



An den  
Studienpräses der Universität Wien  
im Wege des Studienservicecenters  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
im Hause

## Gutachten

zur Dissertation

„Das Legalitätsprinzip  
Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht“

eingereicht von Mag. *Philipp Mörth*, BA

### I.

Die vorliegende Dissertation umfasst samt Vorwort, Verzeichnissen, Zusammenfassung und Abstracts 328 Seiten. Mit dem Legalitätsprinzip ist sie einem Thema gewidmet, dass zu den Fundamenten der österreichischen Verfassung zählt. Der unscheinbaren Anordnung in Art 18 Abs 1 B-VG, wonach die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf, entnehmen Rechtsprechung und Lehre unisono ein universelles Wesentlichkeitsgebot, das die Parlamente in Bund und Ländern zwingt, alle wichtigen Entscheidungen im Gesetz selbst zu treffen und das Vollzugshandeln hinreichend präzise vorherzubestimmen, anstatt die Entscheidungsfindung an die Verwaltung zu delegieren. Für diese interpretative Verbindung von Totalvorbehalt und Bestimmtheitsgebot hat sich der Begriff „Legalitätsprinzip“ eingebürgert. Es gilt als Ankerpunkt der österreichischen Rechtsstaatlichkeit und als identitätsprägendes Spezifikum der österreichischen Verfassungsstaatlichkeit.

Angesichts dieser zentralen Stellung mag *prima facie* überraschen, dass das Legalitätsprinzip noch nie monographisch behandelt wurde. Auf den zweiten Blick nimmt das allerdings nicht wunder. Nachdem es sich bei Art 18 Abs 1 B-VG um die Schnittstelle handelt, durch die Demokratie und Rechtsstaat miteinander verbunden sind, ist die Analyse dieser Verfassungsbestimmung voraussetzungsvoll, jeder Interpretationsversuch muss im Grunde ständig die gesamte Verfassung im Blick behalten. Das Thema ist mithin einer Habilitationsschrift würdig und für eine Dissertation im Grunde zu anspruchsvoll. Die Themenwahl weckt also entsprechende Erwartungen, und noch bevor der erste Satz der Arbeit gelesen ist, nimmt schon der Mut des Autors für ihn ein.

### II.

1. Die knappe Einleitung (Seiten 1–3) macht ohne Umschweife klar, worauf die Arbeit hinaus will und was nach Auffassung ihres Autors in der bisherigen Diskussion schief gelaufen ist. Lehre und Rechtsprechung haben dem Art 18 Abs 1 B-VG ein Determinierungsgebot unterlegt, das man dort vergeblich sucht, weil es sich um eine Konstruktion handelt, um einen „Sammelbegriff, der für das Zusammenwirken vieler verschiedener Normen steht“ (3). Finden kann man in Art 18 Abs 1 B-VG hingegen einen Gesetzesvorbehalt, der in Vergessenheit geraten ist. Dementsprechend gliedert sich die Arbeit in zwei Hauptabschnitte. Der erste will nachweisen, dass Art 18 Abs 1 B-VG nicht mehr und nichts anderes statuiert als einen Gesetzesvorbehalt. Der zweite ist dem Versuch gewidmet, das in Art 18 Abs 1 B-VG nicht verankerte Determinierungsgebot aus anderen Verfassungsvorschriften und –prinzipien zusammenzubauen.

