngliche Verständnis des ursprünglichen Wortlauts der Verfassung – und nur in dieser Vermittlung ist uns historisches wie geltendes Recht zugänglich – rein zu rekonstruieren. Sie verkennt zum anderen die jeder Interpretation, vor allem einer höchstrichterlichen und damit autoritativen Interpretation, innewohnende Dynamik.

Um das am Rechtsstaatsprinzip selbst zu illustrieren: Man hat dieses Prinzip als eine „Erfindung der Lehre“ bezeichnet.²⁰ Vor allem aber ist es eine **Schöpfung der Judikatur**. Es war der VfGH, der den normativ verbindlichen Gehalt dieses Prinzips begründet und in der Folge – selbstreferentiell²¹ – in einer Weise ausgestaltet hat,²² die sich mit Äußerungen der Rechtswissenschaft oder Rechtspraxis der 1920er Jahre nicht belegen ließe und die daher den „Verfassungsvätern“ ein Wissen unterstellen müsste, das ihnen selbst nicht bewusst war. Das wäre aber eher schlechte Spekulation. Man kann bei der Interpretation des rechtsstaatlichen Prinzips letztlich nur von einem heutigen, durch vielfältige Erfahrungen geprägten Verständnis des Rechtsstaates **ausgehen**. Das bedeutet freilich nicht, dass eine rechtshistorische Besinnung überflüssig wäre. Als Korrektiv einer gelegentlich allzu überbordenden Fantasie halte ich sie vielmehr für ganz unverzichtbar.²³ Aber es wäre die Annahme schlicht eine erkenntnistheoretische Naivität, dass sich der Standort des heutigen Betrachters in das Jahr 1920 gewissermaßen zurück„beamen“ ließe.

¹⁸ So *Hiesel*, ÖJZ 1999, 524, Anm 15 (Hervorhebung von mir). In diesem Sinn auch *Rill/Schäffer*, Art 44 B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht – Kommentar, 1. Lfg (2001), Rz 35, Fn 138: „Eine Reduzierung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle dürfte nicht unter den Standard von 1920 erfolgen.“ Zahlreiche weitere Nachweise bei *Janko*, Gesamtänderung, 109 f.

¹⁹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 75.

²⁰ *Hiesel*, ÖJZ 1999, 522.

²¹ Vgl *Kranenpohl*, Die Bedeutung von Interpretationsmethoden und Dogmatik in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, *Der Staat* 2009, 387 (398) zu einem ähnlichen Begründungsstil des BVerfG.

²² Dazu *Oberndorfer*, Der Rechtsstaat auf der Probe oder der Versuch der Legalisierung von Unrecht, FS G. Winkler, 1997, 707 (709 f); *Hiesel*, ÖJZ 1999, 523 ff.

²³ Das unterscheidet meine Position von *Janko*, Gesamtänderung, 109 ff, dürfte sich aber in vieler Hinsicht mit *Pernthaler*, *Der Verfassungskern* (1998) decken.

Dass dies in etwa auch der (wenngleich unreflektierte) Standort des VfGH ist, lässt sich gerade an seiner Rechtsprechung zum Rechtsstaatsprinzip zeigen (und eben deshalb kann ich diesem Problem nicht ganz ausweichen). Wenn der VfGH eine Einschränkung seiner Befugnis zur Gesetzesprüfung (Art 140 B-VG) als einen potentiellen Eingriff in das rechtsstaatliche Baugesetz der Bundesverfassung bewertet,²⁴ so schreibt er dieser seiner Kompetenz einen Stellenwert zu, den sie im System des B-VG in der Fassung von 1920 ganz offensichtlich noch nicht hatte. Die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH hat ihren Ursprung im bundesstaatlichen System der Verfassung von 1920; sie wurde als ein Instrument zur Lösung von Kompetenzkonflikten zwischen dem Bundesgesetzgeber und den Landtagen konzipiert.²⁵ Ob diese Rolle des VfGH ein wesentliches Element des bundesstaatlichen Prinzips im Sinn des Art 2 B-VG bildet, mag fraglich sein, kann aber im hier gegebenen Zusammenhang dahingestellt bleiben. Keinesfalls lässt sie sich in einer historischen Sicht als wesentliche Komponente des rechtsstaatlichen Grundprinzips verstehen.²⁶

Ich muss es mit diesen knappen Bemerkungen zu einem methodologisch sehr interessanten, aber doch nur am Rande meines Themas angesiedelten Problem beenden lassen.

