

Beeinflusst die politische Orientierung der Richter/innen die Rechtsprechung in der Schweiz?

von Dr. Anne Mirjam Schneuwly



Die Schweizer Presse hat im Oktober 2016 die Frage der Unparteilichkeit der Richter/innen am Beispiel der Urteilsfindung im Asylwesen am Bundesverwaltungsgericht aufgeworfen und eine Statistik zum Verhältnis von Beschwerdeabweisungen und Gutheissungen der Richter/innen nach deren Parteizugehörigkeit veröffentlicht.

Dies sorgte für Aufsehen und seitdem steht das schweizerische Wahlsystem für Richter/innen medial in der Kritik, politisch gefärbt zu sein und die richterliche Unabhängigkeit zu beeinflussen. Denn in der direkten Demokratie werden die Richter/innen grundsätzlich vom Volk, vom kantonalen Parlament oder von der vereinigten Bundesversammlung gewählt. Um das politische Kräfteverhältnis auch in der Judikative abzubilden, werden die Richter/innen-Ämter im Proporz zu den Parteisitzen vergeben. Dabei berücksichtigen die politischen Wahlorgane nebst fachlichen sowie sprachlichen, regionalen und geschlechtsspezifischen Kriterien vor allem auch die Parteizugehörigkeit der zukünftigen Richter/innen. Dies birgt unter anderem die Gefahr der indirekten parteipolitischen Einflussnahme auf die Rechtsprechung. Es stellt sich erstens die Frage, ob bei Bewerbungen für ein Richteramt tatsächlich die qualifiziertesten Kandidaten/innen gewählt werden oder diejenigen, deren Partei zu diesem Zeitpunkt einen Anspruch auf das offene Amt behaupten können.

Zweitens ist fraglich, ob die Richter/innen in Hinblick auf die periodisch anstehenden Wiederwahlen nicht vom latenten politischen Druck beeinflusst werden können, getreu der Parteilinie zu urteilen. Denn grundsätzlich könnten Richter/innen, deren Arbeit gesellschaftspolitisch oder auch berufsethisch – sei es zu Recht oder zu Unrecht – beanstandet wird, allenfalls nicht wiedergewählt werden. Diese systeminhärente Leistungskontrolle steht der in der Bundesverfassung garantierten richterlichen Unabhängigkeit diametral gegenüber. Richter/innen sind ungeachtet ihrer Parteizugehörigkeit allein ihrem berufsethischen Kodex und juristischen Gewissen verpflichtet und weder rechtlich noch faktisch von der Partei abhängig, die sie in das Amt gehoben hat. Die Parteimitgliedschaft kann zwar die Weltanschauung der Richter/innen offenlegen; sie ist jedoch nur ein Faktor neben vielen (Sozialisierung, Berufserfahrung, Alter und Geschlecht usw.), der die Urteilsfindung beeinflusst. Zusammenfassend steht das gesellschaftspolitisch geprägte Wahl- und Wiederwahlverfahren zwar in der Kritik, die richterliche Unabhängigkeit indirekt zu beeinflussen; aber es hat sich in der Konstellation der schweizerischen Volksdemokratie offenbar über die Jahrzehnte soweit bewährt. Nichts desto trotz gilt es das kostbare aber auch fragile Gut der verfassungsrechtlichen richterlichen Unabhängigkeit hochzuhalten.

Dr. Anne Mirjam Schneuwly: 2004-2009: Studium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg (Schweiz). 2009-2013: Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Lehrbeauftragte an der Universität Freiburg (Schweiz), für die Lehrstühle Wirtschafts- und Handelsrecht (Prof. Amstutz) sowie internationales Privatrecht (Prof. Rodriguez). 2012: Promotion an der Universität Freiburg (Schweiz) und Abschluss des Executive Master of Business Law an der Universität St. Gallen. 2014-2017: Gerichtsschreiberin am Bundesverwaltungsgericht (St. Gallen) und Bundesgericht (Lausanne). 2016: Erlangung des Anwaltpatents. Seit Oktober 2017: Oberassistentin an der Universität Zürich, Fachgruppe Handels- und Wirtschaftsrecht.

Vorübergehend unabhängig? – Richter auf Zeit zwischen Unabhängigkeit und Flexibilität von Jann Ferlemann



Die Zahl gerichtlicher Verfahren mit Asylbezug ist zuletzt sprunghaft angestiegen. Hiermit korrespondiert ein (aller Voraussicht nach) nur vorübergehender Personalmehrbedarf, der an den Verwaltungsgerichten derzeit nur schwer gedeckt werden kann. Einen ähnlich sprunghaftigen Verfahrensanstieg hatten die Sozialgerichte nach der Einführung der Hartz-Gesetze zu bewältigen. Diese Beispiele des Einsatzes staatlichen Personals zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verdeutlichen einen Bedarf nach Flexibilität sowie ein zumindest im Einzelfall berechtigtes Interesse daran.

Für die Verwaltungsgerichte wurde der Weg des Einsatzes von Richtern auf Zeit (a. Z.) eröffnet. § 18 VwGO ermöglicht es, Beamte auf Lebenszeit mit der Befähigung zum Richteramt zur Kompensation eines vorübergehenden Personalmehrbedarfs für eine Mindestamtszeit von zwei Jahren als Richter a. Z. einzusetzen. Insbesondere die Möglichkeit des kurzzeitigen „Seitenwechsels“ auf die Richterbank wirft die Frage nach einer potentiellen Kollision mit der verfassungsrechtlich verbrieften richterlichen Unabhängigkeit auf.

Inwiefern dieses Instrument eine Vorlage für eine zeitlich befristete Öffnung des Richteramtes darstellen kann, gilt es zu untersuchen. Der Maßstab ergibt sich einerseits aus dem Korsett der in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltenen hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums,

andererseits aus der in Art. 97 GG verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit. Im Ausgangspunkt folgt aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums, dass Richter a. Z. eine enge Ausnahme zu Lebenszeitrichtern darstellen sowie das reguläre Planstellen nicht mit Richtern a. Z. besetzt werden dürfen.

Nachdem Art. 97 Abs. 2 GG „nicht mehr an die Ernennung auf Lebenszeit [...], sondern an die hauptamtlich und planmäßig endgültige Anstellung, d.h. an die Einweisung eines Richters in eine Planstelle für die Dauer seiner Amtszeit“ (BVerfGE 4, 331 [345]) anknüpft, stößt der Einsatz von Richtern a. Z. nicht per se auf verfassungsrechtliche Bedenken. Ein Grundsatz, wonach zur persönlichen Unabhängigkeit eines Richters eine Anstellung auf Lebenszeit erforderlich wäre (BVerfGE 3, 213 [224]), besteht von Verfassung wegen nicht. Fraglich bleibt aber, wie eine verfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltung einer zeitlich begrenzten Übertragung des Richteramtes im Einzelnen aussieht.