2. Der Abschnitt II über den Gesetzesvorbehalt (Seiten 4–172) beginnt damit, dass Entstehung und Entwicklung des Art 18 Abs 1 B-VG rekapituliert werden (A., Seiten 4–35). Als Einstieg dient die Feststellung, dass der Text des Art 18 B-VG eine Zäsur bedeute, weil er anders als die Gesetzesvorbehalte der konstitutionellen Monarchie weder thematisch noch hinsichtlich der Handlungsformen der Verwaltung beschränkt ist. Die in letzter Minute erfolgte Formulierung sei indes lakonisch, die Materialien dazu dürftig. Der Schlüssel zum richtigen Verständnis liege im historisch-systematischen Kontext verborgen. Das B-VG habe ein System der Parlamentsherrschaft installiert, in dem die Gesetzgebung der Vollziehung vor- und übergeordnet ist (1.a.); es habe den Staat zur Gänze rechtlich verfasst und jeder rechtsunabhängigen Legitimation samt der ihr korrespondierenden Gewaltterminologie eine Absage erteilt (1.b.); und es habe, das eine mit dem anderen verbindend, durch Art 18 Abs 1 B-VG die Verwaltung an die Kandare des Gesetzes gelegt (1.c.). Aus diesem korrekt geschilderten Kontext leitet der Autor forsch und unvermittelt ab, dass sich für das Verständnis des Art 18 Abs 1 B-VG die folgenden Eckpunkte historisch belegen ließen: 1. Totalität des Vorbehalts; 2. Erfordernis eines Gesetzes im formellen Sinn; 3. Wirkweise als Handlungssperre mit Erlaubnisvorbehalt; 4. Fehlen jedweder Indizien, die auf ein Determinierungsgebot hindeuten (17–19). Damit sind die Ergebnisse des II. Abschnitts im Grunde bereits vorweggenommen, und sie werden folgerichtig nicht nur auf zeitgenössische Belege gestützt, sondern auch mit aktueller Literatur und mit Hinweisen auf spätere Entwicklungen untermauert.

Damit ist die Entstehung abgehandelt. Die weitere Entwicklung wird in eine Phase vor und nach 1955 eingeteilt. Bis Mitte der 1950er-Jahre dominierte ein Verständnis als Gesetzesvorbehalt, über dessen Reichweite indes Unklarheit bestand (2.). Danach betrat das Determinierungsgebot die Bühne, das zunächst durch einen Akt der Rechtsfortbildung inthronisiert, sodann zur Zentralnorm demokratischer Rechtsstaatlichkeit hochstilisiert und schließlich auf die Ebene der Grundprinzipien gehoben wurde (3.). Den heutigen Zustand charakterisiert der Autor als Verwirrung: So einleuchtend ein Determinierungsgebot aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen auch erscheinen möge, so untauglich sei der Versuch, es in Art 18 Abs 1 B-VG hinein zu projizieren. Das habe, wie in einer ersten Auseinandersetzung mit Rill demonstriert wird, den Gesetzesvorbehalt marginalisiert und die Klärung seiner Reichweite behindert (4). Es gelte, die Ineinssetzung von Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot aufzubrechen und sie dogmatisch an unterschiedlicher Stelle zu verorten: den Gesetzesvorbehalt innerhalb des Art 18 Abs 1 B-VG, das Determinierungsgebot außerhalb von ihm.

Dieser Auftakt ist fulminant, thesenreich und in den Grundlinien durchaus stimmig. Um als Wiedergabe der „Entstehung und Entwicklung“ des Art 18 B-VG durchzugehen, erscheint mir die Darstellung freilich als allzu selektiv und dadurch einseitig zugerichtet. Dass die Konstituante im Jahr 1920 einen Art 18 B-VG schuf, der bis in die 1950er-Jahre als Gesetzesvorbehalt und danach als Determinierungsgebot verstanden wurde, ist nur ein Teil der Geschichte. Es fehlen wichtige Stationen: zunächst, dass der VfGH schon mit VfSlg 176/1923 dem Determinierungsgebot die Grundlage legte; sodann, dass die B-VG-Novelle 1925, auf die Rechtsprechung reagierend, die damaligen beiden Absätze des Art 18 B-VG gleichzog; weiters, dass die Verfassung 1934 in Art 9 Abs 2 ein Determinierungsgebot voraussetzte, um es zu durchlöchern; schließlich und endlich, dass die Verfassungsentwicklung von 1922 bis 2008 zahlreiche Ermächtigungen der Verwaltung zur Erlassung selbständiger Verordnungen brachte, die nur vor dem Hintergrund eines dem Art 18 B-VG immanenten Determinierungsgebots begreiflich sind. Über all das weiß der Autor natürlich Bescheid, und mitunter trägt er es im Rahmen der Analyse des Art 18 Abs 1 B-VG auch nach.

