

Der europäische Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen

Christoph Grabenwarter

1. Einleitung¹

Im folgenden Vortrag zu Beginn des 21. Österreichischen Juristentages sollen einige Themen, die den ÖJT in den vergangenen Jahren beschäftigt haben, zusammengefügt und verdichtet werden, um ihnen den gebührenden Stellenwert in der Öffentlichkeit zu geben.

Dass in einem Vortrag am ÖJT über den Rechtsstaat seine europäische Prägung den Ausgangspunkt und den Fluchtpunkt bildet, versteht sich von selbst, wenn man in die Satzung des Österreichischen Juristentages blickt. In seinem § 1 ist von europäischen und internationalen Kooperationen die Rede, im § 2 wird dem Juristentag der Meinungsaustausch unter Juristinnen und Juristen aller Berufsrichtungen aufgegeben, womit das Verständnis sowie die Fortbildung des in Österreich geltenden Rechts unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Kontexts gefördert werden soll.

Die Herausforderungen des Rechtsstaats sind teils tatsächlich neu, teils präsentieren sich bekannte Herausforderungen in neuem Gewand. Ich möchte drei aus jeder Gruppe ansprechen. Zuvor aber muss die Frage gestellt werden, was der europäische Rechtsstaat eigentlich ist.

2. Der europäische Rechtsstaat - Wesen und Begriff

Mit der Beifügung eines Attributs ist üblicherweise eine Einschränkung des Themas und damit auch die Begrenzung der Perspektive verbunden. Beim Titel dieses Vortrags ist es genau umgekehrt. Wenn über den Rechtsstaat gesprochen wird, so liegt dem meist eine von der Verfassung geprägte Vorstellung zugrunde. Die Bezugnahme auf die europäische Ebene erweitert die Perspektive. Es geht nicht nur um den Rechtsstaat nach dem Bundes-Verfassungsgesetz, sondern um Rechtsstaatlichkeit in den anderen europäischen Staaten nach deren Verfassung und um die Maßstäbe des Europarechts, der Verträge der Union, der europäischen Grund- und Menschenrechte sowie der Richtlinien und einer Check-list der Venedig-Kommission.

Die Auseinandersetzungen um Justizreformen im Polen und in Ungarn machen deutlich, dass das Unterfangen einer Synthese national-verfassungsrechtlicher rechtsstaatlicher Prinzipien und europarechtlicher Standards kein einfaches ist. Die Ermittlung der begriffsbildenden Elemente eines europäischen Rechtsstaats muss in rechtsvergleichender Perspektive unter Berücksichtigung der Verfestigung von Rechtsstaatsvorstellungen in verbindlichen europarechtlichen Rechtsquellen und im europäischen soft law erfolgen.

Dieser Zugang findet seine Bestätigung in den Wurzeln des österreichischen Juristentags in den 1960er Jahren. Der Festvortrag beim ersten Juristentag 1961 war ein rechtsvergleichender, *Fritz Schwind* sprach über Wechselbeziehungen zwischen amerikanischen und kontinentalen Rechtsordnungen, beim zweiten Juristentag sprachen *Walter Antonioli* über die Herrschaft durch Gewaltentrennung und *Robert Walter* in Vertretung von *Hans Kelsen* über die Funktion der Verfassung. Im Jahr 1991, am Beginn des Jahrzehnts des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union, formulierte der Bonner

¹ Festvortrag gehalten am 1. Juni 2022 aus Anlass der Eröffnung des 21. ÖJT im Großen Festsaal der Universität Wien. Die Vortragsfassung wurde beibehalten und nur um einige wenige Fußnoten ergänzt. Hierbei haben mich Frau Dr. Gisela Ernst, Frau Lisa Fuchs, LL.M. und Frau Angela Lintner, LL.M. unterstützt.

Ordinarius und frühere Präsident des Deutschen Juristentages *Marcus Lutter* Überlegungen zu „Europas Werden durch das Recht“ – so der Titel des elften Juristentages 1991 in Linz.

Rechtsstaatlichkeit in europäischer Perspektive, dazu gehören in Anlehnung an die Kriterien der Rule of Law check list der Venedig Kommission aus 2016 die Bindung an das Gesetz und eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für das Handeln der Verwaltung und der Gerichte (Gesetzmäßigkeit), Rechtssicherheit, das Willkürverbot, Gleichheit vor dem Gesetz und Nicht-Diskriminierung und schließlich Justizgewährleistungsansprüche. Zu letzteren zählen Ansprüche auf von den Parteien wie von der Regierung unabhängige und unparteiische Richterinnen und Richter, ein faires Verfahren sowie die Verfassungsgerichtsbarkeit.²

Diese Kerngehalte spiegeln sich auch in den Justizgrundrechten der Art 6 EMRK und 47 GRC sowie in der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshöfe wider, und hier wiederum vor allem in jener des schon seit Jahrzehnten dazu judizierenden Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Jüngeren Datums sind Gutachten der Venedig Kommission, die teils über Kerngehalte im beschriebenen Sinn hinausgehen, und zum Teil auch bestimmte Ausprägungen der Rechtsstaatlichkeit beschreiben, durchaus mit dem Ziel einer dynamischen Fortentwicklung.

