



Wien, am 20. Juli 2018

**Gutachten zur Dissertation von Mag. Philipp Mörth
„Das Legalitätsprinzip
Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht“**

I. Thema und Aufbau

Nach heute herrschender Lehre ist Art 18 Abs 1 B-VG eine Zentralnorm sowohl der Rechtsstaatlichkeit als auch der Demokratie mit doppelter Stoßrichtung: Zum einen normiere sie einen Gesetzesvorbehalt für die Vollziehung, zum anderen ein Determinierungsgebot für Gesetz- und Verordnungsgeber. Der Autor bezweifelt diese Deutung und widmet seine 320 Seiten starke Dissertation einem alternativen Verständnis des Legalitätsprinzips.

Seine Arbeit gliedert er, abgesehen von Einleitung und Schluss, in drei Kapitel. Das erste und umfangreichste Kapitel befasst sich mit dem Gesetzesvorbehalt – es rekapituliert dessen Genese, vermisst seinen Geltungsbereich, bestimmt Struktur und Inhalt und zeigt schließlich, was aus dieser Analyse für strittige Fragen zum Gesetzesvorbehalt folgt (S 4-172). Das zweite Kapitel untersucht das Determinierungsgebot; es beginnt abermals mit dessen Genese, kehrt dann aber die Reihenfolge des ersten Kapitels um und ergründet zuerst Struktur und Inhalt des Determinierungsgebotes und erst danach dessen Geltungsbereich (S 173-275). Das dritten Kapitel führt zusammen, was zuvor getrennt wurde: Es lotet aus, wie Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot neben- und miteinander funktionieren, dh was sie – bei allem Trennenden – dann doch wieder verbindet.

II. Gang der Untersuchung und Ergebnisse

Jedes dieser drei Kapitel enthält eine Fülle an geistreichen und höchst anregenden Überlegungen, die hier nicht im Detail ausgebreitet werden können, wohl aber sollen die Hauptthesen festgehalten und kurz kommentiert werden:

1. Am ersten großen Kapitel – „Der Gesetzesvorbehalt in Art 18 Abs 1 B-VG“ – imponiert die Souveränität und Entschlossenheit, mit der der Autor eine neue Deutung des Art 18 Abs 1 B-VG entwirft.

1.1. Dazu rekapituliert er zunächst die *Entstehung* des Art 18 B-VG und die Entwicklungsgeschichte seiner Rezeption. Zentral ist hier die Aussage, dass es dem B-VG 1920 in Abkehr von der Monarchie um die Parlamentsherrschaft ging; dass Gerichtsbarkeit und Verwaltung schon vor dem B-VG rechtsabhängig waren und schließlich, dass der spezifische Mehrwert des Art 18 Abs 1 B-VG darin liegt, die Verwaltung nicht nur an das Recht zu binden, sondern sie – gerade als Ausfluss der Parlamentsherrschaft – vom Gesetz im formellen Sinn abhängig zu machen. Bis in die 1950er Jahre sei, so der Autor, Art 18 Abs 1 B-VG von Judikatur und Lehre auch großteils in diesem Sinn verstanden worden; erst dann habe man dieser Vorschrift in einer Rechtsfortbildung auch ein Determinierungsgebot entnommen, das den tatsächlich normierten Gesetzesvorbehalt schrittweise überlagert habe. Diese Vermischung sei verantwortlich für die heute bestehende Verwirrung und für alle möglichen Unklarheiten, die rund um Art 18 Abs 1 B-VG bestehen – soweit die Bestandsaufnahme des Autors, die zugleich schon seine zentrale These exponiert, die er in der Folge begründet und entfaltet.

1.2. Dafür lotet der Autor zunächst den *Geltungsbereich* des Gesetzesvorbehalts aus.

Ausgehend vom Wortlaut des Art 18 Abs 1 B-VG hält der Autor eingangs fest, die dort adressierte „Verwaltung“ sei als Rechtsfunktion zu verstehen; sie könne daher nur ein Verhalten umfassen, das die Rechtsordnung zu Verwaltung erkläre (S 39-41). „Ausgeübt“ werde diese Verwaltung iSd Art 18 Abs 1 B-VG nur, soweit die Rechtsordnung ein bestimmtes Verhalten als Ausübung einer Kompetenz institutionalisiere; daher erfasse Art 18 Abs 1 B-VG zB auch die Privatwirtschaftsverwaltung, nicht hingegen rein tatsächliche Verwaltungshandeln. Zu diesem Verständnis führt den Autor ein Ausschlussverfahren: Alle anderen denkbaren Deutungen – Verwaltungsausübung sei nur normatives Verwaltungshandeln; nur obrigkeitliche Gewalt; nur die Inanspruchnahme hoheitlicher Verwaltungskompetenzen oder die Inanspruchnahme aller Verwaltungskompetenzen sowie rein tatsächliches Verwaltungshandeln – seien weniger plausibel (S 41-51).

