

# Festvortrag von Clemens Jabloner: Bewährungsfelder der richterlichen Unabhängigkeit

**VORTRAGENDER:** Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Vizekanzler a.D. der Republik Österreich, Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz a.D., Präsident des Verwaltungsgerichtshofs 1993–2013

Die Vortragform wurde beibehalten, eine Auswahl der verwendeten und weiterführenden Literatur dem Text nachgestellt. Für wertvolle Unterstützung danke ich Frau Rosa Mayerl.

**Sehr verehrter Herr Bundespräsident, sehr geehrte Damen und Herren!**

## I. EINLEITUNG

Sehr gerne habe ich die Einladung der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter angenommen, Sie heute hier in Linz anzusprechen. Als Präsident und als rechtsprechender Richter des Verwaltungsgerichtshofes habe ich die Justiz mit Sympathie, doch auch aus einer unvermeidbaren Distanz heraus kennengelernt. Zu meinem Verständnis haben die zum VwGH ernannten Damen und Herren aus dem Richterstand beigetragen. Das Zusammenwirken von Richterpersönlichkeiten unterschiedlicher Herkunft war ein faszinierender Aspekt meiner Tätigkeit. Als sehr kurzzeitiger Justizminister bin ich dann der Richterschaft ganz nahegerückt. Während es über ihre fachliche Qualität keine Enttäuschung gab, erschreckte mich doch die dringende Not an ausreichenden Ressourcen. Ich sah es daher als meine allererste Aufgabe an, die wahrgenommenen Missstände systematisch zu erfassen – mein Wahrnehmungsbericht – und die Abhilfe dagegen meiner Nachfolgerin ans Herz zu legen. Frau Präsidentin Mag.a. *Matejka* danke ich für die lobende Hervorhebung meiner Bemühungen.

Heute erlaube ich mir, abstrakter zu werden. Die folgenden Überlegungen

kreisen um das Grundthema der richterlichen Unabhängigkeit. Gemeinsam mit der Fachkunde bildet die Unabhängigkeit ja das Fundament, auf dem das richterliche Amt ausgeübt wird. Dabei soll allerdings nicht die ausgefeilte Dogmatik des Art 87 Abs 1 B-VG im Vordergrund stehen – dazu sind gerade in jüngster Zeit profunde Beiträge erschienen –, sondern es soll der Blick auf verschiedene Problemfelder gelenkt werden, die für eine weiter verstandene Unabhängigkeit von Bedeutung sind. Meine wechselnden Positionen im österreichischen Rechtsleben haben mich mehrfach – und aus unterschiedlichen Perspektiven – mit Fragen der richterlichen Unabhängigkeit konfrontiert: Aus der Sicht der Verfassungslehre – kein Thema der Justiz ist verfassungsnäher als die Unabhängigkeit –, aus der Sicht eines Verwaltungsrichters und obersten Organs der Justizverwaltung und – last but not least – als Justizminister. Im Folgenden möchte ich ausgesuchte Aspekte zur Diskussion stellen, von denen ich hoffe, dass sie Ihr Interesse finden.

## II. GESETZ UND RICHTER

Sobald Recht kodifiziert wird, misstraut der Rechtsetzer dem Personal, das dieses Recht auslegt und handhabt. So verbot schon in der Spätantike Kaiser *Justinian* die Kommentierung seiner „elementa“. Dieses Motiv spielt dann bei den Kodifikationen eine wichtige

Rolle. Zwar ist jede Rechtsanwendung mit Interpretation (im wissenschaftstheoretischen Sinn) verbunden, aber Auslegung wird in der juristischen Welt zumeist in einem engeren Sinn verstanden. Vereinfacht gesagt: Ausgelegt wird das Recht, wenn es mehrdeutig oder vage ist. Vor diesem Hintergrund verstehen wir, weshalb die frühen Kodifikationen zwar den Richter prinzipiell unabhängig einsetzten, es ihm aber auftrugen, im Zweifel ein Gutachten der obersten Justizbehörde einzuholen – die Institution des „*référé législatif*“. Die Interpretationsregeln, wie wir sie im ABGB oder im ZGB finden, sind die Nachfolge dessen. Sie verbalisieren keine Selbstverständlichkeiten, sondern waren im Spätabsolutismus dafür gedacht, die richterliche Rechtsfindung zu disziplinieren. Erst das Zusammenspiel einer verdichteten Rechtsordnung mit der professionellen juristischen Ausbildung der Richter ermöglichte die moderne richterliche Unabhängigkeit. Sie ist ein Korrelat zur gesetzlichen Bindung und ohne diese nicht mehr denkbar.