Auch im Recht der Europäischen Union wurden für das Handeln der Organe der Union vor dem Hintergrund der spezifischen, von nationalen Parlamenten in der Legitimation abweichenden Verfasstheit eigene Standards entwickelt, die teils auch hinter dem zurückbleiben, was mitgliedstaatliche Verfassungsgerichte in jahrzehntelanger Rechtsprechung unter einem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip entwickelt haben.

Wenden wir uns in zwei Schritten den Herausforderungen an den europäischen Rechtsstaat zu, in einem ersten Schritt Herausforderungen, die in der heutigen gesellschaftlichen Realität neu zugespitzt sind, bei denen es sich aber um Grundfragen handelt, welche die Rechtsstaatlichkeit seit ihrer Entstehung im 19. Jahrhundert begleiten. Die Rede ist von den Herausforderungen der Unabhängigkeit des Gerichts, des Zugangs zum Gericht und schließlich der Öffentlichkeit im Gerichtsverfahren.

Als drei neuere Herausforderungen, die freilich auch schon seit einiger Zeit aktuell sind, sollen im zweiten Teil grundrechtliche Anforderungen, die Digitalisierung des Rechts und Konsequenzen aus der Wissensgesellschaft für die Justiz beleuchten. Auch diese Herausforderungen betreffen den Rechtsstaat an vielen Stellen, die Justizgrundrechte sind von der Digitalisierung gleichermaßen betroffen wie die Freiheitsrechte von wissensbasierten Eingriffen in der Pandemie, in den gleichheitsrechtlichen Bezügen fallen sie überhaupt zusammen.

3. Alte Herausforderungen in neuem Gewand

a. Die Unabhängigkeit des Gerichts

Die Entwicklung in Ungarn und Polen im letzten Jahrzehnt macht einmal mehr deutlich, wie verletzlich die Justiz und wie rasch die Unabhängigkeit der Gerichte beeinträchtigt sein kann. Es begann mit einer Reihe von Verfassungsnovellen in Ungarn nach dem Jahr 2011, setzte sich 2015/16 in Polen mit zwei verfassungswidrigen Gesetzesnovellen über das Verfassungsgericht fort und kulminierte in massiven Eingriff in das Dienstrecht der Richterinnen und Richter und in die Justizverwaltung in beiden Staaten. Die Venedig-Kommission stellte in mehr als einem Dutzend Gutachten Verfassungsverstöße bzw zahlreiche Widersprüche zu europäischen Standards fest.³ Weder in jeder Hinsicht deutliche

² Venedig Kommission, 'Rule of Law Checklist', Study No. 711/2013, CDL-AD(2016)007.

³ Vgl zu Polen: Venedig Kommission, Opinion No. 833/2015, CDL-AD(2016)001; Opinion No. 839/2016 CDL-AD(2016)012; Opinion No. 860/2016, CDL-AD(2016)026; Opinion No. 892/2017, CDL-AD(2017)028; Opinion No. 904/2017, CDL-AD(2017)031; Opinion No. 977/2020 CDL-AD(2020)017. Vgl zu Ungarn ua: Venedig Kommission Opinion No. 721/2011, CDL-AD(2011)016; Opinion No. 663/2012, CDL-AD(2012)001; Opinion No. 665/2012,

politische Stellungnahmen aus dem Kreis der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Organe der EU und von Nichtregierungsorganisationen konnten zunächst einen maßgeblichen Einfluss auf die Umgestaltung ausüben. Dasselbe gilt für die Gutachten der Venedig-Kommission. Bewegung ist allein in Polen in den letzten Tagen festzustellen, nachdem am vergangenen Donnerstag im polnischen Unterhaus ein Gesetz zur Abschaffung der Disziplinarkammer am Obersten Gerichtshof verabschiedet wurde.⁴ Das betrifft aber nur einen von vielen Punkten, für eine verlässliche Einschätzung der Entwicklung ist es indes zu früh.

Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit von Gerichten erfolgen nicht immer so abrupt und offensichtlich wie in Polen und in Ungarn. Oft sind Entwicklungen schleichend und wenn sie benannt werden, kann es zu spät sein. Daher ist es wichtig, auch in der rechtsstaatlichen Normallage Gefährdungen früh zu erkennen und Entwicklungen entgegenzutreten, die auf eine Beeinträchtigung gerichtet sind. Die Überlastung von Gerichten, mediale Angriffe, scharfe politische Auseinandersetzungen und die Stigmatisierung einzelner Richterinnen und Richter sind Entwicklungen, die wir im vergangenen Jahrzehnt in europäischen Staaten von West bis Ost und von Nord bis Süd beobachten konnten. „Enemies of the people“ stand auf der Titelseite eines britischen Boulevardblatts unter dem Foto der drei Richter, die dem Brexit in einer Entscheidung rechtliche Schranken entgegenhielten. Eine Reihe von Gerichten in weiteren Staaten Mittel- und Osteuropas ist mit Angriffen konfrontiert, die auf die Schwächung der Justiz und insbesondere der Gerichte zielen.

