

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur **Gerhard Hopf**
Redaktion **Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer**
Evidenzblatt **Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer**
MRK-Entscheidungen **Wolf Okresek**

April 2011

08

337 – 384

Aktuelles

Neues im internationalen Familienrecht ➔ 337

Beiträge

Gilt das Quota-litis-Verbot auch für Prozessfinanzierungsverträge?

Heinz Krejci ➔ 341

In allen Instanzen getrennt

Ewald Wiederin ➔ 351

Evidenzblatt

Die Abberufung des „formellen“ Fremdgeschäftsführers ➔ 364

Eigenhaftung des Anlagevermittlers *Maximilian Brunner* ➔ 367

Grundrechtliche Gewährleistungspflicht bei
unzureichender Verteidigung ➔ 370

MRK-Entscheidung

Mündliche Verhandlung vor dem VfGH; Akteneinsicht ➔ 378

Bericht

Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat?

Claudia Wernig ➔ 380

Sprache und Recht

Anführungszeichen *Max Leitner* ➔ 384

In allen Instanzen getrennt

Zum Verhältnis von Justiz und Verwaltung am Beispiel des strafprozessualen Vorverfahrens^{*)}

Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens war von Beginn an von einer intensiven Diskussion ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit begleitet. Mittlerweile stand sie vor dem VfGH auf dem Prüfstand. Aus diesem Anlass geht der Autor der Frage nach, ob das herrschende Verständnis des in Art 94 B-VG verankerten Trennungsgrundsatzes zu überzeugen vermag.

Von Ewald Wiederin

Inhaltsübersicht:

- A. Veränderungen: Die neue Rollenverteilung zwischen Staatsanwalt, Kriminalpolizei und Gericht
- B. Dogmen
 1. Die vier Verbotsgehalte des Art 94 B-VG
 2. Verallgemeinerungen
 3. Konkretisierungen
 4. Konsequenzen für die Reform
- C. Irritationen
 1. Europäische Isolierung
 2. Richterliche Befehle
 3. Sukzessive Kompetenzen
 4. Weitere Antinomien
- D. Vergewisserungen
 1. Rechtspflege und Verwaltung unter der Dezemberverfassung 1867
 2. Justiz und Verwaltung unter dem B-VG 1920
 3. Die Rechtsprechung des VfGH zu Art 94 B-VG
 4. Trennungsgrundsatz und Gewaltenteilung
- E. Nutzenwendungen

A. Veränderungen: Die neue Rollenverteilung zwischen Staatsanwalt, Kriminalpolizei und Gericht

Im Jahr 2004 ist im Strafprozessrecht das Vorverfahren grundlegend neu gestaltet worden.¹⁾ Der Untersuchungsrichter ist verschwunden. Viel von dem, wofür er zuständig war, haben in der Praxis schon immer die Sicherheitsbehörden erledigt.²⁾ Seit der Reform dürfen sie endlich, was sie seit jeher tun, nämlich ermitteln.³⁾ Die übrigen Aufgaben des Untersuchungsrichters, vor allem die Anordnung von Zwang, sind zum Großteil dem Staatsanwalt übertragen worden, der im Vorverfahren die Drehscheibe bildet und die Verantwortung hat.⁴⁾ Er darf deshalb neben der Kriminalpolizei, wie sie nunmehr offiziell heißt,⁵⁾ ermitteln und ihr Ermittlungen auftragen.⁶⁾ Doch auch das Gericht ist nach wie vor im Spiel: Einige Zwangsmittel bedürfen gerichtlicher Bewilligung,⁷⁾ manche Beweisaufnahmen sind ihm vorbehalten,⁸⁾ und vor allem hat es als Rechtsmittelbehörde darüber zu wachen, dass es im Ermittlungsverfahren mit rechten Dingen zugeht.⁹⁾

Diese neue Rollenverteilung, das war von Beginn an klar, wirft verfassungsrechtliche Probleme auf. Es war daher nur eine Frage der Zeit, bis die Reform vor dem VfGH landet. Mittlerweile ist es soweit. Der UVS Wien

hat letzten Oktober den ersten Antrag gestellt,¹⁰⁾ der VwGH ist ihm diesen März mit zwei Anträgen gefolgt,¹¹⁾ und außerdem sind einige Bescheidbeschwerden anhängig. In all diesen Anträgen und Beschwerden kommt nicht nur, aber auch Art 94 B-VG vor. Das gibt mir Anlass, um nicht zu sagen Vorwand, über diese Bestimmung – und nur über sie – ausführlicher zu sprechen.

B. Dogmen

Wenn wir uns der Auslegung über den Text nähern, dann sehen wir einen einfachen Satz: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“ Das ist vorbildlich knapp, das überfordert grammatikalisch niemanden, das ist gut verständlich. Ist es auch präzise, oder ist es bloß kurz und unklar?

1. Die vier Verbotsgehalte des Art 94 B-VG

Wenn wir die Lehrbücher aufschlagen, dann sehen wir sofort, dass Art 94 B-VG auch in dieser Hinsicht Lob

*) Der Beitrag gibt meine am 14. 6. 2010 an der Universität Wien gehaltene Antrittsvorlesung in leicht gekürzter Form wieder. Er wurde am 4. 10. 2010 abgeschlossen und konnte das Erkenntnis des VfGH 16. 12. 2010, G 259/09 ua, nicht mehr berücksichtigen. Die vollständige, mit ausführlicheren Belegen versehene Fassung ist erschienen in: Vienna Law Inauguration Lectures – Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien Bd 2 (2010) 41 – 74. – Für Diskussion und Kritik danke ich *Manfred Burgstaller, Clemens Jabloner, Christian Kopetzki, Franz Merli, Magdalena Pöschl, Robert Schick, Susanne Unger* und *Ulrich Zellenberg*.

1) Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung neu gestaltet wird (Strafprozessreformgesetz), BGBl I 2004/19.

2) Das wurde im Schrifttum nahezu einhellig als rechtswidrig qualifiziert: vgl. statt vieler *Frischenschlager/Grof*, Aktuelle Probleme des strafrechtlichen Vorverfahrens, JBl 1988, 678, 768 (681), *Kranewitter*, Die Sicherheitsbehörden im Dienst der Strafjustiz (1990) 28 ff, und *Fuchs/Zerbes*, Kommentar zu § 24, in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 52. Lfg (2006) Rz 52 ff.

3) Vgl. § 18 StPO.

4) Vgl. §§ 19 ff StPO.

5) Zuvor war in § 381 Abs 1 Z 1 StPO von „Amtshandlungen der Sicherheitsbehörden und ihrer Organe im Dienste der Strafjustiz“ (Anpassung durch Art I Z 143 lit a BGBl I 2007/93), in Art V EGVG von „Amtshandlungen [...] im Dienst der Strafjustiz“ (Aufhebung durch Art 9 Z 4 BGBl I 2005/100) die Rede.

6) § 98 Abs 1, § 99 Abs 1 StPO.

7) § 105 Abs 1, § 116 Abs 3, § 120 Abs 1, § 123 Abs 3, § 124 Abs 2, § 137 Abs 1, § 142 Abs 1, § 171 Abs 1 StPO. – Soweit es zur Entscheidung über Bewilligungsanträge erforderlich ist, kann das Gericht der Kriminalpolizei weitere Ermittlungen auftragen (§ 105 Abs 2 StPO).

8) § 104 StPO.

9) §§ 106 ff StPO.

10) UVS Wien 8. 10. 2009, UVS-02/11/2969/2009.

11) VwGH 12. 3. 2010, A 2010/0001 – 1 (2009/17/0282); 12. 3. 2010, A 2010/0004 – 1 (2009/17/0217).

ÖJZ 2011/38

Art 94 B-VG

Strafprozessreform;
Trennungsgrundsatz;
Gewaltenteilung

verdient. Denn zu ihm gibt es nicht bloß eine herrschende Meinung, wir stehen vor einer geschlossenen Phalanx, die alle Lügen straft, die behaupten, wo zwei Verfassungsjuristen, da drei Meinungen. Vier Verbotsgehalte sind es, die jedes Lehrbuch ausweist,¹²⁾ die jeder Kurzkommentar referiert¹³⁾ und die jede Jusstudentin schon in den Einführungsveranstaltungen eingeschärft bekommt.¹⁴⁾

Erstens enthält Art 94 B-VG ein Verbot von Mischbehörden. Keine Behörde darf zugleich als Gerichts- und als Verwaltungsbehörde eingerichtet sein, und jede Behörde muss entweder das eine oder das andere sein.

Zweitens verbietet der Trennungsgrundsatz Instanzenzüge zwischen den beiden Staatsfunktionen. Rechtsmittel sind verboten, nicht nur vom Gericht zur Verwaltung, auch von der Verwaltung zum Gericht.

Verpönt sind drittens Weisungen zwischen den Gewalten. Wieder gilt das nicht bloß für Weisungen der Verwaltung an die Gerichtsbarkeit, auch Weisungen in die Gegenrichtung sind tabu.

Schließlich sind viertens auch Parallelzuständigkeiten von Gericht und Verwaltung ausgeschlossen. So wie jede Behörde entweder hierhin oder dorthin, so muss auch jede Sache entweder vor die Verwaltung oder vor die Justiz. Die Gesetzgebung hat bei der Zuweisung grundsätzlich freie Hand, aber Konkurrenzen schaffen darf sie nicht, und auch unklare Zuweisungen sind verboten.

Beim ersten Gehalt, dem Gebot strikter organisatorischer Trennung, werden wir außerdem über den Hintergrund aufgeklärt. Ein gemischtes Bezirksamt, in dem, wenngleich nur in erster Instanz, Justiz- und Verwaltungsgeschäfte gemeinsam besorgt werden, soll es nicht wieder geben dürfen. Die übrigen drei Verbote stehen ein wenig wie Blöcke, wie Menhire in der Landschaft. Man weiß nicht recht, wie sie zusammenhängen, ahnt aber doch, dass sie irgendwer arrangiert haben muss.