IV. Die Relevanz des Rechtsstaatsprinzips für die Untätigkeit von Vollzugsorganen

1. Subjektiver Rechtsschutz als Motor der objektiven Rechtsverwirklichung

Während sich also das Rechtsstaatsprinzip als Baugesetz der Bundesverfassung gegenüber dem Verfassungsgesetzgeber nur als Schranke eines – gravierenden – Rückbaus des Rechtsschutzsystems erweist, reicht sein Gehalt für den einfachen

²⁴ VfSlg 11.756, 11.829, 11.916/1988 ua. Vgl auch Slg 16.327/2001: „Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes zur Normenkontrolle als zentrales Element des rechtsstaatlichen Baugesetzes.“

²⁵ Näher *Öhlinger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie, in FS Melichar (1983), 125 (135 f).

²⁶ Noch 1956 stellte *Ermacora*, Der Verfassungsgerichtshof (1956) 221, fest: „Der VfGH ist auf Grund des Art 140 B-VG berufen, den bundesstaatlichen Aufbau der Republik zu sichern. Demgegenüber scheint – betrachtet man die Bestimmung unter dem Winkel ihres rechtspolitischen und rechtshistorischen Entstehens – dem einzelnen mit dieser Verfassungsbestimmung nicht allzu sehr gedient zu sein.“ Das hat sich freilich inzwischen durch die Weiterentwicklung sowohl des Verfassungstextes als auch der Verfassungsjudikatur grundlegend gewandelt: „Die Verfassungsgerichtsbarkeit verbinden wir heute ganz vorwiegend mit dem Schutz des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen in seine grundrechtlich geschützte Sphäre“ (so *Jablonek*, Am Rande des Rechtsstaates, ZfV 2006, 426 [429]). Die oben angesprochene Rechtsprechung geht ganz offensichtlich von diesem veränderten Verständnis des Stellenwerts der Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Bundesverfassung aus.

Bundes- und Landesgesetzgeber naturgemäß um einiges weiter. Untätigkeit des Gesetzgebers ist – auch und gerade aus der Sicht des rechtsstaatlichen Prinzips – zweifellos ein ernstes Problem. Ich will aber dem einschlägigen Referat²⁷ nicht vorgreifen, überspringe daher vorerst diese Stufe der Rechtsordnung und komme damit zu meinem eigentlichen Thema: Welche Relevanz hat das rechtsstaatliche Prinzip in Bezug auf eine Untätigkeit von Organen der Vollziehung?

Versteht man unter einem Rechtsstaat gemäß dem ersten Element der eingangs zitierten Formel des VfGH einen Staat, dessen Akte im Gesetz (und letztlich in der Verfassung) begründet sein müssen, so setzt das Rechtsstaatsprinzip zunächst einmal dem aktiven Handeln von Vollzugsorganen eine **Schranke**: Gerichte und Verwaltungsbehörden bedürfen, sieht man einmal von der „Privatwirtschaftsverwaltung“ ab,²⁸ für jeden ihrer Akte einer gesetzlichen Grundlage; fehlt diese, so müssen sie untätig bleiben. Ein dennoch gesetztes Handeln wäre rechtswidrig. Weil aber bestehende Gesetze – auch und gerade aus rechtsstaatlicher Sicht – von den dazu berufenen Organen angewendet werden müssen,²⁹ ist dort, wo ein Gesetz besteht, auch unterlassenes Handeln rechtswidrig. Der Rechtsstaat in seiner Ausprägung als **Gesetzesstaat** verlangt, dass an eine solche Untätigkeit Sanktionen geknüpft werden, und solche gibt es ja auch: im Strafrecht (Stichwort: Amtsmissbrauch), im Zivilrecht (Stichwort: Amtshaftung) oder im Disziplinarrecht. Dennoch kommen solche Sanktionen gerade gegenüber behördlichem Nichthandeln sehr selten zum Einsatz. Gesetze werden wahrscheinlich nie hundertprozentig vollzogen. „Flexible Duldung“ ist eine – inzwischen auch von der Verwaltungsrechtslehre entdeckte³⁰ – Handlungsmodalität der Verwaltung. In manchen Bereichen scheint die Anwendung des Gesetzes überhaupt eher von Zufällen abhängig zu sein. Man denke etwa an das Straßenverkehrsrecht: Würde die StVO lückenlos zur Anwendung gebracht, gäbe es wohl kaum mehr einen Verkehr.³¹

²⁷ Siehe den Beitrag von *Holoubek* in diesem Band.