Auch mit Blick auf Österreich lässt sich verallgemeinern: Gerichte können solchen oder vergleichbaren Angriffen ein Stück weit vorbeugen, indem sie in ihrer Arbeitsweise selbst keine Angriffsfläche für Vorwürfe geben. Eine gut ausgebildete Richterschaft, Transparenz im Auswahlverfahren und solide prozessrechtliche Grundlagen sind Bedingungen, die der Tätigkeit der einzelnen Richterinnen und Richter gleichsam vorausliegen.

Vertrauen in staatliche Institutionen wird bestimmt: erstens von ihrer organisatorischen Ausgestaltung, zweitens von ihrem Verfahren und drittens durch die konkreten Personen, die ein staatliches Amt ausüben.⁵

Auf dieser dritten Ebene setzen die folgenden Überlegungen an: In der täglichen Praxis müssen sich Gerichte durch ein faires Verfahren gegenüber allen Parteien, in einer zügigen Erledigungspraxis und in verständlicher wie nachvollziehbarer Begründung ihrer Entscheidungen bewähren. Eine Überlastung von Gerichten durch mangelnde Ressourcendotierung – Versäumnis auf der ersten Ebene – kann diese Praxis unmittelbar gefährden, weil dann dort gespart werden muss, wo genau dieses Vertrauen erworben werden muss. Beispiele für Beamten-Courage, die dieses Vertrauen erhält, sind Auftritte von führenden Beamtinnen und Beamten des Finanz- und des Justizministeriums, die eine Lanze für ihre Kolleginnen und Kollegen und für deren Arbeitsweise gebrochen haben.

b. Der Zugang zum Gericht und zu juristischen Dienstleistungen

Der gesellschaftliche Wandel und Änderungen in der Gerichtsorganisation haben Auswirkungen auf den Zugang zum Recht. Rechtsvorschriften ändern sich in stetig zunehmender Geschwindigkeit, weil sich auch die tatsächlichen Gegebenheiten rascher verändern. Die zwei Jahre der Pandemie legen beredtes Zeugnis von dieser Entwicklung ab.

Gleichzeitig dürfen die Ansprüche an die Zugänglichkeit von Rechtsvorschriften und ihre Verständlichkeit nicht aufgegeben werden. Nach wie vor ist die Publizität von Verordnungen

CDL-AD(2012)009; Opinion No. 683/2012, CDL-AD(2012)020; Opinion No. 798/2015, CDL-AD(2015)016; Opinion No. 919/2018, CDL-AD(2018)013; Opinion No. 1050/2021, CDL-AD(2021)036.

⁴ Vgl den Beschluss vom 26.05.2022 über die Änderung des Gesetzes über das Oberste Gericht und einiger anderer Gesetze, Nr 2013, 2271 i 2271-A. (USTAWA z dnia 26 maja 2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, druki nr 2011, 2013, 2271 i 2271-A).

⁵ Jüngst ausführlich *Kube*, Vertrauen im Verfassungsstaat, AöR 2021, 494 ff.

und Gesetzen eine Grundbedingung der Rechtsstaatlichkeit. Publizität, Zugänglichkeit und Verständlichkeit sind gleichermaßen Voraussetzungen rechtsstaatlicher Normsetzung.

Ein Problem des Zugangs zu Gericht und zum Recht sind die Kosten von Gerichtsverfahren. Hier haben wir durchaus Ungleichheiten und Spannungsfelder im österreichischen Recht, auf die der Österreichische Juristentag in den letzten 20 Jahren wiederholt aufmerksam gemacht hat und die ihn in seinen Sitzungen und Tagungen immer wieder beschäftigt haben. Österreich hat sehr hohe Gerichtsgebühren. Die Prozessparteien im Zivilprozess spielen auf das Ganze gerechnet mehr an Gebühren ein, als zur Finanzierung der Gerichtsverfahren rechnerisch nötig wäre. Im internationalen Vergleich nimmt Österreich einen wenig erfreulichen Spitzenplatz in der Finanzierung durch Gerichtsgebühren ein: hierzulande werden europaweit die höchsten Einnahmen an Gerichtsgebühren pro Kopf erhoben. Österreich ist überhaupt das einzige Land Europas, in dem die Einnahmen durch Gerichtsgebühren die tatsächlichen Kosten des gesamten Justizwesens übersteigen.⁶ Dabei muss auch auf die Diskrepanz zwischen dem Zivilprozess und den wesentlich geringeren Gebühren im Bereich der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit hinzuweisen, wo die Gebühren regelmäßig nur einen Bruchteil ausmachen.

Den Verfassungsgerichtshof und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte haben die Gerichtsgebühren unter dem Aspekt des Zugangs zu Gericht wiederholt beschäftigt,⁷ im Kern bleibt es aber eine rechtspolitische Frage. In Zeiten gestiegener Belastungen gerade sozial Schwächerer, aber auch des sogenannten Mittelstandes ist es an der Zeit, diesem Thema wieder Aufmerksamkeit zu schenken. Auch oberhalb des Einkommensbereichs, indem die Möglichkeit der Verfahrenshilfe gegeben ist, bedarf es der Entlastung. Diskutierte Modelle gibt es genug, von Degression bis zur Deckelung oder Kombinationen aus beiden.

