

Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat  
Band 38

# Strafverfolgung auf dem Prüfstand

Österreichische Juristenkommission (Hrsg.)

ÖJK

Linde

Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat

Band 38

# Strafverfolgung auf dem Prüfstand

2. – 4. Juni 2011  
Attersee

Herausgeber

Österreichische Juristenkommission

ÖJK

Linde

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
---------------	---

## Eröffnungssitzung

### Die Staatsanwaltschaft im liberalen Rechtsstaat

<i>Dr. Max Stadler, MdB, Staatssekretär im Bundesministerium der Justiz, Berlin</i> .....	11
---	----

## 1. Arbeitssitzung

### Grundsatzfragen und verfassungsrechtliche Aspekte

<i>Em. Univ.-Prof. Dr. Reinhard Moos, Institut für Strafrechtswissenschaften, Universität Linz</i> Wozu brauchen wir Staatsanwälte? .....	19
--	----

<i>Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien</i> Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung .....	33
---	----

<i>Univ.-Prof. Dr. Rudolf Thienel, Vizepräsident des Verwaltungsgerichtshofes</i> Grundsatzfragen zur Staatsanwaltschaft und ihrer Verankerung in der Verfassung .....	55
--	----

<i>Em. Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Burgstaller, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Wien</i> Grundsatzfragen zur Staatsanwaltschaft und ihrer Verankerung in der Verfassung .....	59
--	----

## Kamingespräch

### Ermittlungsverfahren und Öffentlichkeit

<i>Univ.-Prof. Dr. Walter Berka, Universität Salzburg</i> Öffentlichkeitsarbeit der Justiz: ein Ritt auf dem Tiger? .....	65
--	----

## 2. Arbeitssitzung

### Das Ermittlungsverfahren nach der StPO-Reform

<i>Univ.-Prof. Dr. Alois Birklbauer, Institut für Strafrechtswissenschaften, Universität Linz</i> Wesentliche Ergebnisse der empirischen Begleituntersuchung .....	73
---	----

<i>RA Dr. Gerald Ruhri, Graz</i>	
Ausgewählte Fragen zum Ermittlungsverfahren nach der StPO-Reform aus der Sicht des Verteidigers .....	87
<i>Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Wien</i>	
Das Ermittlungsverfahren nach der StPO-Reform .....	97
<i>Univ.-Prof. Dr. Kurt Schmoller, Institut für Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Universität Salzburg</i>	
Neugestaltung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts? – Plädoyer für eine „Oberste Staatsanwaltschaft“ als Organ der Gerichtsbarkeit.....	103
<i>Univ.-Prof. Dr. Petra Velten, Institut für Strafrechtswissenschaften, Universität Linz</i>	
Wie soll das staatsanwaltschaftliche Weisungsrecht künftig gestaltet werden? .....	113

### **3. Arbeitssitzung**

#### **Bewältigung von Wirtschaftsstrafsachen**

<i>Dr. Wolfgang Peschorn, Präsident der Finanzprokurator</i>	
Zusammenarbeit als Mittel zur effektiven Strafverfolgung .....	121
<i>Staatsanwalt Mag. Michael Radasztics</i>	
Bewältigung von Wirtschaftsstrafsachen .....	127
<i>Dr. Christian Liebhauser-Karl, Richter des LG Klagenfurt</i>	
Bewältigung von Wirtschaftsstrafsachen – ein Erfahrungsbericht.....	131
<i>LStA Mag. Walter Geyer, Leiter der Korruptionsstaatsanwaltschaft</i>	
Diskussionsbeitrag.....	139

### **4. Arbeitssitzung**

#### **„Gleiches Recht für alle!“ – auch im Strafrecht?**

<i>Impulsvortrag: Prof. Dr. h.c. Rudolf Mellinghoff, Richter des Bundes- verfassungsgerichts</i>	
Strafgleichheit.....	145
<i>Nachbemerkung Prof. Dr. Roland Miklau.....</i>	163
<i>Podiums- und allgemeine Diskussion.....</i>	165
<i>Schlusswort Prof. Dr. Roland Miklau.....</i>	196

# Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung<sup>1</sup>

*Ewald Wiederin*

## I. Einleitung

Manchmal dauert es lange, bis endlich etwas wird. Die Strafprozessreform ist ungefähr ein Jahrzehnt lang vorbereitet und 2004 mit vier Jahren Legislavakanz verabschiedet worden.<sup>2</sup> Manchmal geht es schnell, über Nacht werden überraschende Bestimmungen beschlossen, und sie treten rückwirkend in Kraft.<sup>3</sup> So sind die Staatsanwälte anno 2008 in die Bundesverfassung gekommen. Meine Aufgabe besteht heute darin, Sie mit der Diskussion rund um den neuen Art 90a B-VG vertraut zu machen, und ich kann ihren Stand, ohne allzu viel zu verraten, vorab schon in einem Satz zusammenfassen: Wir kennen uns nicht mehr aus. Dabei verfolge ich eine Nebenabsicht, die hintergründiger ist: Ich möchte zeigen, dass die Kontroversen um Staatsanwaltschaftsartikel grundlegende, wichtige Kontroversen sind. Dass wir uns noch nicht einmal darüber Gewissheit haben, ob sich etwas geändert hat, geschweige denn was, liegt daran, dass wir uneins sind, methodisch wie der Sache nach.

Mein Beitrag wird auf sechs Punkte eingehen, in denen die Rechtslage vor 2008 klar war, die aber durch die Novelle zu Problemzonen geworden sind.

Der erste Punkt betrifft die staatsrechtliche Stellung der Staatsanwälte. Vor Erlassung des Art 90a B-VG war die Staatsanwaltschaft Teil der Verwaltung. Diese Einordnung hatte schon die französische Nationalversammlung vorgenommen,<sup>4</sup> sie wurde bei der Transplantation der Institution in das österreichische Recht rezipiert<sup>5</sup> und von der jungen Republik in § 17 des Grundgesetzes vom

---

<sup>1</sup> *Manfred Burgstaller* und *Heinz Peter Rill* dankbar gewidmet – zwei Lehrern, von denen ich seit Studienzeiten lerne.

<sup>2</sup> Vgl das Strafprozessreformgesetz, BGBl I 2004/19, mit dem neuen § 514 StPO.

<sup>3</sup> Vgl die am 4. Jänner 2008 kundgemachte B-VG-Novelle BGBl I 2008/2. Der durch Art I Z 19 ins B-VG eingefügte Art 90a trat nach Art 151 Abs 38 am 1. Jänner 2008 in Kraft.

<sup>4</sup> Vgl die noch vor der Betrauung mit der öffentlichen Anklage erlassene loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre VIII art 1. Eingehende Darstellung der französischen Wurzeln der Staatsanwaltschaft bei *Sättler*, Die Entwicklung der französischen Staatsanwaltschaft (Diss Mainz 1956); für kurze Abrisse vgl *Frey*, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich (1850) 1 ff; *Carsten*, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart (1932) 7 ff.

<sup>5</sup> Vgl aus der ersten Phase § 4 PresseV, JGS 1848/1151; § 29 GGvF, RGBI 1849/278; § 52 StPO, RGBI 1850/25; §§ 34 ff StAG, RGBI 1850/266. Überblick bei *Keller*, Die Staatsanwaltschaft in Deutschland (1866) 21 ff, und *Storch*, Staatsanwaltschaft, in: Mischler/ Ulbrich (Hrsg), Österreichisches Staatswörterbuch Bd 4<sup>2</sup> (1909) 304 (304 f).

22. November 1918 über die richterliche Gewalt<sup>6</sup> bekräftigt. In Rechtsprechung und Lehre war denn auch, sieht man von Außenseiterpositionen ab,<sup>7</sup> unbestritten, dass die Staatsanwälte Verwaltungsorgane sind.<sup>8</sup> Demgemäß waren die Staatsanwälte, und das führt zum zweiten Punkt, gemäß Art 20 Abs 1 B-VG an Weisungen ihrer vorgesetzten Organe gebunden, also einerseits an Weisungen ihrer Vorgesetzten innerhalb der Staatsanwaltschaft, andererseits an Weisungen der Bundesministerin für Justiz.<sup>9</sup> Drittens war die Tätigkeit der Staatsanwälte, da zur Bundesverwaltung gehörig, durch das Parlament kontrollierbar,<sup>10</sup> und man kann

<sup>6</sup> StGBI 1918/38. Der auf einen Antrag des Verfassungsausschusses (22 BlgPNV) zurückgehende zweite Satz lautet. „Die Staatsanwaltschaft gilt als Verwaltungsbehörde.“ Dadurch sollte „– was bisher nicht der Fall war – vollständig klargestellt [werden], daß die Staatsanwaltschaft als Verwaltungsbehörde aufzufassen und zu betrachten ist“ (Berichterstatte *Erler* in der 5. Sitzung vom 22. 11. 1918, StProtPNV 126). Nach *Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich Teil 1 (1919) 96 f = HKW 5, 111, liegt hierin eine „überflüssige Legaldefinition“, die mit der in § 6 erfolgten Erklärung der Justizverwaltungsagenden zu richterlichen Funktionen in Widerspruch stehe und erfolgt sei, „um gewisse Verwaltungsagenden, nämlich die Funktionen der Staatsanwaltschaft, von der richterlichen Unabhängigkeit auszuschließen. Die Bedenklichkeit von Legaldefinition zeigt sich hier deutlich.“

<sup>7</sup> *Strasser*, „Eigenständigkeit der Staatsanwaltschaft – kein Verfassungsproblem“, RZ 1982, 227 (228); *Machacek*, Rechtsschutz im Strafverfahren und Verfassung, AnwBl 2002, 620 (623 f).

