

**„Rechtsschutz neu“
im Österreich-Konvent?**

*Provisorische Marginalien
zum Bericht des Ausschusses IX*

Von RA Univ.-Doz. Dr. Alfred J. Noll

Mitglied der Österreichischen Juristenkommission

Czernin Verlag Wien

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Alfred J. Noll: „Rechtsschutz neu“ im Österreich-Konvent? -
Provisorische Marginalien zum Bericht des Ausschusses IX/Noll Alfred
Wien: Czernin Verlag 2004
ISBN: 3-7076-0198-6

© Alfred J. Noll

Gestaltung: Peter R. Horn

Druck: Donau Forum Druck Gesmb, Wien

ISBN: 3-7076-0198-6

„Aber woher sollen sie, die kaum wissen,
was hier geschicht, ahnen, was hier *nicht*
geschicht?“

B. Braub, Querulanterie, oder Ein Lauf
gegen die Wand, in: Der Volkswille v. 22.
Dezember 1920.

Alfred J. Noll

geb. am 30. Jänner 1960 in Salzburg.
 Studium der Rechtswissenschaft in Salzburg und Wien, Studium der Soziologie am Institut für Höhere Studien (IHS) in Wien. 1998 Habilitation für Öffentliches Recht und Rechtslehre. Seit 1992 Rechtsanwalt in Wien. Mitglied der Österreichischen Juristenkommission. (Mit-) Herausgeber des „Journal für Rechtspolitik“ (JRP). – Jüngste Veröffentlichungen: Recht contra Medien? Wien 1999, Kommentar zum Mediengesetz, Wien 2003 (mit *Walter Berka, Thomas Höbner* und *Ulrich Polley*); Gott in die Verfassung? Wien 2003 (mit *Manfried Wzalek*); Rechtslagen. Kleines Panoptikum fraglicher Rechtszustände, Wien 2004.

Der vorliegende Text ist die um die Anmerkungen ergänzte und auch inhaltlich umfänglich erweiterte Fassung eines Vortrages, der am 21. Mai 2004 im Rahmen der Frühjahrstagung der „Österreichischen Juristenkommission“ (ÖJK) in Weißenbach am Attersee gehalten wurde.

*Meine sehr verehrten Damen und Herren!
 Liebe Kolleginnen und Kollegen!*

Seit Ende März liegt der knappe 70 Seiten umfassende Bericht des im Rahmen des Österreich-Konvents arbeitenden Ausschusses IX unter dem Titel „Rechtsschutz und Gerichtsbarkeit“ vor. Wer sich aufmacht, diesen Rapport mit seinen Erwartungen und Befürchtungen zu konfrontieren und also kritisch ins Visier zu nehmen, der muss einigen Mut aufbringen: Er hat *erstens* zu gewärtigen, dass ob der herausragenden und fachlich kaum zu überbietenden Qualifikation der Ausschussmitglieder jegliche Kritik rasch Gefahr läuft, als ein *crimen laesae maiestatis* gewertet zu werden (immerhin sind im Ausschuss IX die Präsidenten aller österreichischen Höchstgerichte und der Präsidenten der Österreichischen Juristenkommission versammelt). Und er muss sich *zweitens* damit abfinden, dass schon die Sache selbst – also das verfassungsreformatorische Bemühen um die Einrichtung eines effizienten und effektiven Rechtsschutzes unter dem Gesichtspunkt bürgerinnen- und bürgerner Entscheidungen – von einer Art ist, die die bloß kursorische Behandlung im Rahmen eines Referats von auch nur halbwegs erträglicher Dauer an sich schon verbietet. Wie sollte dann gar die einigermaßen vollständige Präsentation der Ausschuss-Arbeit sich zusammenfügen lassen mit nachvollziehbarer und also verständlicher und deshalb Zustimmung einheimsender Kritik? Ich müsste ein Rapporteur von nachgerade übermenschlicher

Plenipotenz sein, um diesen Anforderungen gerecht zu werden – und das bin ich natürlich nicht. Wenn ich mir erlauben könnte, mit den Urhebern und Betreuern dieser genösen und nach so vielen Richtungen verdienstlichen Veranstaltungen unzufrieden zu sein, dann würde ich sie allenfalls deshalb schelten, weil sie eine zu hohe Meinung vom Mut und von der Kraft des Referenten haben: das Thema kann an Komplexität wahrlich kaum überboten werden.

Vielleicht ist der folgende Weg gangbar: Unsere Themafrage will den vielgesichtigen Komplex der Rechtsschutzreform ausdrücklicher nur von einer bestimmten Seite her anschneiden. Wegen der Betagtheit einzelner Fragestellungen liegt ohnedies eine Vielzahl entsprechender Vorträge vor.¹

¹ Unverzichtbare Gesichtspunkte in: ÖJK (Hrsg.), Mehr Rechtsschutz für den Staatsbürger. Referate und Diskussionsbeiträge im Rahmen der 2. Klausurtagung der Österreichischen Juristenkommission vom 24. bis 26. November 1967 in Eisenstadt, Wien / Frankfurt / Zürich 1969 (mit Beiträgen u. a. von Ermacora, Broda, Adamovich, Tribnigg, Barazon, Koranzweig, Ringhofer, Rabofsky); R. Nowak, Verbesserung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, in: FS Willburg, Graz 1975, 289; ders., Divergenzen in der Rechtsprechung der Gerichtshöfe des Öffentlichen Rechts – ein unbewältigtes Problem, in: Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. FS Klecarsky, Wien 1980, Bd. II, 655; ÖJK (Hrsg.), Strukturfragen des Rechtsschutzes. Referate bei der Tagung der Österreichischen Juristenkommission in Weissenbach am Artersee (29. Mai – 1. Juni 1986), Wien 1987 (mit Beiträgen u. a. von Wimmer, Fink, Bertel, Hölzinger, Pernhalm, Ermacora, Oblinger, Matzner); H. W. Fasching, Verfassungsorganformale Gerichtsorganisation. Gutachten für den 10. ÖJT, Wien 1988; E. Loebenstein, Einige Überlegungen über ein Grundrecht auf Rechtsschutz, in: Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte. FS Ermacora, Kehl am Rhein 1988, 249; P. Pernhalm, Rechtsweg als Menschenrecht. Zu neueren Auslegungen des Art. 6 MRK als Rechtsschutzgarantie für „civil rights“, in: Recht als Aufgabe und Verantwortung. FS Klecarsky, 1990, 221; G. Hölzinger, Zu den Auswirkungen der österreichischen EU-Mitgliedschaft auf das Rechtssystem der Bundes-

