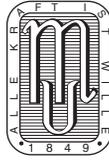




JURIDICUM



VIENNA LAW INAUGURATION LECTURES
Antrittsvorlesungen an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien
Band 2

Gunter Mayr

Bilanzrecht und Konzernbesteuerung in Europa

Christiane Wendehorst

**1811 and all that – das ABGB im Prozess
europäischer Rechtsentwicklung**

Ewald Wiederin

**In allen Instanzen getrennt –
Zum Verhältnis von Justiz und Verwaltung am
Beispiel des strafprozessualen Vorverfahrens**

Brigitta Zöchling-Jud

Die Zukunft des Kreditvertrages

Wien 2010
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-00537-5

© 2010 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@MANZ.at

www.MANZ.at

Datenkonvertierung und Satzherstellung: Jan Donner – Satz und Grafik, 1010 Wien

Ewald Wiederin

In allen Instanzen getrennt

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

- I. Veränderungen:
Die neue Rollenverteilung zwischen Staatsanwalt, Kriminalpolizei und Gericht
- II. Dogmen
- III. Irritationen
- IV. Vergewisserungen
- V. Nutzenwendungen

Wo gefeiert wird, da gibt es Reden. Die Universität, immer schon effizient, verbindet das Angenehme mit dem Nützlichen und sieht für nahezu jeden Anlass einen Fachvortrag vor. Im Nützlichen ist bei Antrittsvorlesungen für den Vortragenden wiederum sehr angenehm, dass sie thematisch alle Freiheit lassen. Vor die Wahl gestellt, bemerkt man aber bald, dass das Genre auch seine Zwänge hat. Etwas Grundlegendes sollte es schon sein, entweder in der Tiefe oder in der Breite. Am Besten sind Überlegungen zum Standort des Fachs und zu den Perspektiven seiner Entwicklung, möglichst gepaart mit einem Forschungsprogramm. Es kann aber auch ein Thema sein, das viele angeht, im Idealfall die Hörer aller Fakultäten.

Mit dem grundlegenden Fokus ist es aber noch nicht getan. Das Thema soll auch ein Anliegen transportieren, denn schließlich ist die Person ja als Professor berufen worden, der Beruf und Berufung hat.

Sie sehen also: Es ist gar nicht so einfach. Nach einigem Nachdenken habe ich mich für ein ökumenisches Thema entschieden, für ein Thema, das zwar nicht die ganze Universität interessieren will, aber doch möglichst viele Fächer der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.

*) Um Anmerkungen erweiterte Fassung meiner am 14. Juni 2010 gehaltenen Antrittsvorlesung. Für Diskussion und Kritik danke ich Manfred Burgstaller, Clemens Jabloner, Christian Kopetzki, Franz Merli, Magdalena Pöschl, Robert Schick, Susanne Unger und Ulrich Zellenberg.

Schon das ist mir Anliegen, denn die juristischen Fächer kapseln sich mehr und mehr von einander ab. So nachvollziehbar das ist, es hat seine Nachteile. Erstens haben wir uns fachlich etwas zu sagen, weil wir uns, wenngleich an verschiedenen Ecken und Enden, mit demselben Phänomen befassen. Zweitens bilden wir gemeinsam Studenten aus, die Universaljuristen sein sollen, wenn sie mit Diplom aus der Tür der Universität gehen. Dieses Ausbildungsziel halte ich nicht für überholt, es ist ganz im Gegenteil die einzig sinnvolle Antwort, die es auf jene Spezialisierung gibt, die unsere Absolventen in ihren Berufen erwartet. In einer Welt, in der die Rechtsmasse auf immer mehr Ebenen immer stärker wächst und sich immer schneller ändert, ist als Fundament nichts so unbrauchbar wie Spezialkenntnisse.¹⁾ Gefragt sind Personen, die solide Grundlagen mitbringen, die ihr methodisches Werkzeug beherrschen, die mit Begriffen an der Welt Maß nehmen können und die Welt einfangen mit Begriffen.

Wenn aber unsere Studierenden Grundlagen brauchen, dann müssen auch wir Lehrenden bereit sein, uns an den Grundlagen abzuarbeiten, uns mit den allgemeinen Themen auseinander zu setzen. Das will ich heute versuchen, und ich habe dafür einen aktuellen Beweggrund.

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

Im Jahr 2004 ist im Strafprozessrecht das Vorverfahren grundlegend neu gestaltet worden.²⁾ Der Untersuchungsrichter ist verschwunden. Viel von dem, wofür er zuständig war, haben in der Praxis schon immer die Sicherheitsbehörden erledigt.³⁾ Seit der Reform dürfen sie endlich, was sie seit jeher tun, nämlich ermitteln.⁴⁾ 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.⁵⁾ Er darf deshalb neben der Kriminalpolizei, wie sie nunmehr offiziell heißt,⁶⁾

¹⁾ Markus Müller, Überforderung im öffentlichen Recht? ZBJV 2010, 353 (365 ff).

²⁾ Bundesgesetz, mit dem die Strafprozessordnung neu gestaltet wird (Strafprozessreformgesetz), BGBl I 2004/19.

³⁾ Das wurde im Schrifttum nahezu einhellig als rechtswidrig qualifiziert: vgl statt vieler Aldo Frischenschlager/Alfred Grof, Aktuelle Probleme des strafrechtlichen Vorverfahrens, JBl 1988, 678, 768 (681), Ilse Kranewitter, Die Sicherheitsbehörden im Dienst der Strafjustiz (1990) 28 ff, und Helmut Fuchs/Ingeborg Zerbes, § 24 in Helmut Fuchs/Eckart Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 52. Lfg (2006) Rz 52 ff.

⁴⁾ Vgl § 18 StPO.

⁵⁾ Vgl §§ 19 ff StPO.

⁶⁾ 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“

ermitteln und ihr Ermittlungen auftragen.⁷⁾ Doch auch das Gericht ist nach wie vor im Spiel: Einige Zwangsmittel bedürfen gerichtlicher Bewilligung,⁸⁾ manche Beweisaufnahmen sind ihm vorbehalten,⁹⁾ und vor allem hat es als Rechtsmittelbehörde darüber zu wachen, dass es im Ermittlungsverfahren mit rechten Dingen zugeht.¹⁰⁾

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 Verfassungsgerichtshof landet. Mittlerweile ist es soweit. Der UVS Wien hat letzten Oktober den ersten Antrag gestellt,¹¹⁾ der Verwaltungsgerichtshof ist ihm diesen März mit zwei Anträgen gefolgt,¹²⁾ 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.

II. 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 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.

(Aufhebung durch Art 9 Z 4 BGBl I 2005/100) die Rede. – Eingehende Bestandsaufnahme der Begrifflichkeit in Gesetzgebung und Lehre bei *Andreas Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit (2000) 207 ff.

⁷⁾ §§ 98 Abs 1, 99 Abs 1 StPO.

⁸⁾ §§ 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).

⁹⁾ § 104 StPO.

¹⁰⁾ §§ 106 ff StPO.

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

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

Vier Verbotsgehalte sind es, die jedes Lehrbuch ausweist,¹³ die jeder Kurzkommentar referiert¹⁴ und die jede Jusstudentin schon in den Einführungsveranstaltungen eingeschärft bekommt.¹⁵)

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.

¹³ Ludwig Adamovich/Bernd-Christian Funk, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) 238 f; Ludwig Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhard Holzinger, Österreichisches Staatsrecht Bd 2 (1998) 106 f; Walter Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht² (2008) Rz 388 f; Christoph Grabenwarter/Michael Holoubek, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) Rz 779 f; Arno Kahl/Karl Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2008) Rz 101; Theo Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009) Rz 605 f; Peter Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 573 ff; Bernhard Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 199 ff; Robert Walter/Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 556.

¹⁴ Hans R. Klecatsky/Siegbert Morscher, Die österreichische Bundesverfassung (1981) 82; dies, Das österreichische Bundesverfassungsrecht³ (1982) 459 f; Heinz Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) 331; Christoph Grabenwarter/Brigitte Ohms, Die österreichische Bundesverfassung¹² (2008) 184.

¹⁵ Vgl Bernd-Christian Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹³ (2007) Rz 114, 290; Benjamin Kneih, Verfassungs- und Allgemeines Verwaltungsrecht (2008) 64; Friedrich Kojas, Einführung in das öffentliche Recht (1998) 13; Harald Stolzelechner, Einführung in das öffentliche Recht⁴ (2007) Rz 385; ferner Manfred Stelzer, Grundzüge des Öffentlichen Rechts (2005) 119, allerdings mit deutlichen Vorbehalten hinsichtlich der Ableitbarkeit eines Verbots von Instanzenzügen von Verwaltungsbehörden an die ordentlichen Gerichte.

2. Verallgemeinerungen

Die Beziehungen zwischen den vier Verboten werden klarer, wenn wir sie mit der Rechtsprechung 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 Instanzenzuges 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 Verfassungsgerichtshof 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“.¹⁶⁾

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 Zustandekommen eines normativen Aktes sowohl Gerichte als auch Verwaltungsbehörden beizutragen haben“.¹⁷⁾ 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 Mauer¹⁸⁾ 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,¹⁹⁾ neben Rechtszügen darf es auch keine Befugnisse zur Aufhebung oder Abänderung von Entscheidungen geben,²⁰⁾ genauso wenig wie

¹⁶⁾ VfSlg 6278/1970, 648, im Anschluss an VfSlg 4455/1963, wo diese Konsequenz aber noch aus dem Verbot von Behördenhybriden gezogen wird.

¹⁷⁾ VfSlg 7376/1974, 111; 8158/1977, 240 f.

¹⁸⁾ Das Bild wird erstmals verwendet von *Emerich Coreth*, Die Anfechtung von Verwaltungsbescheiden im ordentlichen Rechtsweg, ÖVwBl 1930/18, 1 (1): „Die gesamte staatliche Vollziehung ist da auf zwei Gebiete verteilt, zwischen denen die Verfassung eine ununterbrochene und unübersteigbare Mauer errichtet.“

¹⁹⁾ VfSlg 6278/1970, 7376/1974, 7882/1976, 8158/1977, 9590/1982, 9737/1983, 9962/1984, 10.300/1984.

²⁰⁾ VfSlg 3019/1956, 4657/1964, 4836/1964, 5630/1967, 5690/1968.

