

Einleitung

A. Problemaufriss und Erkenntnisinteresse

Dem Aufbau der österreichischen Bundesverfassung liegt das Prinzip der Gewaltenteilung zugrunde. Die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung bildet einen Teilaspekt dieses Grundprinzips¹ und nimmt in der österreichischen Verfassung eine besondere Stellung ein. Die organisatorische Trennung schreibt Art 94 Abs 1 B-VG klar fest: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“ Dieser Grundsatz wird nur in wenigen Fällen und nur durch verfassungsgesetzlich normierte Ausnahmen (vgl Art 87 Abs 2 B-VG, Art 94 Abs 2 B-VG) durchbrochen. Demgegenüber besteht in materieller Hinsicht keine vergleichbar strikte Trennung. Eine wesensmäßige Unterscheidung zwischen Justiz- und Verwaltungsaufgaben ist schlichtweg nicht möglich. Durch unterschiedliche Verfassungsnormen wird der Justiz im Verhältnis zur Verwaltung aber zumindest ein gewisser Kernaufgabenbereich garantiert. Aufbauend auf diesem verfassungsrechtlichen Grundkonzept der Trennung zwischen Justiz und Verwaltung nimmt der einfache Gesetzgeber die Zuständigkeitsverteilung vor und gestaltet Organisation und Verfahren der beiden Staatsfunktionen näher aus.

Diese Gestaltungsfreiheit des österreichischen Gesetzgebers besteht wegen der institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten grundsätzlich auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt dieser Grundsatz aber nur soweit das Unionsrecht keine spezielleren Vorgaben enthält. Das Unionsrecht kann damit unter Umständen auch Bestimmungen vorsehen, die mit der verfassungsrechtlichen Trennung zwischen Justiz und Verwaltung in Konflikt stehen, weil sie die Zuständigkeit davon abweichend regeln. Da dem Unions-

1 Die Gewaltenteilung bildet nach hA ein eigenständiges Bauprinzip der österreichischen Verfassung (zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³, Rz 75; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹, Rz 162 f; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I³, Rz 10.002).

recht wegen des Effektivitätsgrundsatzes „volle Wirksamkeit“ zu garantieren ist, greift in diesem Fall bei unmittelbar anwendbarem Unionsrecht der Anwendungsvorrang bzw sind Richtlinienbestimmungen trotz des Konflikts im nationalen Recht entsprechend umzusetzen: Das Unionsrecht genießt weitgehenden Anwendungsvorrang vor dem nationalen (Verfassungs-) Recht; Integrationssschranken bestehen lediglich im Bereich der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien.² Bei der Umsetzung von Richtlinienrecht ist das nationale Verfassungsrecht nur insoweit zu beachten, als die Richtlinie einen Spielraum dazu einräumt. Die im Verfassungsrecht angelegte Trennung zwischen Justiz und Verwaltung ist sohin – außer im unwahrscheinlichen Fall einer gleichzeitigen Missachtung des gewaltenteilenden Grundprinzips – nicht vor entgegenstehendem Unionsrecht „geschützt“. Als Folge haben einzelne Verfassungsbestimmungen bzw Teile davon unangewendet zu bleiben, unter Umständen werden diese auch vom Unionsrecht verdrängt, das dann an ihrer Stelle gilt. Allenfalls sind im Rahmen der Richtlinienumsetzung oder bei der Durchführung von Verordnungen dem Verfassungsrecht widersprechende Bestimmungen zu erlassen oder nationale Bestimmungen richtlinienkonform zu interpretieren.

Ausgehend davon lässt sich die Grundaussage treffen, dass die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung unter dem Einfluss des Unionsrechts nicht uneingeschränkt aufrechterhalten werden kann. Gesetzgebung und Vollziehung haben dem Unionsrecht auf die gebotene Weise zum Durchbruch zu verhelfen. Eine nahtlose Integration in das bestehende Recht kann dabei aber nicht immer erzielt werden, sodass die geschaffene Rechtslage unklar und lückenhaft bleibt.³ Im Bereich der Vollziehung führt dieser Umstand mitunter zu kaum oder nur schwer lösbaren Folgeproblemen.

