



# Festschrift für Herbert Steininger zum 70. Geburtstag

herausgegeben

von

**Walter Pilgermair**

*Herbert Steininger*

VERLAG  
ÖSTERREICH  
FORMALS VERLAG DER K.U.K.  
HOF- UND STAATSDRUCKEREI

Wien 2003

# Verfassungsrechtliche Probleme um die Rechtsschutzbeauftragten

*Clemens Jabloner*

## A. Einleitung

Die Einrichtung von „**Rechtsschutzbeauftragten**“ – im Folgenden: „**RSB**“ – zunächst im Strafverfahrensrecht und danach auch im Polizei- und Militärbefugnisrecht gehört zu den interessantesten rechtsstaatlichen Neuerungen der letzten Jahre.<sup>1</sup> Zur Bekämpfung der „**Organisierten Kriminalität**“<sup>2</sup> sowie zur „nachrichtendienstlichen Aufklärung“<sup>3</sup> kehrt der Gesetzgeber neuartige polizeiliche Mittel der Informationsbeschaffung vor, die in die verfassungsgesetzlich gewährleistete **Freiheitssphäre** des Einzelnen intensiv eingreifen. Ihrem Zweck nach sind diese Mittel „verdeckt“ einzusetzen – Schlagworte „Lauschangriff“ und „Rasterfahndung“ –, also ohne Wissen desjenigen, gegen den sich diese Maßnahmen richten. Weiß der Betroffene aber nichts davon, so kann er sich gegen unrechtmäßige Maßnahmen auch nicht zur Wehr setzen. Damit wird ein Rechtsschutzproblem deutlich, für das der Gesetzgeber mit den RSB eine rechtstechnische Lösung finden wollte. Im Wesentlichen geht es darum, dass diese neuen Einrichtungen einerseits die Rechtmäßigkeit des staatlichen Vor-

1 §§ 149n und o StPO (BGBl I 1997/105), 62 f und 62a SPG (BGBl I 2000/85) und 57 MBG (BGBl I 2000/86). Die derzeitigen Amtsträger sind Mitglied des VfGH i.R. Dr. *Rudolf Machacek* (StPO), em.o. Univ.-Prof. Dr. *Franz Matscher* (SPG) und Univ.-Prof. DDr. *Karlheinz Probst* (MBG).

2 Aus der Fülle der Literatur vgl. *Miklau/Pilnacek*, Optische und akustische Überwachungsmaßnahmen zur Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität („Lauschangriff“). Paradigmenwechsel im Verfahrensrecht, JRP 1997, 286; *Aichinger* in JAP 1997/98, 56; *Machacek*, Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität in Österreich, ÖJZ 1998, 553; *Lepuschitz*, „Lauschangriff“, Technische Bekämpfung organisierter Kriminalität (2000) und *Travnicek/Lepuschitz*, Das neue österreichische Sicherheitspolizeigesetz<sup>1</sup> (2000) 330.

3 Anders als im kriminalpolizeilichen Bereich konnte die Notwendigkeit derart weitreichender Befugnisse im Bereich des militärischen Nachrichtendienstes nicht recht deutlich gemacht werden, sieht man vom Argument ab, dass Entsprechendes schon bisher üblich war, wenn auch ohne gesetzliche Grundlage. Zu den rechtspolitischen Argumenten vgl. die Erl. zur RV 76 d. Blg. Sten. Prot. XXI. GP, bes. S. 68.

gehens kontrollieren und andererseits Parteirechte an Stelle des Betroffenen wahrnehmen sollen.<sup>4</sup>

Die folgenden Betrachtungen thematisieren nicht die Einbindung der RSB in den Strafprozess oder in die Sicherheits- resp. Militärpolizei. Auch die Frage, ob diese Einrichtungen den Grundrechtsbedrohungen angemessen sind, wird nicht gestellt.<sup>5</sup> Problematisiert wird vielmehr die **organisatorische Seite** der RSB. Sowohl ihre Bestellung als auch ihre Stellung sind nämlich **verfassungsrechtlich problematisch**. Schon prima vista fällt auf, dass die **Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit** dieser Organe durchgehend (**einfach**)gesetzlich garantiert wird: § 149n Abs. 4 StPO bestimmt u.a., dass der RSB in Ausübung seines Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden ist. Gleichlautende Regelungen enthalten § 62~~2~~ des Sicherheitspolizeigesetzes und § 57 des Militärbefugnisgesetzes.<sup>6</sup> Nun gehört es zum verfassungsdogmatischen Basiswissen, dass die Regelung der Weisungsfreiheit oder Unabhängigkeit staatlicher Organe so elementar ist, dass sie grundsätzlich auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene geregelt wird; der Spielraum des einfachen Gesetzgebers erscheint, wenn überhaupt gegeben, als sehr schmal. Es bietet sich daher eine nähere Auseinandersetzung mit der Einordnung dieser neuen Institution in das Verfassungsgefüge an.<sup>7</sup>

4 Zum RSB als „europaweit neue Einrichtung zur Wahrung der Legalität“ vgl. *Machacek*, ÖJZ 1998, 56. Neuerdings wird – von berufener Seite – ein besonderer RSB auch für die „Klagserzwingung“ im reformierten Strafverfahren in die Diskussion gebracht – vgl. *Burgstaller*, „Die Presse“, Rechtspanorama v. 17.6.2002.

5 Die Effizienz dieser Einrichtungen wird man wohl erst in einigen Jahren beurteilen können.

6 Unterschiedlich ist allerdings die Regelung hinsichtlich der Stellvertreter: Während die StPO und das MBG ausdrücklich anordnen, dass die Stellvertreter des RSB die gleichen Rechte und Pflichten haben, also insbesondere auch weisungsfrei und unabhängig sind, fehlt für den Bereich des SGP eine solche Vorschrift. Das ist entweder Absicht oder aber ein arger legislatischer Fehler, der aber nicht „weginterpretiert“ werden kann. Die unterschiedliche Regelung des RSB und der Stellvertreter im SGP ist offensichtlich verfassungswidrig, vor allem wenn man an eine interne Aufgabenteilung zwischen dem RSB und seinen Stellvertretern denkt (so aber *Machacek*, ÖJZ 1998, 561, freilich für den Bereich der StPO).

7 Vgl. schon die Anregung bei *Pöschl*, Der Menschenrechtsbeirat, JRP 2001, 47 (50). Im Übrigen müssen verfassungsrechtliche Überlegungen auch dort angestellt werden, wo Einrichtungen bestens funktionieren, denn persönliche Konstellationen können sich ändern und das Leben produziert unerwartete Sachverhalte. Daher ist auch hier nachdrücklich einer Ansicht entgegenzutreten, dass „sinnvolle Vorschriften, die dem Schutz des Einzelnen dienen, ... nicht Verfassungsprinzipien um ihrer selbst willen zum Opfer fallen“ dürfen. (So *Schwaighofer*, Auslieferung und internationales Strafrecht [1988] 131. Vgl. dazu schon *Walter/Zeleny*, Über einige verfassungsrechtliche Probleme im Entwurf eines Strafprozessgesetzes, ÖJZ 2001, 876 [878]). Wie rasch scheinbar „akademische“ verfassungsrechtliche Fragen praktisch relevant werden können, hat ein jüngst viel diskutierter Fall einer Auslieferung gezeigt. Gerade auf die verfassungsrechtlich keineswegs unproblematische Konstruktion der §§ 33 f ARHG bezog sich die in der vorigen Fn. wiedergegebene Äußerung. Zu den

## B. Der Rechtsschutzbeauftragte – ein Verwaltungsorgan?

1. Dem **ersten Eindruck** nach sind die RSB wohl **Staatsorgane**, gilt doch die Gewährung von „Rechtsschutz“ als staatliche Kernaufgabe. Verfolgte man dies weiter, so hätte man danach die Frage zu beantworten, **welcher Staatsfunktion** die RSB zuzurechnen wären. Beim RSB nach der StPO ist diese Frage differenzierter zu stellen als bei den RSB nach dem SPG und MBG. Diese können nämlich wenn Staatsorgane, dann wohl nur Verwaltungsorgane sein. Nun bestimmt Art. 20 Abs. 1 B-VG u.a., dass unter „der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder ... nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe oder berufsmäßig ernannte Organe die Verwaltung führen. Sie sind, soweit nicht verfassungsgesetzlich anderes bestimmt wird, an die Weisungen der ihnen vorgeetzten Organe gebunden und diesen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich“.