Bei Analyse des Geltungsbereichs (B., Seiten 36–77) beginnt der Autor mit den Adressaten des Vorbehalts, und er stellt seine Kernthesen – Bindung der gesamten Verwaltung, aber nur der Verwaltung – der herrschenden Auffassung gegenüber, der er schon eingangs vorwirft, vom Gesetzesvorbehalt dort vor-schnell Abstriche zu machen, wo sich ein Determinierungsgebot nicht durchhalten lasse (37 f). Verwaltung grenzt er ab und ein, indem er sie als Rechtsfunktion begreift und als Ausübung einer Verwaltungskompetenz konkretisiert. Rein tatsächliche Handlungen der Verwaltung bleiben deshalb außen vor, nur institutionellen Handlungen, zu deren Realisierung es mehr braucht als „natürliche Fähigkeiten“, werden als Kompetenzausübung begriffen. Dann wird aber klargestellt, dass diese Abgrenzung nicht mit jener zwischen Normen und Fakten und erst recht nicht mit jener zwischen obrigkeitlicher und wirtschaftlicher Verwaltung identifiziert werden darf. Erstens gebe es auch nicht-normative, ja noch nicht einmal in Rechte eingreifende Verwaltungsakte, zu deren Setzung es Kompetenz braucht. Das wird in weiterer Folge am Beispiel des Akts unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Anschluss an Merli überzeugend ausgearbeitet. Zweitens erscheine es semantisch wie historisch gleichermaßen klar, dass auch privatrechtliches Handeln der Verwaltung zur Verwaltung zähle und deshalb in der gesamten Verwaltung mitenthalten sein müsse.

Um „Ausübung von Kompetenz“ fassbar zu machen und um einerseits auch Verwaltungshandeln ohne Normqualität zu integrieren, andererseits aber rein faktisches Verwaltungshandeln auszuschneiden, knüpft der Autor sodann an den Topos des institutionellen Handelns an (und dabei nicht an McCormick oder Weinberger, sondern an Alexy). Das erfolgt tastend: Um von Institutionalisierung sprechen zu können, muss zum einen eine Handlungskompetenz eingerichtet und zum anderen eine Organkompetenz begründet sein, die die Handlung eines Menschen zur institutionalisierten Rechtshandlung macht (62). Solch institutionalisiertes Rechtshandeln wird sodann aber von bloßer Zurechnung zum Staat unterschieden, wie sie etwa im Rahmen der Amtshaftung erfolgt (63). Denn solche Zurechnung genügt dem Autor nicht, weil sie auch rein tatsächliches Handeln erfassen kann; von einer institutionalisierten Rechtshandlung können hingegen nur gesprochen werden, wenn von einer Verwaltungskompetenz Gebrauch gemacht wird (63). Damit ist der Zirkel geschlossen, die Ausübung von Kompetenz wird über institutionalisiertes Handeln und das institutionalisierte Handeln über die Ausübung von Verwaltungskompetenz definiert. Aus diesem Zirkel kommt die Arbeit in weiterer Folge nicht mehr heraus. Auch zuvor angebotene Hilfskriterien wie eine spezifische „deontische Modalität“, die faktischen Verwaltungsakten im Unterschied zu rein tatsächlichem Verwaltungshandeln angeblich innewohnt (52–54), helfen nicht weiter, weil sie zwar als Projektionsfläche für Dezisionen aufgeboten werden, aber nicht näher ausgearbeitet sind. Das deontische Konzept des Autors bleibt vielmehr dunkel, die Leserin erfährt weder, was er unter einer Rechtsnorm versteht, noch, welche deontischen Funktionen und korrespondierende Normgattungen er anerkennt. Klar wird lediglich, dass zwischen Erlaubnisnormen und Kompetenznormen ein Unterschied besteht (60), aber nicht, worin er liegt. Und mit der Veränderung der rechtlichen Position der Rechtssubjekte (54) wird ergänzend sogar auf den Rechtseingriff rekurriert, der an anderer Stelle dezidierte Ablehnung erfährt (167 ff).