<sup>8</sup> VwSlg 780 A/1949; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht Bd 2 (1998) Rz 35.018; *Driendl*, Staatsanwaltschaft und Strafverfolgung in Österreich, in: Jeschek/Leibinger (Hrsg), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht (1979) 191 (198 f); *Fischlschweiger*, Die Staatsanwaltschaft im österreichischen Verfassungssystem, ZStW 1979, 749 (756); *Harbich*, Trennungsgrundsatz und Strafprozeß, in: Mayer ua (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis. FS Walter (1991) 189 (194, 205); *Funk/Lachmayer*, Der Staatsanwalt im Verfassungsgefüge, in: Pilgermair (Hrsg), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) 31 (55); *Mayer*, Die Sicherheitsbehörden im Dienst der Strafjustiz und die Zuständigkeit der Datenschutzkommission, ÖJZ 2007, 17 (18); *Hauenschild*, Das Zusammenwirken der Strafverfolgungsbehörden – verfassungsrechtliche Fragen zum Entwurf der Strafprozeßreform, RZ 2000, 186 (188); *Muzak*, Nochmals zur Verfassungswidrigkeit des Modellversuchs „Außergerichtlicher Tatausgleich im Erwachsenenstrafrecht“, ÖJZ 1994, 369 (370); *Schmidt*, Beiträge zur staatsrechtlichen Stellung der Staatsanwaltschaft, JBl 1991, 88 (99); *Walter/Zeleny*, Die Diversion durch den Staatsanwalt nach §§ 90a ff StPO in verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht, ÖJZ 2001, 447 (448).

<sup>9</sup> *Fischlschweiger*, Zur Frage der Weisungsfreiheit der Staatsanwälte, ÖJZ 1967, 421 (421); *Funk/Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfes eines Strafprozessreformgesetzes (Neugestaltung des Vorverfahrens), Schriftenreihe des BMJ Bd 112 (2002) 14; *Lambauer*, Der Staatsanwalt – abhängig oder unabhängig? JBl 1985, 328 (328 ff); *Pallin*, Die Grenzen des Weisungsrechtes gegenüber den Staatsanwälten und die Kontrolle der Ausübung dieses Rechtes, RZ 1966, 187 (192); ebenso trotz verfassungspolitischer Bedenken gegen Negativweisungen *Hecht*, Die staatsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft, JBl 1919, 163, 183 (183); *R. Seiler*, Legalitätsprinzip und Weisungsrecht im Strafprozeß, JBl 1965, 1 (10); *Liebscher*, Die XI. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates und die Justizreform, JBl 1966, 398 (401 f).

<sup>10</sup> *Funk/Lachmayer*, Der Staatsanwalt (FN 8) 41.

te viertens gegen Missstände im Kontakt mit ihr vor der Volksanwaltschaft Beschwerde führen.<sup>11</sup> Auch beim fünften Punkt, den ich ansprechen werde, gab es klare Antworten: Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft durfte es nicht geben, und wenn es sie doch gab, dann waren ihre Ergebnisse nichtig.<sup>12</sup> Die sechste Frage schließlich, jene nach einer Staatsanwaltschaftsverwaltung, hat sich ebenfalls nicht gestellt, war doch die Verwaltung der Staatsanwaltschaft Verwaltung wie die Verwaltung anderer Dienststellen auch.

## II. Einordnung der Staatsanwaltschaft in die Staatsfunktionen

Vor 2008 also eine eindeutige Rechtslage, seither ein nicht leicht zu überschauen- des Spektrum von Meinungen, in dem die Varianz groß ist.

### 1. Meinungsstand

Das gilt vor allem für die Antworten auf die Frage, wo in der Trias der Staatsgewalten die Staatsanwaltschaft nunmehr ihren Platz hat. Zur Legislative gehört sie nicht, soviel steht immerhin fest. Sonst kann man alles lesen, was man sich vorstellen kann. Die Staatsanwaltschaft zählt nunmehr zur Gerichtsbarkeit und nicht mehr zur Verwaltung, sagen die einen.<sup>13</sup> Nein, sie ist Verwaltung geblieben, sie wird nur im Rahmen der Gerichtsbarkeit tätig, im Dienste der Strafjustiz, nicht anders als die Kriminalpolizei, sagen die anderen.<sup>14</sup> Zu undifferenziert, werfen

<sup>11</sup> Vgl nur *Thienel*, Art 148a B-VG, in: Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2. Lfg 2002) Rz 6.

<sup>12</sup> Vgl § 97 Abs 2 erster Satz StPO aF: „Untersuchungshandlungen nimmt der Staatsanwalt bei sonstiger Nichtigkeit des Aktes nicht vor.“

<sup>13</sup> *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2008) Rz 9, 11; *Vogl*, Staatsanwaltschaft und StPO-Reform, JRP 2008, 121 (124); *ders.*, § 98, in: Fuchs/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung [idF: WK-StPO] (146. Lfg 2011) Rz 16 f; *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 409 (420); *Burgstaller*, Art 90a B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (9. Lfg 2009) Rz 7 f, 13 f, 16; *Kucsko-Stadlmayer*, Art 148a B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (9. Lfg 2009) Rz 18/4; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2009) Rz 1023; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> (2009) Rz 620, *Faber*, Staatsanwälte als Organe der Gerichtsbarkeit – alles beim Alten? in: Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2009 (2009) 125 (132 ff); *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>5</sup> (2009) 37; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) Rz 327; *Schroll* in WK-StPO, Vor §§ 19 ff (106. Lfg 2009) Rz 7, 13, 25; *Lienbacher*, Ist staatsanwaltschaftliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse? in: Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2010 (2010) 65 (66 f); *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 269 (272 f); *ders.*, Von der hierarchischen Ordnung und der Kontrolle der Staatsanwälte, RZ 2010, 268 (273).

<sup>14</sup> *Rill*, Art 90a B-VG, in: Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2010) Rz 4 ff. Ebenso zuvor *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht<sup>2</sup> (2008) Rz 816 („weisungsgebundene Verwaltungsorgane besonderer Art“); Absetzbewegung hievon freilich bei *Berka*, Verfas-

die Dritten ein, die Staatsanwaltschaft gehört nach wie vor zur Verwaltung, ihre Handlungen sind aber Akte der Gerichtsbarkeit geworden.<sup>15</sup> Falsch, entgegen den Vierten, anders herum ist es richtig, die Staatsanwälte haben als Organe die Seite gewechselt und sind jetzt Teil der Gerichtsbarkeit, ihre Handlungen sind aber auf dem durch Art 94 B-VG geschiedenen Feld der Vollziehung weiterhin der Verwaltung zuzurechnen und nicht der Justiz.<sup>16</sup>

## 2. Kritik vermittelnder Lösungen

Wie diesen Knoten aus Meinungen entwirren? Ich beginne mit dem, was am Leichtesten fällt, mit der Kritik der Mittelwege. Justiz im Sinne von Art 94, aber sonst Verwaltung, oder umgekehrt? Die unterschiedliche Zurechnung des Apparats auf der einen und der von ihm gesetzten Akte auf der anderen Seite ist eine Anomalie, für die es eine rechtliche Grundlage braucht. In der mittelbaren Bundesverwaltung gibt es eine solche Basis mit Art 102 B-VG, für die Justizverwaltung mit Art 87 Abs 2 B-VG. Für die Staatsanwälte gibt es sie nicht, und es bleibt daher bei der allgemeinen Regel, dass für Vollzugsakte jener Zweig gerade stehen muss, dessen Organe sie setzen.<sup>17</sup> Zudem haben jene Autoren, die abweichend von der herrschenden Auffassung<sup>18</sup> bislang zwischen Justiz und Gerichtsbarkeit einen Unterschied auszumachen glaubten, stets die Justiz als den weiteren Begriff betrachtet,<sup>19</sup> wofür es mit den Verfassungsbegriffen der Justizpflege und des Justizwesens immerhin diskutabile Ansatzpunkte gab. Für die kreuzweise Zuordnung der Staatsanwaltschaft gibt es denn auch ein einziges Argument, nämlich die Vermeidung von Verfassungswidrigkeiten.<sup>20</sup> Deshalb sehe ich darin nur eine Ret-

---

sungsrecht<sup>3</sup> (2010) Rz 816, wo die Einordnung der Staatsanwaltschaft in Exekutive oder Judikative als „umstritten“ dargestellt wird. Ebenso wohl *Kröll*, Kontrolle der Justiz durch die Volksanwaltschaft, in: Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2008 (2008) 151 (162), wenn er die Staatsanwälte etwas kryptisch „als Organe der Gerichtsbarkeit im materiellen Sinn“ ansieht, „deren Tätigkeit“ hingegen „als Verwaltung im formellen Sinn“.

<sup>15</sup> *Lachmayer*, Entwicklungen im österreichischen und europäischen Polizeirecht (Habilitationsschrift Wien 2010) 174, 287 (anders freilich *ibid* 266, wo er *Burgstaller* folgt); in diese Richtung auch *Nordmeyer* in WK-StPO, Vor §§ 190, 193-197 (92. Lfg 2009), wenn er einerseits staatsanwaltschaftliches Handeln der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit zuordnet (Rz 4 f), es andererseits aber für offen hält, ob Art 90a B-VG an der organisatorischen Stellung etwas geändert habe (Rz 9).

<sup>16</sup> *Heißl/Lehner*, Staatsanwälte in der Verfassung, ZfV 2009, 191 (192 f).

<sup>17</sup> Zutreffend *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 138 f.

<sup>18</sup> Statt aller *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 9.

<sup>19</sup> *Machacek*, Der Rechtsschutzbeauftragte nach der StPO: Weisungsfreier Sachwalter des Rechtsschutzes oder weisungsgebunden eine Horrorvision, AnwBl 2004, 90 (92); *Moos*, Rechtsschutz im Strafverfahren durch gerichtlichen „Einstellungs- und Anklagezwang“, in: Bammer/Holzinger/Vogl/Wenda (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen. FS Machacek/Matscher (2008) 1025 (1031 f).

<sup>20</sup> *Heißl/Lehner*, ZfV 2009, 192, zu § 2 Abs 1 StAG.



tungskonstruktion ad hoc, für die es wohl einen semantischen Aufhänger gibt, aber keine sachliche Basis,<sup>21</sup> und die außerdem nicht hält, was sie verspricht, weil sie nur einen Teil der Probleme ausräumt.