2. Verallgemeinerungen

Die Beziehungen zwischen den vier Verboten werden klarer, wenn wir sie mit der Rsp und ihren Formeln konfrontieren. Dann sehen wir, dass Instanzenzüge, Weisungen und Doppelzuordnungen nur Beispiele sind, die, weil wichtig, im Lehrbuch hervorgehoben werden, hinter denen aber ein allgemeinerer Gedanke steckt. Das Verbot des Instanzenzugs erklärt sich daraus, dass jedes Nacheinander von Gericht und Verwaltungsbehörde ausgeschlossen ist, die Weisung ist bloß eine Chiffre für unzulässige Überordnung, und das Verbot der Doppelzuständigkeit resultiert daraus, dass es auch kein Nebeneinander geben darf, soweit es um dieselbe Sache geht. Der VfGH führt all diese Aspekte zusammen. Nach einer seiner Formeln lässt es Art 94 B-VG „nicht zu, daß über dieselbe Sache Gerichte und Verwaltungsbehörden – nebeneinander oder nacheinander – entscheiden“.¹⁵⁾

Das wiederum lässt sich weiter verallgemeinern zum Verbot jeder Kooperation in derselben Sache, egal ob positiv in Form der Mitwirkung oder negativ in Form der Kontrolle. Der Gerichtshof zieht diese Konsequenz, wenn er festhält, dass der Grundsatz des Art 94 B-VG „eine Regelung ausschließt, wonach zum Zustande-

kommen eines normativen Aktes sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden beizutragen haben“.¹⁶⁾ Justiz und Verwaltung sind offenbar Kreise, die sich nicht schneiden dürfen, oder besser: Hälften der Vollziehung, die hermetisch gegeneinander abgeschirmt sind.

Das korrigiert das Bild und macht es stimmiger. Die vier klassischen Gehalte sind jetzt keine unverbundenen Blöcke mehr, sie erscheinen als Türme, eingebunden in eine lange Mauer, die man aus der Lehrbuchperspektive noch nicht sehen konnte.

3. Konkretisierungen

Der Eindruck einer Mauer¹⁷⁾ bestätigt sich, wenn wir die Judikatur auswerten und eine Liste erstellen, was denn alles nicht geht. Neben Weisungen sind Bewilligungen, Genehmigungen, bindende Erklärungen und Vorschlagsrechte unzulässig,¹⁸⁾ neben Rechtszügen darf es auch keine Befugnisse zur Aufhebung oder Abänderung von Entscheidungen geben,¹⁹⁾ genauso wenig wie Ermächtigungen, ein Gerichtsverfahren durch Verwaltungsakt für unzulässig zu erklären.²⁰⁾ Aufspaltungen eines Lebenssachverhalts in mehrere Sachen,²¹⁾ Vorfragebeurteilungen²²⁾ und Tatbestandswirkungen²³⁾ gelten

- 12) *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 238 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II (1998) 106 ff; *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht² (2008) Rz 388 ff; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) Rz 779 ff; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2008) Rz 101; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 605 ff; *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 573 ff; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 199 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 556.
- 13) *Klecatsky/Morscher*, Die österreichische Bundesverfassung (1981) 82; *dies*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht⁹ (1982) 459 ff; *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) 331; *Grabenwarter/Ohms*, Die österreichische Bundesverfassung¹² (2008) 184.
- 14) Vgl *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹³ (2007) Rz 114, 290; *Kneihls*, Verfassungs- und Allgemeines Verwaltungsrecht² (2008) 64; *Koja*, Einführung in das öffentliche Recht (1998) 13; *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁴ (2007) Rz 385; ferner *Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts (2005) 119, allerdings mit deutlichen Vorbehalten hinsichtlich der Ableitbarkeit eines Verbots von Instanzenzügen von Verwaltungsbehörden an die ordentlichen Gerichte.
- 15) VfSlg 6278/1970, 648, im Anschluss an VfSlg 4455/1963, wo diese Konsequenz aber noch aus dem Verbot von Behördenhybriden gezogen wird.
- 16) VfSlg 7376/1974, 111; 8158/1977, 240 ff.
- 17) Das Bild wird erstmals verwendet von *Coreth*, Die Anfechtung von Verwaltungsbescheiden im ordentlichen Rechtsweg, ÖVwBl 1930/18, 1 (1).
- 18) VfSlg 6278/1970; 7376/1974; 7882/1976; 8158/1977; 9590/1982; 9737/1983; 9962/1984; 10.300/1984.
- 19) VfSlg 3019/1956; 4657/1964; 4836/1964; 5630/1967; 5690/1968.
- 20) VfSlg 3816/1960.
- 21) VfSlg 3121/1956; 4455/1963; 5983/1969; 6936/1972; 10.476/1985; 16.195/2001; 16.772/2002. Unzulässig ist aber wiederum, wenn es von Zufällen abhängt, ob über einen Aspekt das Gericht oder die Verwaltungsbehörde entscheidet (VfSlg 7021/1973; VwGH 13.517 A/1991), oder wenn die Zuständigkeitsgrenze bewusst fließend gehalten wird (VfSlg 8349/1978; 13.273/1992).
- 22) VfSlg 10.476/1985; 16.772/2002; 16.797/2003; 17.083/2003; *Layer*, Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, VVDStRL 5 (1929) 134 ff; *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 116; *Loebenstein*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit, JBl 1978, 225, 290 (226 ff); *Goricnik*, Versetzungsschutz einer „ausgegliederten“ Beamtin im Rahmen der Betriebsverfassung, wbl 2009, 66 (68); weiters VfSlg 4144/1962, wonach es ebenfalls unproblematisch ist, „wenn die Entscheidung einer Vorfrage dem Gerichte entzogen und einer Verwaltungsbehörde übertragen wird“ (45).
- 23) *Layer*, VVDStRL 5 (1929) 146 ff; *Mayer*, Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration (1985) 34 ff; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 215; *Hauenschild*, Das Zusammenwirken der Strafver-

hingegen als unproblematisch, Bindungswirkungen²⁴⁾ nachgerade als Konsequenzen der Parität von Justiz und Verwaltung, die offenbar als Idee hinter dem Trennungsgrundsatz steht.²⁵⁾

Aber es gibt, so sehen wir ganz aus der Nähe, im Schrifttum auch einige strittige Punkte. Bei Ersuchen um Amtshilfe gibt es zwar eine herrschende Meinung, die sie für zulässig hält;²⁶⁾ mitunter wird aber Art 22 B-VG als *lex specialis* zum Trennungsgrundsatz gedeutet.²⁷⁾ Heftiger umstritten sind Antragsrechte,²⁸⁾ und am heftigsten wird über sukzessive Kompetenzen diskutiert.²⁹⁾

4. Konsequenzen für die Reform

All diese Kontroversen wirken sich jedoch auf die Bewertung der StPO-Reform nicht aus. Man muss sie gar nicht vertiefen, man braucht nur zwei und zwei zusammenzuzählen, um zu sehen, dass neue Rollenverteilung und Dogmatik sich spießen.³⁰⁾

Es beginnt beim Einspruch wegen Rechtsverletzungen nach § 106. Er ist ein klassisches verpöntes Rechts-

mittel gegen die Verwaltung vor einem Gericht, denn jedenfalls die Kriminalpolizei zählt zur Verwaltung; und wer auch im Staatsanwalt noch immer eine Verwaltungsbehörde sieht, der muss in der Rechtsmittelvorentscheidung nach § 106 Abs 4 StPO eine Entscheidung in derselben Sache sehen.

Es setzt sich fort im Verhältnis zur Kriminalpolizei. Dass das Gericht ihr Ermittlungen auftragen kann, ist jedenfalls ein Problem, die Anweisung von Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft dann, wenn diese Gerichtsbehörde ist. Dann stellt sich außerdem die Frage, ob Staatsanwalt und Kriminalpolizei wirklich nebeneinander für dieselben Ermittlungen zuständig sein dürfen.

Schließlich kann, wer die Staatsanwaltschaft zur Verwaltung rechnet, auch den § 196 StPO problematisieren, nicht bloß im Hinblick auf den Anklagegrundsatz: Dass das Gericht ihr die Fortführung des Verfahrens auftragen kann, erscheint als unzulässiger Auftrag, als verbotene Weisung.

Das alles ist aber selbstverständlich noch nicht das Ende, sondern erst der Ausgangspunkt der Diskussion. Denn es gibt Versuche, die Reform verfassungsrechtlich zu retten.

Von einem Versuch³¹⁾ wissen wir mittlerweile, dass er die Probleme nur verschiebt. Der neue Verfassungsartikel 90 a B-VG mag eine Leiter sein, die dem Staatsanwalt über die Mauer hilft, das Zusammenspiel im Dreieck rettet er nicht.

Der andere Rettungsversuch bringt den Anklagegrundsatz gegen den Trennungsgrundsatz in Stellung.³²⁾ Zu ihm wollte ich hier Stellung nehmen, aber das würde Ihre Geduld über Gebühr strapazieren. Deshalb begnüge ich mich mit dem Bekenntnis, dass ich schon die Minimalvariante, nach der der Anklagegrundsatz die im Jahr 1920 vorgefundenen Formen des Zusammenwirkens pardonierte,³³⁾ nicht für überzeugend halte. Niemand hat je behauptet, geschweige denn nachgewiesen, es sei unmöglich oder auch nur schwierig, den Anklagegrundsatz einzuhalten, ohne den Trennungsgrundsatz zu verletzen. Dem Anklagegrundsatz, darüber sind wir uns mittlerweile einig, ist es ganz egal, ob eine gerichtliche oder administrative Behörde die Anklage vertritt oder die Ermittlungen führt.³⁴⁾ Dann kann

folgungsbehörden – verfassungsrechtliche Fragen zum Entwurf der Strafprozeßreform, RZ 2000, 186 (191).

