

Das Urteil des polnischen Obersten Gerichts vom 16.9.2021 (Sign.: I KZ 29/21) und die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR zur Unabhängigkeit der Justiz in Polen. Textdokumentation mit Einführung

Tina de Vries

Abstract Deutsch

Die Krise des polnischen VerFGH begann unmittelbar nach den Sejm-Wahlen 2015, als drei ordnungsgemäß ernannte Verfassungsrichter nicht vereidigt wurden und die Richterstellen mit anderen Personen besetzt wurden. Der VerFGH entschied 2015 in zwei Urteilen über die Nichternennung von Richtern, die vom Sejm gewählt worden waren, und kam zu dem Schluss, dass drei der gewählten Richter rechtmäßig vom Sejm der siebten Legislaturperiode ernannt worden waren. Diese Richter sind jedoch bis heute nicht vereidigt worden. Im Jahr 2016 folgten drei Änderungen des Gesetzes über den VerFGH, die der VerFGH ebenfalls für verfassungswidrig erklärte. Diese Urteile wurden verspätet veröffentlicht, obwohl sie aufgrund von Art. 190 Abs. 2 Verf unverzüglich zu veröffentlichen waren. Im Dezember 2016 endete die Amtszeit des damaligen Präsidenten des VerFGH. Wiederum wurde ein neues Gesetz über den VerFGH verabschiedet und der VerFGH mit mehr Richtern besetzt sowie ein neuer Präsident gewählt, der die bereits ordnungsgemäß besetzten Richterstellen zuließ und somit bereit war, die Politik zu befolgen.

Ab 2016 war dann die sog. „Justizreform“ auf der politischen Agenda. Sie begann mit der „Übernahme des LJR“ der willkürlichen Entlassung von Gerichtspräsidenten und deren Ersetzung oft durch Richter, die zuvor an das Justizministerium delegiert worden waren und die die Politik des Justizministers unterstützten, setzte sich fort in der Einrichtung von Disziplinarkammern – an den ordentlichen Gerichten, aber insbesondere auch am OG – die Richter und andere Juristen rügen sollen, und hatte mit der Verabschiedung des sogenannten „Maulkorbgesetzes“ einen weiteren Höhepunkt erreicht.

Die Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz und die Rechtsstaatlichkeit in Polen wurden sowohl von der EU als auch von den betroffenen polnischen Bürgern vor Gericht angefochten. Einige der wichtigsten Entscheidungen sind erst kürzlich ergangen, wie die Urteile des EGMR vom 7.5.2021, *Xero Flor Poland Ltd. v. Poland*, Application No. 4907/18; vom 29.6.2021, *Broda und Bojara v. Poland*, Application No. 26691/18 und 27367/18; und vom 22.7.2021, *Reczkowicz v. Poland* Application No. 43447/19. Zuvor war der EuGH bereits mit einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV befasst, zunächst wegen der Festsetzung des neuen Renteneintrittsalters für Richter: EuGH-Urteil vom 5.11.2019 in der Rechtssache C-619/18 und mit dem Vorlagebeschluss zur Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichtshofs: EuGH-Urteil vom 19.11.2019 – verbundene Rechtssachen C-585/18, C-624/18 und C-625/18. Das Urteil des EuGH vom 2.3.2021 – Rechtssache C-824/18 betraf eine Vorlageentscheidung des Obersten Verwaltungsgerichts über die Überprüfbarkeit des Verfahrens zur Ernennung von Richtern an der OG und die Rolle des nach der so

genannten „Justizreform“ eingerichteten LJR. Ein weiteres Urteil vom 15.7.2021 – Rechtssache C-791/19 betraf die Einschränkung des Rechts und der Pflicht der nationalen Gerichte, den EuGH um Vorabentscheidungen zu ersuchen.

Im Urteil des polnischen OG vom 16.9.2021 (Sign.: I KZ 29/21) wurde ausführlich das Verhältnis zwischen dem EU-Recht, dem Recht der EMRK und den dazu ergangenen Urteilen und Beschlüssen des polnischen VerfGH und der ordentlichen polnischen Gerichte kommentiert. Anhand dieser Entscheidung lässt sich der aktuelle Stand des Konflikts um die Unabhängigkeit der polnischen Gerichte und das Spannungsverhältnis zwischen nationalem Recht und der Anwendung des europäischen Rechts im weiteren Sinne gut nachvollziehen.

