

Dominik Schindl\*

## Rechtsschutz zwischen Zivil- und öffentlichem Recht

- I. Anlassfall
- II. VfGH und VwGH zur Bescheidqualität
  - A. Verortung des Problems
  - B. Bewertung
- III. Rechtsschutz nach neuer Rechtslage
  - A. Rechtsschutz durch Zivilgerichte?
  - B. Absolute Nichtigkeit?
- IV. Ergebnisse

**Abstract:** Vor Kurzem hat der Gesetzgeber auf eine bemerkenswerte Judikaturdivergenz zwischen VfGH und VwGH reagiert und klargestellt, dass die Abberufung von Kommissionsmitgliedern der Volksanwaltschaft nicht als Bescheid erfolgt, sondern ein Akt der Legislative ist. Daraus resultieren grundsätzliche Fragen des Rechtsschutzes an der Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

**Deskriptoren:** Amtshaftung; Bescheid; Fehlerkalkül; Feststellungsklage; Kausalgerichtsbarkeit; Kommissionen der Volksanwaltschaft; Nichtigkeit, absolute; Rechtsakt *sui generis*, legislativer; Rechtsschutz; Unrecht, legislatives; Volksanwaltschaft; Zulässigkeit des Rechtswegs.

**Rechtsquellen:** §§ 1, 9 AHG; §§ 33, 34, 36, 105 ff ArbVG; § 6 BHG; Art 23, 130, 137, 148a, 148c, 148h B-VG; § 24 GeO der VA; §§ 1, 42 JN; § 38 VfGG; §§ 11 ff VolksanwG; §§ 228, 230 ZPO.

### I. Anlassfall

Eine der Aufgaben der Volksanwaltschaft (VA) ist es, an Orten der Freiheitsentziehung die Wahrung der Menschenrechte zu überprüfen (Art 148a Abs 3 Z 1 B-VG). Zur Erfüllung dieses Auftrags sind der VA Kommissionen beigegeben, die als ihre „Hände, Augen und Ohren“<sup>1</sup> Kontrollbesuche durchführen (Art 148h Abs 3 B-VG; §§ 11 ff VolksanwG).

\* Der Verfasser dankt Univ.-Prof. Dr. Harald Eberhard für seine wertvollen Hinweise.

Mit der Frage nach dem Rechtsschutz gegen die vorzeitige Abberufung eines Mitglieds einer solchen Kommission wurden beide Höchstgerichte des öffentlichen Rechts konfrontiert:<sup>2</sup> Während für den VfGH eine Bescheidbeschwerde nicht möglich war, weil die Abberufung seiner Ansicht nach kein Bescheid sei, gewährte der VwGH Rechtsschutz gerade auf diesem Weg. Der Gesetzgeber hat die Rechtslage mit einer Novelle des VolksanwG<sup>3</sup> nun allerdings im Sinne der Rsp des VfGH klargestellt, weshalb sich wieder die Frage stellt, wie sich ein Kommissionsmitglied gegen die Abberufung zur Wehr setzen kann.

Der vorliegende Beitrag geht der Judikaturdivergenz nach (II.) und beleuchtet die Konsequenzen der neuen Rechtslage im Rechtsschutzsystem (III.).

### II. VfGH und VwGH zur Bescheidqualität

#### A. Verortung des Problems

Wird ein Kommissionsmitglied abberufen, liegt die Einordnung als Bescheid *prima facie* unkompliziert nahe, wenn man nur auf den Rechtsakt an sich blickt: Es handelt sich dabei – unstreitig – um einen Hoheitsakt, der in einer individuell-konkreten Angelegenheit die Rechtslage verbindlich gestaltet. Die Skepsis des VfGH rührte allerdings daher, dass Bescheide grundsätzlich nur von Organen der Verwaltung erlassen werden können,<sup>4</sup> wozu die VA nach hA nicht zählt:

<sup>1</sup> Hiesel, Die Aufwertung der Volksanwaltschaft, in: Baumgartner (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2013 (2013) 229 (237).

<sup>2</sup> Zum Verfahrensgang Eberhard/Ranacher/Weinhandl, Rechtsprechungsbericht: Landesverwaltungsgerichte, Bundesverwaltungsgericht und Verwaltungsgerichtshof, ZfV 2019, 341 (342 ff); danach noch BVwG 18.11.2019, W195 2147839-1; VfGH 24.02.2020, E 7/2020; VwGH 25.02.2020, Ra 2020/03/0003.

<sup>3</sup> BGBl I 56/2021.

<sup>4</sup> Statt aller Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2017) Rz 828 ff.

Die Diskussion um die staatsrechtliche Stellung der VA ist so alt wie die VA selbst, bei ihrer Schaffung war von einem „Fremdkörper im Verfassungsgefüge“,<sup>5</sup> „verfassungsrechtliche[m] Neuland“<sup>6</sup> und einem „Organ sui generis“<sup>7</sup> die Rede. Auch das B-VG selbst ordnet die VA keiner der drei Staatsgewalten zu, sie ist vielmehr in einem eigenen Hauptstück geregelt. Dennoch bemühte sich die Lehre ganz im Sinne eines staatsrechtlichen *quartum non datur* um Systembildung und versuchte eine Einordnung in die bekannte Trias Gesetzgebung – Verwaltung – Rechtsprechung: Teilweise wurde die VA als Verwaltungsbehörde angesehen,<sup>8</sup> die nunmehr ganz hA sieht in ihr aber ein parlamentarisches Hilfsorgan und ordnet sie daher der Legislative zu.<sup>9</sup> Daraus schloss das BVwG, dass die Abberufung ein legislativer „Rechtsakt sui generis“<sup>10</sup> und eben kein Bescheid sei, eine Rechtsauffassung, die der VfGH billigte: Er lehnte die Behandlung einer Beschwerde gegen die Entscheidung mangels Erfolgsaussichten ab (Art 144 Abs 2 B-VG), weil die Ansicht des BVwG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>11</sup> Der VfGH, dem der Fall in der Folge zur Behandlung abgetreten wurde (Art 144 Abs 3 B-VG), stellte dann zwar die Zuordnung der VA zur Gesetzgebung auch nicht in Frage, qualifizierte die Abberufung aber

