

CLEMENS JABLONER, Wien

Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Zuge des Staatsumbaues 1918 bis 1920*

I. Einführung

Im Grunde der Dezember-Verfassung bestanden in der österreichischen Reichshälfte drei Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts: Seit 1867 das Reichsgericht und der Staatsgerichtshof, seit 1876 der Verwaltungsgerichtshof.¹ Das Reichsgericht fungierte als Instanz zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten, als Kausalgerichtshof für bestimmte Ansprüche öffentlich-rechtlicher Natur und als „Spezialverwaltungsgerichtshof“² zur Garantie der verfassungsrechtlich gewährleisteten politischen Rechte. Der Staatsgerichtshof, der trotz seiner parlamentarischen Nähe nicht etwa als „ein Stück Parlamentsjustiz“, sondern als Teil der Gerichtsbarkeit galt,³ entschied über Ministeranklagen. Der VfGH ent-

schied in allen Fällen, in denen jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptete.⁴

Wenngleich die Gerichtshöfe nicht im Fokus der Staatsumbildung 1918–1920 standen,⁵ spielten sie in den Verfassungsdiskussionen wichtige Rollen. Im Folgenden soll das Schicksal der beiden Gerichtshöfe zwischen dem 30. Oktober 1918 und dem 1. Oktober 1920 beleuchtet werden, freilich nur anhand einiger hervorgehobener Themen. Dank der Forschungen namentlich von Ermacora, Schmitz und Stourzh sind die Quellen leicht zugänglich. Die folgende Skizze baut auf diesen Editionen auf, will also nicht als rechtshistorischer Beitrag im engeren Sinn gelten. Vielmehr ist festzustellen, dass wir uns noch immer im normativen und gedanklichen Gerüst jener Tage bewegen. Deshalb liegt es nahe, beim Bericht über damalige Vorgänge – explizit oder implizit – aktuelle Bezüge mitschwingen zu lassen.

Die beiden Gerichtshöfe verlangen aus doppeltem Grund eine je unterschiedliche Art des Herangehens: Zum einen ist die Entwicklung des VfGH literarisch bereits sehr ausführlich behandelt worden, vor allem von Schmitz in einer 2003 erschienenen Abhandlung.⁶ Für den VfGH fehlt eine dem vergleichbare Studie.

* Schriftfassung eines Vortrages, den der Verfasser am 19. 11. 2008 auf der vom Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und vom Österreichischen Staatsarchiv veranstalteten Tagung „Staatsgründung und Verfassungsordnung“ in Wien gehalten hat. Der Verfasser und die Herausgeber danken dem Institutsvorstand, Prof. Thomas Simon, für seine Zustimmung zur Veröffentlichung des Beitrages in dieser Zeitschrift.

¹ StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl. 1867/143 und Art. 9 StGG über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBl. 1867/145 i.V.m. dem Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl. 1867/101; Art. 15 StGG über die richterliche Gewalt, RGBl. 1867/144 i.V.m. dem Gesetz betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBl. 1876/36.

² Vgl. HAUKE, Verfassungsrecht 127.

³ Vgl. HAUKE, Verfassungsrecht 81.

⁴ § 2, erster Satz des Gesetzes betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBl. 1876/36.

⁵ Vgl. allgemein NESCHWARA, Entwicklung des Verfassungsrechts 83, SCHEFBECK, Verfassungsentwicklung 1.

⁶ SCHMITZ, Constitutional Court 240.

Zum andern erhielt der VfGH gegenüber dem Reichsgericht zwar sehr bedeutende neue Befugnisse, diese entwickelten sich aber gleichsam im Modus der „Emergenz“, also ohne dass prinzipiell andere Modelle der Verfassungsgerichtsbarkeit zu Diskussion gestanden wären. Ganz anders war es beim VwGH: Hier diskutierte man durchaus über ein ganz anderes System, beließ es aber am Ende bei fast jener Institution, die es schon auf Grund der Dezember-Verfassung gab, also quasi „Viel Lärm um nichts“. Der folgende erste Teil zum VwGH ist deshalb etwas stärker historisch akzentuiert, der zweite Teil über den VfGH struktureller und auf die Erfassung des Neuerungswertes hin konzentriert.

Insgesamt liegt es nahe, den damaligen Prozess auch in das Licht heutiger Reformdiskussionen zu stellen.

II. Die Diskussion um die Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Die Überleitung des VwGH: Die Rechtsquellen

Mit § 16 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung für Deutsch-Österreich vom 30. Oktober 1918 erfolgte eine weitgehende Rezeption des vorrevolutionären Rechts.⁷ Merkl sah den VwGH als „vermutlich“ rezipierte Einrichtung.⁸ Tatsächlich judizierte der VwGH na-

⁷ Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung für Deutsch-Österreich vom 30.10.1918 über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI. 1918/1. Bei dieser Rezeption handelte es sich – richtig gesehen – um das In-Geltung-Setzen des früheren Rechts – Kelsen, Staatsrecht 82.

⁸ MERKL, Verfassung Deutsch-Österreich 154. Zu den tatsächlichen Verhältnissen meinte Merkl: „Wenn diese Gerichte, solange sie nicht ausdrücklich wieder eingeführt waren, tatsächlich nicht als deutsch-österreichische Organe fungierten, so lag dies nicht am Mangel rechtlicher, sondern sachlicher oder per-

hezu bruchlos weiter.⁹ Ein deutsch-österreichischer Verwaltungsgerichtshof wurde dann mit dem Gesetz vom 6. Februar 1919, StGBI. 1919/88, eingerichtet, und zwar im Wesentlichen nach dem Muster des übergeleiteten VwGH.¹⁰ Im B-VG 1920 erhielt der VwGH – an der Seite des VfGH – seinen Platz im Sechsten Hauptstück „Garantien der Verfassung und Verwaltung“ in den Art. 129 bis 136. Die rechtstechnische Überleitung des Gerichtshofes erfolgte mit §§ 37f. ÜG 1920.

2. Bewährung des VwGH und alternative Modelle

Das Konzept des VwGH von 1875 war am Prinzip der interfunktionalen Gewaltenbalance orientiert und bestand in der Einrichtung eines einzigen, vollkommen von der Verwaltung getrennten Gerichtshofes, in funktioneller Hinsicht in einer recht weitgehenden Respektierung der Eigenständigkeit der Verwaltung. Die wesentlichen Systemelemente waren die Bindung des VwGH an den von der Verwaltungsbehörde festgestellten Sachverhalt bei Ermächtigung zur Aufhebung des Verwaltungsaktes, wenn der Behörde gravierende Verfahrensfehler unterlaufen waren, die Ausnahme der Angelegenheiten des „freien Ermessens“ und die Beschränkung der Entscheidungsbefugnis auf die bloße „Kas-

sönlicher Voraussetzungen: *De iure* waren sie vom Standpunkt Deutsch-Österreichs aus nicht mehr im Namen des österreichischen Kaisertums, sondern der deutsch-österreichischen Republik zu judizieren berufen.“

⁹ Vgl. im Einzelnen OLECHOWSKI, Verwaltungsgerichtshof 37 und BUDWINSKI, Sammlung.

¹⁰ Anders als der VfGH gegenüber dem Reichsgericht – (vgl. später Anm. 53) – verstand sich der VwGH als Nachfolger des alten VwGH jedenfalls i.S. des „Prinzips der Einheitlichkeit der (verwaltungsgerichtlichen) Rechtsprechung; vgl. VwSlg NF 3649A/1955 unter Berufung auf § 8 der mit der Vollzugsanweisung der Staatsregierung vom 26. 7. 1919, StGBI. 419, erlassenen „Dienstvorschrift für den deutsch-österreichischen Verwaltungsgerichtshof“.

sation“ des angefochtenen Verwaltungsaktes bei Bindung der Verwaltungsbehörde an den Tenor der Entscheidung.