Das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit liegt darin, die verfassungsrechtlichen Determinanten der Trennung zwischen Justiz und Verwaltung in den unionsrechtlichen Kontext zu setzen und das damit verbundene Konfliktpotential sichtbar zu machen. Dabei ist die Untersuchung notwendigerweise unvollständig. Eine Darstellung jedes einzelnen Konflikts, der durch eine Kollision des Unionsrechts mit einer das Verhältnis zwischen Justiz und Verwaltung definierenden Verfassungsnorm entsteht, ist in diesem Rahmen weder möglich noch sinnvoll. Vielmehr werden einzelne, besonders relevant erscheinende Konfliktfelder beleuchtet (siehe dazu sogleich die überblicksmäßige Darstellung unter C.). Durch die eingehende Auseinandersetzung mit den sich daraus ergebenden spezifischen rechtsdogmatischen Fragestel-

2 *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷, 60 ff.

3 Vgl nur zu den im Zusammenhang mit dem Anwendungsvorrang möglicherweise auftretenden Problemen *Öblinger/Potacs*, EU-Recht⁷, 98.

lungen soll aber gleichzeitig ein allgemeines Problembewusstsein geschaffen werden.

B. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Bevor eine Befassung mit den Einzelproblemen stattfinden kann, gilt es im allgemeinen Teil der Arbeit die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung als verfassungsrechtlichen Maßstab möglichst genau zu bestimmen. Der einfache Gesetzgeber ist bei der Zuständigkeitsverteilung an diesen gebunden und bestehende Zuständigkeitsnormen sind daran zu messen. Anderes gilt freilich für den Unionsgesetzgeber, der grundsätzlich keiner Bindung an das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten unterliegt.⁴ Allerdings spielt der zu definierende Maßstab im Hinblick auf das Unionsrecht insofern eine Rolle, als nur anhand diesem auf Gesetzgebungs- und Rechtsanwendungsebene beurteilt werden kann, ob eine Unvereinbarkeit bzw eine Kollision mit dem Verfassungsrecht vorliegt.

Für ein grundlegendes Verständnis ist die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung zunächst in Beziehung zum übergeordneten Konzept der Gewaltenteilung zu setzen,⁵ dessen Wurzeln bis zurück in die Antike reichen und das im Zuge der Revolutionsbewegungen Mitte des 19. Jahrhunderts auch Eingang in die österreichische Verfassung fand. Als Teilaspekt der Gewaltenteilung wurde die Trennung zwischen Justiz und Verwaltung erstmals in der Dezemberverfassung 1867 ausdrücklich verankert⁶ und schließlich in das B-VG übernommen. Dieses klare Bekenntnis im Verfassungstext zeigt, dass der Trennung zwischen Justiz und Verwaltung in der österreichischen Rechtstradition ein besonders hoher Stellenwert zukommt. Damit ist heute⁷ ausschließlich die organisatorische Trennung von Justiz und Verwaltung angesprochen, wenngleich nicht in Abrede gestellt werden kann, dass dieser auch eine materielle Dimension innewohnt, insofern als nicht „ein

4 Eine Schranke im Hinblick auf das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten enthält lediglich Art 4 Abs 2 EUV, wonach das Unionsrecht die „nationale Identität [der Mitgliedstaaten], die in ihren [...] verfassungsmäßigen Strukturen [...] zum Ausdruck kommt“ zu achten hat. So wäre etwa ein die Grundprinzipien der österreichischen Verfassung missachtender Unionsrechtsakt ohne Legitimation durch eine Volksabstimmung, nicht nur aus nationaler Sicht rechtswidrig, sondern wohl auch primärrechtswidrig (*Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁷, 62; vgl auch *Stöger/Haidler*, Art 4 EUV, in *Mayer/Stöger*, Rz 17).

5 Siehe Kapitel A. im ersten Teil.

6 Art 14 StGG über die richterliche Gewalt (RGrBl 1867/144) lautete: „Die Rechtspflege wird von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

7 Anders noch während der Monarchie, vgl *Zellenberg*, in *Lienbacher/Wielinger*, 72 ff.

und dieselbe Sache“ sowohl in die Zuständigkeit der Gerichte als auch der Verwaltungsbehörden verwiesen werden darf.⁸ Frühere Versuche, die Justiz und die Verwaltung auch anhand ihrer Aufgabenbereiche voneinander abzugrenzen, wurden mit der Erkenntnis, dass eine derart typisierende Zuordnung nicht möglich ist, schon bald aufgegeben. Einzelnen Verfassungsbestimmungen werden aber Anhaltspunkte für eine materielle Trennung entnommen.⁹