Das von Art 18 Abs 1 B-VG erfasste Verwaltungshandeln sollte, so schlägt der Autor vor, auch dem Begriff des Verwaltungsaktes zugrunde gelegt werden. Er fasst diesen Begriff damit weiter als die überwiegende Lehre, die die Normativität als konstitutives Merkmal des Verwaltungsakts ansieht – ein Kriterium, das sich aber, wie der Autor überzeugend ausführt, nicht eignet, um den Verwaltungsakt abzugrenzen (S 50-61). Dass die Institutionalisierung einer Kompetenz hier bessere Dienste leistet, versucht der Autor in der Folge an drei Beispielen zu veranschaulichen, die allerdings recht eindeutig sind. Für weniger klare Fälle wäre eine allgemeine Definition, wann ein Verhalten „als Kompetenz institutionalisiert“ wird, hilfreich. Im nächsten Abschnitt nennt der Autor dafür immerhin zwei Mindestvoraussetzungen: Das Recht müsse eine Handlungs- und eine Organkompetenz einrichten, also normieren, wer sich einer bestimmten Rechtshandlung bedienen kann (S 62); vereinfacht gesagt, übe die Verwaltung daher eine Kompetenz aus, wenn sie „Recht vollzieht“ (S 63). Diese Formel wirft freilich die Frage auf, ob sich die „Ausübung der Verwaltung“ iSd Art 18 Abs 1 B-VG mit dem Verhalten eines Verwaltungsorgans „in Vollziehung der Gesetze“ iSd Art 23 bzw Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG deckt, falls ja: warum sind die beiden Anwendungsbereiche dann verschieden formuliert?, falls nein: wo genau liegen die Unterschiede?

Neben der Verwaltung im beschriebenen weiteren Sinn adressiert Art 18 Abs 1 B-VG, wie der Autor weiter ausführt, auch den Rechtsetzer – allerdings nur, soweit dieser Verwaltungs-

kompetenzen schafft (S 64-66). Der Fließtext (insb bei FN 309) erweckt zunächst den Eindruck, Art 18 Abs 1 B-VG verlange nach Ansicht des Autors, dass Kompetenznormen in Gesetzesform ergehen. Wie man aus FN 311 und einem Verweis auf später erfährt, meint der Autor allerdings, nach Art 18 Abs 1 B-VG dürfe jeder beliebige Rechtssetzer (Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichtsbarkeit) der Verwaltung Kompetenzen einräumen, sofern der einfache Gesetzgeber dies erlaube.

Nachdem der Adressatenkreis des Art 18 Abs 1 B-VG geklärt ist, erörtert der Autor, was unter einem „Gesetz“ zu verstehen ist, auf Grund dessen die Verwaltung auszuüben ist (S 66-77): Art 18 Abs 1 B-VG meine damit das Gesetz im formellen Sinn, nicht hingegen – wie die Lehre teils annimmt – Verordnungen, völkerrechtliche Verträge, Beschlüsse internationaler Organisationen, Völkergewohnheitsrecht oder Unionsrecht. Zwar erlaube die Verfassung bzw das Unionsrecht, dass die Verwaltung auch (nur) aufgrund dieser generellen Normen ausgeübt werde; insoweit werde Art 18 Abs 1 B-VG aber von verfassungs- bzw unionsrechtlichen Normen verdrängt. Der Gesetzesbegriff des Art 18 Abs 1 B-VG werde dadurch keineswegs erweitert, mag dies auch in der Praxis, wie der Autor zugesteht, ein eher kosmetischer Unterschied sein (S 69).

1.3. In der Folge analysiert der Autor „*Struktur und Inhalt*“ des Gesetzesvorbehaltes. Im Abschnitt „Erlaubnisvorbehalt für die Inanspruchnahme von Verwaltungskompetenzen“ (S 78-99) wird zunächst deutlich, was zuvor nur in der Fußnote angedeutet wurde: Nach Art 18 Abs 1 B-VG bedürfe nicht nur die Ausübung, sondern auch die Einräumung von Verwaltungskompetenzen einer einfachgesetzlichen Erlaubnis (S 86). Nimmt die Verwaltung eine Kompetenz ohne jede Erlaubnisnorm in Anspruch, sei Art 18 Abs 1 B-VG unmittelbar verletzt. Nimmt sie eine grundsätzlich bestehende Kompetenz „nur“ entgegen einer anderen Verhaltensnorm in Anspruch, sei Art 18 Abs 1 B-VG bloß mittelbar – nämlich als Annex zum Verstoß gegen die Verhaltensnorm – verletzt. Das habe Konsequenzen für das Rechtsschutzverfahren: Verwaltungsbehörden und Gerichte hätten nur eine unmittelbare Verletzung des Art 18 Abs 1 B-VG aufzugreifen; die bloß mittelbare Verletzung trete hingegen hinter die Verletzung der jeweiligen Verhaltensnorm zurück. Zweiteres trifft sicher zu, ersteres setzt – da öffentlich-rechtliche Gerichte ja (jenseits der Amtsbeschwerde) nur über die Verletzung in Rechten befinden – voraus, dass Art 18 Abs 1 B-VG ein subjektives Recht vermittelt. Dass das so ist, hätte einer gesonderten Begründung bedurft, zumal die hA dies verneint und auch der Autor es verneinen müsste, gerade weil er Art 18 Abs 1 B-VG, wie er hier betont (S 87) und später begründet (S 167-170), nicht als bloßen Eingriffsvorbehalt versteht, sondern als Totalvorbehalt.