dennoch als Bescheid.<sup>12</sup> In engen Grenzen können nämlich auch organisatorisch nicht zur Exekutive gehörende Organe Bescheide erlassen, und zwar im Rahmen ihrer sogenannten angelagerten Verwaltungsaufgaben, die für alle Staatsfunktionen<sup>13</sup> insbesondere in der jeweiligen Personalverwaltung anerkannt sind.<sup>14</sup>

Dass Art 148h Abs 1 B-VG solche Verwaltungsagenten an sich nur dem Vorsitzenden der VA zuweist,<sup>15</sup> die Abberufung jedoch vom Kollegium der VA ausgesprochen wird, störte den VwGH anders als den VfGH nicht. Dieses formale Argument müsse – so der VwGH – insbesondere aus rechtsstaatlichen Überlegungen in den Hintergrund treten.<sup>16</sup>

### B. Bewertung

Insgesamt spricht Vieles für die Ansicht des VwGH: Die Zuordnung der VA zur Legislative ist ohnehin nicht unumstritten, wenn sie als Hilfsorgan des Nationalrats und ihre Erledigungen als Rechtsakte *sui generis* bezeichnet werden, geht es dabei aber um etwas ganz anderes, nämlich um die Missstandskontrolle der Verwaltung.<sup>17</sup> Dabei erteilt die VA unverbindliche<sup>18</sup> Empfehlungen (Art 148c B-VG) oder hilft den Beschwerdeführern „unter der Hand“,<sup>19</sup> etwa durch bloße Auskünfte oder formlose Ersuchen

<sup>5</sup> Adamovich, Die Volksanwaltschaft im Verfassungsgefüge – Fremdkörper oder organische Fortentwicklung?, in: BMJ (Hrsg), Verfassung – Verwaltung – Gerichtsbarkeit. Österreichische Richterwoche 1977 (1978) 113 (122).

<sup>6</sup> Pickl, Die Volksanwaltschaft – ein Fall für das „sanfte Recht“, ÖHW 1987, 134 (134, 142); so dann auch das Fazit von Adamovich (FN 5) 122.

<sup>7</sup> Evers, Bemerkungen zu einem System der Verwaltungskontrolle, in: FS Hellbling (1981) 159 (167).

<sup>8</sup> Hellbling, Volksanwaltschaft eine Verwaltungsbehörde, Stb 1979 F 4, 3 (3); Klecatsky/Pickl, Die Volksanwaltschaft (1989) 28 ff.

<sup>9</sup> Schon Ermacora, Die politische Kontrolle der Verwaltung, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 531 (546); Funk, Die Volksanwaltschaft als Institution des österreichischen Staatsrechts, ZfV 1978, 1 (4 f); Thienel, Das Verfahren vor der Volksanwaltschaft, ZöR 1984, 1 (4 ff); heute etwa Kucsko-Stadlmayer, in: Korinek/Holoubek et al, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Art 148a B-VG (12. Lfg 2016) Rz 9, 11; Thienel/Leitl-Staudinger, in: Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 148a B-VG (18. Lfg 2017) Rz 3.

<sup>10</sup> BVwG 31.03.2017, W195 2147839-1 unter Berufung auf Vogl, Der neue Menschenrechtsbeirat bei der Volksanwaltschaft, in: FS Stolzlechner (2013) 679 (688); dort geht es zwar um die Abberufung von Mitgliedern des Menschenrechtsbeirats (MRB), zur Abberufung der Kommissionmitglieder aber gleichsinnig Vogl (FN 10) 701.

<sup>11</sup> VfGH 24.11.2017, E 1641/2017 (nicht im RIS veröffentlicht); in VfGH 24.02.2020, E 7/2020 konnte die Frage dann offengelassen werden.

<sup>12</sup> VwGH 26.06.2019, Ro 2018/03/0009.

<sup>13</sup> Für die Legislative etwa Art 30 Abs 6 B-VG zum Nationalrats- und Art 125 B-VG zum Rechnungshofpräsidenten (der Rechnungshof ist nach hA wie die VA ein parlamentarisches Hilfsorgan), für die Judikative Art 87 Abs 2 B-VG (monokratische Justizverwaltung); siehe Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>12</sup> (2019) Rz 572, 575, 635.

<sup>14</sup> Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1987) 26 ff; Funk (FN 9) 4 ff; Rill, Zum Verwaltungsbegriff, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 35 (42 ff).

<sup>15</sup> Grundlegend Funk (FN 9) 5 f, 9; nunmehr Kucsko-Stadlmayer, in: Korinek/Holoubek et al, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Art 148h B-VG (12. Lfg 2016) Rz 2 f, 10; Thienel/Leitl-Staudinger, in: Kneihls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Art 148h B-VG (18. Lfg 2017) Rz 2 ff jeweils mwN.

<sup>16</sup> VwGH 26.06.2019, Ro 2018/03/0009 Rz 54.

<sup>17</sup> Vgl Pickl, Der Beitrag der Volksanwaltschaft zur Rechts- und Verwaltungsreform, in: FS Rosenzweig (1988) 467 (467, 470 ff); Thienel (FN 9) 4 f; Öhlinger, Die Volksanwaltschaft, ÖVA 1977, 99 (109 f). Explizit zieht den Schluss, dass Bestellung und Abberufung der Kommissionsmitglieder Rechtsakte *sui generis* seien, soweit ersichtlich nur Vogl (FN 10) 701.