Im 19. Jahrhundert wurde die Rechtsprechung als ein Bereich der gesetzlich gebundenen Rechtsanwendung verstanden, im Gegensatz zur Verwaltung, die sich in größeren Ermessensräumen bewegen durfte und sollte. Dazu kam, dass sich in der Verwaltung das juristische Element erst als Folge

der Rechtsstaatsidee nach und nach verwirklichte, namentlich in Form der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Heute sehen wir es geradezu umgekehrt: Unter dem Einfluss des Legalitätsprinzips ist das Verwaltungsermessen reduziert, wohingegen wir in der richterlichen Rechtsprechung größere Handlungsräume sehen und gerade dort auf die richterliche Unabhängigkeit vertrauen.

Freilich wird die Bindung an das Gesetz ziemlich unterschiedlich verstanden, wenn wir nur an die „richterliche Rechtsfortbildung“ denken. Für unsere Rechtskultur können wir jedenfalls die extremen Randpositionen ausschließen: Weder ist die Richterin ein Subsumtionsautomat, „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“, noch ist ihre Tätigkeit freie Rechtsfindung. In Österreich bleibt die Rechtsprechung im internationalen Vergleich noch immer markant gesetzgebunden, das ist die positivistische Tradition. Ein bekannter Rechtssatz des OGH geht dahin, dass es nicht die Aufgabe der Gerichte sei, im Wege der Rechtsfortbildung oder einer allzu weitherzigen Interpretation möglicher Intentionen des Gesetzgebers Gedanken in ein Gesetz zu tragen, die darin nicht enthalten sind.

Ich betone den Zusammenhang zwischen Gesetzesbindung, Methodik und Unabhängigkeit hier deshalb, weil die Unabhängigkeit allein nicht viel wert ist. Im NS-Staat blieben die Richter weisungsfrei, darauf pochte der Deutsche Richterbund, und diese Unabhängigkeit blieb formal gewahrt. Allerdings wurde nicht nach dem Gesetz gerichtet, sondern nach einem Recht, das von der nationalsozialistischen Weltanschauung durchdrungen war. Was für den Verwaltungsbeamten der „voraussehlende Gehorsam“, war für den Richter „der Bewegung entgegenarbeiten“. Wir

können heute mancherorts sehen, dass es nichts ausmacht, wenn unabhängige Institutionen mit unabhängigen Personen besetzt werden, wenn sie nur – mag sein auch verborgen – die richtige Gesinnung haben.

### III. SOZIALE UNABHÄNGIGKEIT

Diese Beobachtung führt mich zur Frage der richterlichen Befangenheit im weiteren Sinn, in der Schweiz spricht man von der „sozialen Unabhängigkeit“: In dienst- und verfahrensrechtlicher Hinsicht sorgen dafür schon die Rechtsinstitute der Unvereinbarkeit und Unbefangenheit. Die Regeln über die Unvereinbarkeit sind streng und eindeutig. Zur Befangenheit genügt schon der Anschein einer Verwicklung in Interessen der Prozessparteien. Ob das der Fall ist, hat oft die Richterin selbst wahrzunehmen, da nur sie über die notwendigen Informationen verfügt. Die Selbsteinschätzung sollte sehr sorgfältig, aber nicht überängstlich erfolgen. Vor allem muss der Richter vermeiden, sich von den Prozessparteien in eine Befangenheit treiben zu lassen, etwa wenn er so beschimpft wird, dass er sich nicht mehr als unbefangen erachten kann. Ein wenig muss die Richterin aushalten können.

Darüber hinaus aber stellt sich die intensiv diskutierte Frage eines politischen, religiösen oder auch weltanschaulichen Engagements. Aus guten Gründen nimmt die Richterschaft hier eine sehr zurückhaltende Haltung ein und empfiehlt in ihrer „Welser Erklärung“ Richtern und Richterinnen parteipolitische Entsagung. Hier sind allerdings grundrechtliche Schranken zu beachten. Schon Art 7 Abs 4 B-VG garantiert den Richtern und Richterinnen die Ausübung ihrer politischen Rechte, wozu die Mitgliedschaft oder auch die Ausübung von Funktionen in politischen Parteien zweifellos zählt.

Dazu kommen die Garantien der Glaubens- und Gewissensfreiheit, gegebenenfalls auch der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit. Ich tendiere hier zu einer etwas liberaleren Haltung. Vielleicht auch deshalb, weil manchmal eine manifeste politische oder religiöse Haltung der richterlichen Unabhängigkeit sogar förderlich sein kann, weil die Richterin gerade dann niemandem etwas beweisen muss. Doch das kann man sicher ganz verschieden sehen. Jedenfalls bedeutet Unabhängigkeit nicht Weltabgewandtheit. Der Richter soll kein „homo non politicus“ sein, wo das Gesetz letztlich Wertentscheidungen verlangt, fordert es die Richterin als meinungsstarke, sittliche Person.

