

48. Europäische Präsidentenkonferenz der Rechtsanwaltsorganisationen¹

Als langjährige Teilnehmerin an den Advokatengesprächen der Präsidentenkonferenz freue ich mich besonders, heute das Impulsreferat zu halten.

Zunächst möchte ich dem Rechtsanwaltskammertag, seinem Präsidenten, allen Mitwirkenden und deren Teams zu den stets bereichernden Advokatengesprächen im prachtvollen Ambiente des Palais Ferstel gratulieren!

Im Folgenden werde ich in der gebotenen Kürze schlaglichtartig aktuelle Herausforderungen für Demokratie, Rechtsstaat und die Herrschaft des Rechts aus österreichischer und europäischer Sicht beleuchten.

Grundlage unserer gefestigten und starken Demokratie in Österreich ist die Verfassung. Rechtsstaat und Demokratie, die Grund- und Menschenrechte sind durch die Bundesverfassung institutionalisiert und garantiert. Die österreichische Bundesverfassung und der mit ihr gegründete Verfassungsgerichtshof feiern im heurigen Jahr ihr 100-jähriges Jubiläum. Mit der Schaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Jahr 1920 wurden weltweit Maßstäbe gesetzt. Auch wenn das B-VG bis heute vielfach novelliert wurde – etwa im Zusammenhang mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union – und die Unübersichtlichkeit unserer Verfassung oft beklagt wird, hat sie sich bis

¹ Überarbeitete Fassung des mündlichen Referates

heute als effektive Grundordnung unseres Staates bewährt. Das hat sie im Vorjahr in der politisch schwierigen Situation nach "*Ibiza*" und der Angelobung einer erstmals nicht auf Wählerwillen basierenden Bundesregierung durch den Bundespräsidenten eindrucksvoll bewiesen. Die damals vom Bundespräsidenten betonte "*Schönheit und Eleganz unserer Verfassung*" ist zum geflügelten Wort geworden.

Neben einer solchen krisenfesten Handlungsanleitung für das Zusammenleben sind starke staatliche Institutionen für eine lebendige Demokratie unerlässlich, aber auch das Verständnis *für* und das Vertrauen *in* diese Institutionen. Das Vertrauen in die dritte Staatsgewalt baut auf die Wahrnehmbarkeit der Unabhängigkeit der Justiz, auf die Qualität und Plausibilität von gerichtlichen bzw. staatsanwaltschaftlichen Verfahren und Entscheidungen. Das erfordert bestens ausgebildete, motivierte und unerschrockene Richterinnen und Richter bzw. Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, eine professionelle Öffentlichkeitsarbeit, eine angemessene Verfahrensdauer und ein äquidistantes Verhalten gegenüber allen Prozessbeteiligten. Unabdingbar ist aber auch eine – in den letzten Tagen von allen Seiten geforderte – adäquate personelle und finanzielle Ausstattung der Justiz.

Selbstverständlich ist die Justiz nicht sakrosankt und darf kritisiert werden, solange sie nicht als Institution in Frage gestellt wird und dadurch Schaden nehmen kann.

Auch die unabhängige Rechtsanwaltschaft ist wesentliches Element des demokratischen Rechtsstaates. Die freie Anwaltswahl, die anwaltliche Verschwiegenheit, die Beistands- und Treuepflicht gegenüber dem Mandanten, eine fundierte Aus- und Fortbildung, die

Vertrauenswürdigkeit, das Engagement für die Verteidigung der Grundrechte, die Wahrung von Freiheit und Rechtsfrieden – wie in den Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes (RL-BA 2015) festgelegt – sind Grundpfeiler der Advokatur. Das Recht auf anwaltlichen Beistand im Strafverfahren ist grundrechtlich abgesichert (Art. 6 EMRK). In Österreich – und in dieser Form *nur* in Österreich – stehen auch die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention seit langem im Verfassungsrang.

