

ZNR!

Herausgegeben
von
Wilhelm Brauneder
Wien
Pio Caroni
Bern
Diethelm Klippel
Bayreuth
Jan Schröder
Tübingen
Reiner Schulze
Münster

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte

Sonderdruck

Beiträge

WERNER ZIPS, Wien „Das doppelschneidige Schwert“	1
YOICHI NISHIKAWA, Tokyo Feudalismus und Staat - Zur Entstehung der Systematik der japanischen Rechtsgeschichte	19
ANDRZEJ DZIADZIO, Krakau Der Begriff des „freien Ermessens“ in der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes 1876-1918	39
HELMUT SLAPNICKA, Linz/Donau Autobiografien dreier tschechischer Rechtslehrer: Frantisek (Franz) Weyr, Vladimir Kubes, Viktor Knapp	63

Länderbericht

RON HARRIS - ALEXANDRE KEDAR - PNINA LAHAV - ASS AF LIKHOVSKI, Tel Aviv Israelische Rechtsgeschichte: Vergangenheit und Gegenwart	70
---	----

Literaturbericht

JÜRGEN ZARUSKY, München Doppelstaat und Rasserecht	95
---	----

Literatur (Literaturverzeichnis siehe 2. und 3. Umschlagseite)	112
---	-----

Zeitschriftenschau	167
---------------------------	-----

Impressum	176
------------------	-----

Printed in Austria

25. Jahrgang 2003 Nr. 1/2 MANZ2?

ANDRZEJ DZIADZIO, Krakau

Der Begriff des „freien Ermessens“ in der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes 1876-1918

I. Einführung; II. „Freies Ermessen“ der Verwaltungsorgane nach Auffassung des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof; III. Standpunkt der österreichischen Rechtswissenschaft in der Frage der Kontrolle des „freien Ermessens“ durch den Verwaltungsgerichtshof; IV. Umfang der Kontrolle des „freien Ermessens“ im Lichte der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes: 1. Freies Ermessen und Schutz des Eigentums, 2. „Freies Ermessen“ und Wirtschaftsfreiheit, 3. „Freies Ermessen“ und unbestimmte Begriffe; V. Schlussbemerkungen.

I. Einführung

Vor vielen Jahren wurde in dem inzwischen monumental gewordenen Werk „Die Habsburgermonarchie 1848-1918“ die Frage aufgeworfen, ob die österreichische konstitutionelle Monarchie ein vorbildlicher Rechtsstaat gewesen sei. Diese Frage sollte die Zuverlässigkeit und Fachkundigkeit der damaligen Verwaltung suggerieren, die somit dem Ausbau des Rechtsstaates einen guten Dienst erwiesen habe¹⁾. Man muss aber bemerken, dass diese ihre Eigenschaften, obwohl für den Aufbau eines Rechtsstaates von Gewicht, das Wesen desselben nicht ausschöpfen. Eine maßgeblichere Antwort auf die gestellte Frage kann die Analyse der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichtsbarkeit bringen, unter deren Einfluss sich ja die gesetzmäßige Tätigkeit der Verwaltung gestaltete.

Für das erörterte Problem wird also die Bestimmung der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht ohne Bedeutung sein, vor allen Dingen unter Berücksichtigung des Begriffes „freies Ermessen“, der eine die Kontrolle ausschließende Tätigkeitssphäre der Verwaltung darstellt. „Freies Ermessen“ wurde ziemlich allgemein für das letzte Relikt des Polizeistaates gehalten. Es gab nämlich der Verwaltung immer noch das Recht auf ein arbiträres Handeln. Die Darstellung der Auslegung dieses Begriffes durch den österreichischen Verwaltungsgerichtshof wird eine umfassendere Beurteilung der Habsburgermonarchie als Rechtsstaat ermöglichen²⁾.

Folgende Abkürzungen werden verwendet:

AVA = Allgemeines Verwaltungsarchiv (Wien)

Grünhuts Zs = (Grünhuts) Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart

Habsburgermonarchie = A. Wandruszka-P. Urbanitsch (Hrsg), Die Habsburgermonarchie 1848-1918, II: Verwaltung und Rechtswesen, 1975

RG = Reichsgericht (österreich)

RGBL = Reichsgesetzblatt (österreich)

VwGH = Verwaltungsgerichtshof

ZÜA Prag = Zentrales Staatsarchiv in Prag (Státní ústřední archiv v Praze)

¹⁾ Habsburgermonarchie, XVIII. Vgl auch W. Ogris, Der Beamte in der Habsburgermonarchie, in: Die Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungswissenschaft 18, 1985, 221 f.

²⁾ Für die Frage des „freien Ermessens“ im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich in der Zeit der Monarchie, vor allem aber in Anknüpfung an die Vorkriegszeit und die Gegenwart, zeigten Interesse: K. Ehrhart, Vom freien Ermessen, unbestimmten Begriffen und dem Verwaltungsgerichtshof, in: Juristische Blätter 1948, 465-469; R. Klecatsky, Der Verwaltungsgerichtshof und das Gesetz, in: 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, 1966, 46-52; E. Putz, Gesetzliche Ordnung und freies Ermessen, in: ebda 53-55. Siehe auch H. Ehmke, „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Ver-

Als Verwaltungsgericht besaß Österreich, dh der cisleithanische Staat in der Realunion Österreich - Ungarn, den 1875 gegründeten eininstanzlichen Verwaltungsgerichtshof (VwGH), der ausschließlich kassatorische Befugnisse besaß. Neben ihm bestand als Verfassungsgericht das 1867 eingesetzte und seit 1869 tätige Reichsgericht (RG). Eine seiner Aufgaben war es auch, über Beschwerden gegen Verwaltungsbeschlüsse zu befinden, die die durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte, vor allem die Grundrechte, der Bürger verletzt haben sollen³⁾.

Das RG bot aber konkret nur einen schwachen Schutz der politischen Rechte der Bürger, da sich sein Urteil nur auf die Feststellung beschränkte, ob und inwieweit ein Verwaltungsakt konstitutionelle Rechte des Beschwerdeführers verletzt habe. Urteile des RG hatten lediglich eine feststellende (deklaratorische) Wirkung, sozusagen eine moralische Bedeutung, ihr Inhalt war für die Verwaltungsbehörden nicht bindend. Aus eben diesem Grund hatte das RG eine weitaus geringere Möglichkeit, auf Handlungen der Verwaltung einen wirksamen Einfluss auszuüben als der VwGH, dessen rechtliche Ansicht durch die Behörde bei der abermaligen Entscheidung berücksichtigt werden musste. Nichtsdestoweniger hatte die Bürokratie in der überwiegenden Mehrheit der Fälle die Urteile des RG respektiert. Denn ein weiteres rechtswidriges Vorgehen der Bürokratie drohte diese zu kompromittieren, da das RG bei wiederholter Beschwerde nochmals urteilen würde, dass ein Verwaltungsakt die durch die Verfassung gewährleisteten Rechte verletze. Das war unter anderem die größte Macht der Erkenntnisse des RG⁴⁾.

waltungsrecht. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 230/231, 1960, 12-22. Diese Arbeiten haben eher den Charakter von Doktrinerwägungen für die Verwaltungsgerichtspraxis als von rein rechtsgeschichtlichen Analysen.

- 3) Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBI 143/1867 Art 3/b.
- 4) Die feste Stellung des RG zeigt eine Angelegenheit, mit der es sich am Anfang seiner Tätigkeit beschäftigte. Im Erkenntnis vom 15. Juli 1871 stellte das RG fest, dass das Vereinsgesetz einem politischen Verein nicht verwehrt, außerhalb seines eigenen Sitzes Versammlungen, sog Wanderversammlungen, abzuhalten. Die Bildung eines Vereines wegen der Aufnahme einer hierauf abzielenden Bestimmung in sein Statut kann deshalb nicht untersagt werden. Siehe *A. Hye von Glunek*, Sammlung der nach gepflogener öffentlicher Verhandlung geschöpften Erkenntnisse des k.k. österreichischen Reichsgerichtes 1,1874, Nr 18, 68-72, und Materialien im AVA in Wien, Reichsgericht 11/16, Karton 70. Es handelte sich dabei um den Verein für konstitutionellen Fortschritt in Mistelbach, der für die Staatsgrundgesetze und Volksschulgesetze agitiert hat. Der weitere Sachverhalt sah so aus, dass die Statthaltereirei und das Innenministerium nach der Entscheidung des RG erkannt haben, dass die Statuten des Vereines für konstitutionellen Fortschritt in Mistelbach „wegen seiner Einrichtung“ als staatsgefährlich nicht genehmigt worden waren. Gegen diese Entscheidungen wurde am 19. September 1871 eine neuerliche Klage beim Reichsgericht eingereicht. Im Zusammenhang damit wurde diese Angelegenheit am 18. Januar zum Gegenstand der Beratung im österreichischen Ministerrat. Der Vertreter des Innenministeriums hat die Frage aufgeworfen, ob „das gegenwärtige Ministerium gewillt ist, dem beim Reichsgerichte wieder anhängig gemachten Prozeß freien Lauf zu lassen, oder von der Entscheidung des Ministeriums zurückzutreten“. Er bemerkte dabei, dass „das Beharren auf das frühere Erkenntnis des Ministeriums nur in dem Falle angezeigt sein dürfte, wenn es vorauszusehen wäre, daß das Reichsgericht seine Entscheidung in der Art erlassen würde, daß dadurch das Ministerium nicht kompromittiert wäre“. Minister Unger hat während der Debatte den Antrag gestellt, die Entscheidung des Innenministeriums zurückzunehmen, weil das RG - seiner Meinung nach - diese Entscheidung nochmals für gesetzwidrig erklären werde. Alle Minister haben ihm beigepflichtet. Siehe AVA Ministerratsprotokolle 1872-1875, Karton 42. Deshalb hat das Innenministerium seine Entscheidung zurückgenom-

Obwohl der VwGH für seine Rolle als Regler bei gesetzwidrigen Handlungen der Verwaltung eigentlich besser vorbereitet war, scheint das Interesse der österreichischen Wissenschaft für seine Judikatur nur bescheiden zu sein im Vergleich zu der viel umfassenderen Analyse der Rechtsprechung des RG³⁾. Einer der Gründe ist ohne Zweifel die viel größere Anziehungskraft der Problematik ‚Schutz von Freiheitsrechten‘. Auch die umfangreiche verwaltungsrechtliche Materie und eine nur geringe Nützlichkeit der Beschreibung der Rechtsprechung des VwGH für die Verwaltungspraxis hielten von einer gründlicheren Präsentation dieser Rechtsprechung ab.

Aus nahe liegenden Gründen konzentriert sich die österreichische Wissenschaft auf die Entstehung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine systematische Untersuchung der gesamten Judikatur des alten VwGH bleibt daher ein Forschungsdesiderat⁴⁾. Die vorliegende Abhandlung will eben diese Lücke in der rechtsgeschichtlichen Forschung über den österreichischen VwGH schließen, indem versucht wird, jenen Teil seiner Rechtsprechung, der das „freie Ermessen“ betrifft, zu bearbeiten.

II. „Freies Ermessen“ der Verwaltungsorgane nach Auffassung des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof

Die Einrichtung eines VwGH sah das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867 vor, es war Bestandteil der sog. Dezemberverfassung, die bis 1918 die Grundlage des Staatssystems der österreichischen Monarchie bildete⁵⁾. Die Einrichtung eines VwGH wurde damals, neben dem RG, als ein wesentliches Element des konstitutionellen Systems gesehen. Die Regierung verzögerte aber bis 1873 die Erfüllung der in der Verfassung enthaltenen Ankündigung. Nun erst kam der einschlägige Gesetzesentwurf im Herrenhaus zur Beratung. Zwar war er viel früher erarbeitet worden, die Regierung aber hatte sich eine geraume Zeit lang nicht über Art und Befugnisse eines VwGH einigen können⁶⁾. Schließlich bediente sich das am 22. Oktober 1875 verabschiedete Gesetz über den VwGH einer Generalklausel (§2): „Der VwGH hat in den Fällen zu erkennen, in denen Jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu

men. - Siehe AVA Reichgericht 11/16, Karton 87, und *W. R. Swoboda*, Die tatsächliche Wirkung der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes (1869-1918), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1971, 189.

