

Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Historische Entwicklung eines schwierigen Verhältnisses

Thomas Olechowski

- 1. Einleitung**
- 2. Der Begriff des freien Ermessens im rechtshistorischen Wandel**
 - 2.1. Das freie Ermessen im Verwaltungsgerichtshofgesetz 1875
 - 2.2. Die „Entdeckung“ des unbestimmten Gesetzesbegriffes
 - 2.3. Das freie Ermessen im B-VG 1920 und die weitere Entwicklung
- 3. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen Kassations- und Reformatioinsprinzip**
 - 3.1. Das Kassationsprinzip im Verwaltungsgerichtshofgesetz 1875
 - 3.2. Kassatorische und reformatorische Kompetenz des VwGH in der Ersten Republik
- 4. Der demokratietheoretische Aspekt**

1. Einleitung¹

Als das österreichische Bundesverwaltungsgericht (BVwG) am 2.2.2017 den Bau einer dritten Piste am Flughafen Wien–Schwechat aus umweltschutzrechtlichen Gründen – wenn auch nur vorübergehend – verhinderte,² war das innenpolitische Echo groß. Die Bedeutung des Erkenntnisses für den Wirtschaftsstandort Wien, aber auch für den Umweltschutz wurde sofort klar erkannt und dementsprechend kontrovers diskutiert. Aber auch die juristische Bedeutung, die dem Erkenntnis weit über den Einzelfall hinaus zukam, wurde vielen bewusst und rückte die große politische Macht, die das BVwG offensichtlich besitzt, erstmals in den Blickpunkt der Öffentlichkeit. Es ist wohl nicht übertrieben zu sagen, dass das BVwG erst jetzt jene Aufmerksamkeit erhielt, die es eigentlich schon bei der Beschlussfassung über die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 verdient gehabt hätte. Damals jedoch wurde die grundstürzende Neuerung, die jene Novelle mit sich brachte, außerhalb von Juristenkreisen kaum wahrgenommen.

2. Der Begriff des freien Ermessens im rechtshistorischen Wandel

2.1. Das freie Ermessen im Verwaltungsgerichtshofgesetz 1875

Das BVwG teilt dieses Schicksal mit dem Verwaltungsgerichtshof (VwGH), der 1867 mit dem Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt (StGG-RiG), einem Teil der sog. Dezemberverfassung 1867, Eingang in die österreichische Rechtsordnung fand, ohne dass dies sonderlich kommentiert wurde. Der Ur-Entwurf zum StGG-RiG, der die Bestimmung über den VwGH vermutlich bereits enthielt,³ stammte vom deutschliberalen Abgeordneten *Josef Waser* aus der Steiermark, er hat sich weder damals noch später jemals zur Verwaltungsgerichtsbarkeit geäußert. 1863 hatte das Großherzogtum Baden einen Verwaltungsgerichtshof bekommen, der bei vielen ausländischen Juristen und Politikern Beachtung fand, so vermutlich auch bei Waser. Die gesamte Verfassung entstand unter großem Zeitdruck, der unscheinbaren Bestimmung des Art 15 StGG-RiG wurde kaum Beachtung geschenkt, zumindest kam weder im Verfassungsausschuss noch im Plenum des Abgeordnetenhauses eine Debatte auf, sodass selbst der damalige Justizminister, *Anton Hye von Glunek*, später einbekannte, dass er, als er seine Unterschrift unter die Verfassung setzte, sich zumindest hinsichtlich des VwGH nicht der Tragweite dieser Bestimmung völlig im Klaren war.⁴

Nach Inkrafttreten des Art 15 freilich begannen die Überlegungen, wie diese Verfassungsbestimmung ausgeführt werden könne, und Innenminister *Karl Giskra* berichtete etwas mehr als ein Jahr später, dass man bei den Beratungen zu einem Ausführungs-

1 Einzelne Abschnitte dieses Beitrages sind wortident mit Abschnitten aus meinem Beitrag „Die dritte Flughafenpiste und das Ende des Kelsen-Merkschen Verwaltungsmodells“, in *Kronschläger/Kuderer/Landl-Mrarczansky/Raml/Trentinaglia* (Hrsg), *Recht vielfältig. Perspektiven des öffentlichen Rechts* (2018) 1.

2 BVwG 2.2.2017, W109 2000179-1/291E.

3 Siehe zur Entstehungsgeschichte des StGG-RiG *Haider*, *Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahre 1867* (1997) bes 108–111.