Abstract English

The crisis of the Constitutional Tribunal began immediately after the 2015 Sejm elections, when three duly appointed constitutional judges were not sworn in and the judges' positions were filled by other persons. The Constitutional Tribunal ruled on the non-appointment of judges elected by the Sejm in two judgments in 2015 and concluded that three of the elected judges were lawfully appointed by the Sejm of the VII legislative term. However, these judges have not been sworn in to date. This was followed in 2016 by three amendments to the Law on the Constitutional Tribunal, which the Constitutional Court also found unconstitutional. These rulings were published late, although they were to be published in the relevant official gazette immediately without reservations due to Art. 190 para. 2 Constitution. In December 2016, the term of office of the then President of the Constitutional Court ended. Once again, a new Law on the Constitutional Tribunal was passed and the Constitutional Tribunal was staffed with more judges and a new president was elected who admitted judges appointed to positions that had already been duly filled and was thus prepared to comply with the policy.

Then, from 2016 onwards, the so-called “judicial reform” was put on the political agenda. Which began with the “takeover of the National Council of the Judiciary” of the arbitrary dismissal of court presidents and their replacement often with judges who had previously been delegated to the Ministry of Justice, supporting the policy of the Minister of Justice, and continued in the establishment of the disciplinary chambers – at the ordinary courts, but especially also those at the Supreme Court – which are to reprimand judges and other jurists, and had reached a further climax with the adoption of the so-called “Muzzle Law”.

The threats to the independence of the judiciary and the rule of law in Poland have been addressed in court by both the EU and affected Polish citizens. Some of the most important decisions have been issued recently, such as the ECtHR's judgments of 7.5.2021, *Xero Flor Poland Ltd. v. Poland*, Application No. 4907/18; of 29 June 2021, *Broda and Bojara v. Poland*, Application Nos. 26691/18 and 27367/18; and of 22.7.2021, *Reczkowicz v. Poland* Application No. 43447/19. Prior to this, the ECJ had already been seized with infringement proceedings under Article 258 TFEU, initially on the setting of the new retirement age for judges: ECJ judgment of 5.11.2019 in case C-619/18 and with the referral decision on the independence of the disciplinary chamber of the Supreme Court: ECJ judgment of 19.11.2019 – joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18. The judgment of the ECJ of 2.3.2021 – Case C-824/18 concerned a referral decision of the Supreme Administrative Court on the reviewability of the procedure of appointment of judges to the OG and the role played by the National Council of the Judiciary established after the so-called “judicial reform”. Another judgment of 15.7.2021 – Case C-791/19 concerned the limitation of the right and duty of national courts to ask the ECJ for preliminary rulings.

In The Judgment of the Polish Supreme Court of 16.9.2021 (sign.: I KZ 29/21) the reasoning commented in detail on the relationship between EU law, the law of the ECHR and the judgments and decisions of the Polish Constitutional Court and the Polish courts issued in this regard. On the basis of this decision, the current state of the conflict over the independence of the Polish courts and the tension between national law and the application of European law in the broad sense can be easily understood.

1. Einführung

Die Krise des VerFGH begann bereits unmittelbar nach der Sejm-Wahl 2015 mit der Nichtvereidigung dreier ordnungsgemäß ernannter Verfassungsrichter und der Besetzung der Richterstellen mit anderen Personen. Der VerFGH entschied 2015 in zwei Urteilen¹ über die Nichtberufung der vom Sejm gewählten Richtern und kam zu dem Ergebnis, dass drei der gewählten Richter vom Sejm der VII. Legislaturperiode rechtmäßig ernannt wurden. Diese Richter wurden jedoch bis heute nicht vereidigt. Darauf folgte 2016 die dreimalige Änderung des VerFGHG, die der VerFGH ebenfalls für verfassungswidrig hielt². Diese Urteile wurden erst spät veröffentlicht, obwohl sie ohne Vorbehalte aufgrund von Art. 190 Abs. 2 Verf im entsprechenden Amtsblatt zu veröffentlichen waren. Im Dezember 2016 endete dann die Amtszeit des damaligen Präsidenten des VerFGH. Erneut wurde ein neues VerFGHG³ verabschiedet und der VerFGH wurde mit weiteren Richtern besetzt und eine neue Präsidentin gewählt, die die Richter, die auf Stellen berufen wurden, die bereits ordnungsgemäß besetzt worden waren, zuließ und somit bereit war, die Vorgaben der Politik zu erfüllen.