- 3) Siehe *E. Melichar*, Die Freiheitsrechte der Dezember-Verfassung 1867 und ihre Entwicklung in der reichsgerichtlichen Judikatur, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 1966, 256-290; *R. F. Kneucker*, Die Vereins- und Versammlungsfreiheit in der Judikatur des österreichischen Reichsgerichtes, in: ebda 393-404; *W. Brauner*, Die Gesetzgebungsgeschichte der österreichischen Grundrechte, in: 70 Jahre Republik. Grund- und Menschenrechte in Österreich. Grundlagen, Entwicklung und internationale Verbindungen, 1991, 189-364.
- 4) *T. Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, 1999, 231; *F. Lehne*, Rechtsschutz im öffentlichen Recht. Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof, in: Habsburgermonarchie, 692-715.
- 5) *W. Brauner*, Österreichische Verfassungsgeschichte, 8. Aufl. 2001, 155; *G. Stourzh*, Die österreichische Dezemberverfassung von 1867, in: Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates, 1989, 239-242.
- 6) *K. Lemayer*, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (Verwaltungsgerichtsbarkeit), 1902, 206 - 207. Siehe auch *Olechowski*, wie Fn 6, 84.

sein behauptet¹⁾). Berechtig zur Erhebung der Beschwerde war folglich jeder, der
 mtmte, dñä, stine RtcYae ^ Ol den viäietv.

Nicht alle Verwaltungsakte sollten jedoch der Kontrolle des VwGH unterliegen. Eine Abweichung von der allgemeinen Kompetenzregelung enthielt § 3. Dieser nannte nämlich enumerativ Verwaltungssachen, die nicht in die Zuständigkeit des VwGH fielen. Im Besonderen schloss § 3 lit e aus: „Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach ‚freiem Ermessen‘ vorzugehen berechtigt sind“.

Das Gesetz ging über eine bloße Erwähnung des „freien Ermessens“ nicht hinaus. Das Bedürfnis nach einer Definition wurde von den Schöpfern des Gesetzesentwurfes wohl deshalb nicht empfunden, weil die Verwaltungsbehörden laut ursprünglicher Fassung des § 3 (Regierungsvorlage) ihre Befugnisse im Bereich des „freien Ermessens“ von selbst einzuhalten hatten. Diese besagte nämlich, dass jene Beschlüsse der Zuständigkeit des VwGH entzogen seien, „in denen die Verwaltungsbehörden berechtigt sind, nach ‚freiem Ermessen‘ vorzugehen“. Dieser Inhalt wurde jedoch infolge der Parlamentsberatung durch die Wendung „in denen und insoweit“ ersetzt. Diese anscheinend nur geringfügige Änderung machte den VwGH zum unanfechtbaren Schiedsrichter bei Streitsachen zwischen dem Bürger und der sich auf diskretionelle Berechtigungen berufenden Behörde; sie erteilte dem VwGH das Recht zur Beurteilung, ob und inwieweit eine Verwaltungsbehörde befugt war, nach „freiem Ermessen“ zu handeln. Das bedeutete, dass der VwGH seine Kompetenz selbständig gestalten sollte¹⁾). Von der Interpretation des Begriffes „freies Ermessen“ durch den VwGH hing also der Umfang des Schutzes der subjektiven öffentlichen Rechte des Einzelnen ab. Die Rolle des VwGH bestand somit in der Bestimmung der Kriterien zur Unterscheidung des „freien Ermessens“ von der gesetzlichen Bindung der Tätigkeit der Verwaltung¹⁾.

Trotz mangelnder gesetzlicher Definition des „freien Ermessens“ durfte die Feststellung seiner Merkmale durch den VwGH dennoch nicht willkürlich sein. Hinweise für den VwGH über die Auslegung dieses Begriffes enthielt die Begründung des Gesetzesentwurfes seitens der Regierung. In den Anmerkungen zum Entwurf wurden in der Tätigkeit der Verwaltungsorgane zwei Funktionen unterschieden. Die Erste bestehe in der Ausübung der eigentlichen Verwaltung, dh in der Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der getroffenen Maßnahmen zur Verwirklichung der Staatsauf-

¹⁾ Gesetz vom 22. October 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBI 36/1876.

¹⁾ Ausschussbericht des Abgeordnetenhauses § 3, in: *J. Kaserer*, Die Gesetze vom 22. October 1875 betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes mit Materialien, 1876, 58-59; *K. Lemayer*, Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Grünhuts Zs* 1895, 455. Siehe auch *Olechowski*, wie Fn 6,154.

¹⁾ Die Rechtsprechung des VwGH in Sachen „freies Ermessen“ wurde eben angesichts des Fehlens einer klaren und stetigen Auslegung dieses Begriffes in der Regel kritisch beurteilt. Siehe *F. Tezner*, Über das „freie Ermessen“ der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, in: *Grünhuts Zs* 1892,327-331. W. Binder - Hofrat des VwGH - meinte sogar, die Jurisdiktion des VwGH stelle „ein wahres Kaleidoskop widersprüchlicher Erkenntnisse“ dar: *W. Binder*, Gesetz über den Obersten Verwaltungsgerichtshof, 1926, 69. Die Schwierigkeit zur Festlegung einer stetigen Auslegung des „freien Ermessens“ sah *K. Lemayer* ein: *K. Lemayer*, in: *Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesammten österreichischen öffentlichen Rechtes* II/2,1897, 900.

gaben. Das Recht der Verwaltungsbehörden auf Beurteilung, ob und welche Handlungen zum allgemeinen Wohl zu unternehmen seien, wurde für ein Anzeichen der „freien Verwaltung“ gehalten. Solche die Sicherung von Interessen der Allgemeinheit anstrebende Verwaltungsakte unterlagen zwar der Anfechtung vor dem VwGH, sofern sie die Rechte des Klägers betrafen, in keinem Fall aber war der VwGH befugt, die Nützlichkeit solcher Akte zu beurteilen¹²⁾). Eben in diesem Umstand sollte sich das „freie Ermessen“ der Verwaltungsorgane ausdrücken. So durfte nur die zweite Funktion der Verwaltungstätigkeit Gegenstand der Rechtsprechung des VwGH werden. Diese bestehe in der Entscheidung über Berechtigungen und Verpflichtungen der Bürger. Es handle sich hier um solche Beschlüsse, bei denen die Behörden jemand seinen gesetzlich zustehenden Anspruch verweigern oder ihm eine gesetzlich nicht bestehende Pflicht auferlegen. Das Auftreten des „freien Ermessens“ wird hier anhand der Erteilung von Konzessionen für verschiedenartige Tätigkeiten erläutert. Sollten die Behörden ein Gesuch um Konzessionserteilung unter der Berufung auf gesundheitliche oder sanitäre Gründe abweisen, so unterlag ein solcher Beschluss nicht dem Erkenntnis des VwGH, auch das Heranziehen des allgemeinen Wohls als Voraussetzung der Konzession lag zur Gänze in der Gestion der Verwaltungsorgane¹³⁾). Nicht alle Konzessionen konnten jedoch derart nach „freiem Ermessen“ erteilt werden. Dies war aber nur dann der Fall, wenn der Beschluss über die Konzession abhängig war von der Feststellung durch ein Verwaltungsorgan, und zwar ob der Bewerber bestimmte persönliche oder sachliche Erfordernisse erfülle, die das Gesetz nicht eindeutig festlegte. Gleichzeitig erkannte eine konkrete Vorschrift einer solchen Person den Anspruch auf die Konzessionserteilung nach Erfüllung der Erfordernisse zu. In letzterem Fall war die Festlegung der notwendigen Voraussetzungen einer Konzession nicht dem „freien Ermessen“ der Behörden überlassen, sondern wurde als eine der Kontrolle des VwGH unterliegende juristische Frage erklärt. Die Rolle des VwGH bestand für diesen Fall in der Beurteilung, ob das Verwaltungsorgan die für die Sache angewandte Rechtsnorm angemessen ausgelegt hatte. Bei Missinterpretation der Norm war der VwGH verpflichtet, den Beschluss als rechtswidrig aufzuheben. Er konnte aber nicht über den Sachverhalt entscheiden, der der Anwendung der Norm zugrunde lag¹⁴⁾). Das hätte die Behörde zur Konzessionserteilung bei erneutem Verfahren gezwungen. Das Gesetz strebte somit eine völlige inhaltliche Unabhängigkeit der Verwaltung an.

Die von den Verfassern des Gesetzentwurfs dargelegte Erläuterung des Begriffes „freies Ermessen“ erlaubt, drei Varianten zu unterscheiden. In erster Linie bezog sich „freies Ermessen“ der Verwaltung auf jenen Bereich ihrer Tätigkeit, der nicht durch Gesetze beschränkt war, oder wo die gesetzliche Bindung den Charakter allgemeiner Kompetenznormen hatte. Diese Sphäre der diskretionellen Verwaltung sollte außerhalb jeglicher Gerichtskontrolle bleiben¹⁵⁾).

¹²⁾ Motivenbericht zum Gesetzentwurfe betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, in: *Kaserer*, wie Fn 10, 26-27.

¹³⁾ Ebda 30 f.

¹⁴⁾ Ebda 33 f.

¹⁵⁾ Beispielweise zählte K. Lemayer zu dieser Gruppe rein administrative Anordnungen, wie die Gründung eines neuen Verwaltungsbezirkes oder die Ausübung der Aufsicht über Gemeinden und Bezirksbehörden: *Lemayer*, wie Fn 10, 558-559.

Die zweite Bedeutung des Begriffes war verbunden mit dem Recht der Verwaltung auf alleinige Feststellung, ob in Wirklichkeit Umstände vorliegen, mit deren Bestehen das Gesetz das Bedürfnis verbindet, entsprechende Maßnahmen zum Schutz des öffentlichen Interesses zu treffen. Das „freie Ermessen“ der Behörden bezog sich in diesem Bereich ebenso auf die bewiesene Annahme eines Tatbestandes, wie auch auf die Zweckmäßigkeit der getroffenen Entscheidung¹⁴⁾. Diese Tätigkeit der Verwaltung unterscheidet sich von der vorhin besprochenen dadurch, dass die Behörde in Rechte oder Interessen der Bürger eingriff. Auch diese Variante des „freien Ermessens“ wurde aus der Kontrolle des VwGH ausgeschlossen.

Die dritte Variante des „freien Ermessens“ bezog sich auf Rechtsnormen mit nicht völlig bestimmten Begriffen. Die Konkretisierung einer solchen Norm sollte nicht in einer einfachen Subsumtion bestehen, sondern sie setzte eine gewisse Ungebundenheit der Behörden bei der Auffassung von Begriffen des Gesetzes voraus. Nur wenn die Verwirklichung der einschlägigen Norm einen öffentlichrechtlichen Anspruch zur Folge hatte, unterlag ein derartiges Ermessen der meritorischen Beurteilung des VwGH¹⁵⁾.

Der Unterschied zwischen den beiden letztgenannten Typen des „freien Ermessens“, von denen der Erste der Kontrolle des VwGH nicht unterlag, der Zweite aber von ihr erfasst werden konnte, verlangt nach einer Erläuterung. In beiden Fällen handelte es sich um Feststellungen der juristischen Bedeutung von gewissen unscharfen und somit nicht wertfreien Ausdrücken einer Rechtsnorm. Der Unterschied bestand also nicht in der Konstruktion der Rechtsnorm als solcher, sondern in ihrem Inhalt und Charakter. Ging es in einer durch den VwGH geprüften Angelegenheit um die Bewahrung irgendwelcher Rücksichten des allgemeinen Wohls, so war die Feststellung des dem Gesetz entsprechenden Tatbestandes sowie die Beurteilung von dessen Rechtsfolgen ausschließlich den Verwaltungsorganen vorbehalten und dem VwGH entzogen. Bezog sich die Entscheidung der Behörden dagegen auf die Feststellung bestimmter persönlicher oder sachlicher Voraussetzungen als Bedingungen für den Erwerb oder die Beschränkung eines Anspruchs, so durfte der VwGH ein meritorisches Urteil fällen. Es bleibt die Frage, ob der VwGH immer dann auf „freies Ermessen“ erkannte, wenn eine Rechtsvorschrift eine Handlung im Interesse des allgemeinen Wohls verlangte.

Eine Teilanalyse der Erkenntnisse des VwGH in Angelegenheiten des „freien Ermessens“ wurde von Karl Lemayer, einem Mitverfasser des Gesetzesentwurfs, durchgeführt¹⁶⁾. Seine Erwägungen über „freies Ermessen“ haben den unleugbaren Vorteil einer der autoritativsten Stellungnahmen. Lemayer machte kein Hehl daraus, dass das Gesetz die Bestimmung des „freien Ermessens“ als der Grundlage zur Ausschließung der Kompetenz des VwGH allzu enigmatisch behandelt hatte. Das Gesetz habe keine klaren Hinweise gegeben zur Festlegung einer Trennlinie zwischen der diskretionellen Macht der Verwaltung und der Sphäre, die der Kontrolle des VwGH unterliegen solle.