Im Anschluss prüft der Autor gleichsam als Gegenprobe zwei Alternativkonzepte zu Art 18 Abs 1 B-VG, die er jedoch verwirft: Art 18 Abs 1 B-VG statuiere erstens keinen Kompetenzvorbehalt für die Inanspruchnahme von Verwaltungskompetenzen, und zwar in keiner denkbaren Variante: Ein Totalvorbehalt sei nicht praktikabel, weil sich Kompetenzen der Verwaltung regelmäßig aus einer Vielzahl nicht-einfachgesetzlicher Normen (Verfassung, Bescheide, Urteile, Verträge) ergäbe. Ein Teilvorbehalt scheidet aus, weil jeglicher Anhaltspunkt fehle, welcher Teil der Kompetenznorm einfachgesetzlich statuiert sein müsse. Nicht gebieten könne Art 18 Abs 1 B-VG schließlich, dass jede Kompetenznorm mittelbar auf ein Gesetz zurückzuführen sei, weil das Verwaltungsorgan dann eine Vielzahl anderer Normen inzident auf ihre Gesetzmäßigkeit prüfen müsste, ehe es einen Verwaltungsakt setze; das sei praktisch

nicht durchzuhalten (S 99-105). Mit ähnlicher Argumentation verwirft der Autor das zweite Alternativkonzept, nach dem Art 18 Abs 1 B-VG für ein Verwaltungshandeln nicht nur eine Erlaubnisnorm, sondern auch deren ausreichende Determinierung verlangt: Dann müsste das Verwaltungsorgan vor jedem Verwaltungsakt prüfen, ob die dazu ermächtigende Norm diesen Determinierungsanforderungen genügt (S 96-99).

Nachdem der Autor den Gesetzesvorbehalt als Erlaubnisvorbehalt positiv umschrieben hat, grenzt er ihn noch negativ ab (S 99-113): Er normiere erstens nicht die Rechtsnormqualität des Gesetzes schlechthin, insb verpflichte er die Verwaltung nicht zur Einhaltung ihrer Kompetenzen – diese Pflicht folge erst aus der einfachgesetzlichen Verhaltensnorm, die sich oft schon aus der Kompetenznorm ergibt. Zweitens ordne Art 18 Abs 1 B-VG keinen bloßen Gesetzesvorrang an, und zwar in keinem denkbaren Sinn: Weder begnüge er sich wie im Konstitutionalismus damit, die Verwaltung an (allfällig vorhandene) Gesetze zu binden, noch ordne er an, dass das Gesetz Normen niedrigerer Stufe derogiere: All dies folge teils aus dem Gesetz an sich, teils aus anderen Normen, keinesfalls aber aus Art 18 Abs 1 B-VG.

1.4. Im Abschnitt „*Folgerungen*“ präzisiert und erprobt der Autor sein Verständnis des Art 18 Abs 1 B-VG an klassischen Kampfschauplätzen der Lehre:

Er beginnt mit der Frage, ob Art 18 Abs 1 B-VG auch die Privatwirtschaftsverwaltung erfasst (S 113-124). Dies hat der Autor im Verlauf seiner Arbeit schon mehrfach bejaht, nun erläutert er auch, warum: Zunächst lege schon der Wortlaut („gesamte staatliche Verwaltung“) einen weiten Anwendungsbereich nahe. Dass die hL die Privatwirtschaftsverwaltung Art 18 Abs 1 B-VG dennoch nicht unterstellt, beruhe auf der verfehlten Annahme, Art 18 Abs 1 B-VG statuiere ein Determinierungsgebot für den Gesetzgeber. Da dieses Gebot in der Privatwirtschaftsverwaltung mit Art 17 B-VG unvereinbar und überdies nicht praktikabel sei, habe man die Privatwirtschaftsverwaltung kurzerhand aus Art 18 Abs 1 B-VG hinausdefiniert, zugleich aber auch von dessen Gesetzesvorbehalt freigestellt. Im Konzept des Autors sind solche Kunstgriffe nicht erforderlich, weil er Art 18 Abs 1 B-VG von vornherein nur als Gesetzesvorbehalt versteht; diesem entspreche die Privatwirtschaftsverwaltung auch meist, weil als Grundlage für sie jene zivilgesetzlichen Normen genügen, die Privaten Kompetenzen einräumen. So gesehen, hinterlässt die Position der hL tatsächlich kein „verfassungspolitisch unbefriedigendes – Vakuum“ (S 117); allerdings hat Art 18 Abs 1 B-VG dann für die Privatwirtschaftsverwaltung gegenüber der Monarchie auch keinen Mehrwert gebracht.

Im Einklang mit der Lehre ist der Autor, wenn es um die Selbstverwaltung geht: Auch für sie gelte Art 18 Abs 1 B-VG; richtig weist der Autor aber darauf hin, dass es hier auch Ausnahmen gibt, etwa in Art 118 Abs 6 B-VG und Art 120b Abs 1 B-VG und – sofern man hier noch von Selbstverwaltung sprechen will – in Art 81c B-VG (S 124-126).

