

## Markenrechtsreform 2019

E-Filing / PAV neu

Löschungstatbestand Titelrechtsverletzung

Zeichen und Wunder?

Revisionstatbestand  
„Überraschungs-Entscheidung“

Urlaub und Krankenstand

Schließen einander aus

Privatstiftung

Grenzüberschreitender Formwechsel

Geheimnisschutz-Verfahren

Nach UWG-Nov 2018

In der Geldwäscheprävention

Finanz- und Kreditinstitute

# Säumnis schützt vor Auskunft nicht!

*Aus Anlass eines Auskunftsersuchens der WKÖ sah sich der VwGH veranlasst, eine Lücke im Säumnisschutz bei Auskünften bzw Auskunftsverweigerungsbescheiden zu schließen. Ist ein (Bundes-)Organ mit der Auskunftserteilung säumig, hat das VwG über das Bestehen des Anspruchs auf Auskunftserteilung abzusprechen. Die bisherige Rsp des VwGH zur Rechtslage vor dem 1. 1. 2014 kann auf die VwG nicht übertragen werden.*

CHRISTIAN HOLZER / CHRISTOPH JIRAK

## A. Problemaufriss

Das Erteilen einer Auskunft, Zustellen eines Bescheids, Gewähren von Akteneinsicht oder Ausstellen einer Urkunde sind Beispiele für alltägliche faktische Handlungen von Verwaltungsorganen, ohne die eine Verwaltung nicht funktionieren könnte. Diese Verwaltungstätigkeiten werden Realakte genannt, die durch aktives und tatsächliches Handeln der zuständigen Organe gekennzeichnet sind. Allerdings lässt sich ein solcher Realakt nicht in das abgeschlossene Rechtsquellensystem des B-VG einordnen: Der Realakt ist weder Bescheid noch Rechtsverordnung noch Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ). Ihm fehlt es an einem selbständigen normativen Inhalt.<sup>1)</sup>

Der starre verfassungsrechtliche „Rechtstypenzwang“<sup>2)</sup> wird bei Realakten spätestens dann zur Herausforderung, wenn Verwaltungsorgane untätig bleiben und die begehrte faktische Handlung nicht setzen (etwa das Ausstellen eines Reisepasses, das Gewähren von Akteneinsicht oder das Erteilen einer Auskunft unterlassen): Der Bescheid einer Verwaltungsbehörde kann mit Beschwerde angefochten, die Untätigkeit einer Verwaltungsbehörde wegen Verletzung der *Entscheidungspflicht* mit Devolutionsantrag oder Säumnisbeschwerde geltend gemacht und der AuvBZ mit Maßnahmenbeschwerde bekämpft werden.<sup>3)</sup> Hingegen kann ein Realakt (bzw seine Unterlassung) diesen Beschwerdegegenständen des B-VG nicht subsumiert werden.

Der vorliegende Aufsatz widmet sich der Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeit dem Einzelnen gegen die Untätigkeit einer Verwaltungsbehörde beim Setzen eines Realakts – insb im Auskunftsrecht – zur Verfügung steht.

Zu berücksichtigen sind dabei auch die mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012 (VwGbk-Nov 2012)<sup>4)</sup> eingetretenen Veränderungen im System des Säumnisschutzes: Gerade im hier relevanten Auskunftsrecht stellte sich die Frage, ob die bisherige stRsp des VwGH zur Unzulässigkeit einer Säumnisbeschwerde an den VwGH nach Art 132 B-VG (idF vor BGBl I 2012/51) bzw § 27 VwGG (idF vor BGBl I 2013/33)<sup>5)</sup> auf die nunmehrige Säumnisbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG (nF) an die VwG zu übertragen ist.