### 3. Den Text ernst nehmen?

Wir müssen uns also entscheiden, für schwarz oder für weiß. Den Text des ersten Satzes vor Augen, sieht die Antwort leicht aus. Die Staatsanwälte sind Organe der Gerichtsbarkeit. Deutlicher, so scheint es, geht es gar nicht. Es werden nicht Aufgaben und nicht Handlungen geregelt, die Staatsanwaltschaft wird als Organ eingeordnet, die Funktionen folgen erst im zweiten Satz. Wer gelesen hat, hat also eine klare Präferenz, und wer im großen Verfassungskommentar nachschlägt, sieht sich durch die Mahnung *Manfred Burgstallers* bestätigt, dass der Text der Verfassung ernst genommen zu werden verdient.<sup>22</sup>

Dem hat *Heinz Peter Rill* im zweiten Großkommentar vehement widersprochen. Die Berufung auf den vermeintlich eindeutigen Sinn der Worte, auf den *sens claire*, so wendet er ein, führt zu teils sinnlosen, teils sinnwidrigen Resultaten, zu „sonderbaren Konsequenzen“. Man darf den Verfassungsgesetzgeber deshalb nicht wörtlich verstehen, und das, so schickt er voraus, ist keine rabulistische Argumentation vom Ergebnis her, sondern es folgt aus einer Orientierung der Verfassungsauslegung an der allgemeinen Kommunikationspraxis.<sup>23</sup> Die Erläuterungen zeigen nach *Rill*, dass die Konstituante die Ergebnisse einer Einordnung der Staatsanwaltschaften in die Gerichtsbarkeit nicht wollte, dass die von ihr verfolgten Absichten nur bei Einordnung in die Verwaltung erzielbar sind. Man darf ihre Worte daher nicht für bare Münze nehmen: Wenn in Art 90a B-VG von Organen der Gerichtsbarkeit die Rede ist, dann handelt es sich um einen unscharfen Ausdruck, den wir nicht technisch verstehen dürfen.

Überzeugt das? Viele der Einschätzungen *Rills* kann ich teilen. Es fehlt jedes Indiz, dass irgendeiner der in die Verfassungsänderung involvierten Akteure grundstürzende Neuerungen beabsichtigt hätte. Wenn man überhaupt etwas wollte, dann dem Druck der Landesvertreter nachgeben und die verfassungsrechtlich angefeindete StPO-Reform absichern. Mehr war da wohl nicht, und das Ergebnis einer Umfrage unter den Parlamentariern, etwa mit der Frage, ob sie die Kontrolle der Staatsanwaltschaft durch die Volksanwaltschaft abschaffen wollten, gäbe *Rill*

<sup>21</sup> Das gestehen *Heißl/Lehner* unfreiwillig selber zu: einerseits dadurch, dass sie Gerichtsbarkeit und Justiz mitunter identifizieren (so, wenn sie die Frage aufwerfen, ob „die Staatsanwälte der Gerichtsbarkeit oder der Verwaltung iSv Art 94 zuzuordnen sind“, ZfV 2009, 192), und andererseits dadurch, dass sie die von ihnen entwickelten Begriffsinhalte von Justiz und Gerichtsbarkeit wiederholt miteinander verwechseln (so, wenn sie aaO, 192, „die Einordnung der Staatsanwälte in die Gerichtsbarkeit“ als „naheliegender, aber nicht zwingend“ erachten).

<sup>22</sup> *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 11.

<sup>23</sup> *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 4 ff (Zitat: Rz 4).

sicher recht. Erklärt worden ist aber etwas anderes, etwas, was im Kontext nur als Umpolung verstanden werden konnte. Dafür spricht die Systematik der Verfassung: Vor dem Hintergrund der Trennung von Verwaltung und Gerichtsbarkeit, denen jeweils ein Abschnitt des Dritten Hauptstücks gewidmet ist, darf nicht Gerichtsbarkeit sagen, wer Verwaltung meint. Dafür spricht auch die Vorgeschichte. Wenn der Verfassungsgesetzgeber nunmehr die Staatsanwälte – abweichend von der 1918 klargestellten Einordnung in die Verwaltung, abweichend von der in § 3 Abs 2 StAG vorgenommenen Qualifikation als „Organe der Rechtspflege“ und abweichend von der im Österreich-Konvent vorgeschlagenen Einordnung als Justizorgane<sup>24</sup> – der Gerichtsbarkeit zugeschlagen hat, dann hat er exakt jenes Wort verwendet, das dem Interpreten keinen Ausweg lässt. Das sieht bestätigt, wer die Gegenprobe macht. Welche Worte wollte man wählen, um so knapp, klar und eindeutig wie möglich zum Ausdruck zu bringen, dass Staatsanwälte Organe der Gerichtsbarkeit sind?

Als Interpreten stehen wir demnach vor der Grundsatzfrage, ob wir den Texten trauen können. Kann man sich darauf verlassen, dass ein Dutzend in einem Gesetz zwölf bedeutet und nicht irgendetwas zwischen zehn und 15? Besonders wichtig ist dieses Vertrauen bei grundlegenden Entscheidungen. Wenn sie wie hier binär codiert sind, dann spitzt es sich weiter zu: Kann man sich darauf verlassen, dass ein „Ja“ im Gesetzblatt ja bedeutet und nicht nein? Meine Antwort: Wir müssen uns als Bürger darauf verlassen können, wir dürfen dieses Vertrauen als Juristen nicht enttäuschen, so groß die Opfer sind. Denn andernfalls ziehen wir den Boden unter den eigenen Füßen weg, und diese Selbstaufgabe ist es nicht wert.

Diese Präferenz ist gewiss Teil der österreichischen Auslegungstradition, die stark an den Texten klebt. Andere Rechtskulturen haben weniger Empfindlichkeiten. Aber alle Rechtskulturen, insbesondere die angelsächsische, haben ein gravierendes Problem, Gesetzestexte in Luft aufgehen zu lassen, weil das einen Tabubruch bedeutet, weil es den Diener des Textes zu seinem Herren macht. Man wende nicht ein, dass Worte keine originäre Bedeutung haben, sondern lediglich ihren Gebrauch in der Sprache widerspiegeln, dass wir uns deshalb ja darauf verständigen könnten, dass Gerichtsbarkeit hier ausnahmsweise Verwaltung bedeuten müsse. Genau das ist nicht möglich, ohne unsere Konventionen zu verletzen, denn wäre es möglich, dann hätten wir es nicht mit Konventionen zu tun.

Bei allem Verständnis für seine Prämissen kann ich deshalb die Folgerungen *Rills* nicht teilen. Genauso fern liegt mir freilich, ihm einen Sündenfall vorzuwerfen zu wollen. Davor lässt mich schon seine Mahnung zurückschrecken, die mich durch den gesamten weiteren Vortrag begleiten wird: Niemand, so sagt er, hält das wörtliche Verständnis der Vorschrift bis zu seinen letzten Konsequenzen durch.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Dazu mwN *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 129 ff, und *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 1.

<sup>25</sup> *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 5.

## 4. Zwischenergebnis

Das führt zu einem Zwischenergebnis: Die Staatsanwälte sind Organe der Gerichtsbarkeit, sie gehören samt ihren Handlungen zur Justiz im Sinn des Art 94 B-VG. Staatsanwälte sind aber deswegen noch nicht Richter, noch sind die Staatsanwaltschaften Gerichte geworden.

Soweit ich sehe, wird dieses Zwischenergebnis von der Praxis geteilt. Der Oberste Gerichtshof hat, wenn auch beiläufig, die Zugehörigkeit der Staatsanwälte zur Gerichtsbarkeit herausgestrichen.<sup>26</sup> Die Datenschutzkommission hat hieraus die Konsequenz gezogen, dass sie zur Behandlung von gegen die Staatsanwaltschaft gerichteten Beschwerden seit 1. Jänner 2008 nicht mehr zuständig ist.<sup>27</sup> Der Verfassungsgerichtshof dürfte sich ebenfalls diese Position zu eigen gemacht haben, indem er zum einen klargestellt hat, dass Handlungen der Kriminalpolizei ohne staatsanwaltschaftlichen Auftrag oder gerichtliche Bewilligung weiterhin Akte der Verwaltung darstellen,<sup>28</sup> und zum anderen betont hat, dass Staatsanwaltschaften auch nach Schaffung des Art 90a B-VG keine Gerichte sind.<sup>29</sup>

## III. Die Bindung der Staatsanwälte an Weisungen

Was hat die Einordnung in die Gerichtsbarkeit für Konsequenzen? Die Frage stellt sich vor allem im Hinblick auf Weisungen, und für einen externen Beobachter liegt die Antwort nahe: Die Umgruppierung wird erfolgt sein, um die Staatsanwälte unabhängig zu stellen, um sie wenn schon nicht mit richterlichen Garantien auszustatten, so doch mit einer vergleichbaren Stellung, wie es erklärtes Ziel und langjährige Forderung des Standes war.<sup>30</sup> Die Lektüre des Art 90a B-VG zeigt, dass es anders kam, dass es eher darum ging, einen Titel ehrenhalber zu verleihen ohne das damit verbundene Amt, so dass sich der Eindruck aufdrängt, die Aufwertung der Staatsanwälte zu Organen der Gerichtsbarkeit sei erfolgt, um sie darüber hinwegzutrusten, dass ihnen die eingeforderten, für Gerichtsorgane typischen Garantien vorenthalten wurden.

<sup>26</sup> OGH 13. 8. 2008, 14Os108/08a = EvBl 2008/174.

<sup>27</sup> DSK 8. 5. 2009, K121.472/0003-DSK/2009/00. So zuvor schon *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 21.

<sup>28</sup> VfGH 16. 12. 2010, G 259/09 ua.

<sup>29</sup> VfGH 9. 3. 2011, G 52/10, sowie die darauf verweisenden Beschlüsse G 78/10 und G 133/10 vom selben Tag.

<sup>30</sup> Vgl etwa das von der Vereinigung österreichischer Staatsanwälte dem Österreich-Konvent vorgelegte Positionspapier zur staatsrechtlichen Stellung der Staatsanwaltschaft in Österreich vom Dezember 2003, 45/POSP-K, 4 f. Ähnliche Forderungen kamen zuvor aus der Wissenschaft (erstmal *R. Seiler*, JBl 1965, 13) und sogar von einem Justizminister (*Klecatsky*, Der Staatsanwalt im demokratischen Rechtsstaat, Stb 1969/8, 1 [1 ff]).

