

„Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht hat den Wald der Dritten Gewalt seit jeher eher zögerlich betreten [...]“

Was auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Jahr 2014 für Deutschland festgestellt wurde,¹ trifft auf Österreich ohne alle Abstriche in gleicher Weise zu. Viele der heute gültigen Befunde lassen sich in der einen oder anderen Form auf die knappe, aber so reichhaltige Habilitationsschrift „Verfassung und Gerichtsbarkeit“ von ROBERT WALTER aus dem Jahr 1960 zurückführen.² Während an Arbeiten zu Kompetenzen der und Verfahren bei den Gerichte(n) kein Mangel herrscht, bleiben die organisatorischen Rahmenbedingungen der Rechtsprechung weitgehend unterbelichtet. Daran hat sich trotz eingehender und weiterführender Beiträge im Zusammenhang mit der durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 erfolgte Errichtung der Verwaltungsgerichte erster Instanz kaum etwas geändert: Der Schwerpunkt ist auf kompetenz- und vor allem auf verfahrensrechtlichen Fragen geblieben, was sich wohl zwanglos auf deren unmittelbare praktische Relevanz zurückführen lässt. Gleiches kann für die Gerichtsorganisation und die Justizverwaltung jedenfalls aus der Perspektive der Rechtsanwender jenseits des richterlichen (und teilweise nichtrichterlichen) Personals bei den Gerichten und einiger mit diesen Themen befasster Fachleute insbesondere im Bundesministerium für Justiz, im Bundeskanzleramt und neuerdings auch in den Ämtern der Landesregierungen nicht behauptet werden.

Die vorliegende Arbeit setzt indes nicht bei der Organisation der Gerichtsbarkeit als solcher oder bei innergerichtlichen Abläufen an, sondern nimmt mit dem Richter jenen Organwalter in den Blick, der das unbestrittene Zentrum der Dritten Staatsfunktion bildet. Der Fokus auf diesen rechtfertigt sich insbesondere vor dem Hintergrund der besonderen Stellung, also der verfassungsgesetzlich festgelegten Unabhängigkeit des Richters. Diese lässt nicht bloß die regelmäßig im Zentrum der Aufmerksamkeit stehenden Höchstrichter oder die gerichtlichen Justizverwaltungsspitzen, sondern jeden einzelnen Richter in den Mittelpunkt treten. In dieser Arbeit soll jedoch nicht die richterliche Unabhängigkeit als „weithin

¹ WITTECK, VVDStRL 74 (2015) 118 (Fußnote im Original weggelassen).

² Einen beredten Beleg bildet eine Besprechung des wohl maßgeblichsten Urteils zum Verhältnis von Dienstaufsichtsrecht und richterlicher Unabhängigkeit der letzten Jahrzehnte, in der die Schrift von WALTER als einziger österreichischer Literaturnachweis dient (WIEDERIN, JBl 2014, 409 ff).

sichtbare Landmarke³ untersucht werden, sondern jenes Verfahren, welches diese Rechtsstellung⁴ vermittelt. Dennoch gewinnt das Bestellungsverfahren seine Bedeutung insbesondere vor dem Hintergrund, dass mit dessen Abschluss ein derart in sein richterliches Amt eingesetzter Organwahrer in einer für Staatsbedienstete in rechtsstaatlichen Demokratien kaum zu überbietenden Weise vor Zugriffen auf seine Person abgeschirmt ist. Alleine diese Konsequenz legt eine eingehende Analyse des Verfahrens zur Erlangung dieser einzigartigen Stellung nahe.

Bereits an dieser Stelle kann vorweggenommen werden, dass der Unabhängigkeit des Richters im Amt eine nicht unerhebliche Bindung des Bestellungsverfahrens an jene staatlichen Entscheidungsträger korrespondiert, die mit Abschluss ihrer Personalauswahl nahezu jegliche Ingerenz auf die bestellte Person wieder verlieren. Hier ist die Brücke zu den im Wesentlichen seit dem Jahr 2015 andauernden Rechtsstaatskrisen in einigen mittel- und osteuropäischen Staaten geschlagen. Es ist unstrittig, dass das Bestellungsverfahren eine Achillesferse der Gerichtsbarkeit insgesamt bildet.⁵ Diese wurde in den vergangenen Jahren in verschiedenen Staaten und in unterschiedlicher Weise getroffen und hat die Verletzlichkeit der Gerichtsbarkeit gezeigt.⁶ Die Besonderheit besteht nun darin, dass bei demokratischen Bestellungsverfahren diese Achillesferse bis zu einem gewissen Grad geschützt, jedoch nicht gänzlich abgeschirmt werden kann.⁷ Das Ringen um angemessene Lösungen dauert bis heute an.