### IV. RICHTERBESTELLUNG UND UNABHÄNGIGKEIT

Hier weitergedacht, stoßen wir auf ein System der Richterbestellung, ja sogar richterlicher Tätigkeit, in dem die parteipolitische Deklaration geradezu die Regel ist, so ist es nämlich in der Schweiz. In der Tat haben wir es im europäischen Rechtsraum mit sehr unterschiedlichen Systemen zu tun: Das eine Extrem bietet die Schweiz mit ihrer manifest parteipolitischen Bestellung von Richtern und Richterinnen, die ja sogar eine Parteisteuer berappen müssen. All das hört sich recht fremd an, man wird aber die Schweiz dennoch als Rechtsstaat bezeichnen müssen. Zudem ist zu bedenken, dass in der Schweiz bestimmte Parameter anders aufgestellt sind als in Österreich: Zum einen wird der richterlichen Rechtsfortbildung ein größerer Bereich eingeräumt als im positivistisch geprägten Österreich, zum anderen wird aber dieser Bereich auch als ein stärker politisch durchdrungener und daher demokratisch zu kontrollierender bewertet. In der Schweiz mehren sich aber die Zweifel an diesem System, und es gibt eine interessante Motion, die auf die

Einführung des Losprinzips bei der Richterkeation abzielt.

Am anderen Ende des Spektrums stehen die obersten Richterräte etwa in Italien und Spanien, also Selbstverwaltungskörper, die alle wesentlichen Personalentscheidungen im Bereich der Richterschaft treffen.

Ich finde beide Extreme übertrieben: Das Schweizer System führt zu immer größeren Spannungen im europäischen Verbund, dem die Schweiz zwar nicht im Wege der Union, wohl aber im Wege der EMRK angehört. Den romanischen Modellen fehlt wiederum die demokratische Rückkoppelung, was zu einer gewissen Selbstbezüglichkeit führen kann.

Insgesamt sehe ich unser System, das – außer bei der Verfassungsgerichtsbarkeit – der Legislative keinen Raum einräumt, sondern die Richterbestellung letztlich zur Exekutive verlagert, als einen recht gut geeigneten, aber verbesserungsfähigen mittleren Weg. Die Bundesverfassung sieht vor, dass der Bundespräsident Richter und Richterinnen ernannt. Freilich kann und hat er diese Zuständigkeit zu einem guten Teil an die Bundesregierung und diese wieder an den Justizminister delegiert. Immerhin verbleibt dem Bundespräsidenten das letzte Wort. Denn die Ernennungen in die höheren Stellungen kann er verhindern, indem er den Vorschlägen der Bundesregierung resp. des von ihr ermächtigten Bundesministers nicht nachkommt. Ob der Bundespräsident bereits erteilte Delegationen aufheben kann, um alle Richterernennungen an sich zu ziehen, ist allerdings fraglich. Ich habe zwar eine kritische Distanz zur Auffassung, dass der Bundespräsident eine Art neutrale Gewalt im Staat darstellt – das ist eine parlamentsfeindliche Ideologie –, aber in der

politischen Praxis kann der Bundespräsident doch relativ abgehoben vom politischen Tagesgeschehen agieren. Dabei ist mir selbstverständlich bewusst, dass es darauf ankommt, wer dieses Amt und somit diese Garantenstellung ausübt.

Verbesserungsfähig ist das System nach dem Muster des Verwaltungsgerichtshofes, mit seinen bindenden Dreier-vorschlägen. Auch dorthin müssen die Richter nicht ernannt werden, die Exekutive darf aber auch niemanden kreieren, der nicht auf dem Vorschlag aufscheint. Eine etwas mildere Form ist die in der Richterschaft neuerdings diskutierte Begründungspflicht von Richterernennungen, die vom Vorschlag überhaupt oder von der Reihung auf diesem Vorschlag abweichen. Solche Änderungen halte ich für sinnvoll, da sie das gegebene – und grundsätzlich ja geeignete – System weiterentwickeln möchten.

