

Buchbesprechung *Reinhard Jantscher, Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten, Verlag Österreich 2017, XVI + 183 S, 59,00 €, ISBN 978-3-7046-7718-1*

Franz Merli*

„Werden Organe einer Staatsfunktion im Auftrag einer anderen tätig, werden sie nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes jener Staatsfunktion zugerechnet, in deren Auftrag sie handeln“, sagt der VfGH selbst und immer wieder, meist wenn er kriminalpolizeiliche Maßnahmen auf richterlichen Befehl oder staatsanwaltschaftliche Anordnung als gerichtliche Akte qualifiziert und daher Maßnahmenbeschwerden für unzulässig erklärt. Das dahinterstehende dogmatische Konzept, das der Autor „Zurechnung kraft Auftrags“ nennt, bildet den Ausgangspunkt dieser ausgezeichneten Grazer Dissertation. Der Autor entfaltet es, kritisiert es, verwirft es, schlägt eine Ersatzlösung vor und entwickelt dafür ein Gesamtmodell der Gewaltenteilung, das über den Ausgangspunkt weit hinausreicht.

Reinhard Jantscher entfaltet die „Zurechnung kraft Auftrags“, indem er ihre Grundidee, die Anknüpfung am willensbildenden Organ, herauschält und von der Amtshilfe unterscheidet, ihre Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung und ihre Ausdehnung von der Kriminalpolizei auf weitere Felder verfolgt, Anwendungsfragen systematisch durchdekliniert, Schwachstellen ausmacht und gelegentlich Verbesserungen vorschlägt: vom gerichtlichen Auftrag als vorher notwendigem, aber formfreien und nur internen, unter Umständen auch rechtswidrigen Akt, über die (begrenzte) Deckung von nicht genau umschriebenen, vorbereitenden, unterstützenden oder rechtswidrigen Handlungen durch den Auftrag bis zum Rechtsschutz.

Jantscher kritisiert das Konzept entstehungsgeschichtlich und verfassungsrechtlich. Ursprünglich sei es gar nicht um die Zuordnung zur willensbildenden, sondern zur (einzig) zuständigen Behörde gegangen, denn § 24 StPO idF vor der Reform 2008 sah sicherheitsbehördliche Maßnahmen aus Eigenem nur vor, „wenn das unverzügliche Einschreiten des Untersuchungsrichters nicht erwirkt werden“ konnte. Soweit also ein Auftrag des Untersuchungsrichters reichte (lässt sich ergänzen), gab es keine Gefahr im Verzug und kam eine Zurechnung von Akten der Exekutivorgane zur Sicherheitsbehörde mangels deren Kompetenz gar nicht in Frage. Die heutige Zurechnung kraft Auftrags zu Staatsanwaltschaft und Gerichtbarkeit erfolgt aber, obwohl durchaus eine Zurechnungsmöglichkeit zur Sicherheitsbehörde besteht, weil diese ja entsprechende Zustän-

* Univ.-Prof. Dr. *Franz Merli*, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien, Österreich, <franz.merli@univie.ac.at>.

digkeiten unabhängig von einem Auftrag hat. War der Auftrag also ursprünglich das Mittel, um ein anderes Kriterium, die Zuständigkeit, zu klären, ist er inzwischen zum eigenen Kriterium der Zurechnung geworden – und zwar ohne dass der Wandel den Beteiligten ganz klar geworden sei, und vor allem ohne Begründung.

Verfassungsrechtlich habe die Zurechnung kraft Auftrags vor allem zwei Schwächen: Da wegen der unscharfen Kriterien in vielen Fällen schwer zu entscheiden ist, ob ein Ausführungsakt noch als vom Auftrag mitumfasst gelten kann, bleibe häufig unklar, ob der Rechtsweg zum ordentlichen Gericht oder zum Verwaltungsgericht einzuschlagen ist; das verstoße gegen Art 83 Abs 2 B-VG. Und die unterschiedliche Zurechnung desselben Akts je nach Vorliegen eines Auftrags schaffe Parallelzuständigkeiten in Justiz und Verwaltung, die nach Art 94 B-VG verboten seien.