Ab dem Jahr 2016 wurde dann die sog. „Justizreform“ auf die politische Agenda gesetzt. Die mit der „Übernahme des Landesjustizrats“ der willkürlichen Abberufung der Gerichtspräsidenten und deren Neubesetzung häufig mit Richtern, die vorher ins Justizministerium delegiert waren, und den Kurs des Justizministers unterstützen, begann und in der Einrichtung der Disziplinarkammern – an den ordentlichen Gerichten, insbesondere aber auch der am Obersten Gericht (nachfolgend:

- 1 Urteile des VerFGH vom 3.12.2015, Sign. K 34/15, Dz.U. 2015, Pos. 2129, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 185, KSAG 2016 Nr. 2; vom 9.12.2015, Sign.: K 35/15, Dz.U. 2015, Pos. 2147, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 186, KSAG 2016 Nr. 2.
- 2 Urteile des VerFGH vom 9.3.2016, Sign.: K 47/15, Dz.U. 2018, Pos. 1077, das im Dz.U. mit der Bemerkung: „Erlassen unter Verletzung des Rechts“ veröffentlicht wurde, KSAG 2016 Nr. 3, S. 95, OTK Serie A 2016, Pos. 2, OTK Serie A 2018, Pos. 31; vom 11.8.2016, Sign.: K 39/16 Dz.U. 2018, Pos. 1078 GP, OTK Serie A 2016, Pos. 71, Przeg.Orz. SA Gd. 2016 Nr. 4, S. 109, OTK Serie A 2018, Pos. 32, sowie das Urteil vom 7.11.2016 Sign.: K 44/16, Dz.U. 2018, Pos. 1079, GP, OTK Serie A 2016, Pos. 86, Przeg. Orz. SA Gd. 2017 Nr. 1, S. 124, OTK Serie A 2018, Pos. 33, zur Berufung des Präsidenten und Vizepräsidenten des VerFGH wurden zunächst nicht veröffentlicht.
- 3 Es handelte sich um drei Gesetze, das VerFGHG: Dz.U. 2016, Pos. 2072, mit späteren Änderungen, das Gesetz über die Richter am VerFGH: Dz.U. 2016, Pos. 2073, einheitliche Fassung Dz.U. 2018, Pos. 1422., sowie das Einführungsgesetz zum VerFGHG: Dz.U. 2016, Pos. 2074, mit späteren Änderungen.

„OG“) – die Richter und andere Juristen maßregeln sollen, fortsetzt⁴ und mit der Verabschiedung des sog. „Maulkorbgesetzes“⁵ einen weiteren Höhepunkt erreicht hatte.

Gegen die Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz und den Rechtsstaat in Polen gingen sowohl die EU als auch betroffene polnische Bürger gerichtlich vor. Einige der wichtigsten Entscheidungen wurden erst vor kurzem erlassen, so z.B. die Urteile des EGMR vom 7.5.2021, Xero Flor Polen GmbH v. Polen, Antrag Nr. 4907/18; vom 29.6.2021, Broda und Bojara v. Polen, Antrag Nr. 26691/18 und 27367/18; und vom 22.7.2021, Reczkowicz v. Polen Antrag Nr. 43447/19. Davor war bereits der EuGH mit Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV zunächst mit der Festlegung des neuen Rentenalters für Richter am OG befasst: Urteil des EuGH vom 24.6.2019 in der Rechtssache C-619/18⁶ sowie für Richter an den ordentlichen Gerichten: Urteil des EuGH vom 5.11.2019 in der Rechtssache C-619/18⁷ und mit der Vorlageentscheidung über die Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des OG: Urteil des EuGH vom 19.11.2019 – verbundene Rechtssachen C-585/18, C-624/18 und C-625/18⁸. Das Urteil des EuGH vom 2.3.2021 – Rechtssache C-824/18⁹ betraf eine Vorlageentscheidung des Obersten Verwaltungsgerichts (nachfolgend: „OVG“) über die Überprüfbarkeit des Verfahrens der Berufung von Richtern ans OG und die Rolle, die der nach der sogenannten „Justizreform“ gebildete Landesjustizrat (nachfolgend: „LJR“) dabei wahrnahm. Ein weiteres Urteil vom 15.7.2021 – Rechtssache C-791/19 betraf die Beschränkung des Rechts und der Pflicht der nationalen Gerichte, sich mit Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof zu wenden¹⁰.

Der Sachverhalt, der der Textdokumentation zugrunde liegt, ist Folgender: Im Juni 2021 lehnte ein Richter, der im Jahr davor durch den neu zusammengesetzten LJR auf eine Richterstelle in die Kammer für Strafsachen am OG berufen worden war, die Wiederaufnahme des Verfahrens, die ein Häftling beantragt hatte, wegen offensichtlicher Unbegründetheit ab. Diese Entscheidungen ergehen nach der polnischen StPO in der Besetzung mit einem Richter. Gegen die Ablehnung kann Beschwerde eingelegt werden und über diese entscheidet die Strafkammer am OG in der Besetzung mit drei Richtern. Die drei Richter der Beschwerdeinstanz gaben der Beschwerde statt. In der Begründung nahmen sie ausführlich zum Verhältnis zwischen EU-Recht, dem Recht der EMRK und den dazu ergangenen Urteilen und Entscheidungen des polnischen VerFGH und der polnischen Gerichte Stellung. Anhand dieses Beschlusses ist der derzeitige Stand des Konflikts um die Unabhängigkeit der polnischen Gerichte im Spannungsfeld zwischen natio-

4 Vgl. hierzu das Urteil des EuGH vom 19.11.2019 in den RS C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

5 Gesetz über die Änderung des Rechts über das System der ordentlichen Gerichte (GSOG), das OG (GOG) sowie einiger anderer Gesetze, Dz.U. 2020, Pos. 190.