<sup>18</sup> Die Empfänger der Empfehlungen müssen freilich entweder durch Entsprechung oder durch schriftliche Stellungnahme reagieren (Art 148c B-VG, § 6 VolksanwG). Jabloner, Zu Empfehlungen der Volksanwaltschaft, Stb 1978 F 1, 3 (3) spricht insofern von „verminderter normativer Intensität“.

<sup>19</sup> Evers (FN 7) 171.

an die betroffene Behörde.<sup>20</sup> Dass unverbindliche Empfehlungen und informelle Hilfe keine Bescheide sind,<sup>21</sup> ist klar.

Dagegen ist die Abberufung – als normative Erledigung in einer individuell-konkreten Sache – bei materieller Betrachtungsweise genauso eine angelagerte Verwaltungsaufgabe wie anerkanntermaßen die Personalverwaltung durch andere Legislativ- oder Judikativorgane oder eben auch durch den Vorsitzenden der VA. Sie greift in Rechte des Einzelnen ein und ist geeignet, diese potentiell zu verletzen, was die Frage nach ihrer Einordnung und Bekämpfbarkeit erst virulent werden lässt. Die Entscheidung des VwGH – die methodisch durch eine teleologische Auslegung an der Grenze zum Analogieschluss begründet werden konnte<sup>22</sup> – war daher ein eleganter Weg, die Zuordnung der VA zur Legislative aufrechtzuerhalten und dennoch einfachen und effizienten Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte zu gewährleisten.

### III. Rechtsschutz nach neuer Rechtslage

Nach neuer Rechtslage steht diese Möglichkeit allerdings nicht mehr offen: Der novellierte § 12 Abs 1 VolksanwG<sup>23</sup> hält im Anschluss an den VfGH explizit fest, dass auch Bestellung und Abberufung der Kommissionsmitglieder Akte der Gesetzgebung und somit keine Bescheide sind. Ziel war, den Weg des VwGH zu versperren, womit klar ist, dass eine Bescheidbeschwerde ausscheidet.

Weniger klar ist jedoch, wie der Rechtsschutz dann eigentlich aussehen soll: *Raschauer* hat für derartige Konstellationen schon auf die „*beträchtlichen rechtsstaatlichen Defizite*“ hingewiesen, weil „*das österreichische Rechtssystem auf Rechtsschutz gegen die ‚Vollziehung‘ ausgerichtet ist.*“<sup>24</sup> Die Bekämpfbarkeit öffentlich-rechtlicher Akte hängt nämlich von deren Einordnung im Rechtsquellen-system ab, weil sie rechtsformengebunden ist und nur gegen bestimmte Akte – etwa den Bescheid (Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG) – Rechtsschutz besteht.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> *Kucsko-Stadlmayer*, Die Volksanwaltschaft als Rechtsschutzeinrichtung, in: FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 557 (562).

<sup>21</sup> *Ermacor*, Volksanwaltschaft 1977, Stb 1977 F 1, 1 (2); *Jablöner* (FN 18) 3; *Klecatsky/Pickl* (FN 8) 28 f., 99; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 20) 566 f.; VwSlg 10.235 A/1980.

<sup>22</sup> Vgl VwGH 26.06.2019, Ro 2018/03/0009 Rz 43 f., 50: Der VwGH selbst spricht zwar nicht von einer Analogie, sondern beruft sich auf eine völkerrechtskonforme Auslegung und rechtsstaatliche Überlegungen, um dann freilich zur Begründung der – zweifelsfrei ungeschriebenen – angelagerten Verwaltungsaufgabe des Kollegiums die Parallele zu den Verwaltungsaufgaben des Vorsitzenden zu ziehen.

<sup>23</sup> IdF BGBl I 56/2021.

<sup>24</sup> *Raschauer* (FN 4) Rz 193.

<sup>25</sup> *Öhlinger/Eberhard* (FN 13) Rz 81, 81a.

Im Nationalrat wurde in der Debatte vor Beschlussfassung der Novelle dagegen darauf hingewiesen, dass ein abberufenes Kommissionsmitglied nach neuer Rechtslage Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten bekomme.<sup>26</sup> Diese und andere Optionen sollen im Folgenden ausgelotet werden.

#### A. Rechtsschutz durch Zivilgerichte?

##### 1. Grundsätzliches

Aus prozessualer Perspektive ist für den Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zu bedenken, dass Bestellung und Abberufung der Kommissionsmitglieder – seien es nun Bescheide, seien es legislative Rechtsakte *sui generis* – jedenfalls öffentlich-rechtliche Akte sind, wie auch ein Blick in die Vergangenheit bestätigt: Die Vorläuferorgane der heutigen Besuchskommissionen wurden ursprünglich nämlich tatsächlich privatrechtlich verpflichtet,<sup>27</sup> diese vertragliche Bestellung später aber gerade durch eine öffentlich-rechtliche Beziehung<sup>28</sup> ersetzt.<sup>29</sup>

Vor diesem Hintergrund handelt es sich bei Streitigkeiten zwischen der VA und ihren Kommissionsmitgliedern allerdings nicht um bürgerliche Rechtssachen nach § 1 JN,<sup>30</sup> sodass die Zivilgerichte darüber gar nicht entscheiden dürften. Dennoch eingebrachte Klagen wären wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs schon *a limine* zurückzuweisen (§ 42 Abs 1 JN, § 230 Abs 3 ZPO).<sup>31</sup>

##### 2. Arbeitsrecht

Darüber hinaus ist nicht klar, worauf eine etwaige Klage vor den Zivilgerichten eigentlich gerichtet sein sollte. Man könnte an eine Kündigungs- oder Entlassungsanfechtung (§§ 105 ff ArbVG) denken,<sup>32</sup> der jedoch neben den prozessualen auch materiell-rechtliche Hindernisse entgegenstehen.