²⁸ Nach heute ganz überwiegender Auffassung gilt das Legalitätsprinzip nicht auch für die „Privatwirtschaftsverwaltung“.

²⁹ Das wird sehr drastisch in den Entscheidungen des VfGH zu den Schwarzbauten – Slg 14.681/1996, 14.763/1997, 15.441, 15.457/1999, 16.901/2003 – zum Ausdruck gebracht, die zwar auf den Gleichheitsgrundsatz gestützt sind, aber auch grundsätzliche Fragen der Rechtsstaatlichkeit aufwerfen. Siehe dazu *Oberndorfer*, in FS Winkler, 726 ff.

³⁰ Siehe *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 682.

³¹ Um ein (in der Diskussion deutlich gewordenes) Missverständnis aufzuklären: „Angewendet“ wird die StVO von den Behörden; die Straßenverkehrsteilnehmer „befolgen“ sie – oder eben auch nicht. Lückenlose Befolgung wäre gewiss ein Idealzustand, auch im Hinblick auf die Sicherheit und Flüssigkeit des Verkehrs, ist aber nicht Realität. Wollten die Behörden jede Verletzung der StVO durch die Straßenverkehrsteilnehmer ahnden, so würde das nicht nur ein – gerade mit einem Rechtsstaat nicht vereinbares – Ausmaß der Überwachung und einen unvorstellbaren Einsatz von personellen und sachlichen Ressourcen erfordern, sondern wohl auch die oben im Text angesprochene Konsequenz nach sich ziehen. Eine hundertprozentige Anwendung der StVO kann insofern gar nicht das Ziel einer Verkehrspolitik sein. Sicherheit und Flüssigkeit des Verkehrs erfordern ein flexibleres Handlungsinstrumentarium der Verwaltung, führen damit aber auch zu der unten (V.4.) näher ausgeführten Rechtsschutzproblematik.

Gerade wegen dieser strukturell bedingten Defizite der Gesetzesvollziehung ist es wichtig, dass dort, wo durch die unterlassene Anwendung von Gesetzen subjektive Interessen betroffen werden, auch ein Rechtsschutz existiert. Es ist gerade dieser – durch das Prinzip des Rechtsstaats in seiner Ausprägung als Rechtswege-staat geforderte – subjektive Rechtsschutz, der dann auch der objektiven Verwirklichung des Rechts dient³² und das auch im öffentlichen Interesse gebotene Mindestmaß an behördlicher Aktivität garantiert.

Dieser Mechanismus versagt freilich dort, wo subjektive Interessen nicht auch in subjektive Rechte transformiert werden. Das betrifft etwa die „(bloß) wirtschaftlichen Interessen“.³³ Hierher gehört aber auch der Bereich der **staatlichen Aufsicht**. Die offensichtlich defizitäre Selbstreinigungskraft der Justiz ist dafür ein altes, aber in jüngster Zeit wieder akut gewordenes Beispiel. Dieser Problematik kann in effektiver Weise – und diese Effektivität gebietet, wie schon gesagt, das Rechtsstaatsprinzip – wohl nur durch eine Ausdehnung der Parteistellung, sei es durch die Gesetzgebung, sei es durch die Judikatur³⁴, begegnet werden. Eine gewisse Vorbildwirkung kommt dabei dem Gemeinschaftsrecht (seit dem Vertrag von Lissabon: Unionsrecht) zu, das Betroffenen Antrags- und Klagebefugnisse in großzügigerem Ausmaß als die österreichische Rechtsordnung zuerkennt und damit gerade das Ziel verfolgt, den Rechtsweg zur Durchsetzung auch des objektiven Rechts zu eröffnen.³⁵

