

Einleitung

Die Lehre von der Gewaltenteilung ist fester Bestandteil der abendländischen Verfassungstradition. Sie hat auch in der österreichischen Bundesverfassung ihren Niederschlag gefunden: Aufbau und Inhalt des B-VG werden von der Unterscheidung der drei Staatsgewalten mitgeprägt,¹ und zahlreiche Verfassungs- und einfachgesetzliche Bestimmungen knüpfen an die Staatsgewalten als Tatbestandsmerkmale an (siehe Kap. I.A). Jeder „ideologieverdächtige“ Inhalt ist der Gewaltenteilung in ihrer spezifisch österreichischen Ausprägung freilich (zumindest vordergründig) genommen,² womit sie auf eine rechtstechnische Funktion beschränkt ist.³

Gerade im Rahmen der rechtstechnischen Funktion der Staatsgewalten ist es regelmäßig notwendig zu bestimmen, welcher Staatsgewalt konkrete Staatsakte und Staatsorgane angehören, da zahlreiche Verfassungs- und einfachgesetzliche Bestimmungen, die sich mit Staatsakten oder Staatsorganen beschäftigen, an die Staatsgewalten als Tatbestandsmerkmale anknüpfen.

Der zentrale Grundsatz der Zurechnung zu den Staatsgewalten, den die hM annimmt, lautet: Bei der Entscheidung, welcher Staatsgewalt ein Staatsakt zuzurechnen ist, ist nicht auf den Inhalt des Akts, sondern auf die am Akt beteiligten Organe zu blicken (siehe Kap. I.B.1). Dieser Satz wirft zwei Fragen auf:

Die erste Frage lautet, wie zu bestimmen ist, welcher Staatsgewalt ein Staatsorgan zuzurechnen ist. Diese Frage ist in der Lehre umstritten, und eine überzeugende Lösung wurde bis heute nicht vorgelegt (siehe Kap. I.B.2). In dieser Arbeit wird ein eigener Ansatz zur Lösung der Frage vorgestellt (Kap. I.B.3), der auf bereits in der Lehre vorhandenen Ansätzen aufbaut.

1 Vgl nur *Khakzadeh-Leiler* in Rill/Schäffer (12. Lfg 2013) Art 94 B-VG, Rz 8; *Welan*, Die Lehre von der Gewaltentrennung und das B-VG, ÖJZ 1970, 449 (450); *Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 151.

2 Vgl *Winkler*, Das österreichische Konzept der Gewaltentrennung in Recht und Wirklichkeit, in *derselbe*, Orientierungen 229 ff, insbesondere 232.

3 Siehe Kap. I.B.4.

Die zweite Frage lautet, auf welches konkrete von mehreren an einem Staatsakt beteiligten Organen bei der Zurechnung des Staatsakts zu einer Staatsgewalt abzustellen ist (siehe Kap. III). Diese Frage wurde bisher noch nicht in der notwendigen Schärfe gestellt und beantwortet. Die Erörterung und Beantwortung dieser Frage bildet den Hauptgegenstand der Arbeit.

In der Lehre und Rechtsprechung lässt sich ein – bisher nicht deutlich gefasstes und nicht näher erörtertes – Konzept zur Entscheidung der Frage feststellen. In Kap. IV wird dieses Konzept umfassend analysiert und dabei die Bezeichnung „Zurechnung kraft Auftrags“ für dieses Konzept vorgeschlagen. Die Analyse der verfassungsrechtlichen Problematik dieses Konzepts (Kap. V) und der Entwicklung des Konzepts (Kap. VI, VII) führt zum Ergebnis, dass das Konzept der hM zu verwerfen ist. Stattdessen wird eine – naheliegende und einfache – Alternativlösung vorgeschlagen.

I. Die Staatsgewalten im österreichischen Recht

A. Die Staatsgewalten als Rechtsbegriffe

Welcher Staatsgewalt ein Staatsakt bzw ein Staatsorgan zuzurechnen ist, muss in allen Fällen festgestellt werden, in denen eine Norm an eine Staatsgewalt als Tatbestandsmerkmal anknüpft.