4 *Hye* in der Plenarsitzung des Herrenhauses v 22.1.1875, in *Gautsch von Frankenthurn* (Hrsg), *Die Gesetze vom 22. October 1875 über den Verwaltungsgerichtshof mit Materialien* (1876) 45.

gesetz auf „ganz außerordentliche Schwierigkeiten“ gestoßen sei.⁵ Worin diese bestanden, kann aufgrund der dünnen Quellenlage nur vermutet werden. Offenbar bemühte sich *Giskra* um eine taxative Aufzählung jener Materien, in denen der VwGH tätig werden sollte.⁶ Diese Vorgangsweise war durchaus verständlich, folgte man damit doch den ausländischen Vorbildern, die stets zwischen „Verwaltungsstreitsachen“ (jurisdiction contentieuse) und „schlichten Verwaltungssachen“ (jurisdiction gracieuse) unterschieden und stets nur für die erste Gruppe einen gerichtlichen oder gerichtähnlichen Rechtsschutz vorsahen.⁷

Die Arbeiten wurden ergebnislos abgebrochen und erst zwei Jahre später unter der Ägide des Ministers *Joseph Unger* wieder aufgenommen.⁸ Sein Mitarbeiter *Karl Lemayer*, der als der geistige Vater des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1875 angesehen werden kann, lehnte eine taxative Aufzählung der Kompetenzen des VwGH von vorneherein ab. Er begründete dies nicht zuletzt mit dem Wortlaut der Verfassung: Hatte der ominöse Artikel 15 doch ganz allgemein bestimmt, dass sich jeder an den VwGH wenden könne, der „behauptet, durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein“.⁹ Damit war die Kompetenz des VwGH bereits generalklauselartig umschrieben, und schon aus gesetzestechnischen Gründen wäre es nicht möglich gewesen, eine positive Aufzählung aller zuständigkeitsbegründenden Materien zuwege zu bringen, die dem Verfassungsauftrag entsprochen hätte. *Lemayer* erklärte aber auch, dass sich die Zuständigkeit des VwGH ja „nicht unmittelbar aus der sachlichen Beschaffenheit der administrativen Materie“ ergebe, „sondern erst aus der mit der Disposition über diese Materie verbundenen Tangierung des individuellen Rechtskreises“.¹⁰

Die Kompetenz des VwGH sollte also eine allgemeine sein, zugleich aber, auch das ergibt sich aus den Worten *Lemayers*, sollte sie nur so weit reichen, als subjektive Rechte des Einzelnen betroffen waren. Das bedeutete zweierlei: Zum einen hatte sich der VwGH nur mit Rechts-, nicht mit Tatsachenfragen zu befassen – darauf ist hier nicht einzugehen –, zum anderen sollte das freie Ermessen von seiner Kognition ausgeschlossen sein. Dies war für *Lemayer* sogar die „selbstverständlichste, einleuchtendste, unerlässlichste Bestimmung“ seines ganzen Gesetzesentwurfs,¹¹ die im weiteren parlamentarischen Verfahren nur sprachlich präzisiert wurde: Der VwGH sollte in jenen Fällen unzuständig sein, „in denen und insoweit die Verwaltungsbehörde nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt waren“ (§ 3 lit e VwGG 1875).

5 *Giskra* in der Plenarsitzung des Abgeordnetenhauses v 22.1.1869, StPAH 4. Sess 4815 f.

6 Dies ergibt sich aus einem Hinweis bei *Lemayer*, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht (1902) 207 f.

7 Vgl die §§ 5, 15 des badischen Organisationsgesetzes v 5.10.1863, Großherzoglich Badisches Regierungs-Blatt Nr 44, faksimiliert bei *Bauer*, Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (1996) 399–414. Die Unterscheidung geht auf das französische Verwaltungsrecht zurück, wo lediglich für den Bereich der jurisdiction contentieuse die Rechtskontrolle durch den Conseil d'Etat gegeben war: *Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999) 22.

8 *Olechowski*, Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in *Fischer/Pabel/Raschauer* (Hrsg), Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) Rz 11.

9 Art 15 Abs 2 StGG 21.12.1867 RGBI 144 über die richterliche Gewalt, vgl *Olechowski*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 40 ff.

10 *Lemayer*, Begriff 208.

11 *Lemayer*, Zur Frage der Activirung des Verwaltungsgerichtshofes, GrünhutsZ 1 (1874) 738 (741).