Schwieriger zu beantworten ist, ob die schlichte Hoheitsverwaltung unter Art 18 Abs 1 B-VG fällt (S 126-146); die Lehre vereint dies teils, teils bejaht sie es, teils bleibt sie vage. Der Autor beantwortet die Frage mit einer Differenzierung, die er in der Arbeit schon früher eingeführt hat: Typenfremde Verwaltungsakte seien von Art 18 Abs 1 B-VG erfasst, nicht hingegen rein tatsächliches Verwaltungshandeln, mag dieses dem Staat auch (zB amtshaftungsrechtlich) zugerechnet werden. Ein typenfremder Verwaltungsakt liege dabei vor, wenn eine Kompetenznorm ein Handeln rechtlich institutionalisiere; das müsse einerseits nicht ausdrücklich geschehen, andererseits mache nicht jede rechtliche Verankerung eine Handlung zur Kompe-

tenzausübung. Die Beispiele, an denen der Autor das veranschaulicht, zeigen mE, dass diese Abgrenzung einige Unwägbarkeiten mit sich bringt. Sie könnte aber auch auf ein Nullsummenspiel hinauslaufen, dann nämlich, wenn eine Handlung dem Gesetzesvorbehalt unterfällt, sobald sie ihm – kraft gesetzlicher Institutionalisierung – entspricht. Wie oben (1.3.) hätte mich weiterhin interessiert, wie sich der typenfreie Verwaltungsakt zum Verwaltungshandeln verhält, das Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG für anfechtbar erklärt; eine Auseinandersetzung mit Lenzbauers Arbeiten zur schlichten Hoheitsverwaltung wäre hier vermutlich lohnend gewesen.

Strittig ist in der Lehre weiters, ob Weisungen unter Art 18 Abs 1 B-VG fallen (S 146-148). Der Autor verneint die Frage im Grundsatz, weil er Art 20 Abs 1 B-VG als Institutionalisierung von Verwaltungskompetenzen versteht, die – da im Verfassungsrang – zugleich eine Ausnahme von Art 18 Abs 1 B-VG bilde; doch lässt er eine Hintertür offen: Soweit sich die Erlaubnis, eine Weisung zu erteilen, auch aus einfachgesetzlichen Vorschriften ergibt, sei Art 18 Abs 1 B-VG wiederum anwendbar. Was sich dann praktisch ändert, hätte ich noch gern erfahren, denn in diesem Fall könnte die konkrete Weisung Art 18 Abs 1 B-VG nur mittelbar verletzen – ein Fehler, der nach dem Autor (1.3.) doch von der Verletzung der einfachgesetzlichen Norm überlagert wird?

Mit guten Argumenten kritisiert der Autor die herrschende Lehre, nach der Art 18 Abs 1 B-VG auch die Gerichtsbarkeit erfasse (S 149-166): Um dem zu folgen, müssten angesichts des klaren Wortlauts, der nur von der Verwaltung spricht, sehr starke Gründe vorliegen. Den üblicherweise genannten Grund, die Rechtsabhängigkeit der Gerichtsbarkeit sei 1920 als selbstverständlich vorausgesetzt worden, verwirft der Autor: Erstens normiere Art 18 Abs 1 B-VG keine Rechtsabhängigkeit, zweitens spreche viel für die Annahme, dass der Verfassungsgesetzgeber eine Erstreckung des in Art 18 Abs 1 B-VG normierten Gesetzesvorbehalts auf die Gerichtsbarkeit angesichts ihrer weitgehenden Vergesetzlichung nicht für erforderlich, ja mit Blick auf das noch bestehende Gewohnheitsrecht nicht einmal für wünschenswert hielt. Nimmt man Art 18 Abs 1 B-VG beim Wort, entsteht, wie der Autor schließlich zeigt, auch keine Lücke, weil eine Reihe anderer verfassungsrechtlicher Normen die Gerichtsbarkeit bereits in wichtigen Belangen einem Gesetzesvorbehalt unterstellen.

Auch die in der Lehre verschiedentlich vertretene Auffassung, Art 18 Abs 1 B-VG normiere einen Eingriffsvorbehalt, weist der Autor zurück; richtigweise beschränke sich diese Bestimmung nicht auf Rechtseingriffe, sie statuiere vielmehr einen Totalvorbehalt (S 167-169).

Zuletzt wendet sich der Autor noch gegen die Ansicht, Art 18 Abs 1 B-VG verpflichte den Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen, den Bürgerinnen subjektive Rechte einzuräumen (S 170-172). Wiederum im Einklang mit der hL meint der Autor, Art 18 Abs 1 B-VG selbst normiere kein subjektives Recht: Das trifft gewiss zu, nur wie dann öffentlich-rechtliche Gerichte in die Lage kommen können, eine unmittelbare Verletzung des Art 18 Abs 1 B-VG aufzugreifen (oben 1.3.), bleibt für mich weiterhin offen.

2. Im zweiten großen Kapitel wendet sich der Autor der anderen Seite des Legalitätsprinzips zu – dem Determinierungsgebot (S 173-275).

2.1. Dazu zeichnet er zunächst die *Genese* dieses Gebotes nach: Bereits 1923 deutet ein – Kelsen zugeschriebenes – VfGH-Erkenntnis ein Determinierungsgebot an, allerdings gestützt auf Art 18 Abs 2 B-VG. Dieser Ansatz ruht zunächst über viele Jahre, wird dann aber in den

1950er Jahren wieder aufgegriffen. Das Determinierungsgebot wurde dabei aber zunächst noch nicht mit Art 18 Abs 1 B-VG in Verbindung gebracht, sondern erst nach und nach in dieser Bestimmung verortet, wo es für die hA bis heute seinen Sitz hat (S 173-183).