Dieses Konzept hatte sich als tragfähig erwiesen, die Richter konnten die in sie gesetzten Erwartungen offenbar erfüllen. Es sei erlaubt, aus einem schönen Handschreiben des Kaisers vom 25. Oktober 1916 an den damaligen Präsidenten Bacquehem zu zitieren:

„In vier Dezennien unermüdlicher Tätigkeit, auf die er heute zurückblickt, hat der Verwaltungsgerichtshof die an ihn geknüpften Erwartungen voll gerechtfertigt. Dank der festen Staatstreue, dem geläuterten Rechtsempfinden, dem hohen Wissen und dem nie erlahmenden Eifer seiner Mitglieder hat er sich als ein wahrer Hort des öffentlichen Rechts erwiesen und als eine kraftvolle Stütze für das pflichtgemäße Streben der Administrationsbehörden, die Verwaltung mit dem Gedanken der strengen Gesetzlichkeit und zweckmäßigen Ordnung zu erfüllen, in der Öffentlichkeit aber das Vertrauen in die Rechtssicherheit und das Bewusstsein unverbrüchlicher Gebundenheit an das Gesetz zu verbürgen.

In aufrichtiger Genugtuung über dieses dem Staatswohle förderliche Wirken, das Ich stets mit Aufmerksamkeit verfolgt habe, nehme Ich gerne den Anlass des heutigen Tages wahr, um dem Verwaltungsgerichtshofe Meine volle Zufriedenheit und Anerkennung auszusprechen.“¹¹ Freilich konnte man in der jungen Republik auch kritische Stimmen vernehmen: Laun setzte sich in einem Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft zu Beginn des Jahres 1919 nicht nur für meritorische Entscheidungen des VwGH ein, sondern entwickelte ein ganz anderes System der Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹² Die Grenze zwischen den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten sollte durch

Zwischenbildungen, also spezielle Verwaltungsgerichte, verwischt werden. Diese Gerichte sollten „an die Stelle der Verwaltungsbehörden treten“. In der Diskussion meinte der Zivilprozessualist Pollak sogar, die Verwaltungsrechtssprechung sei den ordentlichen Gerichten zuzuweisen, unter Mittätigkeit von Verwaltungsbeamten in gemischten Senaten. Laun stimmte dem zu.¹³

Auch die Verwaltung dürfte hin und wieder gemurrt haben, denn noch 1925 erwähnt Tezner, dass die Abschaffung des VwGH „von manchen ernstesten Verwaltungsmännern gerade im Hinblick auf die durch das außergesetzliche Prozessrecht bewirkte Verlangsamung der Verwaltung gewünscht wird“.¹⁴ Eine zumindest anfängliche Unsicherheit über den Fortbestand des VwGH klingt auch im Motivenbericht zur Vorlage des Staatsrates anlässlich der Einrichtung des VfGH an,¹⁵ wenn es – im Zusammenhang mit dem Reichsgericht – heißt, dass dessen Kompetenz auch „einem anderen Gerichte, etwa dem Verwaltungsgerichtshof, bzw. dem an dessen Stelle fungierenden Gericht“ übertragen werden könnte.

Ungleich gewichtiger als diese Geplänkel waren indessen Karl Renners Pläne für einen Umbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Rahmen seiner Staatsreformpläne, die dann wiederum in die Position der Sozialdemokraten im Verfassungsprozess einfließen. In seiner Schrift „Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen“¹⁶, lehnte Renner die dreistufige Einzelverwaltung als „offenbar dem napoleonischen Ideal der reinen

¹¹ Dieses Schreiben findet sich gerahmt im Präsidium des VwGH.

¹² Vgl. LAUN, Vortrag 76.

¹³ LAUN, Vortrag 77. Ein weiterer Redner war Herrnritt, der hingegen eine instanzmäßige Gliederung der Verwaltungsgerichtsbarkeit wegen der Frage der Rechtskraft für vorteilhaft hielt, LAUN, Vortrag 88.

¹⁴ TEZNER, Administrativverfahren 471.

¹⁵ Vgl. KELSEN, Verfassungsgesetze 3, 90.

¹⁶ RENNEN, Selbstbestimmungsrecht, laut Vorrede am 14. 12. 1917 vorgelegt.

Obrigkeitsregierung“ entsprechend ab.¹⁷ Renner strebte ja einen Staatsaufbau von Selbstverwaltungen, insbesondere demokratisierte Kreise an. In diesem Zusammenhang wollte er auch zum „Preußischen Modell“ der Verwaltungsgerichtsbarkeit wechseln. Im VwGH sah er bloß einen „Nachrichter“. Die niemals rastende Gesetzgebung habe die Verwaltungsrechtssachen turmhoch angehäuft. Die Verwalter seien inzwischen „zu neun Zehnteilen“ Richter geworden, und der VwGH praktisch einfach zur vierten Instanz. „Nach unseren Darlegungen bestünde im Kreise das Verwaltungsgericht erster Instanz, in der Provinz das Verwaltungsgericht zweiter Instanz und endlich im Zentrum des Reiches der bisherige Verwaltungsgerichtshof als dritte Instanz. Eine solche Einrichtung würde die Verwaltungsmaschine sofort ungeheuer entlasten und den Organen der Verwaltung im engeren Sinn, der obrigkeitlichen Verwaltung endlich ihr ureigenstes Tätigkeitsfeld wieder eröffnen und ein rasches und zielbewusstes Handeln ermöglichen“.¹⁸

Renner wollte zwei Bereiche der Verwaltung – „Verwaltungs-Beschlussachen“ und „Verwaltungs-Rechtssachen“ – unterscheiden, wobei erstere mit der „Obrigkeitsverwaltung“ und zweitere mit der „Verwaltungsrechtspflege“ zusammenfielen.¹⁹ Dass Renner hier die Unterscheidung zwischen einer Ermessensverwaltung und einer gesetzlich gebundenen Verwaltung im Auge hatte, erhellt aus seinen konkreteren Verfassungsplänen. Denn in seinen „Leitsätzen für ein politisch-ökonomisches Programm der Koalition“ von 1919²⁰ schlug er – wieder nach einer Kritik am gegebenen System – vor, dass in

Angelegenheiten der „sogenannten freien Verwaltung“ Beschwerde an die Landesregierung, bei Verletzung eines subjektiven Rechts, von Vermögensansprüchen oder von sonstigen gesetzlich geschützten Rechten des Einzelnen Klage beim Landesverwaltungsgericht, das meritorisch entscheide möglich werden sollte. Zugleich sollte eine „Staatsprokurator“ beim VwGH mit der Zuständigkeit „Nichtigkeitsbeschwerden“ zu erheben, eingerichtet werden.²¹ Besetzt werden sollten die Landesverwaltungsgerichte „zunächst durch das bürokratische, überschüssig werdende Personal der ehemaligen ‚Statthaltereien‘ und der Zentralstellen. Später werde man ‚Kreisräte die sich bewährt haben‘, in die Landesverwaltungsgerichte berufen. Dadurch, dass der Verwaltungsgerichtshof den Bundesämtern das ‚rein juristische Urteilen‘ abnehme, rücke er ‚also die Verwaltungsrechtssachen aus der Sphäre der ministeriellen Willkür und versöhnt also gleichfalls mit dem rein parlamentarischen Parteiregime. Dieses hat nicht nur die Möglichkeit, das objektive Recht zu kränken, es ist darauf beschränkt, durch positive Leistungen auf dem Gebiete der Verwaltung, durch Wirtschaft- und Kulturförderung Nutzen zu schaffen.“²²

Deutlich wird also, dass die Landesverwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie sich dann auch in den Entwürfen Kelsens findet, ihre Anknüpfung zu einem guten Teil nicht im Föderalismus, sondern in Renners Systemdenken hatte.²³

²¹ SCHMITZ, Briefe 54.

²² In weiterer Folge erörtert Renner seiner Vorstellungen in der Dritten Länderkonferenz vom 31. 1. bis 1. 2. 1919. Auch hier heißt es – neben der Bekundung der Präferenz für das englische gegenüber dem französischen Verwaltungssystem –, dass es einer „instanzenmäßig aufgebauten Verwaltungsrechtspflege“ bedürfe; vgl. ERMACORA, Materialien 15 und BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 191.

²³ Von Renner besonders deutlich ausgeführt in der „Zwischenamtlichen Sitzung der Staatskanzlei“ am 11. 10. 1919 – bei ERMACORA, Entstehung 75. Vgl. auch SCHMITZ, Briefe 81.

¹⁷ Dies sei die Maschinerie, mit der man eine eroberte Provinz niederhielte, die Hierarchie von General, Oberst und Hauptmann, ins Zivil übertragen; RENNER, Selbstbestimmungsrecht 216.