§ 62 a Abs 4 StP

§ 57 Abs 3 MBG

Geht man davon aus, dass der RSB ein Verwaltungsorgan ist, also die Verwaltung „führt“, dann hat der einfache Gesetzgeber keine Kompetenz, die Weisungsfreiheit des RSB vorzusehen. Wenn sie es schon im Hinblick auf besondere verfassungsrechtliche Vorschriften sind, dann wären die Regelungen nur wiederholend, deklarativ, und daher überflüssig. Wäre die Regelung der Weisungsfreistellung aber konstitutiv, so könnte sie, da nicht auf Verfassungsebene erzeugt, nur fehlerhaft sein.

Die Akten des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst zeigen, dass bereits bei der Einführung des ersten RSB – in der StPO – die in Rede stehende Problematik gesehen wurde. Man versuchte ihr mit der These auszuweichen, dass der RSB die Verwaltung nicht „führe“, also **kein Verwaltungsorgan** sei.<sup>8</sup> Eine nach außen dringende verfassungsrechtliche Diskussion entwickelte sich erst im Zusammenhang mit der Schaffung der RSB nach dem SPG und dem MBG. Zunächst sah nämlich die RV des MBG in einem Art. I auch einen Artikel 52a Abs. 5 B-VG vor, der insbesondere angeordnet hätte, dass die RSB „in Ausübung ihrer Funktion an keine Weisungen gebunden“ seien<sup>9</sup>. Aus poli-

Problemen, die dann aber eben doch auftreten vgl. *Fuchs*, Absolute Nichtigkeit als Instrument der Revision rechtskräftiger Entscheidungen, JBl. 2002, 641 (642) und das Erk. des VfGH vom 12.12.2001, G 151/02.

8 Vgl. BKA-VD GZ1 603752/0-V/A/5/97. Dem RSB obliege lediglich die Wahrnehmung von Parteirechten der Betroffenen gegenüber der Behörde, ohne dass ihm die Kompetenz zur Erlassung von Akten rechtsbegründender oder rechtsfeststellender Art bzw. schlicht – hoheitlicher Maßnahmen übertragen werde. Eine „Beleihung“ werde daher verneint. Inwieweit diese Ausführung vor dem Hintergrund des damals aktuellen Entwurfs berechtigt war, kann hier dahingestellt bleiben.

9 176 Blg. Sten. Prot. NR XX. GP. Danach wären die RSB besonderen Unterausschüssen des Nationalrates **unmittelbar** berichtspflichtig gewesen. Zur Bedeutung des Wegfalls der verfassungsrechtlichen Grundlage, die übrigens auch die Funktion der RSB betroffen hätte vgl. später unter C.

tischen Gründen wurde dieser Weg nicht weiter gegangen, vielmehr eine einfachgesetzliche Regelung angepeilt. Nun wurden verfassungsrechtliche Gutachten eingeholt: Während *Mayer* in seinem im Akt des BKA-VD ersichtlichen Gutachten unter Hinweis auf die ursprüngliche verfassungsrechtliche Absicherung und in Ansehung der Kompetenzen der RSB die Ansicht vertrat, die einfachgesetzliche Weisungsfreiheit der RSB sei verfassungswidrig,<sup>10</sup> ging ein von *Raschauer* erstattetes Gutachten in die andere Richtung:<sup>11</sup> Den RSB stünden „irgendwelche hoheitlichen Anordnungsbefugnisse“ nicht zu Gebote. Die RSB seien zwar „im Sinn der Gewaltenteilungslehre der Verwaltung zuzuordnen“, sie führten aber nicht die Verwaltung, hätten keinerlei Anordnungsbefugnisse und seien „nicht in die Verwaltung integriert“; die verfassungsrechtliche Absicherung sei daher nicht erforderlich. Nun fällt es zwar nicht leicht, in der Funktion eines „Rechtsschutzbeauftragten“ keine Staatstätigkeit zu sehen, doch erscheint die von *Raschauer* vertretene Ansicht als nicht schon von Haus aus denkunmöglich.

Aus der verfassungsrechtlichen Diskussion um die Grenzen der Ausgliederung kennen wir die letztlich erforderliche Grenzziehung zwischen Funktionen, die noch dem Staat zuzurechnen sind und der Ausübung subjektiver Rechte und Pflichten durch besondere Rechtsträger, allenfalls auch einzelne Menschen. Dem Staat wird jedenfalls zugerechnet, wenn eine Person in die staatliche Organisation eingebunden ist, und/oder ihr hoheitliche Aufgaben übertragen werden.<sup>12</sup> Zu fragen ist also, ob die **RSB sowohl außerhalb der Staatsorganisation stehen als auch keine behördlichen Funktionen** ausüben. Diese Frage soll zunächst in gleicher Weise auch für den RSB nach der StPO gestellt werden.<sup>13</sup>

2. Während es bei juristischen Personen (und in der Folge: ihren Organen) kaum zweifelhaft sein wird, ob sie zur staatlichen Organisation gehören oder nicht, ist dies bei physischen Personen, denen der Gesetzgeber Aufgaben überträgt, nicht so einfach.<sup>14</sup> Die **Einbindung in die staatliche Organisation** erweist sich

nämlich als **relatives Kriterium**. Zweifellos ist eine dem öffentlichen Dienstrecht unterliegende Person eingebunden.<sup>15</sup> Bei Fehlen eines ausdifferenzierten Dienstrechts ist dies nicht mehr so eindeutig. §§ 149n StPO, 62a SGP und 57 MBG enthalten nun in gewisser Weise den Kern eines „Dienstrechtes“: So ist etwa die Amtsverschwiegenheit ausdrücklich geregelt und es sind Besoldungsansprüche vorgesehen. Dies wird aber kaum ausreichend sein, eine Einbindung in die staatliche Organisation anzunehmen. Wie schwierig die Abgrenzung ist, erkennt man etwa im Vergleich mit den Mitgliedern des VfGH. Auch diese gehören nicht zum „öffentlichen Dienst“, B-VG und VfGG sehen aber ein – im Vergleich zum RSB wesentlich weiter entwickeltes – Dienstrecht vor.<sup>16</sup> Man würde bei den Mitgliedern des VfGH, die unstreitig behördliche Funktionen ausüben, wohl nicht auf die Idee kommen, hier läge die Konstruktion einer „Beleihung“ vor.

Anscheinend kommt es zur Qualifikation eines Organs als außerhalb/innerhalb der staatlichen Organisation stehend nicht auf ein einzelnes entscheidendes Kriterium an – insbesondere auch nicht auf die Weisungsgebundenheit, da man so ja in einen Zirkelschluss geriete –, sondern auf **mehrere Merkmale** an, von denen zumindest einige verdichtet vorliegen müssen, wobei jedoch eine exakte Grenzziehung schwierig ist. Solche Merkmale sind etwa ein zumindest rudimentäres Dienstrecht im oben dargelegten Sinn, Regelungen, die die Organe zur Ausübung ihrer gesetzlichen Ermächtigungen verpflichten und damit im Zusammenhang ein Sanktionsinstrumentarium bei Pflichtverstößen, die Zurverfügungstellung eines Geschäftsapparates resp. die institutionelle Einbindung in einen bereits vorhandenen organisatorischen Rahmen und dgl. mehr.

Im Lichte dieser Gesichtspunkte spricht **für die Einbindung**, dass § 149n Abs. 5 StPO die Geschäftsstelle des OGH verpflichtet, die Kanzleigeschäfte des RSB wahrzunehmen und im Bereich des SGP und MBG der Bundesminister für Inneres/für Landesverteidigung die zur Bewältigung der administrativen Tätigkeiten notwendigen Personal- und Sacherfordernisse zur Verfügung zu stellen hat.<sup>17</sup> Auf empirische Merkmale, wie etwa die Innehabung eines Arbeitszimmers im Bundesministerium, eine Fahrbereitschaft etc. wird es aus methodischen Gründen nicht ankommen können. Insgesamt sprechen vielleicht mehr Gründe dafür, die **RSB außerhalb der staatlichen Verwaltung** zu orten. Eine sichere dogmatische Aussage ist nach den vorstehenden Erwägungen indessen nicht möglich. Das im Zusammenhang der Ausgliederungsdiskussion verwendete Definitionsmerkmal der „Einbindung einer Person in die staatliche Organisation“ erweist sich also in Grenzfällen als wenig aussagefähig.