Ermächtigungen, ein Gerichtsverfahren durch Verwaltungsakt für unzulässig zu erklären.²¹⁾ Als unproblematisch gelten hingegen Aufspaltungen eines Lebenssachverhalts in mehrere Sachen,²²⁾ Vorfragebeurteilungen²³⁾ und Tatbestandswirkungen²⁴⁾; Bindungswirkungen werden nachgerade als Konsequenzen der Parität von Justiz und Verwaltung verstanden,²⁵⁾ die offenbar als Idee hinter dem Trennungsgrundsatz steht.²⁶⁾

²¹⁾ VfSlg 3816/1960.

²²⁾ 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 Verwaltungsbehörden entscheidet (VfSlg 7021/1973, VwGH 13.517 A/1991), oder wenn die Zuständigkeitsgrenze bewusst fließend gehalten wird (VfSlg 8349/1978, 13.273/1992).

²³⁾ VfSlg 10.476/1985, 16.772/2002, 16.797/2003, 17.083/2003; *Max Layer*, Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, VVDStRL 1929, 134 ff; *Robert Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 116; *Edwin Loebenstein*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit, JBl 1978, 225, 290 (226 f); *Wolfgang 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).

²⁴⁾ *Layer*, VVDStRL 1929, 146 f; *Heinz Mayer*, Genehmigungskonkurrenz und Verfahrenskonzentration (1985) 34 ff; *Christian Kopetzki*, Unterbringungsrecht Bd I (1995) 215; *Herwig Hauenschild*, Das Zusammenwirken der Strafverfolgungsbehörden – verfassungsrechtliche Fragen zum Entwurf der Strafprozeßreform, RZ 2000, 186 (191).

²⁵⁾ Vgl VfSlg 3180/1957, 3313/1958, 4130/1962, 17.948/2006; VwGH 14. 9. 2004, 2004/06/0074; *Günther Winkler*, Das österreichische Konzept der Gewaltentrennung in Recht und Wirklichkeit, Der Staat 6 (1967) 293, zitiert nach: *ders*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 229 (238); *Loebenstein*, JBl 1978, 232 f; *Gerhard Muzak*, Zuständigkeit ordentlicher Gerichte bei Unterlassung der Vorschreibung nachträglicher Auflagen durch die Gewerbebehörden? AnwBl 1997, 19 (29 FN 71); *Erich Novacek*, Die Einheit der Rechtsordnung im Finanzstrafrecht und Bilanzsteuerrecht, RdW 1997, 235 (237); *Adamovich/Funk/Holzinger* (FN 13) 107 f; *Michael Potacs*, Parallele Anwendung von sektorspezifischen und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TK-Sektor? MR 2009, 335 (336); aus der Gesetzgebungspraxis AB zu 517 BlgNR 6. GP 1. – Bindungswirkung bejahend, ihre Ableitung aus Art 94 B-VG zutreffend ablehnend hingegen *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer* (FN 13) Rz 559; *Martin Spitzer*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Zivilprozess, ÖJZ 2003, 48 (54); *Christian F. Schneider*, Zur Rechtsnatur grundverkehrsbehördlicher Negativbestätigungen, NZ 2004, 33 (36); *Martin Paar*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Amtshaftungsverfahren, ZfV 2008, 2 (7); *Grabewarter/Holoubek* (FN 13) Rz 781. Bindung nur mit Einschränkungen akzeptierend *Winfried Kralik*, Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, JBl 1975, 309; OGH in EvBl 1964/185. Die Bindung der Gerichte an in ihre Zuständigkeit eingreifende Verwaltungsentscheidungen mit guten Gründen verneinend *Layer*, VVDStRL 1929, 163 ff.

²⁶⁾ VfSlg 2842/1955: aus Art 94 B-VG „abzuleitende[n] Selbständigkeit der Behörden beider Ordnungen“.

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,²⁷⁾ mitunter wird aber Art 22 B-VG als *lex specialis* zum Trennungsgrundsatz gedeutet.²⁸⁾ Heftiger umstritten sind Antragsrechte,²⁹⁾ und am heftigsten wird über sukzessive Kompetenzen diskutiert.³⁰⁾

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 zusammen zu zählen, um zu sehen, dass neue Rollenverteilung und Dogmatik sich spießen.³¹⁾

²⁷⁾ *Walter* (FN 23) 118; *Clemens J. Jabloner*, Die Verwaltungsbehörden im Dienst der Strafjustiz, ÖJZ 1978, 533 (534 f).

²⁸⁾ *Friedrich Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 79 f; *Michael Schmidt*, Gerichtliche Vorerhebungen und Bundesverfassung, JBl 1991, 701 (703).

²⁹⁾ Eine Durchbrechung annehmend für Vorschlagsrechte VfSlg 7376/1974, 14.076/1995, für Anträge des Staatsanwalts an das Gericht *Heribert Harbich*, Trennungsgrundsatz und Strafprozeß, in *Heinz Mayer* ua (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS *Walter* (1991) 189 (209); *Michael Schmidt*, Verfassungswidrigkeiten im Strafrechtsänderungsgesetz 1987, JBl 1989, 137 (143); *Hauenschild*, RZ 2000, 191, 193; *Bernd-Christian Funk/Theo Öhlinger*, Strafprozessreform und Verfassungsrecht (2002) 37 FN 113, 63, 69 f. Für Zulässigkeit hingegen *Walter* (FN 23) 120.

³⁰⁾ *Viktor Heller*, Sozialversicherungsrecht und Bundesverfassung, Gutachten 1. ÖJT (1961) 131 ff; *Richard Novak*, Quasi-Instanzenzüge im österreichischen Recht, ZfV 1976, 53 (55 ff); *Theo Öhlinger*, Entscheidungsanmerkung, ZAS 1977, 225 (225 ff); *Robert Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in *Herbert Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 443 (452); zu Rechtsschutzlöchern in Bezug auf Verfahrens-anordnungen und Wiederaufnahmen *Bernd-Roland Killmann*, Ungelöste Rechtsfragen der sukzessiven Zuständigkeit zur Festsetzung der Enteignungsschädigung und Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZfV 2009, 361 (365 f mwN); zu verfahrensrechtlichen Folgeproblemen VfSlg 7273/1974, 13.824/1994, 16.648/2002.

³¹⁾ *Hauenschild*, RZ 2000, 191 ff; *Robert Walter/Klaus Zeleny*, Über einige verfassungsrechtliche Probleme im Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes, ÖJZ 2001, 876 (877 f); *Bernd-Christian Funk/Konrad Lachmayer*, Der Staatsanwalt im Verfassungsgefüge, in *Walter Pilgermair* (Hrsg), Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) 31 (40, 54); *Daniel Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 409 (419 ff); *Thomas Schindler*, Das Verhältnis der Akteure, SIAK 2008, 38 (47 f); *Johann Rzeszut*, Strafprozessuale Reformtendenzen auf dem Weg in die Verfassungsemigration, in *Armin Bammer* ua (Hrsg), Rechtsschutz gestern – heute – morgen, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008) 1047 (1054 ff); *Helmut 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 29) 201 ff.

Es beginnt beim Einspruch wegen Rechtsverletzungen nach § 106 StPO. Er ist ein klassisches verpöntes Rechtsmittel 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 Versuch³²⁾ 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.³³⁾ 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,³⁴⁾ nicht für überzeugend halte. Niemand hat je behauptet, geschweige denn nachgewiesen, es sei unmöglich oder auch nur schwierig, den

³²⁾ Teile der Literatur hatten schon vor Schaffung des Art 90 a B-VG die Staatsanwälte der Justiz zugeschlagen: vgl *Rudolf Machacek*, Rechtsschutz im Strafverfahren und Verfassung, *AnwBl* 2002, 620 (622 f); *Brigitte Bierlein/Gottfried Strasser*, Zur Zukunft des Staatsanwaltes, in *Walter Pilgermair* (Hrsg), *Festschrift für Herbert Steininger* zum 70. Geburtstag (2003) 293 (301 f, 308); *Reinhard Moos*, Die Stellung der Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Vorverfahren, in *Walter Pilgermair* (Hrsg), *Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert* (2001) 59 (76 f); *Eckart Rainer*, Rollenverständnis und Rollenkonflikte betrachtet unter dem Aspekt des Leitbildes des Staatsanwaltes und der Ethik, *RZ* 2006, 90 (91).

³³⁾ *Funk/Öhlinger* (FN 29) 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.

³⁴⁾ So *Robert Walter*, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System* (1972) 555 f; *Schmidt*, *JBl* 1989, 141 ff; *ders*, *JBl* 1991, 704 f; *Wolfgang Weiß*, *Verfassungsrechtliche und*

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.³⁵⁾ Dann 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 ein dritter Rettungsweg zu prüfen, der 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.

III. 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*³⁶⁾ 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.³⁷⁾ Das

rechtspolitische Aspekte im Verhältnis von Sicherheitspolizei und Strafrechtspflege, in *Christian Huber/Udo Jesionek/Roland Miklau* (Hrsg), Festschrift für Reinhard Moos zum 65. Geburtstag (1997) 197 (215); *Hauenschild*, RZ 2000, 186f, 193; ansatzweise auch VfSlg 14.076/1995.

³⁵⁾ *Bernd-Christian 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 29) 47 f, mit vergleichenden Hinweisen. Anders *Harbich* (FN 29) 201 f, nach dessen Auffassung Ermittlungstätigkeit nicht als Rechtsprechung beurteilt werden kann.

³⁶⁾ *Kurt Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 290 f.

³⁷⁾ Nicht nur die Studierenden haben mit der Einordnung Schwierigkeiten. Auch in der Lehre gibt es Stimmen, die in der Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts „keinen Instanzenzug im rechtlichen Sinn“ sehen wollen (*Kahl/Weber* [FN 13] Rz 101) oder „Justiz“ in Art 94 B-VG auf ordentliche Gerichtsbarkeit beschränken (*Stelzer* [FN 15] 120; ferner *Koja* [FN 15] 13, im Unterschied zu *Koja* [FN 28] 55). Außerdem nimmt der VfGH seit VfSlg 10.476/1985 in seinen Judikaturformeln zu

ist für mich immer ein Alarmsignal gewesen. Wenn ein Student etwas nicht versteht, dann kann das hundert 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.³⁸⁾ In umgekehrter Richtung haben wir im Umgang mit der Menschenrechtskonvention ähnliche Erfahrungen gemacht, und diese Erfahrungen werden sich mit der Grundrechtecharta wohl wiederholen.³⁹⁾ 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, deren Verfassung den Verwaltungsstaat hoch hält 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. September 1992 enthält eine ähnlich scharfe Bestimmung, nach der die Rechtsprechung in allen

Art 94 B-VG die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts ohne ein Wort der Begründung vom Verbot der gerichtlichen Überprüfung verwaltungsbehördlicher Entscheidungen aus (vgl die Fortschreibungen in VfSlg 16.772/2002, 16.797/2003, 17.083/2003). – Die Verwaltungsgerichtsbarkeit noch konsequent französisch der Verwaltung iSd Art 94 B-VG zuschlagend *Layer*, VVDStRL 1929, 126.