Der Autor hält dies für eine Rechtsfortbildung, weil es keinen Anhaltspunkt dafür gebe, dass der Verfassungsgesetzgeber 1920 mit Art 18 Abs 1 B-VG ein Determinierungsgebot normieren wollte, weil der Wortlaut des Art 18 Abs 1 B-VG dagegen spreche, weil die zeitgenössische Literatur diese Bestimmung nur als Gesetzesvorbehalt verstand und schließlich, weil die Verortung des Determinierungsgebotes in Art 18 Abs 1 B-VG zu systematischen Problemen führe, die verfehlte Umdeutungen des Gesetzesvorbehaltes provozieren (S 173). Das Urteil der Rechtsfortbildung scheint mir ziemlich scharf, denn was der Verfassungsgesetzgeber 1920 mit Art 18 Abs 1 B-VG wirklich wollte, geht aus den Materialien nicht hervor; gerade deshalb beweisen sie auch nicht, dass Art 18 Abs 1 B-VG kein Determinierungsverbot normieren sollte. Der Wortlaut lässt eine Deutung als Determinierungsverbot immerhin zu. Teleologisch liegt sie auch auf der Linie des B-VG, das sich von der Monarchie entschlossen absetzen und Österreich in eine Parlamentsherrschaft führen wollte. Wie die Diskussion des StGG 1867 zeigt, sah bereits der Reichsrat vage formulierte Eingriffsgesetze als unzureichende Bindung der Vollziehung an; umso mehr könnte der Verfassungsgesetzgeber 1920 als selbstverständlich vorausgesetzt haben, dass ein Gesetz ausreichend determiniert sein muss, um etwas zu bewirken. Nur dann hat doch auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit einen Sinn: Die ihr übertragene Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung läuft ja leer, wenn das Gesetz die Verwaltung nicht determiniert. Dass die zeitgenössische Lehre nicht von einem Determinierungsgebot sprach, scheint mir kein schlagendes Gegenargument zu sein; immerhin verstand Kelsen als Verfassungsrichter Art 18 Abs 2 B-VG bereits 1923 anders. All diese Argumente für ein Determinierungsgebot sind zwar nicht zwingend, aber so fernliegend, dass das Determinierungsgebot als „Rechtsfortbildung“ zu qualifizieren wäre, scheinen sie mir nicht.

2.2. Rechtspolitisch steht der Autor dem Determinierungsgebot freilich ohnedies positiv gegenüber; er will es, wie er im nächsten Abschnitt über *„Struktur und Inhalt des Determinierungsgebotes“* zur Beruhigung der Leserschaft sagt, nicht pauschal bestreiten, sondern nur rationalisieren. Denn dieses Gebot vertrage sich mit der österreichischen Rechtsordnung gut, solange man es außerhalb des Art 18 Abs 1 B-VG lokalisiere (S 184). Daraus ergibt sich schon das Programm für den zweiten Teil der Arbeit: Ab nun will der Autor „das Determinierungsgebot, wie es uns in der Judikatur begegnet, dogmatisch [...] erklären und systematisch in die österreichische Rechtsordnung [einordnen]“ (S 185).

Seine Analyse beginnt mit dem Befund, im Verständnis der Lehre und in der Handhabung der Judikatur sei das Determinierungsgebot in Wahrheit keine einheitliche Norm, sondern ein Sammelbegriff für verschiedene Prinzipien und Regeln (S 185-196). Der VfGH leite Determinierungspflichten teils aus ausdrücklich genannten Verfassungsvorschriften ab, teils aus ungenannten Quellen. Die Gründe, die für und gegen eine Determinierung sprechen, folgere er teils aus Regeln, teils aus Prinzipien. Die gegen eine Determinierung sprechenden Gründe seien schließlich nicht nur rechtlicher, sondern auch tatsächlicher Natur (S 197).

Um dies unter Beweis zu stellen, nennt der Autor im ersten Schritt Judikate, die aus Regeln (zB Art 49 B-VG, Art 7 EMRK, Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) Determinierungsgebote ableiten, mag der VfGH diese Regeln auch in späteren Entscheidungen durch Prinzipien relativiert haben

(S 198-211). Ferner führt der Autor Erkenntnisse an, die Determinierungspflichten aus Prinzipien ableiten (S 211-227): Hierher gehört zunächst die Judikatur zum eingriffsnahen Gesetz, die sich auf die Grundrechte stützt; ferner die Judikatur, nach der alles politisch und rechtlich Wesentliche gesetzlich zu regeln sei. Dabei beziehe der VfGH das Wesentlichkeitsurteil teils aus Grundrechten, teils aus anderen Verfassungsvorschriften, teils aber auch aus ungenannten Quellen. Soweit sich der VfGH schließlich auf das Rechtsstaatsprinzip beruft, bleibe sogar regelmäßig unklar, woraus er eine Determinierungspflicht ableite. Im zweiten Schritt arbeitet der Autor Gründe heraus, die nach der Judikatur gegen eine Determinierung sprechen (mitgemeint: die eine geringere Determinierung rechtfertigen) (S 227-244): Teils seien diese Gründe tatsächlicher Natur, etwa wenn die Erkenntnis eines Lebenssachverhalts auf epistemische, die Erarbeitung eines Normkonzepts auf ressourcenmäßige oder die Formulierung einer Norm auf sprachliche Grenzen stoße. Bedeutender seien in der Judikatur rechtliche Gründe: Effizienz, Funktionalität und Flexibilität der Vollziehung, mangelnde Eingriffsnähe oder Wesentlichkeit erlaubten eine schwächere Determinierung. Sogar geboten sei nach der Judikatur eine geringere Determinierung, wenn die Vollziehung im Lichte der Grundrechte Ermessen braucht, um alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (zB bei der Strafzumessung); ein Spielraum kann aber ebenso rechtspolitisch sinnvoll (zB beim Planungsermessen) oder unionsrechtlich vorgegeben (zB beim Regulierungsermessen) sein. Auf Basis dieser Judikaturanalyse erarbeitet der Autor im dritten Schritt eine Art Prüfungsschema (S 245-255), das letztlich seine Eingangsthese bestätigt: Der „Grad der gebotenen Determinierung“ sei ein Überbegriff für eine Vielzahl heterogener Regeln, „die den Rechtsetzer verpflichten, einen Tatbestand normativ zu regeln“ (S 259).

