



An das  
Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Graz

Referat für Studium und Lehre  
Universitätsstraße 15/A

8010 Graz

## Gutachten

zur Dissertation

„Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten,  
insbesondere bei mehreren an einem Staatsakt beteiligten Organen“

eingereicht von Mag. *Reinhard Jantscher*

### I.

Die vorliegende Dissertation umfasst samt Verzeichnissen und Erklärungen 181 Seiten. Sie ist einem Thema gewidmet, das Rechtsprechung und Lehre auf Schritt und Tritt beschäftigt. In der Tradition moderner Verfassungsstaatlichkeit richtet die österreichische Bundesverfassung verschiedene Staatsfunktionen ein, indem sie zunächst Gesetzgebung und Vollziehung und sodann innerhalb der Vollziehung die Verwaltung von der Gerichtsbarkeit scheidet. Die durch diese beiden Schnitte bewirkte Unterteilung der staatlichen Gewalten hat Trennungen zur Folge, die auch die Organe erfassen, indem sie deren Zuordnung zu den drei Gewalten fordert. Die Verfassung sieht aber auch das Zusammenwirken von Organen vor, zum Zwecke wechselseitiger Hemmung, gegenseitiger Kontrolle oder zur Verbesserung der Entscheidungsgrundlagen, und nicht selten sind Organe, die verschiedenen Staatsgewalten angehören, an der Erlassung ein und desselben Aktes beteiligt. Welcher Staatsgewalt aber gehören solche Akte an – nach welchen Regeln und Kriterien bemisst sich, ob wir es mit einem Akt der Gesetzgebung, der Verwaltung oder der Gerichtsbarkeit zu tun haben?

Diese Frage ist ganz grundlegender Natur, sie stellt sich in den verschiedensten Zusammenhängen, als Vorfrage bei fast jeder gerichtlichen Entscheidung, kaum eine rechtswissenschaftliche Arbeit kommt an ihr vorbei. Dementsprechend gibt es eine Vielzahl von Antworten, die aber meist auf einen spezifischen Kontext bezogen und auf ihn beschränkt sind. Trotz der Fülle an Äußerungen, die gleichsam *ad hoc* und *en passant* erfolgt sind, steht eine monographische Aufarbeitung der Themenstellung erstaunlicherweise aus. Dafür mag mitverantwortlich sein, dass die Behandlung sowohl einen tiefen Überblick über das Gesamtsystem voraussetzt als auch Detailkenntnisse erfordert, dass sie eine theoretische Ader ebenso verlangt wie dogmatisches Gespür, schließlich und endlich, dass das Thema seiner notorischen Schwierigkeiten wegen beträchtliche Risiken birgt. Die Themenwahl füllt also eine empfindliche Lücke, und bevor noch die erste Seite der Arbeit aufgeschlagen ist, nimmt schon der Mut des Autors die Leserin für sich ein.

### II.

In der Einleitung (Seiten 10 – 11) skizziert der Autor in nüchternen Worten die Fragestellungen, die er bearbeiten will. Die erste Frage lautet, anhand welcher Kriterien bestimmt werden kann, zu welcher Staatsgewalt ein Staatsorgan gehört. Die zweite Frage geht dahin, welches Staatsorgan für die Zurechnung eines Staatsaktes entscheidend ist, wenn an seiner Erlassung mehrere Organe beteiligt sind, die in verschiedenen Staatsgewalten daheim sind. Der Autor kündigt an, zunächst aus den peripheren Äußerungen in Rechtsprechung und Lehre jenes Konzept herauszupräparieren, das die herrschende Auffassung der Zurechnung zugrunde-

legt, und er kündigt an, dieses Konzept – „Zurechnung kraft Auftrag“ genannt – sodann einer Kritik zu unterziehen und es durch ein besseres zu ersetzen.