## V. DIE RICHTERIN IM KOLLEGIUM

Wie schon einleitend bemerkt, stehen heute nicht die verfassungsrechtlichen Feinheiten im Vordergrund, auch nicht der Zusammenhang zur monokratischen Justizverwaltung. Mich interessiert hier zunächst ein anderer Aspekt, nämlich das Verhältnis der richterlichen Unabhängigkeit zur kollegialen Rechtsprechung. Die Mehrheitsregel führt dazu, dass die einzelne Richterin ihre Rechtsmeinung nicht zwingend durchsetzen kann. Nun ist die Mehrheitsregel eine Derogationsregel für ein Kollektivorgan. Rechtstheoretisch gesehen unterscheidet sie sich gar nicht so sehr von der Regelung, dass das Votum des höhergestellten Organs mehr Gewicht hat als jenes des untergebenen Organs. In beiden Bereichen kann nicht sinnvoll auf Einstimmigkeit gesetzt werden. Die Senatsgerichtsbarkeit verlangt daher von der einzelnen Richterin eine Beschränkung, in gewisser Weise einen

Verzicht. Man könnte nun der Meinung sein, dass das aktuell diskutierte Sondervotum – gedacht für den VfGH, aber selbstverständlich erweiterungsfähig – ein Stück weit der richterlichen Unabhängigkeit oder vielleicht treffender: der richterlichen Eigenwilligkeit dienen könnte.

Ich räume ein, dass ich mich vor einigen Jahrzehnten für diese Idee durchaus erwärmen konnte. Ich hielt sie für geeignet, gerichtliche Entscheidungen personell zuordnen zu können, im Sinne einer transparenten Herrschaft von Menschen über Menschen. Heute bin ich von dieser Ansicht abgerückt: zum einen als Ergebnis einer langjährigen Erfahrung als Vorsitzender eines richterlichen Senates, dem es um Kooperation und nicht um Konfrontation gehen muss, schon aus verfahrensökonomischen Gründen. Zum anderen war die Forderung nach einem Sondervotum, wie schon bei früheren Gelegenheiten, wenn der Bundesregierung Entscheidungen des VfGH nicht passten, sehr rasch als Mittel erkennbar, Druck auf einzelne Mitglieder ausüben zu können, auf Mitglieder, von denen man – man muss sagen: in naiver Weise – erwartet hätte oder erwarten würde, eine bestimmte rechtspolitische Haltung zu vertreten.

In der Tat ist es für ein nicht juristisches Publikum bisweilen nicht nachzuvollziehen, wie sich ein Gericht bei alternativen und vorerst gleich denkmöglichen rechtlichen Lösungen für eine entscheidet. Die damit verbundenen subtilen Überlegungen eines Gerichts können so leicht als „Spitzfindigkeiten“ erscheinen und daher als bloß politisches Kalkül. Doch hat der Umstand, dass ein Gericht letztlich einen normerzeugenden Willensakt setzt, nichts mit einer parteipolitischen Einstellung zu tun, jedenfalls grundsätzlich nicht.

Das Sondervotum trägt also dazu bei, die gerichtliche Entscheidung zu schwächen, nicht notwendigerweise in einem spezifisch juristischen Dialog, aber vor dem allgemeinen Publikum.

Das Sondervotum kann allerdings nicht unabhängig von der Rechtskultur beurteilt werden, in der diese Frage gestellt wird. Meine Einstellung gilt nicht allgemein, anderswo funktioniert das Sondervotum ja durchaus, sondern mit Blick auf die gegenwärtige Realität in Österreich, in der sich die Gerichtsbarkeit befindet. Hier und heute trüge das Sondervotum nichts zur richterlichen Unabhängigkeit bei.

## VI. DER RICHTER UND DIE STÄNDIGE JUDIKATUR

Ein anderer Aspekt ist das Verhältnis der richterlichen Unabhängigkeit zur ständigen Judikatur. Wenn man den Begriff der Rechtsquelle streng auslegt, das heißt darunter nicht Faktoren versteht, die die Rechtsfindung kausal beeinflussen, wie etwa die Literatur, so kann von einer Rechtsquelle nur dann die Rede sein, wenn sie einen bindenden Charakter hat. Ein normativ bindender Charakter der ständigen Judikatur würde aber – wie schon der OGH auf seiner Website betont – mit der richterlichen Unabhängigkeit im Konflikt stehen. Es erscheint mir wesentlich, dass eine Richterin, sei es einer unteren Instanz oder eines Höchstgerichts, eine gewisse Unabhängigkeit gegenüber der ständigen Rechtsprechung wahren kann. Im Grunde funktioniert die ständige Rechtsprechung nach dem Prinzip „comply or explain“, wie wir es vom soft law kennen. Verlangt wird von der Richterin eine Auseinandersetzung mit der ständigen Judikatur, sie muss erklären, weshalb sie davon abweicht. Sie sollte sich bei diesen Überlegungen nicht von Bequemlichkeit oder Autorität beeinflussen lassen. Die

Rechtsprechung ist eben als ein veränderliches System angelegt und diese Veränderung initiieren bisweilen die unteren Instanzen. Darauf setzen besonders die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Unionsgerichtsbarkeit. Mit der B-VG-Novelle 2013 wurde die Anfechtungsmöglichkeit verfassungswidriger Gesetze auf alle Richter erstreckt, das ist als Ermunterung zu verstehen, verfassungsrechtlich bedenkliche Gesetze auch anzufechten, selbst wenn sich die Verfassungswidrigkeit für den Fall gar nicht auswirkt. Erfreulicherweise wird diese Ermächtigung von den Erstgerichten auch tatsächlich ausgeübt.