Der Vortrag beleuchtet das Spannungsverhältnis zwischen der richterlichen Unabhängigkeit sowie dem Einsatz von Richtern a. Z. zur Kompensation übergangsweisen Bedarfs an Richtern und untersucht die Voraussetzungen hierfür.

Lesehinweise:

- J. Kronisch, DVBl. 2016, 490
- C. Maierhöfer, NVwZ 2015, 1655

Jann Ferlemann: Geboren 1989 in Leer (Ostfriesland), allgemeine Hochschulreife in Villingen-Schwenningen (2009), Zivildienst in Bonn (2009/10), Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin (Erste Juristische Prüfung 2015). Ab 2012 Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht und Sozialrecht (Univ.-Prof. Dr. Helge Sodan). Seit 2015 Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand ebenda.

„Sehenden Auges dem Tode oder schwersten Verletzungen ausgeliefert“? Die Verwertung von Lageberichten als Beweismittel zur Feststellung der subsidiären Schutzbedürftigkeit von Asylbewerbern

von Dr. Björnstjern Baade



In Asylverfahren stehen oft Unsicherheiten tatsächlicher Art im Mittelpunkt. Für die Gewährung nationalen wie internationalen subsidiären Schutzes (vor allem nach § 60 Abs. 7 AufenthG bzw. § 4 Abs. 1 Nr. 3 AsylG) ist der Grad der Gefahr, der dem Antragsteller im Herkunftsland droht, maßgeblich. Die Feststellung der für diese Prognoseentscheidung notwendigen Tatsachen stellt sowohl das deutsche Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) als zuständige Behörde als auch die Verwaltungsgerichte mit Blick auf den Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz aus § 24 Abs. 1 AsylG respektive § 86 Abs. 1 VwGO regelmäßig vor erhebliche Schwierigkeiten.

Von entscheidender Bedeutung als Beweismittel sind hierbei neben Medienberichten und Sachverständigengutachten durchgängig Berichte von Nichtregierungsorganisationen, internationalen Organisationen sowie dem Auswärtigen Amt. Deren Verwendung in der Gerichtspraxis und die vielfach an ihnen geäußerte Kritik wird dieser Beitrag untersuchen. Insbesondere die Berichte des Auswärtigen Amtes stehen oft in der Kritik, zu sehr einer Staatsraison verpflichtet und aufgrund ihrer Geheimhaltung zu intransparent zu sein. Diesem von der Exekutive und damit letztlich einer Streitpartei beigebrachten Beweismittel komme unangemessen hohes Gewicht zu.

Die Untersuchung wird exemplarisch den Blick auf die Situation in Afghanistan wenden. Denn

zu diesem Herkunftsland existiert langjährige Rechtsprechung und nach den Anschlägen auf die deutsche Botschaft in Kabul am 31. Mai 2017 war eine Neubewertung der Sicherheitslage durch den Außenminister in Auftrag gegeben worden. Diese führte letztlich jedoch nicht zu einer Änderung der Entscheidungspraxis des BAMF oder der Verwaltungsgerichte.

Der Beitrag wird untersuchen, ob die Kritik an den Berichten allgemein und speziell mit Blick auf Afghanistan gerechtfertigt ist. Es wird untersucht werden, ob die Berichte, auf die sich die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen stützen einzeln oder gemeinsam geeignet sind, ein hinreichend zutreffendes Lagebild zu zeichnen, um über die Zuerkennung subsidiären Schutzes zu entscheiden. Darüber hinaus wird sich insgesamt auch die Frage stellen, ob die Erwartungshaltung, die teils an den gerichtlich zu gewährenden Schutz herangetragen wird, im Verhältnis zu den rechtlichen Möglichkeiten steht. Immerhin wäre nationaler subsidiärer Schutz erst dann zu gewähren, wenn jemand „gleichsam sehenden Auges dem Tode oder schwersten Verletzungen ausgeliefert würde“. Die Option, einen Abschiebestopp anzuordnen, bestünde hingegen stets nach §§ 23 Abs. 1, 60a Abs. 1 AufenthG. Für diese Leitentscheidung wäre jedoch die Politik in die Pflicht zu nehmen.

Lesehinweise

- A. Becker/ M. Bruns, InfAuslR 1997, 119
- VG Bayreuth, Urt. v. 30.08.2017, Az.: B 6 K 17.30573

Björnstjern Baade ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Freien Universität Berlin. Während seines Studiums und Referendariats in Berlin und Birmingham (UK) hatte er u.a. Gelegenheit, im Auswärtigen Amt, am Bundesverfassungsgericht sowie am British Institute of International and Comparative Law Erfahrungen zu sammeln. In seiner Dissertation befasste er sich mit Methodik und Legitimität des EGMR. Als Habilitand in einer Arbeitsgruppe des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht widmet er sich der Thematik „Wahrheit und Recht“.





Selbstverwaltung der Justiz und Demokratieprinzip

von Dr. Markus Vašek



Selbstverwaltung der Justiz ist ein Thema mit Konjunkturen. Die richterlichen Standesvertretungen haben die Idee nie in die Schublade zurückgelegt und sie stützen sich insbesondere in jüngerer Zeit auf „internationale Vorbilder und Vorgaben“.

Der Vortrag soll in einem ersten Teil einen kritischen Überblick über das Thema geben. Dabei werden die verschiedenen Modelle justizieller Selbstverwaltung in Europa vorgestellt und mit dem deutsch-österreichischen Exekutivmodell kontrastiert. Gesondert betrachtet wird die Rolle von „soft law“-Dokumenten, die von den richterlichen Standesvertretungen vermehrt in Stellung gebracht werden. In einem kurzen empirischen Teil wird berichtet, wie sich die verschiedenen Selbstverwaltungsmodelle in der Praxis bewährt haben.

Im zweiten Teil des Vortrages soll der Rahmen skizziert werden, der als Folie für eine Beurteilung der vorgebrachten Vorschläge einer selbstverwalteten Justiz dient. Im Mittelpunkt steht dabei das Demokratieprinzip, das sich sowohl von einer dogmatischen, als auch von der theoretischen Perspektive her konstruieren lässt.