Diese scharfsinnige Analyse des Autor bringt eine Reihe wichtiger Erkenntnisse hervor: Sie liefert eine dogmatisch fundierte Erklärung, warum das Determinierungsgebot differenziert ist; sie zeigt, dass hinter dem bisher einheitlich gedachten Differenzierungsgebot eine Vielzahl an Determinierungsgeboten steht; nicht zuletzt ordnet der Autor diese Gebote nach Normtypus (Regel/Prinzip) und Determinierungsrichtung (für oder gegen eine Determinierung): Das sind echte dogmatische Verdienste; offen bleibt freilich, wie die vielen Einzelteile, in die der Autor das Determinierungsgebot zerlegt hat, wieder zu einem praktisch handhabbaren Konzept zusammenfinden. Dass der Autor diesen letzten Schritt nicht mehr setzt, ist ihm angesichts der Verdienste seiner Arbeit keineswegs anzulasten, aber wohl auch kein Zufall: Ein neues Konzept der Determinierung braucht einen Dreh- und Angelpunkt – genau den stiftete bisher Art 18 Abs 1 B-VG. Fällt dieses Zentrum weg, entsteht zwangsläufig eine Leerstelle, die schwer zu füllen ist. Das Determinierungsgebot neu zu rekonstruieren, wäre dennoch lohnend, denn dann würde sich zeigen, wie stark das neue Konzept vom alten im Ergebnis abweicht, ob sich die Gretchenfrage – wann ist eine Norm ausreichend determiniert? – mit dem neuen Konzept rationaler beantworten lässt und wie viele Determinierungsentscheidungen des VfGH nach dem neuen Konzept anders ausfallen müssten, dh wie hoch der Anteil der „Fehlentscheidungen“ ist.

2.3. Nach seiner Dekonstruktion des Determinierungsgebotes wendet sich der Autor dem *Geltungsbereich* dieses Gebotes zu. Die hA sieht als Adressaten des Determinierungsgebotes bekanntlich nur Gesetz- und Verordnungsgeber an. Der Autor hält dies nicht für normativ fundiert, sondern bloß für eine Konvention, nach der das Determinierungsgebot notwendig aus der Verfassung resultiere, nur den Staat binde und auch das nur, wenn er generelle Nor-

men setze. Diese drei Konventionen führt der Autor darauf zurück, dass die hA das Determinierungsgebot in Art 18 Abs 1 B-VG lokalisiert. Da der Autor diese Prämisse nicht teilt, stehen für ihn alle drei Beschränkungen zur Disposition. Erstaunlicherweise nützt er diesen Ansatz dann aber ziemlich zurückhaltend: Die erste Konvention – das Determinierungsgebot müsse Verfassungsrang haben – will er beibehalten, weil sie zweckmäßig sei (S 262); er vertritt aber nicht, welchem Zweck sie dient. Die zweite Konvention – das Determinierungsgebot erfasse nur die Setzung genereller Normen – hält der Autor für unzulässig (S 262), doch sagt er auch hier nicht, warum. Die dritte Konvention – nur der Staat sei Adressat – qualifiziert er als eine Zweckmäßigkeitsfrage, zu der er sich aber nicht festlegen will (S 263 f).

Verbindlicher wird der Autor bei der Frage, welche Rechtsakte einer Determinierungspflicht unterliegen (S 264-272). Er rekapituliert zunächst die Lehre, die weite Bereiche der Verwaltung aus dem Determinierungsgebot ausnehmen will: Das gilt jedenfalls für die Privatwirtschaftsverwaltung, nach manchen außerdem für die innere Organisation der Ämter und Behörden, für die Inanspruchnahme von Verwaltungskompetenzen ohne Imperium, für die Regierungstätigkeit und schließlich für Rechtsnormen, die sich nicht an Bürger richten. Wenig überraschend verwirft der Autor diese Beschränkungen, weil sie auf der verfehlten Annahme eines einheitlichen Determinierungsgebotes beruhen; da sich Determinierungspflichten aus einer Vielzahl von Normen ergäben, sei für sie jeweils gesondert zu prüfen, ob eine Determinierungspflicht besteht. Für jene Bereiche, die die Lehre aus Art 18 Abs 1 B-VG ausnimmt, seien solche Pflichten zwar aus guten Gründen viel seltener und wenn, dann weniger intensiv normiert; das rechtfertige aber nicht die pauschale Aussage, diese Bereiche unterlägen keiner Determinierungspflicht.