Im Folgenden wird zunächst der Säumnisschutz bei Realakten im Allgemeinen dargestellt, sodann der bisherige (nach der Rsp bloß teilweise) Säumnis-

schutz bei Auskunftsersuchen nach dem (Bundes-)AuskunftspflichtG (APG)<sup>6)</sup> skizziert und schließlich das jüngste wegweisende Erk des VwGH<sup>7)</sup> analysiert.

## B. Bislang unterschiedlich weit reichender Säumnisschutz in der Rsp des VwGH

### 1. Vorbemerkung: Das Wesen des Säumnisschutzes

Verwaltungsbehörden trifft grds die Pflicht, über Parteianträge auf Sachentscheidung<sup>8)</sup> ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen einen Bescheid zu erlassen.<sup>9)</sup> Gegen die Verletzung dieser Entscheidungspflicht steht der den verfahrenseinleitenden Antrag stellenden Partei der Devolutionsantrag an die Berufungsbehörde<sup>10)</sup> oder (bzw und)<sup>11)</sup> die Säumnisbeschwerde an das zuständige VwG<sup>12)</sup> zur Verfügung.

Bis zur VwGbk-Nov 2012 konnte die Untätigkeit einer obersten Behörde oder eines UVS – gleichgültig, ob diese als erste Instanz, im administrativen Instanzenzug oder im Devolutionsweg angerufen

Mag. Christian Holzer und Mag. Christoph Jirak sind Rechtsanwaltsanwärtler der Schönherr Rechtsanwälte GmbH, Wien.

Die Schönherr Rechtsanwälte GmbH hat in einem Team rund um RA Mag. Johannes Stalzer die WKÖ in dem in diesem Aufsatz behandelten Auskunftsverfahren beraten.

- 1) Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2017) Rz 700.
- 2) Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht<sup>10</sup> (2014) Rz 81.
- 3) Vgl den taxativen Art 130 Abs 1 B-VG.
- 4) BGBl I 2012/51.
- 5) Im Folgenden der Einfachheit halber jeweils als alte Fassung („aF“) bezeichnet.
- 6) BGBl 1987/287. Die (im Wesentlichen gleichlautenden) Landes-Auskunftspflichtgesetze bleiben hier ausgespart.
- 7) VwGH 24. 5. 2018, Ro 2017/07/0026.
- 8) ZB auf Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung nach § 77 Abs 1 iVm § 353 GewO.
- 9) Vgl § 73 Abs 1 AVG und § 8 VwGVG. Bestimmen Sondervorfahrensvorschriften anderes, so sind die dortigen Entscheidungsfristen maßgeblich (zB § 7 Abs 2 UVP-G).
- 10) Seit Inkrafttreten der VwGbk-Nov 2012 beschränkt sich der in § 73 Abs 2 AVG geregelte Devolutionsantrag nur mehr auf Angelegenheiten im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde, für die der zweigliedrige (verwaltungsbehördliche) Instanzenzug nicht gem Art 118 Abs 4 B-VG vom Materiegesetzgeber ausgeschlossen wurde.
- 11) Ist die mit Devolutionsantrag angerufene Berufungsbehörde ihrerseits säumig, ermöglicht § 36 Abs 2 VwGVG eine Säumnisbeschwerde an das VwG.
- 12) Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG bzw § 8 VwGVG.

wurden – mit Säumnisbeschwerde an den VwGH bekämpft werden.<sup>13)</sup> Mit Inkrafttreten der VwGbk-Nov 2012 wurde die Säumnisbeschwerde an den VwGH durch den Fristsetzungsantrag ersetzt, der eine Entscheidung anstelle des VwG nicht mehr vorzulesen.<sup>14), 15)</sup>