Demokratische Legitimation von Richterinnen und Richtern bzw. der Gerichtsbarkeit insgesamt war und ist ein Thema, an dem sich seit jeher die Geister scheiden. Es soll daher zunächst die eigene Position im Hinblick auf das Verhältnis von richterlicher Unabhängigkeit und demokratischer Rückbindung offengelegt werden. Dabei soll auch das Argument gewürdigt werden, dass ein Zurücktreten von demokratischen Erwägungen aus rechtsstaatlichen Gründen mitunter geboten sein könnte.

Im dritten Teil des Vortrages soll geklärt werden, ob es tatsächlich noch die Exekutive ist, von der die größte Bedrohung richterlicher Unabhängigkeit ausgeht. Neuere Untersuchungen weisen darauf hin, dass es eher die richterlichen Kolleginnen und Kollegen sind, die auf unterschiedliche Weise subtilen Druck ausüben, der rechtlich aber nur schwer greifbar ist. Diese Problematik soll auch anhand einschlägiger Fälle in Deutschland und Österreich reflektiert und schließlich mit den vorgeschlagenen Modellen richterlicher Selbstverwaltung in Beziehung gesetzt werden. Zusammenfassend wird analysiert, ob strukturelle Autonomie der Justiz dem unbestreitbar zentralen Grundsatz persönlicher Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter eher dient oder schadet.

Markus Vašek hat Rechtswissenschaften an der Universität Wien studiert und war ebendort von 2009 bis 2012 Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht bei Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin. Forschungsaufenthalte führten ihn an die Universität zu Köln sowie an die Westfälische Wilhelms-Universität Münster. Von 2012 bis 2015 war er juristischer Mitarbeiter am österreichischen Verfassungsgerichtshof. Seit 2015 arbeitet er als Universitätsassistent post doc am Institut für Europarecht und Internationales Recht der Wirtschaftsuniversität Wien bei Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter.

The Most Dangerous Branch? – Der Mythos richterlicher (Un-)Abhängigkeit aus verfassungsrechtlicher und verhaltensökonomischer Perspektive?

von Dr. Johann Justus Vasel, LL.M. (NYU)



Alexander Hamilton qualifiziert die Judikative in den *Federalist Papers* einst als „*least dangerous branch*“. Sie habe weder „*power*“ noch „*purse*“, verfüge weder über „*FORCE*“ noch „*WILL*“. Unter Alexander M. Bickel erfuhre diese streitbare These in den 1970er Jahren eine Renaissance und dominiert seither weite Teile des US-amerikanischen Verfassungsdiskurses. Im deutschsprachigen Raum konzentriert sich die Debatte häufig auf die Rolle der Judikative im Gewaltengefüge im Anschluss an den Streit über Grund und Grenze richterlicher Letztentscheidung, den einst Carl Schmitt und Hans Kelsen in der Weimarer Zeit geführt haben. Kernelement dieses Disputs bildet das Spannungsverhältnis von geringer demokratischer Legitimation einerseits und hoher richterlicher Unabhängigkeit andererseits.

Angesichts des weltweiten Siegeszugs (verfassungs-) gerichtlicher Strukturen und supranationaler wie internationaler Rechtsprechungsorgane, stellte sich die Frage nach der (Un-)Abhängigkeit der Judikative umso dringlicher. Obwohl weithin gefeiert, betrachten einige diese Entwicklung als besorgniserregende „*judicialization*“ oder „*juristocracy*“. Richterliche Unabhängigkeit wird im Zuge des judikativen Expansionsdrangs zum demokratischen Problem. Die dritte Gewalt sieht sich zum Teil dem Vorwurf der „Entgrenztheit“ ausgesetzt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Innenperspektive noch viel dringlicher. Wer richtet? Und wie wird gerichtet? Wie und von welchen (invisiblen) Faktoren wird richterliche Rechtsfindung in welchem Maße *de facto* beeinflusst? Eine wichtige Perspektive, die derzeit noch ein Schattendasein führt, ist die verhaltensökonomische Analyse. Auch Richter sind nur begrenzt rational, fehl- und verleitbar. Aufgrund dieser *bounded rationality* ergibt sich nicht nur eine gewisse „Abhängigkeit“ des Richters, sondern er wird zugleich auch anfällig für bewusste Einflussnahme und Opfer kognitiver Verzerrungen. Kaum ein Richter dürfte zudem über ein ausreichendes Maß an „*risk literacy*“ verfügen und doch nehmen sie ständig Gefahren- und Risikoabschätzungen von erheblicher Tragweite vor bzw. haben diese rechtlich zu bewerten. So herrscht permanent eine „unbewusste“ Abhängigkeit vor. Im Ergebnis wird damit deutlich: mit dem Nimbus der Unabhängigkeit ist es nicht weit her.

Summiert man die Analyseergebnisse einer immer mehr an Einfluss gewinnenden, strukturell unabhängigen Judikative bei gleichzeitiger Anfälligkeit für Irrtum und Irrationalität aufgrund mangelnder Immunisierung gegen „*biases*“ bzw. unzureichender Schulung im Hinblick auf Risikobewertung, ergibt sich, dass die Judikative auch ohne „*power*“ und „*purse*“ zur „*most dangerous branch*“ avanciert.

Dr. Johann Justus Vasel, LL.M. (NYU), studierte Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Universität Bayreuth und der Julius-Maximilian-Universität zu Würzburg mit Schwerpunkt im Völker- und Europarecht. Im Anschluss an das Studium erfolgte neben einer Tätigkeit am Menschenrechtszentrum (Potsdam) die Promotion durch die Universität Hamburg und das Referendariat am Kammergericht Berlin sowie ein Magisterstudium an der New York University. Dr. Johann Justus Vasel, LL.M. (NYU) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität St. Gallen (Schweiz) und lehrt Europa- und Völkerrecht.

Die Richterin im Normanwendungsprozess

von Katharina Goldberg



Die Richterin spricht Recht. Wird ihr ein Sachverhalt vorgetragen, soll sie anhand der geltenden Gesetze ein Urteil fällen.

Falsch erscheint es, wenn durch zwei Richterinnen in (auf den ersten Blick) identischen Fällen unterschiedliche Urteile gefällt werden. Aber gibt es den „identischen Fall“ überhaupt? Gibt es „die Richterin“, die Kraft ihres Amtes ein richtiges Urteil ermitteln soll?