Sodann unterscheidet der Autor reaktive und proaktive Determinierungspflichten (S 272-274) – welchen Zweck diese Differenzierung erfüllt, ist für mich offen geblieben, ebenso, warum der Autor sie dem Geltungsbereich des Determinierungsgebotes zuordnet. Nicht zum Geltungsbereich gehört mE ferner die zuletzt erörterte Frage, ob es ein subjektives Recht auf eine ausreichende Determinierung gibt (S 274-275): Nach seinen Prämissen konsequent, meint der Autor, dies lasse sich nicht pauschal, sondern nur mit Blick auf die Norm beantworten, aus der eine Determinierungspflicht jeweils folgt.

3. Nachdem der Autor Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot auf fast 300 Seiten getrennt analysiert hat, benennt er im letzten Kapitel („Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot: Nebeneinander und Miteinander“, S 276-293), was die beiden Gebote verbindet: Art 18 Abs 1 B-VG werde durch Determinierungspflichten sowohl verstärkt als auch aktiviert. Dem folgt ein prägnantes Schlusswort (S 294) und nach dem 12-seitigen Literaturverzeichnis eine ausgezeichnete Zusammenfassung der Ergebnisse (S 309-318).

III. Zusammenfassende Beurteilung

Schon diese kurze Übersicht zeigt die Vielfalt und Bandbreite an anspruchsvollen Problemen, die zu lösen der Autor mit der vorliegenden Schrift unternommen hat, ebenso wie das hohe Niveau, auf dem der Autor die anstehenden Fragen behandelt. Um es vorwegzunehmen: Ich halte seine Arbeit für unbedingt publikationswürdig, und die folgenden Bemerkungen sind nicht zuletzt als Anregungen für die Publikation gedacht:

1. Das Thema, das der Autor gewählt hat, wirft schwierigste Fragen des Verfassungsrechts und des Allgemeinen Verwaltungsrechts auf. Wie man diesen problembeladenen Stoff gliedert, liegt keineswegs auf Hand; so sind schon die Systematisierung und der Aufbau der Arbeit eine Herausforderung, die der Autor aber sehr gut meistert; das gilt für die Gliederung im Großen ebenso wie im Detail: Die Grundstruktur der Arbeit – I. Einleitung, II. Der Gesetzesvorbehalt in Art 18 Abs 1 B-VG, III. Das Determinierungsgebot, IV. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot: Nebeneinander und Miteinander, V. Schluss – ist eingängig und schlüssig. Auch die Binnenstruktur der einzelnen Kapitel ist grundsätzlich überzeugend. Verbesserungsbefürwortung sehe ich primär im Kapitel zum Gesetzesvorbehalt: Hier stellt der Autor immer wieder Behauptungen auf, für deren Begründung bzw Erläuterung er aber auf spätere Abschnitte verweist (zB S 18, S 19 FN 84, 88 f, S 20, S 21, S 36 FN 172-175 uva). Das ließe sich durch eine stringenter Abfolge der Gedanken vermeiden, an manchen Stellen würde auch genügen, dass der Autor der Versuchung widersteht, alles zugleich zu sagen.

2. Der Autor hat nicht nur ein Thema übernommen, das zu gliedern anspruchsvoll ist; es ist auch schwer darzustellen, weil hier zahlreiche Probleme kompliziert miteinander verflochten sind und weil ihre Lösung in sehr abstrakte Grundfragen führt, die dann aber auf konkrete Einzelprobleme heruntergebrochen werden müssen: Das gelingt dem Autor sehr gut; zupass kommt ihm dabei auch seine hohe sprachliche Kompetenz. Für die Publikation würde der Arbeit noch die eine oder andere Straffung guttun, insb die Hauptthese muss nicht stets aufs Neue wiederholt und erläutert werden. Noch lesbarer gestaltet werden könnten die Judikaturanalysen ab S 198: Hier folgen drei Judikaturerzählungen aufeinander, und jede für sich zählt im Schnitt 15 nicht weiter untergliederte Seiten. Um die Leser nicht zu ermüden, sollte der Autor diese Abschnitte noch etwas „sauberer“ schreiben, dh vorab oder begleitend eine Binnenstruktur als Orientierung geben, dann alles zu Sagende klar, einfach und wiederholungsfrei sagen und am Ende die wesentliche Erkenntnis des Abschnittes prägnant zusammenfassen. Ratsam wäre für die Publikation schließlich, den Fußapparat zu bereinigen: Er enthält zum Teil Aussagen, die in den Fließtext gehören; ein prägnantes Beispiel wurde oben 1.2. genannt. Zum Teil werden in den Fußnoten aber auch Exkurse veranstaltet, die vom Weg abführen und daher in einer eigenen Arbeit besser aufgehoben wären.