- 24) Vgl VfSlg 3180/1957; 3313/1958; 4130/1962; 17.948/2006; VwGH 14. 9. 2004, 2004/06/0074; *Winkler*, Das österreichische Konzept der Gewaltentrennung in Recht und Wirklichkeit, Der Staat 6 (1967) 293, zit nach *ders*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 229 (238); *Loebenstein*, JBl 1978, 232 f; *Muzak*, Zuständigkeit ordentlicher Gerichte bei Unterlassung der Vorschreibung nachträglicher Auflagen durch die Gewerbebehörden? AnwBl 1997, 19 (29 FN 71); *Novacek*, Die Einheit der Rechtsordnung im Finanzstrafrecht und Bilanzsteuerrecht, RdW 1997, 235 (237); *Adamovich/Funk/Holzinger* (FN 12) 107 f; *Potacs*, Parallele Anwendung von sektorspezifischen und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TK-Sektor? MR 2009, 335 (336); aus der Gesetzgebungspraxis AB 517 BlgNR 6. GP 1. – Bindungswirkung bejahend, ihre Ableitung aus Art 94 B-VG ablehnend hingegen *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer* (FN 12) Rz 559; *Spitzer*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Zivilprozess, ÖJZ 2003, 48 (54); *Schneider*, Zur Rechtsnatur grundverkehrsbehördlicher Negativbestätigungen, NZ 2004, 33 (36); *Paar*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Amtshaftungsverfahren, ZfV 2008, 2 (7); *Grabenwarter/Holoubek* (FN 12) Rz 781.
- 25) VfSlg 2842/1955; aus Art 94 B-VG „abzuleitende[n] Selbständigkeit der Behörden beider Ordnungen“.
- 26) *Walter* (FN 22) 118; *Jablonek*, Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533 (534 f).
- 27) *Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 79 f; *Schmidt*, Gerichtliche Vorerhebungen und Bundesverfassung, JBl 1991, 701 (703).
- 28) Eine Durchbrechung annehmend für Vorschlagsrechte VfSlg 7376/1974; 14.076/1995; für Anträge des Staatsanwalts an das Gericht *Harbich*, Trennungsgrundsatz und Strafprozeß, in FS *Walter* (1991) 189 (209); *Schmidt*, Verfassungswidrigkeiten im Strafrechtsänderungsgesetz 1987, JBl 1989, 137 (143); *Hauenschild*, RZ 2000, 191, 193; *Funk/Öhlinger*, Strafprozessreform und Verfassungsrecht (2002) 37 FN 113, 63, 69 f. Für Zulässigkeit hingegen *Walter* (FN 22) 120.
- 29) *Heller*, Sozialversicherungsrecht und Bundesverfassung. Gutachten 1. ÖJT (1961) 131 ff; *Novak*, Quasi-Instanzenzüge im österreichischen Recht, ZfV 1976, 53 (55 ff); *Öhlinger*, Entscheidungsanmerkung, ZAS 1977, 225 (225 ff); *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 443 (452); *Killmann*, Ungelöste Rechtsfragen der sukzessiven Zuständigkeit zur Festsetzung der Enteignungsschädigung und Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZfV 2009, 361 (365 f mwN).
- 30) *Hauenschild*, RZ 2000, 191 ff; *Walter/Zeleny*, Über einige verfassungsrechtliche Probleme im Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes, ÖJZ 2001, 876 (877 f); *Funk/Lachmayer*, Der Staatsanwalt im Verfassungsgefüge, in *Pilgermair* (Hrsg), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) 31 (40, 54); *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 409 (419 ff); *Schindler*, Das Verhältnis der Akteure, SlAK-Journal 2008, 38 (47 f); *Rzeszut*, Strafprozessuale Reformtendenzen auf dem Weg in die Verfassungsemigration, in FS *Machacek/Matscher* (2008) 1047 (1054 ff); *Fuchs*, Die Strafprozessreform in rechtsdogmatischer Hinsicht, in *BMJ* (Hrsg), 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie (2008) 5 (13); weiters zum *Miklau/Szymanski-Modell Harbich* (FN 28) 201 ff.

31) Teile der Literatur hatten schon vor Schaffung des Art 90 a B-VG die Staatsanwälte der Justiz zugeschlagen: *Machacek*, Rechtsschutz im Strafverfahren und Verfassung, AnwBl 2002, 620 (622 f); *Bierlein/Strasser*, Zur Zukunft des Staatsanwaltes, in FS *Steininger* (2003) 293 (301 f, 308); *Moos*, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Vorverfahren, in *Pilgermair* (Hrsg), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) 59 (76 f); *Rainer*, Rollenverständnis und Rollenkonflikte betrachtet unter dem Aspekt des Leitbildes des Staatsanwaltes und der Ethik, RZ 2006, 90 (91).

32) *Funk/Öhlinger* (FN 28) 42 ff, die Art 90 Abs 2 B-VG und Art 94 B-VG als abwägungsfähige Prinzipien begreifen und die Strafprozessreform als verfassungsgemäß erachten, weil Einbrüche in den Trennungsgrundsatz durch eine Stärkung des Anklagegrundsatzes kompensiert werden.

33) So *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972) 555 f; *Schmidt*, JBl 1989, 141 ff; *ders*, JBl 1991, 704 f; *Weiß*, Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Aspekte im Verhältnis von Sicherheitspolizei und Strafrechtspflege, in FS *Moos* (1997) 197 (215); *Hauenschild*, RZ 2000, 186 f, 193; ansatzweise auch VfSlg 14.076/1995.

34) *Funk*, Zur Reform des strafrechtlichen Vorverfahrens: Verfassungsrechtliche Aspekte und Beziehungen zum Sicherheitspolizeirecht, in *BMJ* (Hrsg), Entwicklungslinien im Straf- und Strafprozeßrecht (1996) 81 (102); *Funk/Öhlinger* (FN 28) 47 f, mit vergleichenden Hinweisen. Anders *Harbich* (FN 28) 201 f, nach dessen Auffassung Ermittlungstätigkeit nicht als Rsp beurteilt werden kann.

er auch kein Tunnel sein, der unter der Trennungsmauer hindurchführt.

Über die Reform den Stab brechen will ich damit aber noch nicht. Davor bleibt eine dritte Rettungsgasse zu prüfen, die quer durch die Mauer läuft: Könnte es nicht sein, dass unsere Interpretation des Trennungsgrundsatzes falsch ist? Mir ist bewusst, dass ich vielen unter Ihnen durch die Frage allein schon viel zumute. Unabhängig davon wäre ich schlecht beraten, es mit dem Kopf durch die Wand zu versuchen. Wenn eine Mauer im Weg steht, ist es fast immer besser, sie auf Risse zu inspizieren, auf hohle Stellen abzuklopfen und auf Übergänge im Material zu untersuchen.

C. Irritationen

Wie alle Öffentlichrechtler meiner Generation bin ich mit diesen Dogmen aufgewachsen, und lange habe ich mir bei ihnen nichts gedacht. Es stand in allen Lehrbüchern, darin waren sich reine Lehrer und kritische Werter vollkommen einig, nicht einmal Innsbrucker Renegaten hatten daran etwas auszusetzen, es fand sich auch im Kommentar von *Ringhofer*³⁵⁾ und musste schon deshalb richtig sein. Irgendwann aber habe ich zu zweifeln begonnen, weil mich einiges befremdet hat.

Die erste Irritation war ganz vordergründig. Studenten hatten und haben Mühe, mit dem Trennungsgrundsatz etwas anzufangen. Viele merken sich nicht einmal die vier Verbote. Die meisten repetieren eingelernte Sätze, können sie aber nicht anwenden. Und spätestens dann, wenn die Rede auf die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts kommt, steigen auch ausgezeichnete Leute aus. Das ist für mich immer ein Alarmsignal gewesen. Wenn ein Student etwas nicht versteht, dann kann das 100 Gründe haben. Wenn ein ganzer Hörsaal nicht mitkommt, dann bleiben meist nur zwei Gründe übrig. Entweder man hat schlecht erklärt, oder es gibt nichts zu verstehen. Vor diese Alternative gestellt, entscheide ich mich nicht ungern für die zweite Antwort. Vielleicht, so habe ich bei mir gedacht, gibt es hier wirklich nichts zu verstehen.

1. Europäische Isolierung

In der Skepsis bestärkt haben mich die Reaktionen deutscher Kollegen, die in den letzten Jahren nach Österreich berufen worden sind. *Otto Lagodny*, ein Strafrechtler, und *Stefan Storr*, ein Öffentlichrechtler, haben unabhängig voneinander berichtet, dass die Konfrontation mit dem Trennungsgrundsatz für sie ein fast schon traumatisches Erlebnis war, eine Art kultureller Schock.³⁶⁾ In umgekehrter Richtung haben wir im Umgang mit der Menschenrechtskonvention ähnliche Erfahrungen gemacht, und diese Erfahrungen werden sich mit der Grundrechtecharta wohl wiederholen.³⁷⁾ Jede andere Verfassung, jeder moderne Grundrechtskatalog eröffnet dem Bürger den Zugang zum Richter, wenn er mit der Verwaltung im Streit liegt. Wir hingegen, so scheint es, sitzen in einem gallischen Dorf am Rande Europas, dessen Verfassung den Verwaltungsstaat hochhält und in jeder gerichtlichen Einwirkung auf die Verwaltung verbotene Einmischung sieht.

Auch diese Beobachtung ist natürlich noch kein juristisches Argument. Unser Sonderweg lässt sich gut damit erklären, dass sich das B-VG in diesem Punkt

eben von den übrigen Verfassungen unterscheidet, und zwar schon im Text. Nur die Verfassung der Slowakischen Republik vom 1. 9. 1992 enthält in Art 141 Abs 2 eine ähnlich scharfe Bestimmung, nach der die Rsp in allen Instanzen von den sonstigen Staatsorganen getrennt erfolgt. Die anderen Verfassungen begnügen sich mit Gewaltengliederungsklauseln, die viel allgemeiner und vager gehalten sind.