Mit dem Thema der Verfahrenskosten hängt der Ersatz von Verteidigerkosten im Strafprozess im Fall des Freispruchs zusammen. Der Verfassungsgerichtshof hat die entsprechenden Regelungen für verfassungskonform befunden.⁸ Mit dieser Entscheidung ist das Thema aber für die rechtspolitische Diskussion nicht vom Tisch. Waren es zunächst Verfahren, die gegen Aktivisten im Bereich des Tierschutzes gerichtet waren, so betreffen sie heute vor allem Verfahren wegen Wirtschaftsdelikten, aber auch andere Prozesse, die wegen eines aufwändigen Beweisverfahrens lange dauern und Kosten nicht nur auf Seiten des Staates, sondern gerade auch bei Beschuldigten hervorrufen. Pauschale Beträge vermögen in einer Reihe von Fällen nicht zu verhindern, dass jemand, der angeklagt und letztendlich freigesprochen wird, die Sanktion der Vernichtung seiner vermögenswerten Lebensgrundlagen zu gewärtigen hat. Noch gar nicht angesprochen sind damit Verteidigerkosten im Vorfeld der Anklageerhebung bzw in Fällen in denen es gar nie zur Anklageerhebung kommt, anwaltlicher Beistand aber wegen der Komplexität der gegen den Beschuldigten erhobenen Vorwürfe notwendig war.

Das Thema der Kosten des Rechts stellt sich im Übrigen auch im Gebührenrecht insgesamt. Rechtsgeschäftsgebühren im Fall von Klärungen strittiger Rechtsverhältnisse haben historisch ihre Berechtigung. Sie sind auch heute ein unverzichtbarer Beitrag zur Finanzierung des Staatshaushalts. Gleichwohl leben auch sie von der Akzeptanz, die wiederum vom Verhältnis der Höhe zum vergewährten Rechtsgeschäft, zu einem Vergleich und zu den diesem zugrunde liegenden Lebenssachverhalten abhängt.

c. Justiz und Öffentlichkeit

Im Nachgang zu Entscheidungen der Gerichte liegt eine wesentliche Verantwortung für die Akzeptanz und die Verständlichkeit von Gerichtsentscheidungen bei den Gerichten selbst,

⁶ Europäische Kommission für die Effizienz der Justiz, CEPEJ STUDIES No. 26, Seite 65 ff, 70, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c> (zuletzt abgerufen am 13.06.2022); siehe auch 45. Wahrnehmungsbericht der österreichischen Rechtsanwaltskammer, Seite 7, abrufbar unter: https://www.rechtsanwaelte.at/fileadmin/user_upload/PDF/02_Kammer/Stellungnahmen/Wahrnehmungsbericht/wnb_2018-2019screen.pdf (zuletzt abgerufen am 13.06.2022).

⁷ Vgl bspw VfGH 25.02.2019, G 7/2019; 24.02.2021, A 12/2016; 22.09.2021, G 153/2021 und EGMR 16.11.2010 (GK), 24768/06, *Perdigao/Portugal*.

⁸ VfSlg 20.156/2017.

aber auch bei den Medien. Sie vermitteln der Bevölkerung einen Eindruck von der Justiz, der häufig genug von spektakulären, meist strafrechtlichen Einzelfällen geprägt sind.

Hier ist heute die Öffentlichkeitsarbeit von Gerichten sehr entscheidend, die deshalb bedeutender geworden ist, weil durch die Geschwindigkeit und die Dynamik sozialer Medien auch die klassischen Massenmedien unter Druck geraten sind. Das Erklären von Entscheidungen jenseits der eigentlichen Urteilsbegründung gehört heute zu den Aufgaben von Gerichten, jedenfalls dort, wo wegen des öffentlichen Interesses für die beteiligten Personen und/oder den Prozessgegenstand eine mediale Berichterstattung zu erwarten ist, das gilt jedenfalls für Höchstgerichte.

Der Münchner Journalist und Jurist *Heribert Prantl* hat das Verhältnis von Strafgerichtsbarkeit und Medien in einem Vortrag beim 71. DJT in Essen mit Symbiosen aus der Biologie verglichen, um das Aufeinander-Angewiesen-Sein von Strafjustiz und Medien zu betonen.⁹ Es ist Aufgabe der Medien, über Vorgänge in der Justiz, von ersten Ermittlungsschritten über die Anklageerhebung, das Hauptverfahren mit der Verhandlung bis hin zur Entscheidung zu berichten. Es ist Aufgabe der Anklagebehörden und der Strafgerichte, in den Grenzen des Verfahrensrechts und grundrechtlicher Ansprüche der Beteiligten eine den heutigen Gegebenheiten der Medien angepasste Berichterstattung zu ermöglichen.

Diesen Gedanken kann man verallgemeinern. Auch Zivilgerichte, Verwaltungsgerichte und Verfassungsgerichte bedürfen der medialen Begleitung und Kontrolle. In ihrer Öffentlichkeitsarbeit stehen sie vor verschiedenen und vielfältigen Herausforderungen. Sie müssen erstens die Rechte der Beteiligten, Verfahrensparteien wie sonstige Beteiligte einschließlich der Zeugen, insbesondere von vulnerablen Personen, Kindern und Jugendlichen, schützen. Sie müssen dabei vor allem dafür sorgen, dass Datenschutz, Schutz der Privatsphäre und die Unschuldsvermutung im Strafprozess gewahrt bleiben.