Ist der jeweils erhobene Säumnisrechtsbehelf zulässig<sup>16)</sup> und begründet,<sup>17)</sup> so geht beim Devolutionsantrag die sachliche Zuständigkeit wie auch die Entscheidungspflicht – also die Pflicht zur Erlassung des begehrten Bescheids – sofort auf die Berufungsbehörde über. Im Fall der Säumnisbeschwerde<sup>18)</sup> kann die Behörde den begehrten Bescheid innerhalb von drei Monaten im Rahmen des Vorverfahrens erlassen („zweite Chance“).<sup>19)</sup> Holt die Behörde den Bescheid nicht nach, hat sie dem zuständigen VwG die Säumnisbeschwerde vorzulegen. Erst damit geht die Entscheidungspflicht auf das VwG über.<sup>20)</sup>

## 2. Säumnisschutz bei Realakten im Allgemeinen

Beim Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit im Fall von Realakten begegnet der Rechtsunterworfenen besonderen Problemen. Unterlässt ein Verwaltungsorgan das begehrte faktische Verhalten, so kann der Realakt nicht unmittelbar von der Säumnisinstanz verlangt werden (ein VwG kann bspw. weder einen Reisepass ausstellen noch Einsicht in den – ihm nicht einmal vorliegenden – Verwaltungsakt einer Behörde gewähren). § 73 AVG sowie § 8 VwGVG erfassen ausschließlich die verwaltungsbehördliche Pflicht zur Erlassung eines Bescheids, nicht aber das Setzen eines Realakts ohne Bescheidqualität (*Entscheidung*, nicht aber faktische *Leistung*).<sup>21)</sup> Dies ist nachvollziehbar: Der Säumnisinstanz stehen idR die notwendigen Informationen, Akten oder Dokumente zur Setzung des Realakts nicht zur Verfügung. Es ist ihr aus tatsächlichen Gründen unmöglich, das gewünschte faktische Verhalten zu setzen.

Um Rechtsschutzlücken weitgehend zu vermeiden, judizieren sowohl VwGH<sup>22)</sup> als auch VfGH,<sup>23)</sup> dass das Begehren eines Realakts implizit den Antrag an die Verwaltungsbehörde umfasst, über den Rechtsanspruch auf den Realakt im Fall seiner Verweigerung mit Bescheid zu entscheiden. Verweigert eine Verwaltungsbehörde bspw. die Akteneinsicht, hat sie einen im Instanzenweg überprüfbar Bescheid zu erlassen.<sup>24)</sup> Ist die Verwaltungsbehörde mit der *Erlassung dieses Bescheids* säumig, kann die Verletzung dieser Entscheidungspflicht im Säumnisverfahren geltend gemacht werden.

Nach der Rsp des VwGH zur Rechtslage vor der VwGbk-Nov 2012 waren sowohl Devolutionsantrag<sup>25)</sup> an die Oberbehörde als auch Säumnisbeschwerde<sup>26)</sup> an den VwGH zulässig. Die Oberbehörde bzw. der VwGH hatten dabei einzig zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für das Setzen des Realakts gegeben sind: So haben zB in der dem VwGH-Erk v. 6. 9. 2011<sup>27)</sup> zugrunde liegenden baurechtlichen Angelegenheit weder der Bürgermeister noch der mit Devolutionsantrag angerufene Gemeinderat über einen Antrag auf Akteneinsicht entschieden. Die dagegen erhobene Säumnisbeschwerde an den

VwGH hat dieser zugelassen, weil sowohl der Bürgermeister als auch der Gemeinderat über die Versagung der Akteneinsicht bescheidmäßig abzusprechen gehabt hätten. Der VwGH hat folglich in der Sache selbst entschieden und das Vorliegen der Voraussetzungen für die Akteneinsicht geprüft.

Zusammengefasst kann mit Säumnisrechtsbehelfen<sup>28)</sup> von der Säumnisinstanz nicht der Realakt als solches nachgeholt, sondern vielmehr ausschließlich geklärt werden, ob der Anspruch auf den jeweiligen Realakt besteht. Kam die Säumnisinstanz nach alter Rechtslage in ihrer Entscheidung zum Ergebnis, dass der Realakt zu setzen ist, so war im Fall des Devolutionsantrags aufgrund des gegebenen Weisungszusammenhangs<sup>29)</sup> sowie im Fall der Säumnisbeschwerde aufgrund der Bindung an die Rechtsansicht des VwGH<sup>30)</sup> mittelbar sichergestellt, dass bei einem berechtigten Anspruch der jeweilige Realakt von der säumigen Behörde gesetzt wird.