2. Fehlender Rechtsschutz als Problem eines untätigen Gesetzgebers

Weil Rechtsschutz seinerseits ein Handeln von Vollzugsorganen erfordert (sei es von einem Gericht, sei es von einer Verwaltungsbehörde – in letzter Instanz ist Rechtsschutz immer von einem Gericht, aber zuvor allenfalls auch von Verwaltungsbehörden zu gewährleisten) und weil dieses Handeln seinerseits wiederum einer gesetzlichen Grundlage bedarf, mündet das Problem der Untätigkeit von Gerichten und Verwaltungsbehörden sehr rasch in jenes der Untätigkeit des Gesetzgebers: Es mutiert zur Frage, ob und inwieweit die gesetzlichen Regelungen ausreichend sind, um den vom Rechtsstaatsprinzip geforderten Rechtsschutz gegen eine Untätigkeit staatlicher Organe ausreichend zu gewährleisten. Oder anders formuliert: **Mangelhafter Rechtsschutz gegen eine gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Säumnis ist in erster Linie ein Problem säumiger Gesetzgebung** (und damit, wie schon gesagt, Thema eines anderen Referates).

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gesetzgebung bringt die eingangs zitierte Rechtsstaatsformel zum Ausdruck: Der Gesetzgeber muss prinzipiell gegen jedes die subjektive Rechtssphäre berührende staatliche Handeln einschließlich seiner Unterlassung effektiven Rechtsschutz gewährleisten. Das ist freilich ein Programm, das noch weit davon entfernt ist, hundertprozentig umgesetzt worden zu

³² Dazu grundlegend *Wiederin*, Grundfragen der Neuorganisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Walter/Zeleny* (Hrsg), Reflexionen über Demokratie und Recht (2009) 33 (34 ff).

³³ Siehe dazu die kritische Studie von *Pöschl*, Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte, in FS Wimmer (2008) 495.

³⁴ Dazu *Pöschl*, in FS Wimmer, insb 512 ff.

³⁵ Siehe *Grabenwarter*, Verh 16. ÖJT Bd I/1, 34 ff.

sein. Das trifft auch schon auf positives staatliches Handeln zu. Bezüglich seiner negativen Kehrseite gibt es aber spezifische strukturelle Probleme seiner Realisierung.

V. Strukturelle Probleme des Rechtsschutzes gegenüber der Untätigkeit staatlicher Vollzugsorgane

1. Rechtsschutz gegen unterlassene behördliche Akte

In einem radikal-liberalen Rechtsstaatsmodell bildet den Prototyp des rechtsstaatlich gebotenen Gesetzesvollzugs jener **Eingriff** in Freiheit und Eigentum der Bürger, der zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung erforderlich ist. Soweit es darum geht, einen gesetzeswidrigen Eingriff in Freiheit und Eigentum zu beseitigen, ist ein Rechtsschutz relativ einfach zu realisieren: Ein solcher Eingriff ist von der Rechtsschutzinstanz abzuändern oder aufzuheben, und diese Änderung oder Aufhebung vollzieht sich gewissermaßen von selbst. Untätigkeit von Vollzugsorganen ist in diesem Modell aus rechtsschutzstaatlichen Gründen kein prinzipielles Problem. Sie kommt regelmäßig dem Interesse des unmittelbar Betroffenen, des Eingriffsadressaten, zugute, wenngleich uU auf Kosten von öffentlichen Interessen. Doch sind diese nach der Judikatur dem Rechtsschutzinteresse offenbar nachzureichen.³⁶ Die Probleme liegen allenfalls im Detail, etwa dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels oder der Länge einer Rechtsmittelfrist.³⁷

Aber selbst im liberalsten Rechtsstaatsmodell erschöpfen sich die gesetzlichen Handlungspflichten der Vollzugsorgane nicht in derartigen „Eingriffen“ im engsten Sinn, sondern verlangen die Gesetze auch vielfach behördliche Genehmigungen, Erlaubnisse, Konzessionen etc. Untätigkeit der Behörden wird dann schon zu einem ernsteren Problem und verlangt nach spezielleren Rechtsschutzinstrumenten. **Antragsrechte** eröffnen den Weg zum Rechtsschutz und sind jedenfalls dann, wenn es sich um einen aus einem Grundrecht ableitbaren Anspruch handelt, „aus rechtsstaatlichen Gründen“ verfassungsrechtlich geboten, wie der VfGH zum humanitären Aufenthaltsrecht, freilich etwas lakonisch und wohl nicht verabsolutierbar, judiziert hat.³⁸

³⁶ Dies illustriert die Aufhebung der gesetzlichen Ausnahme der Mehrparteienverfahren von der fünfzehnmonatigen Frist zur Entscheidung über die Berufung gegen einen Strafbescheid gem § 51 Abs 7 VStG und die pauschale Erstreckung dieser Aufhebung auf eine größere Anzahl von Verfahren, die beim VwGH anhängig waren: VfGH 6.11.2008, G 86/08. Dazu Zanger, Der Standard 17.9.2009, 35.