Zur Festlegung des verfassungsrechtlichen Maßstabs sind außerdem die grundlegenden Begriffe „Justiz“ und „Verwaltung“ zu klären.¹⁰ Im Recht selbst werden die Begriffe uneinheitlich verwendet¹¹ und auch im Schrifttum¹² ist man sich über deren Bedeutung nicht einig. Vorauszuschicken ist, dass es nicht Ziel dieser Arbeit ist, die in Rede stehenden Begriffe neu zu definieren, sondern aufbauend auf dem dazu bereits vorhandenen Meinungsstand zu einer für die Zwecke dieser Untersuchung geeigneten Begriffsdefinition zu kommen. Verkürzt ausgedrückt, wird hier im Wesentlichen folgendes Verständnis vorausgesetzt: Die „Justiz“ umfasst die richterlichen Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit (samt ihrer Hilfsorgane). Als „Verwaltung“ gilt die Tätigkeit jener (weisungsgebundenen oder weisungsfreien) Organe, die weder Organe der Gesetzgebung noch der Gerichtsbarkeit sind.¹³ Dieses Ergebnis zeigt, dass eine klare Begriffsbestimmung nur unter der Bedingung möglich ist, dass zusätzlich weitere Begriffe, insbesondere „Gerichtsbarkeit“ und „Gesetzgebung“, definiert werden. Um die Einleitung nicht zu überfrachten, sei diesbezüglich aber auf die detaillierten Ausführungen im Kapitel „B. Grundbegriffe“ verwiesen.

Unter Zugrundelegung dieser Begriffe müssen Justiz und Verwaltung schließlich anhand der einschlägigen Verfassungsnormen miteinander in Beziehung gesetzt werden.¹⁴ Als zentrale Norm ist hier Art 94 Abs 1 B-VG zu

8 Vgl *Khakzadeh-Leiler*, Art 94 B-VG, in Kneihls/Lienbacher, Rz 29.

9 ZB Art 92 Abs 1, Art 91 Abs 2 und 3 B-VG.

10 Siehe Kapitel B. im ersten Teil.

11 So wird etwa in Art 19 Abs 1 B-VG der Begriff „Verwaltung“ synonym mit „Vollziehung“ verwendet.

12 Vgl nur die Darstellung der wissenschaftlichen Definitionsversuche für den Verwaltungsbegriff am Anfang eines jeden Lehrbuchs zum allgemeinen Verwaltungsrecht (zB *Adamovich/Funk*, *Verwaltungsrecht*³, 14 ff; *Kabl/Weber*, *Verwaltungsrecht*⁷, Rz 6 ff). Über den Justizbegriff bestehen insbesondere seit der Einführung des Art 90a B-VG, mit dem die Organe der Staatsanwaltschaft zu „Organen der Gerichtsbarkeit“ erklärt werden, Unklarheiten (vgl dazu *Zellenberg*, *ZfV* 2015, 351 ff).

13 Zur Herleitung dieser Begriffsdefinitionen wird auf die Ausführungen in den betreffenden Kapiteln verwiesen (B.III. bzw B.IV. im ersten Teil).

14 Siehe Kapitel C. im ersten Teil.

nennen, der die beiden Staatsfunktionen organisatorisch voneinander trennt. Inhaltlich aufgeladen wurde die Bestimmung in erster Linie durch die Rechtsprechung des VfGH, aus der sich insgesamt vier Verbotsgehalte ableiten lassen: das Verbot von Mischbehörden, das Verbot von Parallelzuständigkeiten, das Verbot wechselseitiger Instanzenzüge und das Verbot sonstiger verfahrensrechtlicher Verflechtungen. Es kann hier an die bestehende Doktrin angeknüpft werden, weshalb die vorliegende Arbeit auf eine zusammenfassende Darstellung der genannten Verbotsgehalte beschränkt bleiben wird.¹⁵ Eine wesentliche Rolle wird in der weiteren Untersuchung das Verbot von Parallelzuständigkeiten spielen. Demnach sind Entscheidungen von Verwaltungsbehörden und Gerichten in derselben Sache sowohl nebeneinander als auch nacheinander unzulässig. Daneben kommt auch dem Verbot wechselseitiger Instanzenzüge besondere Bedeutung zu. Mit diesem soll in erster Linie verhindert werden, dass zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden ein im Hinblick auf ihre Selbstständigkeit verpöntes Kontrollverhältnis entsteht. Aus materieller Sicht wurde die wohl markanteste Grenzlinie zwischen Justiz und Verwaltung aus Art 91 Abs 2 und 3 B-VG abgeleitet. Konkret zog der VfGH, gestützt auf diese Bestimmung, die Höhe der Geldstrafe als Kriterium für die Unterscheidung zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht heran. Zwar hat er seine diesbezügliche Rechtsprechung mittlerweile revidiert, sie verdient im Hinblick auf das Unionsrecht aber besondere Aufmerksamkeit, weshalb die Auseinandersetzung mit Art 91 Abs 2 und 3 B-VG im Rahmen dieser Untersuchung eine hervorgehobene Stellung einnimmt.