Aktuelle Herausforderung

– "Sicherungshaft"

Ein Problemfeld, das aktuell kontrovers diskutiert wird, ist die Frage der Notwendigkeit einer sogenannten Sicherungshaft für gefährliche Asylwerber. Nach einem tragischen Anlassfall sieht das Regierungsprogramm² die Einführung eines zusätzlichen ("verfassungskonformen") Hafttatbestandes (Sicherungshaft zum Schutz der Allgemeinheit) für Personen vor, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie die öffentliche Sicherheit gefährden. Rechtsvergleichend wird ins Treffen geführt, dass auch 15 andere EU-Staaten (u.a. Belgien, die Niederlande oder Luxemburg) einen solchen Haftgrund kennen. In Österreich reicht das Recht auf Freiheit und Sicherheit jedoch besonders weit, weiter als in anderen EU-Staaten. Nach dem Verfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit³ ist der Freiheitsentzug – abgesehen von hier nicht

² Regierungsprogramm 2020 – 2024, 199.

³ Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl. 684/1988, idF BGBl. I 2/2008.

relevanten Konstellationen – nur in Bezug auf Strafhaft, Untersuchungshaft und Schubhaft zulässig. Der Anlassfall betraf einen mit Aufenthaltsverbot belegten, vielfach vorbestraften Asylwerber, der nach illegaler Einreise wegen eines dramatischen Tötungsdelikts in erster Instanz des Mordes schuldig erkannt wurde. Strittig ist, ob Fremde mit einem solchen Vorleben schon nach der geltenden Rechtslage zur Gefahrenabwehr in Schubhaft genommen werden können oder ob ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich ist. Im Regierungsprogramm ist eine "*EMRK- und unionsrechtskonforme Umsetzung*" intendiert. Da eine präventive (und damit auch anlasslose) Haftverhängung einen qualifizierten, also besonders invasiven Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit darstellt, begegnet jede legislative Ausgestaltung hohen Anforderungen in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit.

– "**Bundestrojaner**"

Freiheit und Sicherheit stehen in einem besonderen Spannungsverhältnis. Dies zeigt auch ein jüngst ergangenes Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes in Bezug auf den "Bundestrojaner".⁴ Der Gesetzgeber hatte in der Strafprozessordnung sowie im Sicherheitspolizeigesetz weitreichende Maßnahmen zur Aufklärung bzw. Hintanhaltung terroristischer Straftaten vorgesehen. Dazu zählten u.a. die Befugnis zur verdeckten und laufenden Überwachung eines Computersystems sowie das "Auslesen" verschlüsselter Nachrichten durch Installation eines entsprechenden Programms – des "*Bundestrojaners*"

⁴ VfGH 11.12.2019, G 72/2019 ua.

– einschließlich des Eindringens in Räumlichkeiten zu dessen Installierung. Der Verfassungsgerichtshof befand, dass sich Art und Intensität einer solchen Überwachungsmaßnahme gegenüber den zum Eingriff ermächtigenden drohenden Rechtsgutverletzungen als unverhältnismäßig darstellten. Der Gerichtshof verwies begründend insbesondere darauf hin, dass durch ein mit einem "Bundestrojaner" infiziertes Computersystem unvermeidbar auch die Daten einer Vielzahl von unbeteiligten Personen gesammelt würden und hob die entsprechenden Regelungen wegen Verstoßes gegen das Recht auf Privat- und Familienleben gemäß Art. 8 EMRK und gegen die Unverletzlichkeit des Hausrechts gemäß Art. 9 StGG iVm dem Hausrechtsgesetz 1862 auf.⁵

– **Strafverteidigung**

Ein für die Strafverteidigung bedeutsames Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes aus dem Jahr 2017 behandelte die immer wieder kritisierte Regelung des Ersatzes der Verteidigerkosten bei Freispruch in einem Strafverfahren mit höchstens € 10.000 (im Geschworenengerichtsverfahren).⁶ Der Verfassungsgerichtshof sprach aus, dass es im Ermessen des Gesetzgebers liegt, ob und in welcher Höhe die öffentliche Hand Ersatz gewährt. Er betonte dabei das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und die systematischen Unterschiede zwischen Zivil- und Strafverfahren, die einer Übertragung der Grundsätze des Kostenersatzes des (strittigen) Zivilverfahrens

⁵ Gesetz vom 27.10.1862, zum Schutze des Hausrechtes, RGBl. 88/1862 idF BGBl. 422/1974.