Diese Bestimmung war eine Absage an die tradierte Lehre von der *jurisdiction contentieuse* und *jurisdiction gracieuse*. Freies Ermessen konnte vielmehr in allen Bereichen der Verwaltung auftreten, und man musste von Fall zu Fall unterscheiden, ob die Behörde einen gewissen Spielraum bei ihrer Entscheidung gehabt hatte oder nicht. Es ist das VwGG 1875, soweit erkennbar, das älteste österreichische Gesetz, das explizit von „*freiem Ermessen*“ spricht; der Begriff wurde in weiterer Folge ein Kernproblem der österreichischen Verwaltungsrechtslehre. 1892 habilitierte sich *Friedrich Tezner* mit einer Schrift zum freien Ermessen an der Universität Wien,¹² 1910 veröffentlichte *Rudolf von Laun* eine vielbeachtete Monographie zu diesem Thema,¹³ und Letztere veranlasste *Hans Kelsen*, den Druck seiner eigenen Habilitationsschrift anzuhalten und noch einen achtseitigen Exkurs zur Lehre *Launs* in den Text einzufügen.¹⁴ Kurz, kaum ein Verfassungs- und Verwaltungsrechtler konnte um den Begriff des freien Ermessens herum, grenzte er doch jenen Bereich der Verwaltung ab, der rechtlich überhaupt kontrolliert werden konnte.

2.2. Die „Entdeckung“ des unbestimmten Gesetzesbegriffes

Es darf dabei nicht verwundern, dass der Begriff des freien Ermessens zu Anfang noch etwas anders gesehen wurde als heute. Dies zeigt schon die Gesetzgebungsgeschichte. Etwa in derselben Zeit, in der der Lemayersche Entwurf in das Herrenhaus, die erste Kammer des österreichischen Reichsrates, eingebracht wurde, wütete in Wien eine Choleraepidemie, die zur Schließung mehrerer Friedhöfe aus sanitären Gründen zwang. *Anton Hye von Glunek*, einer der schärfsten Kritiker des Gesetzesentwurfes, brachte daher das für die damalige Zeit sehr aktuelle Szenario, was geschehen solle, wenn ein Minister einen Friedhof schließen lasse, der VwGH aber befände, dass die sanitären Verhältnisse durchaus ausreichend seien.¹⁵ Minister *Unger* verstand es, seine Kollegen zu beruhigen: Es handle sich hier um eine Ermessensfrage, und hier sei der VwGH nicht zuständig.¹⁶

Der moderne Jurist würde hier Einspruch erheben und sagen, dass es sich hier nicht um eine Ermessensfrage, sondern um einen unbestimmten Gesetzesbegriff handle. Doch als Rechtshistoriker muss man sich davor hüten, mehr als hundert Jahre später alles besser zu wissen. Daher darf auch die Aussage *Ungers* nicht einfach als falsch bezeichnet werden; sie spiegelt einfach den damaligen Stand der Rechtswissenschaft wider, die nach Meinung des deutschen Staatsrechtlers *Hans Heinrich Rupp* von „*Rechtspositivismus*“ und „*Begriffsjurisprudenz*“ geprägt war. Ermessen wurde in diesem Zusammenhang als „*Kompensation der Unbestimmtheit, Offenheit und Lückenhaftigkeit des abstrakt-generellen Gesetzes*“ angesehen.¹⁷ Es darf hier bezweifelt werden, dass die Begriffsjurisprudenz

12 *Tezner*, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte (1888).

13 *Laun*, Das freie Ermessen und seine Grenzen (1910).

14 *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) 503–511 = *Jestaedt* (Hrsg), Hans Kelsen Werke II (2008) 651–660.

15 *Hye* in der Plenarsitzung des Herrenhauses v 22.1.1875, in *Gautsch*, Materialien 44.

16 *Unger* in der Plenarsitzung des Herrenhauses v 22.1.1875, in *Gautsch*, Materialien 56.

17 *Rupp*, „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende, in *Fürst ua* (Hrsg), FS für Wolfgang Zeidler (1987) 455 (458 f).

dieser Ansicht tatsächlich Vorschub leistete, dass sie nicht im Gegenteil dazu tendierte, unklaren Gesetzesbegriffen einen eindeutigen Sinn zu verleihen; tatsächlich aber war es im Sinne des Rechtspositivismus – und zwar schon des älteren, nicht erst des jüngeren, von *Kelsen* und *Merkl* geprägten Rechtspositivismus –, von Gesetzesauslegung nur dann zu sprechen, wenn der Gesetzeswortlaut klar und eindeutig war oder zumindest mithilfe der Materialien erschlossen werden konnte. Was aber die Wiener rechtstheoretische Schule betrifft, so muss gesagt werden, dass *Kelsens* später so oft gescholtene Interpretationslehre ja nur die Kehrseite der von *Merkl* entwickelten Stufenbaulehre ist.