³⁸⁾ *Otto Lagodny*, How the Austrians or Germans do without it? in *Christian Grafl/ Ursula Medigovic* (Hrsg), Festschrift für Manfred Burgstaller (2004) 409 (416 f); *Stefan Storr*, Die österreichische Bundesverfassung – eine Hausbesichtigung, *ZfV* 2009, 530 (536).

³⁹⁾ Nach dem mit „Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht“ überschriebenen Art 47 GRC (ABl 2010 C 83/389) hat jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, das Recht, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen (Abs 1), ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, in dem sie sich beraten, verteidigen und vertreten lassen kann, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird (Abs 2), sowie ein Recht auf Prozesskostenhilfe, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten (Abs 3).

Instanzen von den sonstigen Staatsorganen getrennt erfolgt.⁴⁰⁾ Die anderen Verfassungen begnügen sich mit Gewaltengliederungsklauseln, die viel allgemeiner und vager gehalten sind.⁴¹⁾

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.⁴²⁾ Bemerkenswerterweise entstammen diese Richtervorbehalte nicht der EMRK, sie stehen im Staatsgrundgesetz 1867⁴³⁾ und im Bundesverfassungsgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit⁴⁴⁾. 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.⁴⁵⁾ 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

⁴⁰⁾ Art 141 Abs 2 lautet: „Die Rechtsprechung erfolgt in allen Instanzen getrennt von sonstigen Staatsorganen.“ Ebenso zuvor § 96 Abs 1 der Verfassungsurkunde der Tschechoslowakischen Republik vom 29. Februar 1920.

⁴¹⁾ ZB § 4 der Verfassung der Republik Estland vom 28. Juni 1992 („Die Tätigkeit der Staatsversammlung, des Präsidenten der Republik, der Regierung der Republik und der Gerichte beruht auf dem Prinzip der Trennung und des Gleichgewichts der Gewalten.“); vgl weiters Art 36 ff der koordinierten Verfassung Belgiens vom 17. Februar 1994, § 3 der Verfassung des Königreiches Dänemark vom 5. Juni 1953, Art 20 Abs 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Art 26 der Verfassung der Republik Griechenland vom 9. Juni 1975, Art 6 der Verfassung der Republik Irland vom 1. Juli 1937, Art 2 der Verfassung der Republik Portugal vom 2. April 1976, Art 3 Abs 2 der Verfassung der Republik Slowenien vom 23. Dezember 1991, Art 2 Abs 1 der Verfassung der Tschechischen Republik vom 16. Dezember 1992.

⁴²⁾ Dazu *Pernthaler* (FN 13) 579; *Bernd Wieser*, Zur materiellen Gewaltentrennung zwischen Justiz und Verwaltung, JBl 2009, 351 (358).

⁴³⁾ Art 10, 10a, 9 Abs 2 iVm § 1 Gesetz zum Schutze des Hausrechts, RGBL 1862/88.

⁴⁴⁾ Art 3 Abs 1, 4 Abs 1 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684.

⁴⁵⁾ Art 3 PersFrG zeigt gar, dass die Verfassung den richterlichen Rechtsschutz höher bewertet; vgl *Kopetzki* (FN 24) 220 f mwN.

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.⁴⁶⁾ 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.⁴⁷⁾

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. Das aber fällt uns nicht weiter störend auf, weil wir das befehlsgemäße Verwaltungshandeln taxfrei zum Gerichtsakt erklären und damit das Problem zum Verschwinden bringen.⁴⁸⁾ Der Auftrag vom Gericht an die Bundespolizei zur Vorführung eines Beschuldigten ist ein Gerichtsakt,⁴⁹⁾ die sicherheitsbehördliche Hausdurchsuchung auf richterlichen Befehl ebenso,⁵⁰⁾ und auch das Handeln der Kriminalpolizei auf Weisung des Staatsanwalts wird neuerdings zum Akt der Gerichtsbarkeit erklärt,⁵¹⁾ womit sich der Verstoß gegen Art 94 B-VG im Nebel verliert. Die Weisung, obschon unzulässig, immunisiert sich selbst.⁵²⁾

⁴⁶⁾ Vgl mwN *Simon Humberger*, Fernmeldegeheimnis und Überwachung (2004) 57 ff; *Ewald Wiederin*, Art 10 a StGG, in *Karl Korinek/Michael Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht 4. Lfg (2001) Rz 12.

⁴⁷⁾ Anders *Walter* (FN 23) 118, der das Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit als verfassungsrechtliche Deckung auch dort heranziehen will, wo sicherheitsbehördliches Eingreifen „über den Fall der Verhaftung hinausgeht“.

⁴⁸⁾ Vgl etwa *Walter* (FN 23) 41 f, wenn er Gerichtsbarkeit eingrenzt als „sämtliche Organtätigkeit, die durch den Richter determiniert wird“; ferner *Kranewitter* (FN 3) 40: „Da im Fall richterlicher Befehle das Handeln der Verwaltungsorgane der Gerichtsbarkeit zuzurechnen ist, stünde in diesem Fall auch der Trennungsgrundsatz der Annahme eines Weisungsverhältnisses nicht entgegen: Es würde sich lediglich um Weisungen *innerhalb* der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit handeln“ (Hervorhebung im Original).

⁴⁹⁾ 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 *Bernd-Christian Funk*, Der verkehrsfreie Verwaltungsakt (1975) 44 f mwN, 165 ff.

⁵⁰⁾ VfSlg 4360/1963, 6815/1972, 7203/1973, 8905/1980, 10.457/1985; VwGH 6. 7. 1999, 96/01/0061.

⁵¹⁾ *Mathias Vogl*, Staatsanwaltschaft und StPO-Reform, JRP 2008, 121 (125); *Fuchs* (FN 31) 11, 12 f.

⁵²⁾ Problematisierung bei *Raschauer* (FN 13) Rz 205, der richterlichen Befehlen eine Sonderstellung zuweist und sie „im Licht der historischen Rechtslage (GendarmerieG)“ wie *Rudolf Thienel*, Die Aufgaben der Bundesgendarmerie (1986) 38 f, als justizinterne Aufträge deutet. Dieser letztlich eine „Neutralität“ der Wachkörper postulierende Ansatz

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 Landesregierung an den Bezirkshauptmann und erst recht nicht bei Weisungen des Wirtschaftsministers an das Handelsgericht.⁵³⁾ 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 Verfassungsgerichtshof die Konstruktion so lange, als der Bescheid mit der Anrufung außer Kraft tritt und das Gericht die Sache völlig neu aufrollt.⁵⁴⁾ Daran befremdet nicht nur, dass der außer Kraft getretene Bescheid manchmal doch weiter wirkt, 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.⁵⁵⁾

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.⁵⁶⁾ Die Konsequenzen für andere Bereiche wie etwa das Exekutionsrecht werden aber nicht gezogen.⁵⁷⁾

ist schon deswegen diskussionswürdig, weil er auch im Bund-Länder-Verhältnis benötigt wird, um die Zulässigkeit der Mitwirkung der Wachkörper des Bundes an der Vollziehung von Angelegenheiten des Art 11 B-VG zu erklären: vgl *Thienel*, aaO 19 ff mwN. Er vermag aber nur Aufträge an Exekutivorgane zu erklären, nicht an Behörden.

⁵³⁾ Vgl zu § 88 Abs 1 StPO aF *Harbich* (FN 29) 193 ff mwN.

⁵⁴⁾ VfSlg 3236/1957, 3424/1958, 4359/1963, 6537/1971, 9737/1983, 10.452/1985. Der VwGH teilt diese Auffassung: vgl VwGH 30. 10. 1991, 87/17/0174.

⁵⁵⁾ *Walter* (FN 23) 117.

⁵⁶⁾ *Harbich* (FN 29) 209; *Schmidt*, JBl 1989, 143.

⁵⁷⁾ Dazu *Heinz Mayer*, Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden im Vollstreckungsverfahren (1974) 107 f; *Ingrid Siess*, Die Vollstreckung von Geld- und Freiheitsstrafen im Verwaltungsrecht (1993) 37 f; *Susanne Jetschgo*, Stellen abgabenrechtliche Exekutionsverfahren vor Bezirksgerichten ein unzulässiges Outsourcing der Finanzbehörden dar? SWK 2004, 1149 (1152); *Johannes Derntl*, Exekution im elektronischen

Meine Liste ist noch lang; ich könnte die Amtshilfe⁵⁸⁾, die Justizverwaltung⁵⁹⁾, die Befugnis von Verwaltungsbehörden zur Amtsbeschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof⁶⁰⁾, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in Amtshaftungssachen⁶¹⁾, die Bindung der Gerichte an Verordnungen⁶²⁾ bis hin zur gerichtlichen Kontrolle der Privatwirtschaftsverwaltung⁶³⁾ 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 gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung garantiert, wenn er sich in seinen Rechten verletzt sieht.⁶⁴⁾ Wenn wir beides zusammen nehmen, 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.

IV. 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

Rechtsverkehr (ERV) bei Forderungshöhe außerhalb des vereinfachten Bewilligungsverfahrens, SoSi 2005, 463 (464). *Layer*, VVDStRL 1929, 133 f, schlägt eine (mE untaugliche) Deutung als Rechtshilfe vor.

⁵⁸⁾ Vgl *Koja* (FN 28) 79 f.

⁵⁹⁾ VfSlg 3858/1960, 7376/1974, 10.948/1986. Die Auffassung hat zur Folge, dass jeder mit Justizverwaltungsagenden betraute Einzelrichter eine dem gemischten Bezirksamt vergleichbare Mischbehörde darstellt: vgl *Robert Walter*, Trennung von Justiz und Verwaltung und Justizverwaltung, JBl 1957, 255 (256). Anders noch *Ludwig Adamovich*, Österreichisches Verwaltungsrecht (1924) 4, der die Justizverwaltungssachen zur Gerichtsbarkeit rechnet, diese Auffassung aber alsbald aufgab (vgl *dens*, Grundriss des österreichischen Staatsrechtes² [1932] 165 FN 1).

⁶⁰⁾ Vgl Art 81 a Abs 4 iVm 130 Abs 1 zweiter Satz, Art 131 Abs 1 Z 2 und 3, Art 131 Abs 2 B-VG.