Diese Fälle sind besonders auf Verfassungsebene zahlreich. Hervorgehoben seien nur die folgenden:

- Art 94 Abs 1 B-VG bestimmt, dass Justiz und Verwaltung in allen Instanzen getrennt sind.
- Die Art 130 ff B-VG gewähren Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten gegen Akte der Verwaltungsbehörden, nicht aber gegen Handlungen von Staatsorganen, die den beiden anderen Staatsgewalten zuzurechnen sind.
- Art 18 Abs 1 B-VG bestimmt, dass die Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Diese Norm wird analog auch auf die Justiz angewandt.⁴
- Art 18 Abs 2 B-VG ermächtigt alle Verwaltungsbehörden auf Grund der Gesetze in ihrem Wirkungsbereich Verordnungen zu erlassen. Für Behörden der Justiz oder Gesetzgebung gilt diese Ermächtigung nicht.⁵
- Art 20 Abs 1 B-VG bestimmt, dass unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung führen, wobei sie an die Weisungen ihrer vorgesetzten Organe gebunden sind.
- Art 87 Abs 1 B-VG bestimmt hingegen, dass Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig sind. Die Ausübung eines richterlichen

⁴ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 572.

⁵ Vgl *Rill* in *Rill/Schäffer* (1. Lfg 2001) Art 18 B-VG, Rz 78 ff.

Amtes, die in Art 87 Abs 2 B-VG näher definiert wird, wird mit der Ausübung von Justiz gleichgesetzt.⁶

- Art 148a Abs 1 B-VG bestimmt, dass sich jedermann bei der Volksanwaltschaft wegen behaupteter Missstände in der Verwaltung des Bundes beschweren kann.

Auf einfachgesetzlicher Ebene sind die Bestimmungen zur Geltendmachung des Grundrechts auf Datenschutz zu nennen:

- Gem § 31 DSGVO erkennt die Datenschutzbehörde über Beschwerden von Personen oder Personengemeinschaften, die behaupten, in näher bestimmten Datenschutzrechten verletzt zu sein, es sei denn, dass sich die Verwendung von Daten für Akte im Dienst der Gesetzgebung oder der Gerichtsbarkeit bezieht.
- In Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit richtet sich die Durchsetzung der im DSGVO geregelten Rechte des Betroffenen nach den Vorschriften der § 83 ff GOG.

Indem das B-VG und andere Gesetze an die Staatsgewalten als Tatbestandsmerkmale anknüpfen, werden diese zu Rechtsbegriffen. Diese Arbeit macht sich zur Aufgabe, bestimmte Aspekte des Inhalts dieser Rechtsbegriffe zu erforschen, nicht aber, einen davon abweichenden rechtswissenschaftlichen oder staatsrechtlichen Staatsgewaltenbegriff zu bilden.⁷ Zu erforschen ist, was der (Verfassungs-)Gesetzgeber meint, wenn er die Begriffe „Gesetzgebung“, „Verwaltung“, „Justiz“ verwendet.

Fraglich könnte sein, ob der Gesetzgeber immer vom selben Begriff der Staatsgewalten ausgeht. Tatsächlich hat sich ein einheitlicher Begriff der Staatsgewalten durchgesetzt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Begriffe „Justiz“ und „Gerichtsbarkeit“ gewöhnlich synonym verwendet werden.⁸ Dem folgt auch diese Arbeit, wobei in Anlehnung an Art 94 Abs 1 B-VG grundsätzlich dem Begriff „Justiz“ der Vorzug gegeben wird. Auf vereinzelt angenommene Abweichungen von der einheitlichen Begriffsverwendung soll nicht eingegangen werden. Insbesondere werden die Staatsanwälte mit der hM wegen Art 90a B-VG als Organe der Staatsge-

6 Vgl für alle *Piska* in Korinek/Holoubek (1. Lfg 1999) Art 87 B-VG, Rz 19 ff.

7 Vgl zur Abgrenzung Rechtsbegriff – rechtswissenschaftlicher Begriff *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 1 f.

8 Vgl nur zu Art 90a B-VG: VfSlg 19281/2010; *Burgstaller* in Korinek/Holoubek (9. Lfg 2009) Art 90a B-VG, Rz 7 ff; *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 269 (272 f); *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Strafverfolgung auf dem Prüfstand (2011) 33 (37) mwN, auch unter Anführung der Gegenmeinungen.

walt Justiz behandelt; auf eine weitere Beteiligung an der diesbezüglichen Diskussion wird hier verzichtet.