Abschnitt I (Seiten 12 – 24) ist mit „Die Staatsgewalten im österreichischen Recht“ überschrieben und beginnt damit, die zentralen Verfassungsbestimmungen in Erinnerung zu rufen, die an die Staatsgewalten anknüpfen, indem sie aus der Fülle von Akten und Organen jene herausgreifen, die sich auf Verwaltung oder Justiz, auf Verwaltungsbehörden oder Richter, auf Gesetzgebung oder Gerichtsbarkeit beschränken. Der Autor stellt zunächst klar, dass er Justiz und Gerichtsbarkeit synonym verwendet und dass er die Staatsanwälte der Gerichtsbarkeit zuordnet. Sodann trifft er eine axiomatische Grundentscheidung für eine organisatorische Begriffsbildung, indem er die Richtigkeit der herrschenden Auffassung voraussetzt, ohne sie zu diskutieren. Sodann zeigt der Autor zutreffend auf, dass die gängige negative Bestimmung des Verwaltung nicht aufgehen kann, weil die Verfassung weder die Organe der Gerichtsbarkeit noch jene der Gesetzgebung abschließend regelt, und dass die Abgrenzung nach der Weisungsbindung in einen Zirkel führt, weil man immer schon wissen muss, welcher Staatsgewalt ein Organ zugehört, um auf dessen Weisungsbindung oder Weisungsfreiheit schließen zu können. Auf die Intention der das Organ einrichtenden Gesetzgebung abzustellen, lehnt er ebenfalls ab, weil Intentionen keine selbständige normative Kraft entfalten, sie bringt ihn jedoch auf eine neue, eigene Spur. Der Verfassung Kriterien für die Zuordnung von Organen zu Staatsgewalten zu entnehmen, scheitert simpel daran, dass sie keine solchen Kriterien enthält. Die Zuordnung geschieht vielmehr durch Festsetzung *ad hoc*, getroffen im Einrichtungsakt, also bei Verfassungsorganen im B-VG, ansonsten im Gesetz. Wenn solche Einordnungen fehlen, liegt eine echte Gesetzeslücke vor, die geschlossen werden muss, weil jedes Organ eine Heimat in einer Staatsgewalt braucht. Das muss durch ergänzende Rechtsfortbildung geschehen, weil die Verfassung sonst unvollziehbar wäre. Auf Verfassungsebene lässt sich ungeachtet mancher Schwierigkeiten für jedes Organ eine Zugehörigkeit eruieren, und auf Gesetzesebene könnten zwar Organe eingerichtet werden, die keiner der drei Gewalten angehören, dies aber nicht ohne Verfassungsverstoß. Ein Verzicht der Gesetzgebung auf eine explizite oder zumindest erschließbare Einordnung in eine der drei Staatsgewalten kann also im Zweifel nicht bedeuten, dass das Organ keiner der drei Staatsgewalten zugeordnet werden sollte, sondern etwa einer vierten oder gar keiner. Vielmehr muss das Organ im Dreieck Gesetzgebung – Verwaltung – Justiz positioniert werden. Das soll einerseits durch Analogie geschehen (wohin passt das Organ besser?), andererseits durch verfassungskonforme Interpretation. Entscheidend ist aber weniger, wie die Zuordnung geschieht, sondern vor allem anderem, dass sie geschieht. Denn die Gewaltenzuordnung von Organen ist reine Setzung, die sich in einer im Zuge der Einrichtung getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung erschöpft. Wo sie sich nicht erschließt, so das abschließende Fazit, muss die Zuordnung vom Interpretieren durch ergänzende Rechtsfortbildung getroffen werden. Die Zurechnung von Staatsakten zu einer Staatsgewalt richtet sich sodann nach der Zurechnung der an seiner Erlassung beteiligten Organe.

In der scharfsinnigen Kritik an der herrschenden Meinung hat der Autor in allen Punkten recht, und sein Ausgangspunkt der Notwendigkeit einer „Selbsteinordnung“ der Organe ist ein origineller Gedanke, der weiter führt. In der Durchführung lädt dieser eigene Ansatz jedoch zu Nachfragen ein. So nachvollziehbar es ist, dem B-VG eine Dreiteilung der Staatsgewalt zu entnehmen, und so verständlich die Forderung ist, dass die Zuordnung von Organen zu Gewalten nicht unklar bleiben dürfe, so sehr lässt der Autor an dieser Stelle in der Schwebe, wie die Zuordnungsrelation beschaffen sein muss, um den Anforderungen der Verfassung zu genügen. Muss sie bloß klar und präzise sein, oder muss sie darüber hinaus auch eindeutig sein, mit anderen Worten: Muss jedes Organ exakt einer der drei Gewalten zugeordnet werden, oder sind nicht auch Organe möglich, die in zwei Gewalten daheim sind, gleichsam mit je einem Fuß in einer? Die beiläufige Erwähnung der Justizverwaltung auf Seite 16 und des Art 30 Abs 6 B-VG auf Seite 18 zeigt, dass der Autor die Möglichkeit von Doppelfunktionen eines Organwalters bzw von Doppelfunktionen eines Organs durchaus sieht. Offen thematisiert werden sie an dieser Stelle aber nicht. Vielmehr baut die gesamte Argumentation auf der Prämisse auf, dass ein Zwang zur Verortung eines jeglichen Organs in exakt einer Gewalt besteht. Denn ansonsten bestünde ja keine Lücke. Man könnte sich mit dem Ergebnis bescheiden, dass ein Organ mangels dezisiver Zuordnung zu einer Gewalt eben allen dreien zur Verfügung steht, etwa die Bundespolizei als dreiwertiges Organ, oder man könnte das Problem weniger grobschlächtig dadurch lösen, dass man ein *prima facie* als einheitlich erscheinendes Organ in mehrere aufspaltet, etwa in den Einzelrichter hier und die Justizverwaltungsbehörde dort, wo immer eine zweite Gewalt ins Spiel kommt. Darauf wird zurückzukommen sein, denn solche Wege werden in der Folge vom Autor durchaus beschrritten.