Die vorliegende Arbeit soll zunächst zeigen, wie sich die rechtlichen Grundlagen der Richterbestellung in Österreich vom entstehenden Konstitutionalismus bis heute entwickelt haben.⁸ In zwei zusammenhängenden Kapiteln wird das Verhältnis von Demokratie und Gerichtsbarkeit am österreichischen Beispiel aufgespannt,⁹ um schließlich die diesbezügliche Bedeutung des Bestellungsverfahrens zu klären¹⁰ sowie einschlägige Reformvorschläge zu untersuchen.¹¹ In weiterer Folge wird die rechtliche Ausgestaltung der Bestellungsverfahren in allen Gerichtszweigen einschließ-

³ WITTRECK, VVDStRL 74 (2015) 119.

⁴ Monografisch, aber leider unveröffentlicht: ALTMANN, Unabhängigkeit.

⁵ Dieses Bild wird eingeführt bei GRABENWARTER, Polnisches Verfassungsgericht 123 ff.

⁶ Vgl. VAŠEK, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 18.2.2016, am Beispiel des polnischen Verfassungsgerichts.

⁷ Übereinstimmend GRABENWARTER, Diskussionsbeitrag 138, und WIEDERIN, Diskussionsbeitrag 134.

⁸ Vgl. unter 2.

⁹ Vgl. unter 3.

¹⁰ Vgl. unter 3.3.

¹¹ Vgl. unter 4.

lich übergreifender Fragen in den Blick genommen.¹² Einleitend sind jedoch die maßgeblichen Begriffe zu klären und das Thema allgemein in der österreichischen Rechtsordnung zu verorten.¹³

1. Begriffsbildungen und Einordnung

Bevor in vier Kapiteln das titelgebende Forschungsthema behandelt wird, sollen einleitend einige begriffliche Klärungen vorgenommen werden. Diese grenzen die Forschungsfrage ein. Zuletzt wird das Thema ganz allgemein im Kontext der österreichischen Rechtsordnung verortet.

1.1 „Richter“

Als Richter ist nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch eine Person zu verstehen, die in näher bezeichneter Weise Recht spricht, also Rechtsstreitigkeiten oder zumindest Rechtsfragen mit einem gewissen Ausmaß an Autorität entscheidet. Von diesem Begriff sind keineswegs bloß staatliche Organe umfasst.¹⁴ Die grundsätzlich durch private Vereinbarung bestellten und bis zum Jahr 1848 in Österreich – durch die Rechtsordnung gebilligt und mitunter reguliert¹⁵ – tätigen Patrimonialrichter¹⁶ waren ebenso wenig staatliche Organe wie noch heute vorzufindende private Streitschlichter, die zB in muslimisch geprägten Gesellschaften auftreten.¹⁷ Diese Phänomene bleiben in dieser Untersuchung ebenso ausgeklammert wie privatrechtlich bestellte Schiedsrichter in Schiedsverfahren.¹⁸

Der Richter im hier maßgeblichen Sinn wird daher als spezifischer Typus eines staatlichen Organs verstanden. Spätestens seit dem Jahr 1848 wurde der Begriff des staatlichen Richters in erster Linie mit seiner rechtlich in unterschiedlicher Form garantierten Unabhängigkeit, Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit verknüpft. Diese Garantien richteten sich in erster Linie gegen näher bezeichnete Ingerenzen von Organen der Verwaltung und stehen mit der Trennung der Gerichtsbarkeit von der Verwaltung in unmittelbarem Zusammenhang. Für die Begriffsbestimmung ist

¹² Vgl unter 5.

¹³ Vgl unter 1.

¹⁴ Vgl zB die Formulierung in § 101 Märzverfassung 1849: „vom Staate bestellter Richter“.

¹⁵ KOHL, Unabhängigkeit 10; WEIGERT, Patrimonialgerichte 4.

¹⁶ Näher HAIMERL, Civilgerichtsstellen 54, 138 ff.

¹⁷ Dazu mwN VAŠEK, Streitschlichtung 267 ff.

¹⁸ Dazu mwN GRABENWARTER/GANGLBAUER, Schiedsverfahren, Rz 1.64 f.

es ausreichend, dass in dieser Untersuchung die Bestellung jener staatlichen Organe dargestellt und analysiert wird, denen diese Garantien zukommen.