Kern dieser Lehre ist zufolge *Merkl*, dass sich die „*stufenweise Rechtserzeugung ... in einem Willens- und Denkprozesse*“ vollzieht.¹⁸ Nur konsequent ist es daher, wenn *Kelsen* erklärt, dass sich die „*Rechtsinterpretation durch das rechtsanwendende Organ*“ grundlegend von jener durch die Rechtswissenschaft unterscheidet, indem sie nicht nur Erkenntnis-, sondern auch Willensakt sei.¹⁹ Wörtlich spricht *Kelsen* noch 1960 von einer „*Vieldeutigkeit der meisten Rechtsnormen*“, die es in der Praxis fast immer unmöglich machen, dass der Rechtswissenschaftler durch Interpretation zu einem eindeutigen Ergebnis kommt; tut er es aber, so wird, „*was nur ein politisches Werturteil ist, fälschlich als wissenschaftliche Wahrheit präsentiert*“.²⁰

Kelsen, der 1930 Österreich verließ, hat zweifellos auch im Exil mitbekommen, dass sowohl die verwaltungsgerichtliche Judikatur als auch die Wissenschaft in der Zwischenzeit andere Wege als den von ihm vorgezeichneten ging. 1937 erklärte *Ludwig Adamovich sen* in einem Vortrag, dass man von freiem Ermessen nur dann sprechen könne, wenn „*der Gesetzgeber absichtlich dem Rechtsanwender verschiedene Möglichkeiten für die Lösung der Rechtsfrage, verschiedene Möglichkeiten für die Erfüllung des Verwaltungszweckes eröffnet und die vom Rechtsanwender unter diesen verschiedenen Möglichkeiten getroffene Wahl im vorhinein als gesetzmäßig anerkennt*“.²¹

Kein freies Ermessen war es demgegenüber, wenn zB die Gewerbeordnung den Begriff „*fabrikmäßig betriebene Unternehmung*“ verwendete²² und die Gewerbebehörde zu entscheiden hatte, ob ein konkreter Kleidermacherbetrieb eine derartige Unternehmung sei. Der VwGH hielt in einem Erkenntnis aus dem Jahr 1933 fest, dass die Begriffe „*Fabrik*“ und „*Fabrikmäßigkeit*“ zwar nicht im Gesetz festgeschrieben seien, dass sich aber die bisherige Verwaltungspraxis auf den allgemeinen Sprachgebrauch, die Verkehrsanschauung sowie auch auf einen einschlägigen Erlass des Handelsministeriums stütze, und dass dies daher auch im vorliegenden Fall zu erfolgen habe. „*Frei*“ sei die Behörde nur insoweit, als sie den Sachverhalt in freier Beweiswürdigung ermitteln könne; stehe aber der Sachverhalt einmal fest, so sei die Frage, ob es sich um eine Fabrik handle oder nicht, eindeutig zu beantworten.²³

18 *Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft (1923) 219.

19 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 351.

20 *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 353.

21 *Adamovich sen*, Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden und dessen Überprüfung, in Verhandlungen des VIII. Deutschen Juristentages in der Tschechoslowakei (1937) 248 (253).

22 § 1 Abs 6 Gewerbeordnung idF RGBI 1907/26.

23 VwGH 6.5.1933 A 417/30, VwSlg 17579 A.

Von diesen und einigen ähnlichen Erkenntnissen ging die Lehre vom „unbestimmten Gesetzesbegriff“ aus. In seinem bereits genannten Vortrag räumte *Adamovich sen* zwar noch ein, dass es bei diesen Begriffen einen gewissen „Auslegungsspielraum“ gebe; aber dennoch könne nur eine einzige Lösung als rechtmäßig gelten.²⁴ Konsequenterweise waren alle Fragen über die Auslegung eines Gesetzesbegriffes einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich.

Die Entstehung der Lehre vom unbestimmten Gesetzesbegriff ist in unmittelbarem Zusammenhang mit neueren Strömungen in der Rechtswissenschaft, wie vor allem der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, zu sehen, die teleologischen Methoden bei der Gesetzesinterpretation weit mehr Spielraum zu geben bereit waren, als es der Rechtspositivismus getan hatte. Ansatzweise schon in den 1930er Jahren vorhanden, brach sich diese Lehre nach 1945 vollends Bahn und kann heute als herrschend angesehen werden.²⁵

2.3. Das freie Ermessen im B-VG 1920 und die weitere Entwicklung

Die Entwicklung ging allerdings noch einen Schritt weiter: Das B-VG 1920 hatte nämlich auch den Ausschluss des freien Ermessens von der Überprüfung des VfGH selbst nicht unwesentlich modifiziert.²⁶ Eine Rechtsverletzung lag demnach nur dann nicht vor, wenn die Behörde von ihrem gesetzlich eingeräumten Ermessen „*im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat*“. Fälle des Ermessensmissbrauchs sollten somit von der Kontrolle des VfGH erfasst sein. Damit eine solche Kontrolle greifen konnte, musste jetzt aber jeder Ermächtigung ein spezifischer Sinn zugeordnet werden können, was erneut Anstoß für eine reiche Judikatur gab, die letztlich darauf hinauslief, dass der Ermessensbegriff immer weiter eingengt wurde. 1958 sprach der VfGH aus, dass freies Ermessen nicht schon dann vorliege, wenn das Gesetz keine bindende Regelung des verwaltungsbehördlichen Verhaltens enthalte. Von Ermessen könne vielmehr nur dann gesprochen werden, wenn der Gesetzgeber bewusst wolle, dass die Verwaltungsbehörde einen gewissen Entscheidungsspielraum besitze.²⁷ Damit war plötzlich ein Auftrag an den Gesetzgeber formuliert: Er musste Gesetze so formulieren, dass die Aufgaben der Verwaltungsbehörde so klar beschrieben waren, dass sie von VfGH und VwGH überprüft werden konnten – andernfalls verstieß das Gesetz gegen das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG und war damit selbst rechtswidrig!²⁸