⁶¹⁾ Dazu *Benjamin Davy*, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht (1990) 772 ff; ferner zur Organhaftung *Max Layer*, Staatsdienst, in *Ernst Mischler/Josef Ulbrich* (Hrsg), Österreichisches Staatswörterbuch Bd 4² (1909) 314 (325 f).

⁶²⁾ Eine Bindung der Gerichte an gesetzwidrige Verordnungen ablehnend *Kralik*, JBl 1975, 309.

⁶³⁾ Dazu *Pernthaler* (FN 13) 577 f; VfSlg 11.492/1987, 12.929/1991.

⁶⁴⁾ Vgl nur VfSlg 13.223/1992, 13.834/1994, 14.769/1997, 16.327/2001, 16.772/2002.

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 folgen⁶⁵⁾ und einen Blick auf Art 14 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt⁶⁶⁾ 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, ist aus dem Futurum ein Präsens geworden: „Die politische Verwaltung ist ... getrennt“, können wir in § 1 lesen.⁶⁷⁾ Das zeigt, was mit der Garantie vor allem bezweckt war: Behördliche Hybride wie die gemischten Bezirksämter sollen der Vergangenheit angehören.

Ist dem Art 14 StGGGrG darüber hinaus das Gebot zu entnehmen, jede Sache entweder vor das Gericht oder die Verwaltungsbehörde zu geben?⁶⁸⁾ Die Materialien deuten in diese Richtung. Damit besagter Artikel ins Leben treten könne, sei nicht nur die strenge Durchführung des Trennungsprinzips bei der Organisierung der Behörden nötig, sondern auch die Garantie dafür, dass beide

⁶⁵⁾ Ausgeblendet bleibt hier die Vorläuferbestimmung in § 102 der Märzverfassung, RGBl 1849/150, wo es im ersten Satz heißt: „Rechtspflege und Verwaltung sollen getrennt und von einander unabhängig gestellt werden.“ Diese Formulierung ist aus § 137 des Kremser Entwurfs übernommen, wo überdies jeder Gerichtsbarkeit durch Sicherheitsbehörden eine Absage erteilt wird, und sie begegnet auch in § 181 der Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849, wo es in § 182 weiter heißt: „Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte.“ Die Rekonstruktion der mit diesen Bestimmungen verfolgten Intentionen wäre ein eigenes Thema, sie kann in diesem Rahmen nicht geleistet werden.

⁶⁶⁾ Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144 (idF: StGGGrG).

⁶⁷⁾ Gesetz vom 19. Mai 1868 über die Einrichtung der politischen Verwaltungsbehörden, RGBl 1868/44: „§ 1. Die politische Verwaltung ist in allen Instanzen von der Gerichtsbarkeit getrennt zu führen. (Artikel 14 des Staats-Grundgesetzes vom 21. Dezember 1867 über die richterliche Gewalt.)“

⁶⁸⁾ Bejahend *Layer*, VVDStRL 1929, 129: „Der erwähnte Grundsatz der gegenseitigen Ausschließlichkeit der Kompetenz ist eine Folgerung, die sich mit logischer Notwendigkeit aus dem Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung ergibt.“ Zweifelnd *Novak*, ZfV 1976, 55: „[B]ereits eine rein funktionelle Ableitung ist schließlich das Gebot einer gesetzlich verpflichtenden und eindeutigen Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Justiz und Verwaltung schon in erster Instanz.“

Gewalten „die ihnen gezogenen Grenzen nicht überschreiten“.69) Dafür soll die Kompetenzgerichtsbarkeit dienen,70) 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.71) 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.72) Der nachfolgende Art 15 StGG73) 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

69) Bericht des Verfassungsausschusses über seinen Entwurf eines Staatsgrundgesetzes über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, zitiert nach: Die neue Gesetzgebung Österreichs Bd 1 (1868) 398 (400).

70) Vgl auch die Gewährleistung einer Kompetenzgerichtsbarkeit im Anschluss an die Aufstellung des Trennungsgrundsatzes in § 137 dritter Satz Kremser Entwurfs, wo ein „durch das Gesetz zu bestimmender Gerichtshof“ zur Schiedsstelle berufen wird, sowie in § 102 zweiter Satz der Märzverfassung, der sich mit einer „durch das Gesetz zu bestimmende[n] Behörde“ begnügt.

71) Bericht des Verfassungsausschusses (FN 69) 401.

72) Gegen die Vorstellung einer Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes durch Anordnung gerichtlicher Verwaltungskontrolle wendet sich auch *Coreth*, ÖvWBl 1930/18, 4: „Es ergibt sich demnach: die Art. 14 und 15 stehen, abgesehen von der schon erwähnten teilweisen Konnexität, in keinem inneren Zusammenhang, weder in Konjunktion noch in Disjunktion, die zweite Bestimmung ist – nach der Absicht ihres Verfassers – weder Ausführung noch bewußte Ausnahme von der ersteren, sie gelten nebeneinander: Art. 14 als Organisationsvorschrift, Art. 15 als Verfahrensnorm.“

73) Er lautet (RGBl 1867/144): „Artikel 15. In allen Fällen, wo eine Verwaltungsbehörde nach den bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat, steht es dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachtheiligten frei, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege zu suchen. Wenn außerdem Jemand behauptet, durch eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein, so steht ihm frei, seine Ansprüche vor dem Verwaltungs-Gerichtshofe im öffentlichen mündlichen Verfahren wider einen Vertreter der Verwaltungsbehörde geltend zu machen.

Die Fälle, in welchen der Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden hat, dessen Zusammensetzung sowie das Verfahren vor demselben werden durch ein besonders Gesetz bestimmt.“

die Verfassung zugleich eröffnet und garantiert. Gegen sonstige Rechtsverletzungen gibt es ebenfalls einen Rechtszug, nämlich den Gang zum Verwaltungsgerichtshof.⁷⁴⁾

Auch ein Verbot gewaltübergreifender 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.⁷⁵⁾ Richterliche Befehle an die Verwaltung hingegen sind als Gewähr von Recht und Freiheit willkommen, die Grundrechte fordern sie mitunter zwingend ein.⁷⁶⁾

Die Frage war also nach der Dezemberversfassung nicht, ob die Verwaltung kontrolliert wird, die Frage war nur, welcher Zweig der Gerichtsbarkeit dafür zuständig war. Art 15 Abs 1 StGG, der darauf die Antwort geben sollte, brachte eher Nebel als Licht in die Sache.⁷⁷⁾ Man kann es der Praxis nicht ver-

⁷⁴⁾ Der Bericht des Verfassungsausschusses über seinen Entwurf eines Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt (zitiert nach: Die neue Gesetzgebung [FN 69] 425) zeigt, dass dem Ausschuss eine Kompetenzabgrenzung vorschwebte, die „auf dem für das constitutionelle Staatsrecht wichtigen Unterschiede zwischen Gesetz und Verordnung“ (427) beruhte: „Verfügungen und Entscheidungen der Verwaltungsbehörden können aus zweierlei Gründen angefochten werden: es kann die Legalität und die Zweckmäßigkeit und Billigkeit derselben bestritten werden. Handelt es sich um die bestrittene Legalität einer administrativen Entscheidung oder Verfügung, wodurch nach dem Gesetze über einander widerstreitende Privatrechte erkannt wurde: so muß dem Benachtheiligten der ordentliche Rechtsweg gegen die andere Partei offen stehen, um auf diesem Wege die nachtheiligen Folgen dieser Entscheidung beseitigen oder die Entschädigung erlangen zu können. Es können sich aber auch Fälle ergeben, wo eine administrative Entscheidung oder Verfügung das Privatrecht des Einzelnen aus öffentlichen Rücksichten berührt, oder wo die Ausführung einer Verordnung mit dem Willen der Vollzugsgewalt nicht im Einklange steht, oder wo die Ausführung einer Verordnung mit dieser selbst im Widerspruche steht. Darf auch in solchen Fällen die Verwaltungsmaßregel selbst kein Gegenstand der gerichtlichen Cognition sein: so muß doch dem Bürger ein Rechtsmittel gewahrt bleiben, wodurch ohne Lähmung der Regierungsthätigkeit und ohne Verkümmern ihrer Autorität der Fall der Beschwerde einer unparteiischen und sachkundigen Prüfung unterzogen wird. Diesen Schutz gewährt die Institution des Verwaltungs-Gerichtshofes“ (428). Ähnlich enigmatisch sind die Ausführungen zu Art 14, die eine materielle Gewaltenteilung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden einfordern, die entlang der Scheidelinie Gesetzmäßigkeit – Zweckmäßigkeit verläuft (427).

⁷⁵⁾ Bericht des Verfassungsausschusses (FN 74) 426. Aus der Literatur *Joseph Ulbrich*, Lehrbuch des österreichischen Staatsrechts (1883) 697.

⁷⁶⁾ Art 8 Abs 2, 9 Abs 2, 10 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl 1867/142.

⁷⁷⁾ Aus der umfangreichen Literatur vgl nur *Anton Menger*, System des österreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung (1876) 217 ff; *Dominik Ullmann*, Das österreichische Zivilprozeßrecht² (1887) 47 ff; *Edmund Bernatzik*, Recht-

übeln, wenn sie mit ihm wenig anzufangen wusste.⁷⁸⁾ 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 Verwaltungsgerichtshof ausgefochten werden sollte. Das VwGG 1875 nahm dementsprechend jene Angelegenheiten von der Kognition des Verwaltungsgerichtshofes aus, die den ordentlichen Gerichten zugewiesen waren.⁷⁹⁾

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.⁸⁰⁾ Aus der Rechtspflege ist im Absatz 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 Absatz und ist durch einen Gesetzesvorbehalt abgeschwächt;⁸¹⁾ der Abs 3 sichert einer Mischbehörde aus Richtern, Verwaltungs-

sprechung und materielle Rechtskraft (1886) 247 ff; *Karl von Lemayer*, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (Verwaltungsgerichtsbarkeit), [Grünhuts] Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 1902, 1 (205 f).

⁷⁸⁾ Die Einschätzung, Art 15 Abs 1 StGGrG habe „nie praktische Bedeutung erlangt“ (so *Günther 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 Bd 2 [1969] 836, zitiert nach *Günther Winkler*, Orientierungen im öffentlichen Recht [1979] 137 [139]), ist indes ein Vorurteil: vgl die Aufzählung gesetzlicher Konkretisierungen bei *Layer*, VVDStRL 1929, 130 f.