Sie müssen zweitens die Integrität des gerichtlichen Verfahrens und des Entscheidungsvorgangs bewahren. Dazu gehört die angemessene Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Transparenzansprüchen einerseits und der Wahrung des Beratungsgeheimnisses andererseits.

Und drittens müssen sie die Entscheidungen so kommunizieren, das Ergebnis und Begründung in der Öffentlichkeit so aufgenommen werden, dass es keine Missverständnisse gibt und auch falscher Kritik an Entscheidungen möglichst der Boden entzogen wird. Gerichte werden sich nicht medialen Gesetzmäßigkeiten unterwerfen, wohl aber auf die heutigen Arbeits- und Funktionsbedingungen der Massenmedien noch mehr Rücksicht nehmen, wollen sie die Rezeption ihrer Entscheidungen verbessern.

Der Zeitdruck und die knappe Frist zwischen der Veröffentlichung einer Gerichtsentscheidung und der Erstberichterstattung legen die Begleitung wichtiger Entscheidungen durch Presseausendungen nahe. Die meisten Höchstgerichte in Europa haben heute professionelle Medienverantwortliche, die für Rückfragen zur Verfügung stehen und so eine qualitativ hochstehende Berichterstattung ermöglichen oder wenigstens unterstützen. Soziale Medien und Nachrichtendienste können und sollen entweder direkt bedient oder wenigstens beobachtet werden, damit eine allenfalls eintretende verzerrte Berichterstattung zeitnahe korrigiert werden kann.

Eine weitere Aufgabe im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit ist die Kommunikation im zeitlichen Abstand von Entscheidungen, in Bildungseinrichtungen von Universitäten bis zu Schulen, bei Veranstaltungen mit juristischen Schwerpunkten, bei wissenschaftlichen Tagungen und Konferenzen. Die Rezeption von Gerichtsentscheidungen ist längst kein linearer Vorgang mehr, in fragmentierten Gesellschaften haben verschiedene Kommunikationswege Wechselwirkungen, sie ergänzen einander, verstärken einander im Idealfall positiv.

⁹ *Prantl*, Öffentlichkeit im Strafverfahren – Transparenz und Schutz der Verfahrensbeteiligten, in Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Band II/1 (2017) M 27.

War die Öffentlichkeitsarbeit der Gerichte durchaus schon eine Thematik an der Schnittstelle zwischen herkömmlichen und neuen Herausforderungen, so verdienen die nächsten drei Themenfelder jedenfalls die Zuschreibung als neu.

4. Neue Herausforderungen

a) Wissensgesellschaft und richterliche Entscheidung

Die letzten beiden Jahre der Pandemie haben eine Entwicklung deutlich gemacht, die im Umwelt- und Technikrecht seit Jahrzehnten bekannt ist und diese Rechtsbereiche prägt: die Abhängigkeit juristischer Entscheidungen von technischem, medizinischem, naturwissenschaftlichem Sachverstand. „Risikoentscheidungen im Rechtsstaat“ lautet der Titel der Habilitationsschrift des ehemaligen Bundesverfassungsrichters und Bonner Staatsrechtslehrers *Udo di Fabio*, und sie steht für viele prominente Arbeiten auf diesem Gebiet, die Pointe ihrer Erwähnung liegt darin, dass die Arbeit vor 30 Jahren geschrieben wurde.

Der Umgang mit wissenschaftlichem Sachverstand ist für Juristinnen und Juristen heute Normalität und auch in den Verfahrensordnungen für individuelle Entscheidungen abgebildet und vorgezeichnet.

Warum ist es dann gerechtfertigt, im Zusammenhang mit dem Rechtsstaat von einer Herausforderung zu sprechen? Ausgangspunkt der Antwort sind Beobachtungen, die Veränderungen in der Auseinandersetzung um die Rechtssetzung und die Verwaltung auf internationaler Ebene, im Europarecht und auf der Ebene der Einzelstaaten zum Gegenstand haben. Die Klimakrise, die Coronakrise und die von ihr ausgelöste Debatte um die Impfpflicht haben eines gemeinsam: In der rechtspolitischen Diskussion wird zunehmend mit wissenschaftlichen Erkenntnissen argumentiert. Politisches Handeln auf der Basis von Wissen ist für eine nationale demokratische Debatte keine Besonderheit, ja man ist im Geiste der Aufklärung versucht zu sagen: Selbstverständlichkeit. Allein es geht um die Art und Weise, wie Wissenschaft und Wissen in den Diskurs eingestellt werden. Der Soziologe *Alexander Bogner* zeigt am Beispiel der Diskussion um die Klimakrise und die Coronakrise, wie politische Konflikte zu Wissenskonflikten transformiert wurden und wie von Gegnern in der politischen Auseinandersetzung das wissenschaftliche Argument zum entscheidenden Kriterium gemacht wurde.¹⁰ Die von *Bogner* eindrücklich beschriebenen Folgen für die Demokratie- und Populismusforschung sind die eine Sache, die hier nicht weiter zu verfolgen ist.

