

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
1. Begriffsbildungen und Einordnung	3
1.1 „Richter“	3
1.2 „Bestellung“	7
1.3 Beschränkung auf die österreichische Rechtsordnung	7
1.4 Richterbestellung als Teil der Justizverwaltung	8
2. Historische Entwicklung.....	11
2.1 Monarchie	11
2.1.1 Sichtbare Grundstruktur bereits vor dem Jahr 1848.....	12
2.1.2 Eröffnung der grundlegenden Konfliktlinien bei Carl Joseph von Pratobevera	13
2.1.3 Richterbestellung zwischen 1848 und 1918	15
2.1.3.1 Ordentliche Gerichtsbarkeit	17
2.1.3.1.1 Der Justizministerialerlass 1848 als Prototyp	17
2.1.3.1.2 Kontinuität bis zum Zerfall der Monarchie: Das Gesetz über die Gerichtsstellen 1853	19
2.1.3.1.2.1 Ernennungsrecht in den Händen der Exekutive	19
2.1.3.1.2.2 Nahezu durchgehende Besetzungsvorschläge	20
2.1.3.1.2.3 Erstattung der Besetzungsvorschläge als ausschließlich richterliche Kompetenz	23
2.1.3.1.2.4 Besetzungsvorschläge unter administrativer Aufsicht	24
2.1.3.1.3 Besetzung richterlicher Ämter als unbestrittene Prärogative des Souveräns	26
2.1.3.2 Reichsgericht	30
2.1.3.2.1 Konzeption eines originellen Bestellungsverfahrens im Kremsierer Verfassungsentwurf	30
2.1.3.2.2 Art 5 des Staatsgrundgesetzes über die Einsetzung eines Reichsgerichtes	32
2.1.3.2.3 Bindung des Kaisers als Kernelement der parlamentarischen Debatten	33
2.1.3.2.4 Bestellungsverfahren	36
2.1.3.2.4.1 Parlamentarische Vorschlagsrechte und parlamentarische Praxis	36
2.1.3.2.4.2 Kaiserliche Ernennung	38
2.1.3.3 Verwaltungsgerichtshof	40
2.1.3.3.1 § 10 VwGH-Errichtungsgesetz 1875	40
2.1.3.3.2 Joseph Ungers Beharren auf einer „unpolitischen“ Bestellung der Mitglieder durch den Kaiser	41
2.1.3.3.3 Bestellungsverfahren	43

	Seite
2.1.3.3.4 Erste Ansätze richterlicher Mitwirkung im Bestellungsverfahren in der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts – Die VwGG-Novelle 1894	44
2.1.3.4 Staatsgerichtshof	45
2.1.3.4.1 § 16 Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister.....	46
2.1.3.4.2 Vom reinen Parlamentsgericht zur parlamentarischen Auswahl der Mitglieder	46
2.1.3.4.3 Bestellungsverfahren	48
2.1.4 Zusammenfassung in Thesen.....	49
2.1.4.1 Letztentscheidung durch den Souverän als Dreh- und Angelpunkt	49
2.1.4.2 Besetzung der höchsten Gerichtsstellen als alleinige Prärogative der Exekutive.....	51
2.1.4.3 Zwei Varianten eines kooperativen Bestellungsverfahrens	52
2.1.4.3.1 Legitimationsstiftende Mitwirkung	52
2.1.4.3.2 Fachliche Rückversicherung	53
2.2 Zwischen dem Ende der Monarchie und dem Inkrafttreten des B-VG 1920 ...	54
2.2.1 Ordentliche Gerichtsbarkeit	54
2.2.1.1 Die Richtervereinigung als Schlüsselakteur	55
2.2.1.2 Paradigmenwechsel durch das Grundgesetz über die richterliche Gewalt 1918.....	56
2.2.1.2.1 Verfassungsrechtliche Verankerung und Ansätze einer pluralistischeren Zusammensetzung der Personalsenate	58
2.2.1.2.2 Zwingende Ternavorschläge.....	60
2.2.1.2.3 Das zentrale Element: Bindung an den Besetzungsvorschlag.....	61
2.2.1.2.4 Vorschlagserstattung als nunmehr unabhängige Justizverwaltung ...	63
2.2.1.2.5 Zwischen „Cliquenherrschaft“ und legitimer Selbstverwaltung – Reaktionen auf das Grundgesetz über die richterliche Gewalt 1918 ...	65
2.2.1.3 Rückkehr zum status quo ante durch das B-VG 1920	68
2.2.1.3.1 Das Grundgesetz über die richterliche Gewalt 1918 als Diskussionsgrundlage.....	68
2.2.1.3.2 Föderalisierungsversuche ohne Nachdruck	71
2.2.1.3.3 Synthese aus berufsständischer und demokratischer Richterbestellung im Renner-Mayr-Entwurf	72
2.2.1.3.4 Die entscheidenden Sitzungen im Unterausschuss des Verfassungsausschusses.....	75
2.2.1.3.5 „vornehmlich aus politischen Gründen [...] beseitigt“ – Der Rückblick Hans Kelsens	77
2.2.2 Verfassungsgerichtshof	78
2.2.2.1 Vorüberlegungen bei Georg Jellinek und Karl Renner	79
2.2.2.2 Exekutiver Einschlag im Verfassungsprovisorium	80
2.2.2.3 Unstrittige Parlamentarisierung in den Vorarbeiten zum B-VG 1920 ...	83
2.2.3 Verwaltungsgerichtshof	84
2.2.3.1 Übernahme des Grundgesetzes über die richterliche Gewalt 1918 im Verfassungsprovisorium.....	85
2.2.3.2 Föderalisierung und Parlamentarisierung in den Vorarbeiten zum B-VG 1920	88
2.2.3.3 Weiterhin Erstattung von Besetzungsvorschlägen qua Rezeption des Verfassungsprovisoriums?	89
2.2.4 Der Wahlgerichtshof als temporäres Unikat.....	91