Und das Unionsrecht setzt überhaupt auf die Richter unterer Instanzen, die ja viel eher bereit sind, von der höchstgerichtlich geprägten Judikatur abzuweichen als die jeweiligen Höchstgerichte selbst.

Die ständige Judikatur ist, richtig verstanden, also kein Problem für die Unabhängigkeit, im Gegenteil, vielmehr ermöglicht es die Unabhängigkeit, die Judikatur durch bessere Argumente zu ändern.

## VII. UNABHÄNGIGKEIT UND GRUNDRECHTSSCHUTZ

In den letzten Jahrzehnten wendet sich die Richterschaft immer deutlicher den Grundrechten zu. Dies kommt nicht zuletzt in der Einrichtung und in den erfolgreichen Aktivitäten der „Fachgruppe Grundrechte“ im Rahmen der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter zum Ausdruck. Ich habe die Ehre, dem Fachbeirat anzuhören.

Ein gesteigertes Grundrechtsbewusstsein gehört heute zum basalen methodischen und mentalen Rüstzeug der Rechtsprechung. Doch es geht auch um spezifischere Aspekte, namentlich

im Strafrecht, das besonders intensiv in die Freiheitsrechte eingreift. In den letzten Jahren ist eine rechtstechnische Ausdifferenzierung zu beobachten: Mit den originellen Institutionen der „Grundrechtsbeschwerde“ und des „Erneuerungsantrags“ hat der OGH, also die ordentliche Gerichtsbarkeit, materiell einen Teil der Verfassungsgerichtsbarkeit übernommen, ohne dass der Eigenstand der Justiz aufgegeben werden musste.

Das Straf(verfahrens)recht kennt aber nicht nur einen Grundrechtsschutz in Form der nachprüfenden Kontrolle von Rechtsakten oder Maßnahmen. Vielmehr besteht schon seit 1862 ein präventiver Grundrechtsschutz bei Eingriffen in das Hausrecht, seit 1867 in die persönliche Freiheit sowie das Briefgeheimnis und seit 1974 in das Fernmeldegeheimnis. Die Grundrechtseingriffe wurden dabei lange an einen ausdrücklichen „richterlichen Befehl“ geknüpft.

Das Grundrechtsverständnis des 19. Jahrhunderts setzte auf die präzise gesetzliche Bindung von Freiheitseingriffen, wobei zunächst wohl die professionelle Qualität des Richters für Rechtsrichtigkeit sorgen sollte. Allerdings war von Anfang an klar, dass der Richter auf jenen Sachverhalt angewiesen ist, der ihm von der Kriminalpolizei resp der Staatsanwaltschaft präsentiert wird.

Aus heutiger Sicht steht weniger die rechtsdogmatische Garantenfunktion der Richterin im Vordergrund, sondern deren Unabhängigkeit. Da in der Tätigkeit der Kriminalpolizei und der Staatsanwaltschaften naturgemäß ein inquisitorisches Element liegt, präsentiert sich die Einschaltung des Richters traditionell als „Königsweg des Grundrechtsschutzes im Strafverfahren“. Doch diese Funktion des Richters ist

offenbar schon immer in einem scharfen Kontrast zur tatsächlichen Wirksamkeit gestanden, sodass man in der Literatur kritisch gar von einem „Palliativum Richtervorbehalt“ spricht. Die Spannung zwischen dem richterlichen Befehl als einem schon sprachlich scharf akzentuierten Teilakt und der tatsächlichen manchmal nur beurkundenden Funktion des Richters bestand also von jeher.

Die österreichische Strafprozessreform der Jahre 2003 und 2008 mag im alltäglichen Vollzug zweckmäßig sein, doch hat sie diese Problematik eher noch verschärft. Zugleich mit der Abschaffung des Untersuchungsrichters wurde die Rolle der Staatsanwältinnen aufgewertet, im Gegenzug sind viele ihrer Maßnahmen richterlich zu bewilligen und auch nachträglich zu überprüfen. Da viele Ermittlungsmaßnahmen in Grundrechte eingreifen, sollten diese präventiven und nachträglichen Kontrollen den Grundrechtsschutz eigentlich verbessern. Mit der Neuordnung ging aber die spezifische Differenz zwischen der expressiven richterlichen Befehlserteilung zum Schutz der „alten“ Grundrechte und einer etwas diffusen allgemeinen richterlichen Mitwirkung als Ersatz für den Untersuchungsrichter durcheinander. Mit Recht weist die Lehre darauf hin, dass die farblose richterliche Bewilligung anstelle des „Befehls“ das richterliche Element ganz praktisch schwächt, es geht eben doch um mehr als um bloße Semantik. In der Praxis droht die richterliche Bewilligung zu einer bloßen Stampiglie auszudünnen.