Mittlerweile sind die Wissenskonflikte nicht nur ein Thema für die Demokratieforschung, sie sind auch vor den Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Verfassungsgerichten angekommen. Die gerichtliche Auseinandersetzung um die Anerkennung des sogenannten dritten Geschlechts, die Prüfung der einschlägigen strafrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit dem assistierten Suizid und Fragen der Zulässigkeit von Coronamaßnahmen auf Verordnungsebene war jeweils begleitet von Argumenten aus dem Bereich der Humanmedizin, aber auch der Psychologie. Medizinischer Sachverstand wurde von Beschwerdeführern wie von Ministerien und Bundesregierung im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof mit großem Nachdruck vorgebracht. Für Umweltverfahren und im Besonderen in der juristischen Bewältigung der heute bereits eingetretenen und sich sukzessive verstärkenden Folgen des Klimawandels gilt das noch in viel höherem Maße. Die „Klimaklagen“ vor europäischen Gerichten vom niederländischen Hoge Raad¹¹ über den Verfassungsgerichtshof in Wien bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg argumentieren mit wissenschaftlichen Modellen, mit Studien, mit Lehrmeinungen. In der verwaltungsgerichtlichen Praxis haben sich Argumentations- und Begründungselemente herausgebildet, die der Gewaltenteilung zwischen exekutiver Normsetzung und Entscheidung im Einzelfall Rechnung tragen und gleichzeitig grundrechtliche Ansprüche effektiv einzulösen vermögen. Auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat europaweit vergleichbare Judikaturlinien entwickelt, die den

¹⁰ *Bogner*, Die Epistemisierung des Politischen. Wie die Macht des Wissens die Demokratie gefährdet (2021) 18 ff.

¹¹ *Hoge Raad* 20.12.2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

gesetzgeberischen und behördlichen Prognosespielraum ebenso achten wie den Grundrechtsschutz der Einzelperson.¹²

Dennoch stehen wir hier vor neuen Herausforderungen. In dem Maße, in dem rechtspolitische Entscheidungen von wissenschaftlichen Erkenntnissen dominiert werden und in dem die Entscheidungsgeschwindigkeit erhöht wird, müssen sich auch kontrollierende Gerichte die Frage nach der angemessenen Verarbeitung des Sachverstands in ihren Entscheidungen neu vorlegen. Hier und heute kann nicht das Patentrezept vorgelegt werden. Es geht darum, die Herausforderung zu benennen und ihre Rückwirkungen auf gerichtliche Verfahren zu beobachten. Als einen Beitrag zur Bewältigung dieser Herausforderung kann die Tendenz von Gerichten hervorgehoben werden, mit einem prozeduralen Ansatz die Rechtmäßigkeit von Entscheidungen zu beurteilen. Der Verfassungsgerichtshof hat bei der Prüfung von Verordnungen zur Bekämpfung der COVID19-Pandemie darauf abgestellt, ob die Verordnung erlassende Behörde ihre Entscheidungsgrundlagen hinreichend dokumentiert hat und die letztlich erlassene Verordnung auf dieser Grundlage hinreichend nachvollziehbar ist. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte stellt in jüngerer Zeit zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen auch auf die Qualität des Gesetzgebungsverfahrens und die vorangegangene demokratische Debatte im betroffenen Staat ab und gelangt zum Ergebnis eines gerechtfertigten Eingriffs – so z.B. beim Verbot der Vollverschleierung nach französischem Recht in Bezug auf die Rechte nach den Art. 8 und 9 EMRK.¹³

b) Neue Grundrechtsbedrohungen

Mit diesen Beispielen ist zur zweiten neuen Herausforderung übergeleitet, neuen Bedrohungen der Grundrechte. Die rechtswissenschaftliche Forschung der letzten 20 Jahre hat eine Reihe von neuen Bedrohungen herausgearbeitet und analysiert. Stichworte müssen hier genügen:

Der Schutz der Grundrechte gegenüber privaten Akteuren, der Schutz der Grundrechte im transnationalen Bereich (Stichwort Datenschutz), der intertemporale Grundrechtsschutz (Klimawandel und Grundrechte), Menschenrechtsverletzungen im Heimatstaat politisch Verfolgter¹⁴ – vom politischer Regimewechsel über den Bürgerkrieg bis zum bewaffneten Angriff Russlands auf den Nachbarstaat Ukraine, der nicht nur das humanitäre Völkerrecht ignoriert, sondern auch die Bindungen an die Menschenrechtskonvention, an die er auch nach einer Kündigung des Menschenrechtsvertrages noch bis September formal gebunden bleibt.

Die öffentlich-rechtliche Abteilung dieses Juristentags beschäftigt sich mit alten und neuen Fragen der Grundrechtsdogmatik. Die durch die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹⁵ vom Mai 2021 zum Klimaschutzgesetz ausgelöste Diskussion um die intertemporalen und intergenerationellen Aspekte des Grundrechtsschutzes, vor allem gegenüber faktischen Bedrohungen, die sich überdies einer einzelstaatlichen Zuordnung entziehen, steht bei uns erst am Anfang. Das grundrechtsdogmatische Rüstzeug muss in den nächsten Jahren adaptiert werden, und die Entwicklung der letzten Jahre lässt erwarten, dass wir dabei nicht allzu viel Zeit haben.