2. Richterliche Befehle

Und doch: Ein zweiter Punkt, der mich stutzig gemacht hat, sind die richterlichen Befehle, die unsere Grundrechtsordnung kennt. Schwere Eingriffe in wichtige Grundrechte sind der Verwaltung versperrt, weil es dazu eine Anordnung des Richters braucht: Ich erinnere an die Beschlagnahme von Briefen, an Hausdurchsuchungen, an manchen Freiheitsentzug.³⁸⁾ Bemerkenswerterweise entstammen diese Richtervorbehalte nicht der EMRK, sie stehen im Staatsgrundgesetz 1867³⁹⁾ und im Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit.⁴⁰⁾ Wir betonen gern, wie wichtig diese genuin nationalen Sicherungen sind, weil sie Schutz durch Organisation und Verfahren bieten. Was bewegt eine Verfassung, die Gerichtskontrolle der Verwaltung strikt ausschließt, ausgerechnet hier eine Ausnahme zu machen? Die Antwort, dass für die wichtigsten Rechtsgüter besondere Regeln gelten, will nicht befriedigen. Wenn der Richter in den schwersten Fällen zum Garanten der Grundrechte gemacht wird, dann doch darum, weil er ganz allgemein dazu taugt.⁴¹⁾ Welche ratio soll es haben, Grundrechtsschutz durch den Richter überall dort zu verbieten, wo die Verfassung ihn nicht explizit verlangt? Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis brauchen einen richterlichen Befehl. Dass die klassische Telefonüberwachung darunter fällt, ist allen klar. Wie es aber mit der Ermittlung von Standortdaten und Verbindungsdaten, mit der Beschlagnahme einer Mailbox, mit der Onlinefahndung oder mit dem Zugriff auf den Mailverkehr in einem sichergestellten Computer aussieht, darüber wird gestritten.⁴²⁾ Die Gesetzgebung ist darob in einer schwierigen Lage. Sie kann nicht auf Nummer sicher gehen und alle Fälle im Zweifel vor den Richter bringen. Sie muss die Abgrenzung punktgenau treffen, weil sie ansonsten entweder den Richtervorbehalt im Grundrecht verletzt oder den Trennungsgrundsatz.

Erstaunlicherweise, und das ist der nächste Grund für Irritation, wird diese Konsequenz aber selten gezogen. Wenn die Gesetzgebung einen polizeilichen Eingriff an einen richterlichen Befehl knüpft, für den es keine grundrechtliche Basis gibt, dann ist der Befehl zwar eine verpönte Justizweisung an die Verwaltung.

35) *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 290 f.

36) *Lagodny*, How the Austrians or Germans do without it? in FS Burgstaller (2004) 409 (416 f); *Storr*, Die österreichische Bundesverfassung – eine Hausbesichtigung, ZfV 2009, 530 (536).

37) Vgl Art 47 GRC, ABI C 2010/83, 389.

38) Dazu *Pernthaler* (FN 12) 579; *Wieser*, Zur materiellen Gewaltentrennung zwischen Justiz und Verwaltung, JBl 2009, 351 (358).

39) Art 10, 10 a, 9 Abs 2 iVm § 1 HausrechtsG, RGBl 1862/88.

40) Art 3 Abs 1, Art 4 Abs 1 PersFrBVG, BGBl 1988/684.

41) Art 3 PersFrBVG zeigt gar, dass die Verfassung den richterlichen Rechtsschutz höher bewertet: vgl *Kopetzki* (FN 23) 220 f mwN.

42) Vgl mwN *Himberger*, Fernmeldegeheimnis und Überwachung (2004) 57 ff.

Das aber fällt uns nicht weiter störend auf, weil wir das befehlsgemäße Verwaltungshandeln taxfrei zum Gerichtsakt erklären und damit das Problem zum Verschwinden bringen.⁴³⁾ Der Auftrag vom Gericht an die Bundespolizei zur Vorführung eines Beschuldigten ist ein Gerichtsakt,⁴⁴⁾ die sicherheitsbehördliche Hausdurchsuchung auf richterlichen Befehl ebenso,⁴⁵⁾ und auch das Handeln der Kriminalpolizei auf Weisung des Staatsanwalts wird neuerdings zum Akt der Gerichtsbarkeit erklärt,⁴⁶⁾ womit sich der Verstoß gegen Art 94 B-VG im Nebel verliert. Die Weisung, obschon unzulässig, immunisiert sich selbst.

Eine letzte Beobachtung in diesem Zusammenhang: Überraschenderweise glauben wir das Märchen von der Zurechnung kraft Weisung nur im Verhältnis zwischen Gericht und Verwaltung, nicht bei Weisungen der LReg an den Bezirkshauptmann und erst recht nicht bei Weisungen des Wirtschaftsministers an das Handelsgericht.⁴⁷⁾ Zwischen diesen Konstellationen dürfte es offenbar einen Unterschied geben. Wir können ihn aber nicht erklären.

3. Sukzessive Kompetenzen

Drittens gibt Anlass zum Nachdenken, dass Prämissen und Ergebnisse nicht immer zusammengehen. Gut sieht man das bei den sukzessiven Kompetenzen. Wenn zunächst die Verwaltungsbehörde entscheidet und dagegen das Gericht angerufen werden kann, dann toleriert der VfGH die Konstruktion solange, als der Bescheid mit der Anrufung außer Kraft tritt und das Gericht die Sache völlig neu aufrollt.⁴⁸⁾ Daran befremdet nicht nur, dass der außer Kraft getretene Bescheid manchmal doch weiterwirkt, vorläufig zumindest, und dass er am Ende eines Gerichtsverfahrens ohne Urteil wieder auflebt. Es leuchtet schon nicht ein, warum das Außerkrafttreten relevant sein soll. Wenn schon das Nacheinander verboten ist, dann kann dieses Detail der Ausgestaltung der Koppelung nur unerheblich sein.⁴⁹⁾

4. Weitere Antinomien

Die Liste der Ungereimtheiten ist damit noch nicht erschöpft. Einen weiteren Eintrag bilden Anträge zwischen Behörden verschiedener Staatsfunktion. Hier gehen die Meinungen wie gesagt auseinander: Jene Auffassung, die den Trennungsgrundsatz als verletzt ansieht, qualifiziert die Anklage durch den Staatsanwalt als Durchbrechung des Art 94 B-VG, die nur deswegen zulässig ist, weil sie im Anklagegrundsatz eine spezielle verfassungsrechtliche Absicherung hat.⁵⁰⁾ Die Konsequenzen für andere Bereiche wie etwa das Exekutionsrecht werden aber nicht gezogen.

Meine Liste ist noch lang; ich könnte die Amtshilfe, die Justizverwaltung, die Befugnis von Verwaltungsbehörden zur Amtsbeschwerde vor dem VwGH, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Amtshaftungssachen, die Bindung der Gerichte an Verordnungen bis hin zur gerichtlichen Kontrolle der Privatwirtschaftsverwaltung als Verletzungen oder Durchbrechungen des Trennungsgrundsatzes thematisieren. Das werde ich Ihnen besser ersparen, nicht aber eine letzte Antinomie, für mich die rätselhafteste von allen. Trotz Art 94 B-VG gehen wir nahezu unisono davon aus, dass unsere Verfassung, wenn auch ungeschrieben, ein rechtsstaatliches Prinzip enthält, das jedem Bürger gerichtli-

chen Rechtsschutz gegen die Verwaltung garantiert, wenn er sich in seinen Rechten verletzt sieht.⁵¹⁾ Wenn wir beides zusammennehmen, haben wir das Lehrbuchbeispiel eines Normenkonflikts vor uns. A und Non-A sind gleichzeitig gesollt. Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist verboten, darf nicht sein, sagt der Trennungsgrundsatz. Nein, ganz im Gegenteil: Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist geboten, muss sein, sagt das rechtsstaatliche Prinzip. Wenn wir das nebeneinander in einem Verfassungsentwurf lösen, wir würden uns an den Kopf greifen und den Autoren raten, sich für einen der beiden Artikel zu entscheiden.

D. Vergewisserungen

Damit endet meine bautechnische Inspektion der Großen Mauer. So imposant sie in der Landschaft steht, es scheint auch Brüche zu geben. Noch immer wäre es aber fatal, auf sie frontal loszugehen in der Hoffnung, sie zum Einsturz zu bringen. Die Mauer besteht ja nur in unseren Köpfen. Ich versuche es daher wieder auf einem Umweg und lade Sie auf einen zweiten Rundgang ein. Diesmal ist es eine baugeschichtliche Exkursion. Ich möchte zeigen, wann die Mauer gebaut worden ist, welche Motive es gab und wer welchen Anteil hatte.

1. Rechtspflege und Verwaltung unter der Dezemberverfassung 1867

Damit bitte ich Sie auch schon, mir in den Dezember 1867 zu folgen und einen Blick auf Art 14 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt⁵²⁾ zu werfen. Dort heißt es: „Die Rechtspflege wird von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“ Ein halbes Jahr später, im Gesetz über die Einrichtung der politischen Behörden,⁵³⁾ ist aus dem Futurum ein Präsens geworden: „Die politische Verwaltung ist [...] getrennt“, können wir in § 1 lesen. Das zeigt, was mit der Garantie vor allem bezweckt war: Behördliche Hybride wie die gemischten Bezirksämter sollen der Vergangenheit angehören.

Ist dem Art 14 StGG-rG darüber hinaus das Gebot zu entnehmen, jede Sache entweder vor das Gericht oder die Verwaltungsbehörde zu geben? Die Materialien deuten in diese Richtung. Damit besagter Artikel ins Leben treten könne, sei nicht nur die strenge Durchführung des Trennungsprinzips bei der Organisation der Behörden nötig, sondern auch die Garantie dafür, dass beide Gewalten „die ihnen gezogenen Grenzen nicht überschrei-

43) Vgl etwa *Walter* (FN 22) 41 f, wenn er Gerichtsbarkeit eingrenzt als „sämtliche Organtätigkeit, die durch den Richter determiniert wird“; ferner *Kranewitter* (FN 2) 40.

44) VfSlg 6175/1970; 8248/1978; ebenso für Haftbefehle VfSlg 8921/1980, für Anhaltungen im Jugendheim VfSlg 9152/1981, für Vollstreckungsdienstmaßnahmen VfSlg 9865/1983. Dazu eingehend *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 44 f mwN, 165 ff.

45) VfSlg 4360/1963; 6815/1972; 7203/1973; 8905/1980; 10.457/1985; VwGH 6. 7. 1999, 96/01/0061.

46) *Vogl*, Staatsanwaltschaft und StPO-Reform, JRP 2008, 121 (125); *Fuchs* (FN 30) 11, 12 f.