¹⁴⁾ Siehe dazu Ausführungen A. v Hyes in der Parlamentsdebatte, in: *Kaserer*, wie Fn 10, 64-66. Vgl auch die Rede des Ministers J. Unger zu dieser Frage, in: *Kaserer*, wie Fn 10, 74. Auch *Putz*, wie Fn 2, 53-54.

¹⁵⁾ Den Verfassern des Gesetzes ging es anscheinend um solche persönlichen Eigenschaften wie „Unbescholtenheit“, „Zuverlässigkeit“, „Vertrauenswürdigkeit“, deren Erfüllung Anspruch auf das im Gesetz gewährte Recht ergab.

¹⁶⁾ *Lemayer*, wie Fn 8, 899-903.

Folglich habe der VwGH darüber zu befinden, ob, aufgrund konkreter Umstände, bei Berücksichtigung maßgeblicher Vorschriften, in einer Angelegenheit die Berechtigung der Behörden zur arbiträren Entscheidung vorliege¹⁹⁾). In diesen Schranken müsse der VwGH die Regeln einhalten, die sich aus dem allgemeinen Wesen und der allgemein gültigen Auffassung des Begriffes „freies Ermessen“ ergäben. Zu den wichtigsten dieser Regeln zählte Lemayer den Grundsatz, wonach Unbestimmtheit gesetzlicher Ausdrücke eine Ausschließung der Zuständigkeit des VwGH zur Folge habe. „Freies Ermessen“ galt für Lemayer als ein die Kompetenz des VwGH ausschließender Umstand, aber nur, wenn eine Gesetzesvorschrift die Ermessenssphäre auf die Handlung der Verwaltung als des Vollziehers der Interessen des Staates bezog. Diese Rolle der Verwaltung erkannte Lemayer immer dort, wo das Gesetz eine maßgebliche Auslegung solcher Begriffe im Verwaltungsverfahren forderte wie „Rücksichten der öffentlichen Sicherheit“, „Sittlichkeit“ oder „sanitäre Rücksichten“²⁰⁾). In diesen Fällen behalte das Gesetz den Verwaltungsorganen die alleinige Zuständigkeit zur bindenden Festlegung des diesen Ausdrücken entsprechenden Tatbestandes vor. Die Auslegung dieser Art unbestimmter Begriffe habe niemals der Kontrolle des VwGH unterliegen: Diese Schlussfolgerung leitete Lemayer größtenteils aus Beobachtungen der Erkenntnispraxis des Gerichtshofes her. Er vermerkte dazu aber nicht, dass der VwGH irgendwann der Verwaltung das Recht auf Handlung nach „freiem Ermessen“ in Angelegenheiten verweigert hätte, in denen der Beschluss abhängig war von der Feststellung der „Rücksichten des öffentlichen Interesses“. Nach Lemayers Überzeugung habe sich diese Auffassung des „freien Ermessens“ voll und ganz in der Rechtsprechung des VwGH widerspiegelt.

III. Standpunkt der österreichischen Rechtswissenschaft in der Frage der Kontrolle des „freien Ermessens“ durch den Verwaltungsgerichtshof

Das Interesse der österreichischen Wissenschaft für das Problem „freies Ermessen“ nahm zu, als dieses Konstrukt im Gesetzesentwurf über den VwGH erschien²¹⁾). Wäh-

¹⁹⁾ Ebda 900. „Freies Ermessen“ kam Lemayer anfangs vor als die klarste und selbstverständlichste Grundlage zur Ausschließung der Zuständigkeit des VwGH: *K. Lemayer*, Zur Frage der Activierung des Verwaltungsgerichtshofes, in: *Grünhuts Zs* 1874, 741. Erst später erklärte Lemayer, dieser Begriff bereite bei der Vollziehung des Gesetzes durch die Rechtsprechung des VwGH am meisten Schwierigkeiten.

²⁰⁾ Ebda 900. Siehe auch *A. Pann*, Die Verwaltungsjustiz in Österreich mit Bedachtnahme auf die auswärtige Gesetzgebung, 1876, 64.

²¹⁾ Siehe *L. Grünwald*, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof, 1875; auch *P. Koller*, Bedenken gegen die Anträge der Regierung zur Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und die Einführung der Rechtsprechung in die österreichische Verwaltung, 1874, 13-19. Koller hielt die diskretionelle Macht der Verwaltung für ein typisches Merkmal des absolutistischen Staates, der sich von der Devise „tun, was man will“ leiten lasse. Diese Willkür der Verwaltung sollte nach seiner Meinung im rechtsstaatlichen System verschwinden, aber nicht so sehr infolge der Verwerfung des Konstruktes „freies Ermessen“, sondern vielmehr durch dessen Kontrolle durch den VwGH. Somit sollte die Beurteilung, ob die Verwaltungsbehörden zum Handeln aufgrund der diskretionellen Gewalt berechtigt waren, in die Kompetenz des VwGH gehören, der bei der Entscheidung die tatsächlichen Umstände der Angelegenheit sowie bindende Vorschriften berücksichtigen könne. Also ließ Koller die Kategorie „freies Ermessen“ nur gelten, wenn der VwGH nach Prüfung der Sache befand, dass die behördliche Berufung auf „freies Ermessen“ im Lichte des Gesetzes möglich und gleichzeitig auch begründet war. Es

rend aber diese Frage in der Parlamentsdebatte nicht zu den strittigsten gezählt hatte, weckte sie nach Verabschiedung des Gesetzes die meisten Kontroversen. Der grundsätzlich erste Versuch einer Darstellung der Merkmale des „freien Ermessens“ wurde von Edmund Bernatzik unternommen²³⁾. Mit Kritik an seinen Anschauungen trat Friedrich Tezner auf, der eine abweichende Theorie des „freien Ermessens“ verfasste²⁴⁾. Eine ähnliche Konzeption wie Bernatzik hatte Rudolf Laun geschaffen²⁵⁾. Diese zwei generellen Denkweisen über das Problem des „freien Ermessens“ konnten für die Rechtsprechung des VwGH nicht unbedeutend bleiben. Es erhebt sich nun die Frage, ob und inwieweit jede der beiden Konzeptionen sich in den Urteilsprüchen des VwGH widerspiegeln²⁶⁾.

Bernatzik schrieb das Auftreten des „freien Ermessens“ den Prämissen und nicht den Konsequenzen der Rechtsnorm zu. Er fand also, dass der Unterschied zwischen der „Ermessensnorm“ und der „gebundenen Norm“ nur in der Art und Weise der gesetzlichen Bestimmung jener Voraussetzungen bestehe, nach welchen die Auswahl der Rechtsfolgen durch das diese Norm anwendende Administrativorgan erfolge. Nach Meinung Bernatziks sei die Bestimmung der Rechtsfolgen einer jeden Norm niemals „frei“, sondern jedes Mal rechtsgebunden, weil sie von der Feststellung der gesetzlichen Voraussetzungen zur Verwirklichung der Norm abhinge. Für Normen, die „freies Ermessen“ erlaubten, hielt Bernatzik jene, die sich bei der Bezeichnung der tatsächlichen Voraussetzungen auf mehrdeutige Begriffe berufen wie „Nützlichkeit“, „Gefahr“, „öffentliche Interessen“ oder „öffentliches Ärgernis“. Bei der Feststellung von Ermessensnormen sei eine einfache Regel behilflich: Je mehr die Beurteilung der tatsächlichen Voraussetzungen dem allgemeinen Sinn entkomme, das heißt: je kompliziertere Denkvorgänge sie erfordere, desto gewisser sei die Schlussfolgerung über das Auftreten des verwaltungstechnischen Ermessens: Dies schließe eine Zuständigkeit des VwGH aus²⁷⁾.

Eine so weitgehende Auslegung des „freien Ermessens“ wurde von Tezner in Frage gestellt, indem er sich auf die Rechtsprechung des VwGH berief, die der Theorie Bernatziks zuwiderlaufe. Tezner wies auf zwei diametrale Fälle der Klassifizierung ein und derselben unbestimmten Wendung durch den VwGH hin, die in zwei verschiedenen Rechtsnormen vorkam. Das eine Mal hielt der VwGH „freies Ermessen“ der Verwaltung bei der Feststellung des Inhalts des Begriffes „Bescholtene“ als Voraussetzung zur Nichterteilung einer Gewerbe Konzession für gegeben. Derselbe Begriff als Grundlage einer Verweisung aus der Gemeinde unterlag jedoch schon zur Gänze der Kon-

kann vermutet werden, dass die Anschauungen Kollers zur Billigung der Wendung „und soweit“ in der Endgestalt des Gesetzes über den VwGH beitrugen.

-) *E. Bernatzik*, Rechtsprechung und die materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, 1886, 36-62. Siehe auch *E. Bernatzik*, Rezension über die Arbeit F. Tezners. Zur Lehre vom Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, in: Grünhuts Zs 1891, 148 ff.
-) *Tezner*, wie Fn 11, 327-411.
-) *R. Laun*, Das „freie Ermessen“ und seine Grenzen, 1910.
-) In der einschlägigen Literatur bürgerte sich die Anschauung ein, dass der österreichische VwGH die Theorie Bernatziks und Launs rezipiert habe. Vgl *Ehmke*, wie Fn 2, 14.
-) *Bernatzik*, Rechtsprechung, wie Fn 22, 42-43.

trolle des VwGH⁷⁷⁾! Auf diese Weise war Tezner bestrebt nachzuweisen, dass, erstens, der Begriff „freies Ermessen“ sich beileibe nicht ausschließlich auf die Voraussetzungen der Rechtsnorm beziehe, und zweitens, dass die Unklarheit von gesetzlichen Ausdrücken gar nicht bedeute, dass es sich um die Kategorie „freies Ermessen“ handle. Diese Beobachtung brachte Tezner zur Schlussfolgerung, dass das Wesen des „freien Ermessens“ in der Art und Weise der Bestimmung von Rechtsfolgen bestehe, die durch die jeweilige Rechtsnorm vorgesehen waren. Die Analyse der legislatorischen Materialien zum Gesetz über den VwGH ließ ihn schließlich feststellen, dass von „freiem Ermessen“ erst dann die Rede sein könne, wenn eine die Rechte und Pflichten des Einzelnen betreffende Norm verschiedene Vollziehungsmöglichkeiten zulasse. Eben diese gleichmäßig legale Alternative der Wahl von Rechtsfolgen hielt er für das grundlegende Merkmal des freien Ermessens. Berechtigung zu verschiedenen Realisationen einer Rechtsnorm gab den Verwaltungsbehörden die Entscheidungsfreiheit auf der Grundlage der Zweckmäßigkeit (bzw. Nützlichkeit). Deshalb sei der VwGH - und zwar nur in diesem Bereich - nicht befugt, eine Verwaltungsentscheidung aufzuheben⁷⁸⁾.

Tezner lehnte somit die Konzeption der „verwaltungstechnischen“ Begriffe Bernatziks ab. Sie waren als das alleinige Recht der Verwaltung auf Durchführung einer den VwGH bindenden Subsumtion des gegebenen Tatbestandes unter eine Norm des öffentlichen Rechts aufgefasst worden, die ihrerseits aus irgendwelchen Gründen Interpretationsschwierigkeiten bot. Die von Bernatzik hervorgehobene Kategorie der Begriffe ergab für Tezner keinen Grund zur Annahme des „freien Ermessens“, sondern sie stellte nur eine spezifische Gruppe von Normen dar, die sich der „unbestimmten Begriffe“ bediente. Wenn also eine Rechtsvorschrift die Zulässigkeit eines behördlichen Beschlusses von der Feststellung abhängig mache, ob diese das „allgemeine Wohl“ oder „öffentliches Interesse“ erfordere, dann sei der VwGH berechtigt zu prüfen, ob im Lichte der in der Angelegenheit auftretenden tatsächlichen Umstände das Verwaltungsorgan den Inhalt dieser unbestimmten Begriffe angemessen festgestellt habe. Nach der Meinung Tezners durften sich Verwaltungsbehörden bei Beschlussfassung auf Rücksichten des „allgemeinen Wohles“ nur dann berufen, wenn die Möglichkeit dazu durch Gesetz vorgesehen war und nur in dem Sinn, den es diesem Begriff verliehen hatte. Der VwGH habe über die Stichhaltigkeit einer solchen Ermächtigung zu urteilen, sonst wäre die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur eine „Chimäre“⁷⁹⁾. Auch im VwGH-Gesetz fand Tezner keine Hindernisse dafür, dem Gerichtshof das Recht zuzuerkennen, Verwaltungsentscheidungen hinsichtlich der Berufung auf „öffentliches Interesse“ zu überprüfen und die Auslegung des Begriffs durch die Behörde zu korrigieren.