³⁷ Zur einschlägigen Rechtsprechung siehe Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 83; Hiesel, ÖJZ 1999, 526 f; derselbe, ÖJZ 2009, 113 f.

³⁸ VfGH 27.6.2008, G 246/07. Siehe auch VfSlg 16.981/2003 zu der – durch die Einräumung der Parteistellung eröffneten – Möglichkeit eines Nachbarn, eine „im Sinne des rechtsstaatlichen Prinzips gebotene Beseitigung einer gesetzeswidrigen Flächenwidmung aus der Rechtsordnung“ zu erreichen. Besteht allerdings kein Rechtsanspruch, so ist auch nicht die gesetzliche Einräumung eines Antragsrechts geboten; vielmehr begründet dann ein Antragsrecht erst den Anspruch. Aus dem Rechtsstaatsprinzip selbst ergibt sich nicht, dass jede objektive Rechtswidrigkeit vom Einzelnen als Verletzung subjektiver Rechte geltend gemacht werden kann: VfSlg 171.866/2006. Zur Relation von „subjektivem Recht“ und Durchsetzbarkeit siehe auch Grabenwarter, Verh 16. ÖJT Bd I/1, 13 ff.

In der Form von **Fristsetzungsanträgen**³⁹, **Devolutionsanträgen** oder **Säumnisbeschwerden** lässt sich ein solcher Rechtsschutz auch noch vergleichsweise einfach in **effektiver** Weise verwirklichen,⁴⁰ wenngleich sich hier bereits Grenzen abzeichnen: Was ist, wenn auch die letzte Rechtsschutzinstanz nicht zum Handeln bereit ist? Man kann eine weitere Instanz vorsehen und damit die Problematik hinausschieben, was aber nicht nur unvermeidlich die Effektivität des Rechtsschutzes zumindest in seiner zeitlichen Dimension, verdünnt, sondern auch, weil irgendwann einmal jeder Instanzenzug ein Ende finden muss, das Problem nicht restlos löst.

2. Rechtsschutz gegen nicht gewährte staatliche Leistungen

Die Problematik verschärft sich jedoch in nicht nur quantitativer, sondern auch qualitativer Weise, wenn es um **faktische Leistungen** geht, auf die der Bürger einen Rechtsanspruch hat.

Diese Problematik lässt sich anschaulich an dem – vergleichsweise eher banalen – Beispiel des **Auskunftsrechts** demonstrieren. Der VwGH konnte für die Ablehnung einer verlangten Auskunft zwar die Bescheidform verlangen⁴¹ und damit einen partiellen Rechtsschutz eröffnen: Er kann einen solchen Bescheid auf seine Gesetzmäßigkeit überprüfen und gegebenenfalls aufheben. Er könnte theoretisch sogar auf Grund einer Säumnisbeschwerde in der Sache selbst eine Entscheidung dahingehend treffen, dass eine verlangte Auskunft von Gesetzes wegen nicht zu erteilen ist, was der VwGH (in durchaus diskussionsbedürftiger Weise) allerdings ablehnt.⁴² Keinesfalls kann er aber die Auskunft selbst erteilen. Das kann und darf nach der geltenden Gesetzeslage nicht einmal die im Wege eines Devolutionsantrags angerufene Oberbehörde,⁴³ was sich allerdings im Sinne des Gebotes eines effektiven Rechtsschutzes⁴⁴ verfassungsrechtlich durchaus in Frage stellen ließe. Denn eine Oberbehörde hat eine ganz andere Verfügungsmacht über die Informationen einer Unterbehörde als der VwGH. Nicht zu bestreiten ist aber, dass der subjektive Rechtsschutz hier rasch an faktische Grenzen stößt.

Es ist, zumindest in spezifischen Konstellationen, möglich, diese Grenzen des subjektiven Rechtsschutzes noch weiter hinauszuschieben: durch **Sanktionsregelungen** wie eine Haftung oder eine disziplinarrechtliche oder strafrechtliche Verantwortlichkeit. In diesem Sinn haften ja die öffentlich-rechtlichen Rechtsträger

³⁹ Siehe § 91 GOG. Dazu auch *Pabel*, Das erstinstanzliche verwaltungsgerichtliche Säumnisverfahren: Anforderungen und Spielräume des Verwaltungsprozessrechts, in *Holoubek/Lang*, Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 247 (253).