Die Analyse der Reichweite des Gesetzesvorbehalts beginnt mit der Erörterung, ob auch Staatsverträge und selbständige Verordnungen als Gesetze im Sinn des Art 18 Abs 1 B-VG zu betrachten sind. Entgegen herrschender Lehre verneint der Autor die Frage, er sieht aber den Art 9 Abs 1 B-VG, den Art 50 B-VG und die Ermächtigungen zur Erlassung selbständiger Verordnungen als *leges speciales* zu Art 18 Abs 1 B-VG an. Sodann hält er diese Auffassung auch für das Unionsrecht durch. Für seine Auffassung spricht gewiss, dass Völkerrecht, selbständige Verordnungen und Unionsrecht keine Gesetze im Sinn des Art 140 B-VG sind. Die *leges speciales*-These hat indes damit zu kämpfen, dass nirgends geschrieben steht, die Verwaltung könne auch auf Grund von Staatsverträgen, von selbständigen Verordnungen und von Unionsrecht ausgeübt werden: Zu lesen ist im B-VG nur, dass und wie diese abgeschlossen bzw erlassen werden können. Dem Vorwurf, den Wortlaut zu missachten, entkommt daher auch der Autor nicht, zumal auch er implizit davon ausgeht, dass die Vollziehung von „Gesetzen“ im Sinne des Art 23 Abs 1 B-VG die Anwendung von Staatsverträgen, selbständigen Verordnungen und Unionsrecht mitumfasst.

Nach diesen Grundfragen wendet sich die Arbeit der Struktur und dem Inhalt des Art 18 Abs 1 B-VG (C., Seiten 78–113) zu. Dies geschieht dadurch, dass die Grundthese – Erlaubnisvorbehalt für die Inanspruchnahme jedweder Verwaltungskompetenz – konkretisiert und mit Alternativkonzepten konfrontiert wird. Der Autor versteht den Vorbehalt zu Recht als Äquivalenzrelation (85) und deutet ihn dahingehend, dass die Kompetenzausübung vollständig durch ein Gesetz im formellen Sinn freigeschaltet ist. Dabei hält er zutreffend fest, dass die Ausformung einer Verwaltungskompetenz vielfach durch formelles Gesetz erfolgt, sodass die rechtliche Institutionalisierung einer Handlung die zu ihrer Ausübung nötige Erlaubnis gleich mitliefert (87). Infolge dieser Zirkularität ist dem Gesetzesvorbehalt in solchen Konstellationen gleichsam automatisch Genüge getan. Dennoch sind Verstöße gegen Art 18 Abs 1 B-VG denkbar: erstens durch die Verwaltung oder auch durch die Gerichtsbarkeit, wenn sie in generellen Akten der Verwaltung die Ausübung von Kompetenzen am Gesetz vorbei zuspricht, und zweitens durch die Verwaltung, wenn sie aus dem Recht Kompetenzen ableitet, deren Wahrnehmung ihr nicht vollständig durch Gesetz erlaubt ist. Als dritte Konstellation wird sodann die Anwendung von Gewohnheitsrecht genannt, wo der Standpunkt des Autors aber diffus bleibt (91) und wo verwundert, wieso diese Konstellation nicht schon in die zweite Fallgruppe fällt. Es folgt eine Erörterung des Omofuma-Erkenntnisses, in der sich zeigt, dass der Autor den für rechtswidrige Akte vorgesehenen Fehlerkalkül als Kompetenznorm begreift (94), um ihn dem Fehlen einer Erlaubnisnorm gegenüberstellen zu können. Das Alternativkonzept eines determinierten Erlaubnisvorbehalts verwirft er mit dem scharfsinnigen Argument, dass es der Verwaltung eine Gesetzesprüfungskompetenz übertrüge (97 f), einen Kompetenzvorbehalt mit der schwächeren Begründung vom Ergebnis her, dass sich Kompetenznormen vielfach aus unterschiedlichen Rechtsnormen (gemeint wohl: Rechtsvorschriften unterschiedlichen Ranges) zusammensetzten, so dass sich Kompetenzen niemals „nur“ aus formellen Gesetzen ergäben (104 – hier wird unter der Kompetenznorm nicht der Fehlerkalkül verstan-

den, sondern wohl das, was zuvor im Omofuma-Kontext noch die Erlaubnisnorm war). Weiters räumt er mit den Missverständnissen auf, Gesetzesvorbehalt meine Gesetzesbindung oder gehe im Vorrang des Gesetzes auf.