47) Vgl zu § 88 Abs 1 StPO aF *Harbich* (FN 28) 193 ff mwN.

48) VfSlg 3236/1957; 3424/1958; 4359/1963; 6537/1971; 9737/1983; 10.452/1985.

49) *Walter* (FN 22) 117.

50) *Harbich* (FN 28) 209; *Schmidt*, JBl 1989, 143.

51) Vgl nur VfSlg 13.223/1992; 13.834/1994; 14.769/1997; 16.327/2001; 16.772/2002.

52) RGBl 1867/144 (idF: StGG-rG).

53) RGBl 1868/44.

ten“.⁵⁴⁾ Dafür soll die Kompetenzgerichtsbarkeit dienen, die beim Reichsgericht konzentriert ist, weil die normale Justiz hier Richter in eigener Sache wäre, und diese Kompetenzgerichtsbarkeit soll eine Bürgschaft für die Wirksamkeit der Trennung darstellen.⁵⁵⁾ Wenn das so ist, dann hat die Verteilung der Aufgaben auf Justiz und Verwaltung mit ihrer Trennung etwas zu tun.

Wie scharf aber muss diese Trennung durchgeführt werden? Ist die Befassung beider Gewalten mit derselben Sache, ist die wechselseitige Kontrolle verboten? Ganz und gar nicht, lautet die Antwort. Der nachfolgende Art 15 StGG-rG enthält nämlich Bestimmungen, die das Hintereinander ebenso fordern wie die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung überhaupt. Wenn eine Verwaltungsbehörde über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, dann kann jede Partei die Sache vor den ordentlichen Richter bringen. Für solche Streitigkeiten ist also der ordentliche Rechtsweg durch die Verfassung zugleich eröffnet und garantiert. Gegen sonstige Rechtsverletzungen gibt es ebenfalls einen Rechtszug, nämlich den Gang zum VwGH.

Auch ein Verbot gewaltenübergreifender Weisungen hätten die Verfassungsväter weit von sich gewiesen. Dass niemand, weder der Monarch noch eine Verwaltungsbehörde, dem Richter etwas anschaffen darf, wird oft betont, aber eben nur im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit.⁵⁶⁾ Richterliche Befehle an die Verwaltung hingegen sind als Gewähr von Recht und Freiheit willkommen, die Grundrechte fordern sie mitunter zwingend ein.⁵⁷⁾

Die Frage war also nach der Dezemberverfassung nicht, ob die Verwaltung kontrolliert wird, die Frage war nur, welcher Zweig der Gerichtsbarkeit dafür zuständig war. Art 15 Abs 1 StGG-rG, der darauf die Antwort geben sollte, brachte eher Nebel als Licht in die Sache.⁵⁸⁾ Man kann es der Praxis nicht verübeln, wenn sie mit ihm wenig anzufangen wusste. Eines war aber in der Monarchie unbestritten: Der Gesetzgeber konnte, soweit der Sinn des Art 15 dunkel war, frei bestimmen, ob eine Sache nach der Verwaltungsbehörde vor dem ordentlichen Gericht oder dem VwGH ausgefochten werden sollte. Das VwGG 1875 nahm dementsprechend in § 3 lit a jene Angelegenheiten von der Kognition des VwGH aus, die den ordentlichen Gerichten zugewiesen waren.

2. Justiz und Verwaltung unter dem B-VG 1920

Die nächste Station ist der Oktober 1920. Hat sich durch die Stammfassung des B-VG Entscheidendes geändert? Dem Textbefund nach nicht, alle wesentlichen Elemente sind unverändert weiter da. Aus der Rechtspflege ist im Abs 1 des Art 94 B-VG die Justiz geworden; die Garantie des Zugangs zu den ordentlichen Gerichten gegen Entscheidungen über privatrechtliche Ansprüche folgt als zweiter Abs und ist durch einen Gesetzesvorbehalt abgeschwächt; der Abs 3 sichert einer Mischbehörde aus Richtern, Verwaltungsbeamten und Sachverständigen in der Bodenreform das Sagen. Der Art 15 Abs 2 StGG-rG ist in das Sechste Hauptstück gerutscht, und dort findet sich auch die der Dezemberverfassung noch fremde, aber aus dem VwGG 1875 geläufige Klausel, dass alle den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Angelegenheiten von der Zuständigkeit des VwGH ausgenommen sind.⁵⁹⁾

Das lässt wiederum nur zwei Schlüsse zu. Erstens: Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist völlig normal, geregelt wird wieder nur, welcher Gerichtszweig zuständig ist. Zweitens: Diese Entscheidung trifft die Gesetzgebung, und sie ist hierin durch den Trennungsgrundsatz nicht präjudiziert. Das ist im Übrigen auch bei *Kelsen/Fröhlich/Merkel* zu lesen, die damit noch kein Problem haben, sondern die Unzuständigkeit des VwGH für konsequent halten, weil bei Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts eben „der Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit – gerichtliche Kontrolle der Verwaltung – auf anderem Wege erfüllt“ werde.⁶⁰⁾ Ansonsten verstehen sie den Art 94 B-VG als Gebot penibler organisatorischer Scheidung und erwägen kurz, ob das auch ein Verbot des Einsatzes aktiver Verwaltungsbeamter in Gerichten bedeute, um den Gedanken wieder zu verwerfen.⁶¹⁾ Mehr, und das ist bezeichnend, steht weder bei ihnen noch bei anderen Autoren.⁶²⁾

Im Jahr 1929, und das ist meine dritte Station, passieren aber wichtige Dinge. Erstens wird Art 94 Abs 2 B-VG, der für eine justizstaatliche Totgeburt⁶³⁾ recht lebenskräftig war, nach guten 60 Jahren Aktivdienst in die Pension geschickt. Aus den Protokollen⁶⁴⁾ erfahren wir, dass *Schuschnigg* den Streichungsvorschlag damit begründet, die Bestimmung sei inhaltlich selbstverständlich, aber missverständlich. *Bauer* setzt sein Bedauern dagegen, ein alterwürdiges Verfassungsrequisit zu verabschieden, das könne nur Anlass zu irrigen Interpretationen geben. *Mannlicher* berichtet über die Kontroversen, die es seit der Monarchie um die Bestimmung gibt, und ihre zunehmende Bedeutungslosigkeit. *Fröhlich* meint, der Begriff Privatrecht sei theoretisch sehr umstritten. *Coreth* zieht Bilanz und hält fest, dass der einfache Gesetzgeber den Art 94 Abs 2 B-VG ohnehin aushebeln kann. Durch die Streichung ändere sich nichts daran, dass es „jedem Bundes- und Landesgesetz“ frei

54) Bericht des Verfassungsausschusses, zit nach: Die neue Gesetzgebung Österreichs I (1868) 398 (400).

55) Bericht des Verfassungsausschusses (FN 54) 401.

56) Bericht des Verfassungsausschusses (FN 54) 426. Aus der Literatur *Ulbrich*, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts (1883) 697.

57) Art 8 Abs 2, Art 9 Abs 2, 10 StGG, RGBl 1867/142.

58) Aus der umfangreichen Literatur vgl nur *Menger*, System des österreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung (1876) 217 ff; *Ullmann*, Das österreichische Zivilprozessrecht² (1887) 47 ff; *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (1886) 247 ff; *Lemayer*, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (Verwaltungsgerichtsbarkeit), [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 1902, 1 (205 ff).

59) Art 131 Z 2 B-VG.

60) *Kelsen/Fröhlich/Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 244 f.

61) *Kelsen/Fröhlich/Merkel* (FN 60) 193. Vgl dazu nunmehr VfSlg 13.232/1992.

62) Vgl *Adamovich*, Grundriss des österreichischen Staatsrechts (1927) 174 f, 346 mit FN 1; *Adamovich/Fröhlich*, Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder (1925) 36; *Frisch*, Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1932) 125 ff; *Sperl*, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege I/1 (1925) 35 ff, 46 ff. – Ausnahme von der Regel: *Layer*, VVDStRL 5 (1929) 129 ff, der reformatorische Entscheidungen ordentlicher Gerichte nur in den Grenzen des Art 94 Abs 2 B-VG akzeptiert, gegen eine kassatorische Funktion aber keine Bedenken hat.

63) So *Winkler*, Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Österreich, in *Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Hrsg), Gerichtsschutz gegen die Exekutive II (1969) 836, zit nach *ders*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 137 (149).

64) Protokoll der 3. Sitzung des Verfassungsunterausschusses v 31. 10. 1929, zit nach *Berchtold*, Die Verfassungsreform von 1929 Teil II (1979) 145 (150).

steht, „die Anrufung des Gerichts zu normieren“; sie mache aber eine explizite Stellungnahme der Legislative notwendig, die heute vielfach vermisst werde. Damit ist das Thema erledigt, die Streichung besiegelt.

Die Absichten sind demnach klar: Die Gerichtsgarantie in Privatrechtssachen war einerseits schwer zu deuten, andererseits durch einen Gesetzesvorbehalt durchlöchert, sodass man dem Gesetzgeber genauso gut völlig freie Hand lassen konnte. An einen Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz dachte niemand auch nur im Entferntesten.

Und doch hat sich etwas geändert, denn es gibt eine zweite Streichung: Der Abschnitt über die Verwaltungsgerichtsbarkeit wird komplett neu gefasst, und im Zuge dieser Reform verschwindet die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte als Unzuständigkeitsgrund des VwGH. Die Streichung wird weder erklärt noch diskutiert. Die Verfassung 1934 macht sie in Art 164 Abs 5 umgehend rückgängig. Nach 1945 ist sie allerdings, weil im Jahre 1933 vorhanden, wieder da. Das hat Konsequenzen, die von den Politikern niemand beabsichtigt hat und die von den Verfassungsdienstexperten im Ausschuss entweder niemand gesehen hat⁶⁵⁾ oder niemand sehen wollte. Sie sind schnell gezogen. Für die Gesetzmäßigkeitskontrolle der Bescheide ist nunmehr exklusiv der VwGH zuständig, für eine Betrauung der ordentlichen Gerichte gibt es keinen Raum. Das liegt aber mitnichten daran, dass dem Trennungsgrundsatz plötzlich ein Kontrollverbot zugewachsen wäre aus dem Nichts heraus. Das liegt allein daran, dass die Bescheidprüfung jetzt bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts konzentriert ist.⁶⁶⁾ Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist weiterhin eine Selbstverständlichkeit.⁶⁷⁾ Neu ist nur das Monopol des VwGH. Mehr war nicht, und mehr ist bis heute nicht.