	Seite
2.2.5 Zusammenfassung in Thesen.....	92
2.2.5.1 Gerichtsorganisation im Schatten der staatsrechtlichen Neuordnung....	93
2.2.5.2 Originelle Lösungen im Verfassungsprovisorium	94
2.2.5.3 Wiedererstarken des Parlaments in den Vorarbeiten zum B-VG 1920 ...	95
2.3 Vom Inkrafttreten des B-VG 1920 bis zur Gegenwart.....	96
2.3.1 Ordentliche Gerichtsbarkeit	97
2.3.1.1 Delegation der Ernennungs- und Vorschlagszuständigkeit.....	97
2.3.1.2 (Binnen-)Demokratisierung der Personalsenate in den 1920er Jahren.....	98
2.3.1.3 „Doppelte“ Besetzungsvorschläge und Sonderregime für die Gerichtsspitzen durch das Gehaltsgesetz 1924	102
2.3.1.4 Besetzungsvorschläge für den Ersten und Zweiten Präsidenten des Obersten Gerichtshofes?	102
2.3.1.5 Formelle Kontinuität in der Verfassung 1934	104
2.3.1.6 Gesetzliche Kodifikation der Personalsenate im RDG 1961	105
2.3.1.7 Grundsatzwahrende Reform der Personalsenate durch die RDG-Novelle 1994	107
2.3.2 Verfassungsgerichtshof	108
2.3.2.1 Schwächung des Parlaments durch die Verfassungsnovelle 1929	108
2.3.2.2 Scheinkontinuität im Verfassungssenat des Bundesgerichtshofes	112
2.3.2.3 Parteipolitische und richterliche Entsendung als Notlösung im Jahr 1945	113
2.3.2.4 Selbstbehauptung des Parlaments gegenüber dem Bundespräsidenten im Jahr 1994	114
2.3.3 Verwaltungsgerichtshof	115
2.3.3.1 „Entpolitisierung“ durch Selbstrekrutierung – Die Verfassungsnovelle 1929.....	115
2.3.3.2 Exekutive Dominanz beim Bundesgerichtshof.....	117
2.3.3.3 Die Vollversammlung als vorschlagendes Organ	117
2.3.4 Verwaltungsgerichte und ihre Vorläufer.....	119
2.3.4.1 Unabhängige Verwaltungssenate	120
2.3.4.2 Asylgerichtshof.....	121
2.3.4.3 Verwaltungsgerichte des Bundes und der Länder	122
2.3.5 Zusammenfassung in Thesen.....	124
2.3.5.1 Unveränderte Grundstruktur der Richterbestellung seit dem B-VG 1920	125
2.3.5.2 Fortdauernder Einschnitt durch die Verfassungsnovelle 1929	125
3. Demokratie, Gerichtsbarkeit und Richterbestellung.....	127
3.1 Gesetzesbindung.....	128
3.1.1 Dogmatische Begründung	129
3.1.2 Ausmaß und Grenzen.....	132
3.1.2.1 „Strenge“ Gesetzesbindung?	133
3.1.2.2 Verfassungswidrige Gesetze	135
3.1.2.3 „Anfechtungsresistente“ Gesetze	137
3.1.2.4 „Einzelfallgesetze“	140
3.1.2.5 Nicht gehörig kundgemachte Gesetze.....	141