In Abschnitt II (Seiten 25 – 37) über „De[n] Begriff der Zurechnung, Zurechnungsketten und weitere Grundfragen“ rekapituliert der Autor Grundbegriffe des Organisationsrechts, die für seine Untersuchung von Bedeutung sind. Zuerst fächert er auf, in welchen Bedeutungen der Zurechnungsbegriff verwendet wird; nach-

folgend erörtert er in großer Klarheit und Präzision, auf welchen Ebenen Zurechnung von Bedeutung ist, und er unterscheidet für diese Zwecke zwischen Organ, Behörde und Rechtsträger. Unter Behörde versteht er ein Organ, das Zurechnungsendpunkt von Staatsakten ist, und er stellt ihr Hilfsorgane gegenüber, die Organe von Behörden sind. Nachdem die Hilfsorganeigenschaft in mehrere Richtungen bestehen, ein und dasselbe Organ mit anderen Worten Hilfsorgan verschiedener Behörden sein kann, muss entschieden werden, nach welchen Kriterien sich die konkrete Zurechnung bei Konkurrenz abstrakter Zurechnungsmöglichkeiten bemisst. Der Autor arbeitet plastisch heraus, dass jenes Deutungsschema den Ausschlag gibt, das auf den Fall am Besten passt, und er gesteht auf Seite 35 beiläufig zu, dass vor allem bei Maßnahmen Konstellationen auftreten können, in denen ein und derselbe Akt rechtlich mehrfach gedeckt ist. (Das war vor 2014 kein Problem, weil sich für den UVS nur die Frage stellte, welche Behörde er als belangt erachtete, die Zurechnungsfrage mit anderen Worten nicht auf die Zuständigkeitsfrage durchschlug. Im Dreieck Bundesverwaltungsgericht – Bundesfinanzgericht – Landesverwaltungsgericht gibt es hingegen eine Fülle neuer Fragen, die in der Tat überwiegend noch nicht einmal gestellt sind.)

Der Abschnitt III (Seiten 38 – 46) exponiert sodann das Problem der Arbeit, die Zurechnung von Staatsakten, an deren Erlassung mehrere Organe verschiedener Gewalten beteiligt sind. Ausgangspunkt ist die These, dass ein und derselbe Akt nur einer Gewalt zugeordnet werden kann, weil jene Normen, die an die Staatsgewaltenszuordnung von Akten anknüpfen, mitunter diametral entgegengesetzte Rechtsfolgen vorsehen. Folglich muss es ein Kriterium geben, das den Ausschlag gibt. Der Autor fächert drei Möglichkeiten auf: Ansatz beim handelnden Organ, also beim Anfangspunkt der Zurechnungskette; Ansatz bei der Behörde als dem letzten Organ der Zurechnungskette; drittens schließlich Ansatz beim Organ, das den Willen zur Setzung des Akts gebildet hat. Dass die letztgenannte Möglichkeit überhaupt ins Spiel kommt, macht der Autor dadurch plausibel, dass zwischen Organ- und Behördenzurechnung einerseits und Staatsgewaltenzurechnung andererseits strikt unterschieden werden müsse.

Einer Erklärung bedarf aber das dadurch aufgerissene Paradoxon, wie ein Akt, der eine Verwaltungsbehörde zum Autor hat, gleichwohl ein Akt der Gerichtsbarkeit sein kann. Der Autor versucht sie, indem er auf den Seiten 41 bis 44 Rückwirkungen annimmt, die die Staatsgewaltenszuordnung eines Akts auf die an seiner Erlassung beteiligten Organe zeitigt: Ist ein von Verwaltungsorganen gesetzter Akt ein Akt der Gerichtsbarkeit, so wechseln auch die an seiner Erzeugung beteiligten Verwaltungsorgane die Seite, das betreffende Organ handelt für eine andere Staatsgewalt als gewöhnlich, es erhält eine Doppelnatur zugesprochen. Dabei wird auf Seite 42 ausdrücklich die Auffassung verworfen, dass ein Staatsorgan nur einer Staatsgewalt angehören kann, das soll nur für Staatsakte gelten. Und auf Seite 43 wird postuliert, dass alle Organe, die als Urheber eines Aktes gelten, derselben Staatsgewalt zugerechnet werden müssen wie der Akt, den sie gesetzt haben, weil nicht durchgehalten werden könne, dass ein Justizakt eine Verwaltungsbehörde zu ihrem rechtlichen Urheber hat. Akt und Organe im Rechtssinn gehören demnach derselben Staatsgewalt an – wenn nicht von Haus aus, dann gleichsam *ex post* qua Rückwirkung, indem Organe, die sich in das Schema nicht fügen, einfach die Gewaltenteilungsseite wechseln.