## 1. Meinungsstand

Der Text ist wiederum knapp: „Durch Bundesgesetz werden die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe getroffen.“ Obwohl das präzise klingt, ist das Spektrum der Meinungen wieder beachtlich weit.

Erste Auffassung: Die Entscheidung über die Weisungsbindung ist der einfachen Gesetzgebung überlassen, sie kann die Weisungsbindung vorsehen oder darauf verzichten.<sup>31</sup>

Zweite Auffassung: Die Weisungsbindung ist durch Art 90a B-VG als Grundsatz vorgegeben, den die Gesetzgebung näher ausformen und ausgestalten kann, der aber auf eine Konkretisierung nicht angewiesen ist.<sup>32</sup>

Die dritte Auffassung begreift die Weisungsbindung ebenfalls als verfassungsrechtlichen Grundsatz, der ausformbar ist, aber nicht abgeschafft werden darf. Sie sieht ihn aber nicht als unmittelbar anwendbar an, sondern als mit einem Ausgestaltungsvorbehalt unterlegt.<sup>33</sup>

Die vierte Auffassung setzt einen gegenläufigen Akzent. Nicht die Bindung, die Freiheit von Weisungen ist verfassungsrechtlich vorgegeben, soweit die Staatsanwälte von den Gerichten kontrolliert werden.<sup>34</sup> Denn insoweit sind die Staatsanwälte der Kontrolle der Gerichte unterworfen und dadurch an deren Rechtsauffassungen gebunden. Soweit gerichtliche Kontrolle reicht, ist für Weisungen kein Raum, im Übrigen kann eine Weisungsbindung gesetzlich angeordnet werden. Ergebnis: Anklageweisungen sind möglich, Ermittlungswisungen nicht.

## 2. Eigene Auffassung

Wo beginnen beim Weg aus diesem Labyrinth? Wenn wir die Entstehungsgeschichte sichten, wie wir das als österreichische Öffentlichrechtler gewohnt sind, dann fällt ein Wechsel der Terminologie in zweiter Lesung auf: Die vom Ausschuss vorgeschlagene<sup>35</sup> Wendung „Inwieweit sie [die Staatsanwälte] an die Weisungen [...] gebunden sind“ wurde ersetzt durch den Satz „Durch Bundesgesetz werden die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen [...] getroffen“. „Inhaltliche Präzisierung“ heißt es dazu kryptisch in den Materialien,<sup>36</sup> und

---

<sup>31</sup> Ebenso im Ergebnis, wenngleich mit anderen Vorzeichen *Berka*, Verfassungsrecht<sup>3</sup> (FN 14) Rz 816, und *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 13) Rz 629: Die Gesetzgebung kann die prinzipielle Weisungsbindung abschwächen oder aufheben. Ebenso *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht (FN 13) Rz 11.

<sup>32</sup> *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 142 f; *Heißl/Lehner*, ZfV 2009, 194 f; *Lienbacher*, Handeln (FN 13) 66 f.

<sup>33</sup> *Vögl*, JRP 2008, 123; *Storr*, ZöR 2010, 275.

<sup>34</sup> *Fuchs*, Untersuchungsausschüsse und Strafrecht, in: ÖJK (Hrsg), Untersuchungsausschüsse des Nationalrates und der Landtage, in Vorbereitung, 11 (14 f).

<sup>35</sup> AB 370 BlgNR 23. GP.

<sup>36</sup> AA-67 23. GP 2 = StProtNR 23. GP 41. S 100.

die am Prozess Beteiligten haben versichert, das sei in der Absicht geschehen, die Weisungsbindung als Grundsatz zu erhalten. Wer die Erläuterungen liest, bemerkt diese Intention indes nur, wenn er um sie schon wusste. Der Verfassungstext ist ganz unauffällig: Die Wendung weist ebenso wie an zwei Dutzend anderen Orten im B-VG ein Thema als regelungsbedürftig aus. Genauso wie dort spricht auch hier nichts dagegen, in Art 90a B-VG einen Grundsatz verankert zu sehen, solange man ihn nicht überdehnt. Der Auftrag zu näherer Regelung der Weisungsbindung lässt erstens viel Spielraum, nicht nur für Formvorschriften und Verfahrensregelungen, mE auch für die Weisungsfreistellung besonderer staatsanwaltschaftlicher Behörden wie der Korruptionsstaatsanwaltschaft oder der Generalprokuratur, auch für die Freistellung bestimmter Kriminalitätsbereiche oder Ermittlungsmaßnahmen und Verfolgungsschritte.<sup>37</sup> Die vorgefundene Regelung in § 2 StAG als versteinert anzusehen, wäre abwegig. Zweitens handelt es sich im Unterschied zum unmittelbar anwendbaren Art 20 Abs 1 B-VG um einen Grundsatz, der auf Konkretisierung angewiesen ist. Anders als bei Verwaltungsorganen bedarf es daher mE keiner expliziten Freistellung von Weisungen, erst die näheren Regelungen und nicht schon der Art 90a B-VG legt dem einzelnen Staatsanwalt eine Befolgungspflicht auf. Darum konnte man auf die Verankerung von Weisungsablehnungsgründen in Art 90a B-VG verzichten und sie den näheren Regelungen überlassen.<sup>38</sup>

Sie sehen also: Die Unterschiede zur dritten Auffassung, die der Gesetzgebung Ermessen zugesteht, sind nicht allzu groß. Wohl auch deswegen hat es zu den zahlreichen Bestimmungen der Verfassung, die auf nähere Regelungen verweisen, bis dato kaum eine Diskussion darüber gegeben, ob wir es mit Grundsätzen zu tun haben und wie weit ihre normative Kraft reicht.

Der These von der verfassungsrechtlich fundierten Freiheit von Weisungen gilt es hingegen entschieden entgegenzutreten. Dass die Kontrolle seiner Handlungen durch das Gericht eine Bindung des Staatsanwalts an Weisungen ausschließen soll, ist vom Ansatz her falsch, weil sie Innen- und Außenverhältnis, weil sie Funktions- und Rechtssphäre miteinander konfundiert. Außerdem trägt die Argumentation viel zu weit. Wer sie auf das Verhältnis zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts umlegte, müsste zum Ergebnis kommen, dass sich Art 20 Abs 1 B-VG auf die Setzung von Hoheitsakten gar nicht bezieht; wer sie auf das Verhältnis zwischen Richter und Rechtspfleger bezöge, müsste folgern, dass Rechtspfleger weisungsfrei agieren können, soweit ihre Entscheidungen der Kontrolle vorgesetzter Gerichte unterliegen. Die Freiheit von

<sup>37</sup> Ebenso *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 145 f; *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 29 f, 32; *Storr*, RZ 2010, 274.

<sup>38</sup> Vgl *Storr*, ZöR 2010, 276 f. Demgegenüber – von ihren Prämissen her konsequent – von sinngemäßer Anwendbarkeit des letzten Satzes des Art 20 Abs 1 B-VG ausgehend *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 143 f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 13) Rz 620. Die einfachgesetzliche Ausdehnung der Verweigerungsgründe wäre der einfachen Gesetzgebung demnach aber wohl verboten.

Weisungen in der Ermittlungstätigkeit ist ein rechtspolitischer Wunsch, nicht mehr. Der Gesetzgeber könnte ihn mE erfüllen, er hat ihn aber nicht erfüllt.

### 3. Ministerielle Weisungen

Ein Spezialproblem bedarf freilich noch separater Behandlung: Wie ist es um Weisungen durch die Justizministerin bestellt? Wieder umfassen die Antworten nahezu die gesamte Permutationstabelle. Solche Weisungen müssen verfassungsrechtlich vorgesehen werden, weil nur auf diese Weise die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft demokratisch steuerbar bleibt.<sup>39</sup> Nein, solche Weisungen dürfen nicht vorgesehen werden, weil Weisungen von Verwaltungsbehörden an Gerichtsbehörden nach Art 94 B-VG verboten sind.<sup>40</sup> Richtig, und doch sind Ministerweisungen zulässig, weil es sich bei Art 90a B-VG um eine stillschweigende Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes handelt,<sup>41</sup> oder, dieselbe Antwort mit anderer Begründung, weil Art 94 gewaltenteilende Weisungen entgegen der herrschenden Auffassung nicht verbietet und die Staatsanwälte über keine richterlichen Garantien verfügen, die ihnen Schutz vor Weisungen böten.

Das Problem erwächst daraus, dass der Bundesminister in Art 90a B-VG nicht genannt ist, die Rede ist nur von vorgesetzten Organen. Deutet man den Trennungsgrundsatz als Verbot wechselseitiger Weisungen und Kontrollbefugnisse, dann können mit den vorgesetzten Organen nur Gerichtsorgane gemeint sein. Welche Organe vorgesetzt sind, ergibt sich aus der Hierarchie, diese besteht in Einflussmöglichkeiten, und wenn der Trennungsgrundsatz der Justizministerin Ingerenz auf die Gerichtsbarkeit verbietet, dann kann sie vorgesetztes Organ unmöglich sein. Auf dem Boden des herrschenden, vom VfGH jüngst bestätigten Verständnisses des Trennungsgrundsatzes führt nach Text und Systematik an der Unzulässigkeit von Ministerweisungen kein Weg vorbei.<sup>42</sup>

Überwiegend wird diese Konsequenz aber nicht gezogen, weil in den Erläuterungen zum Art 90a auf „die Klarstellung in § 2 Abs. 1 StAG“ verwiesen ist,<sup>43</sup> wo wir die Weisungsbefugnis der Ministerin verankert finden. Daraus wird abgeleitet, dass man dem Verfassungsgesetzgeber nicht unterstellen könne, die Weisungskette beim Leitenden Oberstaatsanwalt enden zu lassen, dass der Art 90a B-VG folglich als *lex specialis* zum Trennungsgrundsatz gedeutet werden müsse, der die grundsätzlich verbotenen Ministerweisungen pardonnirt. Das aber läuft der Struktur nach exakt auf die oben zurückgewiesene Argumentation von *Rill*

---

<sup>39</sup> *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 33, 38; *Lienbacher*, Handeln (FN 13) 68 f. Ebenso – von seinen Prämissen her zwingend – *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 31.