	Seite
3.1.2.6 Gefährdung der Gesetzesbindung durch verfassungskonforme Interpretation.....	144
3.1.2.7 Erosion der Gesetzesbindung durch das Unionsrecht.....	150
3.1.3 Ergänzungen der Gesetzesbindung	155
3.1.3.1 Feinsteuerung durch Verordnungen	156
3.1.3.2 Determinierung der Gesetzesauslegung durch das Rechtsmittelgericht...	161
3.1.3.3 Unbedingter Vorrang der Gesetzesbindung gegenüber Präjudizien	164
3.1.4 Zusammenfassung in Thesen.....	168
3.1.4.1 Gesetzesbindung als (nahezu) absolutes Gebot richterlicher Entscheidungstätigkeit.....	168
3.1.4.2 Gesetzesbindung unter Druck.....	169
3.1.4.3 Divergente Relevanz nachgeordneter Steuerungsinstrumente.....	171
3.1.4.4 Konsequenzen.....	172
3.2 Kontrolle der Gesetzesbindung	173
3.2.1 Publizität der Gesetzesanwendung durch die Gerichte	173
3.2.2 Gesetzmäßigkeitskontrolle im Rechtsmittelweg	179
3.2.2.1 Verfassungsgesetzliche Verbürgung.....	179
3.2.2.2 Einfachgesetzliche Ausgestaltung.....	181
3.2.2.3 Rechtsmittellegitimation und demokratische Ingerenz.....	182
3.2.3 Dienstaufsicht und Disziplinarrecht als Mittel der Gesetzmäßigkeitskontrolle.....	188
3.2.3.1 Ordentliche Gerichtsbarkeit	189
3.2.3.1.1 Inhaltliche Reichweite.....	189
3.2.3.1.2 Demokratische Rückbindung der Dienstaufsicht.....	195
3.2.3.1.3 Demokratische Rückbindung der Handhabung des Disziplinarrechts	197
3.2.3.2 Verwaltungsgerichte erster Instanz.....	205
3.2.3.2.1 Inhaltliche Reichweite.....	205
3.2.3.2.2 Demokratische Rückbindung der Dienstaufsicht I	209
3.2.3.2.3 Inkurs: Die „Status-Entscheidung“ des VfGH (VfSlg 15.762/2000).....	211
3.2.3.2.4 Demokratische Rückbindung der Dienstaufsicht II	217
3.2.3.2.5 Demokratische Rückbindung der Handhabung des Disziplinarrechts	220
3.2.3.3 Verwaltungsgerichtshof	222
3.2.3.3.1 Inhaltliche Reichweite.....	222
3.2.3.3.2 Keine demokratische Rückbindung der Dienstaufsicht	223
3.2.3.3.3 Keine demokratische Rückbindung der Handhabung des Disziplinarrechts	225
3.2.3.4 Verfassungsgerichtshof	226
3.2.4 Gesetzmäßigkeitskontrolle durch die Volksvertretung.....	227
3.2.4.1 „Korrekturgesetzgebung“	228
3.2.4.2 Interpellations-, Resolutions- und Untersuchungsrecht.....	233
3.2.4.3 Das Parlament als Forum von Rechtsprechungskritik	236
3.2.4.4 Exkurs: Missstandskontrolle durch die Volksanwaltschaft	238
3.2.5 Zusammenfassung in Thesen.....	240
3.2.5.1 Gerichtliche Rechtsanwendung im Licht demokratischer Öffentlichkeit	240