10 Gutachten für den Grünen Klub vom 21.6.2000.

11 Gutachten für den Parlamentsklub der ÖVP vom 12.5.2000.

12 Umgekehrt ist zu beachten, dass in besonderen Fällen auch bei privatwirtschaftlicher Tätigkeit besonderer Rechtsträger noch eine Zurechnung zum Staat – und damit Anwendbarkeit des Art. 20 Abs. 1 B-VG – gegeben sein kann. Vgl. zum Ganzen und m.w.H. *Kuesko-Stadlmayer*, Verfassungsrechtliche Schranken der Reduzierung und Ausgliederung von Staatsaufgaben, in: Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat. Rechtsstaat - Liberalisierung und Strukturreform (1998) 171 (186).

13 Der Frage, ob der RSB nach der StPO zwar Staatsorgan, nicht aber Verwaltungsorgan sein könnte, wird später unter 5. behandelt.

14 Ursprünglich ging es nur um „beliehene Unternehmen“, erst später wurde der Begriff erweitert.

15 Hier wird von der Konstruktion abgesehen, dass Beamte bei ausgegliederten Rechtsträgern weiterhin ihren Dienst versehen. Dazu näher *Kuesko-Stadlmayer*, a.a.O.

16 Vgl. §§ 1 ff VfGG.

17 Vgl. §§ 62a Abs. 4 SPG und 57 Abs. 3 MBG.

3. Da nun eine der beiden alternativen Kriterien für die Zurechnung der RSB zum Staat möglicherweise nicht gegeben ist, wäre das zweite Kriterium in den Blick zu nehmen, nämlich ob es sich bei der Tätigkeit der RSB um die Ausübung hoheitlicher Funktionen handelt. Zunächst zu den wichtigsten Funktionen des RSB nach § 149o StPO:

- a) Zuständigkeiten zur **Prüfung und Kontrolle** der Anordnung und Durchführung im Einzelnen genannter Maßnahmen.<sup>18</sup>
- b) **Ermächtigungen des Staatsanwaltes zur Antragstellung** in näher bezeichneten Fällen<sup>19</sup> und
- c) **Beschwerde- und Antragsrechte**.<sup>20</sup>

**Gerichte, Staatsanwaltschaften und Sicherheitsbehörden haben dem RSB jederzeit Akteneinsicht zu gewähren. Auf sein Verlangen sind ihm Abschriften (Ablichtungen einzelner Aktenstücke) unentgeltlich auszufolgen und alle Auskünfte zu erteilen. Dem RSB ist Gelegenheit zu geben, die Durchführung der erwähnten besonderen Ermittlungsmaßnahmen zu überwachen, und es ist ihm jederzeit Zutritt zu allen Räumen zu gewähren, in denen Aufnahmen oder sonstige Überwachungsergebnisse aufbewahrt werden oder der Datenabgleich durchgeführt wird.** Er hat dem Bundesminister jährlich zu berichten.<sup>21</sup>

Der Sicherheitsbeauftragte nach dem SPG ist zuständig zur **rechtlichen Kontrolle der erweiterten Gefahrenforschung** nach § 21 Abs. 3 SPG.<sup>22</sup> Auch hier gibt es die drei Aufgabenfelder: **Begleitende Kontrolle**,<sup>23</sup> **Äußerungsrechte**<sup>24</sup> und **Beschwerderecht**.<sup>25</sup> Der RSB ist zu informieren,<sup>26</sup> zur recht-

18 § 149o Abs. 1: Anordnung und Durchführung einer optischen und akustischen Überwachung und eines automationsunterstützten Datenabgleichs.

19 § 149o Abs. 2: Optische oder akustische Überwachung in ausschließlich der Berufsausübung gewidmeten Räumlichkeiten von in §§ 152 Abs. 1 Z. 5 oder in 31 Abs. 1 des Mediengesetzes genannten Personen. Der Rechtsschutzbeauftragte darf nur ermächtigen, „wenn besonders schwerwiegende Gründe vorliegen, die diesen Eingriff verhältnismäßig erscheinen lassen“.

20 § 149o Abs. 3: Beschwerde an den Gerichtshof zweiter Instanz gegen einschlägige Beschlüsse der Ratskammer, Antragstellungen an den Untersuchungsrichter – vgl. näher die genannte Vorschrift.

21 Vgl. § 149o Abs. 5 StPO. Eine Weiterleitung des Berichtes an den Nationalrat ist hier – zum Unterschied zu den beiden anderen RSB – nicht vorgesehen.

22 „Beobachtung von Gruppierungen, wenn im Hinblick auf deren bestehende Strukturen und auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld damit zu rechnen ist, dass es zu mit schwerer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verbundene Kriminalität, insbesondere zu weltanschaulich oder religiös motivierter Gewalt kommt“.

23 Vgl. § 62a Abs. 5 SGP.

24 Nach § 62a Abs. 7 SGP hat der Bundesminister, dem die Sicherheitsbehörden Maßnahmen gem. § 21 Abs. 3 zu melden haben, „Dieser hat dem RSB Gelegenheit zur Äußerung zu geben, sofern der Rechtsschutzbeauftragte ein entsprechendes Verlangen gestellt hat.“

lichen Kontrolle („hiefür“) ist ihm Einblick in alle erforderlichen Unterlagen zu gewähren und es sind ihm die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, freilich nicht uneingeschränkt.<sup>27</sup>

Mit dem Äußerungsrecht hängt die wichtige Zuständigkeit nach § 21 Abs. 3 i.V.m. § 53 Abs. 1 Z. 2a SPG zusammen: Sofern vor Beginn der Ermittlungen ein Verlangen des RSB gemäß § 62b Abs. 7 gestellt wurde, dürfen die Sicherheitsbehörden personenbezogene Daten für die erweiterte Gefahrenforschung **erst nach drei Tagen oder nach Vorliegen einer entsprechenden Äußerung des RSB** ermitteln und verarbeiten, es sei denn, es wären zur Abwehr schwerer Gefahr sofortige Ermittlungen notwendig.<sup>28</sup>

Der Aufgabenbereich dieses RSB nach dem MBG liegt in der „**Prüfung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der nachrichtendienstlichen Aufklärung oder Abwehr**“. Analog zu den beiden anderen RSB hat auch er zu **kontrollieren**<sup>29</sup> und ein **außerordentliches Rechtsmittel** an die DSK zu ergreifen. Im letzteren Zusammenhang kann der RSB unter bestimmten Voraussetzungen den Betroffenen über die Verwendung von Daten informieren.<sup>30,31</sup> Eine Befugnis zur Ermächtigung zu polizeilichen Maßnahmen kommt ihm nicht zu – er ist also der „schwächste“ RSB.

4. Sind diese Aufgaben nun als **hoheitliche** zu qualifizieren?

- a. Soweit die RSB – wenn außerhalb der staatlichen Organisation – als eine Art „**Amtspartei**“ tätig sind, könnte man von der bloßen Ausübung subjektiver Rechte sprechen<sup>32</sup> und allenfalls zum Ergebnis gelangen, dass diesbezüglich keine Weisungsgebundenheit besteht.<sup>33</sup> Dies freilich nur, wenn man

25 Vgl. § 62a Abs. 8 SGP: Beschwerde an die DSK.

26 Gem. § 62 SGP haben die Sicherheitsbehörden den RSB von der Ermittlung personenbezogener Daten durch verdeckte Ermittlung oder durch den Einsatz von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten unter Angabe der für die Ermittlung wesentlichen Gründe in Kenntnis zu setzen, sobald die Identität des Betroffenen bekannt ist.