Im Gegensatz zur Rechtslage der Gegenwart war der Richterbegriff in der Monarchie noch nicht klar abgegrenzt. Es wurde aus den einschlägigen Rechtsquellen eine scharfe Scheidung zwischen einem Hauptinstitut und seinen Nebenämtern und Nebeninstituten abgeleitet: Dem Hauptinstitut stand die rechtsprechende und rechtszuteilende, also die urteilende Funktion zu. Wer mit diesem Recht betraut war, wurde als Richter bezeichnet.¹⁹ Jedoch waren nicht alle Organe, denen die vorgenannten richterlichen Aufgaben im obengenannten Sinne übertragen waren, unabhängig, unabsetzbar und unversetzbar.²⁰

Der in der Märzverfassung 1849 verwendete einheitliche Richterbegriff, an den Selbstständigkeit (Unabhängigkeit) und spezielle Garantien gegen Ab- und Versetzung anknüpften,²¹ wurde durch die einfachgesetzliche Ausführung ausdifferenziert. Dies wird zB daran deutlich, dass eine Dienstentlassung erst nach einem durch Richter geführten Disziplinarverfahren nur für selbstständige Richter vorgesehen war und nur in diesem Fall auf die entsprechende Garantie der Märzverfassung 1849 hingewiesen wurde.²² Demgegenüber gab es weitere bei den Gerichten tätige Personen, die funktionell als Richter tätig werden konnten,²³ denen jedoch die richterlichen Garantien nicht zukamen.²⁴ Diese konnten im administrativen Wege aus dem Dienst entlassen werden.²⁵ Ähnlich stellte sich die Rechtslage auch nach dem Jahr 1867 dar: Zwar proklamierte Art 6 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt erneut die selbstständige und unabhängige Ausübung des richterlichen Amtes sowie spezielle Garantien gegen Ab- und Versetzung. Das Richterdisziplinargesetz 1868 differenzierte jedoch bereits in seiner einleitenden Bestimmung noch deutlicher zwischen

¹⁹ HAIMERL, Civilgerichte 8.

²⁰ KOHL, Unabhängigkeit 14 ff.

²¹ §§ 99, 101 Märzverfassung 1849.

²² §§ 72, 90 Organisches Gesetz über die Gerichtsstellen 1850.

²³ § 125 Organisches Gesetz über die Gerichtsstellen 1850: Assessoren, Adjuncten und Ausculanten konnten mit der „Ausübung einzelner richterlicher Handlungen selbstständig und unter eigener Verantwortung betraut werden“.

²⁴ Vgl auch den Vortrag des Justizministers SCHMERLING zum Organischen Gesetz für die Gerichtsstellen (29. Beilage-Heft zum RGBI 177 [178]), wonach innerhalb „denjenigen Beamten der Gerichtsbehörden, welchen die Eigenschaft als Richter durch die geforderte Qualifikation zukömmt“ unterschieden werden müsse.

²⁵ § 73 Organisches Gesetz über die Gerichtsstellen 1850. Die Dienstentlassung wurde entweder vom Justizminister oder vom OGH bzw dem jeweiligen OLG verfügt. Bei entsprechenden gerichtlichen Verfügungen konnte der Betroffene (und der Generalprokurator) ein Rechtsmittel an den Justizminister ergreifen (§ 74 leg cit).

den mit den vorgenannten verfassungsgesetzlichen Garantien ausgestatteten „selbständigen richterlichen Beamten“ und den – ebenfalls mit richterlichen Funktionen betrauten – Hilfsbeamten.²⁶ Zwar durften Disziplinarstrafen ausnahmslos ausschließlich durch Erkenntnis des zuständigen Disziplinargerichtes verhängt werden,²⁷ jedoch durften richterliche Hilfsbeamte auf administrativem Wege versetzt oder in den zeitlichen oder bleibenden Ruhestand versetzt werden.²⁸ Erst im Zuge der Zivilprozessreform des Jahres 1898²⁹ wurde eine Präzisierung vorgenommen: Zwar unterschieden die §§ 1 f Gerichtsorganisationsgesetz 1896 weiterhin zwischen selbstständigen richterlichen Beamten, die als Richter iSd Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt gelten sollten, und richterlichen Hilfsbeamten, denen die darin enthaltenen Garantien nicht zukamen.³⁰ Letzteren konnten zwar alle Geschäfte des streitigen oder außerstreitigen Verfahrens sowie des Strafverfahrens übertragen werden, jedoch nur solange diese „nicht eine richterliche Entscheidung enthalten“.³¹