Der VfGH forderte seit einem richtungsweisenden Erkenntnis aus dem Jahr 1962 stets, dass Ermessensbescheide darlegen müssten, welche Feststellungen und Erwägungen für

24 *Adamovich sen*, Ermessen 252.

25 *Rupp*, Ermessen 461.

26 Die Bestimmung wurde erst in einer relativ späten Phase der Verfassungswertung dem Verfassungsunterausschluss vorgelegt und stammt entweder von Kelsen selbst oder von den „*Experten des Gesetzgebungsdienstes der Staatskanzlei*“, *Georg Froehlich* und *Egbert Mannlicher*. Vgl *Ermacora*, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1967) 492 f. Nach *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 242, stellte der Verfassungsgeber allerdings nur eine schon seit längerem geübte verwaltungsgerichtliche Praxis auf eine legale Grundlage.

27 VfSlg 3317/1958.

28 *Klecatsky*, Der Verwaltungsgerichtshof und das Gesetz, in 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1966) 46 (49).

sie maßgebend waren, dass sie das Ermessen so und nicht anders ausgeübt hat.²⁹ Von hier war es nur mehr ein relativ kurzer Schritt zu der Formulierung *Gerold Dünser* im „Handbuch Verwaltungsgerichte“ aus dem Jahr 2013, dass die Behörde „in der Begründung einer Ermessensentscheidung in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise darzulegen“ habe, warum ihrer Ansicht nach „diese – und keine andere – Ermessensübung rechtlich geboten, weil dem Sinn des Gesetzes entsprechend war“.³⁰ Es ist bezeichnend, dass das BVwG in seinem „Flughafen-Erkenntnis“ auch auf diesen Artikel von *Dünser* (wenn auch auf eine andere als die eben zitierte Stelle) Bezug nahm.³¹

3. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen Kassations- und Reformationsprinzip

3.1. Das Kassationsprinzip im Verwaltungsgerichtshofgesetz 1875

Damit jedoch wieder zurück in das Jahr 1871, als *Karl Lemayer* seinen Entwurf des VwGG erstellte. Es war diese Beschränkung auf die Rechtskontrolle, dieser Ausschluss des freien Ermessens – wie immer man ihn deuten wollte, der ihn dazu bewog, die Kompetenz des VwGH noch auf eine andere Art, und sehr weitreichend, einzuschränken: der VwGH sollte nicht in der Sache selbst entscheiden können, er sollte lediglich kassieren dürfen. Das Kassationsprinzip – laut *Hye* der „*eigentliche Nerv*“ des ganzen VwGG³² – war unmittelbare Folge des Umstandes, dass der VwGH weder den ordnungsgemäß von der Verwaltungsbehörde ermittelten Sachverhalt noch das von ihr ausgeübte freie Ermessen überprüfen konnte. Ein meritorisch, oder richtiger: reformatorisch entscheidender VwGH hätte sein Erkenntnis an die Stelle der verwaltungsbehördlichen Entscheidung gesetzt; er wäre Teil der Verwaltung geworden. Wie undenkbar dieses Szenario für die Zeitgenossen war, zeigt deutlich die ungelene Wortmeldung des Innenministers *Joseph Lasser* in den parlamentarischen Verhandlungen: „... das ist nicht denkbar und nicht ausführbar; das – es braucht keines Beweises – das geht einfach nicht!“³³ Eleganter formulierte es sein Amtskollege *Unger*: Der VwGH solle „*judiciren, er darf aber nicht administriren*“.³⁴

Unumstritten war dieser Punkt beileibe nicht. Zahlreiche Abgeordnete waren der Ansicht, dass nur eine reformatorische Kompetenz dem „*Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*“ entspreche³⁵ und dass eine Kassation nur zu endlosen Kaskadenspielen führen würde, indem die Verwaltungsbehörde, ein zweites Mal mit derselben Sache befasst, nur mit einer anderen Argumentation zum selben Ergebnis wie beim ersten Mal kommen

29 *Klecatsky*, Verwaltungsgerichtshof 49 f. Das zitierte Erkenntnis des VwGH 24.5.1962, 509/57 und 510/57 (nicht in der VwSlgNF abgedruckt), ist dort auszugsweise wiedergegeben.