Auf diese Meinung ging Bernatzik nicht ein; er fand die Anschauungen Tezners zwar interessant, aber nur auf der Ebene der *de lege ferenda*⁸⁰⁾. Seiner Ansicht nach begründe der Inhalt des Gesetzes über den VwGH keine so weit gehende Erweiterung der Berechtigungen des Gerichtshofs. Dem Standpunkt Tezners widerspreche im Beson-

⁷⁷⁾ Tezner, wie Fn 11, 327-337.

^{*)} Ebda 396.

⁷⁹⁾ Ebda 343.

⁸⁰⁾ Bernatzik, Rezension, wie Fn 22,150.

deren § 6 des Gesetzes, der besagt, dass der VwGH aufgrund des durch die letzte Verwaltungsinstanz festgestellten Tatbestandes zu erkennen habe³¹⁾). Deshalb könne die Frage, ob und inwieweit die gefährdeten öffentlichen Interessen auch bestimmter Schutzmaßnahmen bedürfen, nicht einer abweichenden Beurteilung des Gerichtshofs unterliegen, da diese ein Problem der tatsächlichen Umstände sei.

Tezner fasste diese Teile der Gesetzesbestimmung ganz anders auf. Nach seiner Ansicht schließe § 6 lediglich die Möglichkeit einer selbständigen Ermittlung durch den VwGH zwecks Aufdeckung eines Tatbestandes aus, die unabhängig von Feststellungen der Verwaltungsbehörden vorgenommen werden müsse, dies verhindere aber nicht, dass der VwGH aufgrund der im Verwaltungsverfahren festgestellten tatsächlichen Umstände eben wegen dieser Tatsachen zu anderen Schlussfolgerungen komme als das Verwaltungsorgan. Dieser Standpunkt Tezners fand die Anerkennung namhafter Vertreter der Verwaltungsrechtswissenschaft³²⁾). Somit verteidigte Tezner seine Konzeption bereits *de lege lata*. Er ließ auch nicht davon ab, negative Folgen der Theorie Bernatziks aufzuzeigen, die in einem gewissen Grad zur Beibehaltung der Allmacht der Verwaltung hätten führen können. Die wichtigste der Folgen wäre nach Tezners Meinung, dass das Erfordernis, dass die Verwaltung Ermessensbeschlüsse begründen kann, überflüssig wäre, da die Verwaltung selbst jenen unklaren Begriffen einen endgültigen und unanfechtbaren Inhalt verleihen würde.

Unter dem Einfluss dieser Argumentation modifizierte Bernatzik seine Anschauungen³³⁾). Er ließ nämlich eine Möglichkeit zur Kontrolle durch den VwGH bei Entscheidungen zu, bei denen die Behörden die Grenzen des „freien Ermessens“ überschritten hätten. Deshalb laste auf den Verwaltungsorganen auch bei Ermessensbeschlüssen die Pflicht zur Angabe der konkreten Gründe der Entscheidung³⁴⁾). Es wäre unzureichend, führte weiters Bernatzik aus, wenn die Behörden bei Begründung des Beschlusses über Verweisung eines Ausländers aus dem Staatsgebiet sich nur auf Rücksichten der „öffentlichen Sicherheit“ beriefen. Eine ausführliche Angabe der tatsächlichen Grundlage dieser Entscheidung sei notwendig, sonst wäre der Gerichtshof nicht im Stande zu prüfen, ob die Grenzen des „freien Ermessens“ eingehalten wurden. Deren Überschreitung liege nach Bernatzik dann vor, wenn eine Behörde die gesetzliche Ermächtigung zu einem anderen Zwecke benutze, als den vom Gesetz gebotenen. Er knüpfte damit an die französische Einrichtung „*exces de pouvoir*“ an. Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung durch den Gerichtshof sei also möglich, wenn die Ermächtigung zum Handeln in öffentlichem Interesse allein als ein Vorwand zum Erreichen eines außergesetzlichen Interesses der Behörde oder eines Einzelnen gedient habe³⁵⁾). Im Gegensatz zu Tezner lehnte Bernatzik aber die Möglichkeit der Prüfung der Grenzen des freien Ermessens durch den VwGH ab, denn der VwGH würde einerseits die behördliche Festlegung des „öffentlichen Interesses“ oder des „allgemeinen Wohles“

³¹⁾ Ebda 152.

³²⁾ *G. Prazak*, Archiv für öffentliches Recht IV, 1888, 582-586.

³³⁾ *Bernatzik*, Rezension, wie Fn 22, 159-160.

³⁴⁾ Ebda 162.

³⁵⁾ Ebda: Bernatzik erörterte den Fall der Verweisung einer Frau infolge Eingreifens einer einflussreichen Person, die gegen das intime Verhältnis ihres Sohnes zu dieser Frau war. Die Gemeindeverweisung wurde offiziell mit Rücksichten des öffentlichen Interesses begründet, obwohl sie in Wirklichkeit zu Gunsten eines privaten Interesses stattfand.

festlegen und dann einen durch diese Begriffe bezeichneten Tatbestand einer konkreten Sache selbständig beurteilen. Das käme nämlich der sachlichen Entscheidung gleich, zu der der Gerichtshof im Lichte des Gesetzes nicht ermächtigt sei.

Die Polemik zwischen Tezner und Bernatzik schöpfte die Problematik des „freien Ermessens“ in der österreichischen Gesetzgebung nicht aus. Sie wirkte aber als Wegweiser für weitere Forschungen nach wesentlichen Merkmalen des „freien Ermessens“ fort. Als Beispiel sei hier die Konzeption Rudolf Launs erörtert³⁶⁾. Die Eingangsvoraussetzung der Theorie von Laun besagt, dass die ganze Tätigkeit des Staates und seiner Organe die Erreichung von gewissen Zielen verfolge, die durch den Gesetzgeber auf zweierlei Weise bestimmt werden können. Im ersten der Fälle wird die Tätigkeit der Behörden entweder direkt oder indirekt durch Nennung ihres Ziels durch den Gesetzgeber bestimmt: Dies bezeichnete Laun als rechtsgebunden. Die andere Tätigkeit bestehe dagegen in der vom Gesetzgeber überlassenen Möglichkeit zur verwaltungsbehördlichen Bestimmung des Ziels, das in Folge der getroffenen Handlungen erreicht werden solle. Diese Tätigkeit ist nach Laun notwendig, da der Gesetzgeber außer Stande sei, den ganzen Bereich der Staatstätigkeit in eine vorgefasste Sammlung unveränderlicher Normen zu schließen. Damit der Staat den sich stets wandelnden Bedürfnissen gewachsen sein könne, müsse seine Verwaltung auch die Möglichkeit haben, das unmittelbare Ziel ihrer Tätigkeit selbständig zu bestimmen. Und das werde eben durch Zuerkennung des „freien Ermessens“ gesichert. Unter dem „freien Ermessen“ verstand Laun die Ermächtigung der Verwaltungsbehörden - kraft allgemeiner Zuständigkeit und unabhängig vom Gesetz - zur Feststellung, was in einer konkreten Sache durch das öffentliche Interesse erfordert werde. Darüber hinaus war Laun auch der Meinung, was die Behörde für öffentliches Interesse halte, das sei es auch im juristischen Sinn³⁷⁾. Zur Veranschaulichung seiner Konzeption nahm Laun den Standpunkt Tezners zu Hilfe, nach dem „freies Ermessen“ immer dann auftrete, wenn den Behörden bei der Entscheidung über eine konkrete Angelegenheit das Recht auf Wahl der Handlungsweise zustehe. Zwar stehe die Behörde bei Konzessionserteilungen vor der Wahl, ob der Bewerber als vertrauenswürdig oder nicht vertrauenswürdig behandelt werden soll, nichtsdestoweniger sei in solchen Fällen die behördliche Handlung rechtsgebunden, weil diese Wahl nicht unabhängig von der Absicht des Gesetzgebers erfolgen könne, die - im Falle der Verleihung einer Konzession - einen zu deren Führung tauglichen Kandidaten erfordere³⁸⁾. „Freies Ermessen“ liege erst dann vor, wenn die Behörden im Stande seien, das Ziel der getroffenen Wahl von selbst, ohne den Einfluss des Gesetzgebers, zu bestimmen. Das Wesen des „freien Ermessens“ stecke nicht darin, so Laun, dass die Behörde eine Konzession für eine Eisenbahnlinie erteilen oder verweigern könne. Es bestehe darin, dass das Verwaltungsorgan berechtigt sei, sich bei dieser Wahl von wirtschaftlichen, strategischen und politischen Sicherheitsrücksichten leiten zu lassen, deren Einhaltung durch das Gesetz nicht ausdrücklich dargelegt, sondern anhand der Kategorie „öffentliches Interesse“ allgemein bezeichnet worden sei. Laun setzte sich auch der These Tezners entgegen, dass Verwirklichung des öffentlichen Interesses durch die Behörden ausschließlich durch Auslegung des Willens des

Laun, wie Fn 24.

³⁶⁾ Ebda 70 f.

³⁷⁾ Ebda 62 f.

Gesetzgebers zu Stande kommen könne, da er seinen Willen eben durch die Wendung „öffentliches Interesse“ zum Ausdruck bringe. Ähnlich wie Bernatzik meinte Laun also, dass die Kategorie „öffentliches Interesse“ kein juristischer Begriff sei, und dass ihr Gehalt somit nicht der juristischen Auslegung seitens des VwGH unterliege³⁹⁾.

IV. Umfang der Kontrolle des „freien Ermessens“ im Lichte der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes

1. Freies Ermessen und Schutz des Eigentums

Die Unverletzlichkeit des Eigentumsrechts wurde durch Artikel 5 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (StGG) gewährt, der die Enteignung gegen den Willen des Eigentümers nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen und auf die durch das Gesetz bestimmte Art und Weise zuließ⁴⁰⁾. Die starke konstitutionelle Gewähr des Eigentumsschutzes erfuhr aber eine Schwächung, da das grundlegende Gesetz, das die Enteignung ermöglichte, das ABGB von 1811 war und blieb. Dieses Gesetzbuch bedingte laut § 365 die Zulässigkeit der Enteignung mit der allgemeinen Klausel „wenn es das allgemeine Beste erheischt“, charakteristisch für einen absolutistischen Staat. Aus diesem Grund unterlag die Mehrheit der Enteignungsbeschlüsse nicht der sachlichen Kontrolle des VwGH, da er für diesen Fall die Kategorie „öffentliches Interesse“ als das Kriterium des behördlichen „freien Ermessens“ gelten ließ. Also erkannte der VwGH, dass eine Behörde die Frage, ob zB eine Verbreiterung der bestehenden Straße aus öffentlichen Rücksichten notwendig sei, aufgrund des „freien Ermessens“ beurteilen könne⁴¹⁾. Das freie Ermessen der Behörde dehnte er auch auf die Festlegung der Größe der durchzuführenden Straßenverbreiterung aus⁴²⁾.

Das bedeutete aber nicht die Abwesenheit der Kontrolle seitens des VwGH. Die Beschränkungen auf diesem Gebiet leitete der VwGH aus der Pflicht der Behörde zur Lieferung der tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung her: Die Behörde habe auf die konkreten öffentlichen Rücksichten hinzuweisen, die die Enteignung notwendig machten⁴³⁾. Eine bloße Angabe der Entscheidungsgründe reiche aber zur Legalität eines solchen Beschlusses aus, so der VwGH, es sei denn, er stelle eine Verletzung der Prinzipien des Verwaltungsverfahrens fest⁴⁴⁾. Es kam jedoch auch vor, dass der VwGH an die Verwaltungsorgane höhere Anforderungen stellte. In einem seiner Erkenntnisse verlangte er nämlich von einer Behörde eine derartige Darstellung des Tatbestandes, aus der sich die Schlussfolgerung über die Notwendigkeit zur Enteignung und deren Ausmaß direkt ergäbe. Der VwGH war nicht im Stande gewesen, eine solche Schluss-

³⁹⁾ Ebda 70 f.

⁴⁰⁾ RGBI 142/1867.

⁴¹⁾ A. Budwinski, Erkenntnisse des k.k. Verwaltungsgerichtshofes, Bände 1-42; Nr 733, 2053, 5117.