Diese Grundsätze gelten auch im nunmehrigen Säumnisschutzsystem nach Inkrafttreten der

13) Art 132 B-VG aF bzw. § 27 VwGG aF.

14) Art 133 Abs 1 Z 2 B-VG bzw. § 38 VwGG.

15) Wie bereits einleitend angemerkt, stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob die bisher im Auskunftsrecht zur Säumnisbeschwerde an den VwGH entwickelte Rsp stets auf Fälle der Säumnisbeschwerde an die VwG übertragen werden kann.

16) Die Zulässigkeit setzt die Parteistellung im Verfahren, den Erledigungsanspruch sowie den Ablauf der sechsmonatigen Entscheidungsfrist voraus; vgl. *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>6</sup> (2018) Rz 637.

17) Die Verzögerung muss auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückgehen; vgl. § 73 Abs 2 letzter Satz AVG bzw. § 8 Abs 1 letzter Satz VwGVG.

18) Die Säumnisbeschwerde ist im Unterschied zum Devolutionsantrag bei der säumigen Behörde einzubringen (§ 12 iVm § 20 VwGVG).

19) Vgl. § 16 VwGVG.

20) *Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*<sup>6</sup> Rz 1095.

21) VwGH 13. 9. 2016, Ra 2015/03/0038; s. auch *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 73 Rz 151; *Hengstschläger/Leeb*, VwGVG § 8 Rz 6.

22) VwGH 27. 11. 2014, 2013/03/0152: „Nach der Rechtsprechung besteht aufgrund eines Antrags auf Zustellung des Bescheids ein Anspruch darauf, dass entweder entsprechend diesem Antrag der Bescheid zugestellt wird oder dass dann, wenn die Behörde die Auffassung vertritt, dem Antragsteller komme in dem betreffenden Verfahren keine Parteistellung zu, darüber mit Bescheid abgesprochen wird (...).“

23) VfGH 22. 2. 2013, B 358/12: „Ein Antrag auf Ausstellung einer Urkunde, auf deren Ausstellung ein Rechtsanspruch besteht, schließt aber stets auch den Antrag mit ein, die Behörde möge feststellen, ob die Voraussetzungen für die Ausstellung der beantragten Urkunde vorliegen.“

24) Vgl. unter vielen: VwGH 22. 11. 1973, 1287/73; 10. 3. 2009, 2008/12/0022.

25) VwGH 10. 9. 2003, 2002/18/0152: „Wird die Behörde erster Instanz mit der Ausstellung einer nicht als Bescheid zu qualifizierenden Urkunde säumig, hat nämlich die im Devolutionsweg angerufene Behörde – falls sie den Anspruch als gegeben erachtet – mit Bescheid festzustellen, dass die Voraussetzungen für das Ausstellen der Urkunde vorliegen“; zur Bescheidzustellung VwGH 27. 11. 2014, 2013/03/0152.

26) Zur Ausstellung einer Urkunde VwGH 10. 9. 2003, 2002/18/0152; zur Akteneinsicht VwGH 6. 9. 2011, 2011/05/0072.

27) VwGH 6. 9. 2011, 2011/05/0072.

28) Nach alter Rechtslage sowohl mit Devolutionsantrag an die Oberbehörde als auch mit Säumnisbeschwerde an den VwGH.

29) *Wieser in Korinek/Holoubek ua* (Hrsg.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/1* (2001) Art 20/4 Rz 73.

30) Dies ergibt sich aus dem rechtsstaatlichen Prinzip; vgl. VfGH 25. 6. 2009, U 561/09; vgl. auch VwGH 29. 11. 2006, 2001/01/0453.