Es gibt auf diese zwei Fragen klare Antworten: Nein und nein. Jeder Rechtsanwendungsprozess hängt in jedem Einzelfall von drei Eingangsdaten ab: Normtext, Sachverhalt und Rechtsanwenderin. Normtext und Sachverhalt sind dabei Eingangsdaten einer Konkretisierungsstruktur. Sie enthalten normative Bestandteile, die im Rechtsanwendungsprozess durch Konkretisierung bestimmt werden. Dieser Konkretisierungsprozess geschieht durch die Rechtsanwenderin, die außerhalb dieser Struktur steht und auf jeden der Prozesse innerhalb der Struktur Einfluss hat. Sie bringt ihre persönlichen und kulturellen Ansichten sowie das durch ihre Ausbildung gewonnene Wissen in Abhängigkeit von den ihr zur Verfügung stehenden Ressourcen und ihren personellen, verfahrenstechnischen und organisatorischen Möglichkeiten ein. Ihr jeweiliger persönlicher Kontext bestimmt damit, was in die – normative – Rechtsnorm einfließt. Sie konkretisiert diese aus Normtext und Sachverhalt. Zudem hängt es von ihr ab, inwieweit weitere, strukturexterne

Konkretisierungselemente – wie die Dogmatik, Präjudizien, Standardisierungen und Routinen – die Konkretisierung von Normtext und Sachverhalt beeinflussen. Wenn sie über das Ergebnis – mitunter unbewusst – entscheidet, steht ihr bei der Normkonkretisierung ein Korridor von Entscheidungsmöglichkeiten offen.

Anhand dieses Modells kann aufgedeckt werden, welche Elemente im konkreten Fall in den Konkretisierungsprozess einfließen. Es schafft ein Bewusstsein für die Kontextabhängigkeit von Normativität. Die Aufschlüsselung des Prozesses ermöglicht, die Komplexität der Rechtsanwendung aufzudecken. Eine Richterin trifft in einem durch den Normtext vorgegebenen Rahmen Entscheidungen, wie welche Tatsachen oder welche Tatbestandsmerkmale zu gewichten sind. Daher ist ihr Urteil nicht falsch, nur weil ein anderes Gericht in einem „identischen“ Fall eine andere Entscheidung trifft oder dies durch die Berufungsinstanz geschieht. Es handelt sich lediglich um ein anderes, mögliches Ergebnis des Rechtsanwendungsprozesses. Dieser Blickwinkel beschreibt im Gegensatz zu positivistischen Perspektiven das, was tatsächlich geschieht. Durch die Einnahme dieser Perspektive kann die Rationalität gerichtlicher Entscheidungen erhöht und ihre Konsistenz erforscht werden.

Lesehinweise:

- F. Müller/ R. Christensen, Juristische Methodik Bd. 1 2013, S. 181 ff.
- W. Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 111 ff.

Katharina Goldberg studierte an der Universität Hamburg und war dort wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht (Prof. Dr. Arndt Schmehl). Seit 2015 wird ihre Dissertation im internationalen Steuerrecht und in der Rechtstheorie von Prof. Dr. Roland Broemel betreut. Derzeit ist sie Referendarin am Hanseatischen Oberlandesgericht und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Helmut-Schmidt-Universität am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Öffentliches Wirtschafts- und Umweltrecht (Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms).

Richterliche Abhängigkeit von sich selbst – Zum Problem der Vorbefassung im Zusammenhang mit vorsorglichen Maßnahmen

von Benjamin Märkli



Dieser Beitrag untersucht die These, dass in gewissen Konstellationen entgegen bisheriger Praxis Richterinnen und Richter als befangen zu gelten haben, wenn sie im Zusammenhang mit dem einstweiligen Rechtsschutz vorsorgliche Maßnahmen erlassen haben.

Aus der Psychologie sind – nicht erst seit den jüngsten Nobelpreisen – diverse kognitive Verzerrungen bekannt, die menschliche Entscheidungen beeinflussen können. Selbst bei typischerweise rational denkenden und routinemäßig an Entscheidungen beteiligten Personen wie Richterinnen und Richtern wurden solche Effekte nachgewiesen. Beispielhaft kann der Bestätigungsfehler (*confirmation bias*) genannt werden, der Menschen dazu veranlasst, an einmal getroffenen Entscheidungen festzuhalten, indem die Tatsachen so bewertet werden, dass sie zur getroffenen Entscheidung passen. Dabei wirken oft mehrere kognitive Verzerrungen parallel und verstärken gegenseitig ihre Auswirkungen oder verschleiern die Tragweite der Verzerrung, etwa indem sich die Personen selbst als wenig beeinflussbar betrachten.

Dass für die Akzeptanz eines Urteils ein gerechtes Verfahren notwendig ist, versteht sich von selbst. Auch dass eine Richterin oder ein Richter, für die oder den das Prozessergebnis bereits vorweggenommen ist, kein "rechter Mittler" sein kann, dürfte nicht ernsthaft bestritten wer-

den. Deshalb ist die sogenannte Vorbefassung auch regelmäßig als ein Fall von Befangenheit vorgesehen, der zum Ausschluss der Richterin oder des Richters vom Richteramt kraft Gesetzes führt.

Die Praxis verneint aber die Befangenheit wegen Vorbefassung dann, wenn die Vorbefassung im gegenständlichen Verfahren stattgefunden hat, etwa im Rahmen einer Zwischenentscheidung zu Beweisanträgen oder zur Prozesskostenhilfe. In vielen Fällen mag dies zutreffen, da die Richterinnen oder der Richter sich durch die Entscheidung nicht sehr exponiert und die Endentscheidung als weiterhin offen betrachtet werden kann. Gerade im Zusammenhang mit dem einstweiligen Rechtsschutz können aber starke kognitive Verzerrungen die Endentscheidung beeinflussen. In solchen Fällen wäre von der Befangenheit der entscheidenden Richterinnen oder des entscheidenden Richters auszugehen.

Eine entsprechende Praxisänderung müsste sich nicht auf sämtliche Fälle des einstweiligen Rechtsschutzes erstrecken, sondern namentlich auf diejenigen Konstellationen, in denen sich die Richterinnen oder der Richter im Rahmen der Entscheidung zum einstweiligen Rechtsschutz in einer Weise äußern musste, die kognitive Verzerrungen besonders begünstigt.

Lesehinweise:

- M. Schweizer, Kognitive Täuschungen vor Gericht: eine empirische Studie, 2005
- A. Ignor, Befangenheit im Prozess, ZIS 5/2012

Benjamin Märkli, 1988 geboren, hat Rechtswissenschaft in St. Gallen studiert. Er ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Benjamin Schindler (Öffentliches Recht mit besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsrechts und des Verfahrensrechts), dabei arbeitete er insbesondere im wissenschaftlichen Sekretariat der dritten Auflage des St. Galler Kommentars zur Bundesverfassung mit und kommentierte Art. 171 BV zusammen mit Prof. Philippe Mastronardi. Er doktoriert an der Universität Zürich zur aufschiebenden Wirkung im kantonalen und eidgenössischen Öffentlichen Recht.