<sup>26</sup> Vorläufiges Stenographisches Protokoll des NR XXVII. GP 85. Sitzung (<https://www.parlament.gv.at/PAKT/STPROT/>, 18.03.2021).

<sup>27</sup> Krit dazu schon *Pöschl*, Der Menschenrechtsbeirat, JRP 2001, 47 (55 f).

<sup>28</sup> §§ 15a-15d der GeO des („alten“ – vgl §§ 15a-15c SPG idF BGBl I 146/1999) MRB BGBl II 395/1999 idF BGBl II 260/2004.

<sup>29</sup> *Funk*, Menschenrechtsbeirat, OPCAT und Nationaler Präventionsmechanismus in Österreich. Entwicklungen im kommissarischen Grundrechtsschutz, in: FS Machacek und Matscher (2008) 121 (124); zur Vorgeschichte *Jauk*, Exekutive und Menschenrechte (2004) 211 f.

<sup>30</sup> Zum Begriff der „bürgerlichen Rechtssache“ etwa *Ballon*, in: Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze I<sup>3</sup> (2013) § 1 JN Rz 61 ff.

<sup>31</sup> *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 101; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> (2021) Rz 106.

<sup>32</sup> Das erwägen *Eberhard/Ranacher/Weinhandl* (FN 2) 344.

Einerseits ist die VA nämlich wohl schon kein (betriebsratspflichtiger<sup>33</sup>) Betrieb nach § 34 ArbVG, weil sie unter die Ausnahmebestimmung des § 33 Abs 2 Z 2 ArbVG (Behörden, Ämter und sonstige Verwaltungsstellen) fällt;<sup>34</sup> andererseits sind die Kommissionsmitglieder auch keine Arbeitnehmer iSd § 36 ArbVG, weil insbesondere das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit fehlt.<sup>35</sup> Außerdem setzt die Anfechtung einer Kündigung/Entlassung und damit die Anwendbarkeit der §§ 105 ff ArbVG voraus, dass das Dienstverhältnisses zivilrechtlich aufgelöst wurde,<sup>36</sup> was jedenfalls nicht zutrifft, weil die Abberufung unabhängig von ihrer konkreten Einordnung – Bescheid oder Akt der Legislative – unstreitig hoheitlich ist.

Arbeitsrechtlicher Rechtsschutz ist für das abberufene Kommissionsmitglied daher nicht zu erwarten.

### 3. Amtshaftung

Durchaus denkbar wäre dagegen ein Schadenersatzanspruch: Die Kommissionsmitglieder werden für ihre Tätigkeit ja entlohnt (§ 24 GeO der VA<sup>37</sup>), einem ungerechtfertigt abberufenen Mitglied entgehen diese Einnahmen. Da die schädigende Abberufung ein hoheitlicher Akt ist, müsste es sich dabei um einen Anspruch nach dem AHG handeln. Damit wäre auch der Rechtsweg zulässig, weil § 9 Abs 1 AHG die Entscheidung über Amtshaftungsklagen explizit den ordentlichen Gerichten zuweist.

Schwierigkeiten könnten sich aber an anderer Stelle ergeben. Denn nach ganz hA können aus legislativem Unrecht – abseits der unionsrechtlichen Staatshaftung<sup>38</sup> – keine Amtshaftungsansprüche abgeleitet werden:<sup>39</sup> Art 23 B-VG, der die verfassungsrecht-

liche Grundlage für das AHG bildet, spricht nämlich von Schäden, die „in Vollziehung der Gesetze“ zugefügt wurden, wozu in der Systematik des B-VG nur Verwaltung und Gerichtsbarkeit, nicht aber die Gesetzgebung zählen; § 1 Abs 2 AHG bringt diese Einschränkung sogar explizit zum Ausdruck. Auch historische Überlegungen sprechen klar für die Ausklammerung legislativen Unrechts von der Amtshaftung.<sup>40</sup>

Macht man nun Ernst mit der Zuweisung der VA zur Gesetzgebung, wäre es naheliegend, dass für ihre Handlungen nicht nach dem AHG gehaftet wird.<sup>41</sup> Manche Stimmen befürworten dagegen eine analoge Anwendung der Amtshaftung für Fehlleistungen der VA,<sup>42</sup> was im Ergebnis durchaus zu begrüßen wäre:

Der Haftungsausschluss für legislatives Unrecht ist rechtspolitisch nämlich wohl schon generell zu hinterfragen,<sup>43</sup> für Akte der VA greifen aber nicht einmal jene Argumente, die sonst für eine Ausklammerung der Gesetzgebung von der Amtshaftung ins Treffen geführt werden: Weder geht es um Fehlleistungen

wicklungen des österr. Amtshaftungsrechts, JBl 1981, 113 (114), der darauf hinweist, dass auch die Gesetzgebungsorgane „insoweit in Vollziehung der Gesetze tätig seien, als sie selbst die Bundesverfassung vollziehen“ (ähnlich, im Ergebnis aber ablehnend, schon *Loebenstein/Kaniak*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz<sup>1</sup> [1951] 40 f und zuletzt *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> [2018] Rz D/10/1); dagegen *Rebhahn*, Amtshaftung und Normzweck, JBl 1981, 512 (515 f); *Ziehensack*, AHG Praxiskommentar (2011) § 1 Rz 415.

<sup>40</sup> *Paar*, Sind Regierungsvorlagen der Staatsfunktion Gesetzgebung oder der Staatsfunktion Vollziehung zuzurechnen?, JRP 2009, 234 (238 f); *Rebhahn* (FN 39) 515.