VwGbk-Nov 2012: Das mit Säumnisbeschwerde angerufene VwG hat zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für das Setzen des Realakts vorliegen.<sup>31)</sup> Entschieden das VwG, dass bspw die begehrte Akteneinsicht zu Unrecht verweigert wurde, so ist die untätige Verwaltungsbehörde gem § 28 Abs 5 VwGVG verpflichtet, „mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen“, also bspw Akteneinsicht zu gewähren.<sup>32), 33)</sup>

### 3. Eingeschränkter Säumnisschutz im Auskunftsrecht in der Rsp vor der VwGbk-Nov 2012

Das am 1. 1. 1988 in Kraft getretene APG sieht ein zweigeteiltes Verfahren vor: § 3 APG verpflichtet die Verwaltungsbehörde binnen acht Wochen ab Antrag die begehrte Auskunft zu erteilen. Wird eine Auskunft nicht erteilt, ist die Behörde gem § 4 APG auf Antrag des Auskunftswerbers verpflichtet, hierüber einen Bescheid zu erlassen (sog Auskunftsverweigerungsbescheid). Im Unterschied zu anderen Realakten (Akteneinsicht, Urkundenausstellung usw) ist sohin in § 4 APG mit dem ausdrücklichen Recht auf einen (negativen) Bescheid ein gesondertes „Auskunftsbescheidverfahren“<sup>34)</sup> gesetzlich<sup>35)</sup> verankert, das grundsätzlich nach dem AVG durchzuführen ist.

In Übereinstimmung mit den dargestellten Grundsätzen zu anderen Realakten kann nach der Rsp des VwGH auch im Fall eines Auskunftsbegehrens die gewünschte Auskunft nicht direkt von der Säumnisinstanz erteilt werden; die Zuständigkeit zur Auskunftserteilung geht nicht auf diese über.<sup>36)</sup> Der VwGH hat dies erstmals in seinem Erk v 14. 10. 1976, 0722/76, zum vormaligen BMG 1986 als *obiter dictum* festgehalten.<sup>37)</sup>

Kritisch ist demgegenüber, dass der VwGH bei unterlassener Erteilung des gesetzlich vorgesehenen

Auskunftsverweigerungsbescheids (!) nach § 4 APG in seiner Rsp zur Rechtslage vor Inkrafttreten der VwGbk-Nov 2012 – im Unterschied zu anderen Realakten – nur eingeschränkt Säumnisschutz gewährte. Der VwGH differenzierte dabei zwischen dem Devolutionsantrag an die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde einerseits und der Säumnisbeschwerde an den VwGH andererseits:

Der Devolutionsantrag war (wie bei anderen Realakten) zulässig. Die Oberbehörde hatte (ausschließlich) zu entscheiden, ob das Auskunftsbegehren zu Recht verweigert wurde.<sup>38)</sup>

Hingegen wurde die Säumnisbeschwerde an den VwGH nach § 27 VwGG aF wegen Untätigkeit der obersten Behörde bei Erlassung eines Auskunftsverweigerungsbescheids in beinahe<sup>39)</sup> stRsp als unzulässig erachtet.<sup>40)</sup> Diese vom VwGH angenommene Unzulässigkeit betraf jene Fälle, in denen über das Auskunftsbegehren bzw den beantragten Auskunftsverweigerungsbescheid (im Instanzenzug) überhaupt noch nicht bescheidmäßig entschieden wurde.<sup>41)</sup>