Sodann wendet sich die Arbeit den zentralen Streitfragen zu. Das geschieht, indem sie aus dem bisher Entwickelten die Konsequenzen zieht (D., Seiten 113–172). Erstens schließt Art 18 Abs 1 B-VG die Privatwirtschaftsverwaltung mit ein, nur die Überfrachtung mit einem Determinierungsgebot und die daraus fälschlich abgeleitete Notwendigkeit transkompetenter Gesetzgebung habe diese Einsicht verdunkelt. Zweitens gilt Art 18 Abs 1 B-VG auch für die Selbstverwaltung, Ausnahmen wie in Art 120b Abs 1 B-VG bestätigten diesen Befund, durchbrächen ihn aber nicht. Unerörtert bleibt seltsamerweise, dass dadurch erstens das Wort „staatliche“ in Art 18 Abs 1 B-VG jede Bedeutung verliert und dass zweitens der Begriff „Staat“ im Sprachgebrauch des B-VG – wie Seipel als Berichterstatter über das B-VG in der Konstituierenden Nationalversammlung betonte – Bund und Länder umfasst, nicht aber die weiteren juristischen Personen öffentlichen Rechts ohne Staatsqualität. Drittens ist schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln nur soweit erfasst, als es sich um typenfreie Verwaltungsakte handelt, während rein tatsächliches Verwaltungshandeln außen vor bleibt. Hier registriert man nicht ohne Schmunzeln, dass jene Phobien, die der Autor bei den Gegnern einer Bindung der Privatwirtschaftsverwaltung konstatiert, auch ihn selber umtreiben: Ansonsten dräuende unsinnige Gesetzesfluten und problematische Generalermächtigungen an die Wand malend, spricht er schlicht-hoheitlichen Zeitungsinterviews und polizeilichen Auskunftsbitten sowohl Verwaltungsaktqualität als auch „deontische Modalität“ ab und weist sie damit aus dem Anwendungsbereich des Art 18 Abs 1 B-VG hinaus (wobei zwischen Ermächtigungs- und Erlaubnisnormen differenziert wird [137], mit der Folge, dass die bloße Erlaubnisnorm den Erlaubnisvorbehalt des Art 18 Abs 1 B-VG transzendiert). Das verwundert: Der Verwaltungsakt hat sich als Zweckkonstruktion zur Begrenzung von Rechtsschutz als gefährlich und am Ende als untauglich erwiesen. Ich sehe keinen Grund, ihn als Instrument zur Begrenzung der Reichweite des Gesetzesvorbehalts zu reaktivieren. Wie bei der Privatwirtschaftsverwaltung muss man auch hier die Konsequenzen durchhalten, wenn man den vom Autor propagierten Paradigmenwechsel in der Deutung des Art 18 Abs 1 B-VG akzeptiert, zumal schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln mit der Ausübung natürlicher menschlicher Fähigkeiten nicht erklärt werden kann, weder im Kontext des Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG noch im Rahmen der Amtshaftung.