Betroffen, aber unabhängig? Zur Mitentscheidungsbefugnis der für den betroffenen Staat gewählten Richterinnen in den Menschenrechtsschutzsystemen Europas, Lateinamerikas und Afrikas

von Daniel Toda Castán



Die drei funktionierenden Menschenrechtsgeschichte regeln die Mitentscheidungsbefugnis der für den betroffenen Staat gewählten Richterinnen, bzw. der Richterinnen mit der Staatsangehörigkeit des betroffenen Staates in unterschiedlicher Art und Weise. Während die Beteiligung der für einen Staat gewählten Richterinnen (meistens einer Staatsbürgerin dieses Staates) an den Beratungen und Entscheidungen über Beschwerden betreffend diesen Staat am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte grundsätzlich pflichtig ist, verbietet das Protokoll über den Afrikanischen Gerichtshof über die Rechte der Menschen und der Völker die Beteiligung der Richterinnen, die Staatsbürgerinnen der betroffenen Staaten sind. Am Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte vollzog sich im Jahr 2009 ein Rechtsprechungswandel. Hatte der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte bis dahin die Beteiligung der Richterinnen, die Staatsbürgerinnen des betroffenen Staates war, für zulässig angesehen, schloss er mit seiner gutachterlichen Stellungnahme OC-20/09 diese Beteiligung fortan aus. Somit zeichnen sich unterschiedliche Auffassungen auf den drei Kontinenten über diese Frage ab. Da alle drei Gerichtshöfe über Beschwerden von Privatpersonen gegen Staaten entscheiden, stellt sich die Frage nach den Gründen für diese unterschiedlichen Auffassungen.

Die Regelung über die Beteiligung der für den betroffenen Staat gewählten Richterinnen, bzw. der Richterinnen, die Staatsbürgerinnen des betroffenen Staates ist, kann ihre Unabhängigkeit berühren,

wie Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates und empirische Studien in Europa und die genannte Stellungnahme des Interamerikanischen Gerichtshofs gezeigt haben. Warum haben sich die drei Systeme für unterschiedliche Lösungen entschieden? Was spricht für und gegen jedes Modell? Wie wird die Frage geregelt an anderen internationalen Spruchkörpern, vor denen sich ebenfalls Privatpersonen und Staaten gegenüber stehen? Auf diese Fragen wird in diesem Vortrag eingegangen. Gleichzeitig wird die These der Konvergenz gestellt, da im europäischen System in den letzten Jahren neue Regeln aufgestellt wurden, die die Beteiligung der für den betroffenen Staat gewählten Richterinnen für bestimmte Fälle ausschließen. Die Wende im Interamerikanischen System vollzog sich erst im Jahr 2009. Finden alle drei Gerichtshöfe also im Laufe der Zeit einen gemeinsamen Weg, oder werden sie den internationalen Menschenrechtsschutz weiterhin unter in dieser Hinsicht divergierenden Voraussetzungen gewährleisten?

Lesehinweise:

- IACHR: Advisory Opinion OC 20/09, 29. Sept. 2009, Series A No. 20 (§§ 68 ff.)
- E. Voeten: Politics, Judicial Behaviour and Institutional Design, in: Christoffersen/Rask Madsen (Hrsg.), The European Court of Human Rights between law and politics, 2013, S. 61-77
- Committee of Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Reinforcement of the independence of the European Court of Human Rights, Report Doc. 13524, 5. Jun. 2014

Daniel Toda Castán (Sevilla, 1986) studierte Rechtswissenschaft und Politikwissenschaft an der Universität Carlos III in Madrid und den European Master's Degree in Human Rights and Democratisation in Venedig und Lund. Nach verschiedenen Praktika am spanischen Verfassungsgericht, am Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte, an der Vertretung der EU beim Europarat und am European Council for Refugees and Exiles ist er seit 2014 wissenschaftlicher Mitarbeiter in Speyer, wo er zu den Wiedergutmachungsmaßnahmen an den drei internationalen Menschenrechtsgerichtshöfen promoviert





Möglichkeiten, Risiken und rechtlicher Rahmen der Einbringung gesellschaftlicher Interessen in verwaltungs- und verfassungsgerichtliche Verfahren



von Dr. Astrid Wiik



Die Spruchgewalt eines Gerichts erschöpft sich formal im konkreten Streitgegenstand. Allerdings wirken Urteile über ihre formelle Rechtskraft hinaus. Die gesellschaftliche Bedeutung der Gerichtsbarkeit und ihrer Entscheidungen beschränkt sich dabei nicht auf Befriedungs- und Rechtsfortbildungsfunktionen. Gerade in der verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Rechtsprechung prägt die Judikative das sozionormative Gefüge des Gemeinwesens. Dies wirft vielfältige Fragen zu dem Verhältnis von Gericht und Gesellschaft auf. Dieser Beitrag widmet sich der Frage, wie die Gesellschaft an verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Verfahren teilhaben kann.

Zunächst wird das über den Öffentlichkeitsgrundsatz als Element des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips verfassungsrechtlich verankerte passive Teilhaberecht der Gesellschaft an Gerichtsverfahren untersucht. Den Schwerpunkt bildet das 2018 in Kraft tretende *Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren* [vgl. BT Drs. 18/10144 v. 26.10.2016; BR-Drs. 606/17(B) v. 22.9.2017]. Es sieht u.a. vor, dass Gerichte im Einzelfall die Tonübertragung von Verfahren in einen gesonderten Raum für Medienvertreter und die audiovisuelle Aufnahme der Verkündung von Entscheidungen des BGH (welche für alle obersten Bundesgerichte gilt, vgl. §55 VwGO, §61 Abs 1. SGG) zulassen können. Gesetzgeberische Motive sind neben der Anpassung an die veränderte Medienlandschaft – insb. die Echtzeit-Berichterstattung durch moderne Kommunikationsmittel – und einem „zunehmenden Informa-

tionsbedürfnis der Allgemeinheit“ die verbesserte Transparenz gerichtlicher Verfahren sowie die Steigerung der gesellschaftlichen Akzeptanz der Judikative. Die Reaktionen auf die Novelle sind gemischt. Vor allem die Richterschaft warnt vor einem Kontrollverlust zu Lasten der richterlichen Unabhängigkeit und der Verfahrensrechte der Beteiligten. Der Beitrag entkräftet diese Bedenken. Eine rechtsvergleichende Analyse wirft vielmehr die Frage auf, ob die geplante Erweiterung der passiven Teilhabemöglichkeit der Gesellschaft nicht zu kurz greift. Unter Abwägung der widerstreitenden Rechte und Interessen wird argumentiert, dass die funktionalen Besonderheiten der verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Gerichtsbarkeit einen liberalen Sonderweg im Umgang mit der Öffentlichkeit rechtfertigen.