¹⁸ Ebd., 217.

¹⁹ Ebd., 218. Vgl. dazu auch WALTER, THIENEL, Parlament und Bundesverfassung 32.

²⁰ Vgl. bei SCHMITZ, Briefe 53.

3. Der VwGH im bundesstaatlichen Gefüge

In den Verfassungsentwürfen Kelsens für Renner²⁴ finden sich in den Landeshauptstädten einzurichtende Landesverwaltungsgerichte, die im Kompetenzbereich der souveränen Länder nach Erschöpfung des Instanzenzugs über Beschwerden entscheiden sollten. Der Bundesregierung käme ein Beschwerderecht gegen Verfügungen oder Entscheidungen von Landesbehörden bei „Verletzung von Bundesinteressen“ zu. Das Bundesverwaltungsgericht in Wien sollte über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen im Kompetenzbereich des Bundes entscheiden. Kelsen war föderalistischer als Renner;²⁵ da er zwischen den Landesverwaltungsgerichten und dem Bundesverwaltungsgericht keinen Rechtszug vorsah. Beim Bundesverwaltungsgericht hätte allerdings ein analoges Beschwerderecht der Landesregierung gefehlt.

Im Gegensatz zu Renner hielt Kelsen aber ansonsten am bisherigen System der Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich fest und föderalisierte es konsequent. Demgegenüber erstrebte die Koalitionsvereinbarung vom September 1919 allerdings noch die „Schaffung einer instanzmäßigen Verwaltungsrechtspflege nach preußischem Vorbild“;²⁶ was einen administrativen Instanzenzug ausgeschlossen hätte.

Wenig überraschend also, dass die Landesverwaltungsgerichte bei den Ländern auf wenig

Gegenliebe stießen. Die traditionellen Eliten in den Ländern waren ja eng mit der Verwaltung verbunden. Im Gegensatz zur Gerichtsbarkeit wurde die Verwaltung stets als diejenige Staatsfunktion angesehen, in der der reale Einfluss der Länder verrechtlicht wurde. Schon im Dezember 1919 ergaben die Verfassungsgespräche mit den Ländern, dass die Christlich-Sozialen von Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg, sowie die Vertreter Kärntens Landesverwaltungsgerichte ablehnten.²⁷ Kelsen/Froehlich/Merkl fassen lapidar zusammen, „man befürchtete, dass durch die Kompetenz der Landesverwaltungsgerichte die der obersten Landesverwaltungsbehörden allzusehr geschmälert würde“.²⁸ Dafür kam der Gedanke auf, den Ländern Einfluss auf die Personalbildung und Organisation des VwGH zu geben. Seitdem – genauer seit dem „Privatentwurf Mayr“ – war die Idee der Landesverwaltungsgerichte vom Tisch.²⁹ Der „Renner-Mayr-Entwurf“, der den Beratungen des Unterausschusses des Verfassungsausschusses der Konstituierenden Nationalversammlung³⁰ zu Grunde lag, enthält die Verwaltungsgerichte der Länder nicht. Allein im Entwurf der Großdeutschen sind sie – wie im Übrigen auch die meritokratische Entscheidungsbefugnis – weiter enthalten, spielen aber in der Diskussion keine Rolle mehr.³¹

Auch wenn im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit nun keine Möglichkeit mehr bestand, scheinbar oder wirklich etwas für den Föderalismus zu tun,³² sollte der VwGH doch

²⁴ Vgl. SCHMITZ, Vorentwürfe 44, 48.

²⁵ In den „Leitsätzen“ (Anm. 20), sah Renner für Angelegenheiten der gebundenen Verwaltung die Klage beim Landesverwaltungsgericht vor. Träte das Landesverwaltungsgericht der Erstentscheidung bei, erwüchse diese in Rechtskraft. Die Staatsprokurator könne in diesem Fall eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes beim VwGH erheben. Wichen die zwei vorliegenden Entscheidungen voneinander ab, so könne sowohl die Partei als auch die Landesregierung an die dritte Instanz, an den VwGH appellieren, der endgültig entschiede.

²⁶ Vgl. SCHMITZ, Briefe 79.

²⁷ Etwa für Oberösterreich vgl. die Protokolle über die Länderberatungen bei ERMACORA, Entstehung 120. Für Landesverwaltungsgerichte trat hingegen der ehemalige Senatspräsident des VwGH Falser ein; vgl. SCHMITZ, Briefe 112.

²⁸ KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung.

²⁹ Vgl. SCHMITZ, Briefe 112.

³⁰ Im Folgenden: „Unterausschuss“.

³¹ Vgl. ERMACORA, Quellen 103.

³² In diesem Zusammenhang sollte aber nicht übersehen werden, dass die Länder in den Kollegialbehör-

eine Rolle im bundesstaatlichen Wechselspiel einnehmen: Schon die Überlegungen Kelsens waren in die Richtung eines Beschwerderechts der Bundesregierung vor dem Landesverwaltungsgericht – gegebenenfalls ausgeübt durch einen beigegebenen Bundesanwalt – gegangen.³³ Die Vorstellung, den VwGH als Instrument der Bundesaufsicht zu nutzen, blieb in Diskussion. Der VwGH erschien nun – gleich wie der VfGH – als „gesamtstaatliches Organ“. Der Bericht zum Entwurf des Verfassungsunterausschusses – am Ende der Beratungen – betonte, dass die Gerichtshöfe als die Klammern gedacht seien, welche die „dualistische Konstruktion von Bund und Ländern zu einer höheren Einheit zusammenfügen“.³⁴

Die bisherige Beschwerde der Bundesregierung wegen „Verletzung von Bundesinteressen“ sollte nun nicht an das Landesverwaltungsgericht, sondern an den VwGH gerichtet sein. Der „Renner-Mayr-Entwurf“ kannte sogar eine Parität in Form einer Anfechtung von Bundesentscheidungen durch die Landesregierung bei Verletzung von Landesinteressen.³⁵ Dieses allgemeine Beschwerderecht der Bundesregierung verlor allerdings seine Funktion im Lichte der kommenden Staatsorganisation. Denn in der mittelbaren Bundesverwaltung blieb der Bundesregierung ja jedenfalls die Möglichkeit der

Steuerung mittels Weisung an den Landeshauptmann, wenn nicht nach Art. 103 B-VG ohnedies ein Bundesminister oberste Behörde im administrativen Instanzenzug blieb. Eine Bedeutung konnte dieses Beschwerderecht daher nur dort haben, wo die Länder Bundesgesetze selbstständig vollziehen, also bei den Konstruktionen der Art. 11 und 12 B-VG. Genau so fand die objektive Bescheidbeschwerde dann Eingang in Art. 129 Abs. 2 B-VG.³⁶ Die analoge Spur – Beschwerderecht der Landesregierung bei Vollziehung von Landesgesetzen durch den Bund – wurde zunächst nicht weiterverfolgt. Erst mit der B-VG Novelle 1974 wurde eine entsprechende Zuständigkeit der Länder – quasi „Landesaufsicht“ – für Bausachen nach Art. 15 Abs. 5 B-VG geschaffen.³⁷

4. Strukturfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Unterausschuss

Bei den Diskussionen im Unterausschuss spielten zunächst Fragen der Ernennung der Mitglieder des VwGH und der Zusammensetzung des Gremiums (Schlagwort: „Richteranteil“) eine wichtige Rolle, doch soll darauf nicht näher eingegangen werden. Die übrigen Themen betrafen miteinander teilweise verzahnte Struktur-

den nach Art. 133 Z. 4 B-VG ein Surrogat für Verwaltungsgerichte behielten. KELSEN, FROELICH, MERKL, Bundesverfassung 240, sahen in diesen Kollegien „Sonderverwaltungsgerichtshöfe“, ebenso HERRNRITT, Verwaltungsrecht 142. Vgl. auch PERNTHALER, Kollegialbehörden 133.

³³ Vgl. Art. CXIX des Kelsen-Entwurfes I und 157 des Kelsen-Entwurfes II; bei SCHMITZ, Vorentwürfe 292.

³⁴ Vgl. den Bericht des Verfassungsausschusses über den Entwurf eines Gesetzes, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird, in: ERMACORA, Quellen 556. SCHMITZ, Vorentwürfe, sieht darin einen Ausgangspunkt für die von Kelsen später entwickelte Bundesstaatstheorie. Vgl. dazu WIEDERIN, Begriffe des Bundesstaates 231.