C. Spezifische Konfliktfelder

Ist auf die soeben skizzierte Weise ein verfassungsrechtlicher Maßstab gebildet worden, sind in weiterer Folge die wesentlichsten im Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht wirkenden Mechanismen (Anwendungsvorrang, unionsrechtskonforme Auslegung etc) darzustellen.¹⁶ Aufbauend auf diesen Grundlagen kann schließlich im besonderen Teil der Arbeit die Untersuchung spezifischer, unter dem Einfluss des Unionsrechts entstandener Spannungsfelder im Bereich der Trennung zwischen Justiz

15 Insbesondere ist es nicht Ziel dieser Untersuchung, die organisatorische Trennung zwischen Justiz und Verwaltung losgelöst von der Rechtsprechung des VfGH und der Lehre „neu zu vermessen“ und der etablierten Sichtweise eine eigene gegenüberzustellen.

16 Siehe Kapitel D. im ersten Teil.

und Verwaltung erfolgen. Dazu wurden drei Beispiele ausgewählt, die das vorhandene Konfliktpotential besonders eindrücklich zeigen!¹⁷

Das erste Beispiel¹⁸ behandelt den unionsrechtlich eingerichteten Parallelrechtsschutz gegen Datenschutzverletzungen (vgl insbesondere Art 77–79 DSGVO).¹⁹ Die dadurch bewirkte Doppelgleisigkeit von verwaltungsbehördlichem und gerichtlichem Rechtsschutz wirft Fragen betreffend das Zusammenspiel zwischen DSB und ordentlichen Gerichten auf, mit denen sich die Rechtswissenschaft seit geraumer Zeit beschäftigt. Das konkrete Verhältnis zu Art 94 Abs 1 B-VG ist in dieser Diskussion aber bislang unterbelichtet geblieben. Wie bereits die verwendete Terminologie andeutet, steht hier ein Konflikt mit dem Verbot von Parallelzuständigkeiten im Raum, der in dieser Arbeit zum Gegenstand der Untersuchung gemacht wird. Die im Zuge der Auseinandersetzung mit diesem Konflikt gewonnenen Erkenntnisse dienen in weiterer Folge als Basis für die Beantwortung der in diesem Zusammenhang auftretenden verfahrensrechtlichen (Folge-) Fragen betreffend *res iudicata* und die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen.

17 Die getroffene Auswahl soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Unionsrecht punktuell auch auf andere Weise mit der Trennung zwischen Justiz und Verwaltung in Konflikt geraten kann. Zu nennen wären hier etwa die Richtlinienbestimmungen für den Bereich der Bankeninsolvenz, die der Abwicklungsbehörde (in Österreich die FMA) eine gewisse Vorrangstellung gegenüber den in Insolvenzsachen typischerweise zuständigen ordentlichen Gerichten einräumen. Die diesbezüglichen auf Art 86 BRRD basierenden Umsetzungsvorschriften (zB § 119 BaSAG: Beschränkung des gerichtlichen Insolvenzverfahrens, wenn die Abwicklungsbehörde eine Abwicklungsmaßnahme plant; § 84 Abs 8a BaSAG: Insolvenzantragsmonopol der Abwicklungsbehörde; § 59 BaSAG: zwingende Unterbrechung des gerichtlichen Verfahrens und Aussetzung der Entscheidung auf Antrag der Abwicklungsbehörde) stehen in einem Spannungsverhältnis zu Art 94 Abs 1 B-VG, der unter anderem auch verbindliche Anordnungen zwischen ordentlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden verbietet. Darüber hinaus wurde in der Literatur im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz für Mitbewerber im Falle einer unter Verletzung der Notifikationsverpflichtung gem Art 108 Abs 3 AEUV erfolgten bescheidmäßigen Subventionierung ein Konflikt mit Art 94 B-VG diskutiert. Demnach würde die den Konkurrenten nach dem Effektivitätsprinzip zu gewährende Möglichkeit der Geltendmachung eines Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs im Wege der Konkurrentenklage, im Ergebnis dazu führen, dass der verwaltungsbehördliche Subventionsbescheid von einem ordentlichen Gericht überprüft und durch dessen Entscheidung ersetzt werden könnte (siehe dazu näher *Potacs*, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, 95 ff).