Sollte zudem die aktive Einbringung öffentlicher Belange in Gerichtsverfahren möglich sein? Diskutiert wird, ob ein Transfer des im common law verbreiteten und in § 27a BVerfGG funktional äquivalent regulierten *amicus curiae* in das deutsche Verwaltungsprozessrecht wünschenswert ist. Vereinfacht dargestellt, ermöglicht das Instrument die Einreichung von Schriftsätzen durch Einzelne zu rechtlichen und/oder tatsächlichen Aspekten eines anhängigen Verfahrens in der Hoffnung, dass der befassende Richter die Aspekte bei seiner Entscheidungsfindung berücksichtigt. Es wird eingegangen auf bereits bestehende – und z.T. nicht ausgeschöpfte – Möglichkeiten der Einbringung von öffentlichen Interessen vor Verwaltungsgerichten, einschließlich des Vertreters des öffentlichen Interesses vor dem BVerwG gem. §35 VwGO und vor dem OVG und dem VG gem. §36 VwGO. Zudem werden regulatorische Optionen aufgezeigt, wie

die Vorteile des Instruments realisiert werden können, ohne dass die Verfahrensrechte der Parteien und die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege beeinträchtigt werden.

- T. Hoeren, NJW 2017, S. 3339 ff.

- U. Kühne: Amicus Curiae: Richterliche Informationsbeschaffung durch Beteiligung Dritter, 2015

Lesehinweise:

- F. Bräutigam/A. Bernzen, KuR 2017, S. 555 ff.

Astrid Wiik hat in Heidelberg, Singapur und Cambridge Rechtswissenschaften studiert und zum Thema „amicus curiae before international courts and tribunals“ bei Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess promoviert. Das zweite Staatsexamen legte sie in Berlin ab. Sie ist seit Januar 2017 akademische Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völkerrecht und Menschenrechte bei Prof. Dr. Anja Seibert-Fohr. Zudem ist sie Koordinatorin der International Max Planck Research School for Successful Dispute Resolution in International Law. Zuvor war sie u.a. Senior Research Fellow an der Max Planck Stiftung für Internationalen Frieden und Rechtsstaatlichkeit gGmbH und Assistant Legal Counsel am ständigen Schiedshof in Den Haag.

Mediale (Un-)Abhängigkeit? Rechtsprechung im medialen Kommunikationszeitalter

von Jannika Jahn



Medienlandschaften sind in einem stetigen Wandel begriffen und stellen ihre Umwelt immer wieder vor neue Herausforderungen. Die Frage, welche Auswirkungen die Medien auf die Dritte Gewalt haben, hat bisher wenig Beachtung gefunden, doch gewinnt sie zunehmend an Relevanz. In Anknüpfung an sozialwissenschaftliche Untersuchungen begreife ich die Medialisierung als Prozess, in dem die Medienlogik als institutionelle Regel in andere Gesellschaftssysteme eindringt und andere verhaltensanleitende Logiken überlagert (sog. Medialisierung). Ist die Entwicklung, die wir beobachten, also primär von den Medien gesteuert, werden die Richterschaften von den Medien „medialisiert“? Ich vertrete die These, dass die aufgeworfene Frage mit einem differenzierten „Nein“ zu beantworten ist.

Die Kriterien der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit werden als Maßstäbe gewählt, an denen bemessen wird, inwiefern Richter in ihrer Entscheidungsfindung von Beeinflussungsversuchen der Medien bestimmt werden oder inwiefern sie von den Medien so in ihrem Verhalten beeinflusst werden, dass ihnen in den Augen der Öffentlichkeit die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit fehlt. Ich analysiere diejenigen Bereiche, die Veränderungen im Interaktionsverhältnis von

Justiz und Medien zeigen und die für die Frage der Bewahrung der richterlichen Unabhängigkeit relevant sind. Dazu zählen die Justizkritik, die Äußerungen einzelner Richter in den Medien, die Informationsvermittlung und Öffentlichkeitsarbeit der Judikative und die Fernsehöffentlichkeit. Daneben begutachte ich aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive, inwiefern die Medienlogiken, d.h. die Parameter medialer Berichterstattung, die das Handeln der Medien anleiten, auch für die Richterschaften handlungsleitend werden und dadurch die öffentliche Manifestation der richterlichen Unabhängigkeit gefährden. Es zeigt sich, dass die wesentlichen Problembereiche in der medialen Fehlberichterstattung, in dem von den Medien geschürten Eindruck der effektiven Druckausübung auf die Dritte Gewalt und der individuellen Meinungsäußerung einzelner Richter gegenüber den Medien liegen, sowie in der „Personalisierung“ der Justiz.

Andererseits ordnen sowohl die europäische rechtswissenschaftliche Literatur als auch die Richter die mediale Kritik verstärkt als Mittel der accountability der Dritten Gewalt ein. Aus meiner Untersuchung schlussfolgere ich, dass sich die Interaktion von Justiz und Medien nicht nur als Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sondern vielmehr als Strategie gerichtlicher Selbstbehauptung in Kommunikationsgesellschaften darstellt.

Jannika Jahn hält einen LL.B. (English and German Law) von der UCL und der Universität zu Köln. Ihr erstes Staatsexamen absolvierte sie in Köln. Ihre Dissertation erarbeitete sie als Mitarbeiterin am Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Derzeit absolviert Jannika Jahn ihr Referendariat in Berlin mit Stationen im Bundeswirtschaftsministerium und am Europäischen Gerichtshof in Luxemburg.

Internationale Gerichte als nationale Richter? Rechtsfindung in Zeiten globalen Regierens

von Dr. Raffaella Kunz



In Zeiten globalen Regierens und intensivster Spruchstätigkeit internationaler Gerichte sind es nicht mehr nationale Richter alleine, die darüber entscheiden, was Recht ist. Dies zeigt sich deutlich im Bereich der Grund- und Menschenrechte, wo sich nationale Gerichte stark nach dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof (EGMR) bzw. dem Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshof (IAGMR) ausrichten und so nicht selten zu deren „Vollstreckungshelfern“ werden. Viele Gerichte sind bekanntlich gar dazu übergegangen, im Rahmen der Auslegung innerstaatlichen Rechts und insbesondere der Verfassung vorausschauend nach Straßburg bzw. San José zu blicken, um ihre Rechtsordnung bereits präventiv in Einklang mit den menschenrechtlichen Anforderungen zu bringen. Gerade in den noch jungen Demokratien Lateinamerikas gilt die Ausrichtung nach San José oft als vorbildlich.