B. Der Inhalt des Staatsgewaltenbegriffs

1. Die Grundentscheidung: Organisatorischer Staatsgewaltenbegriff

Bei der Bildung des Begriffs der Staatsgewalten werden gewöhnlich zwei verschiedene Möglichkeiten gegenübergestellt: Nach dem materiellen Staatsgewaltenbegriff ist auf den Inhalt einer Staatstätigkeit abzustellen, während nach dem organisatorischen Staatsgewaltenbegriff auf die an einem Staatsakt beteiligten Organe geblickt wird.

Soweit es um die Bestimmung des Inhalts des Rechtsbegriffs der Staatsgewalten geht, herrscht in der Ablehnung des materiellen Staatsgewaltenbegriffs in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit: Der Inhalt einer Staatstätigkeit soll für ihre Zurechnung zu einer Staatsgewalt irrelevant sein.⁹ Stattdessen wird dem organisatorischen Staatsgewaltenbegriff gefolgt.¹⁰ In dieser Arbeit soll die Richtigkeit dieser Ansicht vorausgesetzt und nicht näher darauf eingegangen werden.

Folgt man dem organisatorischen Staatsgewaltenbegriff, bedarf die Frage einer näheren Prüfung, von welchem der an einem Akt beteiligten Organe die Staatsgewaltenzurechnung des Akts abzuleiten ist. An einem Staatsakt können mehrere Organe, und zwar sowohl auf gleiche als auch auf verschiedene Art beteiligt sein: Einerseits können mehrere Organe gleichzeitig im Rechtssinn als Urheber eines Staatsakts gelten (dazu Kap. II.B). Andererseits können Organe einen Staatsakt durch ihre Willensbildung beeinflussen, ohne dass sie deswegen als Urheber des Akts angesehen werden.

Die Frage, bei welchem Organ im Einzelnen anzusetzen ist, wird nur relevant, wenn mehrere Organe, die verschiedenen Staatsgewalten angehören

9 ZB *Antoniolli/Koja*, AVwR³, 3 ff; *Melichar*, Von der Gewaltentrennung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiete des Strafrechts. Gutachten für den vierten Österreichischen Juristentag (1970) 16; *Winkler*, Zum Verwaltungsbegriff, in *derselbe*, Orientierungen im öffentlichen Recht (1979) 1 (24); VfSlg 4455/1963; 7710/1975.

10 Vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht II². Staatliche Organisation (2013) Rz 26.022; *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 42; *Thienel*, Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz, GS *Walter* (2013) 819 (823). Siehe auch die wörtlichen Zitate in Kap. III.C.

ren, an einem Staatsakt beteiligt sind. Die Beantwortung dieser Frage ist der Hauptgegenstand dieser Arbeit.

Zuvor ist unter anderem die Grundfrage zu beantworten, wie bestimmt werden soll, welcher Staatsgewalt ein Organ angehört. Dabei sind unter den Vertretern des organisatorischen Staatsgewaltenbegriffs die im folgenden Abschnitt dargestellten Ansätze erkennbar. Allerdings kann keiner dieser Ansätze überzeugen, weshalb in Abschnitt 3 ein eigener Ansatz entwickelt wird.

2. Die verschiedenen Ansichten zum Inhalt des organisatorischen Staatsgewaltenbegriffs

a) Verzicht auf allgemeine Formeln

Ein Teil der Lehre verzichtet auf allgemeine Formeln für die Bestimmung der Staatsgewalten und begnügt sich mit der Aufzählung der Organe, die zu jeder einzelnen Staatsgewalt zählen sollen. Zum Teil geschieht dies für jede einzelne Staatsgewalt;¹¹ zum Teil werden nur die Organe der Gesetzgebung und Justiz aufgezählt und der verbleibende Rest der Verwaltung zugerechnet (negative Bestimmung des Verwaltungsbegriffs).¹²

Nach welchem Kriterium die Zurechnung erfolgt, wird von dieser Strömung nicht offengelegt. Es werden zwar, soweit vorhanden, Verfassungsbestimmungen angeführt, die auf die Zurechnung eines Organs zu einer Staatsgewalt hindeuten. Auf eine genaue Herleitung der Zurechnung aus den angeführten Verfassungsbestimmungen wird allerdings jeweils verzichtet. Soweit keine Verfassungsbestimmungen angeführt werden, bleibt es überhaupt bei der bloßen Behauptung der Zurechnung zu einer Staatsgewalt.¹³

Zur Methode der negativen Bestimmung des Verwaltungsbegriffs ist auszuführen, dass sie zu Unrecht davon ausgeht, dass die Organe der Gesetzgebung und Justiz leicht zu erfassen seien, da die Verfassung deren zulässige Typen abschließend regle.¹⁴ Man müsste demzufolge einfachgesetzlich eingerichtete Organe nur unter die verfassungsrechtlich vorgegebenen

11 So *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht II² Rz 26.014 ff.

12 So *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, FS Antonioli (1979) 35 (45 f); vgl auch *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1978) 127 und *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015) Rz 7 ff.