⁶ VfSlg. 20.156/2017.

(wonach grundsätzlich die unterlegene Partei der obsiegenden Partei deren Kosten zu ersetzen hat) auf das Strafverfahren von vornherein entgegenstehen. Auch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK räumt nur das Recht auf kostenfreie Verfahrenshilfe bei Bedürftigkeit ein, nicht aber einen Anspruch auf sonstigen Kostenersatz.

In Bezug auf das Gerichtsgebührensysteem, das am Streitwert orientierte, hohe Gebühren auch bei geringem Verfahrensaufwand vorsieht, hat der Gerichtshof ebenfalls wiederholt auf den weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Festsetzung und Bemessung von Gerichtsgebühren verwiesen. Demnach steht es dem Gesetzgeber frei, im Hinblick auf Kostenwahrheit und das Verursacherprinzip überhaupt Gebühren für die Inanspruchnahme der Gerichte vorzusehen, dabei von einer Durchschnittsbetrachtung auszugehen und sich bei der Bemessung von Gesichtspunkten der Verwaltungsökonomie leiten zu lassen. Eine strenge Äquivalenz im Einzelfall in dem Sinn, dass die Gebühren dem bei Gericht verursachten Aufwand entsprechen müssten, ist demnach nicht erforderlich.⁷

Ein anderes Thema betrifft die Frage, inwieweit legistische Maßnahmen zu prüfen wären, die die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht noch besser schützen - etwa im Fall der Beschlagnahme von Unterlagen bei Dritten - zu prüfen.

Die in clamorösen Wirtschaftsstrafverfahren, aber auch in manchen Zivilverfahren exorbitant lange Verfahrensdauer ist bekannt. Das Regierungsprogramm nimmt darauf

⁷ Vgl. zB VfSlg. 19.666/2012 mwN.

auch Bezug, in dem es in der "*Beschleunigung von Verfahren*" einen "*wesentliche(n) Baustein einer leistungsfähigen Justiz*" erkennt.⁸ Überlegungen nicht nur in Richtung einer besseren Ausstattung der Justiz, sondern auch in Richtung neuer oder geänderter verfassungskonformer Instrumentarien – etwa in Richtung einer Vereinbarung im Strafverfahren, wie sie nach der deutschen Rechtslage vorgesehen ist, – scheinen durchaus angebracht. Im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren wäre meines Erachtens die jederzeitige und unbeschränkte Einspruchsmöglichkeit – ohne den Rechtsschutz grundsätzlich zu beschneiden – zu überdenken.

Zum europäischen Kontext

Neben den – gewiss bloß fragmentarischen – Ausführungen zu den Herausforderungen für Demokratie und Rechtsstaat auf nationaler Ebene darf nicht übersehen werden, dass auf europäischer Ebene eine schleichende Erosion demokratischer und rechtsstaatlicher Grundsätze eingetreten ist. Österreich ist vor 25 Jahren (gemeinsam mit Schweden und Finnland) der Europäischen Union beigetreten und hat sich damit den gemeinsamen Grundwerten dieser Union verpflichtet. Die Union ist von ihrer Idee her ein Zusammenschluss offener, pluralistischer, auf den Prinzipien von Gleichheit und Freiheit fußender, den Grund- und Menschenrechten verpflichteter, demokratisch organisierter Gesellschaften, die durch eine verstärkte politische Integration eine Wiederholung der Gräuelpunkte der Vergangenheit, die sich auf diesem Kontinent ereignet haben, zu verhindern