⁴²⁾ Ebda Nr 4774, 3987 A.

⁴³⁾ Ebda Nr 2063, 2675 A.

⁴⁴⁾ Der VwGH vertrat bereits in seinem ersten Erkenntnis den Standpunkt, dass ihm in Sachen des „freien Ermessens“ das Recht auf Kontrolle zustehe, ob ein solcher Ermessensbeschluss unter Einhaltung wesentlicher Verwaltungsmaßregeln nach § 6 des Gesetzes gefasst worden sei. Die Rolle des VwGH sei es, das Muster zum angemessenen Verwaltungsverfahren zu bestimmen. Siehe ebda Nr 11897, 579 A.

folgerung aus dem dargestellten Sachverhalt herzuleiten. Indem der VwGH die Entscheidung aufhob, verpflichtete er das Verwaltungsorgan zur Überlegung, ob der Zweck - Bau eines Kanals - nicht durch Einräumung einer Servitut statt durch Enteignung erreicht werden könne. Bei negativer Antwort sollte die Behörde weiter feststellen, ob für die angemessene Funktion des Kanals nicht eine Enteignung in einem geringeren Maße genügend wäre⁴¹⁾). Das Gebot zu einer solchen Verfahrensweise der Behörde ergab sich nach Auffassung des VwGH daraus, dass sie eine Ausnahme von dem Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums darstelle. Deshalb sollte die Notwendigkeit des Eingriffs und sein Umfang durch die Behörden genau bestimmt werden⁴²⁾). Indem der VwGH die Verwaltungspraxis so gestaltete, strebte er - in der Endperiode seiner Tätigkeit vor 1918 - eine Stärkung des Eigentumsschutzes an. Immer wieder zählte er aber das Bedürfnis nach Enteignung im öffentlichen Interesse zur Domäne des „freien Ermessens“ der Verwaltung.

Das mit der Zeit wachsende Gefühl für die Rechtsstaatlichkeit ließ bezweifeln, ob es angesichts des Inhalts des Art 5 StGG zulässig sei, dass § 365 ABGB eine ausreichende, selbständige Grundlage zur Enteignung bleibe. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob Art 5 eine Enteignung nicht erst aufgrund spezieller Gesetze erlaube, die in einem konstitutionellen Staat erlassen werden sollten. Demzufolge sollte dieser Art 5 StGG einen Bruch mit dem polizeilichen Rechtssystem beinhalten, das die Achtung des Eigentums nicht so rigoros behandelt hatte. Diese Anschauung hätte die Aussichten auf einen wirksameren Schutz des Eigentumsrechtes verbessert. Der VwGH befand aber, dass Art 5 weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Aufhebung des § 365 ABGB enthalte⁴³⁾). Die Berufung auf diese Vorschrift bei Enteignung erklärte der VwGH für legal, aber nur, wenn es kein Gesetz gebe, das eine Enteignung eingehend regle, denn ein solches Gesetz habe Vorrang vor § 365 nach der Regel „lex specialis derogat legi generali“⁴⁴⁾). Und dann sei die Kontrolle der Enteignung durch den VwGH mehr sachlich als formell⁴⁵⁾).

Im Unterschied zur Enteignung gewährleistete der VwGH bei Bauangelegenheiten einen viel wirksameren Schutz des Eigentumsrechtes. Der Bereich der Bauverbote betraf auch die Gewähr der Unverletzlichkeit dieses Rechtes. Der VwGH hielt nämlich folgerichtig den Grundsatz ein, wonach die Bebauung eines Grundstücks in den Bereich der uneingeschränkten Ausübung des Eigentumsrechtes gehöre. Nichtsdestoweniger weist seine Rechtsprechung eine markante Entwicklung auf. In seinen Anfängen betrachtete der VwGH seine Zuständigkeit in Bauangelegenheiten ziemlich formalistisch. Er lehnte diese ab, wenn eine Rechtsvorschrift den Behörden erlaubte, unter Berufung auf „staatliche“ oder „polizeiliche Hindernisse“ ein Bauverbot zu erlassen. Demzufolge befand der VwGH, dass die Beurteilung, ob der Bau aus Rücksichten der „öffentlichen Sicherheit“ zulässig sei, dem „freien Ermessen“ der Behörden obliege⁴⁶⁾).

⁴¹⁾ Ebda Nr 3987 A.

⁴²⁾ Ebda Nr 2675 A.

⁴³⁾ Ebda Nr 2672 A.

⁴⁴⁾ Ebda Nr 254 A, 7010 A.

⁴⁵⁾ Ebda Nr 1713, 3525.

⁴⁶⁾ Ebda Nr 1470,2646,4270,4628. Siehe auch *T. Exel*, Das Verfahren vor dem k. k. Verwaltungsgerichtshofe, 1885, Nr 315, 317, 324,326, 327. Vgl auch *Österreichische Zeitschrift für Verwaltung* 1877, Nr 46,182.

Ein Beschluss über ein Bauverbot unterlag aber nicht völlig dem behördlichen Ermessen. Die Pflicht des Verwaltungsorgans sei es, so der VwGH später, auf die konkreten Umstände der Angelegenheit hinzuweisen, die die Baugenehmigung unzulässig machten. Eine allgemeine Begründung mit sanitären oder Feuersicherheitsrücksichten ohne eingehende Angabe stelle eine Verfehlung dar, die eine Ergänzung erfordere. Dagegen dürften die Behörden schon nach „freiem Ermessen“ Art und Charakter dieser Umstände beurteilen⁵¹⁾. Diesen letzteren Standpunkt aber gab der VwGH sehr bald auf.

Diese Wende wird sehr anschaulich durch das Erkenntnis belegt, in welchem der VwGH die Meinung einer Verwaltungsbehörde ablehnte, die meinte, dass die Frage der Zulässigkeit einer Baugenehmigung ihrem Ermessen obliege. Aus § 364 ABGB leitete der VwGH seine gegensätzliche These her und stellte fest, dass die Baubehörden einen Eigentümer in Nutzung seines Grundstücks nur aufgrund des Gesetzes und zwecks Vollziehung von Vorschriften und nicht etwa aufgrund „freien Ermessens“ einschränken dürfen⁵²⁾. Somit schloss der VwGH in seine Kontrolle die Frage ein, ob die öffentlichen Rücksichten, herangezogen durch die Behörde als Grundlage zur Verweigerung der Baugenehmigung, im Wesentlichen die wären, die das Gesetz vorsah und zu schützen bestrebt war⁵³⁾. Der VwGH befand folglich, dass das Gesetz von selbst das öffentliche Interesse schütze, und dass nur dieses öffentliche Interesse durch einen Verwaltungsbeschluss berücksichtigt werden könne, welches im Gesetz zum Ausdruck gebracht werde⁵⁴⁾. Mit anderen Worten: Der VwGH habe sich darüber auszusprechen, ob im Lichte des Gesetzes die durch ein Verwaltungsorgan vorgenommene Subsumtion der tatsächlichen Umstände unter die Disposition einer allgemein anhand „öffentlichen Interesses“ bestimmten Rechtsnorm richtig oder unrichtig sei⁵⁵⁾. In einem konkreten Fall stellte der VwGH fest, welche Umstände des angenommenen Tatbestandes die Merkmale des „öffentlichen Interesses“ ausschöpfen und welche das Gesetz ausschließe, da sie den Umfang dieses Begriffes sprengten.

In einem seiner Erkenntnisse bezüglich des Bauverbots aus öffentlichen Rücksichten befand der VwGH die Rechtswidrigkeit eines solchen Beschlusses, weil nach juristisch begründeter Ansicht des Gerichtshofs der Umstand, dass der geplante Bau die Anlage einer Gemeindestraße erschwere, den Interessen des allgemeinen Besten nicht schade⁵⁶⁾. In einem anderen Erkenntnis hob er den Beschluss über Verweigerung der Baugenehmigung als rechtswidrig auf, weil nach seiner Meinung das Fehlen eines angemessenen Zugangs einer Bauparzelle zur Gemeindestraße auf keinerlei Weise als Verletzung des öffentlichen Interesses gelten könne⁵⁷⁾.

Der VwGH schloss weiters „freies Ermessen“ der Verwaltung aus, weil er „auf dem Standpunkte der Freiheit des Eigentumes stehe, die nur den Beschränkungen des § 364

⁵¹⁾ Ebda Nr 1464, 6380.

⁵²⁾ Ebda Nr 7711. Siehe auch Nr 11919, 5844 A, 9094 A.

⁵³⁾ Ebda Nr 8833, 10234, 11379, 13284, 1771 A.

⁵⁴⁾ Ebda Nr 9929.

⁵⁵⁾ Ebda Nr 3440 A, 6319 A, 8595 A, 11219 A. Vgl auch Nr 5587 A. In diesem Erkenntnis gab der VwGH die Auslegung des Begriffes „öffentliches Interesse“.

⁵⁶⁾ Ebda Nr 10601, 10234.

⁵⁷⁾ Ebda Nr 714 A, 5376 A.

ABGB unterworfen sei. Ob eine solche Beschränkung vorliege, müsse nach den Vorschriften der Bauordnung beurteilt werden; denn nur soweit, als Bestimmungen der Bauordnung die Freiheit des Eigentums hindern, könne der Grundeigentümer eingeschränkt werden". Er behauptete konsequent, dass „eine Beschränkung des Grundeigentümers nur dort statthabe, wo die Bauordnung eine Basis dafür schaffe"⁵⁸⁾. Deshalb vertraten die Räte des VwGH den Grundsatz, dass „es sich hier nicht um Fragen des freien Ermessens, sondern um eine freie Würdigung der maßgebenden Verhältnisse handelt, die wohl der VwGH-Überprüfung unterliegt"⁵⁹⁾.

Über das wirkliche Auftreten der zum Bauverbot angenommenen Tatsachen entschied also letztlich nicht die Verwaltungsbehörde nach „freiem Ermessen" - wie bei Enteignungsbeschlüssen - sondern der VwGH. Er konnte also beispielsweise eine Entscheidung aufheben, in der eine Behörde festgestellt hatte, dass ein geplanter Bau einen Hinterhof verengen werde, durch den der Notausgang aus einer in der Nähe liegenden Turnhalle führe, was die Evakuierung von Personen bei Brand unmöglich mache, da er im Stande war, die Glaubwürdigkeit dieser Feststellungen zu widerlegen. So geschah es auch in der erörterten Angelegenheit, weil der VwGH aufgrund des im Verwaltungsverfahren gesammelten Beweismaterials selbständig annahm, dass die Evakuierung aus der Turnhalle bei Brand auch auf anderem Wege stattfinden könne⁶⁰⁾. Somit kam der VwGH zur Schlussfolgerung, dass die Rücksichten der öffentlichen Sicherheit das Bauverbot nicht erforderten.

Der VwGH war also im Stande zu erkennen, dass die dem Verbot des Baus eines Hauses zugrunde liegenden Umstände hinsichtlich des Schutzes des öffentlichen Wohls entweder nicht auftraten oder sich als unwahr herausstellten⁶¹⁾. Diese Linie seiner Rechtsprechung beweist, dass er in dieser Hinsicht die Konzeption Tezners teilte, wonach das Gesetz über den VwGH nicht verhindere, von den Behörden abweichende Feststellungen vor dem VwGH durchzusetzen. So muss über das Problem der Legalität der Behandlung von Bauverboten in der Rechtsprechung des VwGH geschlussfolgert werden, dass er „freies Ermessen" der Verwaltung nur bei Beurteilung der Frage zuließ, ob gewisse konkret bestimmte öffentliche Gründe, die gebührend nachgewiesen sein mussten, wesentlich und weit tragend genug waren, damit sie die Notwendigkeit des Verbots begründen konnten⁶²⁾.

Auch diesen Grundsatz des eingeschränkten „freien Ermessens" gab der VwGH auf, als er über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit der Verweigerung der Genehmigung zur Errichtung von Wirtschaftsgebäuden befand. Er hob schließlich das Verbot der Errichtung von Ställen auf, wobei er sich auf die juristische Argumentation stützte, dass die von den Behörden als Grund der Unzulässigkeit wegen öffentlicher Rücksichten aufgezeigten Erschwernisse für die Nachbarschaft kaum von Bedeutung sei und deshalb das Verbot nicht rechtfertigten. Anlässlich dieser Angelegenheiten äußerte der VwGH die Meinung, dass die Annahme „freien Ermessens" in derartigen Fällen so gut

⁵⁸⁾ Beratungsprotokoll zum Erkenntnis vom 16.05. 1913, Z. 5257 ex 1913, in: Bestand Verwaltungsgerichtshof in Wien 1898-1918. ZÜA Prag, Karton 230.