Meines Erachtens sollte sich das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Richter keinesfalls so verkehren, dass die Bewilligung als Ermächtigung für möglicherweise auszuübende Eingriffe verstanden wird. Denn dann

würde die letzte Entscheidung doch wieder dem Staatsanwalt zukommen, was weder mit dem Wortsinn noch mit dem historischen Verständnis von „richterlicher Befehl“ vereinbar und daher verfassungsrechtlich bedenklich wäre.

Die verfassungslegistisch verwegene Zuordnung der Staatsanwaltschaften zur Gerichtsbarkeit führt dazu, dass die Öffentlichkeit die Funktionen der Justiz (im engeren Sinn) und der Gerichtsbarkeit unter Einschluss der Staatsanwaltschaft – die Terminologie ist instabil – nicht klar unterscheiden kann. Selbstverständlich ist weder an der fachlichen Qualität noch an der parteipolitischen Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaften zu zweifeln, aber die Staatsanwälte sind eben nicht im selben Sinn unabhängig wie die Richterinnen. Die aktuellen Geschehnisse zeigen deutlich, dass das Vertrauen in die Objektivität des Ermittlungsverfahrens – und hier geht es wohlgerne um den äußeren Anschein – nur gefestigt werden kann, wenn das richterliche Element der Bewilligung betont wird. Aus dieser Sicht ist es rechtsstaatlich von großer Bedeutung, dass die richterliche Bewilligung nicht aus einer vielleicht falsch verstandenen Kollegialität mit verwandten Organen als reiner Formalakt verstanden wird, sondern ganz deutlich akzentuiert hervortritt. Ich halte daher die in der strafrechtlichen Literatur geäußerte Kritik an der bloßen „Stampiglie“ für zutreffend. Überhaupt fände ich es diskussionswürdig, die richterliche Kontrolle über Akte der Staatsanwaltschaften zu Lasten der dortigen Hierarchie zu stärken, was freilich ein Schritt in die Richtung des Untersuchungsrichters wäre.

Wenn Maßnahmen der Staatsanwaltschaft richterliche Willensakte voraussetzen, dann dürfen diese also nicht als

formale Beurkundungen verstanden werden. Ich verfüge in diesem Bereich bestenfalls über eine anekdotische Evidenz. Deshalb sind meine Sätze nicht als Kritik, sondern als Bekräftigung zu verstehen. Denn wie auch immer sich die Praxis derzeit darstellt, erscheint es mir als besonders dringlich, dass Richter und Richterinnen diese Funktion besonders sorgfältig ausüben. In unserem thematischen Rahmen bedeutet Unabhängigkeit hier also, trotz der engen kollegialen und fachlichen Verbundenheit zwischen Richtern und Staatsanwältinnen, die funktionale Trennung zu wahren.

#### VIII. KOHÄRENZ DES RICHTERBILDES

Wenn uns die richterliche Unabhängigkeit vorschwebt, so denken wir traditionell an die ordentliche Gerichtsbarkeit. Die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, im Besonderen die Verwaltungsgerichtsbarkeit, fügt sich eigentlich nicht in das klassische Schema der Staatsfunktionen, sondern ist selbst das Ergebnis einer über die Gewaltentrennung hinausgehenden Differenzierung des Rechtsstaates. Sie ist, so haben wir es von *Tocqueville* gelernt, zunächst fast so etwas wie ein Instrument der Verwaltung, um sich vor der Justiz zu schützen. Erst die zunehmende Verrechtlichung macht die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit gewissen Einschränkungen zu einer gleichwertigen Institution. Diesen Prozess hat der österreichische Verwaltungsgerichtshof seit nahezu 150 Jahren hinter sich, und die Unabhängigkeit seiner Mitglieder steht nicht zur Debatte. Hingegen ist die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz ein Ergebnis der letzten großen B-VG-Novelle.

Dass den Verwaltungsrichtern die Unabhängigkeit im engeren verfas-

sungsrechtlichen Sinn gewährleistet ist, ordnet die Bundesverfassung an. Ich nehme auch an, dass diese Unabhängigkeit nicht gefährdet ist. Wenn wir hier dennoch über die Unabhängigkeit sprechen, so unter den Gesichtspunkten der Richterbestellung einerseits und der richterlichen Ausbildung andererseits.

Auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sollen die Mitglieder des betroffenen Verwaltungsgerichts ein Wort mitzusprechen haben, wenn es um ihre Ergänzung geht. Nun sieht das B-VG vor, dass der Einfluss der obersten Organe von Bund und Ländern gewahrt bleibt. Demgemäß können die Personalsenate der Verwaltungsgerichte an die politische Ebene – nicht an den Bundespräsidenten – Vorschläge erstaten, die allerdings nicht bindend sind. Dies ist zwar keine formale Differenz zur ordentlichen Gerichtsbarkeit, wohl aber zur Organisation des Verwaltungsgerichtshofes. Dieser relativ starke Einfluss der politischen Ebene war der Preis, der für die Ablösung der administrativen Berufungsbehörden durch die Verwaltungsgerichte erster Instanz zu zahlen war. Ich habe schon erwähnt, dass es wünschenswert wäre, den Vorschlägen der Personalsenate in der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein größeres Gewicht zu verleihen, vielleicht würde dies einen gewissen Nachzieheffekt für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ergeben. Wie sensibel die Personalrektion bei den Verwaltungsgerichten noch immer sein kann, konnte man 2018 an den zwei genügend bekannten Vorfällen beim Bundesverwaltungsgericht und dem burgenländischen Landesverwaltungsgericht feststellen.

Der andere Aspekt, der die innere Unabhängigkeit der Richterinnen der Verwaltungsgerichte fördern sollte, wäre die Kohärenz im Berufsbild und

insbesondere in der richterlichen Ausbildung. Die Dinge stehen hier in Diskussion, anscheinend besteht Konsens darüber, dass die Ausbildungswege zwar nicht deckungsgleich sein können, die Ausbildung für die Verwaltungsgerichte aber spezifischer und intensiver zu gestalten wäre. Die Österreichische Akademie der Verwaltungsgerichtsbarkeit leistet hier offenbar bereits jetzt einen wichtigen Beitrag.

Da ich in die aktuelle Diskussion nicht mehr eingebunden bin, möchte ich es mit diesen wenigen Sätzen bewenden lassen.

#### IX. ZUM ABSCHLUSS

Noch zwei allgemeine Gedanken: Die Justiz als soziales System hat zwei komplementäre Aufgaben wahrzunehmen: Zum einen hat sie rechtliche Konflikte auf dem höchsten intellektuellen Niveau zu lösen, also den naiven Gerechtigkeitsanspruch mittels Hochleistungsjurisprudenz einzulösen. Zum anderen ist die Justiz – nicht anders als die Verwaltung – zur rechtlichen Erstversorgung der Bevölkerung berufen, sie hat rasch und effizient Rechtsfrieden herzustellen. Für das Funktionieren des Gesamtsystems ist diese Aufgabe sogar primär, denn es geht ja um die maximale Qualität des Erstprodukts und nicht um die Reparaturarbeiten, um es etwas grobschlächtig zu formulieren. Für das Ersturteil sind weitgehend jene Richterinnen zuständig, die einzeln rechtsprechen. In diesem Zustand der Vereinzelung kommt der Unabhängigkeit besonders hohe Bedeutung zu, mag sein, durchaus als Belastung. Zwar ist – im Rahmen des § 58a des RStDG – der kollegiale Rat einholbar, aber der Richter steht für sich allein, nach außen und innerlich.

Da nun in der Justiz wie in jedem Berufsfeld oft begabte und eifrige

Menschen nach oben streben, lebt das System von seiner stetigen Erneuerung. Deshalb kommt der Ausbildung und Prüfung künftiger Richter höchste Bedeutung zu. An dieser Stelle ist die Justiz deshalb so sensibel, weil sie nicht alle Elemente selber steuern kann. Es geht um eine erstklassige juristische Ausbildung an den Fakultäten und nicht um juristische Bastelkurse an Fachhochschulen. Die Laufbahn als Richterin muss eine wirtschaftliche Existenz ermöglichen, die Ausübung des Berufs muss Forderung und Förderung verheißen. Schließlich muss ein Menschentyp vorhanden sein, der sich diesen Anforderungen gerne stellt. Hier wird es sensibel, denn in einer Demokratie darf es nicht auf den Habitus ankommen, sondern auf angemessene Diversität in viele Richtungen hin.

Meine zweite Bemerkung gilt der Gesamtlage der Justiz in Europa: Wir beobachten eine zwiespältige, ja widersprüchliche Entwicklung. Auf der einen Seite scheint die Tendenz zur Verrechtlichung der Politik, zu ihrer „Vergerichtlichung“ und grundrechtlichen Durchdringung ungebrochen, ja im Hinblick auf neue Konfliktfelder sogar ganz aktuell.