<sup>41</sup> So *Kucsko-Stadlmayer*, in: Korinek/Holoubek et al, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Art 23 B-VG (11. Lfg 2013) Rz 27; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 9) Rz 11; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) Rz 1255 Fn 5; *Thienel/Leitl-Staudinger* (FN 9) Rz 3 mit Fn 30.

<sup>42</sup> *Adamovich/Funk* (FN 14) 440; *Krejci*, Amtshaftung und allgemeines Schadenersatzrecht, in: Aicher (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 97 (102 f); *Öhlinger*, Der Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes, in: Aicher (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 121 (138 ff, insb 141); *Öhlinger/Eberhard* (FN 13) Rz 674; *Schrägel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz<sup>3</sup> (2003) § 1 Rz 57; mit anderer Begründung (VA als Verwaltungsorgan) *Klecatsky/Pickl* (FN 8) 35 und *Vrba/Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsrecht (1983) 140 f.

<sup>43</sup> Siehe nur *Karner*, Für welche Tätigkeiten haftet der Staat? – Staatshaftung für legislatives Unrecht aus österreichischer Sicht, in: Tichý/Hrádek et al (Hrsg), Odpovědnost státu za legislativní újmu. Staatshaftung für legislatives Unrecht (2012) 179 (180 ff, 185 f); diesem folgend *Koziol* (FN 39) Rz D/11/4 ff; Versuche einer Begründung bei *Öhlinger* (FN 42) 138 ff; *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 44 ff.

<sup>33</sup> Nur bei ihnen gibt es den allgemeinen Kündigungsschutz nach §§ 105 ff ArbVG (*Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II<sup>11</sup> [2020] 281).

<sup>34</sup> Dafür spricht insbesondere die Erwähnung der VA in § 13 Abs 2 PVG, weil das PVG genau auf derartige Verwaltungsstellen anwendbar ist (§ 1 Abs 4). Das in diesem Gesetz vorgesehene Verfahren zur Verständigung der Personalvertretung bei Auflösung des Dienstverhältnisses (§ 9 Abs 1 lit i, § 10 PVG) ist auf die Abberufung aber ebenso wenig anwendbar wie die §§ 105 ff ArbVG, weil die Kommissionsmitglieder in keinem Dienstverhältnis zur VA stehen (ErläutRV 1515 BlgNR XXIV. GP 11) und auch sonst keine Bediensteten gem § 1 Abs 2 PVG sind.

<sup>35</sup> Vgl zu den Kriterien *Kietaibl*, Arbeitsrecht I<sup>11</sup> (2020) 17 ff, insb 24 ff; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht<sup>3</sup> (2016) 46 f, 325, 571 ff.

<sup>36</sup> *Fellner*, BDG § 1 PVG (54. Lfg 2009) Rz 1; *Wolligger*, in: Neumayr/Reissner, ZellKomm II<sup>3</sup> (2018) § 105 ArbVG Rz 19.

<sup>37</sup> Derzeit GeO der VA 2018 BGBl II 240/2018; genauso der im Anlassfall einschlägige § 24 GeO der VA 2012 BGBl II 249/2012.

<sup>38</sup> Etwa *Öhlinger/Eberhard* (FN 13) Rz 674 f.

<sup>39</sup> Statt aller *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>6</sup> (2019) 355, 358; aA wohl nur *Klecatsky*, Notwendige Ent-

von Volksvertretern, die eine „andere ‚Qualität‘“ als sonstige Fehler des Staates haben sollen<sup>44</sup> noch wäre eine Einengung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums oder eine Haftungsausuferung zu befürchten.<sup>45</sup> Daran ändert auch die novellierte Fassung des § 12 VolksanwG nichts.

Dennoch hat diese Lösung für den konkreten Fall einen Schönheitsfehler. Denn einerseits wären stets auch die sonstigen Voraussetzungen der Amtshaftung zu prüfen, insbesondere müsste den Mitgliedern der VA als handelnden Personen eine Sorgfaltswidrigkeit vorgeworfen werden können, was bei falscher, aber vertretbarer Rechtsansicht nicht der Fall ist.<sup>46</sup> Andererseits wäre für das abberufene Kommissionsmitglied in jedem Fall nur Geldersatz für entgangene Einnahmen zu bekommen, seine Position bekäme es jedoch nicht wieder: Naturalrestitution steht amtshaftungsrechtlich ja nicht zu (§ 1 Abs 1 Satz 2 AHG).

#### 4. Zwischenfazit

Der für die neue Rechtslage erhoffte Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte gestaltet sich daher durchaus schwierig. Der Rechtsweg wäre allenfalls für eine Amtshaftungsklage zulässig, wobei man für die Anwendbarkeit des AHG auf die VA erst recht wieder auf einen Analogieschluss zurückgreifen muss. Außerdem trägt das amtshaftungsrechtliche Rechtsschutzziel – ausschließlich Geldersatz – weniger weit als die nach nunmehr überholter VwGH-Judikatur mögliche Bescheidbeschwerde, mit der eine rechtswidrige Abberufung beseitigt werden konnte. Bei Abberufung eines Kontrollorgans ist das nicht befriedigend.

#### B. Absolute Nichtigkeit?

Einen möglichen Ausweg, wie ein ungerechtfertigt abberufenes Kommissionsmitglied seine Position auch nach der neuen Rechtslage behalten könnte, zeigt allerdings die ursprüngliche Entscheidung des BVwG auf: Danach sei die Abberufung als legislativer Rechtsakt *sui generis* bei Verstößen gegen ihre Erzeugungsbedingungen absolut nichtig.<sup>47</sup> Da der Gesetzgeber die Einordnung als Akt der Gesetzgebung nunmehr positiviert hat, lohnt es sich, diesen Gedanken weiterzuverfolgen.