27 Vgl. § 62a Abs. 5 SGP. Die Kontrollbefugnisse sind schwächer formuliert als nach der StPO. Es fehlt das „Zutrittsrecht“. Fraglich könnte sein, ob die Tatbestände „Einblick gewähren“ und „Auskünfte erteilen“ die Zuständigkeit zur „rechtlichen Kontrolle“ taxativ ausschöpfen.

28 Zu erwähnen ist noch, dass der vom RSB dem Bundesminister jährlich erstattete Bericht einem besonderen Unterausschuss des Nationalrates zugänglich gemacht wird – vgl. näher §§ 62a Abs. 6 SGP.

29 Vgl. § 57 Abs. 4 MBG: Akteneinsicht, Auskünfte, beides nicht unbeschränkt. Vgl. oben zum RSB nach dem SPG.

30 § 57 Abs. 6 MBG.

31 Auch hier ist ein jährlicher Bericht im Wege des Bundesministers einem besonderen Unterausschuss des Nationalrates zugänglich zu machen – vgl. näher § 57 Abs. 5 MBG.

32 Vgl. z.B. Mayer. Ein Umweltschutzanwalt im österreichischen Recht. JBl 1982, 113.

33 Dagegen spricht schon, dass die im Landesverwaltungsrecht verschiedentlich eingerichteten Organparteien durchwegs landesverfassungsrechtlich weisungsfrei gestellt sind (vgl.

- davon geleitet ist, dass es sich hierbei nicht auch um Hoheitsverwaltung handelt<sup>34</sup> und nicht ohnedies jedenfalls die Verwaltung „geführt“ wird.<sup>35</sup>
- b. Die oben detailliert beschriebenen Ermächtigungen zur „begleitenden Kontrolle“ – unter Einbeziehung der Differenzierung zwischen der StPO einerseits und dem SPG/MBG andererseits – spielen im Kernbereich unter anderem der Sicherheits- und Militärpolizei. Ihre Außenwirkung auf die Rechtsstellung des Betroffenen, gegen den ermittelt wird, ist offenkundig. Alles deutet darauf hin, dass die RSB den anderen Organen gegenüber insoweit mit „imperium“ gegenüberreten.<sup>36</sup> Man könnte zwar einwenden, dass hier den Ausdrücken „Zutritt“, „Überwachung“ etc. ohne zwingenden Grund von vornherein eine hoheitliche Bedeutung gegeben wird. Derartiges gäbe es – könnte man sagen – doch auch im privaten Bereich. Die Konsequenz einer solchen Betrachtungsweise wäre es, die Kompetenzen des RSB so aufzufassen, dass er sie bei Widerstreben im Privatrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten oder allenfalls im Verwaltungsweg durchzusetzen hätte. Es ist aber offensichtlich unsinnig, derlei anzunehmen, bedenkt man nur die ja unter Zeitdruck auszuübenden Funktionen des RSB. Vielmehr ist anzunehmen, dass ihm – im Umfang der Ausübung seiner Zuständigkeiten – **Verfügungsmacht** über die Organe der Sicherheitspolizei und des militärischen Apparates zukommt.<sup>37</sup> Die Sanktion bei Nichtbefolgung läge dann teils im Disziplinarrecht, teils darin, dass übergeordnete Organe, letztlich der Bundesminister, verpflichtet wären, durch unmittelbaren Zugriff den vom RSB gewollten Zustand herbeizuführen.
- c. Schließlich kann es bei den **Ermächtigungen des Staatsanwaltes** doch nur um Mitwirkung an einer behördlichen Willensbildung gehen.<sup>38</sup> Dass der RSB hier eindeutig als Behörde handelt, zeigt schon der Umstand, dass § 149o StPO für sein Handeln eine spezielle gesetzliche Determinante in der Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aufstellt. Eine Deutung als Ausübung eines Parteienrechtes ist hier denkunmöglich.
- d. Problematisch ist die Deutung des „**Verlangens**“ des RSB (SPG) gem. § 53 Abs. 1 Z. 2a iVm § 62a Abs. 7 und das damit ausgelöste Äußerungsrecht.

z.B. § 6 Abs. 3 Stm. Gesetz über Einrichtungen zum Schutz der Umwelt, LGBl. Nr. 78/1988 oder § 4 Abs. 2 oö. Umweltschutzgesetz 1996, LGBl. Nr. 84/1996).

34 Vgl. Puck, Nichthoheitliche Verwaltung, Typen und Formen, in: Ermacora/Winkler u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 275 (295).

35 Die Auffassung, dass Art. 20 Abs. 1 B-VG für die Privatwirtschaftsverwaltung nicht gilt, wird nicht vertreten – vgl. etwa Kucsko-Stadlmayer, a.a.O. „Führen“ der Verwaltung bedeutet nichts anderes, als Verwaltungsangelegenheiten „besorgen“ – vgl. m.w.H. Thienel, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung/1990/226.

36 Wie hier auch Mayer, Gutachten.

37 So wie § 36 StPO.

38 Es sei denn, man sähe auch im StA kein behördliches Organ.

Eindeutig hoheitlich war in diesem Zusammenhang die Funktion des RSB noch nach RV des SPG.<sup>39</sup> Danach wäre eine Ermittlung oder Verarbeitung personenbezogener Daten für die erweiterte Gefahrenforschung nur dann zulässig gewesen, sofern eine Äußerung des RSB vorgelegen hätte, wonach sich diese Aufgabe im Bezug auf eine bestimmte Gruppierung stelle. Der Gesetzestext gibt dem „Verlangen des RSB“ hier nur mehr die Wirkung, dass – außer bei Gefahr im Verzug – erst nach drei Tagen oder nach Vorliegen einer entsprechenden Äußerung des RSB Maßnahmen gesetzt werden können. Diese Konstruktion lässt sich gerade noch als „Anknüpfen an einen Tatbestand“ deuten.<sup>40</sup>

5. Die vorstehenden Überlegungen haben zum Ergebnis geführt, dass es sich bei den **RSB um hoheitlich tätige Organe** handelt.<sup>41</sup> Während es sich nun bei den RSB nach dem SPG und dem MBG eben nur um **Verwaltungsorgane** handeln kann, sind hinsichtlich des RSB nach der StPO noch differenziertere Erwägungen anzustellen:

Schon *Merkl* hat festgestellt, dass die StPO auch Verwaltungsrechtsquelle ist.<sup>42</sup> Den RSB deshalb aber sogleich als Verwaltungsorgan zu qualifizieren, griffe wohl zu kurz. Seine funktionelle Nähe zur Gerichtsbarkeit lässt immerhin die Frage aufkommen, ob der RSB als Organ der Gerichtsbarkeit gedeutet werden kann. Selbst eine Neudeutung der Funktion der Staatsanwaltschaft und dazu parallel eine besondere Einordnung des RSB steht in Diskussion. Insgesamt sind vier Deutungen des RSB zu durchdenken: **a) Organ der Gerichtsbarkeit, b) „Anklageorgan“, c) Organ sui generis oder d) Verwaltungsorgan.**

Zu a): Die Organe der Gerichtsbarkeit sind im Fünften Hauptstück des B-VG abschließend geregelt: Richter, Mitwirkende aus dem Volk und Rechtspfleger.<sup>43</sup> Bloße Weisungsfreiheit macht ein Organ nicht zu einem Richter.<sup>44</sup> Wie ernst es dem Verfassungsgesetzgeber mit der **taxativen Aufzählung der Organe der Gerichtsbarkeit** war, lässt die ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung der Rechtspfleger erkennen (Art. 87a B-VG). Dass die Art. 87 ff B-VG den einfachen Gesetzgeber ermächtigten, weitere Organe der Gerichtsbarkeit zu

39 81 d. Blg. Sten. Prot. XXI. GP. 6.

40 So auch *Raschauer* in einem zweiten Gutachten für den Parlamentsklub der ÖVP vom 25. Mai 2000.

41 Überhaupt kein Zweifel besteht daran, dass die RSB „Vollziehung“ i.S. des Amtshaftungsgesetzes ausüben (vgl. dazu *Kucsko-Stadlmayer*, Art. 23 B-VG, in: *Korinek/Holoubek*, B-VG Kommentar, RZ. 19 f).