Dieses Monopol bezog und bezieht sich allerdings nur auf Bescheide.⁶⁸⁾ Die Einführung einer Beschwerde gegen Maßnahmen im Jahr 1975 hat als bloße Lückenschließung⁶⁹⁾ die bestehenden Zuständigkeiten der ordentlichen Gerichte zur Prüfung faktischer Amtshandlungen unberührt gelassen, und auch die Verlagerung der Prüfung auf die Verwaltungsgerichte hat hieraus keine Exklusivkompetenz gemacht.⁷⁰⁾ Selbst wenn es anders wäre, hätte es mit Art 94 B-VG nichts zu tun.

Ein Mann sah dies freilich anders, und es war seltsamerweise jener *Emerich Coreth*, der im Verfassungsausschuss noch beteuert hatte, dass ohnehin alles beim Alten bleibe, dass die Gesetzgebung das Sagen behalte. In einem Aufsatz aus dem Jahr 1930 erklärte er die bisherige Auslegung des Art 94 B-VG für unbefriedigend und er postulierte einen weitergehenden Gehalt.⁷¹⁾ Aber wie es mit juristischen Innovationen oft geht, blieb der Aufsatz 25 Jahre lang unbeachtet. 1955 änderte sich das grundlegend: Der VfGH übernahm seine Thesen und er baute das Mäuerchen, das die Konstituante 1867 durch den Garten des gemischten Bezirksamts gezogen hatte, zur heutigen großen Mauer aus. Wie das vor sich ging, sei nunmehr mit groben Strichen skizziert.

3. Die Rechtsprechung des VfGH zu Art 94 B-VG

In der Zwischenkriegszeit hatte der Gerichtshof den Trennungsgrundsatz noch als reine Organisationsnorm

verstanden und ihn auf das Verbot von Mischbehörden beschränkt.⁷²⁾ Aus der Reihe fiel nur ein Erkenntnis aus 1923, in dem eine Verordnung als verschleierte Verfügung aufgehoben wurde mit der Begründung, es gehe wegen Art 94 B-VG nicht an, das Gericht an einen individuellen Verwaltungsakt zu binden.⁷³⁾ Heute sind wir vom Gegenteil überzeugt und glauben mitunter, dass eben wegen Art 94 B-VG wechselseitige Bindung herrscht. Das zeigt, wie viel sich nach dem Krieg geändert hat.

In VfSlg 2683/1954, der ersten Entscheidung, die Interesse verdient, stand ein Instanzenzug von der Rechtsanwaltskammer an den OGH auf dem Prüfstand. Der VfGH kassierte die Regelung, weil das B-VG in der Fassung von 1929 dem VwGH „die ausschließliche Kompetenz zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Bescheiden vorbehalten“ und damit „die Kompetenz der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen“ habe. Über den Trennungsgrundsatz verlor er kein Wort.

Ein halbes Jahr später erfolgt mit VfSlg 2778/1954 die entscheidende Wende. Es geht um dasselbe Problem, diesmal um den im MietenG vorgesehenen Rechtszug von der Mietenkommission ans Gericht. Der VfGH geht zu, dass diese Konstruktion in der Monarchie unproblematisch war, weil es im Gesetz eine Ausnahme gab. 1920 habe sich das geändert, das B-VG kenne keinen vergleichbaren Vorbehalt mehr. Das ist, wie wir gesehen haben, schlicht und ergreifend falsch. Richtig ist hingegen wieder die Konsequenz, die der Gerichtshof zieht: Die Regelung ist verfassungswidrig, weil sie in das Bescheidprüfungsmonopol des VwGH eingreift, das es seit 1929 gibt. Damit hätte man sich begnügen können.

Der Gerichtshof fügt aber ein weiteres Argument an, das sich schon durch den Konjunktiv als *obiter dictum* zu erkennen gibt und in einen Verstoß gegen den Trennungsgrundsatz mündet. Dieser Grundsatz beziehe sich zwar nur auf die Organisation. Man müsse aber mitbedenken, dass unter einer Verwaltungsbehörde die organisch verbundene Gesamtheit aller Instanzen zu verstehen sei. Durch die instanzmäßige Zusammenfassung würden daher Verwaltungsbehörde und Gericht, wenn auch nur im Rechtszug, zu einer organisatorischen Ein-

65) Vgl *Adamovich/Froehlich*, Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes² (1930) 92: „Der angeführte Abs 2 war praktisch ohne Bedeutung, weil ohnehin die einfache Gesetzgebung zur Regelung berufen ist.“

66) *Adamovich*, Grundriss des österreichisches Staatsrechtes² (1932) 338 FN 2.

67) *Anders Melichar*, Von der Gewaltentrennung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiete des Strafrechtes, 4. ÖJT I/1 (1970) 75 f; *Mayer*, Kontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte? ÖZW 1991, 97 (98 f, 101), und *Kopetzki* (FN 23) 213 f, die Art 94 Abs 2 als Durchbrechung eines in Art 94 Abs 1 B-VG schon 1920 angelegten Kontrollverbotes auffassen.

68) Ähnlich im Ergebnis trotz anderen Ausgangspunkts *Kopetzki* (FN 23) 217.

69) *Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 74; *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620 (628).

70) *Kopetzki* (FN 23) 223 f; *Thienel*, Das Verfahren der Verwaltungsgerichte² (1992) 151; UVS Wien 8. 10. 2009, UVS-02/11/2969/2009. *Anders Walter/Zeleny*, ÖJZ 2001, 877; *Kneihls*, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004, 150 (159); *Schindler*, SIAK-Journal 2008, 51.

71) *Coreth*, ÖVwBI 1930/19, 3 f.

72) VfSlg 1423/1931; ebenso eng später VfSlg 9109/1981.

73) VfSlg 313/1924.

heit verbunden, gleichsam zu einem gemischten Vollzugsamt gemacht.

Diese Formel „von der verfahrensrechtlichen Verflechtung zu einer organisatorischen Einheit“ ist bis heute ein Kernelement der Judikatur geblieben.⁷⁴⁾ Plausibel klingt sie nur beim ersten Hinhören. Schon wenn man sich fragt, wie das nach der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung funktionieren soll, bricht das Argument zusammen: Die Regelung des Instanzenzugs ist teils Verfahren und teils Materie, so gut wie niemals Organisation.⁷⁵⁾ Wenn man weiter nach den Konsequenzen für administrative Instanzenzüge fragt, so müsste die Kopplung von Bundes- und Landesbehörden im Instanzenzug die Schaffung verbotener, weil keiner Gebietskörperschaft eindeutig zuordenbarer Behörden bedeuten. Das Argument beweist viel zu viel, um richtig zu sein.

Im Folgejahr steht in VfSlg 2902/1955 der Rechtszug vom Disziplinarrat an den OGH zur Entscheidung. Diesmal greift der VfGH die Argumente *Coreths* auf: Art 94 B-VG enthält auch das Gebot, jede Materie zur Vollziehung entweder den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden zuzuweisen, und zwar zur Gänze. Dagegen verstößt eine Regelung, die zur Überprüfung einer Verwaltungsbehörde den OGH beruft. Ergänzend wird die Aufhebung aber auch auf das Bescheidprüfungsmonopol gestützt, und in einzelnen späteren Entscheidungen zieht der VfGH für das gleiche Ergebnis bald den gesetzlichen Richter,⁷⁶⁾ bald das Legalitätsprinzip⁷⁷⁾ heran.

Dieser Aufgabenansatz ist allerdings so breit, dass er jedes Zusammenwirken in derselben Sache unmöglich macht. Davor schreckt der Gerichtshof aber zurück, als er sich zwei Jahre später in VfSlg 3236/1957 wieder mit dem MietenG befassen muss. Dort hat man auf die Aufhebung des Rechtszugs nicht mit der Einrichtung einer Kollegialbehörde reagiert, in der dieselben Richter saßen, die dieselben Bescheide zuvor als Gericht kontrolliert hatten, sondern das Gericht betraut; man hat aber die Schlichtungsstellen belassen und eine sukzessive Kompetenz geschaffen. Der Gerichtshof billigt diese Konstruktion, denn nach ihr liege keine organisatorische Zusammenfassung in instanzmäßiger Gliederung vor. Nach dem Vorjudikat VfSlg 2902/1955 verfehlt das den Punkt. Ein Argument wäre es hingegen im Hinblick auf das verwaltungsgerichtliche Bescheidprüfungsmonopol gewesen. Wenn mit der Gerichtsanhörung der Bescheid ohnehin außer Kraft tritt, dann gibt es nämlich einerseits am Judenplatz nichts mehr zu tun und das Gericht übernimmt andererseits keine dem VwGH vorbehaltene Prüfung.

Niemand weiß um die Schwäche der Begründung besser als der VfGH selbst. Es zieht kein Sommer ins Land, und er zieht gleichartige Regelungen, diesmal im ASVG, in Prüfung. Aber in VfSlg 3424/1958 sieht er wieder keinen Verfassungsverstoß und wieder klopf er das Gesetz nur darauf ab, ob es in die Bescheidprüfungsbefugnis der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts einbricht. Darüber hinaus geht nur die Feststellung, Versicherungsträger und Sozialgericht würden nicht organisch zur Einheit verbunden – wieso, bleibt offen. Eine Begründung für die unterschiedliche Beurteilung liefert er aber beiläufig im Jahr 1963 nach: Das eine führt zu einer Überordnung des Gerichts über die Verwaltungsbehörde, das andere nicht.⁷⁸⁾ Damit kommt mit der Über-

ordnung auch der Souveränitätstopos⁷⁹⁾ ins Spiel, und das Formelrepertoire ist weitgehend komplett.