⁵⁹⁾ ZÜA Prag, Beratungsprotokoll zum Erkenntnis vom 23.2.1915, Z. 1434 ex 1915, Karton 234.

⁶⁰⁾ *Budwinski*, wie Fn 41, Nr 14250.

⁶¹⁾ Ebda Nr 8833, 9929, 14907, 410 A, 3615 A.

⁶²⁾ Ebda Nr 12331, 12422.

wie einer Billigung zur Beschränkung der Rechte des Einzelnen nach Gutdünken des Verwaltungsorgans gleichkäme⁶³⁾).

Den Schutz des Eigentumsrechts beim Bau eines Stalls baut der VwGH auf dieser Linie weiter aus. In einem Erkenntnis stellt er nämlich fest, wenn das Gesetz ausdrücklich die für die Genehmigung erforderlichen sanitären Bedingungen angebe, sei die Behörde verpflichtet, den Antrag positiv zu erledigen und habe die Bedingungen zu bestimmen, die die Einhaltung jener öffentlichen Rücksichten sichern⁶⁴⁾. Die Behörden durften also ein Bauverbot mit Berufung allein auf die öffentliche Gesundheit nicht erlassen, da das Gesetz sich der Rechtsfiktion bediene, wonach bei Erfüllung bestimmter Bedingungen eine solche Gefährdung nicht bestehe. Dieser Standpunkt aber wurde durch den VwGH nicht allzu folgerichtig eingehalten⁶⁵⁾).

In einem noch größeren Maße beschränkte der VwGH die Verwaltung in der Möglichkeit, „freies Ermessen“ bei ihren Beschlüssen zu nutzen, die einen Eigentümer zu einem bestimmten Handeln verhielten. Die Rechtsprechung des VwGH auf diesem Gebiet ist ein vorzügliches Beispiel dafür, wie ernsthaft er seine Rolle als die eines Organs betrachtete, das die Verwaltung zum gesetzmäßigen Handeln anhalte. Manchmal führte ihn die Idee des Rechtsstaates sogar zur Überschreitung der eigenen verfassungsmäßigen Befugnisse. Der Wichtigste der vom VwGH vorgebrachten Grundsätze, die dem Aufbau der Grundlagen des Rechtsstaates dienen sollten, besagte, dass ein jeder Eingriff des Staates in die durch die Verfassung zuerkannten Rechte der Bürger seine Ermächtigung im Gesetz finden müsse. Bei Auferlegung einer konkreten Pflicht für einen Bürger, unter Berufung auf „öffentliche Rücksichten“ als Nachweis einer solchen Ermächtigung, reiche die bloße Feststellung nicht aus, dass das Gesetz eine derartige Ursache berücksichtige und diese tatsächlich vorliege. Der VwGH erfasste mit seiner Ansicht auch die Frage, ob die getroffene Art und Weise des Schutzes eines bestimmten öffentlichen Interesses durch das Gesetz beabsichtigt war oder dessen Absichten überschritt⁶⁶⁾. Auf diesem Gebiet schloss der VwGH „freies Ermessen“ damit aus, dass die Prüfung der Gesetzmäßigkeit eines Administrativbeschlusses auch in der Feststellung bestehen solle, dass der Schutz des öffentlichen Interesses nicht allein im aufgehobenen Beschluss, sondern auch in einem solchen mit anderem Inhalt bestehen könne⁶⁷⁾. Der VwGH behielt sich so das Recht auf Kontrolle der Zweckmäßigkeit der durch die Verwaltung erlassenen Anordnungen vor. Damit aber lief sein Verhalten dem seine Befugnisse bestimmenden Gesetz zuwider.

Der Gerichtshof entwickelte die These, dass angesichts der Unverletzlichkeit des Eigentumsrechts eine jede Anordnung des Verwaltungsorgans sich auf die notwendigen Mittel, die das öffentliche Interesse rationell schützen können, zu beschränken

⁶³⁾ Ebda Nr 780 A, 1905 A, 6319 A.

⁶⁴⁾ Ebda Nr 1906 A.

⁶⁵⁾ Ebda Nr 6452 A.

⁶⁶⁾ Ebda Nr 6320 A, 2134 A, 9129 A.

⁶⁷⁾ Ebda Nr 537 A. Beratungsprotokoll zum Erkenntnis, in: ZÜA Prag, L. 7407, Karton 170. Referent A. Popelka hat den Antrag gestellt, die Beschwerde abzuweisen. R. Alter, der die Verwaltungsentscheidung für gesetzwidrig hielt, war dagegen. Der VwGH hat die Entscheidung aufgrund § 7 des Gesetzes über seine Zuständigkeit aufgehoben.

habe, und diese nicht über das wirklich Notwendige hinausreichen dürfen⁶⁸⁾). Mit anderen Worten, die Behörden durften nichts über das hinweg vornehmen, was zur Befriedigung des öffentlichen Interesses unabdingbar war. Der VwGH stellte eine klare Direktive für behördliche Handlungen auf: Die Beschränkung der Ausübung des Eigentumsrechts müsse minimal und könne nur zulässig sein, insofern sie zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses in dem vom Gesetz angestrebten Maße notwendig sei.

Es war übrigens nicht die einzige juristische Regel, die der VwGH in seiner Rechtsprechung erarbeitet hatte, um die Rechte und Freiheiten des Einzelnen wirksamer vor Eingriffen der Verwaltung schützen zu können. In einem Erkenntnis begründete er die Aufhebung einer Verwaltungsentscheidung damit, dass die Freiheit jedes Einzelnen im Bereich seines eigenen Hauses größer sei als die Rechte der Nachbarn. Der Einzelne könne zum Aufopfern dieser Freiheit im Namen der Interessen der Allgemeinheit nur in den Fällen gezwungen werden, wo diese Freiheit das Entstehen von Gefährdungen in einem außergewöhnlichen Maße verursachen könne⁶⁹⁾).

Der VwGH erlaubte den Behörden, in die Sphäre der Freiheit des Einzelnen aufgrund der Rücksichten des allgemeinen Wohls nur dann einzugreifen, wenn die Ausübung dieser Freiheit zur Entstehung von Erschwernissen führe, die ein außergewöhnliches Ausmaß erreichten. Ob diese Tatsache vorlag, darüber entschied der Gerichtshof und nicht die Behörden nach „freiem Ermessen“⁷⁰⁾). Die Beurteilung der Erheblichkeit und der Bedeutung der Umstände, die eine Einschränkung der Freiheit des Einzelnen nach sich ziehen konnten, übernahm der VwGH, während sie in anderen Fällen zur Domäne des „freien Ermessens“ zählte. Mit diesen Erkenntnissen bewies der VwGH, dass er dem Schutz der Rechte und Freiheiten der Bürger gewachsen war.

2. „Freies Ermessen“ und Wirtschaftsfreiheit

Art 6 StGG statuierte die Erwerbsfreiheit. Dieser Artikel leistete die konstitutionelle Gewähr, dass ein jeder Staatsbürger jeden Gewerbezug ausüben dürfe. Es muss bemerkt werden, dass der VwGH kein allzu eifriger Verfechter dieses Verfassungsgrundsatzes war. Die Lektüre seiner Erkenntnisse kann sogar den Eindruck hinterlassen, dass er diesen Grundsatz weitgehend unberücksichtigt lassen wollte, geleitet in erster Linie von dem Bestreben, den Staatsorganen Freizügigkeit bei der Gestaltung der Wirtschaftspolitik zu gewähren⁷¹⁾).

In einem Erkenntnis lehnte der VwGH die Meinung der klagenden Partei ab, dass ihr, da sie alle erforderlichen Bedingungen erfüllt habe, Anspruch auf Erteilung einer Konzession zustehe⁷²⁾). Seinen Standpunkt begründete der VwGH damit, dass die Frage der Erteilung einer Konzession oder deren Zurückweisung zur Gänze dem „freien Ermessen“ der Behörden überlassen sei. Somit stützte sich die Beurteilung aller Umstände öffentlicher Natur dermaßen auf „freies Ermessen“, dass die Behörden selbst entschei-

⁶⁸⁾ Ebda Nr 4996 A, 5217 A, 11219 A.

⁶⁹⁾ Ebda Nr 7525 A, 8595 A, 11219 A.

⁷⁰⁾ Ebda Nr 3621, 6642 A.

⁷¹⁾ Motivenbericht, wie Fn 12, 31.

⁷²⁾ *Budwinski*, wie Fn 41, Nr 3777.

den konnten, ob die gesetzlichen Voraussetzungen als vorliegend anzunehmen seien oder nicht.

Im Verfahren zur Erteilung von GewerbeKonzessionen schloss der VwGH „freies Ermessen“ aus, einerseits bei der Feststellung des Anspruchs des Bewerbers auf die Konzessionserteilung, andererseits wenn die Beurteilung von Umständen in Betracht kam, die nicht im Schutz öffentlicher Interessen bestanden⁷³⁾. Da der VwGH aber behauptete, dass niemandem ein strikter gesetzlicher Anspruch auf Genehmigung einer bestimmten gewerblichen Tätigkeit zustehe, ließ er demzufolge die Möglichkeit zu, dass eine Behörde trotz des Fehlens von Bedenken gegen die verlangte Konzession sie doch kraft eigener arbiträrer Entscheidung verweigern konnte.

Als Rechtfertigung sei hier die Tatsache genannt, dass es der VwGH in der Periode seiner Tätigkeit vor 1918 verstand, diese Fehlinterpretation aufzugeben. Davon zeugt das Erkenntnis, in welchem der VwGH befand, dass ein Verwaltungsbeschluss jeglicher Rechtsgrundlage entbehre, der das Recht auf Ausübung des Maurergewerbes mit der Begründung verweigere, es sprächen allgemein die öffentlichen Rücksichten dagegen⁷⁴⁾. Das Entscheidungsmotiv des VwGH wich hier von den früheren ganz deutlich ab! Gemäß VwGH durfte die Konzession zur Ausübung des Gewerbes nicht verweigert werden, wenn alle Bedingungen, einschließlich derer, die die Behörde nach „freiem Ermessen“ beurteilen könne, erfüllt seien. In diesem Falle habe nämlich der Bewerber den Rechtsanspruch auf Erteilung der Konzession.

Die Gesetzmäßigkeit eines Verwaltungsbeschlusses bejahte der VwGH erst dann, wenn dieser auf solch eine konkrete Ursache seines Konzessionsverbots verwies, die aus den Vorschriften des Gesetzes hergeleitet werden konnten. Das bedeutete, dass die Behörden nicht ermächtigt waren, wegen des Schutzes eines beliebigen öffentlichen Interesses die Genehmigung zur Ausübung des Gewerbes zu verweigern, sondern sie waren verpflichtet, zu Gunsten solcher Interessen der Allgemeinheit zu handeln, deren Schutz ihnen das Gesetz anvertraute⁷⁵⁾. Diese Frage unterlag der Kontrolle des VwGH.

„Freies Ermessen“ enthielt immer noch zwei Probleme. Zum Ersten die behördliche Beurteilung, ob die durch das Gesetz genannten Gründe zur Verweigerung der Konzession tatsächlich vorliegen; zum Zweiten die Frage, ob diese von einem solchen Belang und Gewicht seien, dass entweder das Verbot der Gewerbeausübung oder deren Genehmigung unter bestimmten Bedingungen oder ohne diese zu erteilen sei⁷⁶⁾. Der VwGH konnte einen solchen Ermessensbeschluss nur aufheben, wenn er zur Schlussfolgerung kam, dass dieser keine erschöpfende Begründung enthalte und die Behörde demzufolge wesentliche Regeln des Verfahrens nicht eingehalten habe, was auf die Möglichkeit der Partei, ihre Rechte im Instanzenweg zu verteidigen,

⁷³⁾ Ebda Nr 1848,1996, 2008,11853,14105.

⁷⁴⁾ Ebda Nr 9048 A.

⁷⁵⁾ Ebda Nr 2134 A, 3673 A.

⁷⁶⁾ Ebda Nr 12962,12970,14054, 35 A, 125 A, 251 A, 648 A, 3621 A, 4101 A, 6642 A. Der VwGH verlangte in solchen Fällen oft die Begutachtung durch Sachverständige, wenngleich diese für das entscheidende Organ nicht bindend war. Deshalb bediente sich der VwGH statt „freies Ermessen“ der Wendung „fachmännisches Ermessen“. Ebda Nr 1396 A.

nachteilig zurückwirken könne.“) Fehlen der Begründung der Konzessionsverweigerung wertete der VwGH aber nicht immer als wesentliche Mangelhaftigkeit des Verfahrens“). Befand der Gerichtshof auch eine wesentliche Verletzung der Regeln des Verwaltungsverfahrens, so war er doch einverstanden, dass eine Behörde den Mangel durch einen kosmetischen Handgriff beseitigen konnte“).