³⁵ Art. 177 Z 2; vgl. bei ERMACORA, Quellen 240.

³⁶ Vgl. ERMACORA, Quellen 493 und KELSEN, FROELICH, MERKL, Bundesverfassung 240.

³⁷ Art. 131 Abs. 1 Z. 3 B-VG. Es ist in diesem Zusammenhang aufschlussreich – und gegen die Effizienz der mittelbaren Bundesverwaltung sprechend –, dass das Forstgesetz 1975 in § 170 Abs. 8 vorsah, dass Rodungsbewilligungen dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft vorzulegen waren, der dagegen eine Amtsbeschwerde an den VwGH erheben konnte. Dies erfolgte also in einer Angelegenheit der mittelbaren Bundesverwaltung, in der der Bundesminister auch eine Weisung hätte erteilen können. Nach WALTER, MAYER, Besonderes Verwaltungsrecht 233, hatte diese Bestimmung große praktische Bedeutung. Sie wurde freilich mit dem Verwaltungsreformgesetz 2001 abgeschafft. In der Folge ist es nur mehr selten zu Beschwerden an den VwGH wegen der Nichterteilung von Rodungsbewilligungen gekommen.

fragen: Behandlung der Ermessenssachen, Vorschaltung eines administrativen Instanzenzuges, kassatorische oder reformatorische Entscheidungsbefugnis.

Mehrfach wird die Länge der Verwaltungsverfahren und die späte Einschaltung des VwGH beklagt.³⁸ Renner hielt – auch bei der nunmehr einstufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit – an der Idee fest, unmittelbar nach der ersten Verwaltungsinstanz die verwaltungsgerichtliche Beschwerde vorzusehen. Ausnahmen wollte Renner nur die Ermessenssachen. Im Protokoll der 11. Sitzung³⁹ sieht Kelsen darin die Erfüllung eines alten Wunsches der Verwaltungsrechtler. Da der VwGH bei drei Instanzen die vierte Instanz bilde, würden seine Entscheidungen viel zu spät kommen. Kelsen setzt sich dann allerdings von der Absicht Renners, den VwGH unmittelbar nach der ersten Verwaltungsinstanz einzusetzen, ab und äußert Bedenken hinsichtlich der Trennung von „Verwaltungssachen“ und „Verwaltungsrechtssachen“ wie in Preußen, wobei ihm Mannlicher beitrifft. Den entscheidenden Satz spricht dann Froehlich aus: In den Verhandlungen mit den Staatsämtern sei darauf hingewiesen worden, dass der VwGH in seiner jetzigen Zusammensetzung über Entscheidungen der ersten Instanz gar nicht entscheiden könnte. Man muss sich dies ja auch vorstellen: Der VwGH wäre, noch dazu weitgehend in reformatorischer Funktion, von Verfassungs wegen zwingend in sämtlichen Verwaltungsverfahren an die Stelle der administrativen Berufungsbehörde getreten. Zwar sah das B-VG dann in den Art. 103 und 130 vor, dass der Instanzenzug durch den zuständigen Gesetzgeber abgekürzt werden kann, doch dies zum Regelfall zu machen, wäre perniziös gewesen.⁴⁰

³⁸ Vgl. z.B. KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 244.

³⁹ Vgl. ERMACORA, Quellen 365.

⁴⁰ Einen Reflex dieser Diskussion bildete Art. 130 B-VG (in der Stammfassung), wonach für Angelegen-

Aus der Vorstellungswelt des von Renner angestrebten „preußischen Systems“ in Verbindung mit den genannten verwaltungsreformatorischen Zielen entwickelte sich auch die in Art. 133 Abs. 3 B-VG 1920 enthaltene Kognition zur Entscheidung „in der Sache selbst“, wenn nicht eine gesetzliche Befugnis zur Entscheidung oder Verfügung nach freiem Ermessen eingeräumt war. Diese reformatorische Kognition erlangte allerdings keine praktische Bedeutung, wurde mit der B-VG Novelle 1925 auf die Bemessung von Verwaltungsstrafen reduziert und verschwand schließlich völlig.⁴¹

Etwas näher soll auf die Entwicklung der Verfassungsbestimmung über die Ermessenssachen eingegangen werden:

Nach § 3 lit. e des VwGG 1875 waren die „Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind“ von der Prüfungszuständigkeit des VwGH ausgenommen. Allerdings hatte der VwGH in der Folge fast nie Beschwer-

heiten, in denen die Beschwerde an den VwGH zulässig sei, der administrative Instanzenzug durch den Bundes- oder Landesgesetzgeber abgekürzt werden könnte. Dazu führen KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 244 aus, dass nach den Vorentwürfen in jenen Fällen, in welchen die Beschwerde an den VwGH ergriffen wird, der Instanzenzug vor der sonst vorgeschriebenen letzten Instanz als beendet anzusehen sei. „Da diese Bestimmung jedoch für die Angelegenheiten der selbstständigen Landesverwaltung die völlige Ausschaltung der Landesregierung zur Folge gehabt hätte, stieß sie auf stärkeren Widerstand und wurde schließlich zu dem Wortlaut des nunmehrigen Art. 130 gemildert. Dieser ist allerdings praktisch gänzlich bedeutungslos, da die Möglichkeit einer gesetzlichen Abkürzung des Instanzenzuges auch ohne die verfassungsgesetzliche Ermächtigung des Art. 130 gegeben ist.“ Diese Bestimmung existiert nicht mehr; vgl. heute Art. 104 Abs. 4.

⁴¹ Die fortdauernde dogmatische Bedeutung dieser Bestimmung liegt darin, dass somit ein System einer reformatorischen Verwaltungsgerichtsbarkeit jedenfalls nicht im Widerspruch zu einem Grundprinzip des B-VG steht (a.A. PESENDORFER, Verwaltungsrecht 36 m.w.N.).

den in Ermessensangelegenheiten zurückgewiesen. Schon in der Judikatur des VwGH zeichnete sich die später rechtstheoretisch formulierte Einsicht ab, dass der Unterschied zwischen „gebundener Entscheidung“ und „Ermessensentscheidung“ bloß relativ ist. Dazu kommt die Schwierigkeit, die Absicht des Gesetzgebers auszumachen, freies Ermessen einzuräumen, solange es keine Bezeichnungspflicht gibt. Die genannte Bestimmung wurde daher nicht als eine Zuständigkeitsvorschrift, sondern als eine die Kontrolltätigkeit des VwGH inhaltlich bestimmende Regelung aufgefasst.⁴² Wenn daher alle Entwürfe bis zur 13. Sitzung des Unterausschusses an der Behandlung der Ermessensfrage als Zuständigkeitsproblem festhielten, waren sie im Grunde in einer Illusion befangen. In der Sitzung des Unterausschusses am 31. August 1920⁴³ wurde ein Formulierungsvorschlag des VwGH bekannt, der dahin ging, die Unzuständigkeitsvorschrift durch den Beisatz „Wenn das Ermessen der Absicht des Gesetzes entsprechend gehandhabt wurde“ zu ergänzen. In der 18. Sitzung am 23. September legt Kelsen unter Berufung auf den „Abänderungsvorschlag des Experten und des Gesetzgebungsdienstes der Staatskanzlei“ jene Wendung vor, die bis heute in Art. 130 Abs. 2 B-VG enthalten ist.⁴⁴ Allein in der Begrenzung der reformatorischen Kognition des VwGH (Art. 133 Abs. 3) lebte der Aspekt der Zuständigkeit weiter. Kelsen, Froehlich und Merkl kommentieren diese Änderung ausführlich.⁴⁵ Hier haben wir also ein besonders schönes Beispiel für das Zusammenwirken von rechtstheoretischen Überlegungen, Erfahrungen aus der bisherigen Judikatur und Verfassungstechnik.

⁴² Vgl. RINGHOFER, Verwaltungsgerichtshof 118.

⁴³ Vgl. ERMACORA, Quellen 414.

⁴⁴ Vgl. ERMACORA, Quellen 493.

⁴⁵ Vgl. KELSEN, FROELICH, MERKL, Bundesverfassung 243.