Damit aber scheinen mir die Folgerungen des I. Abschnitts wieder verlassen, um nicht zu sagen auf den Kopf gestellt zu sein. Dort musste jedes Staatsorgan noch exakt einer Gewalt zugeordnet werden, und die Zugehörigkeit der Staatsakte zu einer Staatsgewalt leitete sich von jener des Organes ab (I.C.). Nunmehr sind auch Organe zugelassen, die zu verschiedenen Gewalten ressortieren, nur mehr für Staatsakte ist Eindeutigkeit verlangt. Organe verfügen somit von Haus aus bloß über eine Basisaffiliation, die nur vordergründig ist, denn letzten Endes ist es die Gewaltenszuordnung jener Staatsakte, an deren Setzung sie beteiligt sind, der über ihre rechtliche Einordnung in die Gewalten entscheidet und sie mit Doppel- oder gar Dreifachstellung versieht.

Schon diese Verwerfungen zeigen, dass der Ansatz beim willensbildenden Organ sich nicht bruchlos ins allgemeine Schema fügt. Der Autor zeigt denn auch auf, dass die allgemeinen Ausführungen der Lehrbücher zur Zuordnung bestimmter Tätigkeiten zu Staatsgewalten keinen Hinweis darauf enthalten, dass der Willensbildung entscheidende Bedeutung zukommt, indem Akte kraft Auftrags einer Staatsgewalt zugerechnet werden, das an ihrer Setzung nur indirekt beteiligt war.

Abschnitt IV (Seiten 47 – 126) stellt dieses Konzept einer Zurechnung kraft Auftrags umfassend vor und zeichnet es bis in seine Verästelungen nach. Obwohl der Autor schon in der Einleitung klar gemacht hat, dass er von diesem Konzept nicht überzeugt ist, unternimmt er den Versuch, es systematisch darzustellen und seine Funktionslogik herauszuarbeiten. Die Darstellung beginnt mit einer Analyse der Habilitationsschrift Bernd-Christian Funks, der erstmals konsequent und geschlossen eine funktionelle Betrachtungsweise pro-

pagiert, nach der die Willensbildung sowohl für die Zurechnung des gesetzten Aktes zu einer Staatsgewalt als auch zu einer Behörde den Ausschlag gibt. Es folgen Erläuterungen der einschlägigen Passagen der Werke *Walters*, *Jablons* und *Kojas* bis hin zu den aktuellen Lehrbüchern und Kommentaren. Sodann sind penibel vereinzelte Gegenstimmen verzeichnet, die im allgemeinen Chor normalerweise untergehen. Die Darstellung der Rechtsprechung stellt jüngere Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes in das Zentrum, die das Konzept der Zurechnung kraft Auftrags leitsatzmäßig aufarbeiten. Sie weist jedoch darauf hin, dass es auf ältere Judikatur zurückgeht, und sie arbeitet heraus, dass es in diesen älteren Entscheidungen noch darum ging, die Zurechnung eines Aktes zu einer Behörde zu bestimmen. Es folgen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, die dem Konzept bald eine – beiläufige – Absage erteilen und es bald ohne Auseinandersetzung zugrunde legen. Auf Seite 63 zieht der Autor sodann ein Zwischenresümee, indem er die wichtigsten mit dem Konzept verbundenen Rechtssätze zusammenfasst und als seine Grundidee herausstreicht, dass die Zurechnung der tatsächlichen Willensbildung folgt.

In der Folge kommt der Autor auf die Frage zurück, ob das Konzept der Zurechnung kraft Auftrags für die Staatsgewaltzurechnung oder für die Behördenzurechnung bestimmt ist, und er arbeitet minutiös die Unsicherheiten heraus, die in Rechtsprechung und Lehre zu dieser – in aller Schärfe erstmals vom Autor gestellten – Frage bestehen. In der eigenen Würdigung verwirft er zu Recht die Auffassung, mit einem Auftrag zur Setzung eines Aktes könne ein staatliches Organ zur Behörde werden. Aus dem Grundrecht auf den gesetzlichen Richter ergibt sich, dass im Gesetz geregelt sein muss, welches Organ in einer Angelegenheit Behörde ist, und aus dem Art 20 Abs 1 B-VG folgt, dass vorgesetzte Organe die Tätigkeit der ihren untergeordneten Organe auch und gerade dort durch Weisung beeinflussen können sollen, wo diese untergeordneten Organe (und nicht sie selber) in der betreffenden Angelegenheit Behörde sind.