Die weitere Entwicklung der Rsp kann hier auf sich beruhen, sie ist für meine Zwecke nicht mehr von Interesse. Was ich zeigen will, sollte bis jetzt schon klar geworden sein. Die Rsp gründet auf zwei Prämissen, die beide falsch sind. Weder können Verfahrensverbindungen Organisationseinheiten schaffen, noch schließt es der Trennungsgrundsatz aus, dass eine Sache in der Instanz vor die andere Staatsfunktion kommt. Dass beide Prämissen falsch sind, gesteht im Grunde auch der Gerichtshof zu, indem er mit dem Instanzenzug und der Überordnung Zusatzprämissen einführt, die vom Himmel fallen und die immanent nur den Zweck haben können, den Ausgangsprämissen die Spitzen zu nehmen. Eben weil sie vom Himmel fallen, haben sie aber den unschätzbaren Vorteil der Schmiegsamkeit, bei der Beurteilung des Nebeneinander wie des Nacheinander. Ein Antrag ist bald ein Verstoß, weil er mit seinen Bindungen eine Überordnung bewirkt,⁸⁰⁾ bald unproblematisch, weil er die Souveränität des Entscheiders nicht tangiert,⁸¹⁾ die sequenzielle Befassung von Verwaltungsbehörde und Gericht mit derselben Sache ist bald verbotener Instanzenzug, der zu einer organischen Verbindung führt, bald erlaubte Sukzessivkompetenz. Dahinter steht mit dem Bescheidprüfungsmonopol des VwGH aber immerhin ein richtiger Gedanke.

4. Trennungsgrundsatz und Gewaltenteilung

Es dauert noch bis in die 1970er-Jahre, bis die vier Kernelemente des Trennungsgrundsatzes in den ersten Verfassungsrechtslehrbüchern auftauchen,⁸²⁾ aber ungefähr 100 Jahre nach Baubeginn ist die große Mauer komplett. Das führt mich zur letzten Frage: Was steht hinter dem Weiteraufbau nach dem Krieg? Gibt es dafür Gründe oder wenigstens Anlässe, gibt es Vorbilder? Welche Funktionen soll der neue Wall erfüllen? Die Richter abwehren wie dereinst die Mongolen? Die Verwaltungsbeamten am Ausbrechen hindern aus dem Paradies der Werktätigen?

Wenn wir in die Lehrbücher blicken – und mehr haben wir nicht zum Thema –, dann sehen wir, dass der

74) VfSlg 3236/1957; 3917/1961; 5630/1967; 6537/1971; 7882/1976; 10.452/1985; 11.879/1988; 16.772/2002; 16.797/2003; 17.083/2003.

75) Dazu *Pernthaler*, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der Verwaltungsorganisation (1976) 10 ff; *Stoitzner*, Ist der Organisationsgesetzgeber berechtigt, Zuständigkeitsnormen zu erlassen? ÖJZ 1986, 135 (137 ff); *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁹ (2003) Rz 37, 39; *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ (2009) 63 f. – Ausnahme von der Regel ist die Selbstverwaltung; vgl zur Gemeinde etwa VfSlg 5415/1966.

76) VfSlg 2909/1955; 3424/1958 (kumulative Anführung neben Art 94 B-VG); VfSlg 3161/1957; 6936/1972 (alleiniger Prüfungsmaßstab).

77) VfSlg 11.259/1987.

78) VfSlg 4359/1963.

79) Er begegnet zuvor schon in VfSlg 2842/1955, später wieder in VfSlg 6537/1971; 10.452/1985. Vgl aber die Klarstellung in VfSlg 18.449/2008, dass die Eröffnung eines Instanzenzuges gegen einen verwaltungsbehördlichen Bescheid an ein Gericht durch Verfassungsbestimmung (§ 16 Abs 3 a E-RBG) keine Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG darstellt.

80) VfSlg 7376/1974; 8158/1977.

81) Vgl 12.073/1989; ferner VfSlg 3816/1960; 6185/1970; 8687/1979 (unproblematisches Zustimmungrecht).

82) Vgl *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁸ (1971) 229 f; *Walter* (FN 33) 388 ff; *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1976) 145 f.

Trennungsgrundsatz überall eingewoben ist in die große Erzählung von der Gewaltenteilung. Die Erzählung fällt bald ausführlicher und differenzierter aus,⁸³⁾ bald knapper und prägnanter.⁸⁴⁾ In einer kindergerechten Version – denn Erzählungen müssen kindergerecht sein – lautet sie überall in etwa so:

Am Anfang war der Sonnenkönig, geschaffen von der absolutistischen Theorie, nach dem Ebenbild Gottes, allmächtig wie Gott. Er hat nicht, wie versprochen, den Sonnenstaat errichtet, sondern seine Macht missbraucht. Die kleinen Bürger haben ihn niedergerungen in der großen Revolution. Damit er nicht wieder aufstehen kann und sie neuerlich unterdrücken, wird er in Stücke zerhackt. Die Anleitung dazu findet sich in einem wichtigen Buch, dem „Geist der Gesetze“ von *Montesquieu*, das Beil für die Zerteilung ist die Verfassung. Deren Aufgabe besteht darin, den Bürgern ihre Rechte zu sichern und die drei Gewalten zu trennen. Die reinliche Scheidung von Justiz und Verwaltung dient genau diesem Zweck.

Wenn *Emerich Coreth* das läse, er könnte das Schmunzeln sicher nicht unterdrücken. Denn ihm war klar, dass er mit seinem Aufsatz für eine Gewaltenteilungskonzeption warb, die eine andere Stoßrichtung hatte.⁸⁵⁾ Sie entstammt der französischen Tradition nach 1789, und ihre Pointe zeigt sich erstmals in der berühmten „Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire“.⁸⁶⁾ Wenn wir den Art 13 ihres 2. Titels betrachten, dann sehen wir auf den ersten Blick: Es ist kein oder jedenfalls kein primär organisatorisches Konzept, geschieden werden die Funktionen. Wir sehen weiter, dass es nicht um Schutz für den Bürger und seine Rechte geht, sondern um den Schutz der Verwaltung: Der Richter hat sich jeder Einmischung in die Verwaltung zu enthalten. Er darf den administrativen Körper in seinen Operationen nicht stören und er darf die Verwalter für ihre Amtsgeschäfte nicht belangen, ganz egal, ob es um hoheitliche oder nicht hoheitliche Tätigkeiten, ob es um Rechtsgeschäfte oder um Schäden geht. Diese Gewaltentrennungskonzeption ist das Fundament für die machtvolle französische Verwaltung, die von der Revolution ausgerollt und gegen den Richter systematisch abgeschirmt wird. Denn der Richter ist ständisch verfilzt, er ist monarchisch befangen, er ist demokratisch nicht legitimiert.⁸⁷⁾

Franz Graf Saurau, Regierungspräsident von Niederösterreich, dürfte die Entwicklung genau beobachtet und aus ihr seine Lehren gezogen haben. In einem großen Vortrag schlug er am 16. 5. 1797 Kaiser Franz II. vor, den richterlichen Sand, der schon Maria Theresia behindert hatte, endlich aus dem Getriebe der Verwaltung zu räumen.⁸⁸⁾ Das geschieht: Um die Jahrhundertwende kommt die gerichtliche Prüfung der Ausübung von Herrschaftsrechten zum Erliegen,⁸⁹⁾ der einigermaßen absolute Monarch hat mit seiner Exekutive freie Bahn. Doch weil Österreich in dieser Epoche nicht regiert, sondern bloß administriert wird, bleiben im Unterschied zu Frankreich die Neuerungen aus.⁹⁰⁾

Das ändert sich mit dem März 1848. Aber der Monarch bäumt sich noch einmal auf, er verhindert straffe verfassungsrechtliche Fesseln, er streift die losen ab und er treibt diesmal die von der Revolution begonnenen Reformen voran.⁹¹⁾ Erst die Dezemberverfassung fängt ihn wieder ein. 1867 bekommt die französische Auffas-

sung von Gewaltenteilung, die die Formierung der modernen Verwaltung wesentlich befördert hat, den Totenschein ausgestellt, dokumentiert im Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichts, dokumentiert in Art 15 StGG-rG. Etwa zeitgleich wird auch Gallien von der Justizstaatsideologie erobert, der Conseil d'Etat zum Verwaltungsgericht aufgewertet.⁹²⁾

Was verfassungsrechtlich für tot erklärt ist, ist deswegen aber noch lange nicht tot. Die Abschirmungs-ideologie behält Einfluss auf die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁹³⁾ In der Zwischenkriegszeit ist sie plötzlich wieder attraktiv, als es in der Auseinandersetzung über die Sever-Ehen die konservativen Gerichte in die Schranken zu weisen gilt,⁹⁴⁾ und sie vermag das mit den Verwaltungsverfahrensgesetzen gestärkte Selbstbewusstsein der Verwaltung⁹⁵⁾ weiter zu stärken. Nach dem Zweiten Weltkrieg erlaubt sie es, der vor der Tür stehenden Menschenrechtskonvention nach dem Abzug der Alliierten eine verwaltungsstaatliche Identität Österreichs entgegenzusetzen.⁹⁶⁾ Wie bei den meisten Identitäten handelt es sich um ein Konstrukt, das primär symbolische Bedeutung hat. Für alle wichtigen Fragen – Amtshaftung, staatsrechtliche Verantwortlich-

83) *Winkler* (FN 24) 234 ff; *Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 151 (153 ff).

84) *Kahl/Weber* (FN 12) Rz 101.

85) Vgl *Coreth*, ÖVwBl 1930/18, 2.

86) Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Serie 1 Bd 18 (1884) 104 (105).

87) *Merkel/Voegelin*, Le régime administratif, in Mémoires de l'Académie Internationale de Droit comparé II/3 (1936) 126, zit nach: *Merkel*, Gesammelte Schriften III/1 (2006) 349 (350): „Die Verwaltungsgesetze von 1790 und vom Jahr III, welche die Trennung von Justiz und Verwaltung begründen, sind in ihren rigorosen Formulierungen nur aus der revolutionären Wut über das retardierende Element der Gerichtsbarkeit zu verstehen“.