13 In besonders auffälliger Weise auf bloße Behauptungen beschränken sich *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht II² Rz 26.014 ff.

14 Vgl *Klaushofer*, Strukturfragen der Rechtsschutzbeauftragten (2012) 68 ff, der den Rechtsschutzbeauftragten unter die verfassungsrechtlich vorgesehenen Typen der Justizorgane (Richter, Staatsanwälte, Rechtspfleger, Mitwirkende aus dem Volk) subsumiert, zum wenig überraschenden Ergebnis kommt, dass der Rechtsschutz-

Typen subsumieren. Die Verfassung regelt aber weder die Organe der Gesetzgebung noch der Justiz abschließend:

Anerkannt ist erstens, dass auch die verschiedenen richterlichen Hilfsorgane, die in der Verfassung nicht genannt sind, zulässig und der Justiz zuzurechnen sein müssen, da ohne sie ein Funktionieren der Gerichte nicht denkbar ist.¹⁵ Dasselbe gilt für die Gesetzgebung.

Weiters muss man sich vor Augen halten, dass es verschiedene Ebenen von Organen gibt, wobei ein Organ das Organ eines anderen sein kann. Die Verfassung trifft hier nur punktuelle Regelungen, die einmal diese, einmal jene Ebene von Organhierarchien betreffen. Der einfache Gesetzgeber muss hier ergänzend tätig werden:

Zur Ausübung der Justiz hat die Verfassung zB den Organtyp des ordentlichen Gerichts vorgesehen. Welche ordentlichen Gerichte es neben dem in Art 92 B-VG geregelten Obersten Gerichtshof gibt, entscheidet der einfache Gesetzgeber. Ob es sich bei einer Behörde um ein ordentliches Gericht handelt, kann nicht durch Subsumtion unter bestimmte Kriterien entschieden werden, da die Verfassung keine enthält. Dass an einer Behörde Menschen tätig sind, die zum Richter ernannt sind, sagt noch nichts über die Zuordnung der Behörde zur Justiz aus:¹⁶ Richter befinden sich nämlich nur bei der Besorgung von gerichtlichen Geschäften in Ausübung ihres richterlichen Amtes (Art 87 Abs 2 B-VG).

Die Organe der ordentlichen Gerichte regelt die Verfassung wiederum nur zum Teil. Sie regelt Richter (Art 86 f, Art 88 f B-VG), Rechtspfleger (Art 87a B-VG) und Mitwirkende aus dem Volk (Art 91 B-VG). Die Regelung ist aber in keiner Hinsicht abschließend. Selbst mit der Nennung der richterlichen Hilfsorgane, die in den verschiedensten Ausformungen existieren, ist die Reihe nicht abgeschlossen. Organe der Gerichte sind auch die einzelnen Senate, der Geschäftsverteilungsausschuss etc.

Dasselbe gilt für die Staatsgewalt Gesetzgebung: Auch hier müssen in der Verfassung nicht genannte Organe zulässig sein, da dies für das Funktionieren der in der Verfassung vorgesehen Organe notwendig ist.¹⁷

beauftragte keinem dieser Typen entspricht und allein aufgrund dessen eine Zuordnung des Rechtsschutzbeauftragten zur Justiz ablehnt.

15 Grundlegend *Walter*, Verfassung 38 ff. Ebenso – jedoch mit im Detail fraglicher Abgrenzung der richterlichen Hilfsorgane (siehe dazu Kap. IV.H.4.e) – *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 768; *Antoniolli/Koja AVwR*³, 17 f; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht II² Rz 26.018.

16 Vgl den Urheberrechtssenat gem §§ 30 ff VerwGesG, der aus drei Richtern besteht und doch als Verwaltungsbehörde anzusehen ist (vgl VfSlg 18770/2009).

17 Hilfsorgane, zB Hausdiener, die den Präsidenten bei der Räumung der Galerie unterstützen (vgl VfSlg 11882/1988), sowie auch Organe, die Behörden sind