⁷⁹⁾ § 3 lit a Gesetz vom 22. Oktober 1875, betreffend die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtshofs, RGBl 1876/36: „Von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes sind ausgeschlossen: a) Angelegenheiten, über welche den ordentlichen Gerichten die Entscheidung zusteht“. Weiters ausgenommen waren durch lit h „Beschwerden gegen administrative Entscheidungen, welche in letzter Instanz vom obersten Gerichtshofe, sowie gegen Entscheidungen, welche von einer aus Verwaltungsbeamten und Richtern zusammengesetzten Instanz geschöpft worden sind“.

⁸⁰⁾ Art 94 der Stammfassung (StGBl 1920/450 = BGBl 1920/1) lautet:

„Artikel 94. (1) Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt. (2) Wenn eine Verwaltungsbehörde über Privatrechtsansprüche zu entscheiden hat, steht es dem durch diese Entscheidung Benachteiligten frei, falls nicht im Gesetz anderes bestimmt ist, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtsweg zu suchen.

(3) In den Angelegenheiten der Bodenreform (Artikel 12, Absatz 1, Zahl 6) steht den aus Richtern, Verwaltungsbeamten und Sachverständigen bestehenden Kommissionen das ausschließliche Entscheidungsrecht zu.“

⁸¹⁾ Vgl auch § 105 der Verfassungsurkunde der Tschechoslowakischen Republik vom 29. Februar 1920: „(1) In allen Fällen, in denen eine Verwaltungsbehörde nach den hierüber erlassenen Gesetzen über privatrechtliche Ansprüche entscheidet, steht es der durch diese Entscheidung betroffenen Partei frei, nach Erschöpfung des Instanzenzuges Abhilfe im Rechtswege zu suchen. (2) Die näheren Bestimmungen trifft ein Gesetz.“

beamten und Sachverständigen in der Bodenreform das Sagen. Der Art 15 Abs 2 StGG 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 Verwaltungsgerichtshofes ausgenommen sind.⁸²⁾

Das lässt wiederum nur zwei Schlüsse zu. Erstens: Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist völlig normal, geregelt wird wieder nur, welcher Gerichtszweig zuständig ist.⁸³⁾ Zweitens: Diese Entscheidung trifft die Gesetzgebung, und sie ist hierin durch den Trennungsgrundsatz nicht präjudiziert. Das ist im Übrigen auch bei *Kelsen/Fröhlich/Merkl* zu lesen, die damit noch kein Problem haben, sondern die Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes für konsequent halten, weil bei Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts eben „der Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit – gerichtliche Kontrolle der Verwaltung – auf anderem Wege erfüllt“ werde.⁸⁴⁾ 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.⁸⁵⁾ Mehr, und das ist bezeichnend, steht weder bei ihnen, noch bei anderen Autoren.⁸⁶⁾

Instruktiv dazu der Regierungsbericht, abgedruckt bei *Leo Epstein*, Studien-Ausgabe der Verfassungsgesetze der Tschechoslowakischen Republik² (1932) 208: „Im letzten Paragraph dieses Hauptstückes befindet sich eine der Vorschrift des ersten Satzes Art. 15 österr. Ges. über die richt. Gewalt analoge Bestimmung. Die betreffende Vorschrift war aber in dem österr. Ges. sehr unklar stilisiert, so daß sie Unger mit vollem Recht eine Sphinx nannte, aber trotzdem ging es nicht an, sie in der jetzigen V.-U. vollständig auszumergen, weil eine Lücke bezüglich der Frage entstanden wäre, ob und wie man die Gerichte dann anrufen könne, wenn nach dem geltenden Rechte ausnahmsweise Verwaltungsbehörden über privatrechtl. Ansprüche entscheiden.“

⁸²⁾ Art 131 Z 2 B-VG.

⁸³⁾ Die in Art 133 Abs 3 B-VG verankerte reformatorische Entscheidungsbefugnis des VfGH lässt nunmehr gerichtliche Einwirkungen auf die Verwaltung zu, die im Jahr 1875 der Regierung noch als inakzeptabel erschienen waren: eingehend *Günther Winkler*, Die Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes im Lichte der Gewaltentrennung, in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd 1 (1963) 279, zitiert nach: *ders*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 105 (117 ff).

⁸⁴⁾ *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 244 f: „In Angelegenheiten, über die die ordentlichen Gerichte judizieren, ist der Verwaltungsgerichtshof schon deswegen unzuständig, weil hier der Zweck der Verwaltungsgerichtsbarkeit – gerichtliche Kontrolle der Verwaltung – auf anderem Wege erfüllt wird; mangels einer solchen Bestimmung würde eine Konkurrenz zwischen zwei Gerichten entstehen.“

⁸⁵⁾ *Kelsen/Froehlich/Merkl* (FN 84) 193. Vgl dazu nunmehr VfSlg 13.232/1992.

⁸⁶⁾ Vgl *Ludwig Adamovich*, Grundriss des österreichischen Staatsrechtes (1927) 174 f, 346 mit FN 1; *Ludwig Adamovich/Georg Froehlich*, Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder (1925) 36; *Hans Frisch*, Lehrbuch des österreichischen

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 Totgeburt⁸⁷⁾ recht lebenskräftig war, nach guten sechzig Jahren Aktivdienst in die Pension geschickt. Aus den Protokollen⁸⁸⁾ erfahren wir, dass *Schuschnigg* den Streichungsvorschlag damit begründet, die Bestimmung sei inhaltlich selbstverständlich, aber missverständlich. *Bauer* setzt sein Bedauern dagegen, ein altehrwürdiges 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. *Froehlich* meint, der Begriff Privatrecht sei theoretisch sehr umstritten. *Coreth* zieht Bilanz und hält fest, dass der einfache Gesetzgeber den

Verfassungsrechtes (1932) 125 ff; *Hans Sperl*, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege Bd I/1 (1925) 35 ff, 46 ff. – Ausnahme von der Regel: *Layer*, VVDStRL 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.

⁸⁷⁾ So *Winkler* (FN 78) 149.

⁸⁸⁾ Protokoll der 3. Sitzung des Verfassungsunterausschusses vom 31. 10. 1929, zitiert nach *Berchtold*, Die Verfassungsreform von 1929, Teil II (1979) 145 (150, Hervorhebungen im Original): „Zu § 51 bemerkt der *Berichterstatter* [*Schuschnigg*], daß der 3. Absatz des Art. 94 überflüssig sei, da die betreffende Bestimmung schon im Art. 12 enthalten sei. Was den 2. Absatz betreffe, so solle er gestrichen werden, weil es sich nach Mitteilungen, insbesondere auch des Bundesministeriums für Justiz herausgestellt habe, daß diese Bestimmung selbstverständlich sei und nur zu irrigen Interpretationen Anlaß geben könne.

Zu Abs. 2 erwidert Abg. *Bauer*, daß ihm die Erklärung des Berichtserstatters nicht genüge und daß eine Bestimmung von der in Rede stehenden Art ein altes Requisite aller Verfassungen sei, daß insbesondere deren Streichung leicht zu unrichtigen Interpretationen führen könnte.

Min. Rat. *Mannlicher* betont, daß bereits die analogen Bestimmungen der 67er-Verfassung in der Literatur auf heftigen Widerspruch gestoßen seien und daß die berühmtesten Anwendungsfälle, nämlich die Dienstbotenstreitigkeiten, heute infolge der Neuregelung der Kompetenzen in Dienstrechtsstreitigkeiten überhaupt gegenstandslos geworden seien.

Min. Rat. *Froehlich* verweist darauf, daß der Begriff des Privatrechts, der nur an dieser Stelle in unserer Bundesverfassung vorkommt, theoretisch sehr umstritten sei.

Min. Rat. *Coreth* hebt die praktische Bedeutungslosigkeit der geltenden Bestimmungen hervor, da der Rechtszug an das Gericht schon durch einfaches Landes- und Bundesgesetz ausgeschlossen werden könne. Streiche man diese Bestimmung, so stände es jedem Bundes- und Landesgesetz frei, die Anrufung des Gerichtes zu normieren; durch die Notwendigkeit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen aber, würden Bundes- und Landesgesetzgeber auch veranlasst, die heute vielfach vermißten Bestimmungen über den näheren Vorgang für das Anrufen der Gerichte zu regeln.“

Art 94 Abs 2 B-VG ohnehin aushebeln kann. Durch die Streichung ändere sich nichts daran, dass es „jedem Bundes- und Landesgesetz“ frei 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.⁸⁹⁾

Die Absichten sind demnach klar: Die Gerichtsgarantie in Privatrechtssachen war einerseits schwer zu deuten, andererseits durch einen Gesetzesvorbehalt durchlöchert, so dass 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 umgehend rückgängig.⁹⁰⁾ Nach 1945 ist sie allerdings, weil im Jahr 1933 vorhanden, wieder da.⁹¹⁾ Das hat Konsequenzen, die von den Politikern niemand beabsichtigt hat⁹²⁾ und die von den Verfassungsdienstexperten im Ausschuss entweder niemand gesehen hat⁹³⁾ oder niemand sehen wollte. Sie sind schnell gezogen. Für die Gesetzmäßigkeitskontrolle der Bescheide ist nunmehr exklusiv der Verwaltungsgerichtshof 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

⁸⁹⁾ Auf Antrag der Sozialdemokraten wurde die Abstimmung zunächst zurückgestellt, später willigten sie aber in die Streichung ein.

⁹⁰⁾ Vgl Art 164 Abs 5 der Verordnung der Bundesregierung vom 24. April 1934 über die Verfassung des Bundesstaates Österreich, BGBl I 1934/239, II 1934/1: „Ausgeschlossen von der Zuständigkeit des Bundesgerichtshofes sind [...] 4. die Angelegenheiten, in denen gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde die ordentlichen Gerichte angerufen werden können.“

⁹¹⁾ Eingehend *Winkler* (FN 78) 145 f.

⁹²⁾ Die Staatspraxis hat auch nach 1929 die Anfechtung von Verwaltungsakten bei den ordentlichen Gerichten vorgesehen: vgl zB § 7 lit c Heilquellen- und KurorteG, BGBl 1930/88, Art X Z 1 Achte Gerichtsentlastungsnovelle, BGBl 1933/346, §§ 4 Abs 3, 5 Abs 2 Gesetz über die Wiederherstellung der österreichischen Rechtsanwaltschaft, StGBI 1945/103, Art I Z 9 MietenGNov BGBl 1951/27.

⁹³⁾ Vgl *Ludwig Adamovich/Georg 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.“

des öffentlichen Rechts konzentriert ist.⁹⁴⁾ Gerichtliche Kontrolle der Verwaltung ist weiterhin eine Selbstverständlichkeit.⁹⁵⁾ Neu ist nur das Monopol des VwGH. Mehr war nicht,⁹⁶⁾ und mehr ist bis heute nicht.