Deshalb empfiehlt *Jantscher*, die Zurechnung kraft Auftrags aufzugeben und zum ursprünglichen Konzept zurückzukehren: zur Zurechnung von Akten von Hilfsorganen zu jener Behörde, in deren Zuständigkeit sie am besten passen. Für die Kriminalpolizei sei das heute die Sicherheitsbehörde, und zwar auch bei staatsanwaltschaftlichen Anordnungen, weil diese an die Sicherheitsbehörde und nicht an die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu richten sind. Setzen Sicherheitsorgane dagegen Zwangsakte im strafrechtlichen Hauptverfahren, etwa für die Sitzungspolizei oder zur Vorführung von Personen, sind das gerichtliche Akte unabhängig davon, ob sie noch vom gerichtlichen Auftrag umfasst sind oder nicht, weil insoweit keine sicherheitsbehördlichen Kompetenzen bestehen. So oder so spielt der Auftrag also keine Rolle mehr.

Verfassungsrechtlich sei die Zurechnung zur am ehesten zuständigen Behörde besser, weil dann dieselbe Aufgabe nicht mehr je nach Auftrag Justiz oder Verwaltung sei und weil die Zuordnung einer Handlung zu einer Kompetenz eindeutiger getroffen werden könne als zu einem Auftrag. Zwar seien auch bei dieser Lösung nicht alle Zuordnungskriterien vom Betroffenen erkennbar, weil es bei mehrfachen Zuordnungsmöglichkeiten darauf ankommen könne, für wen das einschreitende Organ handeln wollte; und auch hier bilde die Polizei ein „Mischorgan“, das einmal für die Justiz und einmal für die Verwaltung tätig werde. Diese verfassungsrechtlichen Defizite seien aber mangels besserer Alternativen in Kauf zu nehmen. Im Übrigen sei die vorgeschlagene Lösung auch ökonomischer, weil für Rechtschutzverfahren die (dann „belangte“) Behörde ohnehin festgestellt werden müsse.

Alle diese Überlegungen münden in ein vollständiges Modell zur Gewaltenteilung. Es sieht so aus: Gewaltenteilung bedeutet, dass staatliche Organisation und Tätigkeit in die drei Bereiche Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit zerfallen, für die jeweils ein spezifisches Bündel von Rechtsvorschriften gilt. Die Aufteilung ist vollständig; jedes Organ und jeder Akt muss zu einem der Bereiche gehören.

Die Zugehörigkeit von Organen zu einer der Gewalten wird durch die ausdrückliche Anordnung (zB Art 90a Abs 1 B-VG), Bezeichnung (zB „Verwaltungsgericht“) oder Regelung in einen entsprechend bezeichneten Abschnitt in der Verfassung (zB für Universitäten oder Rechtspfleger) festgelegt. Wo das nicht der Fall ist, muss die Gesetzgebung entscheiden, die das Organ einrichtet. Tut sie es nicht, ist die Festlegung von den Rechtsanwendern in ergänzender Rechtsfortbildung zu treffen; zB in Analogie zu zugeordneten Organen oder in verfassungskonformer Rechtsfortbildung, so dass die gesetzliche Ausgestaltung des Organs den für die gewählte Gewalt geltenden Verfassungsregeln entspricht.

Zu welcher Gewalt Staatsakte gehören, ist meist auch nicht explizit geregelt und muss daher ebenfalls in ergänzender Rechtsfortbildung, und zwar nach folgenden Regeln entschieden werden: Von verfassungsrechtlich vorgesehenen Ausnahmen (zB Art 30 Abs 6, Art 87 Abs 2 B-VG) abgesehen hängt die Zugehörigkeit eines Akts nicht von seinem Inhalt, sondern davon ab, zu welcher Gewalt die Behörde gehört, der der jeweilige Akt zuzurechnen ist. Behörde ist jenes Organ, das als letztes oder einziges Organ in einer Zurechnungskette steht, die vom handelnden Menschen, oft über Hilfsorgane (zB Exekutivorgane, Kanzleikräfte, approbationsbefugte Mitarbeiter, Spruchkörper eines Gerichts) zu ihr verläuft; von der Behörde aus gibt es keine weitere Zurechnung zu einem anderen Organ mehr, sondern nur mehr zu einem Rechtsträger. Bei mehreren Möglichkeiten ist ein Akt jener Behörde zuzurechnen, für deren Aufgaben der Organwalter handeln wollte oder in deren Kompetenz der Akt am besten passt, dh am wenigsten rechtswidrig ist.