42 Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 64.

43 Vgl. *Walter*, a.a.O. 35.

44 Im Hinblick auf die UVS differenzierend *Graf*, Der oö Verwaltungssenat als MRK-konforme Rechtsschutzinstitution?, ÖJZ 1995, 281. Diese Problematik ist hier nicht weiterzuverfolgen.

schaffen, ist schlechthin unvertretbar. In die Kategorie „richterliches Hilfsorgan“<sup>45</sup> kann der RSB schon im Hinblick auf seine Weisungsfreiheit nicht eingeordnet werden.

Zu b): In der Lehre wurde der RSB zunächst bloß funktionell beschrieben. So qualifizierte ihn *Machacek* als „Wächter des Rechtsstaates“ und **„besonderes Organ der Rechtspflege“**.<sup>46</sup> Die verfassungsrechtliche Problematik wurde von *Lepuschitz* erkannt, der den RSB wie hier nicht als Organ der Gerichtsbarkeit qualifiziert, im Hinblick auf seine Weisungsfreiheit aber auch nicht als Organ der Verwaltung. Der Grundsatz der Gewaltentrennung – so *Lepuschitz* – verbiete aber eine dritte Kategorie von Organen, die Regelung sei deshalb verfassungswidrig.<sup>47</sup> Darauf replizierend versucht *Machacek* nunmehr die funktionelle Sicht in die Richtung einer verfassungsrechtlichen Kategorisierung weiterzuentwickeln.<sup>48</sup> Aus dem „materiellen Anklageprinzip“ des Art. 90 Abs. 2 B-VG, der unmittelbaren Anwendbarkeit des Verteidigungsrechts nach Art. 6 EMRK und schließlich auch aus dem Rechtsstaatsprinzip der Bundesverfassung ließe sich ableiten, dass eine „unabhängige Instanz“ wie der RSB geradezu geschaffen werden müsste, um einer verfassungswidrigen Lücke vorzukehren. Einen parallelen Denkansatz entwickelt der Autor später in Verteidigung der Verfassungsmäßigkeit der Stellung der Staatsanwaltschaft im Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes<sup>49</sup>. Demnach sei die Staatsanwaltschaft, insoweit sie Anklage erhebe, als **besonderes Organ der Rechtspflege** unmittelbar der Gerichtsbarkeit zugeordnet, wenn sie auch ansonsten Verwaltungsbehörde bliebe. Die zuerst genannte Argumentation läuft darauf hinaus, das Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Lücke zu behaupten, die der Gesetzgeber zu schließen hätte. Abgesehen von grundsätzlichen methodischen Einwänden spricht gegen diese Überlegung schon, dass es dann allenfalls nur verfassungswidrig sein kann, solche Grundrechtseingriffe überhaupt vorzusehen.

Die andere Überlegung knüpft am materiellen Begriff der **„Rechtspflege“** an, dem – unter dem hier relevanten Aspekt – allerdings die verfassungsrechtliche Dimension fehlt, unterscheidet die Bundesverfassung doch zwischen „Gerichtsbarkeit“ einerseits und „Verwaltung“ andererseits.<sup>50</sup> Versuche, die Staatsanwaltschaft auf diesem Weg verfassungsrechtlich neu zu deuten sind nicht neu. Entsprechendes findet sich etwa schon in „Gesamtreform der Justiz“.<sup>51</sup> Hier wie dort werden allerdings verfassungs- und justizpolitische Erwägungen mit rechtsdogmatischen Einsichten unzulässig verquickt: Denn ganz unstreitig gehört die Anklageerhebung als Kernfunktion der Staatsanwaltschaft zu jenen Funktionen, in denen der Staatsanwalt letztlich dem Bundesminister für Justiz weisungsgebunden und damit Verwaltungsorgan ist.<sup>52</sup> Damit bleibt über, dass gute Gründe dafür sprechen mögen, die Staatsanwälte ganz oder teilweise weisungsfrei zu stellen. Ein rechtsdogmatisches Argument für die partielle Unabhängigkeit der Staatsanwälte ist daraus nicht abzuleiten. Das Gleiche gilt für den RSB: Eine Sonderkategorie einer gleichsam der Gerichtsbarkeit angelagerten Funktion lässt sich nicht gewinnen.

Zu c): Die These von *Lepuschitz*, der RSB wäre ein – verfassungswidriges – Organ „sui generis“ übersieht, dass die Zuordnung einer Staatsfunktion zur Verwaltung nicht nach dem Kriterium der Weisungsgebundenheit erfolgt; dies eben in Ansehung zahlreicher verfassungskonformer weisungsfrei gestellter Verwaltungsorgane. Vielmehr ist **„Verwaltung“ stets dann gegeben, wenn ein Organ weder als ein solches der „Gesetzgebung“, noch der „Gerichtsbarkeit“ gedeutet werden kann**.<sup>53</sup>

Zu d): Die **Funktion des RSB – nach der StPO – kann somit nur als „Verwaltung“ gedeutet werden, der RSB als Verwaltungsorgan**. Auch dieser RSB kann daher nur auf Verfassungsstufe weisungsfrei und unabhängig gestellt werden.

**6. Bei allen RSB handelt es sich somit um Organe, die im Sinne des Art. 20 Abs. 1 B-VG „die Verwaltung führen“.** Somit kann nur der Verfassungsgesetzgeber diese Organe weisungsfrei und unabhängig stellen.<sup>54</sup> Selbst wenn

45 Vgl. *Walter*, a.a.O. 42.

46 ÖJZ 1998, 561; vgl. weiters *Machacek*, Die Stellung und Aufgaben des Rechtsschutzbeauftragten, in: *BMJ* (Hrsg.), Vorarlberger Tage 1999 (2000) 43.

47 *Lepuschitz*, „Lauschangriff“ 88.

48 *Machacek*, Die Reform des StPO-Vorverfahrens aus der Sicht des Rechtsschutzbeauftragten, *AnwBl* 2002, 76 (77). In die gleiche Richtung gehen auch *Funk/Öhlinger* in *BMJ* (Hrsg.), Strafprozessreform und Verfassungsrecht (2002), 82, die den RSB nicht als Einrichtung der Justizverwaltung qualifizieren, „sondern als *Verfahrensanwalt*“ zur Wahrung objektiven Rechts und zum kommissarischen Schutz von Rechten und Interessen von Parteien im Ermittlungsverfahren. Er sei eine „systemkonforme Innovation einer in der Strafrechtsprechung tätigen Verwaltungseinrichtung ..., deren besondere Rechtstellung durch die Grundsätze und das System des Strafverfahrens-Verfassungsrechts legitimiert wird“.

49 *Machacek*, Rechtsschutz im Strafverfahren und Verfassung, *AnwBl* 2002, 620 (622).

50 Vgl. etwa *Walter*, a.a.O. 18. Entsprechendes gilt für den Begriff „Rechtspflege“ (§ 1 StAG).

51 *BMJ* (Hrsg.), Gesamtreform der Justiz (1969) 135.

52 § 3 Abs. 2 StAG ordnet die Aufgaben der Rechtspflege ausdrücklich den weisungsgebundenen Tätigkeiten der Staatsanwälte zu.

53 Vgl. *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in: *Ermacora/Winkler* u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 35 (44).