3. Dass der Autor Schwierigkeiten nicht ausweicht, beweist nicht nur seine Themenwahl, sondern die Arbeit insgesamt: Er geht jedem Problem geduldig auf den Grund und informiert bei seiner Analyse vorbildlich über Judikatur und Literatur. Dabei setzt er sich mit den vorgebrachten Argumenten tiefschürfend auseinander, bezieht zu ihnen klar Stellung und scheut sich keineswegs, eigene Standpunkte zu entwickeln, die durchwegs überzeugend begründet und im Ton souverän und respektvoll vorgetragen sind. Die vorliegende Arbeit ist von Beginn bis zum Schluss selbstgedacht – das ist selten, und es imponiert.

4. In der Sache halte ich die Thesen und Argumente des Autors zumindest für gut vertretbar, vieles hat mich auch überzeugt und Alles war anregend zu lesen. Dennoch will ich nicht verhehlen, dass ein gewisses Unbehagen bleibt, und zwar bei beiden Seiten des Legalitätsprinzips – bei den Ausführungen zum Gesetzesvorbehalt, weil der Autor die herrschende Lehre zwar scharfsinnig analysiert und kritisiert; seine Alternativlösungen scheinen mir aber, gemessen am Begründungsaufwand, im Ergebnis wenig zu ändern: Der Gesetzesvorbehalt bekommt in der Deutung des Autors zwar einen viel weiteren Anwendungsbereich; bei der Privatwirtschaftsverwaltung bleibt das aber ohne spürbaren Effekt, weil der Autor für sie idR

gesetzliche Vorschriften genügen lässt, die schon seit der Monarchie bestehen. Die schlichte Hoheitsverwaltung wiederum bezieht er, überpointiert gesagt, in den Gesetzesvorbehalt erst ein, wenn sie (ohnedies) gesetzlich als Kompetenz institutionalisiert ist. Ähnliches gilt für die Weisung, die dem Gesetzesvorbehalt just dann unterfällt, wenn sie (ohnedies) einfachgesetzlich vorgesehen ist.

Beim Determinierungsgebot zählt dieser Einwand nicht, weil der Autor hier von vornherein keine grundstürzenden Neuerungen anstrebt, sondern nur dazu beitragen will, dass Determinierungsurteile rationaler, dh dogmatisch fundiert, gefällt werden. Dass er das Determinierungsgebot aus Art 18 Abs 1 B-VG verbannt, reißt heute auch keine schmerzlichen Lücken, weil er Determinierungspflichten in einer Vielzahl anderer Normen lokalisiert. Die wichtigsten Quellen sind wohl die Grundrechte, die den rechtsstaatlich und demokratiepolitisch besonders sensiblen Bereich der Eingriffsverwaltung auch im Konzept des Autors weiterhin disziplinieren. So sehr das beruhigt, so sehr macht es stutzig: Denn dass die Eingriffsverwaltung heute grundrechtlich nahezu vollständig durchwirkt ist, verdanken wir vor allem der EMRK; als das B-VG erlassen wurde, war das noch keineswegs der Fall. Und selbst soweit die Eingriffsverwaltung schon 1920 grundrechtsdurchwirkt war, fragt sich: Wenn sich der in Art 18 Abs 1 B-VG normierte Gesetzesvorbehalt gegen eine Zusatzdeutung als Determinierungsgebot absolut sperrt, wieso lassen die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte eine solche Deutung dann problemlos zu? Überträgt man die strikt subjektiv-historische Auslegung, die der Autor bei Art 18 Abs 1 B-VG praktiziert, auf die Grundrechte, müsste dann nicht auch bei ihnen ein Determinierungsgebot verneint werden? Das wäre dann in der Tat eine gravierende Lücke, die nicht zuletzt die Verwaltungsgerichtsbarkeit leerlaufen ließe.

Zugespitzt gesagt: Der Autor hat das Determinierungsgebot aus Art 18 Abs 1 B-VG verabschiedet, um den dort normierten Gesetzesvorbehalt wieder voll zur Geltung zu bringen. Das ist sehr erhellend, doch der rechtsstaatliche Nutzen dieses neuen Verständnisses bleibt beim Gesetzesvorbehalt eher überschaubar; dafür sind die Kosten beim Determinierungsgebot zumindest bis zum Inkrafttreten der EMRK hoch, und sie steigen noch dramatisch an, wenn man der Auslegungslinie, die der Autor bei Art 18 Abs 1 B-VG vorgibt, auch bei den Grundrechte folgt oder wenn man die (von Rechtspopulisten ja bereits hinterfragte) EMRK wegdunkt – welche Konsequenzen es hat, wenn die Verwaltung bloß formalgesetzlich gesteuert wird, wurde ja bald nach dem Inkrafttreten des B-VG sichtbar. Aus diesem Unbehagen folgt meine letzte Empfehlung für die Publikation: Es wäre schön, wenn der Autor diese Zweifel zerstreuen könnte.

5. Diese Ergänzungen beweisen freilich nur, dass die vorliegende Dissertation – wie jede anspruchsvolle und ambitionierte Arbeit – zum Weiterdenken anregt. Philipp Mörth hat ein enorm schwieriges Thema auf hohem Niveau traktiert, er hat eine Fülle von (auch entlegener) Literatur und Judikatur recherchiert und vorbildlich verarbeitet, seine Arbeit ist von starken und klaren Thesen getragen, sie beweist hohe analytische Fähigkeiten bei gleichzeitigem Realitätssinn und ist auch stilistisch ausgezeichnet geschrieben. Ich benote diese Dissertation mit einem klaren

Sehr gut