18 Siehe Kapitel A. im zweiten Teil.

19 Der EuGH hat das Bestehen dieser Doppelgleisigkeit bestätigt (EuGH 12.1.2023, C-132/21, *Budapesti Elektromos Művek*).

Im zweiten Beispiel²⁰ wird mit § 12 Abs 4 E-ControlG²¹, der die sukzessive Gerichtszuständigkeit im energierechtlichen Streitschlichtungsverfahren näher präzisiert, eine im Hinblick auf Art 94 Abs 1 B-VG seit mehr als zwei Jahrzehnten unklare Zuständigkeitsregelung in den Blick genommen. Dass im Zusammenhang mit der Bedeutung dieser Norm Unsicherheiten bestehen, zeigt vor allem ihre wechselhafte Entstehungsgeschichte,²² die einen eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht erkennen lässt. Aufgrund der in diesem Bereich bestehenden unionsrechtlichen Rechtsschutzvorgaben, ist bis heute die Frage offen, ob diesen mit der innerstaatlichen Regelung ausreichend entsprochen wird. Gleichzeitig stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit der auf die bescheidmäßige Entscheidung der Regulierungsbehörde (Regulierungskommission der E-Control) folgenden Zuständigkeit des Zivilgerichts mit Art 94 Abs 1 B-VG. Durch das Aufeinandertreffen von unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Wertungen entsteht so auf innerstaatlicher Ebene eine besondere, klärungsbedürftige Konfliktsituation.

Das dritte Beispiel²³ beschäftigt sich mit einem Konflikt zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht im Bereich der materiellen Trennung zwischen Justiz und Verwaltung. So wollte der VfGH in seiner älteren Rechtsprechung²⁴ aufgrund von Art 91 Abs 2 und 3 B-VG die Verhängung hoher Geldstrafen in die Zuständigkeit der ordentlichen Strafgerichte verwiesen sehen. Der Gesetzgeber war demgegenüber insbesondere ab 2014 zunehmend mit unionsrechtlichen Richtlinien- und Ordnungsbestimmungen konfrontiert, die eine Verhängung hoher Geldstrafen im Wege des Verwaltungsstrafrechts forderten. Die Zahl der nationalen Bestimmungen, mit denen diese Vorgaben umgesetzt wurden, ist seither unaufhaltsam gestiegen. Hinzu treten unmittelbar anwendbare Bestimmungen des Unionsrechts, die hohe Verwaltungsstrafdrohungen enthalten. Der VfGH hat die erwähnte Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben,²⁵ wobei die Frage nach

20 Siehe Kapitel B. im zweiten Teil.

21 Dieser ist im Zusammenhalt mit §§ 22 Abs 2 Satz 2, 30 Abs 3 Z 2 letzter Satz ELWOG 2010 bzw §§ 132 Abs 2 Satz 2, 114 Abs 3 Z 2 letzter Satz GWG 2011 zu lesen.

22 War etwa anfangs noch ein Außerkrafttreten des Bescheids im Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts normiert, sah sich der Gesetzgeber später aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben dazu gezwungen, dieses auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts zu verlagern. Heute ist ein Außerkrafttreten des Bescheids nicht mehr vorgesehen, sodass die Entscheidung des Gerichts letztlich zu diesem hinzutritt.

23 Siehe Kapitel C. im zweiten Teil.

24 Beginnend mit VfSlg 12.151/1989.

25 Siehe VfSlg 20.231/2017.

der Ursächlichkeit des Unionsrechts für diese Judikaturwende Anlass zur näheren Auseinandersetzung bietet.