⁸ Regierungsprogramm 2020 – 2024, 26.

suchen. Seit dem Beitritt im Jahr 1995 ist jedoch Vieles im Wandel: Die Digitalisierung der Märkte und des Rechtslebens, die Cyberkriminalität, der Klimawandel, die latente Terrorgefahr, die demografische Entwicklung, die Finanzkrise, die Fluchtbewegung des Jahres 2015 und nicht zuletzt der *Brexit* forderten und fordern die Mitgliedstaaten und die Institutionen der Gemeinschaft in besonderer Weise. Allerdings schwindet die Überzeugung, dass nur ein geeintes Europa diese Herausforderungen zu bewältigen vermag, zusehend: Statt einer Bündelung der Kräfte im Sinne einer Intensivierung der konsensorientierten Kooperation erleben wir eine Rückbesinnung auf die Durchsetzung nationalstaatlicher Einzelinteressen. Der erstmalige Austritt eines Mitgliedstaates aus der EU sowie das Scheitern der Verhandlungen um eine gemeinsame Asylpolitik sind nur die augenfälligsten Belege für dieses stetige Auseinanderdriften. Wird der demokratische Grundkonsens in Frage gestellt, gerät die europäische Idee insgesamt in Gefahr.

Die institutionelle Krise der Europäischen Union geht Hand in Hand mit einem Abbau demokratisch-rechtsstaatlicher Errungenschaften in den Mitgliedstaaten. Während in Brüssel Demokratiedefizite angeprangert werden, sind in einigen Hauptstädten illiberale und populistische Kräfte auf dem Vormarsch. Die Union ist jedoch unmittelbar abhängig von den allgemeinpolitischen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten: Sie kann nicht mehr an Demokratie und Rechtsstaatlichkeit bieten als sie auf mitgliedstaatlicher Ebene vorfindet. Die Vorstellungen, was den Rechtsstaat ausmacht, gehen innerhalb der EU jedoch teils weit auseinander.

Auch wenn unsere Demokratie gefestigt, stark und nicht so leicht ins Wanken zu bringen ist: Gerade im Justizbereich gibt es bei einzelnen Staaten wenig ermutigende Entwicklungen. Besonders in Ungarn und Polen sind problematische Tendenzen bemerkbar. Versuche der Einflussnahme auf Medien und Gerichte durch den Gesetzgeber scheinen vorhanden. Politische Kontrolle des für die Richterbestellung zuständigen Justizverwaltungsrates in Polen, die dem Justizminister eingeräumte Befugnis, Präsidenten der Amts- und Kreisgerichte gleichsam auszutauschen, sind rechtsstaatlich problematisch.

Bei systemischen nationalen Defiziten, wenn also in wichtigen Bereichen das für die Rechtsstaatlichkeit und die EU fundamentale Vertrauen in das Recht und seine Durchsetzbarkeit verloren geht, muss die Europäische Union reagieren. Die EU hat diesbezüglich mehrere Möglichkeiten.⁹

Polen war zunächst mehrfach Gegenstand eines Dialogverfahrens. Im Herbst 2017 hat die Kommission erstmals ein Art. 7 EUV-Verfahren gegen Polen eingeleitet, das Parlament im September 2018 gegen Ungarn. Das Art. 7 EUV-Verfahren ist allerdings mit Blick auf das

⁹ - Am wenigstens eingriffsintensiv ist das **Dialogverfahren**, das nach einem Problemaufriss öffentliche Empfehlungen mit Frist zur Umsetzung, ohne Sanktionen, vorsieht.

- Eingriffsintensiver ist das **Art. 7 EUV-Verfahren**, bei dem ein qualifizierte Mehrheit des Rats ein Verfahren wegen einer schwerwiegende Verletzung der EU-Grundwerte einleiten kann. Die abschließende Feststellung schwerwiegender Verletzungen und die Verhängung von Sanktionen bedürfen indes der Einstimmigkeit, sodass eine Verurteilung höchst unrealistisch ist.