	Seite
3.2.5.2 Gesetzesbindung als sanktionierbare Dienstpflicht.....	241
3.2.5.3 Gerichtsinterne Kontrolle und demokratische Ingerenz	242
3.2.5.4 Ambivalente Rolle der Volksvertretungen.....	245
3.3 Personelle Legitimation als notwendige Ergänzung.....	246
3.3.1 Demokratische Organkreation als Surrogat für fehlende demokratische Kontrolle.....	248
3.3.2 Begrenzte Reichweite gesetzlicher Vorherbestimmung und demokratische Legitimation der Gesetzesanwendung.....	250
3.3.3 Kompetenzzuwachs für und selbstbewusste Wahrnehmung bestehender Kompetenzen durch die Gerichte	253
3.3.4 Rechtsstaatliche Begleitmaßnahmen	255
3.3.4.1 Fachliche Qualifikation	256
3.3.4.2 Inkompatibilitäten	257
3.3.4.3 Richterliche Mitwirkung	258
3.3.4.4 Transparenz	260
4. Reformvorschläge	263
4.1 Ordentliche Gerichtsbarkeit.....	264
4.1.1 Bindende Besetzungsvorschläge der Personalsenate („kleine Lösung“)	264
4.1.1.1 Implizite Ermächtigung in Art 86 B-VG?	265
4.1.1.2 Art 67 Abs 1 zweiter Satz B-VG als Königsweg zur einfachgesetzlichen Bindungswirkung?	267
4.1.1.2.1 Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes	267
4.1.1.2.2 Zum Verhältnis von Art 86 Abs 1 zweiter Halbsatz B-VG zu Art 67 Abs 1 zweiter Satz B-VG	269
4.1.1.3 Zusammensetzung der Personalsenate	272
4.1.1.4 Bindende Besetzungsvorschläge und demokratisches Prinzip	274
4.1.1.4.1 Exkurs: Zur Diskussion in Deutschland	275
4.1.1.4.2 Keine Gesamtänderung bei demokratisch rückgebundener Vetoposition	276
4.1.2 Richterwahlausschüsse.....	279
4.1.3 Vermittlungsausschüsse	282
4.1.4 Personalauswahl durch einen Rat der Gerichtsbarkeit („große Lösung“).....	283
4.1.4.1 Der Vorschlag von Wilhelm Malaniuk aus dem Jahr 1949	285
4.1.4.2 Der erste Vorschlag der Richtervereinigung im Österreich-Konvent ...	287
4.1.4.3 Der zweite Vorschlag der Richtervereinigung im Österreich-Konvent....	289
4.1.4.4 Das Modell der Standesvertretungen aus dem Jahr 2011	290
4.2 Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz	292
4.2.1 Bindende Besetzungsvorschläge der richterlichen Gremien	292
4.2.2 Besetzungsvorschläge für die Stellen des Präsidenten bzw Vizepräsidenten	293
4.3 Verwaltungsgerichtshof.....	294
4.4 Verfassungsgerichtshof.....	295
4.4.1 Parlamentarisierung des Bestellungsverfahrens	296
4.4.2 „Entpolitisierung“ des Bestellungsvorganges durch Selbstergänzung.....	298

	Seite
4.5 Völker- und europarechtliche Vorgaben	300
4.5.1 Art 6 EMRK	300
4.5.2 Unionsrechtlicher Gerichtsbegriff	303
4.5.3 Abgewogene Position der „Venedig-Kommission“	307
4.6 Rechtspolitische Bewertung	309
4.6.1 Stärkung richterlicher Mitwirkung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz?	309
4.6.2 Stärkung richterlicher Mitwirkung beim Verwaltungsgerichtshof?	313
4.6.3 Stärkung richterlicher Mitwirkung beim Verfassungsgerichtshof?	313
4.6.4 Schwächung richterlicher Mitwirkung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz?	315
4.6.5 Schwächung richterlicher Mitwirkung beim Verwaltungsgerichtshof?	316
4.6.6 Parlamentarisierung des Bestellungsvorganges?	318
 5. Bestellungsverfahren	 325
5.1 Ordentliche Gerichtsbarkeit	325
5.1.1 Positive Ernennungsvoraussetzungen	325
5.1.2 Negative Ernennungsvoraussetzungen („Inkompatibilitäten“)	330
5.1.2.1 Gestaltungsspielräume der einfachen Gesetzgebung	331
5.1.2.1.1 Zur Verfassungswidrigkeit des § 79 RStDG (Teil I)	333
5.1.2.1.2 Verbot bestimmter Angehörigenverhältnisse	337
5.1.3 Die Personalsenate als vorauswählende Organe	337
5.1.3.1 Zusammensetzung	338
5.1.3.2 Zuständigkeit	341
5.1.3.3 Besetzungsvorschläge für die gerichtlichen Justizverwaltungsspitzen beim Obersten Gerichtshof?	343
5.1.3.4 Auswahlverfahren	347
5.1.3.5 Auswahlkriterien	351
5.1.4 Zuständigkeitsverteilung im Ernennungsverfahren	353
5.1.5 Einsetzung in das Amt	354
5.2 Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts	355
5.2.1 Positive Ernennungsvoraussetzungen	355
5.2.1.1 Rechtsgelehrtheit	356
5.2.1.2 Juristische Berufserfahrung	356
5.2.1.3 Das einschlägige Studium / die einschlägige Berufserfahrung beim Bundesfinanzgericht	358
5.2.1.4 Exkurs: Das „Länderviertel“ beim Verwaltungsgerichtshof	358
5.2.1.5 Die „Regierungsliste“ und das „Länderviertel“ beim Verfassungsgerichtshof	359
5.2.1.6 Gestaltungsspielräume der einfachen Gesetzgebung	361
5.2.1.6.1 Schweigen der Dienstrechts gesetzgebung und Wiederholung des Verfassungstextes	365
5.2.1.6.2 Staatsbürgerschaftsvorbehalt	366
5.2.1.6.3 Volle Handlungsfähigkeit	366
5.2.1.6.4 Präzisierung des erforderlichen Studienabschlusses	367