⁴⁰ Zur einschlägigen Rechtsprechung (insb VfSlg 16.751/2002) siehe *Hiesel*, ÖJZ 2009, 113 f.

⁴¹ VfSlg 9151 A/1976. Näher *Wieser*, Art 20/4 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht – Kommentar (4. Lfg 2001) Rz 60 ff.

⁴² Der VwGH verneint in Auskunftsangelegenheiten die Zulässigkeit einer Säumnisbeschwerde. Anders dagegen die Lehre; siehe *Wieser*, Art 20/4 B-VG, Rz 74, mwN.

⁴³ Siehe *Wieser*, Art 20/4 B-VG, Rz 72 f.

⁴⁴ Siehe zuvor bei FN 2.

nach dem AHG durchaus auch für unzulängliche Auskünfte (um beim Beispiel des Auskunftsrechts zu bleiben).⁴⁵

Ob man eine (Minimal-)Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung derartiger Sanktionen aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten kann, erscheint allerdings fraglich. Dass man dabei jedenfalls an faktische Grenzen stößt, wird an der Kärntner Ortstafel-Geschichte deutlich. Es ist ja nicht so, dass es keine Sanktionen gegen das offensichtlich rechtswidrige Unterlassen der Aufstellung zweisprachiger Ortstafeln gegeben hätte.⁴⁶ Es hätten die Möglichkeit einer „Ministeranklage“ durch den Kärntner Landtag oder auch, vermittelt über eine Weisung, durch die Bundesregierung⁴⁷ oder die Möglichkeit einer Ersatzvornahme nach Art 16 Abs 4 und Abs 5 B-VG bestanden, ganz abgesehen von der – bekanntlich von der Staatsanwaltschaft abgelehnten – strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Nur muss eben die Bereitschaft gegeben sein, von solchen Instrumenten auch Gebrauch zu machen. Und auch wenn gegen die Unterlassung von Sanktionen wiederum Sanktionen denkbar wären: Irgendwann wird der „Rand des Rechtsstaates“ (*Jabloner*) erreicht.

3. Säumnis des Verordnungsgebers⁴⁸

Die Kärntner Ortstafel-Geschichte verweist auch noch auf eine weitere einschlägige Problematik: die **Säumnis des Verordnungsgesetzgebers**. Auch dazu gibt es ein eigenes Referat.⁴⁹ Ich möchte dem nicht vorgreifen, sondern nur diese Thematik in einen allgemeinen staatstheoretischen Zusammenhang stellen.

Es ist der moderne Leistungsstaat, der in wachsendem Ausmaß von der klassisch-rechtsstaatlichen **konditionalen** Programmierung der Vollziehung auf eine **finale** Programmierung übergegangen ist.⁵⁰ Solche Finalprogramme bedürfen vielfach einer Konkretisierung in Verordnungsform. (Die Bedeutung dieser exekutiven Rechtsetzung macht ein Blick auf die gebundenen Exemplare des BGBl deutlich: Das BGBl II übertrifft an Quantität das BGBl I längst bei weitem, was in einem merkwürdigen Spannungsverhältnis zur verfassungsrechtlichen Degradierung der Verordnung auf eine bloße nähere Ausführung eines im Wesentlichen bereits auf Gesetzesebene normierten Inhalts [Art 18 Abs 2 B-VG] steht.)

Dabei stellt sich auf der einen Seite die Frage nach den Grenzen dieser exekutiven Rechtsetzung. Die schlichte Formel, dass eine Verordnung nur näher ausführen darf, was im Wesentlichen bereits auf Gesetzesstufe normiert wurde, geht an der strukturellen Eigenart von gesetzlichen Finalprogrammen vorbei. Ihre Konkretisierung ist viel mehr als eine bloße nähere Ausgestaltung gesetzlicher Entscheidungen ohne wesentlichen normativen Mehrwert. Darin liegt das bekannte Problem der hinrei-

⁴⁵ Siehe etwa OGH, JBl 2004, 793 (797 f); näher *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007) 224 f.