30 *Dünser*, Ermessenskontrolle durch Gerichte? Ermessen und öffentliche Interessen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in *Larcher* (Hrsg.), Handbuch Verwaltungsgerichte (2013) 229 (234).

31 BVwG 2.2.2017, W109 2000179-1/291E, Abschnitt 4.5.2, unter Bezugnahme auf *Dünser*, Ermessenskontrolle 245, zur Frage der Interessenabwägung.

32 *Hye* in der Plenarsitzung des Herrenhauses v 22.1.1875, in *Gautsch*, Materialien 26.

33 *Lasser* in der Plenarsitzung des Herrenhauses v 22.1.1875, in *Gautsch*, Materialien 76.

34 *Unger* in der Plenarsitzung des Herrenhauses v 23.1.1875, in *Gautsch*, Materialien 102.

35 So etwa *Plener* in der Plenarsitzung des Abgeordnetenhauses v 18.3.1875, in *Gautsch*, Materialien 180.

würde. Nur wenige Abgeordnete erkannten schon damals, dass der VwGH ja mit jeder Kassation implizit sage, wie das Gesetz richtig anzuwenden sei. Der endgültige Gesetzestext enthielt dann auch die Bestimmung, dass die Behörden bei ihren weiteren Verfügungen an die Rechtsanschauung des VwGH gebunden seien, was fünfzig Jahre später *Hans Kelsen* zur Aussage veranlasste, dass den verwaltungsgerichtlichen Erkenntnissen immerhin eine „indirekt (...) reformatorische Wirkung“ zukomme.³⁶

3.2. Kassatorische und reformatorische Kompetenz des VwGH in der Ersten Republik

1920 wurde aus dieser indirekten eine direkte reformatorische Wirkung. Der Entstehungsprozess des B-VG ist im Allgemeinen sehr genau dokumentiert; gerade in diesem Fall sind die Quellen jedoch unbefriedigend. Der sog Privatentwurf Mayr³⁷ enthielt, ohne nähere Motivierung, erstmals die Bestimmung, dass der VwGH auch „in der Sache selbst“ entscheiden können solle, was in einem anonymen Gutachten stark kritisiert wurde. Der VwGH würde damit eine „Stellung erhalten ..., die weit über seine bisherige hinausginge“, er wäre dann gar kein „Verwaltungsgericht im eigentlichen Sinne, sondern Eine höhere, allerdings mit unabhängigen Richtern besetzte administrative Instanz“.³⁸ Im weiteren Verlauf der Verfassungsentstehung wurde daher die Bestimmung entscheidend abgeändert: „Der Verwaltungsgerichtshof kann in der Sache selbst entscheiden, soweit nicht die Behörde nach den Bestimmungen des Gesetzes zur Entscheidung oder Verfügung nach freiem Ermessen befugt ist“ (Art 133 Abs 3 B-VG 1920 Stammfassung). Selten sieht man die beiden Problemfelder der Kassatorik und des freien Ermessens so deutlich kombiniert wie hier.

Zugleich aber zeigt diese Episode in der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sehr Theorie und Praxis auseinanderklaffen können. Diese an sich revolutionäre Bestimmung vermochte nämlich in der Praxis kaum irgendeine Wirkung zu entfalten. Über die Gründe kann nur gerätselt werden, zu vermuten ist aber, dass der VwGH kaum jemals in die Lage kam, festzustellen, dass der Behörde überhaupt kein Ermessen zukam, wurde doch der Ermessensbegriff zu jener Zeit, wie gezeigt, wesentlich weiter aufgefasst als heute. Jedenfalls kam das Instrument der reformatorischen Entscheidung nach Art 133 Abs 3 B-VG 1920 in den folgenden fünf Jahren nur 14 Mal zum Einsatz, und meist ging es dabei nur darum, dass nicht nur der letztinstanzliche, sondern auch der erstinstanzliche Bescheid aufgehoben oder auch eine frühere Entscheidung einer Verwaltungsbehörde wiederholt wurde.³⁹ Bereits 1925 rückte der Verfassungsgesetzgeber daher von der hier getroffenen Lösung wieder ab.⁴⁰ In den folgenden Jahren blieb es dann beim Prinzip der Kassation.

36 *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923) 68.

37 Es handelt sich um einen auf den Kelsen-Entwürfen basierenden Verfassungsentwurf, der von Staatssekretär *Mayr* zur Grundlage seiner Diskussionen mit den Ländern erklärt wurde, der jedoch nicht als offizieller Regierungsentwurf anerkannt wurde, weshalb er die Bezeichnung „Privatentwurf“ erhielt: *Schmitz*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung (1981) 69.