<sup>40</sup> *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 9, freilich unter der (von ihm abgelehnten) Prämisse, dass die Staatsanwälte Teil der Gerichtsbarkeit sind.

<sup>41</sup> *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 9, 34; *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 143; *Storr*, ZöR 2010, 277 f; *ders*, RZ 2010, 274.

<sup>42</sup> Vgl *Heißl/Lehner*, ZfV 2009, 193; *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 9.

<sup>43</sup> AB 370 BlgNR 23. GP 5.

hinaus. Man sieht, dass der Verfassungsgesetzgeber nicht wusste, was er tat, und nimmt ihn vor sich selber in Schutz, anders als *Rill* freilich auf der konkreteren Ebene, nicht an der Wurzel, sondern bei einzelnen Konsequenzen.<sup>44</sup> Ich gestehe aber zu, dass die These von Art 90a B-VG als *lex specialis* dem Text weniger Gewalt antut, weil sie zwar über die Verfassungssystematik hinweggeht, aber nicht ein Wort in sein Antonym verkehrt.

Die Auffassung, dass es Ministerweisungen von Verfassungen wegen geben müsse, halte ich hingegen für überzogen, weil ich für sie keine Grundlage sehe.<sup>45</sup> Textlich nicht, obwohl es doch nahe gelegen hätte, in Art 90a B-VG den Minister als weisungsbefugtes Organ anzuführen. Systematisch nicht, weil ein Blick auf die Tatbestände Art 20 Abs 2 B-VG zeigt, dass es im Bereich strikt rechtsgebundenen Tätigkeiten selbst innerhalb der Verwaltung die Weisung nicht zwingend braucht.<sup>46</sup> Teleologisch nicht, weil die Gerichtsbarkeit nun einmal dadurch gekennzeichnet ist, dass Unabhängigkeit in ihr die Regel ist, dass sie nur dem Gesetz verpflichtet ist.

#### IV. Kontrolle durch das Parlament

Wie aber, und das hängt mit den Ministerweisungen zusammen, steht es mit der Kontrolle der Staatsanwälte durch das Parlament? Wiederum haben wir die Qual der Wahl. Wenn ich von der Meinung absehe, dass sich nichts geändert hat, weil die Tätigkeit der Staatsanwälte Verwaltung geblieben ist,<sup>47</sup> bleiben noch immer drei Auffassungen übrig. Die erste trennt nach Staatsfunktionen: Die Tätigkeit der Justizministerin ist als Verwaltung interpellier- und untersuchbar, die Tätigkeit der Staatsanwälte, da Gerichtsbarkeit, nicht.<sup>48</sup> Hinzugefügt wird aber mitunter, dass die parlamentarische Kontrolle der Justizministerin mit ihrer Weisungsbefugnis steht und fällt, weil sie sonst nichts bestimmen kann und folglich nichts zu verantworten hat.<sup>49</sup> Die zweite Auffassung sieht die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, obwohl zur Gerichtsbarkeit gehörig, als kontrollierbar an, weil sie im Rahmen der Geschäftsführung der Bundesregierung liegt.<sup>50</sup> Zudem stehe und falle politische Kontrolle nicht mit der ministeriellen Weisung, sie müsse vielmehr aus

<sup>44</sup> Mit nicht viel weniger Recht könnten wir auf allgemeinerer Ebene schließen, das Parlament habe dem herrschenden Verständnis des Trennungsgrundsatzes eine implizite Absage erteilt.

<sup>45</sup> Ablehnend auch *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 145; *Heißl/Lehner*, ZfV 2009, 195; *Storr*, ZöR 2010, 275.

<sup>46</sup> Prämisse dieses Arguments ist, dass die Art 20 Abs 2 B-VG und Art 90a keine Gesamtänderungen der Bundesverfassung dargestellt haben. Anders wohl *Fischlschweiger*, ZStW 1979, 761 f.

<sup>47</sup> *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 14, unter Rüge von Inkonsequenzen der Vertreter einer Zuordnung zur Gerichtsbarkeit in FN 39.

<sup>48</sup> *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 34; *Lienbacher*, Handeln (FN 13) 76.

<sup>49</sup> *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 34.

<sup>50</sup> *Storr*, ZöR 2010, 281 f; *ders*, RZ 2010, 274 f.

demokratischen Gründen jedenfalls gewährleistet sein, auch und gerade für den Fall der Freistellung der Staatsanwaltschaft.<sup>51</sup>

Dritte Ansicht: Die Ausübung der staatsanwaltschaftlichen Anklagefunktionen ist kontrollierbar, die Ausübung der Ermittlungsfunktionen geht das Parlament nichts an.<sup>52</sup>

Ein Blick in die Lehrbücher und Kommentare zeigt, dass die erstgenannte Auffassung der herrschenden Lehre folgt, indem sie aus ihr die Konsequenzen zieht. Nach herrschender Auffassung ist nur die Bundesverwaltung kontrollierbar,<sup>53</sup> und die Kontrolle reicht nur so weit, wie die Bundesregierung oder ihre Mitglieder Ingerenz haben,<sup>54</sup> wobei nicht immer ganz klar wird, ob es eine Weisung braucht<sup>55</sup> oder ob eine Aufsichtsbefugnis genügt. *Stefan Storr* hat unlängst vorgeschlagen, die Reichweite politischer Kontrolle ausschließlich nach der Reichweite ministerieller Ingerenz abzustecken.<sup>56</sup> Er kann für diese Deutung ins Treffen führen, dass in Art 52 Abs 1 B-VG von Verwaltung nichts steht und dass der Abs 2 über die Kontrolle von Bundesunternehmungen von der herrschenden Meinung, ihren Prämissen im Grunde zuwider, als bloße Klarstellung verstanden worden ist.<sup>57</sup> Wenn es aber eine Begrenzung der parlamentarischen Kontrolle auf das Feld der Verwaltung nicht gibt, dann gilt es wohl zum einen die bisher unbestrittene Vorstellung zu verabschieden, dass die Gerichtsbarkeit eine intransigente *black box* darstellt. Ingerenz hat die Ministerin nämlich auch hier, wenn auch keine sehr starke: Sie kann den Disziplinaranwalt anweisen, wie er im Disziplinarverfahren die dienstlichen Interessen zu vertreten und dass er ihr hierüber zu berichten hat.<sup>58</sup> Zum anderen wird die bislang unbestrittene Auffassung brüchig, die politische Kontrolle des Parlaments dürfe sich nur auf staatliche Agenden beziehen, nicht auf Angelegenheiten des öffentlichen Lebens.<sup>59</sup> Denn zur Ge-

<sup>51</sup> *Storr*, ZöR 2010, 283 f.

<sup>52</sup> *Fuchs*, Untersuchungsausschüsse (FN 34) 15.

<sup>53</sup> *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 329 FN 9; *Kahl*, Art 52 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Rz 27; *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>4</sup> (2007) Art 52 B-VG, Anm II.1; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 502; *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 13) Rz 471; *Berka*, Verfassungsrecht<sup>3</sup> (FN 14) Rz 751 f, 852.

<sup>54</sup> Prägnant *Wenger*, Die öffentliche Unternehmung (1969) 488; vgl ferner *Nödl*, Parlamentarische Kontrolle (1995) 104 f.

<sup>55</sup> In diese Richtung *Grabenwarter/Holoubek*, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, ZfV 2000, 194 (205); *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht<sup>4</sup> (2007) Rz 343.

<sup>56</sup> *Storr*, ZöR 2010, 281 f.

<sup>57</sup> Vgl statt aller *Kahl*, Art 52 B-VG (FN 53) Rz 29 mwN.

<sup>58</sup> Nachdem Disziplinaranwalt gemäß § 118 RStDG der Oberstaatsanwalt bzw der Generalprokurator ist, gilt dies indes nur solange, als es ministerielle Weisungen an die Staatsanwaltschaft gibt.

<sup>59</sup> Vgl *Morscher*, Die parlamentarische Interpellation (1973) 407 ff. Anders die hM in Deutschland: vgl *Achterberg/Schulte*, Art 44, in: v Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz Bd 2<sup>6</sup> (2010) Rz 22 f.



schäftsführung der Bundesregierung zählt es auch, auf Fehlentwicklungen in der Gesellschaft mit politischen Initiativen zu reagieren.

Sie sehen also: Ich habe keine abschließende Antwort, halte aber die Umkehrung des Stellenwerts des Ingerenzkriteriums – von der Begrenzung politischer Kontrolle zu ihrer Eröffnung<sup>60</sup> – für bedenkenswert.<sup>61</sup> Unzutreffend ist es mE hingegen, Ingerenz mit Weisungsbefugnis gleichzusetzen. Auch Aufsichtsbefugnisse vermitteln Einfluss, und es gibt keinen Grund, weswegen das Parlament ihre Ausübung nicht interpellieren oder untersuchen können sollte. Dass es Aufsicht über Staatsanwälte von Verfassungen wegen für den Fall der Weisungsfreistellung zwingend geben muss,<sup>62</sup> geht mir wiederum zu weit.<sup>63</sup> Wenn und weil die Staatsanwälte zur Gerichtsbarkeit geschlagen sind, kann es mit rechtlicher Verantwortlichkeit sein Bewenden haben. Wer einwendet, die Aufgaben der Staatsanwälte seien mit jenen der Richter nicht vergleichbar und dürften deshalb der Kontrolle des Parlaments nicht entzogen werden,<sup>64</sup> muss sich entgegen halten lassen, dass es materielle Gewaltenteilung nach dem B-VG nur in Ansätzen gibt und dass sie zur Disposition des Verfassungsgesetzgebers steht. Für die Staatsanwälte hat er eine Grundsatzentscheidung getroffen, die wir nicht dadurch konterkarieren sollten, dass wir all ihre Konsequenzen abbiegen.