Dieses Monopol bezog und bezieht sich allerdings nur auf Bescheide.⁹⁷⁾ Die Einführung einer Beschwerde gegen Maßnahmen im Jahr 1975 hat als bloße Lückenschließung⁹⁸⁾ die bestehenden Zuständigkeiten der ordentlichen Gerichte zur Prüfung faktischer Amtshandlungen unberührt gelassen, und auch die Verlagerung der Prüfung auf die Verwaltungssenate hat hieraus keine Exklusivkompetenz gemacht.⁹⁹⁾ 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.¹⁰⁰⁾ Aber wie es mit juristischen Innovationen oft geht, blieb der Aufsatz 25 Jahre lang unbeachtet. 1955 änderte sich das grundlegend: Der Verfassungsgerichtshof übernahm seine Thesen, und er baute das Mäuerchen, das die Konstituante 1867 durch das gemischte Bezirksamt gezogen hatte, zur heutigen großen Mauer aus. Wie das vor sich ging, sei nunmehr mit groben Strichen skizziert.

⁹⁴⁾ *Ludwig Adamovich*, Grundriss des österreichisches Staatsrechtes² (1932) 338 FN 2.

⁹⁵⁾ Anders *Erwin 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, *Heinz Mayer*, Kontrolle der Verwaltung durch die ordentlichen Gerichte? ÖZW 1991, 97 (98 f, 101), und *Kopetzki* (FN 24) 213 f, die Art 94 Abs 2 als Durchbrechung eines in Art 94 Abs 1 B-VG schon 1920 angelegten Kontrollverbotes auffassen. Ähnlich zuvor *Layer*, VVDStRL 1929, 127 ff, der zwar kein Kontrollverbot annimmt (129), aber vom Grundsatz der Parität von Justiz und Verwaltung und der Ausschließlichkeit ihrer Funktionen ausgeht (127 ff), *Rudolf Herrnritt*, Das Verwaltungsverfahren (1932) 211, sowie *Walter Antonioli*, Die Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, JBl 1949, 42 (43).

⁹⁶⁾ Im Ergebnis zutreffend *Melichar* (FN 95) 76: „Die Überprüfung von Verwaltungsbescheiden durch die ordentlichen Gerichte war also beseitigt, aber auch nicht mehr“.

⁹⁷⁾ Ähnlich im Ergebnis trotz anderen Ausgangspunkts *Kopetzki* (FN 24) 217.

⁹⁸⁾ *Peter Oberndorfer*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 74; *Bernd-Christian Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620 (628).

⁹⁹⁾ *Kopetzki* (FN 24) 223 f; *Rudolf Thienel*, Das Verfahren der Verwaltungssenate² (1992) 151; UVS Wien 8. 10. 2009, 02/11/2969/2009. Anders *Walter/Zeleny*, ÖJZ 2001, 877; *Benjamin K. Kneihls*, Altes und Neues zum Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, ZfV 2004, 150 (159); *Schindler*, SIAK 2008, 51.

¹⁰⁰⁾ *Coreth*, ÖVwBl 1930/19, 3 f.

3. Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes 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.¹⁰¹⁾ 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.¹⁰²⁾ Heute sind wir vom Gegenteil überzeugt und glauben mitunter, dass eben wegen Art 94 B-VG wechselseitige Bindung herrscht.¹⁰³⁾ 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 OGH¹⁰⁴⁾ 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 Mietengesetz vorgesehenen Rechtszug von der Mietenkommission ans Gericht.¹⁰⁵⁾ Der VfGH gesteht 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

¹⁰¹⁾ VfSlg 1423/1931; ebenso eng später VfSlg 9109/1981.

¹⁰²⁾ VfSlg 313/1924.

¹⁰³⁾ Vgl die Nachweise in FN 25.

¹⁰⁴⁾ § 5 Abs 3 RAO. Die in Prüfung gezogene Bestimmung entstammt der RAO-Nov BGBl 1933/346, der Rechtszug an den OGH begegnet aber bereits in der Stamfassung der Advocatenerordnung, RGBl 1868/96.

¹⁰⁵⁾ § 28 MietenG idF BGBl 1951/27.

sei.¹⁰⁶⁾ Durch die instanzenmäßige Zusammenfassung würden daher Verwaltungsbehörde und Gericht, wenn auch nur im Rechtszug, zu einer organisatorischen Einheit 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.¹⁰⁷⁾ 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.¹⁰⁸⁾ Wenn man weiter nach den Konsequenzen für administrative Instanzenzüge fragt, so müsste die Koppelung 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 OGH¹⁰⁹⁾ 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 Ver-

¹⁰⁶⁾ Der VfGH beruft sich auf VfSlg 1565/1947, wo es indes lediglich um die Beschwerdelegitimation iSd § 82 VerfGG ging (122): „Die in Instanzen gegliederte Behörde bildet also nach der Auffassung des Gesetzgebers eine durch den ordentlichen Rechtsmittelzug verbundene Einheit und erst dann, wenn die letzte Instanz im ordentlichen Rechtsmittelverfahren angerufen wurde, läßt sich von einem Bescheid ‚der Verwaltungsbehörde‘ im Sinne dieser Auffassung sprechen. Die gegen den Bescheid des Magistrates erhobene Beschwerde war daher als unzulässig zurückzuweisen.“ – Vgl weiters VfSlg 2684/1954, wo der VfGH im Anlassfall die Beschwerde zurückwies, sowie die Kritik an der Präjudizialitätsannahme bei *Felix Ermacora/Hans Klecatsky/Kurt Ringhofer*, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1954, ÖJZ 1956, 617 (626).

¹⁰⁷⁾ 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.

¹⁰⁸⁾ Dazu *Peter Pernthaler*, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet der Verwaltungsorganisation (1976) 10 ff; *Bettina Stoitzner*, Ist der Organisationsgesetzgeber berechtigt, Zuständigkeitsnormen zu erlassen? ÖJZ 1986, 135 (137 ff); *Robert Walter/Heinz Mayer*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁸ (2003) Rz 37, 39; *Rudolf Thienel/Eva Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ (2009) 63 f. – Ausnahme von der Regel ist die Selbstverwaltung: vgl zur Gemeinde etwa VfSlg 5415/1966 sowie den Überblick über die von der Organisationsgesetzgebung unterschiedlich gestalteten Instanzenzüge bei *Wolfgang Steiner*, Rechtsstellung und Aufgaben der Gemeindeorgane, in *Friedrich Klug/Peter Oberndorfer/Erich Wolny* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2008) Rz 14 ff, 23 ff.

¹⁰⁹⁾ Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Handhabung der Disziplinargewalt über Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter gehen überwiegend auf die Stammfassung RGBL 1872/40 zurück.

waltungsbehörde 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 Richter¹¹⁰⁾, bald das Legalitätsprinzip¹¹¹⁾ 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 Mietengesetz 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,¹¹²⁾ sondern das Gericht betraut; man hat aber die Schlichtungsstellen belassen und eine sukzessive Kompetenz geschaffen.¹¹³⁾ Der Gerichtshof billigt diese Konstruktion, denn nach ihr liege keine organisatorische Zusammenfassung in instanzenmäßiger 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 Gerichtshof selbst. Es zieht kein Sommer ins Land, und er nimmt gleichartige Regelungen, diesmal im Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, wieder in Prüfung.¹¹⁴⁾ Doch abermals sieht er keinen Verfassungsverstoß, und neuerlich klopft er das Gesetz nur darauf ab, ob es in die Bescheidprüfungsbefugnis der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts einbricht. Darüber hinaus geht nur die Feststellung,

¹¹⁰⁾ VfSlg 2909/1955, 3424/1958 (kumulative Anführung neben Art 94 B-VG); VfSlg 3161/1957, 6936/1972 (alleiniger Prüfungsmaßstab).

¹¹¹⁾ VfSlg 11.259/1987 unter ausdrücklicher Ablehnung des Standpunktes des anfechtenden OGHs, die Problematik habe mit Art 94 B-VG etwas zu tun.

¹¹²⁾ Vgl BGBl 1965/225, womit in Reaktion auf VfSlg 4837/1964 der Patentgerichtshof durch den Obersten Patent- und Markensenat (und damit der Rechtszug an ein Gericht durch jenen an eine Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag) ersetzt wurde; diesen als unbedenklich qualifizierend VfSlg 10.476/1985.

¹¹³⁾ Vgl §§ 36 Abs 4, 37 MietenG idF BGBl 1955/241. Dazu heißt es in den Erläuterungen: „Da ein Rechtszug von der Gemeinde als einer Verwaltungsbehörde an das Gericht verfassungswidrig wäre, wird ausdrücklich ausgesprochen, daß die Entscheidung der Gemeinde durch Anrufung des Gerichts außer Kraft tritt“ (RV 392 BlgNR 7. GP 13). Näher *Peter G. Mayr*, Die Entwicklung der wohnrechtlichen Schlichtungsstellen, wbl 2003, 349 (351).

¹¹⁴⁾ Der Prüfungsbeschluss datiert vom 24. Juni 1958 und ist im das Verfahren beschließenden Erkenntnis VfSlg 3424/1958 sehr verkürzt wiedergegeben.

Versicherungsträger und Sozialgericht würden nicht organisch zur Einheit verbunden.¹¹⁵⁾ 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.¹¹⁶⁾ Mit der Überordnung kommt auch der Souveränitätstopos¹¹⁷⁾ ins Spiel, und das Formelrepertoire ist weitgehend komplett.

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung 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 Rechtsprechung 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 und Biagsamkeit, bei der Beurteilung des Nebeneinander wie des Nacheinander. Ein Antrag ist bald ein Verstoß, weil er mit seinen Bindungen eine Überordnung bewirkt,¹¹⁸⁾ bald unproblematisch, weil er die Souveränität des Entscheiders nicht tangiert;¹¹⁹⁾ die sequenzielle Befassung von Verwaltungsbehörde und Gericht mit derselben

¹¹⁵⁾ VfSlg 3424/1958, 369: „Es gibt aber, wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Erk. vom 10. Oktober 1957, Slg. Nr. 3236, dargelegt hat, keine Verfassungsbestimmung, die es dem Gesetzgeber verbietet, derartige aufeinander folgende Zuständigkeiten einzurichten. Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen schaffen also keine organische Verbindung der Versicherungsträger mit den Schiedsgerichten der Sozialversicherung und dem Oberlandesgericht Wien.“

¹¹⁶⁾ VfSlg 4359/1963, 58: „Wenn ein Gesetz anordnet, daß die ordentlichen Gerichte anrufen kann, wer von der Verwaltungsbehörde in Anspruch genommen wurde, und daß das ordentliche Gericht nach dem Ergebnis seiner eigenen Prüfung den Verwaltungsbescheid allenfalls aufheben oder abändern kann, so wird damit ein Verhältnis der Überordnung der Gerichte über die Verwaltungsbehörde geschaffen, das mit dem Grundsatz des Art. 94 B-VG. über die Trennung von Justiz und Verwaltung und der daraus abzuleitenden Selbständigkeit der Behörden beider Ordnungen nicht im Einklang steht und darum verfassungswidrig ist.“

¹¹⁷⁾ 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.