6 ECLI:EU:C:2019:531.

7 ECLI:EU:C:2019:924.

8 ECLI:EU:C:2019:982.

9 ECLI:EU:C:2021:153

10 ECLI:EU:C:2021:596.

nalem Recht und der Anwendung des europäischen Rechts i.w.S. gut nachzuvollziehen.

2. Textdokumentation, Beschluss des OG vom 16.9.2021 in der Sache I KZ 29/21

Das OG [...] im Fall von K. J. [...] Häftlingsbeschwerde gegen die Entscheidung des OG vom 16.6.2021, [...] über die Ablehnung eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens nach Art. 439 Abs. 1 Nr. 2 StPO i.V.m. Art. 545 Abs. 3 StPO, hat beschlossen, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und den Antrag des Verurteilten auf Wiederaufnahme des Verfahrens zur erneuten Prüfung an das OG zu verweisen.

Begründung

In der Entscheidung vom 16.6.2021, in der Sache I KO 6/21, gemäß Art. 545 § 3 StPO lehnte das OG den Antrag des Verurteilten auf Wiederaufnahme des Verfahrens ab, da es ihn für offensichtlich unbegründet hielt. Die verurteilte Person legte gegen diese Entscheidung Beschwerde ein. In der Beschwerde hat der Verurteilte keine formellen Einwände gegen die angefochtene Entscheidung erhoben. Das OG habe sehr wichtige Rechtsfragen nicht angesprochen [...], er hatte die Rechtsmängel des Verfahrens in der Rechtssache [...] des Berufungsgerichtes [...] ausführlich dargestellt. Abschließend beantragte er die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung (Az. 12 I KZ 29/21).

Das OG entschied wie folgt: Die vom Verurteilten eingelegte Beschwerde musste dazu führen, dass die angefochtene Entscheidung aufgehoben und der Fall, soweit es um den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens geht, zur erneuten Verhandlung verwiesen wird, da die Entscheidung von einem Gericht in nicht ordnungsgemäßer Besetzung erlassen wurde (Art. 439 Abs. 1 Nr. 2 StPO). In dem Beschluss der drei verbundenen Kammern des OG vom 23.1.2020 (BSA I-4110-1/2020; OSNKW 2020, Heft 2, Pos. 7¹¹) wurde festgestellt: *„Eine nicht ordnungsgemäße Besetzung des Gerichts i. S. v. Art. 439 § 1 Abs. 2 StPO oder eine Unvereinbarkeit der Zusammensetzung des Gerichts mit den gesetzlichen Bestimmungen i. S. v. Art. 379 Abs. 4 ZVerfGB liegt auch dann vor, wenn zur Zusammensetzung des Gerichts eine Person gehört, die auf Antrag des LJR, der nach dem Verfahren der Bestimmungen des Gesetzes vom 8.12.2017 zur Änderung des Gesetzes über den LJR und einiger anderer Gesetze gebildet wurde, in das Amt eines Richters des OG berufen wurde (Dz.U. 2018, Pos. 3).“* Dieser Beschluss – erlangte nach Art. 87 Abs. 1 Gesetz über das OG (Dz.U. 2021, Pos. 154¹²) – sofort nach seiner Verabschiedung die Kraft eines Rechtsgrundsatzes und bindet jede Zusammensetzung des OG, solange davon nicht – nach der Norm des Art. 88 Abs. 2 GOG – abgewichen wird. (...) In seiner Begründung wurden ausführlich und umfassend

11 Anm. der Übersetzerin: Zitate und Hervorhebungen im Text sind vom OG.

12 Im Folgenden: „GOG“.

juristische Argumente vorgelegt, die zur Annahme des Rechtsgrundsatzes mit diesem Inhalt führte. Daher ist das OG in der Zusammensetzung in dieser Sache nicht nur aufgrund der Bestimmung des GOG an den getroffenen Beschluss gebunden, sondern auch, weil es die darin dargelegte rechtliche Argumentation akzeptiert und feststellt, dass sich die Rechtslage, aufgrund derer er gefasst wurde, nicht geändert hat.