In weiterer Folge wird viertens Art 20 Abs 1 B-VG als Ausnahme vom Gesetzesvorbehalt aufgefasst und fünftens argumentiert, dass Art 18 Abs 1 B-VG für die Gerichtsbarkeit nicht gilt. Zu Recht arbeitet der Autor heraus, dass die sich dadurch auftuende „Lücke“ nicht allzu groß ist. Einen möglichen Unterschied sieht er jedoch bei der Anwendung von Gewohnheitsrecht: Der OGH dürfe auf seiner Grundlage die Klage einer statutenlosen Agrargemeinschaft zulassen, die Verwaltung dürfe das nicht. Offenbar will der Autor in Kauf nehmen, dass bestimmte Gebilde für die Gerichtsbarkeit existieren, für die Verwaltung hingegen nicht. Was daraus folgen soll für das Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, die doch wohl zur Gerichtsbarkeit ressortieren dürfte, bleibt leider unerörtert. Sechstens werden Rechtseingriff und Verwaltungskompetenz auseinandergelassen, und siebtens wird die Ansicht, Art 18 Abs 1 B-VG verlange die Einräumung subjektiver Rechte, als überschießend kritisiert.

**3.** Abschnitt III (Seiten 173 – 275) behandelt das Determinierungsgebot. Die Darstellung beginnt mit der kompakten und gelungenen Schilderung (A, Seiten 173–185), wie es dazu kam, dass der VfGH dem Art 18 Abs 1 B-VG ein solches Gebot unterlegte. Es folgt eine Erörterung von Struktur und Inhalt des Determinierungsgebots (B, Seiten 185–259), in deren Rahmen der Autor einen „kleinen Methodenwandel“ ankündigt, der sich alsbald als veritabler Bruch entpuppt. Waren bisher allein Text und Wille der Väter und Mütter der Stammfassung des B-VG das Maß der Dinge, so wird fortan die als Rechtsfortbildung charakterisierte Rechtsprechung des VfGH als Maßstab genommen und der Anspruch formuliert, diese Rechtsprechung dogmatisch zu erklären und systematisch einzuordnen. Ausgangspunkt ist die These, dass es sich beim Determinierungsgebot unter den Prämissen der herrschenden Meinung schon aus rechtstheoretischen Gründen nicht um eine Norm bzw Regel handeln könne, weil der Grad der gebotenen Determinierung nur im Wege von Abwägungen ermittelt werden könne (187 ff). Das halte ich für zwar für überzogen, es ist als wissenschaftliche Festlegung aber vertretbar, wenn man nur Norm bzw Regel hinreichend eng definiert. Mit diesem Türöffner ist jedenfalls den Prinzipien die Bahn bereitet. In weiterer Folge werden sowohl Prinzipien als auch Regeln aufgeboten, aus denen sich Determinierungsgebote ergeben, und mit Regeln und Prinzipien konfrontiert, die einer Determinierung entgegenstehen. Das Ergebnis ist ein weites Feld an Abwägungen, auf dem jedenfalls ich als Leser keine Orientierung gewonnen habe. Das ändert aber nichts daran, dass plausibel rekonstruiert wird, was der VfGH tut und warum er es tut.

Im Kapitel über den Geltungsbereich des Determinierungsgebots (C., Seiten 259–275) arbeitet der Autor sodann heraus, wo sein Verständnis des Determinierungsgebots von der herrschenden Auffassung abweicht: Als dessen Adressat kommt potenziell jeder Normsetzer in Frage, jeder Rechtsakt muss ihm potentiell genügen, in der Wirkungsweise muss man aber zwischen reaktiven und proaktiven Determinierungsgebots unterscheiden, und vom Rechtsgrund der Determinierungspflicht hängt ab, ob es ein subjektives Recht auf Determinierung gibt.