Der folgende Unterabschnitt über Einzelfragen unternimmt es, das Konzept zu schärfen, Widersprüche auszuräumen und zu seiner Verbesserung beizutragen. So wird für den gerichtlichen Auftrag mit eingehender Begründung herausgearbeitet, dass er dem Akt vorangehen muss, dass er formfrei erfolgen kann, dem Adressaten des Aktes nicht eröffnet werden muss und dass er keine Weisung im Sinne des Art 20 B-VG darstellt. Das beauftragte Organ ist gleichwohl befugt und verpflichtet, Aufträge auf Unzuständigkeit des anordnenden Organs, Strafgesetzwidrigkeit des Inhalts sowie absolute Nichtigkeit zu prüfen und gegebenenfalls abzulehnen. Ein zu Zurechnung führender Auftrag liegt auch dann vor, wenn er dem einschreitenden Organ Spielraum lässt, weil eine vollständige Determinierung unmöglich ist; der Autor stellt auf das Überwiegen ab, einräumend, dass damit keine scharfe Grenze gezogen ist. Ermächtigungen reichen hingegen ebenso wenig hin wie generelle Aufträge ohne Bezug zum konkreten Fall. Bedingte Aufträge werden mit der (überschießenden, da nur für Potestativbedingungen zutreffenden) Begründung abgelehnt, dass Bedingungen eine weitgehende Delegation der Entscheidungsbefugnis an das Verwaltungsorgan bewirkten. Eine exakte zeitliche und örtliche Determinierung wird abgelehnt, die Bestimmbarkeit der Hauptbetroffenen reicht hin, die typischen Vorbereitungs- und Unterstützungsmaßnahmen sind im Auftrag stillschweigend eingeschlossen, und selbst die Weitergabe des Auftrags ist zulässig, soweit er das zulässt und die „Delegation“ nichts daran ändert, dass die Willensbildung überwiegend beim Auftraggeber verbleibt. Das Konzept hat aber auch Grenzen, die der Autor für die Überschreitung gerichtlicher Aufträge herausarbeitet: Er schließt sich der Rechtsprechung an, nach der nicht jede Rechtswidrigkeit bei der Ausführung eines Auftrags die Zurechnung zur Gerichtsbarkeit abschneidet, solange keine offenkundige Überschreitung vorliegt, sondern sich der Akt im Großen und Ganzen hält. Das wird einerseits durch Spielräume begründet, die der gerichtliche Auftrag lässt, andererseits durch das Argument gerechtfertigt, eine unzulässige Überprüfung von Justizakten zu vermeiden und einen Respektabstand zwischen den Staatsgewalten zu wahren (Seiten 98 und 99). Beide Begründungen überzeugen mich nicht: Soweit ein Auftrag Spielräume lässt, bleibt die Ausführung ohnehin in dem durch ihn gezogenen Rahmen, eine Überschreitung liegt gar nicht vor. Wird er hingegen wirklich überschritten, dann ist Gegenstand der Nachprüfung voraussetzungsgemäß nicht mehr der (auf Überprüfung in der Tat immunisierte) Auftrag, sondern bloß der durch ihn nicht mehr abgedeckte Teil seiner Ausführung. Zu Recht lehnt es der Autor deshalb ab, diese Diskontierung der Rechtswidrigkeiten auf Überschreitungen bei der Vollstreckung verwaltungsbehördlicher Bescheide zu übertragen. Einen Respektabstand zwischen den Staatsgewalten zu wahren, heißt eine Rechtsschutzlücke in Kauf nehmen. Bei der „Ausführung“ von Gesetzen durch die Verwaltung würde jedenfalls niemand behaupten, es liefe auf eine verbotene verwaltungsgerichtliche Überprüfung des Gesetzes hinaus, wollte man jede im Vollzug unterlaufene Rechtswidrigkeit aufgreifen, es müsse genügen, wenn sich der erlassene Bescheid im Großen und Ganzen in dem durch das Gesetz gezogenen Rahmen halte. Anderes gilt freilich dort, wo die Rechtsordnung einen Fehlerkalkül eingerichtet hat, der auch Überschreitungen des gerichtlichen Auftrages noch dem Gericht zuzurechnen erlaubt.