<sup>44</sup> So *Rebhahn* (FN 43) 44; ähnlich *Öhlinger* (FN 42) 139.

<sup>45</sup> Zu diesen Argumenten generell krit *Karner* (FN 43) 185 f.

<sup>46</sup> Etwa *Mader*, in: Schwimann/Kodek, ABGB Praxis-kommentar VII<sup>4</sup> (2017) § 1 AHG Rz 73 ff.

<sup>47</sup> BVwG 31.03.2017, W195 2147839-1; so auch *Vogl* (FN 10) 701, falls der MRB vor der Abberufung entgegen § 19 Abs 5 GeO der VA nicht angehört wurde.

#### 1. Kein Fehlerkalkül

Nach der Lehre *Merkl*s vom Fehlerkalkül muss grundsätzlich jede Rechtserzeugung scheitern, wenn gegen ihre formellen oder materiellen Voraussetzungen verstoßen wird.<sup>48</sup> Anders ist das, wenn ein sogenanntes Fehlerkalkül besteht: Sieht die Rechtsordnung etwa die Möglichkeit zur Erhebung von Rechtsmitteln vor oder ordnet sonst an, dass die Norm trotz fehlerhafter Erzeugung Bestand haben soll, ent- und besteht der Rechtsakt und kann nur im allenfalls dafür vorgesehenen Verfahren beseitigt werden.<sup>49</sup> Wo ein solches Fehlerkalkül nicht normiert ist, bleibt es bei der Grundregel: Der fehlerhafte Rechtsakt entsteht schon gar nicht, er ist absolut nichtig.

Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis hat sich praktisch freilich umgekehrt, weil die Überprüfungsmöglichkeit hoheitlicher Akte durch Anfechtung oder Erhebung eines Rechtsmittels selbstverständlich geworden ist. Wäre die Abberufung daher weiterhin als Bescheid anzusehen, würde sie trotz Rechtswidrigkeit Teil der Rechtsordnung: In der gegen sie offenstehenden Bescheidbeschwerde käme gerade das Fehlerkalkül zum Ausdruck.

Nach neuer Rechtslage ist die Abberufung als Akt der Legislative jedoch nicht anfechtbar und auch sonst ist kein Fehlerkalkül in Sicht.<sup>50</sup> Wird ein Kommissionsmitglied abberufen, ohne dass die dafür vorgesehenen Voraussetzungen vorliegen, ist daher tatsächlich absolute Nichtigkeit anzunehmen.

#### 2. Konkrete Geltendmachung

Das Problem ist damit aber noch nicht gelöst, weil nicht feststeht, ob eine konkrete Abberufung wirklich rechtswidrig und damit absolut nichtig ist. Es

<sup>48</sup> *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927, Nachdruck 1999) 195 f; *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (1923) 287, 291 ff; *Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: FS Kelsen (1931) 252 (272 ff, 292 ff); vgl schon *Kelsen*, Über Staatsunrecht, GrünhutsZ 40 (1914) 1 (85 ff).

<sup>49</sup> *Merkl*, 196 ff; *Merkl*, 293 ff; *Merkl*, 292 ff (alle FN 48 in der dortigen Reihenfolge).

<sup>50</sup> Nach *Merkl*, Justizirrtum und Rechtswahrheit, ZStW 45 (1925) 452 (464 mit Fn 6) begründet die Amtshaftung infolge ungerechtfertigter Verurteilung ein Fehlerkalkül, das die Gültigkeit des Urteils außer Zweifel stelle. Das deckt sich zwar mit der heutigen Vorstellung der Rechtskraftfähigkeit auch „falscher“ Urteile, der Schluss von möglicher Relevierung im Amtshaftungsprozess zu Gültigkeit des schädigenden Rechtsakts ist aber nicht zwingend: Es ist durchaus denkbar, dass eine absolut nichtige Handlung schon wegen des Anscheins ihrer Gültigkeit Schaden anrichtet. Die Bejahung eines möglichen Amtshaftungsanspruchs steht der potentiellen absoluten Nichtigkeit der Abberufung damit nicht entgegen; zum Verhältnis noch FN 51 und 62.

stellt sich daher die Frage nach der „Durchsetzung“ der absoluten Nichtigkeit.

Der einzige vorstellbare Weg ist, einen Rechtsschutzantrag zu stellen, für den die Rechtmäßigkeit und damit Gültigkeit der Abberufung Vorfrage ist, sodass darüber zumindest inzident entschieden werden muss. Der – auch bei absoluter Nichtigkeit an sich mögliche<sup>51</sup> – Amtshaftungsanspruch ist dafür aber denkbar ungeeignet: Verneint das Amtshaftungsgericht das Bestehen des Anspruchs schon aus anderen Gründen,<sup>52</sup> ist eine Auseinandersetzung mit der Rechtswidrigkeit der Abberufung nicht garantiert. Alternativ könnte man erwägen, nicht Schadenersatz wegen Verdienstentgangs, sondern schlicht Weiterbezahlung des Entgelts für die Kommissionstätigkeit zu begehren. Die Durchsetzung dieses Anspruchs zeigt allerdings neue Hürden auf, weil nicht eindeutig ist, auf welchem Weg sie zu erfolgen hätte. Jedenfalls handelt es sich um keine bürgerliche Rechtssache (§ 1 JN), weil der Anspruch einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis entspringt. Die Geltendmachung in einem Verwaltungsverfahren erscheint aber ebenso zweifelhaft:

Zwar ist der Vorsitzende der VA haushaltsleitendes Organ (§ 6 Abs 1 Z 2 BHG 2013) und hat als solches Verwaltungsaufgaben zu besorgen.<sup>53</sup> Vor dem Hintergrund des neuen § 12 VolksanwG, der die Abberufung durch das Kollegium der VA nunmehr explizit als Akt der Legislative einordnet, wäre es mE aber gekünstelt, die Entscheidung über die Entschädigung dann auf einmal doch als angelagerte Verwaltungstätigkeit des Vorsitzenden anzusehen. Mangels Zuständigkeit ordentlicher Gerichte oder von Verwaltungsbehörden müsste die Bezahlung – als vermögensrechtlicher Anspruch – daher im Wege der Kausalgerichtsbarkeit vor dem VfGH durchgesetzt werden (Art 137 B-VG).