Dem gegenwärtigen Spruchkörper ist natürlich bekannt, dass der VerFGH am 20.4.2020 in der Rechtssache U2/20 entschieden hat, dass der Beschluss des OG vom 23.1.2020 unvereinbar ist mit:

- (a) Art. 179, Art. 144 Abs. 3, Nr. 17, Art. 183 Abs. 1, Art. 45 Abs. 1, Abs. 8 Nr. 1, 7 und 2 Verf,
- (b) Art. 2 und Art. 4 Abs. 3 EUV,
- (c) Art. 6 Abs. 1 EGMR; OTK-A 2020, Pos. 61 (Dz. U. 2020, Pos. 376).

In seiner abweichenden Meinung zu diesem VerFG-Urteil hat Richter L. Kieres sehr ausführlich und präzise dargelegt, dass der Beschluss des OG vom 23.1.2020 keine allgemeinen und abstrakten Normen enthält und daher nicht als Rechtsvorschrift i. S. v. Art. 188 Abs. 3 Verf qualifiziert werden kann (abweichende Meinung – Rn. 126–217), und zwar deshalb, weil die Funktion dieser Beschlüsse in der Auslegung von Gesetzen und nicht in der Schaffung von Gesetzen besteht (Rn. 187–193). Darüber hinaus argumentierte er, dass es keine verfassungsrechtliche Grundlage für die Schlussfolgerung gebe, dass der VerFGH eine Aufsichtsfunktion über die Rechtsprechungstätigkeit (einschließlich der Fassung von Beschlüssen) des OG ausüben könne, zumal das OG nicht mit Gesetzgebungsbefugnissen ausgestattet sei (selbst die Befugnisse interner Organe zum Erlass interner verbindlicher Vorschriften seien begrenzt – Rn. 200). Er hat auch ausführlich dargelegt, dass der Beschluss vom 23.1.2020 keinen normativen Charakter hat (Rn. 210–217). Richter P. Pszczółkowski führte in seiner abweichenden Meinung ähnliche Argumente an und verwies darauf, dass der VerFGH den Beschluss vom 23.1.2020 fälschlicherweise als einen Rechtsakt zur Einführung einer Rechtsnorm qualifiziert habe, und dass der VerFGH selbst über den Umfang seiner Zuständigkeit und den durch den Inhalt der Art. 188 und 189 Verf vorgegebenen Rahmen hinausgegangen sei und sich in die Sphäre der gerichtlichen Entscheidungsfindung der Gerichte eingemischt habe – somit habe er außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs gehandelt und den Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte in Bezug auf ihre richterlichen Funktionen verletzt (Rn. 283–284). Noch nachdrücklicher – und angesichts der derzeitigen Zusammensetzung des OG sehr vernünftig – wies er in seinem weiteren Vorbringen darauf hin, dass **der VerFGH tatsächlich versucht habe, die Umsetzung des EuGH-Urteils vom 19.11.2019 zu blockieren** (C-585/18, C-624/18 und C-625/18). Unter Bezugnahme auf den Beschluss der drei Kammern des OG vom 23.1.2020 erklärte Richter Pszczółkowski, dass dieser Beschluss ein Akt der Rechtsanwendung sei, in dem das OG die Voraussetzungen der absoluten Berufungsgründe und der Nichtigkeit von Gerichtsverfahren rekonstruiert (interpretiert) habe – unter Berücksichtigung sowohl der verfassungsrechtlichen Anforderungen als auch derjenigen Anforderungen, die sich aus dem EU-Recht ergeben

(erläutert im Urteil vom 19.11.2019) – im Hinblick auf das Grundrecht auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der OG hat keine neuen Rechtsvorschriften geschaffen, sondern den Inhalt einer Rechtsvorschrift unter Berücksichtigung übergeordneter Normen bestimmt (Rn. 302, Rn. 310). Die These, dass der Beschluss des OG nicht vom VerfGH geprüft werden könne, ohne gegen Art. 188 Abs. 3 Verf zu verstoßen, wurde auch von J. Wyrembak in seiner abweichenden Meinung vertreten (Rn. 318–326).