In Gewerbeangelegenheiten nutzte übrigens der VwGH seine Berechtigung nicht aus, dass er aufgrund des im Verwaltungsverfahren gesammelten Beweismaterials von der bekämpften Entscheidung abweichende Feststellungen machen durfte. Anders als bei der Verletzung des Eigentums und somit der Freiheit des Einzelnen, ähnlich dagegen wie bei Enteignungen, sah sich der VwGH auf den Standpunkt der Verwaltungsbehörden angewiesen, wenn es sich um die Feststellung der „öffentlichen Rücksichten“ und deren Einfluss auf Konzessionsverweigerung handelte“).

“) Ebda Nr 3961 A, 5671 A, 6046 A, 8681 A, 8949 A.

“) Ebda Nr 251 A.

“) Ebda Nr 9200 A, 9628 A. Im ersten Erkenntnis hob der VwGH den behördlichen Beschluss über die Verweigerung der Genehmigung zur Führung eines Vervielfältigungsapparats auf, weil er feststellte, dass der Verwaltungsbeschluss nicht eine erschöpfende Begründung, sondern lediglich eine allgemeine Berufung auf die örtlichen Bedingungen enthalte (Beratungsprotokoll zu diesem Erkenntnis in: ZUA Prag, L 12330 ex 1912, Karton 125). Referent H. Schneller hat den Antrag gestellt, die Administrativentscheidung aufgrund § 6 des Gesetzes über den VwGH aufzuheben. Hofrat H. Diwald hat dagegen vorgeschlagen, die Beschwerde aufgrund des „freien Ermessens“ abzuweisen. Dafür war auch G. Haerdtl. V. Krupsky und F. Tezner haben den Referenten unterstützt. Nach Tezners Meinung ging es um die Auslegung des Begriffes „Lokalverhältnisse“, die dem VwGH zustand. Er machte auf die Rechtsprechung des Reichsgerichtes aufmerksam und sagte: „Schließlich ist eine jede Auslegung eines im Gesetze nicht definierten Ausdruckes eine Ermessenssache und dennoch hat zB das Reichsgericht den Begriff der Staatsgefährlichkeit, der Verlässlichkeit und dergleichen definiert und eine dieser Definition entsprechende Begründung der behördlichen Entscheidung verlangt.“ In dem zweiten Erkenntnis aber, bei erneuter Aburteilung der Sache nach der behördlichen Ergänzung dieser Verfehlung, gab sich der VwGH mit den Argumenten zufrieden, dass der Verweigerungsbeschluss durch das Bestehen von Druckereien in der Umgebung begründet werde, die die Bedürfnisse der Bevölkerung völlig befriedigen, und erkannte auf Legalität des Beschlusses.

“) Den Unterschied in den Betrachtungsweisen des „freien Ermessens“ durch den VwGH bei Bauverböten und bei GewerbeKonzessionen spiegelt sich sehr augenfällig in den Erkenntnissen 1907 A und 10674 A wider (*Budwinski*, wie Fn 41). Sie betreffen den Standpunkt des VwGH in der Frage der Rechtsbedeutung und der bindenden Kraft seiner aufgrund § 7 des Gesetzes gefällten Urteile. In der Angelegenheit, die den ersten Gegenstand der Erkenntnisse darstellte, stellte der VwGH die Rechtswidrigkeit des den Bau eines Stalls verbietenden Beschlusses fest, da der von dem VwGH festgestellte Tatbestand nicht unter die durch die Behörde angewandte Rechtsvorschrift falle. Darauf erteilte die Behörde in derselben Sache ein abermaliges Bauverbot, begründet durch sanitäre Hindernisse, die einen Umstand aus dem Bereich des „freien Ermessens“ darstellten. Auch diesen Beschluss befand der VwGH für ungesetzlich, weil er feststellte, dass die Behörde im vorangehenden Beschluss den Bau nicht mit sanitären Gründen begründet hatte, wodurch das frühere Fehlen dieser Bedenken sie für die weitere Erledigung der Sache binde. Völlig anders fasste der VwGH dasselbe Problem hinsichtlich des Beschlusses über eine Konzessionsverweigerung auf. Wenn auch die Behörde sich im ersten Verweigerungsbeschluss auf den Mangel der Qualifikation des Bewerbers berufen hatte, was sich infolge des Erkenntnisses des VwGH als rechtswidrig herausstellte, durfte sie sich bei erneuter abschlägiger Erledigung der Angelegenheit auf das Nichtbestehen von örtlichen Bedürfnissen als einen dem „freien Ermessen“ der Behörde unterliegenden Umstand berufen, obwohl sie diesen früher nicht erhoben hatten. Aus diesem Vergleich geht hervor, dass der VwGH in Sachen der Baugenehmigungen einen besseren Rechtsschutz gewährt als in Sachen der Konzessionserteilungen.

Ä l l l f i " | e^sA^{and der} VwGH den Behörden ausschließlich hinsichtlich Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen zu, niemals aber hinsichtlich der Rücknahme einer bereits erteilten Konzession. Der VwGH ging hier von der Annahme aus, die er wiederholt als einen wichtigen Grundsatz des Rechtsstaates ausgab, dass nämlich die Aberkennung einer durch den Einzelnen erlangten Berechtigung nur Zustandekommen könne, wenn dies eine ausdrückliche Rechtsvorschrift erlaube⁸¹). Zwar gab das Gewerbegesetz den Behörden die Möglichkeit zur Rücknahme einer jeden Konzession von Amts wegen, sollte sich herausstellen, dass sie unter Verletzung der gesetzlichen Erfordernisse erteilt worden war, nichtsdestoweniger zählten nach dem Standpunkt des VwGH zu den gesetzlichen Bedingungen nicht die Umstände, die von Behörden bei einer Konzessionserteilung nach „freiem Ermessen“ beurteilt wurden. Die Annahme einer abweichenden Interpretation käme nach Meinung des VwGH der Billigung einer unzulässigen Regel gleich, dass ein rechtskräftiger Beschluss über Konzessionserteilung einer späteren Aufhebung nach „freiem Ermessen“ der Behörden unterliege⁸²). Diese Art der Rechtsprechung des VwGH kam den Erfordernissen eines Rechtsstaates besonders entgegen.

3. „Freies Ermessen“ und unbestimmte Begriffe

Die österreichische Gesetzgebung wandte den Terminus „unbestimmte Begriffe“ nicht an, dieser wurde von der Rechtswissenschaft eingeführt⁸³). Das bedeutete aber nicht, dass die Gesetzgebung die Kategorie „freies Ermessen“ einheitlich, ohne jegliche Distinktionen behandelte. Die Begründung des Gesetzesentwurfs über den VwGH machte, wie bereits erwähnt, einen deutlichen Unterschied zwischen zwei Arten des „freien Ermessens“. Die Erste entzog sich völlig der sachlichen Kontrolle des Gerichtshofes, die Zweite unterlag ihr voll und ganz. Handelte es sich um eine Feststellung bestimmter unklarer Voraussetzungen, durch deren Erfüllung eine Person ein subjektives Recht erwarb, oder deren Nichtvorliegen die Aberkennung dieses Rechtes ermöglichte, so verbarg sich hinter dieser Feststellung der Ermessensfaktor. Der war aber so beschaffen, dass er die Befugnis des VwGH zur Beurteilung, inwieweit die Behörde eine angemessene Auslegung eben einer solchen unbestimmten Rechtsnorm getroffen hatte, nicht ausschloss. Somit ermächtigte der Gesetzgeber den VwGH zur Kontrolle der Anwendung jener Gruppe an Rechtsnormen, die mit unbestimmten Begriffen operierten, falls die Vollziehung der Normen einen Rechtsanspruch nach sich zog.

Einen unbestimmten Rechtsbegriff stellte ohne Zweifel das Merkmal „Unbescholtenheit“ im Gemeinderecht und im Gewerberecht dar. Das Gemeinderecht erlaubte es nämlich, eine auswärtige Person aus dem Gemeindegebiet zu verweisen, wenn sie einen „bescholtenen Lebenswandel“ führte. Durch welche Verhaltensweisen man als „bescholten“ galt, darüber konnten Gemeindebehörden nicht nach „freiem Ermessen“ entscheiden, sondern deren Feststellungen wurden durch den VwGH verifiziert. Das

⁸¹) *Budwinski*, wie Fn 41, Nr 1216, 2415, 3915, 5358, 2134 A.

⁸²) *Ebda* Nr 380, 634, 5497, 2237, 2958 A, 10176 A.

⁸³) Diese Terminologie wurde weitgehend von Bernatzik und Tezner verbreitet, die mit Wendungen wie „unklare Ausdrücke“, „vage Kategorien“, „unbestimmte Begriffe“ operierten. Siehe *Ehmke*, wie Fn 2,12-20.

ergab sich daraus, dass der Einzelne dem Beschluss über Gemeindeausweisung den Anspruch auf Achtung seines Rechtes auf Niederlassungsfreiheit entgegensetzen konnte (Art 6 StGG). Den Ausweisungsbeschluss fassten die Gemeindebehörden meistens wegen des Verbleibens einer Person im Konkubinat, das als ein nach ihrer Auffassung unerlaubtes und unmoralisches Verhältnis zur Annahme des „bescholtenen Lebenswandels“ führen konnte. Diesen Standpunkt hielt der VwGH in der Regel für rechtswidrig. Er lehnte also den Standpunkt der Behörden ab, dass die Feststellung des Konkubinats den ausreichenden Grund zur Ausweisung aus der Gemeinde darstelle⁶³⁾. Bei der Auslegung des „bescholtenen Lebenswandels“ führte der VwGH ein Kriterium ein, das, ohne jeglichen Zweifel zu erwecken, die juristische Klassifizierung des menschlichen Verhaltens ermöglichen sollte. Nach Meinung des VwGH konnte also eine Person nur durch solches Handeln für bescholten gehalten werden, welches zum öffentlichen Ärgernis führe und eine heftige negative Reaktion der Umwelt hervorrufe⁶⁴⁾. Ohne Feststellung von derartigen Umständen konnte kein Beschluss über Gemeindeausweisung eine rechtmäßige Entscheidung sein. In diesen Erkenntnissen kann eine besonders ausdrucksvolle Ansicht des VwGH gesehen werden, dass nämlich die Gesetzgebung der Gemeinde keineswegs die Rolle einer Sittenpolizei anvertraut, sondern ihr nur den Schutz öffentlicher Interessen überlassen habe. Solange also jemandes Verhalten das öffentliche Wohl und die öffentliche Ordnung nicht verletze, dürften die Gemeindebehörden in Privatangelegenheiten des Einzelnen nicht eingreifen⁶⁵⁾. Auf diese Weise überwand der VwGH die alten Gewohnheiten der österreichischen Bürokratie, die noch in die Zeit des Absolutismus zurückreichten und mit den Erfordernissen eines Rechtsstaates nicht mehr im Einklang standen.

Neben dem Konkubinat stellte oft die Verurteilung wegen Begehung einer Straftat die Grundlage zur Ausweisung aus der Gemeinde dar. In der Regel hielt der VwGH in solchen Fällen die Beschlüsse der Behörden aufrecht, insbesondere bei Delikten aus Gewinnsucht, da diese allgemein als Schandtaten galten. Es wäre schwerlich anzunehmen, so der VwGH, dass die eine solche Tat begehende Person einen „unbescholtenen Lebenswandel“ führe⁶⁶⁾. Nicht jedes verurteilende Urteil aber lieferte den Grund zur Ausweisung, weil das aus strafrechtlicher Sicht tadelnswerte Verhalten eines Einzelnen nicht in allen Fällen dessen „moralische Unbescholtenheit“ aufhob. Dazu stellte der VwGH nämlich fest, dass das Verwaltungsorgan nur insoweit durch die Feststellungen des Strafgerichts gebunden sei, soweit es keine Umstände an den Tag gebracht habe, die für die Annahme eines anderen Tatbestandes sprächen. Im Verwaltungsverfahren konnten die Behörden Umstände im Verhalten des Täters feststellen, in deren Lichte seine Tat nicht mehr als Schandtät gelte, sodass diese Person einen „unbescholtenen Lebenswandel“ führe⁶⁷⁾. Auf die soeben bezeichnete Art und Weise kontrollierte der VwGH nur die Ausweisungen von auswärtigen Personen, die im Besitz der österreichischen Staatsbürgerschaft waren. Solchen Schutz genossen Ausländer nicht, da Beschlüsse über deren Ausweisung schon aufgrund „freien Ermessens“ von den

⁶³⁾ *Budwinski*, wie Fn 41, Nr 590, 4552, 4630, 4636 A.