**4.** Der Abschnitt IV (Seiten 276–294) führt die Ergebnisse zum Gesetzesvorbehalt mit jenen zum Determinierungsgebot zusammen. Die Verankerung des Determinierungsgebots in Art 18 Abs 1 B-VG ist und bleibt ein Missverständnis, der Versuch, alle für und wider eine Determinierung sprechenden Regeln und Prinzipien in diese Vorschrift zu pressen, zum Scheitern verurteilt. Mit dem Gesetzesvorbehalt hängen die Determinierungspflichten aber gleichwohl eng zusammen, indem sie ihn einerseits verstärken und andererseits aktivieren, wo er von sich aus nicht greift. Ersteres erscheint mir fragwürdig, weil allein die Gesetzesbindung intensiviert wird, der Gesetzesvorbehalt hingegen nur unter der Prämisse berührt ist, dass man Determinierungspflichten als Gesetzesvorbehalte begreift, was der Autor bislang abgelehnt hat und erst jetzt als Möglichkeit in den Raum stellt (285). Zweiteres halte ich für einleuchtend, ich habe aber wie schon zuvor unter III.B. die eingehendere Erörterung vermisst, wo die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte im Spannungsfeld zwischen Erlaubnisvorbehalt und Determinierung zu verorten sind. Fußnote 129<sup>2</sup> reißt das Problem immerhin an, indem sie auf das Verständnis des EGMR verweist, das schon zur EMRK problematisch ist und sich auf die Gesetzesvorbehalte der nationalen Grundrechte nicht übertragen lässt. Diese böten Gelegenheit, die zu Art 18 Abs 1 B-VG erzielten Ergebnisse einem weiteren Test zu unterziehen.

**5.** Ein resümierendes Schlusskapitel (294) und eine Zusammenfassung der Hauptergebnisse (309–318) beschließen die Arbeit.

### III.

**1.** Die vorliegende Arbeit ist nüchtern geschrieben und um Verständlichkeit bemüht. Auch in handwerklicher Hinsicht ist sie außergewöhnlich gut gemacht. Der Autor widersteht der Versuchung, sämtliche Einlassungen zum Legalitätsprinzip zu verarbeiten, sondern konzentriert sich auf das Wesentliche, in der Lehre wie in der Rechtsprechung. Das gelingt ihm ausgezeichnet: Trotz eines vergleichsweise kompakten Literaturverzeichnisses sind alle wesentlichen Beiträge verarbeitet, und in der Auseinandersetzung mit anderen Autoren kommen stets die Urheber eines Gedankens und nicht die Epigonen zu Wort. Die Rechtsprechung wird weder inventarisiert noch systematisiert, aber überall dort exemplarisch herangezogen, wo es der Veranschaulichung dient.

**2.** Charakteristisch für die Arbeit ist ein ebenso beherzter wie unbekümmerter Zugriff auf die Probleme, der weder Rücksichten nimmt noch Kompromisse macht. Der Autor lässt nicht anderswo denken, sondern geht sein Thema völlig eigenständig an, als wäre er der erste, der zum Legalitätsprinzip etwas zu sagen hat, ohne jede Scheu, an den Grundfesten der traditionellen Dogmatik zu rütteln, und mit sichtlichem Vergnügen, deren Brüche aufzuzeigen und deren Inkonsequenzen freizulegen. Dementsprechend ist die Arbeit eigenständig von der ersten bis zur letzten Zeile, um keine Autorität bekümmert, keiner Auseinandersetzung aus dem Weg gehend, kaum eine Grundsatzfrage aussparend. Dadurch hebt sich die Arbeit wohltuend vom Gros der Dissertationen ab, die in der Mitte des Argumentationsstromes zu bleiben versuchen und weder am rechten noch am linken Ufer anstreifen wollen.

**3.** Es ist aber nicht Mut und Anspruch allein, die bemerkenswert sind, der Autor löst die hoch gehängten Erwartungen auch ein. Mit historischer Kompetenz, gedanklichem Scharfsinn und theoretischem Tiefgang zeigt er überzeugend auf, dass das Verständnis des allgemeinen Gesetzesvorbehalts als Determinierungsgebot – wie so manche Rechtsfortbildung – auf ein Doppelpassspiel zwischen Lehre und Rechtsprechung zurückgeht; und mit stupender systematischer Kraft und gestalterischem Gespür präsentiert er einen Gegenentwurf, der die Ausübung von Verwaltungskompetenzen in den Mittelpunkt rückt und für diesen Zweck die zu schon zu den Toten gelegte Verwaltungsaktlehre zu revitalisieren versucht. Dass ich diese Begründungswege für Sackgassen halte, ändert nichts daran, dass es sich um schöpferische Leistungen

gen handelt, die unter Beweis stellen, dass der Autor in konstruktiver Hinsicht ebenso begabt ist wie in der Kritik.