38 Abgedruckt bei *Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920 (1989) 180.

39 *Olechowski*, Zwischen Kassation und Reformation, ÖJZ 1999, 584.

40 Der an der Reform maßgeblich beteiligte *Egbert Mannlicher* beklagte 1926, dass das 1920 erhoffte Ziel einer Verbesserung des Rechtsschutzes kaum erreicht worden war: *Mannlicher*, Die österreichische Verwaltungsreform des Jahres 1925, ZÖR V (1926) 357, 391. 1929 wurde stattdessen die Möglichkeit eingeführt, Strafbescheide nach Billigkeit zu mildern oder zu verschärfen; auch hier handelt es sich um eine reformatorische Kompetenz, doch ist hier nicht weiter darauf einzugehen; vgl näher *Olechowski*, ÖJZ 1999, 584 f.

4. Der demokratietheoretische Aspekt

Aus alledem ist der enge Zusammenhang zwischen der Lehre vom freien Ermessen und der Beschränkung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf das Kassationsprinzip deutlich erkennbar. Dies führt zur Frage, warum eigentlich nur eine Verwaltungsbehörde freies Ermessen ausüben können soll und nicht ein Gericht. Die Antwort kann hier wiederum, so wie die ganzen Ausführungen vorhin, nur in einer rechtshistorischen Art und Weise gegeben werden, unter Zugrundelegung einer Vorstellung von Verwaltung, wie sie das 19. Jahrhundert und auch einen großen Teil des 20. Jahrhunderts prägte: Die Verwaltung erschien hier als ein streng hierarchisch gegliederter Organisationskörper, wo Weisungen der obersten Organe über diverse Zwischenstufen bis zum letzten Verwaltungsbeamten durchdringen konnten – Art 20 Abs 1 B-VG ist Ausdruck dieses Verwaltungsmodells. Das Ideal des Verwaltungsbeamten aber war seit dem „Hirtenbrief“ *Josephs II.* von 1783 durch völlige Unterwerfung unter den Staat, dh unbedingten Gehorsam gegenüber dem Vorgesetzten gekennzeichnet.⁴¹

Dass in diesem System die Gerichte – in der Praxis schon seit Beginn des 19. Jahrhunderts, verfassungsrechtlich garantiert seit 1849 – unabhängig werden konnten, bedeutete eine empfindliche Machteinbuße für den Monarchen. Diese rechtsstaatlich höchst bedeutsame Errungenschaft hatte den Preis, dass der Wirkungskreis der Gerichte etwa zur selben Zeit auf das Zivil- und Strafrecht eingeschränkt wurde. „*Alles übrige*“⁴² vom Apothekenrecht über das Bau-, Forst- und Gewerbeamt bis hin zum Wasserrecht,⁴³ blieb dem Monarchen und dem von ihm abhängigen Verwaltungsbehörden vorbehalten.⁴⁴

Zwar gab es schon im Gefolge der Revolution 1848 und dann wieder nach Ausrufung der Republik 1918 mehrfache Bestrebungen, die hierarchische Verwaltung zugunsten eines demokratischen Verwaltungsmodells zurückzudrängen.⁴⁵ Doch erkannten *Hans Kelsen* und *Adolf Merkl* schon bald, dass eine „*Demokratisierung der Verwaltung*“, etwa durch gewählte statt ernannte Verwaltungsorgane, einer Demokratisierung des Staates zuwiderlaufe, weil dann die obersten demokratischen Staatsorgane Schwierigkeiten hätten, ihren Willen auch überall durchzusetzen.⁴⁶ Kurzerhand erklärten sie die hierarchische Verwaltung, wie sie im Wesentlichen in der Ära des Absolutismus geschaffen wor-

41 *Joseph II.*, Erinnerung an die Staatsbeamten (sog Hirtenbrief) (1783), auszugsweise bei *Hoke/Reiter* (Hrsg), Quellensammlung zur österreichischen und deutschen Rechtsgeschichte (1993) Nr 1470.

42 So die Formulierung des niederösterreichischen Regierungspräsidenten *Franz Graf Saurau* in einem 1797 vor dem Kaiser gehaltenen Vortrag, vgl dazu *Olechowski*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 24.

43 Damit sollen nur beispielhaft einige typische Verwaltungsmaterien aufgezählt werden. Dass eine vollständige Umschreibung der Materien des Verwaltungsrechts unmöglich ist, hat schon *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 21 ff, bewiesen. Vielmehr hat gerade er betont, dass Verwaltungsrecht eben jener Rechtsbereich ist, der durch weisungsgebundene Organe vollzogen wird. Dass diese Ansicht in modernen Darstellungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts nicht mehr aufrechterhalten wird (vgl etwa *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ [2017] 33), soll hier nur angedeutet werden.