Bei alledem dürfen jene Grundrechte nicht in Vergessenheit geraten, die den liberalen Verfassungsstaat ausmachen und den informierten Diskurs erst ermöglichen: Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit und Wissenschaftsfreiheit. *Jürgen Habermas* hat in seiner Auseinandersetzung mit der Gerechtigkeitstheorie von *John Rawls* das Konzept des

¹² Statt aller VfSlg 20.398/2020, 20.399/2020.

¹³ EGMR 01.07.2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich*, dazu *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung – Absolutes Verbot der Gesichtverhüllung zur Wahrung der „Minimalanforderungen des Lebens in einer Gesellschaft“? EuGRZ 2015, 1.

¹⁴ Vgl nur das Gutachten von *Holoubek*, Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen, 21. ÖJT, Band I/1 (2022) passim.

¹⁵ BVerfG 24.03.2021, 1 BvR 2656/18.

ethisch imprägnierten Rechtsstaats entwickelt, und damit Fragen beschrieben, die sich auf Konzeptionen des sogenannten guten Lebens beziehen.¹⁶

Krisenrhetorik, Krisenbewältigung und die Konzentration auf Gewissenskonflikte dürfen den Blick auf die Funktion von Recht und Verfassung nicht verstellen, nämlich den Rahmen zu bilden für die Ermöglichung und Verwirklichung individueller Lebenskonzepte in einer von Diskriminierung freien liberalen Demokratie, die Schutzpflichten zugunsten von vulnerablen Gruppen nicht vernachlässigt. Das entbindet die am Diskurs Beteiligten in der Rechtswissenschaft wie in den Nachbardisziplinen und in der öffentlichen Debatte nicht von der Aufgabe, in einer komplexen Gesellschaft um den Wertekonsens dort zu ringen, wo er reduziert zu werden droht zu einem bloßen Konsens über das Verfahren legitimer Rechtsetzung und Machtausübung.

c) Digitalisierung

Eine dritte und letzte Herausforderung des Rechtsstaats bildet die Digitalisierung des Rechts. Das Gutachten für die entsprechende Abteilung dieses Juristentags spricht im Titel selbst von den Herausforderungen und thematisiert die Voraussetzungen. Inwieweit automatisierte Entscheidungsverfahren von Künstlicher Intelligenz begleitet, beeinflusst oder gar vorherbestimmt sein dürfen, unterliegt verfassungsrechtlichen Schranken, die von den beiden Gutachtern für die Frage des Verfahrens und für digitalisierungstaugliche Gesetze zumindest benannt werden. Wir stehen auch hier eher am Anfang der Diskussion, und das zu einem Zeitpunkt, in dem die technische Entwicklung bereits einen nicht unerheblichen Vorsprung hat. Das im Weißbuch der Europäischen Kommission zur Künstlichen Intelligenz vorgeschlagene „Gesetz über Künstliche Intelligenz“ ist derweil noch Zukunftsmusik.¹⁷ Wenn man aber in die verschiedenen Rechtsbereiche blickt, in denen der Einsatz von künstlicher Intelligenz bereits heute Auswirkungen auf die Menschen hat, so spricht wenig dafür, die Diskussion über den Einsatz Künstlicher Intelligenz im öffentlichen Recht zu verschieben. Nicht nur die Vollautomatisierung von Entscheidungsvorgängen im staatlichen Bereich wie in Beziehungen zwischen Einzelpersonen und übermächtigen Privaten, auch und vor allem maschinelle Assistenzsysteme bedürfen der ganzen Aufmerksamkeit juristischer Forschung.¹⁸ Verwaltungsbehörden und Gerichte stehen hier gerade im internationalen Zusammenhang vor gewaltigen Herausforderungen.

5. Zum Schluss: Die Verantwortlichkeit für Sicherungen

Die vorangegangene Auswahl von Herausforderungen für den Rechtsstaat könnte um viele weitere ergänzt werden. Es ging weder darum, eine umfassende Liste zu präsentieren, noch wird der Anspruch erhoben, dass es genau diese Herausforderungen sind, vor denen Gerichte, Verwaltungsorgane, Gesetzgebungsorgane und die in den rechtsberatenden Berufen tätigen Personen stehen. Die Auswahl dieser sechs Herausforderungen zeigt sechs Felder, denen wir jedenfalls unsere Aufmerksamkeit schenken müssen. Der Juristentag tut es jedenfalls im Bereich der Grundrechte und der Digitalisierung des Rechts.