Für diese Untersuchung werden für den Zeitraum ab dem Jahr 1867 bis zum Ende der Monarchie als „Richter“ lediglich jene staatlichen Organe verstanden, welche in Ausübung ihres richterlichen Amtes selbstständig und unabhängig iSd Art 6 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt waren.³² Vor dem Jahr 1867 werden lediglich die selbstständigen Richter iSd Art 99 Märzverfassung 1849 in den Blick genommen. Ebenso mit-

²⁶ § 1 Richterdisziplinalgesezt 1868. Aus dem Bericht des Verfassungsausschusses geht hervor, dass über diese Festlegung die Meinungen auseinander gingen (StProtAH, 79. Sitzung am 14. März 1868, 4. Session, 2210 f).

²⁷ § 7 Richterdisziplinalgesezt 1868.

²⁸ §§ 48, 55 Richterdisziplinalgesezt 1868. Vgl aber AUBIN, Unabhängigkeit 46, wonach in der Praxis auch die richterlichen Hilfsbeamten durch ein Disziplinarerkenntnis versetzt oder entlassen wurden.

²⁹ Vgl va das Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung), RGBl 113/1895. Mit dieser Reform steht eine zeitlich begrenzte Durchbrechung der richterlichen Garantien nach Art 6 Abs 2 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt in Zusammenhang: Von 1. Juli 1897 bis 31. Dezember 1898 bzw 31. Dezember 1899 konnten Versetzungen in den Ruhestand bzw Versetzungen an eine andere Dienststelle „ohne Rücksicht“ auf die vorgenannte Bestimmung erfolgen (§ 91 Gerichtsorganisationsgesetz 1896). Dazu AUBIN, Unabhängigkeit 58 ff, nach dem die Regierung von dieser Möglichkeit jedoch keinen willkürlichen Gebrauch gemacht habe, sowie zeitgenössisch kritisch NEUMANN, JBl 1896, 205 f.

³⁰ § 1 f Gerichtsorganisationsgesetz 1896. Noch zur Regierungsvorlage zB HOEGEL, JBl 1896, 109 ff; NEUMANN, JBl 1896, 149.

³¹ § 3 Abs 2 erster Satz Gerichtsorganisationsgesetz 1896. Jedoch konnte den richterlichen Hilfsbeamten, soweit diese nicht Ausculanten waren, die Geschäfte des Untersuchungsrichters übertragen werden (§ 3 Abs 2 zweiter Satz leg cit); dazu kritisch AUBIN, Unabhängigkeit 57.

³² Bereits begrifflich sind hiervon die als Geschworene bezeichneten Mitwirkenden aus dem Volk (Art 11 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt) abzugrenzen (ebenso WALTER, Verfassung 36).

einzubeziehen sind die Mitglieder des Reichsgerichtes, die im Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes zwar nicht als (selbstständige bzw unabhängige) Richter bezeichnet, jedoch ausweislich der Materialien ausdrücklich als solche verstanden wurden.³³ Die Mitglieder des VwGH waren hingegen „im Allgemeinen nach den für richterliche Beamte bestehenden Vorschriften zu behandeln“, wobei ausdrücklich die Bestimmungen des Art 6 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt sowie des Richterdisziplinalgesetzes auf die Mitglieder des VwGH anzuwenden waren.³⁴ Wenngleich die Mitglieder des Staatsgerichtshofes lediglich für eine sechsjährige Funktionsperiode gewählt wurden, sind sie auf Grund der ihnen verbürgten Unabhängigkeit³⁵ als Richter anzusehen.³⁶

Seit dem Ende der Monarchie hat sich der Richterbegriff konsolidiert und mit Inkrafttreten des B-VG 1920 seine bis heute nahezu unveränderte Form erhalten. Für diese Untersuchung werden als Richter grundsätzlich jene berufsmäßigen³⁷ Organwalter bezeichnet, denen die richterlichen Garantien des Art 87 Abs 1 bzw Art 88 Abs 2 B-VG zukommen.³⁸ Dies trifft heute auf jene Organe zu, die in der ordentlichen Gerichtsbarkeit und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Richter bezeichnet werden sowie – wenngleich diese nicht berufsmäßig ernannt sind – auf die Mitglieder des VfGH. Ebenso werden die Richter des heute nicht mehr bestehenden AsylGH miteinbezogen. Nicht als Richter im vorgenannten Sinn werden die Mitglieder der ebenfalls nicht mehr bestehenden UVS bezeichnet; diese werden dennoch zu Vergleichszwecken in die Untersuchung miteinbezogen.