Insgesamt ergibt sich also das folgende Bild: Obwohl die Verwaltungsgerichtsbarkeit durchaus grundsätzlich zur Diskussion stand, blieb der republikanische VwGH gegenüber seinem Vorgänger am Ende weitgehend unverändert. Neu war seine Funktion im Rahmen der Bundesaufsicht. Die Einführung der reformatorischen Entscheidungsbefugnis war zwar konzeptiv wichtig, blieb aber nur Episode.

III. Die Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit

1. Vorboten des VfGH

Einen österreichischen Verfassungsgerichtshof gab es schon „*avant la lettre*“: So führte Hauke aus, dass schon das Reichsgericht „kurzweg als Verfassungsgerichtshof“ bezeichnet worden sei und beruft sich dabei auf die Rede Ungers in der Sitzung des Herrenhauses vom 22. Januar 1875.⁴⁶ Einen ganz wichtigen Schritt hin zum späteren VfGH setzte 1885 Georg Jellinek – zu dieser Zeit Ordinarius in Wien – mit der Idee eines „Verfassungsgerichtshofes“ zur Lösung von Kompetenzkonflikten. Jellinek knüpfte an die bestehende Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Lösung (anderer) Kompetenzkonflikte an, griff frühere Überlegungen auf und wollte, dem Reichsgericht die Kompetenz einräumen, „Kompetenzkonflikte zwischen Verfassungs- und einfacher Gesetzgebung, sowie zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung zu entscheiden“.⁴⁷

⁴⁶ Vgl. HAUKE, Grundriß 124. Zum Ganzen STOURZH, Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsdemokratie 31: „Daß das altösterreichische Reichsgericht ein Verfassungsgericht in nuce war, war vielen Zeitgenossen klar.“

⁴⁷ JELLINEK, Verfassungsgerichtshof für Österreich 64. Zum damaligen Stand der Diskussion vgl. PAAR, Gesetzgebung 180.

Auch Renner, der ja die Umwandlung Österreich-Ungarns zum Bundesstaat anstrebte, beschäftigte sich in seiner schon zitierten Schrift mit einem „Verfassungsgericht des Bundes“.⁴⁸ Auch ihm geht es um den Aspekt der Kompetenzüberschreitung: Vermeine die Bundesregierung oder das Bundesparlament eine solche, könne sie vor dem VfGH des Bundes die Feststellung der Verfassungsmäßigkeit begehren. Erkenne dieses Gericht, dass sie nicht vorliegt, so wären die bestrittenen Akte unverbindlich. Dieser VfGH habe außerdem über die subjektiven öffentlichen Rechte der Staatsbürger und Staatsorgane zu wachen, also die Funktion des Reichsgerichtes vorzuführen. Auch die zweckmäßige Verschmelzung des Reichsgerichtes und des Staatsgerichtshofes finden wir bereits bei Renner.⁴⁹ Im Raum stand also ein Ausbau dieser Staatsfunktion. Im Motivenbericht vom Dezember 1918 artikulierte Kelsen ein „Bedürfnis nach einem Gerichte, das nach *jeder Richtung* dem Schutze der Verfassung dient“. Denn nicht bloß der Schutz der politischen Rechte, sondern auch die Entscheidung über die Ministeranklage und die Prüfung der Wahllegitimation dem VfGH zu übertragen, sei zu erwägen.⁵⁰

2. Überleitung und Rechtsquellen

In der Republik ging es dann ziemlich rasch: Wie beim VwGH erfolgte zunächst nach § 16 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung eine grundsätzliche Rezeption, genauer: In-Geltung-Setzung, des vorrevolutionären Rechts und damit wohl eine Überleitung des Reichsgerichtes.⁵¹ § 9 desselben Beschlusses rich-

tete an Stelle des Staatsgerichtshofes zunächst ein neues Organ ein, einen 20-gliedrigen Ausschuss der Provisorischen Nationalversammlung.⁵²

Der dann auch sogenannte „Deutsch-Österreichische Verfassungsgerichtshof“ wurde mit dem Gesetz vom 25. Jänner 1919, StGBL. 1919/48 eingerichtet.⁵³ Übertragen wurde dem VfGH die Erfüllung der Aufgaben des Reichsgerichtes. Der VfGH wurde also sowohl in seinem Bestand als auch in den Kernkompetenzen offensichtlich sehr rasch außer Streit gestellt.⁵⁴ Im Motivenbericht zur Vorlage des Staatsrates zum Gesetz vom 25. Jänner 1919⁵⁵ heißt es in der entscheidenden Passage wie folgt:

„Es ergibt sich daher die Notwendigkeit, für die Erfüllung der Aufgaben vorzusorgen, die dem ehemaligen Reichsgericht zugewiesen waren. Dabei besteht die Möglichkeit, hiefür kein besonderes Organ an Stelle des Reichsgerichtes zu schaffen, sondern dessen Kompetenz einem anderen Gerichte, etwa dem Verwaltungsgerichtshofe, beziehungsweise dem an dessen Stelle fungierenden Gericht zu übertragen. Dies wäre auch zweifellos am zweckmäßigsten, wenn nicht die wichtigste Kompetenz des alten Reichsgerichtes, nämlich der Schutz der in der Verfassung gewährleisteten politischen Rechte und die Entscheidung der Kompetenzkonflikte

⁵² Zu diesem Organ meinte MERKL, Verfassung 154, es habe nicht bloß materielle Rechtsprechungsfunktion ausgeübt, sondern sei auch formell ein Gericht gewesen, was sich aus der Anordnung der analogen Anwendung des Reichsgesetzes RGBL. 1867/101 ergeben habe.

⁵³ Die Bezeichnung „Verfassungsgerichtshof“ ging auf eine Anregung Kelsens zurück („Erwägungen zum Reichsgericht“ vom 9. 12. 1918, zit. nach STOURZH, Wege 309). Es ist festzuhalten, dass sich der VfGH nicht als Nachfolger des Reichsgerichtes sah – vgl. WALTER, Hans Kelsen 5, unter Hinweis auf VfSlg. 6/1919.

⁵⁴ Vgl. im Einzelnen SCHMITZ, Constitutional Court 243.

⁵⁵ Vgl. bei KELSEN, Verfassungsgesetze 90.

⁴⁸ Vgl. RENNER, Selbstbestimmungsrecht 291.

⁴⁹ Vgl. näher SCHMITZ, Constitutional Court 243.

⁵⁰ Zit. nach STOURZH, Wege 314 (die Unterstreichung stammt von Kelsen).

⁵¹ Vgl. Anm. 8 und näher WALTER, Hans Kelsen 4. Vgl. weiters die von Stourzh aufgefundenen, bei SCHMITZ, Vorentwürfe 308 wiedergegebenen Bemerkungen Kelsens „zu dem Entwurfe des Staatsamtes für Justiz für ein Gesetz, betreffend das Reichsgericht“.

ihrer besonderen Eigenart wegen eine Instanz erforderten, die vollste Unabhängigkeit und hervorragende rechtswissenschaftliche Qualifikation ihrer Mitglieder gewährleistet. Das ist aber nur bei den ehrenamtlich fungierenden Mitgliedern des Reichsgerichtes der Fall.“⁵⁶

Wenig später wurde der VfGH dann mit den Aufgaben des „ehemaligen Staatsgerichtshofes“ betraut (Gesetz vom 3. April 1919, StGBL. 1919/48). Art. II Z. 5 dieser Novelle enthielt die von Kelsen als besonders wichtig hervorgehobene Neuerung,⁵⁷ dass – wie beim VwGH – die Verwaltung an die Begründung des aufhebenden Erkenntnisses gebunden wurde. Noch nicht übertragen wurden dem VfGH Wahlrechtsangelegenheiten. Vielmehr wurde mit § 39 des Gesetzes vom 18. Dezember 1918 über die Wahlordnung für die Konstituierende Nationalversammlung, StGBL. 1918/115 über Beschwerden „wegen Ungesetzlichkeit der Wahlhandlung“ ein Wahlgerichtshof in Aussicht genommen. Zugleich sollte zunächst der VwGH dafür zuständig sein, diese Zuständigkeit wurde aber nicht aktualisiert. Mit dem Gesetz vom 6. Februar 1919, betreffend den Wahlgerichtshof für die Wahlen zur Konstituierenden Nationalversammlung, StGBL. 1919/90 wurde dann ein förmlicher „Wahlgerichtshof“ eingerichtet. Präsident war der Präsident des VwGH, ansonsten bestand der Gerichtshof aus je drei Mitgliedern des VfGH, des VwGH und des OGH.⁵⁸ Erst mit dem späteren Art. 141 B-VG ging die Wahl-

rechtskompetenz auf den VfGH über.⁵⁹ Eine wichtige Erweiterung brachte dann Art. 15 des Gesetzes über die Volksvertretung, StGBL. 1919/179, die Entscheidung über die Anfechtung von Landesgesetzbeschlüssen.