Eine Leistungsklage wäre aber nicht erfolgversprechend: Die Kommissionsmitglieder werden nämlich nicht fortdauernd, sondern pro Einsatz bezahlt (§ 24 Abs 2 Z 2 GeO der VA). Falls das vermeintlich abberufene Kommissionsmitglied daher – wovon auszugehen ist – keine Besuche für die VA vorgenommen hat, bestünde ein vermögenswerter Anspruch unabhängig

<sup>51</sup> Dafür kommt es nur auf eine hinreichend enge Nahebeziehung der schädigenden Handlung zur Organfunktion an, wovon auch absolut nichtige Rechtsakte umfasst sein können, wie *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz<sup>2</sup> (1985) § 1 Rz 21 explizit betont; in der dritten Auflage fehlt dieser ausdrückliche Hinweis zwar, wenn dort gefragt wird, ob die Tätigkeit „ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur“ ist (*Schragel* [FN 42] § 1 Rz 125), trifft das auf die als Legislativakt ausgestaltete Abberufung aber genauso zu, selbst wenn sie im Einzelfall absolut nichtig sein sollte.

<sup>52</sup> Zur fehlenden Sorgfaltswidrigkeit bei Vertretbarkeit der Rechtsansicht etwa bei FN 46.

<sup>53</sup> *Thiener/Leitl-Staudinger* (FN 15) Rz 2.

von der Gültigkeit der Abberufung materiell-rechtlich gar nicht, worin sich der Anspruch auf Entlohnung vom Amtshaftungsanspruch auf Verdienstentgang unterscheidet. Eine inzidente Beurteilung der Gültigkeit wäre bei einer Leistungsklage daher nicht nötig, weil diese jedenfalls abzuweisen wäre.

### 3. Feststellungsklage vor dem VfGH

Es müsste also stattdessen ein Feststellungsbegehren über das (Weiter-)Bestehen der öffentlich-rechtlichen Beziehung erhoben werden.

Ein bescheidmäßiger Abspruch darüber scheidet jedenfalls aus, und zwar selbst dann, wenn man einen solchen anders als hier vertreten für die Entscheidung über einen konkreten Entgeltanspruch annimmt: Dass nämlich über den Bestand der öffentlich-rechtlichen Beziehung ein Feststellungsbescheid ergehen soll,<sup>54</sup> wenn Bestellung und Abberufung Akte der Legislative sind, überzeugt nicht. Es müsste daher wiederum auf die Kausalgerichtsbarkeit rekurriert werden. Auch hier sind Feststellungsklagen über vermögensrechtliche Ansprüche (Art 137 B-VG) grundsätzlich möglich, wenn es um einen feststellungsfähigen Gegenstand geht und ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung besteht (§ 38 VfGG).<sup>55</sup>

ME müsste eine Feststellungsklage daher zulässig sein: Die Frage nach dem Bestand des hier streitigen öffentlich-rechtlichen Verhältnisses ist vermögensrechtlich, weil damit die Weiterbetrauung mit den zu vergütenden Besuchen einhergeht.<sup>56</sup> Auch die anderen Voraussetzungen – für deren Auslegung auf die Überlegungen zur zivilprozessualen Feststellungsklage (§ 228 ZPO) zurückgegriffen werden kann<sup>57</sup> – liegen vor. Zwar soll die Bestellung als Kommissions-

<sup>54</sup> Zu Zulässigkeit und Voraussetzungen eines Feststellungsbescheids, die konkret wohl auch nicht vorliegen, *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>6</sup> (2018) Rz 425.

<sup>55</sup> VfSlg 19.294/2011 Pkt II.2.; dazu allgemein *Frauenberger-Pfeiler*, in: Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz* III/1<sup>3</sup> (2017) § 228 ZPO Rz 37 ff, 75 ff.

<sup>56</sup> Vgl *Ermacora*, *Der Verfassungsgerichtshof* (1956) 100 f; *Frank*, in: Kneihs/Lienbacher, *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, Art 137 B-VG (5. Lfg 2007) Rz 32. Auch im Zivilprozess ist ja ein Feststellungsbegehren über den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses ein vermögensrechtlicher Anspruch, dessen Streitwert daher zu bewerten ist (*Gitschthaler*, in: Fasching/Konecny, *Zivilprozessgesetz* I<sup>3</sup> [2013] § 58 JN Rz 12 mwN zur freilich strittigen Frage, ob für die Bewertung § 58 JN zur Anwendung kommt oder eine freie Bewertung nach § 56 Abs 2 JN möglich ist).

<sup>57</sup> Zwar kommt § 228 ZPO nicht *qua* § 35 Abs 1 VfGG unmittelbar zur Anwendung, weil § 38 VfGG die Feststellungsklage eigens normiert, die Normen stimmen aber weitestgehend überein; vgl *Hofstätter*, in: *Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vašek*, *VfGG* (2020) § 38 Rz 1 mwN.

mitglied nach den Materialien kein Dienstverhältnis begründen,<sup>58</sup> jedenfalls handelt es sich aber um eine öffentlich-rechtliche Beziehung, deren Vorliegen als Rechtsverhältnis feststellungsfähig ist.<sup>59</sup> Dass außerdem ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung besteht, ist nach dem bisher Gesagten evident. Die Feststellungsklage ist die einzige Möglichkeit des Kommissionsmitglieds, seine Weiterbetrauung durchzusetzen.