## V. Kontrolle durch die Volksanwaltschaft

Ob die Staatsanwälte weiterhin der Kontrolle durch die Volksanwaltschaft unterliegen, ist ähnlich umstritten.

Einer Auffassung nach ist trotz ihres Seitenwechsels auf dem Gewaltenteilungsfeld alles beim Alten geblieben: Mag die Staatsanwaltschaft nunmehr auch zur Gerichtsbarkeit gehören, so bleibt ihre Tätigkeit doch Verwaltung und damit

<sup>60</sup> Das findet sich bereits bei *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 174: „Daß sich dieses Interpellationsrecht ‚auf alle Gegenstände der Vollziehung‘ erstreckt, bedeutet unter Berücksichtigung des deklarierten Zwecks ‚die Geschäftsführung der Bundesregierung zu überprüfen‘, daß es einerseits keine der Ingerenz der Bundesregierung unterliegende Angelegenheit gibt, die nicht zum Gegenstand einer parlamentarischen Anfrage gemacht werden könnte, daß aber andererseits keine Auskunft gefordert werden kann über einen ‚Gegenstand der Vollziehung‘, der – wie etwa Angelegenheiten der Landesvollziehung – außerhalb des Wirkungsbereichs der Bundesregierung liegt.“

<sup>61</sup> Ebenso voreilig wie überschießend – und hiermit aufgegeben – sind die Folgerungen von *Wiederin*, Ihr Recht geht vom Volk aus, in: ÖJT (Hrsg), 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung (2010) 15 (23).

<sup>62</sup> *Storr*, ZöR 2010, 283 f. An anderer Stelle nimmt er freilich – mE inkonsequent und überschießend – unter Berufung auf einen dem Baugesetz Gewaltenteilung immanenten Grundsatz alle laufenden Ermittlungen aus der parlamentarischen Kontrolle aus: vgl. *Storr*, RZ 2010, 276.

<sup>63</sup> Ablehnend auch *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 146.

<sup>64</sup> So wohl *Fischlschweiger*, ZStW 1979, 762.

durch die Volksanwaltschaft prüfbar. Denn eine Beseitigung der Missstandskontrolle sei dem Verfassungsgesetzgeber nicht zusinnbar.<sup>65</sup>

Die Gegenauffassung sieht diese Konsequenz hingegen als unvermeidlich an, weil die Verfassung anders als bei der politischen Kontrolle die Tätigkeit der Volksanwaltschaft durch Art 148a Abs 1 B-VG auf das Kontrollfeld „Bundesverwaltung“ beschränkt hat.<sup>66</sup>

Eine dritte Auffassung<sup>67</sup> nimmt einen Mittelweg. Da die Staatsanwaltschaft nunmehr zur Gerichtsbarkeit ressortiert, ist ihre Tätigkeit durch die Volksanwaltschaft nicht mehr nach Art 148a Abs 1 B-VG kontrollierbar. Der Verfassungsgesetzgeber hat jedoch durch die Novelle 2008 mit dem neuen Art 148a Abs 3 B-VG eine Beschwerde wegen Säumnis eines Gerichts eingeführt, um – wie es dazu im Ausschussbericht heißt – „im Bereich der Gerichtsbarkeit reagieren zu können“.<sup>68</sup> Das zeige, dass das Wort „Gericht“ in Art 148a Abs 3 B-VG die gesamte Gerichtsbarkeit meint, dass zwar nicht die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft, wohl aber ihre Untätigkeit Gegenstand von Beschwerden sein kann.<sup>69</sup>

Einmal mehr steht also in Frage, ob man die Worte der Verfassung ernst nehmen muss, und einmal mehr halte ich eine bejahende Antwort für richtig. Wenn in den Erläuterungen die Gerichtsbarkeit angesprochen ist, dann im Sinne einer verkürzenden, untechnischen Redeweise, die nicht gegen die Zuständigkeitsvorschrift ausgespielt werden darf. Das hat widrige Folgen, die man nur bedauern und niemandem erklären kann: Die Missstandskontrolle durch Art 148a Abs 3 B-VG für gerichtliche Säumnis zu öffnen, auch im Strafverfahren, und gleichzeitig die Staatsanwaltschaft komplett kontrollfrei zu stellen, das ergibt keinen Sinn. Als Interpret muss man solchen Unsinn als Kollateralschaden in Kauf nehmen. Mag der Verfassungsgesetzgeber auch nicht gewusst oder nicht gewollt haben, was er tat, getan hat er es doch.

## VI. Tätigkeit der Staatsanwälte und Zurechnung ihrer Akte

### 1. Ermittlungs- und Anklagefunktionen

Nach dem zweiten Satz des Art 90a B-VG nehmen die Staatsanwälte in Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr. Über die Auslegung dieser Anordnung sind wir uns erfreulicher Weise weitgehend einig: Es handelt sich um eine Grundsatznorm, um eine institutionelle Garantie,<sup>70</sup> die weder besagt, dass jeder einzelne Staatsanwalt ermitteln und anklagen muss, noch, dass jede Ermittlung und Anklage dem Staatsanwalt

---

<sup>65</sup> *Kröll*, Kontrolle (FN 14) 162.

<sup>66</sup> *Kucsko-Stadlmayer*, Art 148a B-VG (FN 13) Rz 18/4; *Lienbacher*, Handeln (FN 13) 76.

<sup>67</sup> *Storr*, ZöR 2010, 282 f.

<sup>68</sup> AB 370 BlgNR 23. GP 6.

<sup>69</sup> *Storr*, ZöR 2010, 283.

<sup>70</sup> *Storr*, ZöR 2010, 273 f.

vorbehalten ist.<sup>71</sup> Die Bestimmung lässt also Raum für selbständiges Einschreiten der Kriminalpolizei,<sup>72</sup> und sie lässt ebenso wie Art 90 Abs 2 B-VG<sup>73</sup> Raum für andere Ankläger. Noch nicht einmal ein Monopol der öffentlichen Anklage wird durch sie verbürgt.<sup>74</sup> Die Subsidiaranklage durch die Finanzstrafbehörde nach § 200 FinStrG, die in meinen Augen eine öffentliche Anklage ist, bleibt zulässig, genauso wie die Tätigkeit der Bezirksanwälte und Richteramtsanwälter als Anklagevertreter. Die letzteren sind indessen, da keine Staatsanwälte, Verwaltungsorgane geblieben, und auch ihre Tätigkeit ist weiterhin Verwaltung.<sup>75</sup> Dass sie der Aufsicht der Staatsanwälte unterstehen und an ihre Weisungen gebunden sind, reicht nicht hin, um all ihre Akte der Gerichtsbarkeit zuzuschlagen.<sup>76</sup>

Dass neben den Anklagefunktionen der Staatsanwaltschaft auch ihre Ermittlungsfunktionen erwähnt und garantiert werden, ist das verfassungsrechtliche Echo darauf, dass die Strafprozessreform den Untersuchungsrichter abgeschafft und seine Aufgaben dem Staatsanwalt zugeschanzt hat.<sup>77</sup> Damit sind zwei Funktionen zusammengelegt worden, die traditionell mit gutem Grund getrennt werden: in der StPO 1873, die dem Ankläger einen Untersuchungsrichter zur Seite gestellt hat; im französischen Strafprozess nach der Revolution,<sup>78</sup> im amerikanischen Strafprozess, in dem die Polizei ermittelt und der *attorney* das Gericht befasst. Es schießt daher in meinen Augen über das Ziel hinaus, wenn in der Reformdiskussion der letzten Jahre der Untersuchungsrichter als Relikt des Inquisitionsprozesses qualifiziert und seine Ersetzung durch den Staatsanwalt als Konsequenz eines materiell verstandenen Anklageprinzips hingestellt worden ist, der die Stoffsammlung durch den Staatsanwalt wenn nicht verlange, so doch begrüße.<sup>79</sup> So richtig es ist, dass es in der Funktionslogik des Anklageprozesses liegt, dass der urteilende Richter nicht ermitteln soll, weil das die Bildung von Hypothesen und damit von Vorurteilen

<sup>71</sup> *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 140 ff; *Heißl/Lehner*, ZfV 2009, 194; *Lienbacher*, Handeln (FN 13) 69 f; *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 2; *Storr*, ZöR 2010, 274.

<sup>72</sup> *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 26; *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 22.

<sup>73</sup> Anders möglicherweise der VfGH, wenn er von einem „in Art. 90 Abs. 2 B-VG – als Durchbrechung von Art. 94 B-VG – zugrunde gelegten) Anklagemonopol[s] der Staatsanwaltschaft“ (16. 12. 2010, G 259/09 ua) sowie „vom Staatsanwalt in Ausübung seines Anklagemonopols (Art. 90 Abs. 2 B-VG)“ getroffenen Entscheidungen (VfGH 9. 3. 2011, G 52/10) spricht.

<sup>74</sup> Anders *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 28. Sympathien hiefür auch bei *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 141 f.

<sup>75</sup> Anders *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 17.

<sup>76</sup> Anderes gilt, wenn sie im konkreten Fall auf staatsanwaltliche Weisung hin tätig werden.

<sup>77</sup> *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 141, und *Rill*, Art 90a B-VG (FN 14) Rz 19, die im zweiten Satz des Art 90a B-VG zu Recht eine verfassungsrechtliche Absage an das Untersuchungsrichtermodell wie an das Polizeimodell sehen.

<sup>78</sup> Dazu *Süttler*, Entwicklung (FN 4) 189 ff; *Marrero*, Entre poursuite et instruction: Ministère Public et Police Judiciaire, 1808—1957, in: Durand/Mayali/Schioppa/Simon (Hrsg), Staatsanwaltschaft (2005) 171 (173 ff).