Im letzten Unterabschnitt werden die praktischen Anwendungsfälle der Zurechnung kraft Auftrags aufbereitet. Der Autor hält fest, dass bislang vor allem Maßnahmen betroffen waren, dass aber konzeptimmanent kein Grund besteht, Bescheide und Urteile auszunehmen, erhärtet das an einem Beispiel aus der StPO und grenzt das Konzept von der Amtshilfe ab. Dann verzeichnet er detailliert die praktischen Anwendungsfälle. Für die richterlichen Hilfsorgane lehnt er Zurechnung ihres Handelns kraft richterlichen Auftrags ab, weil er sie der Gerichtsbarkeit zuordnet. Die spiegelverkehrte Konstellation, wie ihr Handeln kraft Weisung des Gerichtspräsidenten als Justizverwaltungsorgan zuzurechnen wäre, bleibt hingegen unerörtert – hier wäre wohl, nachdem die Verwaltungsorganqualifikation dieser Hilfsorgane als gegen Art 94 Abs 1 B-VG verstößend abgelehnt wird, ein weiteres Einsatzfeld gegeben. Beim strukturgleichen Problem der Parlamentsdirektion geht der Autor hingegen von einer in Art 30 Abs 3 B-VG grundgelegten Doppelorganstellung aus, die den Rekurs auf die Figur entbehrlich macht. Gewaltenübergreifende Vollstreckung sprengt hingegen überwiegend die dem Konzept gezogenen Grenzen. Der Abschnitt schließt mit einer Erörterung der Folgen für den Rechtsschutz. Dabei zeigt sich, dass die in ständiger Rechtsprechung erfolgende Zurückweisung von Maßnahmenbeschwerden in der Regel nicht durch Rechtsschutzmöglichkeiten in der Gerichtsbarkeit ausgeglichen wird. Erst in jüngere Zeit sind die Lücken mit Art 138b Abs 1 Z 7 B-VG und mit § 106 StPO teilweise geschlossen worden.

Durch diese und weitere Pferdefüße des Konzepts nachdenklich gestimmt, ist der Leser gut auf Abschnitt V (Seiten 127 – 139) vorbereitet, in dem der Autor zu den unter III. A. exponierten Zurechnungsansätzen zurückkehrt und sie einer vergleichenden Evaluation unterzieht. Dabei schlagen die Rechtsschutzlücken nicht entscheidend zu Buche; die Unklarheiten des Konzepts an seinen Rändern werden jedoch auf dem Rücken der Betroffenen ausgetragen, die den richtigen Rechtsschutzweg nur erraten können und deshalb aus Gründen der Vorsicht alle nebeneinander beschreiten müssen. Der Trennungsgrundsatz ist ein weiterer Negativposten, denn die Auftragszurechnung soll Parallelzuständigkeiten und ein Mischorgan zur Folge haben. Letzteres trifft freilich nur zu, wenn man die Seitenwechselthese verwirft, was der Autor hier implizit (und zu Recht) tut, wiewohl er sie zuvor unter III. B. erstmals explizit aufgestellt und ausgearbeitet hat. Das Alternativkonzept einer Anknüpfung bei der Behörde, in deren Namen der Akt gesetzt wurde, schneidet in dieser Hinsicht besser ab. Für das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter ist das Ergebnis das gleiche.

Im Abschnitt VI (Seiten 140 – 157) greift der Autor in der Kritik des Konzepts noch weiter aus – und geht in die Zeit vor seiner „Erfindung“ zurück. Er zeigt auf, wie das Problem der Zurechnung von Akten, an deren Erlassung Organe mehrerer Gewalten beteiligt waren, in der älteren Lehre behandelt wurden. Von Zurechnung kraft Auftrags ist keine Rede, weder in der Debatte um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rechtspfleger in der Zwischenkriegszeit noch in den Lehrbüchern der 1950er-Jahre; allenfalls bei *Merkl* klingt mit den *dominus negotii* in der Vollstreckung etwas Vergleichbares an. Auch *Walter* und *Melichar* gehen andere Wege, bei *Melichar* ist aber bei Erörterung der Rechtspfleger von einer abgeleiteten richterlichen Hilfstätigkeit die Rede, die funktionell im Rahmen der Gerichtsbarkeit liegt. Diese Stichworte prägen in der weiteren Folge das allgemeine Verständnis der Ausführungen *Walters*, und die Vereinnahmung beider für das Konzept der Zurechnung kraft Auftrags durch *Funk* überdeckt, dass seine Referenzautoren dieses Konzept erstens nicht vertreten hatten und dass ihre Ansichten zweitens durchaus konträr sind. Nachdem Zitieren rascher geht und seliger macht als Lesen, wird daraus binnen kurzer Zeit eine völlig herrschende Lehre.