Dieses Urteil wurde vom EGMR im Rahmen der Prüfung der in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Norm bewertet, wahrscheinlich aufgrund des Hinweises des VerfGH in seinem Urteil U 2/20 (unter c) auf die Unvereinbarkeit des Beschlusses des OG mit der EMRK. Diese Bewertung wurde in dem Urteil vom 22.7.2021 in der Rechtssache *Reczkowicz gegen Polen*¹³ getroffen. Auf dieses Urteil des EGMR wird unten noch ausführlicher eingegangen. Hier sei nur angemerkt, dass das Urteil des VerfGH im Rahmen der Prüfung des Maßstabs von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht als fundiert angesehen wurde. Der EGMR stellte fest, dass sich der VerfGH nur auf den Schutz der verfassungsmäßigen Vorrechte des Präsidenten konzentrierte, wichtige Fragen (die Frage des Status des LJR als unabhängiges Gremium) außer Acht ließ und auf eine aussagekräftige Analyse des Beschlusses des OG im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung verzichtete. Darüber hinaus stellte der EGMR den Hinweis des VerfGH im Zusammenhang mit der angeblichen Norm des Art. 6 Abs. 1 EMRK auf den Ausschluss der Befugnis „anderer Richter“ zur Beurteilung des „Rechts des Richters zur Entscheidung“ oder zur Überprüfung des der Ernennung des Präsidenten vorausgehenden Verfahrens als völlig unbegründet in Frage, und wies darauf hin, dass er „in seiner Rechtsprechung keine mögliche Grundlage für eine solche Schlussfolgerung“ sehe (§§ 261–262). Diese Feststellungen zeigen, dass der VerfGH im Urteil vom 20.4.2020 falsche Methoden zur Bewertung des Standards von Art. 6 Abs. 1 EMRK angewandt hat. Der EGMR bewertete das Urteil U 2/20 in diesem Zusammenhang stark und wies darauf hin, dass **die Bewertung des VerfGH im Hinblick auf den Maßstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK als willkürlich angesehen werde, und da es sich um eine solche Beurteilung handelt, kann sie keinen Einfluss darauf haben, ob eine Rechtsverletzung vorliegt** (§ 262). Weitere Anmerkungen des EGMR werden unten dargelegt. Hier kann nur festgestellt werden, dass das Urteil des VerfGH unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der Rechtsstaatlichkeit und der Unabhängigkeit der Justiz bewertet wurde (§ 263).

Zurückkommend auf das Urteil in der Rechtssache U 2/20 beweist nach Ansicht des OG die einschlägige Argumentation in diesen abweichenden Stellungnahmen, dass der VerfGH dem Beschluss vom 23.1.2020 das Kriterium einer Rechtsnorm zuerkannt hat, obwohl es sich um einen typischen Auslegungsakt handelt. Indem der VerfGH dem Beschluss einen anderen Charakter als den tatsächlichen zuschrieb, und zwar in einer mit Art. 188 Abs. 3 Verf unvereinbaren Weise, schuf er sich selbst die Befugnis, ihn zu bewerten und „für ungültig zu erklären“, obwohl er über keine solche Befugnis verfügte, wie Herr Kieres und die anderen

13 EGMR, Urteil vom 22.7.2021, *Reczkowicz v. Polen*, Antrag Nr. 43447/19.

Verfasser abweichender Meinungen treffend dargelegt haben. Zudem hat es im Wortlaut seines Urteils nicht die Ungültigkeit der angeblich durch den Beschluss geschaffenen Rechtsnorm mit den angegebenen Maßstäben erklärt, die angeblich durch den Beschluss geschaffen wurden, sondern den gesamten Beschluss für ungültig erklärt, der ja keine Rechtsvorschrift ist und durch seinen Inhalt nur die Spruchkörper des OG bindet, und damit nicht einmal die ordentlichen Gerichte. Dies allein zeigt, dass der Beschluss nicht den Charakter einer Rechtsnorm i. S. einer allgemeinen und abstrakten Regelung haben kann. Bei einer negativen Entscheidung, wie im Fall U 2/20, wird zwar eine Rechtsnorm geprüft, aber die Entscheidung richtet sich auf eine bestimmte Vorschrift, in der die Norm zum Ausdruck kommt (Beschluss des VerfGH vom 13.10.1998, SK 3/98, OTK 1998, Heft 5, S. 69). Das Urteil in der Sache U 2/20 hat einen solchen Inhalt nicht und konnte ihn nicht haben, da der Beschluss vom 23.1.2020 keine Rechtsnorm, sondern Auslegungsvorschriften enthielt.