¹¹⁸⁾ VfSlg 7376/1974, 8158/1977.

¹¹⁹⁾ Vgl 12.073/1989; ferner VfSlg 3816/1960, 6185/1970, 8687/1979 (unproblematisches Zustimmungsgesetz).

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 Siebzigerjahre, bis die vier Kerngehalte des Trennungsgrundsatzes in den ersten Verfassungsrechtslehrbüchern auftauchen,¹²⁰⁾ aber ungefähr hundert 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 Trennungsgrundsatz überall eingewoben ist in die große Erzählung von der Gewaltenteilung. Die Erzählung fällt bald ausführlicher und differenzierter aus,¹²¹⁾ bald knapper und prägnanter.¹²²⁾ 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 niedergedrungen 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.

¹²⁰⁾ Vgl. *Ludwig Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971) 229 f.; *Walter* (FN 34) 388 ff.; *Robert Walter/Heinz Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1976) 145 f. Den Art 94 B-VG noch strikt als bloße Organisationsvorschrift deutend *Ludwig Adamovich*, Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts⁴ (1947) 147 f.; *ders.*, Die Bundesverfassungsgesetze samt Ausführungs- und Nebengesetzen (1953) 127; *Herrmann Just*, Trennung von Justiz und Verwaltung und das Amtshaftungsgesetz, ÖJZ 1954, 325; die These von der Verbindung zur Einheit durch ordentliche Rechtsmittelzüge übernehmend *Ludwig Adamovich/Hans Spanner*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁵ (1957) 209 f.

¹²¹⁾ *Winkler* (FN 25) 234 ff.; *Karl Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 151 (153 ff.).

¹²²⁾ *Kahl/Weber* (FN 13) Rz 101.

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.¹²³⁾ 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».¹²⁴⁾ Wenn wir den Art 13 ihres 2. Titels betrachten,¹²⁵⁾ 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, bei Strafe des Verlusts der Ämterfähigkeit und Bürgerrechte für 20 Jahre¹²⁶⁾, 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 nichthoheitliche Tätigkeiten, ob es um Rechtsgeschäfte oder um Schäden geht. Diese Gewaltentrennungskonzeption¹²⁷⁾ ist das Funda-

¹²³⁾ Vgl. *Coreth*, ÖVwBl 1930/18, 2, mit Hinweisen auf die Vorbildwirkung französischer Doktrin sowie darauf, dass „die Lehre von der Trennung der Gewalten [...] hier in Österreich zu jener Zeit ihren ursprünglichen Grundgedanken, die Sicherung der Freiheit durch die gesetzliche Festlegung der drei ‚unabhängigen‘ Staatsgewalten, schon längst vergessen hatte.“ – Die in der Folge zu schildernden Wurzeln der hinter dem herrschenden Verständnis des Art 94 B-VG stehenden Gewaltenteilungskonzeption sind bereits freigelegt bei *Adolf Merkl/Erich Voegelin*, *Le régime administratif. Avantages et inconvénients. Rapport général*, in *Mémoires de l'Académie Internationale de Droit comparé* Bd II/3 (1936) 126, zitiert nach: *Adolf Merkl*, *Gesammelte Schriften* Bd III/1 (2006) 349 (350), und *Julius Friedrich Lehne*, *Zur Geschichte der Verwaltungsstreitsache in Österreich*, in *VwGH* (Hrsg), *90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich* (1966) 26 (33 f).

¹²⁴⁾ Zu dieser „lex Salica“ des französischen Verwaltungsrechts vgl. *Georges Vedel*, *La loi des 16 – 24 août 1790: Texte? Prétexte? Contexte?* RFDA 1990, 698, und *Sascha Berst*, *Der Grundsatz der Gewaltentrennung im französischen Verwaltungsprozeßrecht* (1996) 60 ff.

¹²⁵⁾ *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Serie 1* Bd 18 (1884) 104 (105): «Les fonctions judiciaires sont distinctes, et demeureront toujours séparées des fonctions administratives: les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.» – Diese Bestimmung wird bis heute von den französischen Gerichten herangezogen: vgl. *Cour de cassation* 25. 3. 2009, 08-13496, sowie *Conseil constitutionnel* 23. 1. 1987, 86-224 DC, Z 15, der der Bestimmung Verfassungsrang abspricht, in ihr aber den Ausdruck einer französischen Konzeption der Gewaltenteilung («la conception française de la séparation des pouvoirs») sieht, die er zu den Grundprinzipien der Verfassung zählt.

¹²⁶⁾ So die Sanktionen auf «forfaiture de la part des juges» nach Art 642 Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV (25. Oktober 1795).

¹²⁷⁾ *Gaston Jèze*, *Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik* (1913) 170: „Um nun dieses Verbot rein politischen Charakters zu erhärten, wurde behauptet, daß es rein nur die Anwendung des Prinzips der Gewaltentrennung sei, was weder genau noch

ment für die machtvolle französische Verwaltung, die von der Revolution ausgerollt und gegen den Richter systematisch abgeschirmt wird.¹²⁸⁾ Denn der Richter ist ständisch verfilzt, er ist monarchisch befangen, er ist demokratisch nicht legitimiert.¹²⁹⁾

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. Mai 1797 Kaiser Franz II. vor, den richterlichen Sand, der schon Maria Theresia behindert hatte,¹³⁰⁾ endlich aus dem Getriebe der Verwaltung zu räumen.¹³¹⁾ Das geschieht: Um die Jahrhundertwende kommt die gerichtliche Prüfung der Ausübung von Herrschaftsrechten

auch ungenau war, aus dem einfachen Grunde, weil auch dieser Grundsatz der Trennung der Gewalten keine bestimmte Bedeutung hat.“ Ähnliche Einschätzung bei *Berst* (FN 124) 133.

¹²⁸⁾ *Ina Bauer*, Von der Administrativjustiz zur Verwaltungsgerichtsbarkeit (1996) 41 ff; *Christian Duval*, Les justifications de la raison d'être et du maintien de la juridiction administrative en France du 19e siècle, in *Erk Volkmar Heyen* (Hrsg), Verwaltung und Verwaltungsrecht in Frankreich und England (18./19. Jh), JEV 8 (1996) 55 (57 ff); *Lutz Raphael*, Recht und Ordnung (2000) 42 f. – Zur heutigen Rechtslage, insbesondere zur Abgrenzung der Kompetenzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der (traditionell noch zur Verwaltung gerechneten – «juger l'administration, c'est encore administrer») Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl *Stefan Liebler*, Der Conseil d'Etat in Frankreich – zu Vergangenheit und Gegenwart des französischen Staatsrates, VwArch 2010, 1 (11 f), und *Nikolaus Marsch*, Frankreich, in *Jens-Peter Schneider* (Hrsg), Verwaltungsrecht in Europa Bd 2 (2009) 33 (147 ff).

¹²⁹⁾ *Merkel/Voegelin* (FN 123) 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.“

¹³⁰⁾ Zur dadurch motivierten, 1749 erfolgten Trennung von Justiz- und Verwaltungsfunktionen in den Zentralinstanzen vgl *Friedrich Tezner*, Die Landesfürstliche Verwaltungsrechtspflege in Österreich vom Ausgang des 15. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts Bd 2 (1902) 84 ff; *Rudolf Herrmann Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechtes (1921) 44 ff; *Ernst Hellbling*, Die Trennung von Justiz von der Verwaltung in historischer Schau, JBl 1948, 610 (611); *Lehne* (FN 123) 32 f mwN.

¹³¹⁾ *Friedrich Walter* (Bearb), Die österreichische Zentralverwaltung. II. Abt: Von der Vereinigung der österreichischen und böhmischen Hofkanzlei bis zur Einrichtung der Ministerialverfassung (1749–1848) Bd 5: Die Zeit Franz' II. (I.) und Ferdinands I. (1792–1848), Aktenstücke (1956) 53 (59): „Alles, was das peinliche verfahren in sich begreift, alles, was das eigenthumsrecht nach dem strengsten, aber ächten begriffe der jurisprudenzen 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; dahingegen ist es der gerechtigkeit angemessen, dass alles, wo auch der landfürst jure privatorum handelt, nach den landesgesetzen und von den justizbehörden entschieden werde.“

zum Erliegen,¹³²⁾ 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.¹³³⁾

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.¹³⁴⁾ Erst die Dezemberverfassung fängt ihn wieder ein. 1867 bekommt die französische Auffassung 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 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt. Etwa zeitgleich wird auch Gallien von der Justizstaatsideologie erobert, der Conseil d'Etat zum Verwaltungsgericht aufgewertet.¹³⁵⁾

Was verfassungsrechtlich für tot erklärt ist, ist deswegen noch lange nicht gestorben. Die Abschirmungsideologie behält Einfluss auf die Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹³⁶⁾ 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,¹³⁷⁾ und sie vermag das mit den Verwaltungsverfahrensgesetzen erstarkte Selbstbewusstsein der Ver-

¹³²⁾ *Thomas Olechowski*, Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1999) 25 f mwN; für Deutschland *Thomas Simon*, Öffentliches Recht, in Enzyklopädie der Neuzeit Bd 9 (2009) 338 (356 f). Zum Einfluss der polizeiwissenschaftlichen Theorie vgl *Louis Pahlow*, Administrativjustiz versus Justizstaat, ZNR 2000, 11 (13 ff); zur zeitgenössischen Einordnung der Gewaltenteilung und zu ihrem Einfluss auf die verfassungspolitische Diskussion *Michael Racky*, Die Diskussion über Gewaltenteilung und Gewaltentrennung im Vormärz (2005) 77 ff, 146 ff.

¹³³⁾ Kurzcharakteristik bei *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland Bd 2 (1992) 226 f; eingehende Darstellung bei *Rudolf Hoke*, Österreich, in *Kurt G. A. Jeserich/Hans Pohl/Georg-Christoph von Unruh* (Hrsg), Deutsche Verwaltungsgeschichte Bd 2: Vom Reichsdeputationshauptschluß bis zur Auflösung des Deutschen Bundes (1983) 345 (347 ff).