Der VwGH verwies in den zit E stets auf seine (ursprünglich zum BMG 1986 entwickelte) Ansicht, wonach auf den VwGH nicht die Pflicht übergehen könne, „eine Leistung von der Art einer Auskunftserteilung zu erbringen“. Dabei verkannte der VwGH, dass in diesen Fällen neben der begehrten Auskunft auch ein Antrag auf Auskunftsverweigerungsbescheid gestellt wurde.<sup>42), 43)</sup> Er verabsäumte es, zwischen dem Realakt der Auskunftserteilung (§ 3 APG) und dem Rechtsakt der Erlassung eines Bescheids über die Auskunftsverweigerung (§ 4 APG) zu differenzieren.<sup>44)</sup> In manchen E schien dem VwGH dies sogar bewusst gewesen zu sein, dennoch hielt er eine Säumnisbeschwerde bei unterlassenem Auskunftsverweigerungsbescheid für unzulässig.<sup>45)</sup>

31) Vgl bspw VwG Wien 24. 11. 2014, VGW-151/046/26745/2014, mHa VwGH 10. 9. 2003, 2002/18/0152; zum – unten genauer behandelten – Auskunftsrecht: VwGH 13. 9. 2016, Ra 2015/03/0038.

32) Für das Auskunftsrecht hat der VwGH dies verallgemeinerungsfähig in seiner E v 13. 9. 2016, Ra 2015/03/0038 festgehalten.

33) Im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde kann die aufgrund eines Devolutionsantrags nach § 73 Abs 2 AVG zuständig gewordene Berufungsbehörde, die im Instanzenzug untergeordnete säumige Behörde (weiterhin) mittels Weisung zur Setzung des Realakts verhalten.

34) *Jablonek in Korinek/Holoubek ua* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht IV/1 (2009) Art 132 Rz 47.

35) Nach den Gesetzesmaterialien (ErläutRV 41 BlgNR 17. GP 4) erfolgte dies aufgrund VwGH 14. 10. 1976, 0722/76, in der dieser zum damals noch geltenden § 3 Z 5 BMG 1986 festgehalten hat, dass „über den Anspruch auf Auskunft bescheidmäßig abzusprechen [ist], wenn der Anspruch verneint werden soll“, obwohl dies nach der damaligen Rechtslage nicht im Gesetz vorgesehen war.

36) Vgl zur alten Rechtslage VwGH 19. 9. 1989, 88/14/0198, betr Berufungsbehörden; dies hat der VwGH auf das Verhältnis zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten nach Inkrafttreten der VwGbk-Nov 2012 übertragen: VwGH 13. 9. 2016, Ra 2015/03/0038.

37) VwGH 14. 10. 1976, 0722/76: „(...) auf den Verwaltungsgerichtshof [kann] nur Recht und Pflicht zu einer Entscheidung, nicht aber die Pflicht übergeben, eine Leistung von der Art einer Auskunftserteilung zu erbringen (...)“.

38) VwGH 18. 10. 1994, 93/04/0069.

39) In zwei Entscheidungen hat der VwGH anklängen lassen, dass der Anspruch auf Erteilung eines Auskunftsverweigerungsbescheids auch im Säumnisbeschwerdeverfahren nach § 27 VwGG aF geltend gemacht werden kann: VwGH 15. 1. 1992, 91/12/0285; 25. 11. 1994, 94/9/1143.

40) VwGH 14. 11. 1988, 88/12/0188; 21. 6. 1989, 89/01/0191; 19. 9. 1989, 88/14/0198; 15. 1. 1990, 89/12/0239; 27. 9. 1990, 90/12/0246; 22. 2. 1991, 90/12/0214; 5. 6. 1991, 91/01/0004; 18. 12. 1991, 91/01/0064; 18. 10. 1993, 93/10/0183; 29. 11. 1993, 93/10/0137; 28. 7. 1995, 95/02/0281; 29. 7. 1998, 98/01/0214; 5. 4. 2004, 2004/10/0035; 30. 9. 2004, 2004/20/0254; 4. 11. 2004, 2004/20/0316; 30. 5. 2006, 2006/06/0089; 28. 11. 2006, 2006/06/0115; 20. 6. 2012, 2012/01/0082.