3. Weiterentwicklung der Zuständigkeiten

Im Vergleich zum Reichsgericht erhielt der VfGH – übergeleitet schließlich mit § 39f. ÜG 1920 – mit dem B-VG erheblich erweiterte Kompetenzen, die in drei Gruppen geordnet werden können:

1. Zuständigkeiten, die übernommen und dabei verfeinert und angepasst wurden,
 2. Zuständigkeiten, die beim VfGH konzentriert wurden und schließlich
 3. dem Grunde nach neue Zuständigkeiten.
- Die beiden ersten Gruppen sollen hier nur gestreift werden: Zur ersten zählten die Kausal-, Kompetenz- und Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit.⁶⁰ In Ausübung der Kompetenzgerichtsbarkeit wurde der VfGH in Konflikten mit dem VwGH das letzte Wort eingeräumt; nach der Dezember-Verfassung war hier ein gemeinsames Organ beider Gerichtshöfe zuständig gewesen.⁶¹ Ebenso behielt der VfGH seine Zuständigkeit als Grundrechtsgarant, wobei die schon 1919 eingeführte Bindungsregelung übernommen wurde. Die Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit stellte – und stellt – im Grunde eine Systemanomalie dar und war in frühen Entwürfen Kelsens nicht enthalten. Die bis heute weitergeführte Parallelität ist ein verfassungsdogmatisch und -legistisches „Kapitel für sich“, auf das hier aber

⁵⁶ Im späteren Verfassungsprozess findet die Existenzfrage des VfGH nur mehr einen Nachhall, so wenn Kelsen im Februar 1920 schreibt, dass der „viel ventilierte Gedanke, bei der Kleinheit des Gesamtstaates“ VwGH und VfGH in einen einzigen Gerichtshof zusammenzuziehen, abermals fallen gelassen wurde. Diese Passage findet sich in einem Zeitungsartikel, der von SCHMITZ, Vorentwürfe 76 Kelsen zugeschrieben wird (Text bei ERMACORA, Entstehung 223.)

⁵⁷ Vgl. KELSEN, Verfassungsgesetze 96.

⁵⁸ Vgl. den Motivenbericht bei KELSEN, Verfassungsgesetze 17.

⁵⁹ Vgl. KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 265.

⁶⁰ Art. 137, 138 und 144 B-VG.

⁶¹ Vgl. KELSEN, FROEHLICH, MERKL, Bundesverfassung 251 und OLECHOWSKI, Verwaltungsgerichtshof 37. Ungelöst blieben freilich vorerst noch Kompetenzkonflikte zwischen dem VfGH und dem OGH.

nicht näher eingegangen werden soll.⁶² Eine wesentliche Bedeutung des Art. 144 B-VG lag freilich stets darin, den VfGH zur inzidenten Normenkontrolle zu ermächtigen, wovon noch die Rede sein wird. Über den Einbau der Staatsgerichtsbarkeit und der Wahlgerichtsbarkeit wurde schon berichtet.⁶³ Bahnbrechend war die in den Art. 139 und 140 geschaffene „Normenkontrolle“ – die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen und der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen – und geradezu visionär die in Art. 145 in Aussicht gestellte Kompetenz des VfGH als „Völkergerichtshof“.⁶⁴

4. Die Normenkontrolle

Die Schaffung der Normenkontrolle – oftmals mit dem Namen Kelsens verbunden – gilt zu Recht als die Krönung der österreichischen Verfassungslegistik und als die prägende Neuerung des B-VG 1920, erfolgte doch mit ihr ein Paradigmenwechsel sondergleichen.⁶⁵ War das Reichsgericht „Schützer der Grundrechte“ wurde der Verfassungsgerichtshof zum „Hüter der Verfassung“, und dies sogar in die Richtung des Gesetzgebers. Der derart eröffnete Raum einer potentiellen Verfassungsgerichtsbarkeit – durch die positiv-rechtlichen Festlegungen von 1920 nur teilweise in Anspruch genommen⁶⁶ – löste eine bis heute andauernde Dynamik in Rechtsetzung und Judikatur aus.

Nun hat die Idee einer vor einem Höchstgericht durchsetzbaren Höherrangigkeit des Verfas-

sungsrechts gegenüber den Gesetzen eine lange und wechselvolle Vorgeschichte, die im berühmten Urteil des *Supreme Court* „*Marbury vs. Madison*“ von 1803 ihren sprichwörtlich gewordenen normativen Ausdruck fand.⁶⁷ Der rechtstechnische Fortschritt der dem VfGH eingeräumten Normenkontrolle bestand nun nicht darin, in einem gegebenen Fall – und mit Wirkung grundsätzlich für diesen einen Fall – das Gesetz hinter der Verfassung zurücktreten zu lassen. Zwar gewinnen in Rechtssystemen, die das „Richterrecht“ als generelle Rechtsquelle kennen, solche Urteile allgemeine Wirkung, doch aus rechtstechnischer Perspektive führen diese Konstruktionen auf ein relativ unsicheres Gelände. Beim österreichischen System der Normenkontrolle wurde im Grunde das System der Verwaltungsgerichtsbarkeit, das in der förmlichen Kassation von Rechtsakten besteht, auf die Stufe der Gesetzesprüfung gehoben. Spricht der VfGH die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes oder die Gesetzwidrigkeit der Verordnung aus, so agiert er wie ein „negativer Gesetzgeber“, d.h. in der Folge der Entscheidung ist der Bundeskanzler (oder ein anderes Organ) verpflichtet, konkret bezeichnete Textstellen aus dem Gesetzblatt zu entfernen.⁶⁸ Die damit hergestellte rechtstechnische Eindeutigkeit ermöglicht einen filigranen Ausbau des Systems im Zeichen des „Fehlerkalküls“ mit Fristsetzungen, Berücksichtigung von Anlassfällen etc. Soweit ersichtlich steht dieses System noch immer einzigartig dar.

Die Entstehung der Kompetenz des VfGH zur Gesetzesprüfung (Art. 140 B-VG) ist verwickelt, da mehrere Experten zusammenspielten. Dazu

⁶² Vgl. auch die später theoretisch formulierte Einsicht Kelsens in den rechtstechnischen Nachteil einer Doppelgleisigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit; vgl. KELSEN, *Wesen und Entwicklung* 1934.

⁶³ Art. 141, 142 und 143 B-VG.

⁶⁴ Diese Prüfungskompetenz ist allerdings bis heute nicht effektiert worden; vgl. näher ZELLENBERG, Art. 145 B-VG.

⁶⁵ Vgl. STOURZH, *Wege* 332 und PAULSON, *Constitutional Review* 223.

⁶⁶ Vgl. WALTER, *Mitteleuropäische Verfassungsgerichtsbarkeit* 266.

⁶⁷ Vgl. STOURZH, *Verfassungsgerichtsbarkeit* 20.

⁶⁸ Zur Einbettung dieser Konstruktion in das österreichische Rechtsdenken vgl. ÖHLINGER, *Genesis* 215. Noch früher, nämlich schon im März 1920, fand sich die Gesetzesprüfung freilich in der Verfassung der Tschechoslowakei positiviert; vgl. dazu den Beitrag von Osterkamp in diesem Heft.

liegen präzise Forschungen besonders von Haller und Stourzh vor.⁶⁹ Der Anteil Kelsens an diesem Vorgang ist ein besonderes Forschungsthema.⁷⁰ Wesentlich ist, dass das System der Gesetzesprüfung – und teilweise auch die Verordnungsprüfung – primär unter dem Gesichtspunkt der „abstrakten Normenkontrolle“ gesehen wurden, also als Verfahren im bundesstaatlichen Kräftefeld. Ein wichtiges Zwischenglied stellte die bereits angesprochene Zuständigkeit nach Art. 15 des Gesetzes über die Volksvertretung dar.⁷¹ Demnach konnten Gesetzesbeschlüsse einer Landesversammlung von der Staatsregierung wegen Verfassungswidrigkeit – noch vor ihrer Kundmachung – beim VfGH angefochten werden. Tatsächlich wurde ein solcher Antrag auch zweimal eingebracht, aber jeweils vor Urteilsverkündung zurückgezogen.⁷² Ein solches

⁶⁹ Vgl. HALLER, Prüfung 48, STOURZH, Wege 332.