⁴⁶ Dazu ausführlich *Jabloner*, ZfV 2006, 426.

⁴⁷ Art 142 Abs 2 lit d und e B-VG.

⁴⁸ Dieser Abschnitt konnte aus Zeitgründen nicht vorgetragen werden.

⁴⁹ Siehe den Beitrag von *Potacs* in diesem Band.

⁵⁰ Siehe dazu *Willke*, Ironie, 177 ff.

chenden gesetzlichen Determinierung der Verwaltung in der Form finaler Programmierung. Der VfGH toleriert die finale Determinierung von Verordnungen unter dem Druck der Faktizität. (Raumordnung etwa wäre sonst praktisch kaum möglich.) Er verlangt aber kompensatorische Verfahren, in dem die Grundlagen der Verordnung, auch unter Einbeziehung der betroffenen Bevölkerungskreise, ausreichend ermittelt werden.⁵¹ Es geht aber aus der Sicht der Normadressaten nicht immer nur um die **gesetzliche Begrenzung** der Verordnungsgewalt im Sinne eines Schutzes vor gesetzlich nicht mehr gedeckten (also überschießenden) Regelungen in Verordnungsform, sondern – speziell in der Leistungsverwaltung – eher um eine **Ausschöpfung des potentiellen Regelungsgehaltes** einer final programmierten Verordnung. In diesem Punkt wird man wohl – auch aus rechtsstaatlicher Perspektive – über einen Ausbau von Mitwirkungsrechten der Betroffenen, darüber hinaus aber auch über Rechtsansprüche auf Erlassung einer Verordnung und eine Einklagbarkeit solcher Ansprüche nachdenken müssen.⁵²

4. Der Rechtstypenzwang des verfassungsgesetzlichen Rechtsschutzsystems

Rechtsschutz gegen Verordnungen hat der VfGH zu leisten – eine Eigenheit des österreichischen Rechtssystems, weil ja Verordnungen an sich Akte der Verwaltung sind und gerade die eben angesprochene strenge Gesetzesgebundenheit der Verordnungen eher eine Rechtskontrolle durch den VfGH nahelegen würde. Aber das ist nicht mein Thema. Zu meinem Thema gehört jedoch die **Typenbindung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes**. Dieser ist im Wesentlichen nur gegen formelle Bescheide gewährleistet. Auch der Rechtsschutz gegen ein Nichthandeln, eine **Säumnis** der Verwaltung setzt nach Art 132 B-VG einen Anspruch auf einen Bescheid voraus.

Hier tut sich eine Rechtsschutzlücke auf, die allerdings der VfGH gerade durch seine Rechtsstaatsjudikatur wieder weitgehend geschlossen hat. Er leitet bekanntlich aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Bundesverfassung das Gebot ab, die verbindliche Gestaltung individueller Rechtsverhältnisse an die Bescheidform zu binden.⁵³ Eine gesetzliche Regelung ist verfassungswidrig, wenn sie einen Eingriff in die Rechtssphäre eines Betroffenen nicht als einen rechtlich bekämpfbaren Verwaltungsakt konstruiert. Und rechtlich bekämpfbar ist in aller Regel eben nur ein Bescheid.

Dennoch wird auf diese Weise die durch den Typenzwang aufgeworfene Problematik nicht vollständig gelöst.⁵⁴ Es gibt Ansprüche auf staatliches Handeln, das

⁵¹ Grundlegend VfSlg 8280/1978 („Flächenwidmungsplan Perchtoldsdorf“). Siehe ferner etwa VfSlg 15.765/2000.

⁵² Zu den sich dabei stellenden grundlegenden verfassungsrechtlichen Fragen immer noch bemerkenswert *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht Bd 1 (1988) 698 ff.

⁵³ VfSlg 13.2231992 ua; siehe *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 81; *Hiesel*, ÖJZ 2009, 112 f.