41) Eine Säumnisbeschwerde war nach Ansicht des VwGH nur zulässig, wenn die erste Instanz die Auskunft mit Bescheid nach § 4 APG verweigert hat und die übergeordnete Instanz nicht rechtzeitig über die dagegen erhobene Berufung entschieden hat; vgl *Hengstschläger/Leeb*, Verfahrensrechtliche Fragen der Auskunftspflicht gemäß Art 20 Abs 4 B-VG, JBl 2003, 354 (366) mwN.

42) Siehe beispielhaft VwGH 27. 9. 1990, 90/12/0246.

43) *Wieser in Korinek/Holoubek ua* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/1 (2001) Art 20/4 Rz 74, spricht zu Recht von einer zu kurz gegriffenen „stereotypen Begründung“; s auch die Kritik bei *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 73 Rz 153 mwN.

44) *Hengstschläger/Leeb*, JBl 2003, 366.

45) Vgl VwGH 28. 11. 2006, 2006/06/0115; 20. 6. 2012, 2012/01/0082: „Ein Auskunftsuchender ist daher bei Nichterteilung der Auskunft – auch wenn gemäß § 4 APG die Erlassung eines Bescheids begehrt wurde – nicht berechtigt, eine Säumnisbeschwerde zu erheben.“

Wie bereits festgehalten, wurde mit der VwGbk-Nov 2012 die Säumnisbeschwerde an den VwGH abgeschafft und durch den bloßen Fristsetzungsantrag ersetzt. Im Zentrum des Säumnisschutzes steht nun die Säumnisbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG an die VwG.<sup>46)</sup>

IZm Säumnisbeschwerden wegen unterlassener Erteilung von beantragten Auskunftsverweigerungsbescheiden nach § 4 APG haben die VwG unreflektiert die dargestellte Rsp des VwGH zur (alten) Säumnisbeschwerde übernommen: Die VwG erachteten sich als unzuständig und wiesen die Säumnisbeschwerde stets als unzulässig zurück.<sup>47)</sup>

## C. VwGH: Säumnisschutz im Auskunftsrecht den übrigen Realakten angeglichen

### 1. Der Anlassfall

Die Wirtschaftskammer Österreich (WKÖ) richtete ein Auskunftersuchen nach §§ 1 ff APG an die Umweltbundesamt GmbH (UBA). Für den Fall, dass die Auskunft verweigert wird, wurde gem § 4 APG ein Auskunftsverweigerungsbescheid beantragt.

Das UBA ließ das Auskunftersuchen unbeantwortet. Ebenso wenig sprach es über die Auskunftsverweigerung bescheidmässig ab.

Die WKÖ erhob Säumnisbeschwerde an das BVwG und beantragte die Feststellung, dass das UBA die Erteilung der beantragten Auskunft nach dem APG zu Unrecht verweigert habe.

Das BVwG wies die Säumnisbeschwerde als unzulässig zurück und stützte sich auf die (oben dargestellte) Rsp des VwGH, wonach eine Leistung von der Art einer Auskunftserteilung nicht von der Säumnisinstanz erbracht werden könne. Daran könne auch der Antrag auf Erlassung eines Auskunftsverweigerungsbescheids nach § 4 APG nichts ändern.

Dagegen erhob die WKÖ ordentliche Revision an den VwGH.

### 2. Klarstellung des VwGH

In seinem stattgebenden Erk v 24. 5. 2018, Ro 2017/07/0026, bekräftigte der VwGH zunächst seine bisherige Rsp, dass ein tatsächliches Verhalten wie die Auskunftserteilung nicht vom BVwG im Säumnisbeschwerdeverfahren gesetzt werden kann. Weiters erörterte der VwGH ausführlich seine bisherige Rsp zum Säumnisschutz im Auskunftsrecht und bei anderen Realakten sowie die aufgrund der VwGbk-Nov 2012 eingetretenen Änderungen.