Allerdings kann die Umsetzung der Vorgaben der Menschenrechtsgerichte innerstaatliche Richter auch vor schwierige Fragen stellen: Sie können sich gehalten sehen, entweder eine Entscheidung von EGMR bzw. IAGMR nicht zu beachten, oder aber innerstaatlich geltendes Recht zu verletzen. So erstaunt es wenig, dass Gerichte sich immer wieder auch weigern, den Menschenrechtsgerichten zu folgen. Viele behalten sich von Vorherein eine gewisse Überprüfung und Abwägung im Einzelfall vor. In jüngerer Zeit scheint sich gar ein gewisser

Widerstand gegenüber den Menschenrechtsgerichten abzuzeichnen: Fälle wie derjenige des obersten argentinischen Gerichts, welches jüngst eine Entscheidung des IAGMR für nicht umsetzbar erklärt hat, machen Schlagzeilen.

In der Literatur wird angesichts des Legitimitätsdefizits der Menschenrechtsgerichte das legitimatorische Potenzial der nationalgerichtlichen Kontrolle internationaler Entscheidungen hervorgehoben. Letztlich soll ein „verfassungsrechtliches Widerstandsrecht“ oberer nationaler Gerichte zum Schutz zentraler verfassungsrechtlicher Prinzipien die Menschenrechtsgerichte gar stärken. Doch wie kann verhindert werden, dass Gerichte in missbräuchlicher Weise von ihrem faktischen „Vetorecht“ Gebrauch machen, um sich missliebiger Entscheidungen zu entledigen? Genau diese Befürchtungen wurden unlängst gegenüber dem russischen Verfassungsgericht laut. Vor dem Hintergrund dieses Spannungsverhältnisses setzt sich der vorliegende Beitrag mit der Rolle innerstaatlicher Gerichte an der Schnittstelle zwischen Rechtsordnungen auseinander und überlegt, wie erreicht werden kann, dass die Rechtsfindung in den Konventionssystemen wirklich zur gemeinsamen Aufgabe nationaler und internationaler Richter wird.

Lesehinweise:

- A. Peters, AöR 2010, 3-63
- A. Noelkaemper, European Journal of Int. Law 2014, 105-125

Raffaella Kunz ist Senior Research Fellow am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg. Sie hat Rechtswissenschaft an den Universitäten Basel und Paris II (Panthéon-Assas) studiert und ihre Promotion an der Universität Basel im November 2017 abgeschlossen. Am Max-Planck-Institut forscht und arbeitet sie seit September 2013.

Die entgrenzende Macht des Einzelfalls – Richterliche Rechtsfindung im Spannungsfeld von Gesetzes- und Verfassungsbindung

von Dr. Tristan Barczak



Richter sind bei ihrer rechtsprechenden Tätigkeit „nur dem Gesetze unterworfen“. Mit dieser ebenso exklusiven wie strikten Gesetzesbindung nimmt Art. 97 Abs. 1 GG den zentralen rechtsstaatlichen Gedanken vom Vorrang des Gesetzes auf und legt zugleich das Fundament der richterlichen Unabhängigkeit im Übrigen. Der Vorrang des Gesetzes schließt den Vorrang der Verfassung ein. Die Konsequenz ist eine anspruchsvolle Doppelbindung: Einerseits dürfen die Fachgerichte ihre Bindung an das einfache Recht nicht aus den Augen verlieren, andererseits wird von ihnen der verfassungsorientierte Blick „hinter das Gesetz“ (*Klaus Stern*) verlangt. Die fortschreitende Konstitutionalisierung der Rechtsordnung im Sinne ihrer verfassungsrechtlichen Durchdringung und Überformung bringt es mit sich, dass diese doppelte Bindung anspruchsvoller und mit der Verwischung der Trennung von einfachem und Verfassungsrecht auch die Grenzen von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit unschärfer werden. Einen kritischen Punkt erreicht die Doppelbindung allerdings dann, wenn der verfassungsorientierte Blick des Richters „hinter das Gesetz“ zum Ergebnis hat, dass strikte Bindungen des maßgeblichen einfachen Rechts stillschweigend übergangen oder ausdrücklich unbeachtet gelassen werden. Beispiele hierfür finden sich in der Rechtsprechung der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichte mittlerweile zuhauf: So nehmen sie auch bei gebundenen Entscheidungen eine

Verhältnismäßigkeitsprüfung vor oder wenden unter Berufung auf die Grundrechte eine obligatorische Rechtsfolge nicht an, weil sie im konkreten Einzelfall „unbillig“ erscheine oder zu einer „übermäßigen Härte“ führe. Nur dort jedoch, wo die Rechtsordnung Spielräume dafür belässt, kann der Fachrichter den Wertentscheidungen des Grundgesetzes zur Durchsetzung verhelfen. Wo eine methodisch vertretbare Auslegung oder Rechtsfortbildung scheitert, hat er das Gesetz anzuwenden oder muss es dem Bundesverfassungsgericht vorlegen. Einen „dritten Weg“ gibt es nicht. Hier wird eine generelle Entwicklungstendenz erkennbar, für welche die Wissenschaft – soweit sie sie überhaupt als Problemstellung wahrnimmt – bislang noch keine befriedigenden Antworten bereithält: Die Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung und Generalisierung wird zugunsten eines hypertrophen Grundrechtsschutzes sowie einer „gerechten“ und „verhältnismäßigen“ Entscheidung im Einzelfall zurückgedrängt. Dieses vermeintliche Mandat zur Gesetzeskorrektur entpuppt sich als richterliche Selbstermächtigung, die die Gewichte zwischen Legislative und Judikative in Richtung letzterer verschiebt und kritischen Stimmen, die eine „heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat“ (*Bernd Rüthers*) ausmachen, Auftrieb verleiht.

Lesehinweise:

- K. Neumann, DÖV 2011, S. 96-104

T. Barczak, VerwArch 2014, S. 142-181

Dr. Tristan Barczak, LL.M. (geb. 1985) ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Institut für Öffentliches Recht und Politik (Prof. Dr. Fabian Wittreck) der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Nach der Promotion bei Prof. Dr. Bodo Pieroth und einem Masterstudiengang im Medizinrecht (LL.M.) absolvierte er das Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg. Von 2014 bis 2017 war er wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht im Dezernat von BVR Prof. Dr. Johannes Masing. Er forscht im Verfassungs- und Verwaltungsrecht sowie zur juristischen Methodik.