³³ Abgedruckt bei SPAUN, Reichsgericht 25 ff: „Richterstellen im eigentlichen Sinne des Wortes“ bzw „vollkommen unabhängiges [...] Richterkollegium“ (33).

³⁴ § 11 VwGH-Errichtungsgesetz 1875.

³⁵ § 16 Abs 2 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister. Dazu LEMAYER, Rechtsschutz 48, bzw KOHL, Staatsgerichtshöfe 38, 41.

³⁶ Die Gerichtseigenschaft des Staatsgerichtshofes war im Zuge der parlamentarischen Vorarbeiten strittig. Nach einem in der Minderheit gebliebenen Vorschlag sollten dem Staatsgerichtshof lediglich bestimmte, höhere Richter angehören (LEMAYER, Rechtsschutz 47 f). In der Praxis waren aktive bzw bereits im Ruhestand befindliche Richter stark vertreten (KOHL, Staatsgerichtshöfe 40 f, 57).

³⁷ Nicht behandelt werden daher die fachkundigen Laienrichter (Art 135 Abs 1 B-VG), die an der Strafgerichtsbarkeit und in sonstigen Rechtsprechung mitwirkenden Personen aus dem Volk (Art 91 B-VG) sowie die nach Art 120b Abs 3 B-VG zu Funktionen in der Gerichtsbarkeit berufenen Personen.

³⁸ Nicht behandelt wird daher die Bestellung von Mitgliedern jener staatlichen Organe, die allenfalls als Tribunale iSd Art 6 EMRK bzw des Art 267 AEUV zu qualifizieren sind, soweit diesen nicht die genannten richterlichen Garantien zukommen. Auch die Bestellung von Rechtspflegern (vgl Art 87a, 135a B-VG) wird nicht behandelt.

1.2 „Bestellung“

Jene staatlichen Organe, die als Richter im zuvor abgegrenzten Sinne tätig werden,³⁹ müssen in diese Funktion in näher bestimmter Weise eingesetzt werden. Für diese Einsetzung werden in den österreichischen Rechtsquellen unterschiedliche Begriffe verwendet: So war auf Verfassungsebene teilweise *expressis verbis* davon die Rede, dass die Richter vom Staat bestellt werden.⁴⁰ Größtenteils wurde und wird jedoch der Begriff der Ernennung verwendet⁴¹ bzw war – beschränkt auf die spezifische Organkreation beim Staatsgerichtshof und beim Wahlgerichtshof – von Wahl die Rede.⁴² Ernennung meint in der Regel ausschließlich den letzten und entscheidenden Akt der Einsetzung einer Person in ihre richterliche Funktion, wobei regelmäßig auch jenes staatliche Organ genannt wird, das für die Ernennung zuständig ist. Damit ist der Begriff der Ernennung weitaus enger als jener der Bestellung, der nach hier herangezogener Definition alle staatlichen Akte umfasst, die für eine Einsetzung in das richterliche Amt notwendig sind.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine Person erstmalig oder bereits für eine weitere richterliche Stelle bestellt wird. Jene persönlichen sowie fachlichen Eigenschaften, welche die zum Richter zu bestellende Person erfüllen muss, bleiben bei der Darstellung der Rechtslage in der Monarchie weitgehend ausgeklammert, werden in den weiteren Teilen jedoch miteinbezogen.

1.3 Beschränkung auf die österreichische Rechtsordnung

Diese Einschränkung zeigt lediglich an, dass die vorliegende Untersuchung auf die Bestellung österreichischer Richter beschränkt ist, was rechtsvergleichende Bezugnahmen nicht ausschließt. Hinzuweisen ist zudem darauf, dass die von Österreich in näher bestimmter Form vorgeschlagenen bzw zu nominierenden Richter beim EGMR, beim EuGH sowie bei weiteren internationalen Gerichten ausgeklammert bleiben, weil diese Bestellungsverfahren vornehmlich durch völker- und europarechtliche Rechtsquellen determiniert sind.⁴³

³⁹ Vgl unter 1.1.

⁴⁰ ZB § 101 erster Satz Märzverfassung 1849.

⁴¹ ZB Art 86 Abs 1, Art 134 Abs 2 bis 4, Art 147 Abs 2 B-VG.

⁴² § 16 Abs 2 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister; § 1 Abs 4 Wahlgerichtshofgesetz 1919.

⁴³ Einen Überblick verschafft der Sammelband von Bobek (Hrsg), *Judges*; jüngst zum EGMR GRABENWARTER/PELLONPÄÄ, *ZaöRV* 80 (2020) 1 ff.