In der Rechtsprechung zeichnet der Autor einen Schwenk nach, der ebenfalls Rätsel aufgibt. Vor 1960 ließ der Verfassungsgerichtshof gegen die in richterlichem Auftrag erfolgten Maßnahmen, insbesondere Hausdurchsuchungen, die Beschwerde in ständiger Rechtsprechung zu. 1961 erfolgte eine Kehrtwendung, für die es keine Begründung gab; die zunehmende Belastung mit Maßnahmenbeschwerden mag ein Motiv gewesen sein. Die Anwendung der neuen Figur der Auftragszurechnung blieb aber lange Jahre auf das Verfahren nach der StPO beschränkt. Erst in den 1980er-Jahren wurde es auf Vollstreckungsfragen angewandt, und nach der Jahrtausendwende gewann es im Parlamentsrecht an Boden. Wie es sich auf breiterer Bahn durchsetzen konnte, bleibt ein Rätsel.

Im Abschnitt VII (Seiten 158 – 165) ist der Autor um die endgültige Auflösung bemüht, indem er, die letzten Schleier lüftend, ein Sachproblem herauspräpariert, auf das das Konzept eine Antwort gab. Die StPO sah in die Mitwirkung anderer Dienststellen vor, mit einer Formulierung, die an Amtshilfe gemahnten. § 26 enthielt deshalb das Erfordernis eines Ersuchens. Er wurde aber als vom Gerichtshof als Regelung gedeutet, die die Sicherheitsorgane zu Hilfsorganen des Untersuchungsrichters machte, und für die Gendarmerie lag dies wiederum nach § 7 Gendarmeriegesetz 1894 mehr als nahe, der ihre unmittelbare Inanspruchnahme durch Gerichte und Staatsanwaltschaften vorsah, während andere Behörden sie erst von der Dienstbehörde requi-

rieren mussten. (Hier könnte man weiter gehen und den § 9 in die Analyse einbeziehen, nach welchem die Gendarmerie die erhaltenen Aufträge unbedingt zu vollziehen hatte, ohne sich in eine Beurteilung derselben einzulassen, denn den Inhalt des Auftrages hatte die auftragserteilende Behörde zu verantworten – Anordnungen, die im heutigen § 76 StPO fehlen.) Mit dieser Deutung hatten die Sicherheitsorgane aber zweierlei Herren zu dienen, und man stand vor dem Problem, ihre Handlungen entweder dem Gericht oder der Sicherheitsbehörde zuzurechnen. Nachdem die Zurechnungsregeln in § 26 Abs 1 StPO und § 7 Gendarmeriegesetz setzte Zurechnung zum Gericht ein Ersuchen bzw eine Inanspruchnahme voraus. Gab es sie, wertete der Verfassungsgerichtshof ab 1961 das Gericht als Behörde, andernfalls war der Akt der Bezirksverwaltungsbehörde zuzurechnen. Die Lehre griff diese Figur ab Mitte der 1970er-Jahre auf und verallgemeinerte es. Das ging nicht ohne Vergrößerungen ab, die in weiterer Folge auch in der Rechtsprechung Fuß fassten.

Abschnitt VIII (Seiten 166 – 173) führt zunächst die Ergebnisse zusammen und fragt sodann, ob das Konzept im geltenden Recht noch einen Anwendungsbereich hat. Der Autor arbeitet drei Elemente heraus, die zusammentreffen müssen – mehrere Zurechnungsstränge von ein und demselben Hilfsorgan zu mehreren Behörden, Erfordernis eines Auftrags in einem Zurechnungsstrang, konkurrierende Kompetenz der Behörden dahinter – und identifiziert § 76 StPO als einzigen möglichen Kandidaten, wo er jedoch das dritte Kriterium als nicht erfüllt ansieht, weil es den Sicherheitsbehörden an einer Zuständigkeit im strafprozessualen Hautverfahren mangelt. Das ist in sich konsistent, das dritte Kriterium ist in meinen Augen aber hinterfragenswert. Der Autor begründet es damit, dass es eine „Auffangkompetenz“ einer anderen Behörde braucht, auf die Zurechnung zu ihr dort gestützt werden kann, wo Zurechnung kraft Auftrag mangels Auftrags scheitert. Das ist richtig, nach herrschender Auffassung gibt es diesen subsidiären Zurechnungsstrang freilich immer: Wo alle sonstigen Zurechnungen wegen qualifizierter Rechtswidrigkeit scheitern, bleibt die allgemeine Sicherheitspolizei auf Auffangbecken übrig, in das alles hineinrutscht, was in den besonderen Verwaltungsmaterien keinen Platz hat. Akte eines Wachkörperorgans werden somit subsidiär jener Sicherheitsbehörde zugerechnet, der das Organ unterstellt, beigegeben oder zugeteilt ist. Überdies ist eine rein organisatorische Anknüpfung zu erwägen, bei der die Dienstbehörde des Hilfsorganes dort entstehen muss, wo alle sachlichen Zurechnungen scheitern, ohne dass der betreffend Akt als Privatexzess seine Qualität als Staatsakt verliert. Beide Anknüpfungen „passen“ in meinen Augen besser als die Zurechnung eines auftragslos gesetzten Verhaltens zu einer Behörde kraft einer Norm, die explizit einen Auftrag der Behörde verlangt.