- Dritte Möglichkeit sind **Vertragsverletzungsverfahren** in Bezug auf einzelne Gesetze, die auch die Kommission initiieren kann. Hohe Geldstrafen sind möglich, wenn Entscheidungen des EuGH nicht befolgt werden.

- Schließlich sind die vom nationalen Gericht ausgelöste Verfahren zu nennen.

Einstimmigkeitserfordernis im Ministerrat letztlich zahnlos. Polen und Ungarn haben wechselseitig zugesichert, die Einstimmigkeit zu verhindern.

Parallel wurde der EuGH vielfach mit der Justizreform in Polen befasst. Schon im Juni 2019 hatte der EuGH einer Vertragsverletzungsklage der Kommission wegen Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter am polnischen Obersten Gericht, wodurch 17 der 72 Richter – darunter die Präsidentin –zwangsweise in den Ruhestand versetzt werden konnten, stattgegeben.¹⁰ Polen argumentiert, die Reform ziele darauf ab, Richter aus der kommunistischen Zeit bzw. korrupte, parteipolitisch agierende Richter zu entfernen. Nach einer einstweiligen Anordnung des EuGH im Oktober 2018¹¹ war es den Richtern möglich, ihre Arbeit wieder aufzunehmen. Zudem hat das polnische Parlament die Reform größtenteils zurückgenommen. Das zeigt, dass sich die EU zumindest insoweit durchzusetzen vermochte.

Auch zur Auslieferung nach Polen im Strafverfahren hat der EuGH im Jahr 2018 in einem Vorabentscheidungsverfahren entschieden, dass von den nationalen Gerichten zunächst die generelle Gefahr für die Unabhängigkeit der Justiz zu prüfen und in einem zweiten Schritt die Frage einer Gefahr im konkreten Fall zu beurteilen ist.¹² Dies ist vor dem Hintergrund zusehen, dass an sich die Gerichte, Staatsanwaltschaften und

¹⁰ EuGH 5.11.2019, Rs. C-192/18, *Kommission gegen Polen*.

¹¹ EuGH 19.10.2018, Rs. C-619/18, *Kommission gegen Polen*.

¹² EuGH 25.7.2018, Rs. C-216/18 PPU.

Polizeibehörden aller Mitgliedstaaten auf eine enge Zusammenarbeit angewiesen sind, wofür das Vertrauen in die Justiz der jeweils anderen Mitgliedstaaten unabdingbar ist.

Ungeachtet dieser Problematik sollte meines Erachtens mitberücksichtigt werden, dass diese Länder ihre eigene Sicht auf die Europäische Union und ihr Rechtssystem haben. Auch ist anzuerkennen, dass beim EuGH neun Gerichtsvorlagen aus Polen selbst zur Frage der umstrittenen Justizreform anhängig sind. Die Reaktionen der EU werden im Mitgliedstaat wahrgenommen und können zu Selbstreflexion führen.¹³

Ich komme zum Schluss: Unsere Demokratie ist gefestigt und stark und nicht so leicht ins Wanken zu bringen. Aber Vorsicht ist allemal geboten. Es gilt, Bewusstsein und Sensibilität zu schaffen und zu erhalten für die letztlich doch fragilen Errungenschaften unserer Demokratie. Dafür bedarf es auch einer kritischen Rechtsanwaltschaft und unabhängiger Standesvertretungen.

"Der Geist der Demokratie kann nicht von außen aufgepfropft werden. Er muss von innen heraus kommen." Diesen Worten von *Mahatma Gandhi* ist nichts hinzuzufügen.

¹³ Vgl. *Bogdandy*, Ringen um das gemeinsame Recht, Max-Planck-Gesellschaft.