⁷⁰ Dazu mit abschließender Würdigung Kelsens: STOURZH, Wege 319, etwas anders akzentuiert: HALLER, Prüfung 48.

⁷¹ Vgl. KELSEN, Stellung der Länder 114, „eine Regelung, die der bundesstaatlichen Lösung des Problems schon sehr nahe kommt“. Vgl. auch HALLER, Prüfung 42.

⁷² Vgl. WALTER, Hans Kelsen 14. Im Einzelnen ging es um Folgendes: Am 21. 10. 1919 erhob die Staatsregierung Anfechtung gegen einen Beschluss des oberösterreichischen Landtages vom 10. 10. 1919, wogegen v.a. kompetenzrechtliche Bedenken angemeldet wurden. Der Verfahrensakt enthält einen Entwurf für die Entscheidungsbegründung, wonach der Anfechtung stattgegeben worden wäre. Doch erklärte der Vertreter der Staatsregierung (Dr. Georg Fröhlich) in der öffentlichen Sitzung am 19. 11. 1919, „dass die Regierung die Anfechtung zurückziehe, da sie durch einen, den angefochtenen Landtagsbeschluss außer Kraft setzenden Beschluss des oberösterreichischen Landtages klaglos gestellt sei.“ (ÖStA, AdR, Justiz VfGH, Karton 1, Fasz. 3, Zl. 18).

Am 31. 10. 1919 erhob die Staatsregierung Anfechtung gegen einen Beschluss des steiermärkischen Landtages vom 4. 7. 1919 (abgeändert durch Beschluss des steiermärkischen Landesrats vom 20. 9. 1919), wobei hier der Gesetzgebungsprozess von Landesgesetzen bzw. Landtagsbeschlüssen selbst Streitgegenstand war. Auch für diesen Fall liegt ein

Verfahren der Bundesaufsicht findet sich im B-VG nicht mehr, an seine Stelle ist das Einspruchsrecht der Bundesregierung nach Art. 98 B-VG getreten.

Es blieb aber die Notwendigkeit, gegen kompetenzwidrige Landesgesetze vorzukehren. Interessanterweise erwog Kelsen – in einer Unterlage für Otto Bauer – dafür zunächst eine Zuständigkeit des VwGH,⁷³ konzipierte wenige Zeilen später die Zuständigkeit eines „Staatsverfassungsgerichtshofes“. Stourzh meint, hier hätte man Kelsens Denken „gleichsam in flüssigem, noch nicht gefestigtem Aggregatzustand“. Der nächste wichtige Schritt war dann – erstmals im Tiroler Verfassungsentwurf⁷⁴ – die Herstellung der bundesstaatlichen Parität, also der Anfechtungsmöglichkeit der Länder im Bezug auf kompetenzwidrige Bundesgesetze. Die erst damit hergestellte gesamtstaatliche Funktion des VfGH geht – so Stourzh⁷⁵ – einerseits (und zeitlich früher) auf Renner, andererseits auf den

Urteilsentwurf vor, der dem Antrag der Staatsregierung stattgegeben hätte. In der öffentlichen Sitzung vom 20. 11. 1919 erklärt der Vertreter der Staatsregierung (Dr. Fröhlich), dass zwischen den beiden Parteien „Verhandlungen“ eingeleitet worden seien, die „zu einem günstigen Abschlusse führen und dem beiderseitigen Standpunkte Rechnung tragen dürften“, weshalb sie sich entschlossen haben, die Vertagung der Verhandlung zu beantragen. Dem Antrag wird vom VfGH – nach längerer interner Beratung – stattgegeben. Am 29. 9. 1919 erklärt schließlich die Staatsregierung, ihren Antrag zurückziehen zu wollen, da der steiermärkische Landtag am Vortag einen abändernden Beschluss gefasst habe (ÖStA, AdR Justiz VfGH, Karton 1, Fasz. 3, Zl. 20). (Für diese Hinweise bin ich Herrn Univ.Prof. Dr. Thomas Olechowski und Herrn Mag. Jürgen Busch zu Dank verpflichtet).

⁷³ Dies in einem – dem in Anm. 71 zit. Aufsatz vorangehenden Gutachten „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich“ von Anfang 1919 – vgl. SCHMITZ, Vorentwürfe 33.

⁷⁴ Vgl. SCHMITZ, Vorentwürfe 63.

⁷⁵ Vgl. STOURZH, Wege 322.

Tiroler Verfassungsexperten und ehemaligen Senatspräsidenten des VfGH Falser zurück.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 140 B-VG zeigt, dass die Garantie der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Vordergrund stand. Kelsen ging es – und damit ging er schon einen Schritt weiter – um die Garantie der Verfassung als objektives Recht und nicht unmittelbar um die Erweiterung oder Vertiefung des Schutzes subjektiver Rechte.⁷⁶ Deshalb sahen die Vorentwürfe Kelsens kein Beschwerderecht des Einzelnen vor. Erst Mayr führte dies in die Entwürfe ein.⁷⁷ Dieser Idee wollte Kelsen zunächst durch die Einrichtung eines Bundesanwaltes beim VfGH zum Durchbruch verhelfen, ein entsprechender Antrag des Abgeordneten Leuthner in der 13. Sitzung des Unterausschusses⁷⁸ fand aber keine Mehrheit. In der folgenden 15. Sitzung des Unterausschusses wurde aber dann immerhin dem VfGH die Zuständigkeit eingeräumt, bei Bedenken gegen von ihm anzuwendende Gesetze die „inzidente“ Normenkontrolle einzuleiten.⁷⁹ Wie schon ausgeführt liegt gerade darin die besondere Bedeutung des Art. 144 B-VG.^{80,81}

Obzwar zur Entstehungszeit des B-VG die Bindung des Gesetzgebers jedenfalls an den Gleichheitssatz bereits vertreten wurde,⁸² spielte die Frage der Verfassungskonformität der Gesetze

am Maßstab der Grundrechte soweit ersichtlich überhaupt keine Rolle. Gerade darin lag aber das Potential für die dynamische Fortentwicklung der Judikatur des VfGH namentlich nach 1945. Verstärkt wurde diese Tendenz dadurch, dass mit der B-VG Novelle 1929 auch die anderen Höchstgerichte eine Anfechtungsbefugnis erhielten,⁸³ mit der B-VG Novelle 1975 schließlich die Gerichte zweiter Instanz.

IV. Abrundung

Die Entwicklung der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts im Vorfeld des B-VG zeigt anschaulich, dass die österreichische Verfassung eine „Juristenverfassung“ ist.⁸⁴ Vor dem Hintergrund der zusammengebrochenen Doppelmonarchie gab es wohl wenig revolutionäre Aufbruchsstimmung. Vielleicht schon deshalb herrschten politischer Realismus und juristische Nüchternheit vor. An die Stelle von Präambeln, Prinzipien und – diesfalls bedauerlicherweise – von Grundrechten trat eine höchst entwickelte Rechtstechnik. Durch sie wurde die Bundesverfassung von 1920, die dazu noch in einer frappant kurzen Zeit zu Stande kam, zu einer Errungenschaft der „Moderne“, und dies auch in ästhetischer Hinsicht.

Schließen wir mit einem ganz kurzen Ausblick auf die Entwicklung nach 1920: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde nur einmal wesentlich geändert, und zwar mit der aus der Verfassung 1934 stammenden „Säumnisbeschwerde“. Seit mehr als einem Jahrzehnt wird eine Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit erwogen, die im Wesentlichen in der Einrichtung einer ersten Stufe echter Verwaltungsgerichte bestehen soll. Die Diskussion zeigt deutlich, in welcher Span-

⁷⁶ So STOURZH, Wege 329.

⁷⁷ Vgl. BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte 253.