¹³⁴⁾ Überblick bei *Ewald Wiederin*, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Österreich, in *Armin von Bogdandy/Sabine Cassese/Peter M. Huber* (Hrsg), *Ius Publicum Europaeum* Bd III: Verwaltungsrecht in Europa – Grundlagen und Wissenschaft (2010) § 46 Rz 27 ff.

¹³⁵⁾ *Berst* (FN 124) 113 ff; *Hans Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte⁴ (2004) Rz 1920 ff; *Liebler*, VwArch 2010, 3; *Olechowski* (FN 132) 22 f mwN.

¹³⁶⁾ Zur Diskussion vgl *Winkler* (FN 83) 111 ff; *Olechowski* (FN 132) 61 ff, 82 ff.

¹³⁷⁾ Dazu *Layer*, VVDStRL 1929, 168 ff; *Hans Kelsen*, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 1929, 222 (223 ff); *Christian Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter: Seine Rolle in der Dispensieren-Kontroverse, in *Stanley L. Paulson/Michael Stolleis* (Hrsg), *Hans Kelsen* (2005) 353 (361 ff).

waltung¹³⁸) 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 entgegen zu setzen.¹³⁹) Wie bei den meisten Identitäten handelt es sich um ein Konstrukt, das primär symbolische Bedeutung hat.¹⁴⁰) Für alle wichtigen Fragen – Amtshaftung¹⁴¹), staatsrechtliche Verantwortlichkeit¹⁴²), gerichtliche Kontrolle der Verwaltung¹⁴³) – existieren Sonderbestimmungen, die sich als Ausnahmen deuten lassen, so dass es auf Art 94 B-VG gar nicht ankommt.

V. 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 Resultat 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 Staatsanwälte¹⁴⁴) ist unproblematisch,

¹³⁸) Dazu *Egbert Mannlicher*, Der Weg zur rechtlichen Ebenbürtigkeit von Verwaltung und Justiz, in *VwGH* (Hrsg), 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich (1966) 61 (63 f), *Michael Thaler*, Vom Wesen und Wert der Verwaltungsverfahrensgesetze, ZÖR 64 (2009) 433 (438 ff, 447 ff).

¹³⁹) Paradigmatisch *Edwin Loebenstein*, Reform der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1968, 1 (4); ihm der Sache nach folgend VfSlg 11.500/1987.

¹⁴⁰) Dazu mwN *Christoph Schönberger*, Stifftet die Unionsbürgerschaft europäische Identität? in *Peter-Christian Müller-Graff* (Hrsg), Der Zusammenhalt Europas – In Vielfalt geeint (2009) 55 (56 ff).

¹⁴¹) Art 23 B-VG. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass Art 23 B-VG eine Kompetenz der ordentlichen Gerichte nicht vorsieht (*Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Art 23 B-VG, in *Karl Korinek/Michael Holoubek* [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht 1. Lfg [1999] Rz 7 mwN, 50). Wer § 11 Abs 2 AHG wegen Verstoßes gegen Art 94 B-VG als verfassungswidrig erachtet (so *Kurt Ringhofer*, Der Verwaltungsgerichtshof [1955] 257 mit FN 7), muss deswegen wohl auch gegen die Zuweisung der Amtshaftungssachen an die ordentlichen Gerichte verfassungsrechtliche Bedenken anmelden (so aber einzig *Davy* [FN 61] 772 ff).

¹⁴²) Art 142 f B-VG. Läge hierin eine Durchbrechung des Art 94 B-VG, könnte indes der 22. Abschnitt des Besonderen Teils über die Amtsdelikte im StGB nur verfassungswidrig sein.

¹⁴³) Siebentes Hauptstück des B-VG.

¹⁴⁴) §§ 2 Abs 1, 29 a StAG.

obwohl ich die Staatsanwälte für Organe der Gerichtsbarkeit halte,¹⁴⁵⁾ denn ihnen fehlen die richterlichen Garantien.¹⁴⁶⁾ 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.¹⁴⁷⁾ Das ist aber nicht der einzige Grund, weswegen ich mit Art 90 a B-VG nicht glücklich bin.¹⁴⁸⁾

¹⁴⁵⁾ Näher *Ewald Wiederin*, § 4, in *Helmut Fuchs/Eckart Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zur StPO, in Vorbereitung.

¹⁴⁶⁾ Dieses Ergebnis wird allgemein geteilt, seine Begründung bereitet auf Grundlage der hM zu Art 94 B-VG aber einige Mühe: vgl einerseits *Manfred Burgstaller*, Art 90 a B-VG, in *Karl Korinek/Michael Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht 9. Lfg (2009) Rz 33 f, *Ronald Faber*, Staatsanwälte als Organe der Gerichtsbarkeit – alles beim Alten? in *Georg Lienbacher/Gerhard Wielinger* (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2009 (2009) 125 (142 f), *Stefan Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 65 (2010) 269 (275, 277 f), und *Georg Lienbacher*, Ist staatsanwaltliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse? in *ders/Gerhard Wielinger* (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2010, 65 (68), die, einem beiläufigen Hinweis in den Gesetzesmaterialien Priorität über mE eindeutige systematische Befunde einräumend, Art 90 a B-VG als *lex specialis* zu Art 94 B-VG begreifen, andererseits *Georg Heißl/Andreas 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.

¹⁴⁷⁾ Weniger kryptisch: Obwohl ich für ein enges Verständnis der „Sache“ plädiere (ebenso *Rudolf Thienel*, Verfassungsrechtliche Grenzen für das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 359 b GewO, ZfV 2001, 718 [730 mit FN 63]; *Nicolas Raschauer*, Das vereinfachte Betriebsanlagengenehmigungsverfahren (§ 359 b GewO) im Gefolge jüngster höchstgerichtlicher Entscheidungen, RdU 2005, 100 [109 f]; *Florian Burger*, Versetzungsschutz an Universitäten, zfhr 2006, 120 [128 f]; *Hans-Peter Lehofer*, Dynamische Derogation des KartG? MR 2009, 392 [394]; gegenteilig, mitunter Regelungszweck oder -feld für die Sache nehmend: *Davy* [FN 61] 765 ff; *Mayer*, ÖZW 1991, 99 ff; *Michael Hecht/Gerhard Muzak*, Umwelthaftung im Nachbarrecht, JBl 1994, 159 [160 ff]; *Gerhard Muzak*, Zuständigkeit ordentlicher Gerichte bei Unterlassung der Vorschreibung nachträglicher Auflagen durch die Gewerbebehörden? AnwBl 1997, 19 [20 f]; *Harald Stolzlechner*, Entscheidungsanmerkung, RdU 2003, 154 [155]; *Michael Potacs*, Parallele Anwendung von sektorspezifischen und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TK-Sektor? MR 2009, 335 [336 f]) und obwohl mE weder Art 83 Abs 2 B-VG noch Art 94 B-VG konkurrierende Zuständigkeiten verschiedener (Gerichts- und Verwaltungs-) Behörden ausschließen (mE unbedenklich etwa § 57 Abs 2 VStG 1991 sowie die mit einer gerichtlichen Austragung konkurrierenden Streitbeilegungsverfahren in § 122 TKG 2003, § 10 a E-RBG und § 78 a EisbG), halte ich § 106 StPO mangels hinreichender Bestimmtheit der Kompetenzzuweisung für bedenklich.

¹⁴⁸⁾ ME zählt die Klägerrolle im gerichtlichen Strafprozess zu jenen Tätigkeiten, die demokratisch verantwortet werden sollten. Der Seitenwechsel der Staatsanwälte setzt nunmehr ihrer parlamentarischen Kontrolle Grenzen: vgl *Lienbacher* (FN 146) 72 ff.

Eine zweite Nutzenanwendung lässt sich für die Verfassungsinterpretation ziehen. Es ist ganz natürlich, dass Rechtsprechung 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 so weit aufgeladen, dass die StPO nur verfassungswidrig sein konnte. Darauf haben wir mit einer Aufladung des Anklagegrundsatzes reagiert.¹⁴⁹⁾ Jetzt wird vorgeschlagen, Trennungsgrundsatz und Anklagegrundsatz als kollidierende Prinzipien zu begreifen und sie gegeneinander abzuwägen.¹⁵⁰⁾ Das hat alles seine immanente Logik, scheint mir aber darauf hinauszulaufen, einen Fehler durch den nächsten zu korrigieren. Wir sollten derartige Kollisionen als Alarm-signal 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,¹⁵¹⁾ 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,

¹⁴⁹⁾ Für ein Verständnis des Art 90 Abs 2 B-VG als *lex specialis* zum Trennungsgrundsatz *Walter* (FN 34) 555 f; *Schmidt*, JBl 1991, 703, 706; *Weiß* (FN 34) 215.

¹⁵⁰⁾ *Funk/Öhlinger* (FN 29) 44 f, 75 f.

¹⁵¹⁾ *Hanna Arendt*, Über die Revolution (oJ, 1965) 197 f. „Zu meinen, daß *Montesquieu* die Begrenzung von Tugend und Vernunft verlangte, um die Menschen weniger tugendhaft und weniger vernünftig zu machen, wäre absurd; das gleiche gilt aber für die Frage der Macht. Die Gewaltenteilung hat keineswegs den Zweck, den Staat ohnmächtig zu machen, um den Bürgern ein größeres Maß an Freiheit zu sichern – wo Ohnmacht herrscht, gibt es für *Montesquieu* keine politische Freiheit –, wiewohl man in Europa, wo nachgerade jedermann der Meinung war, daß Zentralisierung der Macht mehr Macht erzeuge, ihn zumeist so mißverstanden hat.“

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.¹⁵²⁾

¹⁵²⁾ Vgl die Wortmeldung des Abgeordneten *Brestel* in der Sitzung des Verfassungsausschusses vom 7. Februar 1849, zitiert nach *Anton Springer* (Hrsg), Protokolle des Verfassungs-Ausschusses im Österreichischen Reichstage 1848–1849 (1885) 133: „Auch ich bin für die Dreieinigkeit der Staatsgewalt; obgleich ich nicht Jurist bin, glaube ich doch, daß diese drei Glieder logisch coordinirt sind, im Staate gibt es nur eine Grundlage: das Rechtsprincip, dieses Princip äußert sich als gesetzgebende Gewalt, soferne durch Gesetze die Rechtssphäre jedes einzelnen bestimmt wird, als richterliche Gewalt, welche diese Gesetze auslegt, und als vollziehende, welche die Gesetze anwendet.“