Der VwGH erkannte (im Unterschied zu seiner bisherigen Rsp)<sup>48)</sup> zutreffend, dass es im ggst Säumnisbeschwerdeverfahren nicht um die Erteilung der begehrten Auskunft (Realakt), sondern um die Entscheidung über den Antrag auf Auskunftsverweigerungsbescheid nach § 4 APG (Rechtsakt) ging.<sup>49)</sup> Er lässt die Behörde einen solchen Bescheid nicht rechtzeitig, ist sie mit einer Sachentscheidung und nicht mit der Setzung eines Realakts in Verzug. Dies führt zur Zulässigkeit der Säumnisbeschwerde.<sup>50)</sup>

Übereinstimmend mit der Rsp zu sonstigen Realakten<sup>51)</sup> führte der VwGH aus, dass das VwG im Zuge des Säumnisbeschwerdeverfahrens entweder auszusprechen hat, dass die Auskunft verweigert wird, oder festzustellen hat, dass die Auskunft zu erteilen ist. Die Erteilung einer Auskunft selbst kann hingegen nicht Gegenstand der Entscheidung des VwG sein. Stellt das VwG fest, dass die Auskunft zu erteilen ist, ist das um Auskunft ersuchte Organ verpflichtet, den der Rechtsanschauung des VwG entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die begehrte Auskunft zu erteilen (§ 28 Abs 5 VwGVG).<sup>52)</sup>

Die vom BVwG aufgrund der bisherigen Rsp des VwGH vertretene Auffassung, dass die Zuständigkeit zur Erlassung eines Auskunftsverweigerungsbescheids nach § 4 APG nicht auf die Säumnisinstanz übergehen könne, wurde als rechtswidrig erkannt. Diese alte Rsp des VwGH zur Säumnisbeschwerde an den VwGH (§ 27 VwGG aF) kann auf die Rechtslage nach der VwGbk-Nov 2012 nicht übertragen werden.

## D. Resümee

Durch das ggst Erk des VwGH ist nunmehr Gleichklang im Säumnisschutz bei allen Realakten hergestellt: Ist eine Verwaltungsbehörde mit der Setzung eines Realakts säumig, kann der Realakt nicht vom mittels Säumnisbeschwerde angerufenen VwG<sup>53)</sup> gesetzt werden. Dieses hat jedoch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Realakt vorliegen und darüber zu entscheiden. Bejaht das VwG im Säumnisbeschwerdeverfahren das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen, hat die säumige Behörde aufgrund der Bindung an die Rechtsansicht des VwG den jeweils begehrten Realakt zu setzen.

46) Zum nur mehr ausnahmsweise zulässigen Devolutionsantrag s FN 10.

47) Vgl BVwG 2. 11. 2016, W224 2137917-1 sowie im Anlassfall BVwG 11. 8. 2017, W211 2148144-1; ebenso LVwG OÖ 9. 5. 2018, 870011/3/HW.

48) Siehe oben Pkt B.3.

49) Erk Rz 42.

50) Erk Rz 58.

51) Siehe oben Pkt B.2.

52) Erk Rz 61.

53) Bzw im eigenen Wirkungsbereich die aufgrund eines Devolutionsantrags zuständig gewordene Berufungsbehörde, vgl FN 10.

### SCHLUSSTRICH

*Beim Rechtsschutz gegen behördliche Untätigkeit begegnet der Einzelne im Fall von Realakten besonderen Herausforderungen. In einer aktuellen Entscheidung schließt der VwGH nun eine Rechtsschutzlücke im Anwendungsbereich des Auskunftspflichtgesetzes: Die Verletzung der Entscheidungspflicht über einen Antrag auf Erlassung eines Auskunftsverweigerungsbescheids bzw über die Frage, ob ein Anspruch auf Auskunftserteilung besteht, kann nun auch im Säumnisbeschwerdeverfahren vor den VwG geltend gemacht werden.*