54 So im Hinblick auf den RSB nach dem MBG auch schon *Funk*, Militärischer Eigenschutz und innere Sicherheit, *ZfV* 2003, 3 (13). An dieser Stelle ist exkursweise in den Blick zu nehmen, ob die Begriffe „Weisungsfreiheit“ und „Unabhängigkeit“ eigentlich Unterschiedliches bedeuten: Während der Begriff der **„Weisungsfreiheit“** („... an keine Weisungen gebunden“) sich offensichtlich auf Art. 20 Abs. 1 B-VG bezieht und seinem Inhalt nach klar

man keine Einbindung in die Staatsorganisation annähme und es sich somit um Formen von „Beleihungen“ handelte, so würde gerade dies verfassungsrechtlich voraussetzen, dass der Gesetzgeber einen wirksamen Weisungszusammenhang zum RSB einrichtet. Nach der Judikatur des VfGH sind Beleihungen im Hinblick auf die Stellung und Verantwortung der „obersten Organe der Vollziehung“ (Art. 19 B-VG) nämlich nur dann zulässig, wenn der Gesetzgeber eine „wirksame“ Weisungsgebundenheit herstellt.<sup>55,56</sup> Sieht man im Lichte des Art. 20

ist, ist dies beim Begriff der „Unabhängigkeit“ nicht der Fall. Zunächst scheint die „Unabhängigkeit“ nicht mehr zu sein als gleichsam der positive Gegenbegriff zur Weisungsgebundenheit, so bei der Stellung des Richters (Art. 87 Abs. 1 B-VG) oder im Zusammenhang mit den „UVS“ (Art. 129a Abs. 1 B-VG). Hätte es also genügt, entweder nur die Weisungsfreiheit oder nur die Unabhängigkeit zu normieren oder bedeutet „Unabhängigkeit“ doch mehr als die bloße Weisungsfreiheit? Ein Blick auf die Systematik des B-VG zeigt, dass die „Weisungsfreiheit“ zwar den Kern der Unabhängigkeit ausmacht – so mit Blick auf die Ausübung des Richteramtes etwa *Merkl* (Fn. 42), 40 –, diese aber noch weitere Garantien enthalten kann. Der VfGH spricht im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit von einer „gewissen wirtschaftlichen Absicherung“ (VfSlg. 14.867/1997). Für die hier relevante Frage ist vor allem die Freiheit von sonstigen Aufsichtsmitteln von Bedeutung. Ein Modell für diese Abgrenzung findet sich in der „Bundesaufsicht“ über die Landesvollziehung von Bundesgesetzen nach Art. 11 und 15 Abs. 8 B-VG. Zwar können hier keine Weisungen ergehen, aber sehr wohl Auskünfte verlangt, Akten angefordert werden etc. *Pernthaler*. Die Bundesaufsicht nach Art 15 Abs 8 B-VG, in: *Pernthaler/Weber*, Theorie und Praxis der Bundesaufsicht (1979) 31 (48) spricht von der „Beobachtungsfunktion“ im Gegensatz zur „Berichtigungsfunktion“. Die Landesorgane sind somit weisungsfrei, aber nicht – oder zumindest nicht in jeder Hinsicht – unabhängig. Leitung setzt Aufsicht voraus (VfSlg 4117/ 1961, VwSlg 13.386A/ 1991), aber nicht umgekehrt. Gegen diese Erwägung spricht aber andererseits, dass gerade bei der ausdrücklichen Regelung der richterlichen Unabhängigkeit sehr wohl Aufsichtsrechte der Justizverwaltung mitgedacht sind. Zur „Dienstaufsicht“ und ihrer Abgrenzung vgl. grundlegend *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960) 64. „Unabhängigkeit“ bedeutet also nicht stets das Gleiche. Nach hier vertretener Ansicht wird man beim RSB in Ermangelung besonderer Regelungen die „Unabhängigkeit“ extensiv zu verstehen haben, mit der Konsequenz, dass der Bundesminister über den RSB auch keine Aufsicht ausübt, also vom RSB nicht etwa Informationen verlangen oder Aufzeichnungen des RSB anfordern kann. Dafür spricht auch, dass die Relation zwischen den RSB und den zuständigen Bundesministern in der Weise einer formalisierten Berichtspflicht geregelt ist. Die zusätzliche Normierung der „Unabhängigkeit“ ist also kein bloßer Pleonasmus.

55 VfSlg 14.473/1996 und zuletzt VfGH v. 12.12.2002, G 269/01 u.a. Dazu vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, und *Schramm*, Finanzmarktaufsicht verfassungsrechtlich abgesichert oder: Wie man die Verfassung weiter demontiert, JBl. 2003, 19 (20): Dieser Judikatur folgend ist die „Ausgliederung“ hoheitlicher Aufgaben nur unter drei Voraussetzungen möglich: Es dürfen nur „vereinzelte“ Verwaltungsaufgaben übertragen werden, keine Aufgaben des „Kernbereiches der Verwaltung“ und das Weisungs- und Leitungsrecht im Sinn der Art. 20 und 77 B-VG muss gewährleistet sein. Man wird nun die Aufgaben des RSB als „vereinzelt“ qualifizieren können, schließlich handelt es sich ja nur um Fragmente des strafgerichtlichen Vorverfahrens. Ob diese Funktionen zum „Kernbereich“ der etwa „inneren Sicherheit“

Abs. 1 B-VG Beleihungen überhaupt als zulässig an, so ist demnach (der einfache) Gesetzgeber befugt, Regelungen über die „Weisungsgebundenheit“ vorzusehen. Wenn zu Eingang dieser Abhandlung davon die Rede war, dass der Spielraum des einfachen Gesetzgebers schmal sei, so ist dies in dieser Hinsicht zu modifizieren.

Dem Gesetzgeber wären demnach zwei verfassungskonforme Wege offen gestanden: Entweder die Einrichtung des RSB auf Verfassungsstufe als „unabhängiges Verwaltungsorgan“ oder die einfachgesetzliche Normierung eines Weisungsrechts der Bundesminister gegenüber „ihren“ RSB sowie eine entsprechende Regelung zur Geltendmachung ihrer Verantwortung im Sinne der Judikatur des VfGH.

### C. Die Bestellung der Rechtsschutzbeauftragten

1. Verfassungsrechtlich interessant sind auch die Verfahren zur **Bestellung der RSB und ihrer Stellvertreter**.<sup>57</sup> Nach der StPO bestellt der Bundesminister für Justiz „nach Einholung eines gemeinsamen Vorschlages“ der Präsidenten des VfGH und des österreichischen Rechtsanwaltskammertages sowie des Vorsitzenden der Volksanwaltschaft. Nach dem SPG/MBG bestellt der Bundesminister für Inneres/für Landesverteidigung „nach Anhörung“ der Präsidenten des Nationalrates, des VfGH und des VwGH. Die Konstruktionen sind also unterschiedlich, und zwar sowohl was das Verfahren betrifft, als auch hinsichtlich der einbezogenen Organe.

**Verfassungsrechtliche Fragen** stellen sich in drei Richtungen: Zunächst wäre zu klären, ob die RSB als „**Bundesfunktionäre**“ nicht vom Bundespräsidenten zu ernennen wären. Weiters wären die Konstruktionen im Hinblick auf die Stellung der **Bundesminister als „oberste Organe“** nach Art. 19 B-VG zu prüfen und schließlich stellt sich die Frage, ob der (einfache) Gesetzgeber zuständig ist, sämtliche der genannten Organe in die **Bestellung der RSB** einzubinden.

zählen, ist schon viel zweifelhafter. Vor allem die Ermächtigung des Staatsanwaltes bei Anordnung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen ist wohl dem Kernbereich zuzuzählen. Erblickt man nicht schon darin eine absolute Grenze, so liegt diese endlich in der Weisungsfreiheit des RSB.

56 Diese Forderung kann – verwaltungstypologisch – für die Definition der „Beleihung“ nutzbar gemacht werden: Eine Beleihung läge nämlich dann vor, wenn der Gesetzgeber zur verfassungsmäßigen Ermächtigung einer Person Hoheitsakte zu setzen, ihre Weisungsgebundenheit erst herstellen muss. Es sei denn, diese Person wäre schon beliehen und erhielte nur neue Kompetenzen.

57 §§ 149n Abs. 1 StPO, 62a Abs. 1 SPG und 57 Abs. 1 MBG.