Eine Zusammenfassung (Seiten 174 – 177) schließt die Arbeit ab.

### III.

Die Arbeit beeindruckt auf allen Ebenen.

Es beginnt mit der Sprache. Einfach, schnörkellos und präzise sagt der Autor, was er zu sagen hat. Alles verbale Imponiergehabe ist vermieden, der Ausdruck so verständlich wie möglich, der Stil gelegentlich etwas altmodisch, gelegentlich etwas beamtenhaft, aber stets reduziert und elegant.

Es setzt sich in der Gedankenführung fort. Die Begründungen sind nachvollziehbar und treffen den Punkt, die Analyse der Probleme ist glasklar, die Übersicht über die Zusammenhänge stupend. Besonders nimmt aber die Reduktion auf das Wesentliche für die Arbeit ein. Im Umfang ist sie ebenso schlank wie in den Belegen und selbst noch in den Argumenten. Der Autor grenzt klar ab, worüber er zu reden gedenkt, und legt im Übrigen offen, was er voraussetzt, ohne es zu diskutieren. Die Gedankenführung und die Verweise bestechen durch Konzentration: Alles Wichtige ist da, mit allem Irrelevantem wird der Leser erst gar nicht behelligt.

Auch der Aufbau erweist sich am Ende als gelungen. Zwar ringt die Gliederung dem Leser einiges ab, weil sie einen weiten Bogen spannt, vor allem aber, weil der Autor sich dafür entschieden hat, ein Konzept gleichzeitig erstmals geschlossen vorzustellen, seine Leistungsfähigkeit im Detail zu verbessern und es doch vernichtend zu kritisieren. Man fragt sich deshalb in der Mitte der Arbeit gelegentlich, wo der Autor denn nun eigentlich steht, und man ist sich am Ende nicht sicher, ob einzelne Partien der Grundlegung nun bloß die Zurechnung kraft Auftrags verständlich machen sollten oder ob der Autor an sie wirklich glaubt. Aber das sind Details, die die Grundpositionen nicht berühren und über sie keinen Zweifel aufkommen lassen.

Bemerkenswert ist sodann der Mut, den der Autor unter Beweis stellt. Er geht mit seiner Arbeit gegen eine fast schon hermetisch geschlossene herrschende Meinung an, unbekümmert um Autoritäten, hart in der Kritik und unbefangen im Urteil: Es wiegt, was es hat. Der einzige Kompromiss besteht darin, dass er ein von

ihm abgelehntes Konzept zunächst systematisch entwickelt und geschlossen darstellt, auf dass seine Arbeit auch für den noch von Nutzen sei, der ihm die nachfolgende Kritik nicht abnimmt. Unter dem Strich tut das aber der Arbeit gut, denn nur, was man bis in die letzten Verästelungen durchdacht und verstanden hat, kann man fundiert kritisieren.

Am meisten beeindruckt aber die Eigenständigkeit des Autors, vom ersten bis zum letzten Satz. Er folgt keinen ausgetretenen Pfaden, sondern schlägt sich quer durch den Wald. Schon die Themenstellung ist originell, Aufbau und Argumentationsgang sind es genauso, und die erzielten Ergebnisse sind es erst recht. Dem Autor ist der Nachweis gelungen, dass das in verschiedensten Zusammenhängen relevante Konzept der Zurechnung kraft Auftrags auf tönernen Füßen steht.

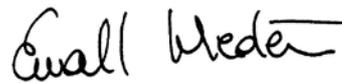
Fazit also: Die Arbeit bringt das Fach weiter, denn sie zeigt einen Irrtum auf, dem Lehre und Rechtsprechung kollektiv erlegen sind. Wir müssen dem Autor dafür dankbar sein, die rasche Publikation seiner Arbeit ist eine im Interesse des Faches gelegene Notwendigkeit. Sollte das Fach danach den Weg zurück nicht mehr finden, dann umso schlimmer für das Fach.

#### IV.

In einer Gesamtwürdigung komme ich zum Ergebnis, dass Herr Mag. *Reinhard Jantscher* eine hervorragende Arbeit vorgelegt hat, die die wissenschaftliche Diskussion im Verfassungsrecht und im Allgemeinen Verwaltungsrecht wesentlich voranbringt. Ich bewerte seine Dissertation mit der Note

**sehr gut.**

Wien, am 25. August 2016



(Ewald Wiederin)