44 *Kelsen*, Justiz und Verwaltung (1929), ND in *Klecatsky/Marcic/Schambeck* (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule² (2010) 1460 (1467); *Jablonek*, Rechtsstaatskonzepte. Gedanken zur Unabhängigkeit in Justiz und Verwaltung, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Rechtsstaat und Unabhängigkeit (2007) 18 (19).

45 *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat (1991) 121 ff; *Olechowski*, Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie, in *Ehs* (Hrsg), Hans Kelsen (2009) 113 (122).

46 *Kelsen*, Demokratisierung der Verwaltung (1921), ND in *Klecatsky/Marcic/Schambeck* 1295; *Merkl*, Demokratie und Verwaltung (1923).

den war, nicht nur für kompatibel mit, sondern sogar als notwendig für das Bestehen einer Demokratie. In die Literatur ist dieses Modell daher auch als „Kelsen-Merksches Modell“ eingegangen.⁴⁷

Den Weisungen kam in diesem System die Funktion zu, gerade das Ermessen, also den politischen Spielraum der Behörden, zu dirigieren. Von der Kontrolle des VwGH war das freie Ermessen ausgenommen; er hatte nur jene Bescheide, die nicht mehr innerhalb des gesetzlichen Rahmens standen, zu kassieren, worauf die Behörde einen neuen Bescheid erlassen musste – und sie, nicht der VwGH, hatten im fortgesetzten Verfahren wiederum Ermessen zu üben.

Ausnahmen von diesem Prinzip gab es schon früh: Zu nennen sind hier natürlich die weisungsfreien Verwaltungsbehörden, wie insbesondere die Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, sowie die oben erwähnten Fälle, in denen der VwGH reformatorisch entscheiden durfte.⁴⁸ Hinzuzufügen wäre dem insbesondere noch die Kompetenz des VwGH, der in Fällen der Säumnisbeschwerde selbst einen Bescheid erließ und auch hier sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltungsbehörden setzte. Dass also der VwGH sowie die neuen erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte 2014 die Befugnis zur reformatorischen Entscheidung erhielten, war also nichts prinzipiell Neues. Neu war lediglich das Ausmaß, in dem die Befugnis zur Ausübung von freiem Ermessen an weisungsunabhängige Vollzugsorgane übertragen wurde.

Dies war auch letztlich der Kern des Aufschreis, der insbesondere durch die Länder in Reaktion auf die verwaltungsgerichtliche Entscheidung ging. Der Vorsitzende der Landeshauptleutekonferenz richtete einen Brief an Bundeskanzler, Vizekanzler und Umweltminister, in dem er erklärte, dass die Entscheidung, ob Umweltinteressen über sonstigen öffentlichen Interessen stünden, nicht von Richtern, sondern nur von demokratisch dazu legitimierten Organen getroffen werden dürfe.⁴⁹ Und auch in der Beschwerde, die gegen die Entscheidung beim VfGH eingebracht wurde, hieß es, dass es „mit den Grundsätzen der demokratischen Staatsorganisation unvereinbar“ wäre, wenn ein Gericht in einem „derart uferlosen und nicht näher determinierten Umfang“ Gesetze auslege, Interessen abwäge und Ermessensentscheidungen treffe.⁵⁰ Bemerkenswerterweise gingen die Beschwerdegegner auf diesen Punkt so gut wie nicht ein. Lediglich die mitteilte Partei B. F. erklärte, dass diese Argumentation „keinerlei verfassungsrechtliche Relevanz“ besitze.⁵¹

Die Kompetenz des BVwG zur Erlassung von reformatorischen Entscheidungen ist in Art 130 Abs 4 B-VG geregelt, der im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 seine heutige Fassung erhielt. Der Hinweis der Beschwerdeführer auf „Grundsätze

47 Vgl etwa *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung (1975) 34; *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 170.

48 *Olechowski*, Historische Entwicklung Rz 13, Rz 21.

49 Die ausführlichste Berichterstattung erfolgte in den Salzburger Nachrichten: <https://www.sn.at/wirtschaft/oesterreich/landeschefs-fordern-gerichts-entmachtung-im-umweltrecht-7772632> (30.9.2017). Siehe auch die Zusammenstellung der übrigen Pressestimmen auf der Homepage der Verwaltungsrichtervereinigung: <https://uvsvereinigung.wordpress.com/2017/04/page/2> (30.9.2017).

50 Zit n VfGH 29.6.2017 E 875/2017-32, E 886/2017-31, VfSlg 20.185, Rz 13.

51 Zit n VfGH 29.6.2017 E 875/2017-32, E 886/2017-31, VfSlg 20.185, Rz 147.