2. Der Inhalt des Begriffs „**Bundesfunktionäre**“ Art. 65 Abs. 2 lit. a B-VG ist nicht restlos geklärt. Nach der Judikatur des VfGH<sup>58</sup> seien darunter Personen zu verstehen, die Organfunktionen im Bereich der Bundesverwaltung ausübten und in dieser Eigenschaft weder in einem öffentlich-rechtlichen noch in einem privatrechtlichen Verhältnis zum Bund stünden, aber sonst den Beamten und Vertragsbediensteten des Bundes in wesentlichen Belangen vergleichbar seien. Keineswegs erfasst seien – so der VfGH ausdrücklich – demnach Mitglieder eines Kollegialorgans des Bundes, welche diese Funktion zeitlich begrenzt und nicht als Hauptberuf ausübten. Wendet man diese Formel auf die RSB an, so liegt zwar wohl eine Organfunktion im Bereich der Bundesverwaltung vor und auch kein Dienstverhältnis zum Bund. Gegen die Qualifikation als „Bundesfunktionär“ spricht aber die begrenzte Bestelldauer der RSB. Es ist auch nicht anzunehmen, dass die RSB hauptberuflich tätig sein sollen, fehlt es doch an Vorschriften, die über die Unvereinbarkeiten hinaus ihre Berufstätigkeit beschränken. Es ist wohl anzunehmen, dass der VfGH seinen Rechtsatz nicht nur in Bezug auf die Mitglieder von Kollegialbehörden geschöpft hat, sondern dass ganz allgemein bei Fehlen der Hauptberuflichkeit und bei zeitlich begrenzter Bestelldauer kein „Bundesfunktionär“ vorgesehen ist. Unter dem Gesichtspunkt der **Ernennung durch die Bundesminister** sind die Regelungen daher **verfassungskonform**.

3. Bei **keiner Konstruktion** kommt es zu einer **Bindung des Bundesministers** an den „gemeinsamen Vorschlag“ (StPO) oder an das Ergebnis der „Anhörung“ (SPG/MBG). Bei den zuletzt genannten Fällen ergibt sich dies schon aus dem Wortlaut der Bestimmung, bei der StPO aus einem Vergleich der Vorschriften des Art. 86 Abs. 1 B-VG, dem die gegenständliche Bestimmung nachgebildet ist, und des Art. 134 Abs. 2 B-VG: Nur wenn die Bestellung „auf Grund“ eines Vorschlages erfolgt, liegt Bindung des Bundesministers vor. Der Bundesminister kann daher auch eine andere als die gemeinsam vorgeschlagene Person bestellen.<sup>59</sup>

Relativ freier ist der Bundesminister in den Fällen SPG/MPG. „Anhörung“ bedeutet bloß „Gelegenheit zur Anhörung“ zu geben, was freilich eine angemessene Äußerungsfrist voraussetzt.<sup>60</sup> Erfolgt keine Äußerung, kann der Bundes-

58 Vgl. VfSlg 13.016/1992; vgl. dazu auch *Raschauer*, Art. 65 B-VG, in: *Korinek/Holoubek*, B-VG Kommentar, RZ 50 f. Mit dieser Judikatur hat der VfGH den Geltungsbereich des Art. 65 Abs. 1 lit. a B-VG wesentlich eingeschränkt (zum früheren Verständnis vgl. *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht/1972/456).

59 In die gleiche Richtung auch *Pöschl*, JRP 2001, 49, hinsichtlich des – etwas anders formulierten – Vorschlagsrecht des Präsidenten des VfGH für den Vorsitzenden (und seinen Stellvertreter) des Menschenrechtsbeirates nach § 15a SPG.

60 Vgl. *Jabloner*, Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Landesgesetzgebung (1989) 95.

minister ohne **Bedachtnahme** bestellen. Ebenso ist es irrelevant, ob die Anhörung ein einheitliches Ergebnis erbringt oder nicht.

Bei der Konstruktion nach der StPO erscheint der Bundesminister stärker gebundener: Man könnte die Vorschrift so lesen, dass der Bundesminister zwar nicht an den Vorschlag gebunden ist, jedoch erst dann bestellen darf, wenn ein „einheitlicher Vorschlag“ vorliegt. Diesfalls hätte der Bundesminister jedenfalls zuzuwarten, bis ein gemeinsamer Vorschlag zu Stande kommt. Es ist aber zweifelhaft, ob die Bestimmung tatsächlich so zu verstehen ist: Wenn der Bundesminister selbst an einen „gemeinsamen Vorschlag“ nicht gebunden ist, so – könnte man im Wege eines juristischen Größenschlusses sagen – doch umso weniger an einen „nicht gemeinsamen Vorschlag“ und auch dann, wenn gar kein Vorschlag übermittelt wird. Nach hier vertretener Ansicht läuft somit auch diese Konstruktion im Ergebnis nur darauf hinaus, dass der Bundesminister den berechtigten Stellen eine angemessene Frist zur Erstattung ihrer Vorschläge einräumen muss. Gegen die Regelungen bestehen daher **keine Bedenken** aus der Sicht der Stellung der **Bundesminister als „oberste Organe“** i.S. des Art. 19 B-VG.

4. Die Frage nach der **Zulässigkeit der Anhörungs- und Vorschlagsrechte** stellt sich für die in Rede stehenden Organe unterschiedlich; von vornherein verfassungsrechtlich unproblematisch ist allein das Vorschlagsrecht des Präsidenten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, weil dessen Kompetenzen nicht verfassungsrechtlich konturiert sind.<sup>61</sup>

Anhörungs- und Vorschlagsrechte sind bescheidene Formen der Koordination.<sup>62</sup> Eine allfällige Verfassungswidrigkeit wäre also nicht darin zu sehen, dass es zu einem Zusammenwirken von Organen über Funktionsgrenzen hinweg kommt: „Mitwirkung“ im technischen Sinn etwa des Art. 97 Abs. 2 B-VG liegt nicht vor.<sup>63</sup> Verfassungswidrig wären die Regelungen aber dennoch, wenn damit der verfassungsmäßig abgegrenzte Wirkungskreis der teilhabenden Organe erweitert würde. Die Dogmatik der „wechselseitigen Unterstützungspflicht“ staatlicher Organe nach Art. 22 B-VG zeigt, dass es auch beim Zusammenwirken mit niedriger Intensität immer noch darauf ankommt, dass das teilhabende Organ „abstrakt“ zuständig ist.<sup>64</sup>

Betrachtet man unter diesem Kriterium die teilhabenden Organe, so fällt Folgendes auf: Der Präsident des Nationalrates ist sichtlich nicht in seiner Funktion als Gesetzgebungsorgan angesprochen, sondern als „oberstes Verwaltungsorgan“ im Sinn des Art. 30 B-VG. Dieser definiert in seinem Abs. 3 die

61 Allenfalls durch den Gleichheitssatz, jedenfalls nicht organisationsrechtlich.

62 Vgl. *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 377.

63 Vgl. *Jabloner*, a.a.O. 150.

64 Vgl. *Wiederin*, Art. 22 B-VG in: *Korinek/Holoubek*, B-VG Kommentar, RZ 28 m.w.H.

diesbezüglichen Aufgaben des Präsidenten des Nationalrates allerdings als „Besorgung der Verwaltungsangelegenheiten im Bereich der Organe der Gesetzgebung des Bundes sowie gleichartiger Aufgaben und Verwaltungsangelegenheiten, die die von der Republik Österreich entsendeten Abgeordneten zum Europäischen Parlament betreffen“.<sup>65</sup> Die Teilnahme an der Bestellung von Verwaltungsorganen zählt nicht zu diesen Aufgaben. Die einzige „Brücke“ zu den RSB nach dem SPG und MBG liegt im Umstand, dass die dem Bundesminister zugeleiteten Berichte von diesem an spezielle Unterausschüsse des Nationalrates weiterzuleiten sind. Offensichtlich ist die Teilhabe des Präsidenten des Nationalrates ein „Restbestand“ der zunächst angestrebten Konstruktion: Zunächst sollte ja vorgesehen werden, dass die RSB **unmittelbar den Unterausschüssen** berichtspflichtig sein sollten.<sup>66</sup> Bei **dieser** Konstruktion hätte man die RSB allenfalls als Organ des Nationalrates deuten können. Man kann aber nicht sagen, dass schon dann, wenn Berichtspflichten eines Bundesministers an den Nationalrat vorgesehen sind (Art. 55 Abs. 4 B-VG), dies schon eine Ingerenz des Präsidenten des Nationalrates auf Bestimmungsvorgänge verfassungskonform macht. Die Regelung erscheint daher **verfassungsrechtlich problematisch**.