Aber auf der anderen Seite gibt es besorgniserregende Bedrohungen der richterlichen Unabhängigkeit. Zunächst sehe ich eine allgemeine Tendenz, Gerichtsurteile als Vorschläge oder Gutachten zu verstehen, die dann womöglich einer weiteren Überprüfung durch andere Gerichte, Spezialorgane oder gar irgendwelche Experten unterworfen werden. Die „ultra vires-Lehre“ in ihren diversen Spielarten dient als ein verlockender theoretischer Unterbau, quasi als ein „süßes Gift“. Bei der noch relativ harmlosen Variante dieser Tendenz ist von „juristischen Spitzfindigkeiten“ die Rede,

im Ernstfall von der bevorstehenden Quasi-Mediatisierung des EGMR im Vereinigten Königreich oder zumindest in England.

Malevolente Regierungen entdecken einen ganzen Werkzeugkoffer, um die Unabhängigkeit der Gerichte zu bedrohen, ja zu zerstören: Priorisierungsregeln, erhöhte Quoren für bestimmte Urteile, externe Disziplinarorgane, der Entzug von Ressourcen und so weiter. Ob die Europäische Union damit fertig werden kann, ist leider keineswegs sicher. Der Konflikt mit Polen spitzt sich immer mehr zu. Gerade erst hat der EuGH Polen zu einer täglichen Geldbuße von einer Million Euro verurteilt.

Neben der politischen Seite liegt ein Problem auch darin, dass ein gemeinsamer europäischer Standard für einen Rechtsstaat nicht einfach zu finden ist, kann der Rechtsstaat doch in ziemlich verschiedenen Formen konstruiert werden, es führt nicht nur ein Weg nach Rom. Schon die deutsche, österreichische und schweizerische Rechtsordnung gehen verschiedene Wege. Auf diese Weise kann freilich ein der Justiz Übelwollender bei jeder Maßnahme auf ein Beispiel in einem anderen Land hinweisen. So kann jede Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit scheinbar mit dem Argument begründet werden, es gäbe Staaten, die ja diese Form der Kontrolle überhaupt nicht kennen. Aber hier wird verkannt, dass Systeme, die sich schon seit langem bewähren, in sich ausgewogen sind und etwaige Defizite an anderer Stelle kompensieren. Gefährlich wird es dort, wo in einem System Rechtsschutz und richterliche Garantien abgebaut werden.

Wenn ich abschließend zu Österreich zurückkehre, so habe ich nicht den Eindruck, dass die richterliche Unabhängigkeit ernstlich gefährdet wäre.

Die hierortigen Bewährungsfelder sind bedeutsam, aber relativ harmlos. Dennoch sollten wir auf die europäische Gesamtlage achten. Die gegen die unabhängige Justiz gerichteten Bestrebungen sind nicht simpel tagespolitisch argumentiert, sondern verfügen auch über ein sich verbreitendes akademisches Umfeld. Übelwollende werden jede Schwäche zu grundsätzlichen Angriffen ausnützen. Wir können uns also nicht auf eine quasi naturgesetzliche Entwicklung zum Besseren verlassen, sondern müssen stetig unseren Rechtsstaat festigen und perfektionieren.

Ich bin überzeugt davon, dass die österreichischen Richter und Richterinnen dafür bestens gewappnet sind. In diesem Sinn weiterhin viel Erfolg!

#### Verwendete und weiterführende Literatur (Auswahl)

*Grabenwarter/Ratz/Thoma/Wiederin/Wittmann-Tiewald/Wittreck*, Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Nach außen und nach innen (2019)

*Grünstäudl*, Richterausbildung für Verwaltungsrichter? – Status quo und Ausblick, ZVG 2020, 269

*Grünstäudl*, Das große Los – Werden Schweizer Richterinnen und Richter bald durch das Zufallsprinzip ausgewählt? ÖRZ 2020, 227

*Jabloner*, Richter im Zwiespalt, in FS Griss (2011) 315

*Jabloner*, Der Grundrechtsschutz im Strafrecht, in *Reindl-Krauskopf/Zerbes/Grafl* (Hrsg.), Jubiläumsjahr der Grundrechte, 9. ALES-Tagung 2020 (2021) 1  
*Reindl-Krauskopf*, Das reformierte strafprozessuale Ermittlungsverfahren, ÖJZ 2020, 593

*Simon*, Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der „Einleitung“ des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts, in *Dölemeyer/Mobnhaupt* (Hrsg.), Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext (2012) 1

*Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft<sup>3</sup> (2011)

*Wrobel*, Der Deutsche Richterbund im Jahre 1933 – Skizze eines Ablaufs, KJ 1982, 323



Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Vizekanzler a.D. der Republik Österreich