Das macht Beschränkung tunlich. Andererseits fehlt eine systematisch aufgegliederte und ausgebreitere Skala der vielfältigen, teils intern, teils extern verschlungenen Probleme der Reform des Gerichts- und Rechtsschutzkomplexes, die alle Gesichtspunkte vom bloß technischen, verwaltungsökonomischen Interim bis hin zu den verfassungsgrundsätzlich bedeutsamen Gesichtspunkten der Außenbeziehungen der Gerichte abdecken würde. Notwendig wäre dies allemal. Da ich diesem *deideratum* ohnedies nicht abhelfen kann (und da man, was man nicht kann, nicht erst versuchen soll), wird meine Kommentierung also norgedungen insofern das Risiko der Unvollständigkeit laufen, als eine Sicherheit für die restlose Erfassung aller Auswirkungen „effektiven Rechtsschutzes“ auf eine in verwaltungsökonomischer, staatsrechtlicher usw. Zusammenschau gesehene Gesamproblematik nicht gewährleistet wird.

Wer dennoch auf die Erfüllung der einmal gestellten Aufgabe beharrt, der muss etwas Gewalt anwenden. Er sollte sich durch falsche Rücksichtnahme nicht vom eingeschlagenen Weg abbringen lassen. Und er darf schließlich mangelnde

verfassung, in: FS Winkler, Wien / New York 1997, 351; K. Korinek, Für eine umfassende Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, in: Staat – Verfassung – Verwaltung. FS Kojia, Wien / New York 1998, 289; P. Korinek, Rechtsschutzdefizite durch Ausgliederung?, in: ÖJK (Hrsg.), Entsaftung – Gefahr für den Rechtsstaat? 9. bis 11. Mai 2002, Weissenbach am Artersee, Wien 2002, 249; N. Schabli (Hrsg.), Rechtsschutz und Verfahrensgarantien. Festgabe für Franz Marscher, Wien / Graz 2003 (mit Beiträgen von Rabberger und Nowak).

² Die Kenntnis des unter www.konvent.gv.at zugänglichen „Bericht der Ausschusses IX – Rechtschutz und Gerichtsbarkeit“ vom 26. März 2004 wird nachfolgend vorausgesetzt. Vgl. auch den Bericht von B. Komenda, Von den Gerichten zum VGH: Umbau der Rechtswege geplant, *Die Presse* v. 10. Mai 2004, 20.

Eleganz nicht gleich als Anlass für rhetorische Enthaltensamkeit nehmen. Ich setze im weiteren notgedrungen darauf, dass auch Andeutungen und Abkürzungen Sie auf die richtige Fährte bringen werden. Und ich setze darauf, dass im jeweils Ungesagten von Ihnen wohlwollend immer das von mir schon Mitgedachte vermutet wird. Sie merken: dass ich von Experten umzingelt bin, dies betrachte ich – leichtsinnigerweise zwar, aber doch immerhin vorsätzlich – nicht als Warnung, sondern als Lizenz: als Ermunterung, wacker zu sündigen, d. h. rechtsgrundsätzlich zu spekulieren und gelegentlich vor und hinter das positive Normenmaterial zu blicken² – auch wenn mir durchaus bekannt ist, dass einzig die *invisibilis positiva* (und nur die, wie manche meinen) zum Knochengestüt der Weltweisheit zählt. Ich tue das ganz ungeniert – und also „ohne Rücksicht auf echte oder vermeintliche Tabus“³ – in fünf Abschnitten, den folgenden:

- I. Die Idee des Rechtsschutzes;
- II. Zur Wirklichkeit des Rechtsschutzes;
- III. Die Aufgabe der Verfassung bei der Organisation und Realisierung von Rechtsschutz;
- IV. Die Möglichkeiten und die Bescheidenheit des Ausschusses IX;
- V. Kommissarischer Rechtsschutz als Zukunftsmodell

Schon einleitend gebe ich meiner Vermutung Ausdruck, dass der Österreich-Konvent bei seiner Aufgabenstellung an den Ausschuss IX den Terminus „Rechtsschutz“ nicht in einem

³ So die Aufforderung von Präsident *Fidler* in der Konstituierenden Sitzung des Österreich-Konvents am 30. Oktober 2003 in seiner Grundsatz-erklärung als Vorsitzender des Österreich-Konvents.

strikt technischen Sinne, also reduziert auf den IV. Teil des AVG verstanden wissen wollte. Wir werden „Rechtsschutz“ also ebenfalls derart in Sichtweite nehmen, dass wir „die Sicherung der Einhaltung des objektiven Rechts – und damit auch der sich daraus ergebenden subjektiven Rechte“⁴ – insgesamt ins Auge fassen wollen.

⁴ Vgl. die „technische“ Kennzeichnung von R. *Walker* / H. *Mayer*, Grundsatz des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts, 8. Aufl., Wien 2003, Rz 492.