Zum Stellenwert höchstgerichtlicher Auslegung im rechtswissenschaftlichen Diskurs

von Dr. Katharina Weiser



(Höchst-)Gerichte sprechen über konkrete Rechtsfälle ab und schaffen mit ihren Entscheidungen verbindliche individuelle Normen. Im Rahmen ihrer Entscheidungsfindung legen sie geltendes Recht aus und ermitteln den Bedeutungsgehalt von Rechtsvorschriften.

Gleiches tut die Rechtswissenschaft. Auch ihre Kerntätigkeit besteht in der Auslegung von Rechtsnormen. Die Rechtswissenschaft zieht höchstgerichtliche Interpretationsergebnisse häufig zur Untermauerung der eigenen Auslegung heran. Wird die eigene rechtswissenschaftliche Anschauung auch in der Judikatur vertreten, hebt dies der Interpret gerne hervor – scheint dies doch die Überzeugungskraft der eigenen Anschauung zu stärken.

Dabei stellt sich die Frage, welcher Stellenwert höchstgerichtlichen Auslegungsergebnissen im Auslegungsdiskurs beizumessen ist. Ist höchstgerichtlichen Interpretationen der gleiche Stellenwert zuzuerkennen wie sonstigen rechtswissenschaftlichen

Interpretationsansätzen oder kommt der höchstgerichtlichen Rechtsprechung größere Legitimität beziehungsweise Argumentationskraft bei der Inhaltsermittlung von Normen zu? Es gilt zu fragen, ob höchstgerichtliche und wissenschaftliche Auslegungen in Hinblick auf ihre Argumentationskraft gleich stark zu gewichten sind oder ob sich eine Vorrangstellung höchstgerichtlicher Rechtsprechung vor sonstigen rechtswissenschaftlichen Meinungen begründen lässt.

In Österreich deutet der Oberste Gerichtshof an, dass sich eine besondere Argumentationskraft höchstgerichtlicher Auslegung aus der Tolerierung höchstgerichtlicher Rechtsprechung seitens der Gesetzgebung ergeben könnte. Dahinter steht folgender Gedanke: Korrigiert der Gesetzgeber eine höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht, sei ihm diese als gewollt zusinnbar.

Im Vortrag wird untersucht, ob beziehungsweise in wie weit das österreichische Verfassungsrecht Anhaltspunkte für eine besondere Argumentationsstärke höchstgerichtlicher Auslegung bereithält.

MMag.a Dr.in Katharina Weiser (* 24. April 1986) studierte Rechtswissenschaften und Slawistik an der Universität Salzburg. Im Herbst 2016 schloss sie das Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften mit ausgezeichnetem Erfolg ab. Seit 2013 arbeitet Katharina Weiser als Universitätsassistentin am Fachbereichsteil Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität Salzburg. Wertvolle (Berufs-) Erfahrung sammelte sie während einer mehrmonatigen Tätigkeit als verfassungsrechtliche Mitarbeiterin am Verfassungsgerichtshof Österreich.

Zwischen bewusster Auswahl und selektiver Wahrnehmung – Selektive Rezeption gerichtlicher Entscheidungen als Aufgabe, Machtmittel und Problem der Rechtswissenschaft im europäischen Kontext

von Fabian Michl, LL.M. (Edinburgh)



Zu den vielfältigen Aufgaben der Rechtswissenschaft gehört es, Wichtiges von Unwichtigem zu trennen und dadurch Entscheidungsprozesse in der Rechtsanwendung und Rechtsetzung vorzubereiten. Selektivität ist der Rechtswissenschaft daher immanent. Sie äußert sich auch und besonders im Umgang mit Judikaten europäischer Gerichte. Denn der nationale Rechtsdiskurs ist angesichts der zunehmenden Zahl von Entscheidungen geradezu darauf angewiesen, dass relevante von irrelevanter Rechtsprechung des EuGH und des EGMR unterschieden wird. Dies geschieht durch eine selektive Rezeption der Judikatur in wissenschaftlichen Kommentaren, Anmerkungen, Aufsätzen und Monographien. Was die Rechtswissenschaft als „Leitentscheidung“ präsentiert, als „veröffentlichungswürdig“ ansieht oder überhaupt nur zitiert, wird in der Rechtspraxis zur Kenntnis genommen. Alles andere fällt – in aller Regel – unter den Tisch. Damit übt die Rechtswissenschaft zugleich Macht über den nationalen Rechtsdiskurs aus. Wissen ist Macht, das Bereitstellen oder Vorenthalten von Informationen Machtausübung. Die Wirksamkeit dieser Machtausübung wird durch sekundäre Machtfaktoren wie Reputation, Veröffentlichungsmedium, Zitierzirkel usw. gesteigert. Dadurch wird die Auswahl von (angeblich) relevanten Gerichtsentscheidungen

zum Problem für die Rechtswissenschaft. Denn legitime Auswahl, bewusste Manipulation und selektive Wahrnehmung liegen nah beieinander. Die Rechtswissenschaft ist ebenso wenig wie andere Wissenschaften gefeit vor Fehlern bei der Gewinnung ihrer Daten und im Umgang mit ihrem Datenmaterial. Anders als beispielsweise die empirische Sozialforschung machen wir uns weder die Fehleranfälligkeit noch die Fehlerquellen hinreichend bewusst. Diese reichen von der Manipulation der Rechtsdiskurse durch ein vorsätzliches Unterdrücken von Judikaten, über Wahrnehmungsverzerrungen bis hin zur schlichten Schlampigkeit bei der Rezeption von Urteilen. Besonders die selektive Wahrnehmung von Urteilen ist als Fehlerquelle im europäischen Kontext wirkmächtig. Denn Rechtswissenschaftler/innen sind häufig durch nationale Rechtserfahrung vorgepolt. Urteile des EuGH oder des EGMR werden nicht selten durch eine „nationale Brille“ gelesen und rezipiert. Tatsächliche oder vermeintliche Parallelen werden dadurch überbetont, Unterschiede ausgeblendet. Die Rezeption gerät durch diesen *confirmation bias* zur Verzerrung. Das Referat legt den Finger in die Wunde, indem es auch anhand von Beispielen mögliche Fehlerquellen benennt. Aufgezeigt werden schließlich einige Möglichkeiten, Rezeptionsfehler zu vermeiden und so die Qualität der Rechtswissenschaft im europäischen Kontext zu verbessern.

Fabian Michl: 2007–2012: Studium der Rechtswissenschaft, Universität Regensburg. 2012–2014: Referendariat, Regensburg und München. 2014–2015: Studium der Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie, Universität Edinburgh (LL.M.). 2012–2017: Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Gerrit Manssen), Universität Regensburg. 2017: Promotion. Seit 2017: wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie (Prof. Dr. Oliver Lepsius), Universität Münster.