	Seite
5.2.1.6.5 Präzisierung der erforderlichen Berufserfahrung	369
5.2.1.6.6 Juristische Berufs- bzw Dienstprüfung oder wissenschaftliche Qualifikation	371
5.2.1.6.7 Persönliche und fachliche Eignung.....	373
5.2.2 Negative Ernennungsvoraussetzungen („Inkompatibilitäten“).....	373
5.2.2.1 Angestellte oder sonstige Funktionäre einer politischen Partei.....	374
5.2.2.2 Gestaltungsspielräume der einfachen Gesetzgebung.....	375
5.2.2.2.1 Wiederholung des Verfassungstextes	376
5.2.2.2.2 Zur Verfassungswidrigkeit des § 79 RStDG (Teil II).....	376
5.2.3 Richterliche Kollegialorgane als vorauswählende Organe.....	379
5.2.3.1 Zusammensetzung	379
5.2.3.2 Zuständigkeit.....	381
5.2.3.3 Vorschlags- und Mitwirkungsrechte jenseits richterlicher Kollegialorgane.....	381
5.2.3.3.1 Optionale Unterstützung durch das Amt der Landesregierung	383
5.2.3.3.2 Obligatorisches Mitwirkungsrecht des Amtes der Landesregierung	384
5.2.3.3.3 Begutachtung durch eine Fachkommission	384
5.2.3.3.4 Durchführung eines Objektivierungsverfahrens.....	386
5.2.3.3.5 Vorschlags- und Reihungsrechte jenseits richterlicher Kollegialorgane.....	386
5.2.3.4 Auswahlverfahren.....	392
5.2.3.5 Auswahlkriterien	396
5.2.4 Zuständigkeitsverteilung im Ernennungsverfahren.....	396
5.2.5 Einsetzung in das Amt.....	398
5.3 Übergreifende Fragen.....	399
5.3.1 Personalauswahl und Rechtsschutz übergangener Bewerber	400
5.3.1.1 Restringierende Judikatur und einhellige Kritik der Lehre	400
5.3.1.2 Fachliche „Bestenauslese“ versus dezisionistische Personalauswahl	402
5.3.1.3 Kerngehalt des Art 3 StGG und Maßgeblichkeit einfachgesetzlicher Ausgestaltung	405
5.3.1.3.1 Rechtsschutzbedürfnis der Bewerber um richterliche Stellen.....	406
5.3.1.3.2 Maßstab nachprüfender Kontrolle.....	408
5.3.1.4 Konsequenzen für Bestellungsverfahren mit vorheriger Einhaltung von Besetzungsvorschlägen.....	411
5.3.1.5 Konsequenzen für Bestellungsverfahren ohne vorheriger Einhaltung von Besetzungsvorschlägen.....	415
5.3.1.6 Kassatorische oder reformatorische Nachprüfung?	416
5.3.2 Zeitliche Aspekte des Bestellungsverfahrens	417
5.3.2.1 Explizite Regelungen.....	419
5.3.2.2 Allgemeine Grundsätze	420
5.3.2.3 Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Ernennungsvoraussetzungen.....	426
5.3.3 Pflicht zur Zurückweisung von Besetzungsvorschlägen?	430
5.3.4 Fehler im Bestellungsverfahren und deren Folgen	432
5.3.4.1 Absolute Nichtigkeit?	432

XVI Inhaltsverzeichnis

	Seite
5.3.4.2 Amtsentsetzung?	434
5.3.4.3 Gerichtsqualität?	436
6. Statt einer Zusammenfassung: Richterbestellung in Österreich und europäische Rechtsstaatskrisen.....	445
Verzeichnis abgekürzter Rechtsquellen.....	449
Verzeichnis abgekürzter Literatur.....	457