Weiter ist anzumerken, dass der VerfGH sich ebenso leicht „Kassations“-Zuständigkeiten im Bereich der Verteidigung der sogenannten Justizreform zuschreibt, und ebenso leicht Entscheidungen anderer Gerichte „annulliert“, ohne dafür eine Begründung zu haben (das EGMR-Urteil vom 7.5.2021 in der Rechtssache Xero Flor v. Polen als *non existens* zu bezeichnen – vgl. Punkt 2.2. des Urteils vom 15.6.2021, Sign. P 7/20, OTK-A 2021, Pos. 30). Es sollte hinzugefügt werden, dass in der Literatur seit langem darauf hingewiesen wird, dass **die Standards des Art. 6 Abs. 1 EMRK auch für Fälle gelten, die vor dem VerfGH verhandelt werden, wenn sein Ergebnis unmittelbar oder mittelbar für zivilrechtliche Rechte oder Pflichten entscheidend ist.** (vgl. z. B. P. Hofmański, A. Wrobel in: L. Garlicki [Hrsg.] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Band I. Kommentar zu den Art. 1–8, Warschau 2010, S. 271 und die dort angegebenen Entscheidungen des EGMR Pammel v. Deutschland oder Pauer v. Österreich, Becker v. Deutschland; A. Redelbach, Die Gerichte und der Schutz der Menschenrechte, Thorn 1999, S. 260 und die dort angegebenen Fälle Sussman v. Deutschland und Ruiz-Mateos v. Spanien). Diese Umstände wurden in dem Urteil P 7/20 überhaupt nicht erwähnt, aber wenn man solche Aussagen über das Urteil des EGMR als rechtlich nicht existent deklariert, sollte man sie doch zumindest zur Kenntnis nehmen und darauf verweisen. Daher hat der VerfGH in der Rechtssache P 7/20 auch in diesem Bereich die rechtliche Bewertung diametral verfehlt und das Urteil eines anderen Gerichts „gestrichen“, obwohl es nicht nur keine Gründe dafür hatte, sondern nicht einmal bemerkte, dass der EGMR nur das wiedergab, was er in seiner früheren Rechtsprechung dargelegt hatte.

[...] Nach Ansicht des OG zielte die Entscheidung des VerfGH vom 20.4.2020 in der Rechtssache U 2/20 – durch die Behauptung, dass der Beschluss vom 23.1.2020 eine Rechtsnorm schaffe (obwohl eine solche Norm durch diesen Beschluss nicht geschaffen werden konnte) – nur darauf ab, den Mechanismus der Auslegung der angegebenen Bestimmungen in einer Weise zu blockieren, die mit dem Beschluss vom 23.1.2020 durch andere Gerichte (und das OG selbst) übereinstimmt, sowie auf die Nichtumsetzung der im Urteil des EuGH vom 19.11.2019 enthaltenen Empfehlungen. Ein solcher Schluss ist auch zulässig, wenn man bedenkt, dass

zu den Richtern dieses Gremiums auch Personen gehörten, die diese Reformen im Sejm durchgeführt haben und z. B. wichtige Funktionen bei der Verabschiedung der entsprechenden Gesetze innehatten (S. Piotrowicz – als Berichterstatter in dieser Sache und zuvor als Vorsitzender des Sejm-Ausschusses für Justiz und Menschenrechte, der über den Gesetzentwurf zur Änderung des Gesetzes über den LJR und einiger anderer Gesetze – Drucksache 1423, den Verfahrensverlauf – <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1423>; K. Pawłowicz als Mitglied des Sejm), und ein solcher Mechanismus, insbesondere im Zusammenhang mit der Umsetzung des Urteils des EuGH vom November 2019, kann nicht dazu führen, dass das OG an den Inhalt eines solchen Urteils gebunden ist, obwohl es veröffentlicht wurde (Art. 190 Abs. 1 Verf).

Wie noch zu zeigen sein wird, leidet dieses Urteil auch an einem anderen, weit-aus schwerwiegenderen verfassungsrechtlichen Mangel. Das Urteil wurde vom gesamten VerfG verkündet. M. Muszyński und J. Wyrembak nahmen daran teil. Aus formaler Sicht soll dieses Urteil in den Genuss des in Art. 190 Abs. 1 Verf bestimmten Attributs kommen, und auf der Grundlage dieser Norm wird ein Rechtsbild geschaffen, nach dem der Beschluss des OG vom 23.1.2020 ungeachtet der Bestimmungen des GOG seine Wirkung verlieren soll. Denn die Entscheidungen des VerfGH gemäß Art. 190 Abs. 1 Verf sind allgemeinverbindlich und endgültig. Mit der Bestimmung des Art. 190 Abs. 1 Verf sollte sichergestellt werden, dass der VerfGH als von der Legislative und Exekutive unabhängige Instanz das letzte Wort über die Rechtsgültigkeit bestimmter Rechtsakte hat. Diese Bestimmung kann somit durch den Satz definiert werden: *Tribunal locutus, causa finita*. Diese ungewöhnliche Stärke, mit der Entscheidungen des VerfGH versehen wurden, war wahrscheinlich auf die Überzeugung zurückzuführen (die durch wesentliche Garantien für die Richter dieses Gremiums ergänzt wurde, darunter insbesondere der Ausschluss der Möglichkeit einer zweiten Amtszeit, was zum Wunsch hätte führen können, Politikern [die Wahl wird vom Sejm vorgenommen] mit ihren Entscheidungen zu gefallen), dass die Stärke des Rechts, verstärkt durch die Autorität dieses VerfGH (geschaffen von den an ihn berufenen Personen), über den politischen Willen siegen möge und so einen demokratischen Rechtsstaat aufbaut (Art. 2 Verf). Das OG ist sich bewusst, dass die Entscheidungen des VerfGH über die hierarchische Einhaltung von Rechtsnormen vorbehaltlos endgültig sind und dass in der verbindlichen Verfassungsordnung kein Raum für die Schaffung von Verfahren zur Überprüfung des Inhalts der Entscheidungen des VerfGH oder ihrer formalen Bedingungen besteht. Insbesondere ist es nicht möglich, auf die Urteile des VerfGH die im Zivilprozess vorgesehenen Bestimmungen über die Nichtigkeit des Verfahrens anzuwenden, und es ist auch nicht möglich, das Verfahren vor dem VerfGH in einer Rechtssache, die durch ein Urteil dieses Gerichts abgeschlossen wurde, unter Anwendung der Bestimmungen der ZVerfGB wieder aufzunehmen (u. a. Beschluss des VerfGH vom 17.7.2003, Az. 13/02 – Abs. 9.2.; Urteil des VerfGH in der Rechtssache K 39/16; M. Florczak-Wątor, Entscheidungen des VerfGH und ihre Rechtsfolgen, Poznań 2006, S. 54–57). Vor dem Hintergrund der Formulierung des Art. 190 Abs. 1 Verf zur Allgemeinverbindlichkeit und Endgültigkeit von Urteilen (durch die die Sache hinsichtlich ihres Kerns entschieden wird – vgl. dazu