Hinsichtlich der **Präsidenten des VwGH und des VfGH** liegt eine besondere Art der „**Justizverwaltung**“ vor. In seinem hier einschlägigen Judikat VfSlg. 7376/1974 wird den Präsidenten keine Sonderstellung eingeräumt. Auch für sie gilt daher, dass eine Aufgabe der Justizverwaltung nur dann verfassungskonform ist, wenn sie „zur richterlichen Funktion irgendeinen Bezug hat; sei es, dass sie dem Funktionieren der Gerichtsbarkeit dieser durch gerichtliche Entscheidungen bedingte Vorkehrungen anderer Organe erleichtern soll oder auf eine andere Art mit richterlicher Tätigkeit im Zusammenhang steht“. Ob eine konkrete Aufgabe danach zur Justizverwaltung zu zählen ist – so der VfGH weiter –, möge in Einzelfällen schwierig zu beantworten sein und es sei in einem solchen Fall auch auf die einfachgesetzliche Rechtslage im Zeitpunkt des Inkrafttretens des B-VG Bedacht zu nehmen.

Die damit aufgeworfene Frage ist nicht exakt zu beantworten, lässt der VfGH doch einen relativ weiten Spielraum. Soweit es den Präsidenten des VfGH betrifft, so könnte man die von den RSB auszuübenden Grundrechtskontrolle ins Treffen führen. Andererseits zeigt § 15a Abs. 2 SPG, dass das Vorschlagsrecht des Präsidenten des VfGH für den Vorsitzenden des „Menschenrechtsbei-

65 Zwar umschreibt diese Wendung die Funktion der Parlamentsdirektion, doch ist nicht anzunehmen, dass der Präsident des Nationalrates Zuständigkeiten wahrnehmen kann, die nicht auch solche seines Geschäftsapparates sind.

66 Vgl. den angestrebten Art. 52 Abs. 5 in den in Fn. 9 zit. Entwurf.

rats“ auf Verfassungsstufe geregelt wurde.<sup>67</sup> Noch weiter entfernt sind die RSB vom Wirkungsbereich des Präsidenten des VwGH.<sup>68</sup>

Für den Vorsitzenden **der Volksanwaltschaft** stellt sich die sinngemäß gleiche Problematik, sogar in verstärkter Form, da die Volksanwaltschaft im hier relevanten Bereich überhaupt keine spezifische Zuständigkeit hat.

Es bestehen somit **erhebliche Zweifel daran, dass die in den drei Gesetzen vorgesehenen Verfahren zur Bestellung der RSB verfassungskonform** sind.

#### D. Schlussbemerkung

Betrachtet man die Sache **verfassungspolitisch**, so mutet es seltsam kleinmütig an, dass man einer so wichtigen Institution wie dem RSB nicht die verfassungsrechtlich angemessene Erzeugungsform gegeben hat. Der oft beklagte Verfall der verfassungsrechtlichen Kultur in Österreich hat zwei Seiten: Auf der einen Seite gibt es die beklagenswerte Neigung des Nationalrates, gesetzliche Bestimmungen in den Verfassungsrang zu heben, weil dies gerade politisch opportun ist und man so die verfassungsrechtliche Kontrolle ausschließen kann. Auf diese Weise erhalten Inhalte eher untergeordneter Bedeutung die „Weihen“ des Verfassungsrechts. Die andere Seite des Verfalls liegt aber darin, Regelungen, die nach der Verfassungsform geradezu „rufen“, nur einfachgesetzlich zu beschließen. Eine ähnliche Überlegung gilt im Übrigen auch für die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens. Gegen den Ministerialentwurf des BMJ wurden zu Recht verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht.<sup>69</sup> Schon angesichts der enormen Bedeutung verfassungsrechtlich klarer Verhältnisse in einem so sensiblen Bereich wie im Verhältnis zwischen Strafjustiz, Staatsanwaltschaft und Verwaltungsbehörden sollte nicht – gestützt auf artifizielle Rechtsgutachten<sup>70</sup> – die Verfassungsform umgangen werden.

Man kann natürlich auch die Frage stellen, was es denn verschlägt, wenn die RSB in nicht verfassungskonformer Weise unabhängig gestellt sind. So lange die Bestimmungen nicht vom VfGH aufgehoben werden, binden sie die in Betracht kommenden Bundesminister. Einer abstrakt beim VfGH nach Art. 140 Abs. 1 B-VG antragsberechtigten Stelle wird es wohl nicht einfallen,

67 Und zwar – wie Pöschl, JRP 2001, 50, zutreffend ausführt, genau aus diesem Grund.

68 Gegen die Verfassungskonformität spricht hier weiters, dass VfSlg. 7376/1974 zu Grunde lag, dass die Vollversammlung des VwGH an der Bestellung der Mitglieder einer Kollegialbehörde nach Art. 133 Z. 4 B-VG teilnehmen sollte. Hier wäre also noch eher eine gewisse Nähe zur Verwaltungsgerichtsbarkeit gegeben gewesen.

69 Vgl. den in Fn. 7 zit. Aufsatz von Walter/Zeleny.

70 Vgl. Funk/Öhlinger (Fn. 48), insbes. 68, 74.

die Problematik aufzuwerfen. Aber das von Art. 140 B-VG den Gesetzen eingeräumte Fehlerkalkül ist verfassungspolitisch nicht als Alternative zu verstehen. Es bleibt daher der Appell an den Nationalrat, den aufgezeigten Missstand zu beheben und der so **wertvollen Institution des Rechtsschutzbeauftragten die verfassungsrechtliche Basis** zu geben.

## Die Unabhängigkeit des Rechnungshofes

*Franz Fiedler*

### A. Die Bedeutung der Unabhängigkeit für die Tätigkeit der öffentlichen Finanzkontrolle

Gemäß Art. 121 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) ist der Rechnungshof zur Überprüfung der Gebarung des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände, der Gemeinden und anderer durch Gesetz bestimmter Rechtsträger berufen<sup>1</sup>. Unter dem Begriff „Gebarung“ ist – folgend dem Verfassungsgerichtshof – „ein über das bloße Hantieren mit finanziellen Mitteln (Tätigen von Einnahmen und Ausgaben, Verwaltung von Vermögensbeständen) hinausgehendes Verhalten, nämlich jedes Verhalten, das finanzielle Auswirkungen (Auswirkungen auf Ausgaben, Einnahmen und Vermögensbestände) hat“, zu verstehen<sup>2</sup>. Damit vertritt der Verfassungsgerichtshof einen sehr weiten Gebarungsbegriff, der über den bloßen Budgetvollzug hinausgeht<sup>3</sup>.

Da die Gebarung i.S. des Verständnisses des Verfassungsgerichtshofes (und damit des Bundes-Verfassungsgesetzes) typischerweise in die Zuständigkeit der Exekutive fällt, bildet sie die eigentliche Prüfungskundschaft des Rechnungshofes.

Angesichts der Fülle an staatlicher Macht, die bei der Exekutive, insbesondere bei der Regierung konzentriert ist, besteht die latente Gefahr, dass diese Macht auch gegen die öffentliche Finanzkontrolle zum Einsatz gebracht wird. Daraus resultiert die ständige Bedrohung, dass die Exekutive die Tätigkeit des Rechnungshofes beeinflussen könnte. Käme es tatsächlich zu einer solchen Einflussnahme auf die öffentliche Finanzkontrolle, hätte dies zur Folge, dass sie in Abhängigkeit von der ihrer Prüfung unterworfenen Regierung geriete; im

<sup>1</sup> Des Näheren ist die Zuständigkeit des Rechnungshofes zur Gebarungsüberprüfungen in den Art. 126b, Art. 126c, Art. 127, Art. 127a, Art. 127b B-VG bzw. § 1 Abs. 1, § 12, § 15 (§ 16), § 17, § 18, § 19, § 20, § 20a des Rechnungshofgesetzes 1948 (RHG), BGBl Nr. 144/1948, geregelt.

<sup>2</sup> VfSlg 7944.

<sup>3</sup> *Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle – Kommentar zum fünften Hauptstück des B-VG „Rechnungs- und Gebarungskontrolle“, 2000 (*Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle), Art. 126b Abs. 1 und 5, Art. 127 Abs. 1, Art. 127a Abs. 1 B-VG Rz 2.