4. Auf der Sollseite ist zu vermerken, dass die Beherrschung des Autors mitunter ins Grobe kippt, in der Ausdrucksweise wie in der Gedankenführung. So gelungen die Gliederung, so ermüdend sind die vielen Wiederholungen, nicht bloß der Thesen und der Fallbeispiele, sondern auch der wörtlichen Zitate anderer Autoren, und die vielen Vor- und Rückgriffe. Für meinen Geschmack zu wuchtig geraten ist auch die Argumentationsweise, bei der es vornehmlich mit Säbel und Machete zur Sache geht. Aber das sind Stilfragen, die wenig zur Sache tun.

Schwerer wiegt der Methodenbruch in der Mitte der Arbeit, der die beiden Hauptteile stärker trennt, als es dem Thema angemessen ist, und für die der Autor auch keine plausible Erklärung hat. Im II. Abschnitt erscheint mir der methodische Zugang als allzu rigide: Nachdem die Materialien zu Art 18 Abs 1 B-VG sehr dünn sind, leuchtet erstens nicht ein, dass es der Arbeit wirklich nur um die Rekonstruktion des Willens der Konstituante zu tun war. Zweitens ist unverständlich, weshalb mit den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und den Ermächtigungen zur Erlassung selbständiger Verordnungen das systematische Umfeld komplett abgeschnitten wurde. Im III. Abschnitt geht hingegen buchstäblich alles, die Arbeit ist bemüht, die Topoi der Rechtsprechung als Prinzipien zu adeln und ihre Abwägung sowohl untereinander als auch gegenüber Regeln zu legitimieren.

Hier wie dort beschränkt sich die Arbeit auf Grundsatzfragen, Details bleiben offen. Das ist einerseits verständlich, andererseits aber doch wieder schade, weil das Gegenkonzept des II. Abschnitts – Verständnis des Art 18 Abs 1 B-VG als Gesetzesvorbehalt – nicht hinreichend ausgearbeitet ist. Die Leserin bleibt deshalb mit einer Fülle von Fragen allein. Wie muss eine gesetzliche Erlaubnis aussehen, um als vollständige Freischaltung einer Verwaltungsaufgabe durchzugehen, und was unterscheidet sie von der korrespondierenden Kompetenznorm, bei der die nämliche Vollständigkeit eine angeblich überzogene Forderung wäre? Was bedeutet der Gesetzesvorbehalt für die Daseinsvorsorge und für die Erwerbswirtschaft? Reichen Organschaftsregeln und ABGB? Wenn nicht, worauf muss die Erlaubnis bezogen sein: Reicht eine abstrakte Aufgabenstellung, oder braucht es eine Spezialnorm, etwa für das konkrete Unternehmen? Wie ist um Beteiligungen an juristischen Personen privaten Rechts bestellt, deren Tätigkeit ja nicht mehr zur Verwaltung zählt? Reicht ein Haushaltsgesetz? Stellt Art 116 Abs 2 B-VG eine Ausnahme von Art 18 Abs 1 B-VG dar? Das alles muss aber wohl Desiderat bleiben, weil sich die Lücken im gesteckten Rahmen nicht sinnvoll schließen lassen. Deshalb ist zu hoffen, dass der Autor seine Arbeit in einer gestrafften Fassung bald publiziert, um sie der rechtswissenschaftlichen Diskussion zur Verfügung zu stellen.

#### IV.

In einer Gesamtwürdigung komme ich zu folgendem Ergebnis: Herr Mag. Mörth hat in seiner Dissertation ein Thema gewählt, das einer Habilitationsschrift würdig ist, und er hat es mit analytischem Scharfsinn, systematischer Kraft und konstruktivem Geschick vollkommen eigenständig und ertragreich behandelt. Seine Untersuchung bringt die verfassungsrechtliche Diskussion um wichtige Schritte weiter. Ich bewerte sie mit der Note

**s e h r   g u t .**

Wien, am 16. Juli 2018

(Ewald Wiederin)