⁵⁴ Kritisch zu dieser Typenbindung auch *Holoubek*, Der Beschwerdegegenstand vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2008) 213 (217 ff); *Wiederin*, Grundfragen, 39.

sich einer Transformation in die Form eines Bescheides entzieht. Die reale Entwicklung der Verwaltung geht immer mehr in Richtung eines flexiblen Handlungsinstrumentariums. Beispielhaft sei nur auf die häufig im Vorfeld oder Umfeld eines Verwaltungsverfahrens angesiedelten – und dieses vielfach ersetzenden – informellen Absprachen, Zusagen und andere Kooperationsformen, Belehrungspflichten der Behörden sowie andere „Realakte“ und Arten eines informellen Verwaltungshandelns verwiesen. Gerade in diesem Bereich stellt sich weniger die Frage nach einem Schutz vor behördlichen **Eingriffen** als vielmehr die Frage nach Mitteln, um die Behörden zu einem solchen Handeln **zu aktivieren**. In der Regel hat der daran interessierte Bürger keinen Anspruch auf ein derartiges Tätigwerden der Verwaltung.⁵⁵

Aber auch dort, wo die Gesetzgebung kooperatives Handeln zwischen der Verwaltung und Privaten formalisiert – etwa in der Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages – und auf diese Weise Rechtsansprüche begründet, setzt dem gerade das bestehende Rechtsschutzsystem enge Grenzen: Wenn der VfGH die Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages zwar prinzipiell anerkennt, aber im Ernstfall aus Rechtsschutzgründen einen Bescheid verlangt,⁵⁶ verfälscht er in Wahrheit das Anliegen dieser verwaltungsrechtlichen Handlungsform, nämlich die Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Privaten gewissermaßen auf gleicher Augenhöhe zu gestalten.

Die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH hechelt dieser Entwicklung der Formen des Verwaltungshandelns ungefähr so hinterher wie der Hase dem Igel.

Auf die strukturelle Verwandtschaft dieser Problematik mit jener der Untätigkeit von Verwaltungsorganen in der **Privatwirtschaftsverwaltung** sei hier bloß verwiesen. Auch sie ist Thema eines eigenen Referates.⁵⁷

VI. Resümee

Dieter Grimm hat schon vor Jahren aufgezeigt, dass mit der Entwicklung des Leistungs- und Sozialstaates die Verfassung an Wirkungskraft und Problemlösungskapazität eingebüßt hat. Im liberalen Rechtsstaat, der dem Staat in erster Linie **Schranken** setzte, war das Verfassungsrecht ein perfekt geeignetes Instrumentarium, um dieses Anliegen des Bürgertums zu realisieren. Politische Ideologie und Verfassungsrecht fielen gewissermaßen in eins. „Die Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft schien abschließend geregelt, die Politik erstmals verrechtlicht.“⁵⁸ Wohlstand und Gerechtigkeit blieben dem freien Spiel der Kräfte überlassen.

⁵⁵ Darauf verweist schon *Pernthaler*, Neue Probleme des Rechtsschutzes in der österreichischen Verwaltung, JBl 1988, 354 (356).

⁵⁶ VfSlg 9226/1981, 17.101/2004 (S 57).

⁵⁷ Siehe den Beitrag von *Bezemek* in diesem Band.

⁵⁸ *Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 1972, 489 (492).

Diese Deckungsgleichheit von Gesellschaftsmodell und Verfassungsrecht besteht schon seit langem nicht mehr. Der Staat beschränkt sich nicht mehr auf punktuelle Eingriffe in eine prinzipiell der Individualentscheidung vorbehaltenen Privatsphäre, sondern übt (auch) eine lenkende und – worum es hier primär geht – eine leistende Tätigkeit aus. „Damit läuft aber das ganz auf die Bändigung des Eingriffs bezogene Verfassungsrecht (...) leer.“⁵⁹ Mit dem (durch die Wirtschaftskrise vorerst eingebremsten, aber nicht umgedrehten) Prozess der Entstaatlichung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben wird dieser Verlust an normativer Kraft der Verfassung noch potenziert.⁶⁰

Meine Überlegungen zur Untätigkeit staatlicher Vollzugsorgane im Licht des Rechtsstaatsprinzips konnten einige Belege für diese These liefern. Der Rechtsstaat stößt hier unvermeidlich an Grenzen seiner Leistungsfähigkeit. Achselzuckende Resignation ist dennoch nicht angebracht. Auch wenn Perfektion unerreichbar ist, bleibt es dennoch sinnvoll und im Lichte des Rechtsstaatsprinzips auch geboten, über mögliche Verbesserungen im Detail nachzudenken.

⁵⁹ *Grimm*, Entstehung und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in *D. Simon* (Hrsg), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (1987) 45 (74).

⁶⁰ Siehe auch dazu *Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in FS Badura (2004) 145.