⁷⁸ Vgl. ERMACORA, Quellen 421.

⁷⁹ Vgl. ERMACORA, Quellen 445.

⁸⁰ Deshalb wandte sich Kelsen auch 1929, als im Vorfeld der B-VG Novelle die Abschaffung der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH geplant wurde, dagegen; vgl. KELSEN, Verfassungsreform 455. Zur Bedeutung dieser mehr als nur verfassungstechnischen Wende vgl. zuletzt ÖHLINGER, Hans Kelsen 411.

⁸¹ Vgl. demgegenüber die bereits aus der Dezember-Verfassung übernommene Zuständigkeit der Gerichte (einschließlich des VfGH) bei Bedenken gegen gesetzwidrige Verordnungen das Verfahren nach Art. 139 B-VG auszulösen.

⁸² Vgl. zuletzt PÖSCHL, Gleichheit vor dem Gesetz 133.

⁸³ Vgl. ERMACORA, Verfassungsgerichtshof 221.

⁸⁴ Vgl. BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 241, formulierte diesen Gedanken anschaulich mit der Wendung „Juristen gute Christen“.

nungslage sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spiel der Staatsfunktionen befindet – worauf ja schon ihr Name hindeutet. Wird nämlich die feste Klammer des positiven Verfassungsrechts gelockert, so treten recht unvermittelt jene Strukturfrage, die mit der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit schon von jeher verbunden war, wieder in den Vordergrund: administrativer Instanzenzug, Entscheidungsbefugnis, Ermessen.

Wesentlich dynamischer verlief die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Sie ist – unbeschadet der Judikatur des VfGH – gekennzeichnet zum einen durch die Einführung paralleler Systeme der Normenkontrolle, wie die Prüfung von Staatsverträgen und Wiederverlautbarungen.⁸⁵ Zum andern wurde der Weg zur konkreten Normenkontrolle immer breiter, zuletzt mit der B-VG Novelle 1975 und ihren direkten Anfechtungsmöglichkeiten für den Einzelnen.⁸⁶ Wenn heute über eine Weiterentwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit diskutiert wird, erfolgt dies genau in diesem Feld.⁸⁷

Literatur:

- Klaus BERCHTOLD, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich, Bd. 1: 1918–1933 (Wien 1998).
- Wilhelm BRAUNEDER, Deutsch-Österreich 1918 (Wien 2000).
- Adam von BUDWINSKI (Hg.), Budwinski's Sammlung der Erkenntnisse des k.k. Verwaltungsgerichtshofes, Bd. 41–42 (Wien 1918).
- Felix ERMACORA, Der Verfassungsgerichtshof (Graz–Wien 1956).
- Felix ERMACORA (Hg.), Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920) (Wien 1967).
- Felix ERMACORA (unter Mitarbeit von Ingrid MOSER), Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verwaltungsreform (Wien 1989).
- Felix ERMACORA (unter Mitarbeit von Ingrid MOSER), Materialien zur österreichischen Bundesverfassung Bd. I: Die Länderkonferenzen 1919/20 und die Verfassungsfrage (Wien 1989).
- Franz HAUKE, Grundriß des Verfassungsrechts (Leipzig 1905).
- Rudolf HERRNRITT, Österreichisches Verwaltungsrecht (Wien 1925).
- Clemens JABLONER, Die Gesetzesbeschwerde in: Armin BAMMER u.a. (Hg.): Rechtsschutz gestern-heute-morgen. Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher (Wien–Graz 2008) 219–227.
- Georg JELLINEK, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Wien 1885).
- Hans KELSEN, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: ZÖR (1919) 98–122.
- Hans KELSEN (Hg.), Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, Teil 1–3 (Wien 1919).
- Hans KELSEN, Georg FROELICH, Adolf MERKL, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, (= Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich 5, Wien 1922, ND Wien 2003).
- Hans KELSEN, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss (Tübingen 1923).
- Hans KELSEN, Die Verfassungsreform, in: JBl 58/21 (9. November 1929) 445–457.
- Hans KELSEN, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, ND in: Hans KLECATSKY, Rene MARCIC, Herbert SCHAMBECK (Hgg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule Bd. 2 (Wien 1968) 1813–1871.
- Rudolf von LAUN, Vortrag in der Wiener juristischen Gesellschaft, in: Gerichtshalle 63 (1919) 53ff., 64ff. 75ff.

⁸⁵ Art. 139a und 140a B-VG. Vgl. auch Art. 138a B-VG.

⁸⁶ Art. 139 Abs. 1, 140 Abs. 1, 144 Abs. 1 B-VG.

⁸⁷ Vgl. zuletzt JABLONER, Gesetzesbeschwerde 219.

- Adolf MERKL, Die Verfassung der Republik Deutsch-Österreich (Wien 1919).
- Christian NESCHWARA, Zur Entwicklung des Verfassungsrechts nach 1918, in: Herbert SCHAMBECK (Hg.), Parlamentarismus und öffentliches Recht in Österreich. Entwicklung und Gegenwartsprobleme, Erster Teilbd. (1993).
- Thomas OLECHOWSKI, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (Wien 2001).
- Theo ÖHLINGER, The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation, in: Ratio Juris 16 (2003) 206–222.
- Theo ÖHLINGER, Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung?, in: Gerald KOHL u.a. (Hgg.), FS für Wilhelm Brauneder zum 65. Geburtstag (Wien 2008) 407–424.
- Martin PAAR, Die Gesetzgebung der österreichischen Monarchie im Spiegelbild der Normen und der staatsrechtlichen Literatur (Frankfurt am Main–Wien 2009).
- Stanley L. PAULSON, Constitutional Review in the United States and Austria. Notes on the Beginnings, in: Ratio Juris 16 (2003) 223–239.
- Peter PERNTHALER, Die Kollegialbehörden mit richterlicher Einschlag (Wien 1977).
- Wolfgang PESENDORFER, Das Verwaltungsrecht als föderalistisches Element: in: Clemens JABLONER, Heinz MAYER, Wolfgang PESENDORFER (Hgg.), 125 Jahre Verwaltungsgerichtshof (Wien 2001).
- Magdalena PÖSCHL, Gleichheit vor dem Gesetz (Wien 2008).
- Karl RENNEN, Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen in besonderer Anwendung auf Österreich, Erster Teil: Nation und Staat (Wien 1918)
- Kurt RINGHOFER, Der Verwaltungsgerichtshof (Graz–Wien 1955).
- Günther SCHEFBECK, Verfassungsentwicklung 1918–1920, in: Günther SCHEFBECK (Red.) 75 Jahre Bundesverfassung (Wien 1995).
- Georg SCHMITZ, Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen (Wien 1991).
- Georg SCHMITZ, The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918–1920, in: Ratio Juris 16 (2003) 240–265.
- Gerald STOURZH, Hans Kelsen, die Österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: Gerald STOURZH (Hg.), Wege zur Grundrechtsdemokratie (Wien 1989) 309–334.
- Gerald STOURZH, Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsdemokratie – die historischen Wurzeln, in: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (Hg.), 70 Jahre Bundesverfassung (Wien 1991) 17–39.
- Friedrich TEZNER, Das österreichische Administrativverfahren (Wien 1925).
- Robert WALTER, Heinz MAYER, Grundriss des Besonderen Verwaltungsrechts (Wien 1987).
- Robert WALTER, Rudolf THIENEL, Parlament und Bundesverfassung (= Juristische Schriftenreihe 21, Wien 1990).
- Robert WALTER, Die mitteleuropäische Verfassungsgerichtsbarkeit und die Reine Rechtslehre, in: RZ 71 (1993) 266–270.
- Robert WALTER, Hans Kelsen als Verfassungsrichter (= Schriften des Hans-Kelsen-Institutes 27, Wien 2005).
- Ewald WIEDERIN, Kelsen Begriffe des Bundesstaats, in: Stanley PAULSON, Michael STOLLEIS (Hgg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehre und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (Tübingen 2005) 222–247.
- Ulrich ZELLENBERG, Art. 145 B-VG, in: Karl KORINEK, Michael HOLOUBEK (Hgg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Wien Loseblattausgabe seit 1999).

Abkürzungen

ÜG Überleitungsgesetz

VwGG Verwaltungsgerichtshofgesetz

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
<http://www.rechtsgeschichte.at/beitraege/abk.pdf>