88) *F. Walter* (Bearb.), Die österreichische Zentralverwaltung II/5 (1956) 53 (59): „Alles, was das peinliche verfahren in sich begreift, alles, was das eigentumsrecht nach dem strengsten, aber ächten begriffe der jurisprudence in sich begreift, gehört vor die gerichtshöfe der justizverwaltung; alles übrige muss dem wirkungskreise der politischen behörden ausschliessend zugewiesen seyn und jenes, was der landesfürst kraft seiner obersten gewalt, ich darf sagen, kraft seiner obersten pflicht unternimmt, muss unangetastet bleiben, da er davon nur gott allein rechenschaft schuldig ist“.

89) *Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999) 25 f mwN; für Deutschland *T. Simon*, Öffentliches Recht, in Enzyklopädie der Neuzeit Bd 9 (2009) 338 (356 f).

90) Kurzcharakteristik bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II (1992) 226 f; eingehende Darstellung bei *Hoke*, Österreich, in *Jeserich/Pohl/von Unruh* (Hrsg), Deutsche Verwaltungsgeschichte II: Vom Reichsdeputationshauptschluss bis zur Auflösung des Deutschen Bundes (1983) 345 (347 ff).

91) Überblick bei *Wiederin*, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Österreich, in *von Bogdandy/Cassese/Huber* (Hrsg), Ius Publicum Europaeum III: Verwaltungsrecht in Europa – Grundlagen und Wissenschaft (2010) § 46 Rz 27 ff.

92) *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte⁴ (2004) Rz 1920 ff; *Olechowski* (FN 89) 22 f mwN.

93) Zur Diskussion vgl *Winkler*, Die Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes im Lichte der Gewaltentrennung, in Staatsbürger und Staatsgewalt I (1963) 279, zit nach *ders*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 105 (111 ff); *Olechowski* (FN 89) 61 ff, 82 ff.

94) Dazu *Layer*, VVDStRL 5 (1929) 168 ff; *Kelsen*, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 5 (1929) 222 (223 ff); *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter: Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in *Paulson/Stolleis* (Hrsg), Hans Kelsen (2005) 353 (361 ff).

95) Dazu *Mannlicher*, Der Weg zur rechtlichen Ebenbürtigkeit von Verwaltung und Justiz, in *VwGH* (Hrsg), 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1966) 61 (63 ff); *Thaler*, Vom Wesen und Wert der Verwaltungsverfahrensgesetze, ZÖR 64 (2009) 433 (438 ff, 447 ff).

96) Paradigmatisch *Loebenstein*, Reform der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1968, 1 (4); ihm der Sache nach folgend *VfSlg* 11.500/1987.

keit, gerichtliche Kontrolle der Verwaltung – existieren Sonderbestimmungen, die sich als Ausnahmen deuten lassen, so dass es auf Art 94 B-VG gar nicht ankommt.

E. Nutzenwendungen

Hin und wieder, nicht mehr allzu häufig, wird seine Interpretation aber doch schlagend. Das neue strafrechtliche Vorverfahren ist ein solcher Fall. Damit ich den Untertitel meines Themas nicht völlig verfehle, will ich die Reform abschließend kurz bewerten. Das Ergebnis ergibt sich nach dem Gesagten von selbst. Art 94 B-VG enthält weder ein Verbot verbandsübergreifender Instanzenzüge noch ein Verbot von Aufträgen oder des Zusammenwirkens in derselben Sache. Gerichtliche Kontrolle der Kriminalpolizei ist daher zulässig, Aufträge der Staatsanwälte an die Kriminalpolizei sind möglich. Auch die Weisungsbefugnis der Justizministerin an die Staatsanwälte⁹⁷⁾ ist unproblematisch – obwohl ich die Staatsanwälte für Organe der Gerichtsbarkeit halte –, denn ihnen fehlen die richterlichen Garantien.⁹⁸⁾ In das Prüfungsmonopol der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts greift die Reform ebenfalls nicht ein, kommt sie doch ohne kriminalpolizeiliche Bescheide aus. Nur bei den Parallelzuständigkeiten von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei sehe ich nach dem Seitenwechsel der Staatsanwälte Probleme.⁹⁹⁾ Das ist aber nicht der einzige Grund, weswegen ich mit Art 90 a B-VG nicht glücklich bin.

Eine zweite Nutzenwendung lässt sich für die Verfassungsinterpretation ziehen. Es ist ganz natürlich, dass Rsp wie Lehre zu ständiger normativer Verdichtung der Verfassung und ihrer Maßstäbe tendieren. Problematisch wird es aber, wenn wir sie aus einem verfassungstotalitären Ansatz heraus als Norm begreifen, die auf jede Frage eine Antwort gibt. Dadurch pressen wir ihre meist nur punktuellen Regelungen in ein System, das es nicht gibt, und wir geraten in eine Verdichtungsspirale hinein. Die Geschichte des Trennungsgrundsatzes ist hierfür ein gutes Beispiel. Zuerst haben wir ihn soweit aufgeladen, dass die StPO nur verfassungswidrig sein konnte. Darauf haben wir mit einer Aufladung des Anklagegrundsatzes reagiert. Jetzt wird vorgeschlagen, Trennungsgrundsatz und Anklagegrundsatz als kollidierende Prinzipien zu begreifen und sie gegeneinander abzuwägen.¹⁰⁰⁾ Das hat alles seine immanente Logik, scheint mir aber darauf hinauszulaufen, einen Fehler durch den nächsten zu korrigieren. Wir sollten derartige Kollisionen als Alarmsignal

nehmen und prüfen, ob wir nicht in der Auslegung der Maßstäbe übertrieben haben.

Eine letzte Bemerkung gilt dem Vorverständnis, mit dem wir an die Verfassung herangehen. Aufgrund unserer Geschichte sind wir regelrecht konditioniert, in der Gewaltenteilung ein Instrument zu sehen, das Fremdherrschaft erträglich machen soll. Wir haben eben gesehen, das ist nur eine Seite der Medaille, Gewaltenteilung kann exekutive Macht auch stützen und entfalten. Ich wäre falsch verstanden, wenn der Eindruck entstanden wäre, ich wollte dies als die dunkle Seite von *Montesquieu* desavouieren. Wenn in einem Gemeinwesen Ohnmacht herrscht, dann gibt es in ihm keine politische Freiheit, und die individuelle Freiheit der Schwachen ist durch die Starken bedroht. Nach sechs Generationen unter einer Verfassung könnten wir sie endlich als Rahmen für Selbstbestimmung begreifen, unter dem wir einen politischen Körper bilden, der ähnlich machtvoll, ja ruhig kraftvoller sein darf als der Leviathan. Mit einer Einschränkung freilich: Solange er dabei freiheitsverträglich bleibt. Und damit er freiheitsverträglich bleibt, muss sich die Verwaltung dem Richter stellen und sich von ihm messen lassen am Gesetz. Es ist Größe, Problematik und Tragik der österreichischen Verwaltungsstaatstradition in einem, dass sie wie keine andere Verwaltungstradition der Welt das Gesetz will, aber den Richter ablehnt, der das Gesetz auf Schritt und Tritt begleitet.

97) § 2 Abs 1, § 29 a StAG.

98) Dieses Ergebnis wird allgemein geteilt, seine Begründung bereitet auf Grundlage der hM zu Art 94 B-VG aber einige Mühe: vgl. einerseits *Burgstaller*, Art 90 a B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht 9. Lfg (2009) Rz 33 f; *Faber*, Staatsanwälte als Organe der Gerichtsbarkeit – alles beim Alten? in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg.), Öffentliches Recht Jahrbuch 2009 (2009) 125 (142 f); *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZöR 65 (2010), 269 (275, 277 f), und *Lienbacher*, Ist staatsanwaltliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse? in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg.), Öffentliches Recht Jahrbuch 2010 (2010) 65 (68), die, einem beiläufigen Hinweis in den Gesetzesmaterialien Priorität über mE eindeutige textliche und systematische Befunde einräumend, Art 90 a B-VG als *lex specialis* zu Art 94 B-VG begreifen, andererseits *Heissl/Lehner*, Staatsanwälte in der Verfassung, ZfV 2009, 191 (192 f), die zwischen Gerichtsbarkeit und Justiz differenzieren und die Justiz auf die richterlichen Organe beschränken wollen.

99) Weniger kryptisch: Obwohl ich für ein enges Verständnis der „Sache“ plädiere und obwohl mE weder Art 83 Abs 2 B-VG noch Art 94 B-VG konkurrierende Zuständigkeiten verschiedener (Gerichts- und Verwaltungs-)Behörden ausschließen (unproblematisch etwa § 57 Abs 2 VStG 1991 sowie § 122 TKG 2003; § 10 a E-RBG und § 78 a EISBG), halte ich § 106 StPO mangels hinreichender Bestimmtheit der Kompetenzzuweisung für bedenklich.

100) *Funk/Öhlinger* (FN 28) 44 f, 75 f.

→ In Kürze

Art 94 B-VG enthält weder ein Verbot gewaltentworfender Instanzenzüge noch ein Verbot von Aufträgen oder des Zusammenwirkens in derselben Sache. Gerichtliche Kontrolle der Kriminalpolizei ist verfassungsrechtlich zulässig, Aufträge des Staatsanwalts an die Kriminalpolizei sind möglich.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Ewald Wiederin ist Universitätsprofessor an der Universität Wien. Kontaktadresse: Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Schottenbastei 10 – 16, 1010 Wien. Tel: (01) 4277-35482, Fax: (01) 4277-354 89.

E-Mail: ewald.wiederin@univie.ac.at
Internet: <http://staatsrecht.univie.ac.at/wiederin>

Vom selben Autor erschienen:

Deutschland über alles – Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ÖJZ 2010, 398; Erstaufnahmезentren, Flächenwidmung und bundesstaatliche Kompetenzverteilung, bbl 2010, 83; Die Unverletzlichkeit des Eigentums: Metamorphosen einer verfassungsgesetzlichen Gewährleistung, in FS Rill (2010) 273.

Literatur:

Ennöckl, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, JBI 2008, 409; *Funk/Öhlinger*, Strafprozessreform und Verfassungsrecht (2002); *Vogl*, Staatsanwaltschaft und StPO-Reform, JRP 2008, 121.