Die Judikatur des VfGH zu Feststellungsklagen ist indes kasuistisch,<sup>60</sup> ob er die hier angedachte Klage für zulässig erachten würde, ist unklar: Einmal hielt der VfGH etwa eine Klage auf „Feststellung, daß zwischen dem Kläger und der beklagten Partei [...] eine entgeltliche öffentlich-rechtliche Beziehung bestehe“, für unzulässig, weil damit „keineswegs die Feststellung des Bestandes eines Rechtsverhältnisses“ begehrt werde, sondern „daß ein [...] behauptetes Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur sei.“<sup>61</sup> Die Begründung mag dem zugrundeliegenden Fall geschuldet gewesen sein, die Entscheidung zeigt aber die Unsicherheiten für die hier behandelte Fragestellung.

#### 4. Zwischenfazit

Wird nach der neuen Rechtslage ein Kommissionsmitglied ungerechtfertigt abberufen, ist die Abberufung mangels Fehlerkalküls absolut nichtig. Die „Durchsetzung“ der absoluten Nichtigkeit in Form ihrer (inzidenten) Feststellung könnte allenfalls im Rahmen einer Feststellungsklage gemäß Art 137 B-VG, § 38 VfGG erreicht werden,<sup>62</sup> deren

<sup>58</sup> ErläutRV 1515 BlgNR XXIV. GP 11.

<sup>59</sup> VfSlg 19.294/2011 Pkt II.2.: „eine bestimmte, durch den vorgetragenen Sachverhalt konkretisierte, rechtlich geregelte Beziehung zwischen den Streitparteien“; zur Feststellungsfähigkeit des Fortbestands eines Arbeitsverhältnisses im Zivilprozess RIS-Justiz RS0039015.

<sup>60</sup> Siehe etwa die Zusammenstellung bei Hofstätter, Die Kausalgerichtsbarkeit des Verfassungsgerichtshofes (2020) 343 ff.

<sup>61</sup> VfSlg 7.171/1973 Pkt 2.

<sup>62</sup> Anzumerken ist noch, dass die Möglichkeit zu einer Klage nach Art 137 B-VG nichts am Bestehen des Amtshaftungsanspruchs ändert. Insbesondere fällt sie nicht unter die Obliegenheit zum Erheben eines Rechtsmittels nach § 2 Abs 2 AHG, zumal die Einleitung neuer, eigenständiger Verfahren davon generell nicht umfasst ist (RIS-Justiz RS0050199; Mader/Vollmaier, in: Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar VII<sup>4</sup> [2017] § 2 AHG Rz 7) und sogar eine Beschwerde an den VfGH nach Art 144 B-VG nicht unter diese Bestimmung fällt (RIS-Justiz RS0050270; Schragel [FN 42] § 2 Rz 188). Auch ein – neben § 2 Abs 2 AHG nach allgemeinen Grundsätzen zu

Zulässigkeit auf Basis der Vorjudikatur des VfGH nicht gesichert ist.

#### IV. Ergebnisse

Die durchaus spezifische Problemstellung des Falls zeigt elementare Weichenstellungen im österreichischen Rechtssystem auf, offenbart aber auch mögliche Fallstricke. Dass diese sich gerade im Zusammenhang mit der VA zeigen, entbehrt nicht einer gewissen Ironie: Die VA wurde ja als Ergänzung zum „hochentwickelte[n] Rechtssystem“ Österreichs eingeführt, das ohnehin schon ein „Musterland des Rechtsschutzes“ sei.<sup>63</sup>

Dieser Befund trifft zwar für die alte VwGH-Judikatur zu, wonach für ein abberufenes Kommissionsmitglied die Möglichkeit einer Bescheidbeschwerde und damit Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit bestand. Die nach neuer Rechtslage möglichen Ansatzpunkte – Amtshaftungsklage vor den ordentlichen Gerichten oder Feststellungsklage vor dem VfGH – sind dagegen nur bedingt geeignete Rechtsschutzinstrumente, wenn es um die Abberufung eines Kontrollorgans geht.

Unterm Strich zeigt sich daher, dass die alte Rechtslage jedenfalls vorzugswürdig war. Warum daher die – effizienten Rechtsschutz erst ermöglichenden – rechtsstaatlichen Überlegungen des VwGH „nicht zielführend“ gewesen sein sollen, wie es in der Begründung zur Novelle des § 12 VolksanwG heißt,<sup>64</sup> bleibt unklar: Genau seine Bedenken sind nunmehr ja Realität geworden.

Es ist somit zu hoffen, dass man sich das Thema zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal „genauer anschauen“ wird, wie es im Nationalrat vor Beschlussfassung der Novelle in Aussicht gestellt wurde.<sup>65</sup> Die Einordnung der Abberufung als Bescheid wäre gänzlich unschädlich, würde aber alle hier aufgezeigten Probleme auf einen Schlag sachgerecht und rechtsschutzfreundlich beseitigen.

**Korrespondenz:** Univ.-Ass. Mag. Dominik Schindl, Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, A-1020 Wien; dominik.schindl@wu.ac.at

prüfendes (Ziehensack [FN 39] § 1 Rz 888 ff, § 2 Rz 66 ff) – Mitverschulden nach § 1304 ABGB wird man einem allenfalls zu Unrecht abberufenen Kommissionsmitglied regelmäßig nicht vorwerfen können.

<sup>63</sup> ErläutRV 94 BlgNR XIV. GP 4.

<sup>64</sup> IA 1108/A XXVII. GP 2.

<sup>65</sup> Vorläufiges Stenographisches Protokoll des NR XXVII. GP 85. Sitzung (FN 26).