⁶⁴⁾ *Ebda* Nr 4268, 4466 A.

⁶⁵⁾ *Ebda* Nr 3575, 4630.

⁶⁶⁾ *Ebda* Nr 11868, 14078.

⁶⁷⁾ *Ebda* Nr 13992, 542 A.

Behörden getroffen werden durften. Der VwGH konnte sich in solchen Fällen in eine sachliche Beurteilung der Legalität der Ausweisung deshalb nicht einlassen, weil dem Ausländer kein Anspruch auf Niederlassungsfreiheit im Gebiet der Monarchie zustand⁹⁹⁾).

Eine Kontrolle der „unbestimmten Begriffe“ war nur möglich, wenn die benachteiligte Person, nach Erfüllung der Bedingungen des Gesetzes, mit der Forderung an eine bestimmte Handlung an eine Behörde herantrat. Das führte dazu, dass der VwGH die undeutlichen Voraussetzungen der Rechtsnorm nicht zu den unbestimmten Begriffen zählte, sondern auf „freies Ermessen“ der Behörden erkannte. Aus eben diesem Grund wies er die Auslegung der Begriffe „Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit“ als der gesetzlichen Bedingung der Erteilung einer Konzession zur Führung eines Gasthauses mit Alkoholausschank dem Bereich des „freien Ermessens“ zu¹⁰⁰⁾).

Wie bereits erwähnt, bezog der VwGH anfangs den irrtümlichen Standpunkt, dass dem Bewerber um eine gewerbliche Konzession kein Anspruch auf deren Erteilung zustehe, auch wenn er alle im Gesetz genannten Bedingungen erfüllt habe. Die spätere Änderung der Rechtsprechung brachte eine Nichtübereinstimmung der früheren Anschauung des VwGH mit dem Bestreben des Gesetzes über seine Befugnisse zu Tage. Es wurde klar, dass es Aufgabe des Gerichtshofes war, die Richtigkeit der Interpretation von Begriffen wie „Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit“, von denen das Gesetz die Konzessionsgenehmigung abhängig machte, zu prüfen.

Ein anderes Beispiel, das die Handlungsweise des Gerichtshofes bei der Unterscheidung der „unbestimmten Begriffe“ vom „freiem Ermessen“ sehr deutlich widerspiegelt, ist die juristische Klassifizierung des Begriffs „angemessener Abstand“. Es handelte sich dabei um eine Vorschrift, die die Anlage von Friedhöfen erst in einem angemessenen Abstand von den Gebäuden einer Siedlung erlaubte. Auf diese Vorschrift beriefen sich die Behörden per analogiam in Angelegenheiten der Genehmigung zur Errichtung von Häusern in der Nähe von Friedhöfen. Die Behörde könne zwar die Verbreiterung eines Friedhofs aufgrund des Arguments ablehnen, dass der angemessene Abstand zu Wohnhäusern nicht eingehalten werde, die Feststellung dieser Tatsache aber unterliege dem „freien Ermessen“, denn das Gesetz erteile keiner Person einen Anspruch angesichts einer derartigen Handlung der Verwaltung¹⁰¹⁾. Hingegen wurde die Auslegung des Begriffs „angemessener Abstand“ zum Gegenstand von Erkenntnissen des VwGH, wenn die Behörden die Genehmigung zum Bau in der Umgebung eines Friedhofes verweigerten, weil dem Interessenten der Anspruch auf Anerkennung seines Rechtes auf Bebauung seines eigenen Grundstücks zustand¹⁰²⁾. Mit diesen Erkenntnissen blieb der Gerichtshof im Einklang mit den Absichten des Gesetzgebers bei der Konstruktion des gegenständlichen Jurisdiktionsbereichs des VwGH.

⁹⁹⁾ Ebda Nr 4489 A.

¹⁰⁰⁾ Ebda Nr 14487.

¹⁰¹⁾ Ebda Nr 9554.

¹⁰²⁾ Ebda Nr 2377. Auf ähnliche Weise unterlag dem VwGH die Auslegung der „anständigen Beerdigung“ einer Person von anderem Bekenntnis auf einem katholischen Friedhof, weil das Bekenntnisgesetz jedem gesetzlich anerkannten Glaubensbekenntnis das Recht auf „anständige Beerdigung“ auf dem Friedhof eines fremden Bekenntnisses zusprach. *Budwinski*, wie Fn 41, Nr 3616 A. Vgl auch die Auslegung des Begriffes „sicher“, ebda Nr 5217 A.

V. Schlussbemerkungen

Die Verfasser des österreichischen Gesetzes von 1875 über den Verwaltungsgerichtshof strebten eine weitgehende Anwendung des Begriffes „freies Ermessen“ in der Rechtsprechung dieses Gerichtshofs an. Nach ihrer Meinung lag „freies Ermessen“ in allen Angelegenheiten vor, in denen Verwaltungsorgane ihre Entscheidungen aufgrund der Anwendung solcher Normen fassten, bei deren Verwirklichung die Behörden sich an Erfordernisse des allgemeinen Wohls etc zu halten hatten. Immer dort, wo ein Verwaltungsbeschluss aus der Notwendigkeit zum Schutze des öffentlichen Interesses ausgehe, sei der VwGH zur materiellen Kontrolle dieses Beschlusses nicht befugt. Folglich sollte „freies Ermessen“ ebenso die Zweckmäßigkeit der von der Verwaltung getroffenen Maßnahmen wie auch die Feststellung umfassen, dass die in der Angelegenheit angenommenen tatsächlichen Umstände den Inhalt einer Rechtsnorm völlig ausschöpfen, die durch Wendungen wie „das allgemeine Wohl“ oder „Rücksichten des öffentlichen Interesses“ ausgedrückt werden. Diese Auffassung des Problems des „freien Ermessens“ kennzeichnete generell die Anschauungen Lemayers, Bernatziks und Launs, obwohl sie nicht in allen Punkten einhellig waren. Diese Linie nahm auch der VwGH in seiner Rechtsprechung an. Die Erkenntnisse in Angelegenheiten der Enteignung oder der gewerblichen Konzessionen bestätigen es recht deutlich.

Diese Linie war aber in der Rechtsprechung des VwGH keine konstante. Er wich von ihr bei Beschlüssen ab, die das Eigentumsrecht durch Bauverbote oder -befehle verletzten, wie auch bei Anordnungen, die dem Eigentum entspringende Freiheiten beschränkten. In derartigen Sachen verweigerte er den Behörden „freies Ermessen“ hinsichtlich bindender Feststellungen, dass die im Gesetz vorgesehenen öffentlichen Rücksichten durch den angenommenen Sachverhalt völlig bewiesen seien. Die Richtigkeit dieser Subsumtion unterlag der Kontrolle des VwGH, der das Recht auf abweichende Schlussfolgerungen besaß. In diesem Bereich der Rechtsprechung folgte der VwGH dem Weg Tezners; manchmal überschritt er diesen sogar auch, er erklärte sich berechtigt, die Zweckmäßigkeit der behördlichen Beschlüsse zu prüfen.

In allen hier analysierten Angelegenheiten begegnete die Verwaltung bei Vollziehung der Vorschriften jedes Mal einer Kollision eines öffentlichen Interesses mit einem Anspruch eines Bürgers. Für die Autoren des Entwurfs des VwGH-Gesetzes war Befriedigung des öffentlichen Interesses die übergeordnete Frage⁹⁾). Das führte zwangsläufig zur Erteilung der Ermächtigung an die Verwaltung, nach „freiem Ermessen“ handeln zu dürfen. Der VwGH fügte sich diesem Gebot nur zum Teil. Seine Rechtsprechung schuf eine ein wenig abweichende Hierarchie der Ziele, denen die Anwendung der Rechtsnormen dienen sollte, die sich auf die Kategorie „öffentliches Interesse“ stützten.

Die soeben durchgeführte Analyse der Rechtsprechung ergibt, dass der VwGH derartige Normen in zwei Gruppen einteilte. Zur ersten zählten diejenigen Normen, die den Behörden die Initiative zur Ergreifung von Handlungen zuerkannten, die aus öffentlichen Rücksichten als angebracht anzusehen waren oder dank derer die Verwaltung eine bestimmte Politik im Interesse des allgemeinen Wohls verwirklichen konnte. Die-

⁹⁾ Siehe die Rede des Ministers J. Unger im Herrenhaus, in: *Kaserer*, wie Fn 10, 84.

sen Vorschriften war gemeinsam, dass sie organisatorische Funktionen der Staatsorgane enthielten. Eben diesen Charakter hatten die Regelungen bezüglich der Enteignung oder die des Gewerbegesetzes. Der VwGH gab dem öffentlichen Interesse nur dann den Vorrang, wenn er in einschlägigen Vorschriften des Gesetzes Merkmale der organisatorischen Funktion der Verwaltung entdeckte; dann erkannte er auf „freies Ermessen“.

Anders aber betrachtete der VwGH seine Rolle bei der anderen Gruppe der „freies Ermessen“ enthaltenden Normen. Sein Kriterium war die Schutzfunktion durch die Staatsorgane. Diese sah der VwGH überall dort vor, wo der durch das Gesetz den Behörden anvertraute Schutz der öffentlichen Interessen lediglich eine Reaktion auf Art und Weise der Nutzung der dem Einzelnen zustehenden Rechte darstellte. Diese Funktion lag dort vor, wo das Handeln oder Unterlassen eines Einzelnen die Interessen der Allgemeinheit gefährdete. Die Behörden schützten das Allgemeinwohl in diesen Fällen sozusagen nebenbei, veranlasst durch die Bestrebungen des Bürgers nach uneingeschränkter Ausübung seiner Rechte.

Die Behörden durften dieser Rechtsausübung Einschränkungen aufzwingen, wenn die entsprechenden öffentlichen Rücksichten aus dem Inhalt und den Absichten des Gesetzes hergeleitet werden konnten. Diesbezüglich erschien dem VwGH der Grundsatz der Einhaltung von subjektiven Rechten des Einzelnen wichtiger als die vorrangige Befriedigung der öffentlichen Bedürfnisse⁴⁾.

So wird die Tendenz des Gerichtshofes sichtbar, seine Kontrolle auch auf die Auslegung von Begriffen auszudehnen, die in der Absicht der Schöpfer des Gesetzes über den VwGH diese Kontrolle gerade aufzuheben hatten. Die durch den VwGH geschaffene Klassifizierung der Rechtsnormen ermöglichte ihm eine beträchtliche Ausdehnung seiner sachlichen Zuständigkeit auch auf Angelegenheiten, die die Verwaltung nicht ohne guten Grund zur Domäne des „freien Ermessens“ zählte. Die Tätigkeit des Verwaltungsgerichtshofes hat somit dem Aufbau des Rechtsstaates einen guten Dienst erwiesen.

War also die österreichische konstitutionelle Monarchie ein Beispiel für einen Rechtsstaat? Im Bereich der institutionellen Möglichkeiten zur Erlangung des Schutzes der subjektiven öffentlichen Rechte durch den Bürger muss die Antwort ja lauten. Dazu liefert die Rechtsprechung des VwGH zahlreiche Beweise. Dagegen ließ der Stand der Verwaltungsgesetzgebung im damaligen Österreich, deren Regelungen noch bis zur Wende zum 19. Jahrhundert zurückreichten, zu wünschen übrig. Diese Gesetzgebung entstammte bekanntlich in bedeutendem Maße dem Polizeistaat. Sie wirkte sich nachteilig aus auf den Grad des Schutzes von subjektiven Rechten, der anderenfalls noch höher hätte sein können. Es verwundert also nicht, dass sich die Unzulänglichkeit der Verwaltungsgesetzgebung in der Unvollkommenheit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes widerspiegeln musste.

⁴⁾ Somit kann der Vorwurf an den VwGH nicht verwundern, er habe mehr für den Schutz der Rechte des Einzelnen gesorgt, als das Interesse des Staates bewacht. Siehe *V. R. Pienczykowski*, Österreichischer Verwaltungsgerichtshof wie er durch das Gesetz vom 22. October 1875 errichtet worden ist, 1903.