An *Jantschers* Werk lässt sich manches kritisieren: Es kann sich im Aufbau nicht zwischen Induktion und Deduktion und kleinem und großem Ansatz entscheiden. Manche Passagen sind bestechend klar, andere aber schwer zu verstehen. In guten Momenten schreibt *Jantscher* wie der junge *Wittgenstein*, in schlechten meint er: „Dazu ist Folgendes zu erwägen.“ Inhaltlich kann man bedauern, dass er für die ursprüngliche Zurechnung kraft Auftrags im heutigen Recht keinen Anwendungsbereich mehr sieht, aber Zuständigkeiten der Kriminalpolizei, die ohne gerichtlichen Auftrag nach wie vor nur bei Gefahr in Verzug bestehen (§ 99 Abs 2 und 3 StPO), nicht behandelt. Dass Art 94 B-VG nicht nur Mischbehörden, sondern auch Mischorgane verbietet, lässt sich bezweifeln, vor allem für die Exekutivorgane, deren Sinn ja in ihrer vielfältigen Einsetzbarkeit für unterschiedliche Behörden und Rechtsträger liegt.

Bei *Jantschers* Modell steckt der Teufel natürlich im Detail. So bleibt zB das genaue Verhältnis zwischen bestpassender und vom Vollzugsorgan tatsächlich gemeinsamer Kompetenz offen. Nach welchen Kriterien zwischen Behörde als Zurechnungsendpunkt und Hilfsorgan als Zurechnungszwischenpunkt unterschieden werden kann (wenn das Gesetz nicht ausdrücklich von bloßer „Mitwirkung“ an der Vollziehung oder Tätigkeiten „für“ bestimmte Behörden spricht), sagt der Autor nicht. Auch die rechtsfortbildende Gewaltenuordnung von Organen wird nur angedeutet und nicht ausgeführt. Und die Zurechnung kraft Auftrags verdankt sich vielleicht nicht nur einer missverstandenen Verallgemeinerung eines Spezialfalls: Es gibt sie ja auch etwa bei der Gehilfenhaftung oder der Zurechnung von Akten von Verwaltungshelfern zum Staat, und sie könnte auch Gründe haben: Sie vermeidet, dass Ingerenz und Verantwortlichkeit auseinanderfallen; dass also im Verwaltungsprozess eine Behörde belangt wird, die das Handeln der Exekutivorgane nicht steuern konnte, und dass umgekehrt jene Behörde, die es konnte oder tat, im Prozess nicht einmal eintrittsberechtigt ist. Ist die Zurechnung zur Behörde mit der bestpassenden Kompetenz vielleicht überhaupt nur ein Spezialfall der Zurechnung zum willensbildenden Organ, weil man davon ausgeht, dass die kompetente Behörde die Hilfsorgane auch steuern kann und von Verfassung wegen auch steuern können muss? Schließlich verhindert die Zurechnung kraft Auftrags, dass die Verwaltungsgerichte (inzident, aber oft als einzige Instanzen) über die Rechtmäßigkeit von Anordnungen der Staatsanwaltschaft, also von Organen der ordentlichen Gerichtsbarkeit, absprechen müssen.

Trotzdem, oder vielleicht gerade deswegen, weil sie nämlich zu grundsätzlichem Denken verhilft, bringt die „Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten“ unser Fach einen wesentlichen Schritt weiter. Unbeeindruckt von Autorität und Tradition, nach genauer Lektüre und viel Nachdenken hat uns *Jantscher* ein Buch mit großem Anspruch und beeindruckendem Ergebnis geschenkt, einem methodisch reflektierten, logisch konsistenten, vollständigen und nicht zuletzt verblüffend einfachen Gesamtmodell der Gewaltenteilung. Wir sollten das Geschenk annehmen, auspacken und ausprobieren.