<sup>79</sup> *Moos*, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Vorverfahren, in: Pilgermair (Hrsg), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) 59 (61 f, 71 ff).

voraussetzt, so falsch ist die Folgerung, der Ankläger sei die rechte Person. Denn Stoffsammlung im Strafverfahren geht nicht ohne Zwang. Den Staatsanwalt damit zu beauftragen, heißt, ihm Hoheitsmacht über den Beschuldigten einzuräumen, oder, mit *Bindings* Worten formuliert, „ein Gewaltverhältnis des Anklägers über den Angeklagten zu begründen“.<sup>80</sup> Das freilich sprengt den Anklageprozess, weil in ihm zwei Parteien vor dem Richter mit gleichen Waffen um das Urteil kämpfen.<sup>81</sup> 1873 war das allen noch bewusst, zwischenzeitig scheint es in Vergessenheit geraten zu sein. Gewiss, es gab und gibt gute Gründe, den Staatsanwalt einzuschalten, weil die Alternative nur darin bestanden hätte, die Kriminalpolizei zur alleinigen Ermittlungsbehörde zu machen. Die Rollenverteilung des StPRG 2004 deswegen aber schon verfassungsrechtlich festzuzurren und der Gesetzgebung damit eine künftige Entflechtung von Anklage- und Ermittlungsfunktionen unmöglich zu machen, halte ich für eine verfassungspolitische Fehlentscheidung.

## 2. Zurechnung der Ermittlungshandlungen

Die Unsicherheit, wo die Staatsanwaltschaft hin gehört, schlägt selbstverständlich auch auf die Zurechnung der Ermittlungsmaßnahmen durch. Wer in ihr ein Organ der Gerichtsbarkeit sieht, gelangt zu folgenden Antworten: Soweit die Kriminalpolizei selbständig einschreitet, haben wir es mit Verwaltung zu tun.<sup>82</sup> Diese Qualifikation hat ja der Verfassungsgerichtshof unlängst zum Anlass genommen, um Teile des § 106 Abs 1 StPO aufzuheben, weil er eine gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsakten vorsah, die durch den Trennungsgrundsatz verboten ist.<sup>83</sup> Wenn die Kriminalpolizei auf Anordnung des Staatsanwalts tätig geworden ist,

---

<sup>80</sup> *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen Bd 2 (1915) 198, mit dem Nachsatz: „Wenn in unserem heutigen Strafverfahren der öffentliche Ankläger bei Gefahr im Verzuge ein Recht zur vorläufigen Festnahme des Verdächtigen, zur Beschlagnahme und zur Anordnung von Durchsuchungen besitzt [...], so steht diese seine Gewaltstellung mit dem Wesen des akkusatorischen Verfahrens allerdings in schärfstem Widerspruch.“

<sup>81</sup> Um nicht missverstanden zu werden: Diese Aussage ist verfassungspolitisch gemeint, weil Art 90 Abs 2 B-VG nur den Grundsatz „Wo kein Kläger, da kein Richter“ verbürgt. Wer hingegen für ein materielles Verständnis der verfassungsrechtlichen Anklageprozessgarantie plädiert, müsste neben dem *nemo tenetur*-Grundsatz auch die Waffengleichheit als verbürgt betrachten (so konsequent, aber vereinzelt *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht [2004] 268 f) und in der Strafprozessreform 2004 wohl einen Verstoß gegen Art 90 Abs 2 B-VG sehen, der zwischenzeitig durch Art 90a B-VG wieder ausgeräumt worden ist.

<sup>82</sup> *Ennöckl*, JBl 2008, 420 f; *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 18; *Reindl/Krauskopf*, UVS oder Strafjustiz: Wer kontrolliert die Kriminalpolizei? JBl 2011, 345 (347 f). Anders *Lienbacher*, Handeln (FN 13) 73 f, der in der Kriminalpolizei schlechthin ein Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft sieht und ihre Akte der Gerichtsbarkeit zuschlägt; ebenso wohl *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Bd 4 (2009) Rz 53.052, und für die Zurechnung nach § 31 Abs 2 DSG *Mayer*, ÖJZ 2007, 17 (18 f).

<sup>83</sup> VfGH 16. 12. 2010, G 259/09 ua. Dass die Aufhebung ohne Fristsetzung erfolgt ist, deutet mE darauf hin, dass der VfGH in ihr die endgültige Lösung sehen dürfte, dass weitere Aufhebungen also nicht zu erwarten sind.

liegt hingegen ein Akt der Gerichtsbarkeit vor, denn für die Zurechnung ist die Willensbildung entscheidend.<sup>84</sup> (Dass in dieser Konstellation von einem Organ der Gerichtsbarkeit an ein Verwaltungsorgan eine Weisung ergeht, die nach herrschender Auffassung zu Art 94 B-VG verboten wäre, wird dadurch legitimiert, dass auch diese Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes durch Art 90a B-VG abgedeckt werde.<sup>85</sup>) Dass die Kriminalpolizei einen Anlassbericht erstattet hat, in der sie vom Staatsanwalt Anordnungen eingefordert hat, genügt hingegen für die Zurechnung zur Gerichtsbarkeit genauso wenig, wie die Ankündigung, bestimmte Ermittlungen durchführen zu wollen, sofern bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine anderweitige Anordnung erfolgt.<sup>86</sup> Bei Genehmigung einer kriminalpolizeilichen Ermittlung wird hingegen aus dem Verwaltungsakt ein Akt der Gerichtsbarkeit, allerdings nicht rückwirkend, sondern erst ab dem Zeitpunkt der Genehmigung.<sup>87</sup> Die gerichtliche Bewilligung einer Ermittlungsmaßnahme scheint dem VfGH für eine Zurechnung zur Gerichtsbarkeit ebenfalls zu genügen,<sup>88</sup> obwohl die Bewilligung keine Pflicht zur Durchführung der Maßnahme begründet.<sup>89</sup> Im Ergebnis hat der Gerichtshof jedoch recht, weil es im Gefolge der Bewilligung gemäß § 101 Abs 3 StPO einer Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Durchführung der Maßnahme bedarf, die wiederum ausreicht, um das Tun der Kriminalpolizei zum Akt der Gerichtsbarkeit zu machen.

So weit, so vergleichsweise trivial. Vertrackter wird es, wenn wir uns erinnern, dass hinter jedem Staatsanwalt eine Justizministerin steht, die ihm Weisungen erteilen kann. Soweit die Verfassung übergreifende Weisungen zwischen den Staatsfunktionen zulässt, rechnen wir Akte traditionsgemäß nicht jener Staatsfunktion zu, die sie faktisch setzt, sondern dem befehlenden Organ.<sup>90</sup> Die Konsequenzen sind rasch gezogen: Soweit der Staatsanwalt auf Ministerweisung selber ermittelt, liegt Verwaltung vor, und nichts anders kann gelten, wenn er der Kriminalpolizei anordnet, eine von der Ministerin angewiesene Ermittlung durchzuführen. Wenn wir dem Zurechnungskalkül treu bleiben, müssen wir sodann ak-

<sup>84</sup> *Vögl*, JRP 2008, 125. Anders wohl *Schindler*, Das Verhältnis der Akteure, SIAK 2008/1, 38 (45, 47), der das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei als Amtshilfeverhältnis deutet.

<sup>85</sup> *Storr*, ZöR 2010, 280.

<sup>86</sup> *Reindl-Krauskopf*, JBl 2011, 348. Anders *Raschauer*, Verwaltungsrecht (FN 13) Rz 1023, der ab der ersten Berichterstattung an die Staatsanwaltschaft von einer Zurechnung zur Gerichtsbarkeit ausgeht.

<sup>87</sup> *Reindl-Krauskopf*, JBl 2011, 347; anders wohl *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 18.

<sup>88</sup> VfGH 16. 12. 2010, G 259/09 ua, wo der Gerichtshof festhält, dass (ua) nicht durch eine gerichtliche Ermächtigung gedeckte Akte der Kriminalpolizei weiterhin als Verwaltungsakte anzusehen sind.

<sup>89</sup> *Schindler*, SIAK 2008/1, 43 f mit FN 41, der deshalb eine Zurechnung zum Gericht kraft Bewilligung zu Recht ablehnt.

<sup>90</sup> Vgl für das Verhältnis Gerichtsbarkeit – Verwaltung VfSlg 4360/1963, 6815/1972, 18.213/2007; VwGH 6. 7. 1999, 96/01/0061; 22. 10. 2002, 98/01/0088; für jenes zwischen Verwaltung und Gesetzgebung VfSlg 18.406/2008 mwN, VfGH 23. 6. 2010, B 1048/09.

zeptieren, dass Ermittlungen – wenn auch nicht mit Wirkung *ex tunc* – mehrfach die Gewaltenteilungsseite wechseln können, etwa bei einer kriminalpolizeiliche Maßnahme, die zunächst vom Staatsanwalt genehmigt und sodann von der Justizministerin dem Staatsanwalt als Ermittlung angewiesen wird, oder bei staatsanwaltschaftlichen Anordnungen und ministeriellen Weisungen, die in der Folge zurückgenommen werden. Außerdem ist jedenfalls das Abstehen von einer gerichtlich bewilligten Maßnahme, wenn nicht gar ihre Durchführung als Verwaltungsakt zu qualifizieren, wenn die Justizministerin der Staatsanwaltschaft eine entsprechende Weisung erteilt hat.

Ich rekapituliere: Der Staatsanwalt hat es in der Hand, aus einer laufenden kriminalpolizeilichen Ermittlung durch eine Anordnung oder eine Genehmigung einen Akt der Gerichtsbarkeit machen, und die Justizministerin, sie durch Weisung wieder in einen Verwaltungsakt zu konvertieren. Daraus die Schlussfolgerungen zu ziehen, für die Verfassungskonformität des vom VfGH in Geltung belassenen Teils des § 106 Abs 1 StPO wie für die Sinnhaftigkeit der Aufspaltung des Rechtsschutzes überhaupt, das überlasse ich Ihnen.