Wer aber, so lautet die abschließende Frage, ist verantwortlich für die Pflege der Sicherungen, für die Einhaltung der Garantien? Im nach Staatsgewalten gegliederten Rechtsstaat kann die Antwort nur sein, dass das Tragen der Verantwortung auf mehrere Organe verteilt ist. Die Gesetzgebung ist in die Zukunft gerichtet und hat die gesetzlichen Rahmenbedingungen anzupassen, bei Fehlentwicklungen gegenzusteuern. Die Zivil- und Strafgerichte in ihrer Rechtsprechung, die Justizverwaltung sowie die Verwaltungsbehörden, die verbindliche Entscheidungen treffen und auf untergesetzlicher Ebene Normen erlassen, haben im Hier und Jetzt für einen lebendigen, am Menschen orientierten Rechtsstaat zu sorgen. Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit haben Gesetzgebung und Verwaltung

¹⁶ *Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen⁴ (1996) 252 ff.

¹⁷ Europäische Kommission, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, 19.02.2020, COM (2020) 65 final.

¹⁸ Vgl das Gutachten von *Mayrhofer/Parycek*, Digitalisierung des Rechts – Herausforderungen und Voraussetzungen, 21. ÖJT, Band IV/1 (2022).

zu kontrollieren, die ordentlichen Gerichte in ihrem Bereich der Amtsdelikte sowie des Amtshaftungsrechts wirksam abzusichern, dass staatliche Entscheidungsträgerinnen und -träger die Bindung an das Gesetz ernst nehmen.

Der viel beschworene Grundrechtsschutz wird tagtäglich eingelöst durch die strafgerichtliche Durchsetzung jener Rechtsvorschriften, die fundamentale Rechtsgüter wie Leib, Leben und Vermögen vor Verletzungen durch andere Menschen schützen. Aber auch der Schutz der Integrität der Steuer- und Sozialsysteme durch das Strafrecht – wie ihn sich eine eigene Abteilung an diesem Juristentag vornimmt – darf im europäisierten und globalisierten Wirtschaftsleben nicht vernachlässigt werden.¹⁹ Im Zivilrecht bedarf es vor allem dort verfahrensrechtlicher Sicherungen, wo ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Prozessparteien besteht, die zivilrechtliche Abteilung des 21. Juristentages beschäftigt sich nicht von ungefähr mit der Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht – dies nicht nur aus materiell-rechtlicher Sicht, sondern auch aus prozessualer Sicht.²⁰

Gerade diese Aufstellung zeigt den besonderen Wert des Beitrags des Österreichischen Juristentages wie die seiner Schwesterorganisationen in anderen Staaten zur Rechtsentwicklung im europäischen Rechtsstaat. Die Themen werden disziplinenübergreifend behandelt und sie werden über alle Berufsgruppen hinweg diskutiert. Dieser berufsgruppenübergreifende und intra- und interdisziplinäre Ansatz ist nicht nur sinnvoll, sondern in Zeiten zunehmender Fragmentierung des gesellschaftlichen wie des wissenschaftlichen Diskurses unverzichtbar geworden.

Für Gerichte im innerstaatlichen Bereich ist es rechtsstaatliche Normalität, dass die eigene Zuständigkeit in der Vielfalt der Gerichte und Gerichtszweige begrenzt ist. Die Begrenzung liegt in der funktionellen Zuständigkeit im Instanzenzug, in Kontrollbeschränkungen von Ober- und Höchstgerichten sowie in den Grenzen der sachlichen Zuständigkeit.

Im internationalen und europäischen Bereich ist klar, dass Subsidiarität nicht bloß Kompetenzbeschränkung der internationalen und supranationalen Gerichtsbarkeit ist, sondern auch dem Schutz ihrer Funktion dient. Mehr als nationale Höchstgerichte sind europäische Gerichtshöfe schlicht wegen der hohen Zahl der potentiellen Verfahren darauf angewiesen, dass das Recht auf einzelstaatlicher Ebene eingelöst und gewahrt, von den Gerichten der Mitgliedstaaten durchgesetzt wird. Europäische Gerichtshöfe sind von ihrer ursprünglichen Idee der juristische Versorgungskreislauf, der vor allem dann unverzichtbar ist, wenn die rechtsstaatlichen Sicherungen auf einzelstaatlicher Ebene durchgebrannt sind. Sie führen aber auch zu einer Feinsteuerung in neuen Feldern der Judikatur, sorgen für Einheitlichkeit und sind Partner der nationalen Höchstgerichte im Dialog der Selbstvergewisserung über europäisches Recht und einheitliche Standards. Sie lassen Entscheidungsspielräume nationaler Gerichte zu, im Bewusstsein, dass deren höhere demokratische Legitimation, ihre Nähe durch Entscheidungsorgane, Sprache und Rechtskultur auch zu höherer Akzeptanz der Entscheidungen und damit des Rechts insgesamt führt. Der angemessene Umgang mit Entscheidungsspielräumen von beiden Seiten ist eine zentrale Aufgabe des Austarierens im europäischen Gerichtsverbund.

¹⁹ Vgl. das Gutachten von *Kert/Kirchmayr-Schliesselberger/Windisch-Graetz*, Sozialbetrug im Unternehmensbereich – eine interdisziplinäre Herausforderung für den Rechtsstaat, 21. ÖJT, Band III/1 (2022).

²⁰ Vgl. die Gutachten von *Geroldinger/Wendehorst*, Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht, 21. ÖJT, Band II/1 (2022) 1 ff bzw. 101 ff.