## VII. Verwaltung der Staatsanwälte

Staatsanwälte ermitteln nicht nur, sie klagen nicht nur an. Sie wollen auch verwaltet werden, sie brauchen Schreibtische, Urlaub, eine Journaldiensteinteilung, Dienstbeschreibungen sind anzufertigen, Dienstvergehen wollen geahndet sein. Soweit das Justizministerium diese Dinge besorgt, sind sie Verwaltung geblieben, soweit ein Disziplinargericht einzuschreiten hat, liegt Gerichtsbarkeit vor.<sup>91</sup> Was aber, wenn Staatsanwaltschaften als Dienstbehörden tätig werden?<sup>92</sup> Zählen sol-

---

<sup>91</sup> Wieweit das *de lege lata* der Fall ist, ist durchaus unklar: Gemäß Art IIa Abs 2 RStDG ist ua § 111 RStDG, der die Disziplinargerichts Zuständigkeiten für die Richter regelt, auf Staatsanwälte nicht anzuwenden. Der Schluss, dass deshalb subsidiär die Disziplinarbehörden des BDG einzuschreiten haben, scheidet aber daran, dass die Anwendbarkeit des 8. Abschnitts des Allgemeinen Teils des BDG durch § 206 RStDG ausgeschlossen wird. Außerdem sind nach Art IIa Abs 2 RStDG die §§ 101–110, 112–165 RStDG anwendbar, die Disziplinarmaßnahmen einem Disziplinargericht vorbehalten. Eine solche Gerichtsbarkeit ist indes verfassungsrechtlich problematisch, weil Art 21 Abs 3 B-VG für die Diensthoheit einen Verwaltungsvorbehalt statuiert, indem er anordnet, dass sie gegenüber den Bundesbediensteten den obersten Organen des Bundes zukommt, soweit im B-VG nicht anderes bestimmt ist. Derartige Sonderbestimmungen finden sich zwar für die Richter (vgl Art 87 Abs 2, 88 Abs 2 und 3 B-VG), nicht jedoch für Staatsanwälte. – Für diesen Hinweis danke ich *Ronald Faber*.

<sup>92</sup> Auch hier sind die gesetzlichen Grundlagen dunkel. Nach § 73 Abs 2 und 3 GOG werden die Geschäfte der Verwaltung der Staatsanwaltschaft durch Staatsanwälte mit der erforderlichen Unterstützung durch Beamte und Vertragsbedienstete geführt. Welche staatsanwaltschaftliche Behörde Dienstbehörde ist, ist offen gelassen. Dem mittlerweile aufgehobenen § 74 Abs 1 letzter Satz GOG und dem § 36 Abs 1 StAG kann jedoch entnommen werden, dass die Leiter der Oberstaatsanwaltschaften sowie der Generalprokuratur Dienstbehörde sind. So explizit § 1 Z 2 und 4 DVPV-Justiz, BGBl II 2008/471 idF BGBl II 2010/327.

che Tätigkeiten zur Gerichtsbarkeit, oder fallen sie in eine Kategorie der Staatsanwaltschaftsverwaltung, die nach dem Muster der Justizverwaltung gebildet werden kann und muss?<sup>93</sup>

Gewiss: Weisungsbindung gibt es ohnehin und damit auch Ingerenz und Kontrolle, dazu muss die Staatsanwaltschaftsverwaltung nicht der Staatsfunktion Verwaltung zugeschlagen werden. Schlechter ist es um den Rechtsschutz bestellt. Die Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts steht und fällt mit der Qualifikation als Verwaltung, denn ohne sie gibt es keine Bescheide und damit keine Zuständigkeit von VwGH und VfGH. Der Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten läuft so wie so leer, weil er nur in der kollektiven Justizverwaltung besteht und an richterliche Akte anknüpft.

ME lässt die Verfassung erkennen, dass nicht nur die Organe der Gerichtsbarkeit, sondern auch die Organe der Gesetzgebung angelagerte Verwaltungsfunktionen ausüben, die als Verwaltung zu qualifizieren sind, vom Präsidenten des Nationalrats über den Präsidenten des Rechnungshofes bis zum Vorsitzenden der Volksanwaltschaft. Wir haben es mit einem allgemeinen Grundsatz zu tun, der schon die Stammfassung des B-VG durchzogen hat und der schrittweise explizit verankert worden ist. Dass für die Staatsanwälte auf eine vergleichbare Klarstellung vergessen worden ist, hindert nicht, auch für sie einen Verwaltungsbereich vorauszusetzen, der in Analogie zur Justizverwaltung abzugrenzen ist,<sup>94</sup> zu welcher die Staatsanwaltschaftsverwaltung im Übrigen ursprünglich gehört hat.<sup>95</sup> Aber spätestens hier bekommt *Rill* mit seiner Einschätzung recht: Ein wörtliches Verständnis des Art 90a B-VG hält niemand durch – auch ich nicht.

## VIII. Zusammenfassende Bewertung

An das Ende meines Überblicks angelangt, ziehe ich Resümee. Der neue Staatsanwaltsartikel gibt uns harte Bretter zu bohren, von einer befriedigenden Lösung der Probleme sind wir noch ein gutes Stück weit entfernt.

Das liegt daran, dass uns der neue Artikel zeigt, dass wir alte Verfassungsbestimmungen schlechter kennen, als wir dachten. Bei der parlamentarischen Kontrolle sollten wir deshalb gründlicher nachdenken, bevor wir Schlüsse ziehen, die

<sup>93</sup> So *Burgstaller*, Art 90a B-VG (FN 13) Rz 16; *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 139.

<sup>94</sup> Für diese Auffassung spricht auch, dass Art 21 Abs 3 B-VG für die Diensthoheit einen Verwaltungsvorbehalt statuiert, indem er anordnet, dass sie – soweit im B-VG nicht anders bestimmt – gegenüber den Bundesbediensteten den obersten Organen des Bundes zukommt.

<sup>95</sup> Vgl die §§ 73 ff der Stammfassung des Gerichtsorganisationsgesetzes, RGBI 1896/217. Die Bestimmungen über die Staatsanwaltschaftsverwaltung sind erst durch Art V des StAG, BGBl 1986/164, aus dem GOG eliminiert worden, und auch das nur zum Teil, wie die §§ 73, 76 Abs 1 und 78a zeigen. Bei Anlegung der Versteinerungstheorie könnte man sogar zu dem unrichtigen Schluss verleitet sein, die Verwaltung der staatsanwaltlichen Behörden sei Justizverwaltung iSd B-VG.

vielleicht übereilt sind. Bei der Gewaltenteilung sehen wir ebenfalls, dass unsere Deutungen gelegentlich in Antinomien münden.

Es liegt aber auch daran, dass jeder um Sinn bemühte Deutungsversuch sich bald früher, bald später mit dem Text spießt; und das wiederum hat damit zu tun, dass hinter dem neuen Art 90a B-VG kein stimmiges Konzept erkennbar ist.<sup>96</sup>

Beim alten Modell war das anders. Hinter ihm stand die Überzeugung, dass es sinnvoll ist, die Rollen im Strafprozess auf die beiden Zweige der Vollziehung aufzuteilen. Der Richter soll unabhängig urteilen. Damit er dazu in der Lage ist, darf er nicht von Amts wegen tätig werden, auch im Strafprozess nicht, wo es um Schuld und Strafe geht. Wenn und weil er also zwischen zwei Parteien gestellt ist und das, was er der einen Partei zuspricht, der anderen abschlagen muss, gibt es immer einen Beschwerden, der Rechtsmittel einlegen kann. Die Unverantwortlichkeit der Richter gegenüber dem Parlament wird so erträglich, denn die Rechtsprechung der Instanzen sorgt für Linien und damit für demokratische Gleichheit.

Ob es zum Prozess kommt, wird aber nicht wie im alten Anklageprozess dem Opfer überlassen. Geschädigt ist auch, ja primär die Allgemeinheit, sie nimmt deshalb den Richter in Anspruch und bringt den Rechtsbrecher vor ihn hin. Das freilich heißt: Die Vertretung der Anklage ist *res publica*, die Entscheidung, ob, wer, was, wann, wie angeklagt wird, ist eine politische Entscheidung, die alle angeht, die demokratisch verantwortet werden muss, weil es beim irdischen Strafrecht nicht um ewige Gerechtigkeit geht, sondern um das Wohl des Gemeinwesens. Und es passt in dieses Bild, dass die Verwaltung Gnadenbefugnisse behält, von der sie auch nach der Verurteilung noch Gebrauch machen kann. Sie sind beim Bundespräsidenten angesiedelt<sup>97</sup> und müssen von ihm politisch zwar gegenüber dem Volk verantwortet werden, nicht aber gegenüber dem Parlament.<sup>98</sup>

Dieses Modell halte ich für in sich geschlossen und seinen Alternativen überlegen, weil es für Demokratie wie für Rechtsstaatlichkeit Platz lässt, weil in ihm Gemeinwohl und Gerechtigkeit sinnvoll austariert sind. Dennoch ist es unter Druck geraten, ähnlich wie der alte Anklageprozess, in dem die Initiative vom Opfer ausgehen musste – in Österreich wie in ganz Europa.<sup>99</sup> Wir sind uneins, wo die Staatsanwaltschaft hin gehört, zur politisch steuer- und kontrollierbaren Verwaltung oder zur unabhängigen und unverantwortlichen Gerichtsbarkeit. Der Verfassungsgesetzgeber hat versucht, in diesem Streit allen recht zu geben. Viel-

---

<sup>96</sup> Treffend *Faber*, Staatsanwälte (FN 13) 147: „Vielfach wird man sich bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der einfachgesetzlichen Rechtslage nur mit dem Vorgefundenheitstheorem helfen können. Damit ist aber das Urteil über seine normative Steuerungskraft bereits gefällt.“

<sup>97</sup> Art 65 Abs 2 lit c B-VG.

<sup>98</sup> Vgl Art 60 Abs 6 B-VG.

<sup>99</sup> Für einen Überblick über die wichtigsten Konzeptionen der Staatsanwaltschaft vgl *Storr*, RZ 2010, 269 ff.



leicht deshalb bin ich bis heute niemandem begegnet, der mit dem neuen Art 90a B-VG glücklich ist, geschweige denn jemandem, der ihm unter Gewaltenteilungsaspekten einen Sinn abgewinnen kann.<sup>100</sup> Doch ich kann mich täuschen und lasse mich in der Diskussion gerne überraschen.

---

<sup>100</sup> Für viele *Fuchs*, Untersuchungsausschüsse (FN 34) 14, mit dem Feststellung, „dass der Verfassungsgesetzgeber mit § 90a B-VG in sich Widersprüchliches geschaffen hat.“