A. Mączyński, J. Podkowik in: M. Safjan, L. Bosek [Hrsg.] *Verf der Republik Polen*. Bd. II. Kommentar, Warschau 2016, S. 1189–1190) wird darauf hingewiesen, dass das Wesen dieses Konzepts die materielle Geltung in positiver Hinsicht (*erga omnes*) und in negativer Hinsicht (*res iudicata*) ist, und dies führt im positiven Sinne – zur Verpflichtung aller Rechtssubjekte und aller Organe der öffentlichen Gewalt, den Entscheidungen des VerfGH Folge zu leisten, und im negativen Sinne – zum Ausschluss wiederholter Verfahren in derselben Sache (vgl. M. Florczak-Wątor, *Rechtsprechung...*, S. 58–66; P. Winczorek, *Kommentar zur Verf der Republik Polen*, Warschau 2000, S. 246–247). Es wird auch betont, dass eine solche Entscheidung ab dem Zeitpunkt ihres Erlasses (verstanden als Bekanntgabe an die Verfahrensbeteiligten) Gültigkeit erlangt und ab dem Zeitpunkt ihrer öffentlichen Bekanntgabe sowohl die Verfahrensbeteiligten als auch die übrigen Staatsorgane bindet (Urteil des VerfGH vom 21.4.2016, K 2/14, OTK-A 2016, Pos. 18). Die Unanfechtbarkeit der Entscheidung bedeutet, dass Verfassungsgerichtsentscheidungen von keinem Staatsorgan aufgehoben oder geändert werden können. Solche Entscheidungen können weder von einem politischen Gremium institutionalisiert noch im Rahmen eines Gerichtsverfahrens überprüft werden. Die Endgültigkeit einer Entscheidung des VerfGH hat Verfassungsrang, und die Verfassung sieht kein Verfahren zur Anfechtung der Gültigkeit oder Richtigkeit einer solchen Entscheidung vor (vgl. A. Mączyński, J. Podkowik in: M. Safjan, L. Bosek [Hrsg.] *Verf der Republik Polen...*, S. 1191–1192). Alle diese Feststellungen wurden unter Bezugnahme auf Art. 190 Abs. 1 Verf getroffen. Es ist klar, dass diese in der Verfassung (Art. 190 Abs. 1) enthaltene Norm, die eine sehr starke (ausschlaggebende) Position des VerfGH festlegt (die Wirkungen des Urteils können von den gesetzgebenden und ausführenden Organen – dem Parlament, der Regierung oder dem Präsidenten – nicht aufgehoben werden), ähnlich wie andere Rechtsnormen konstruiert wurde und somit **eine normale, typische rechtliche (legale) Situation definiert, in der der – ordnungsgemäß, unter Einhaltung der Verfassungsnormen, gewählte – VerfGH ein solches Urteil fällt.**

Die Annahme, die der Konstruktion dieser Verfassungsbestimmung (die eine solche Norm enthält) zugrunde lag, war daher diese, dass diese Entscheidungen – mit solcher Kraft – von einem VerfGH erlassen werden, dessen Zusammensetzung mit den übrigen Verfassungsnormen übereinstimmt. Der Verfassungsgesetzgeber ist schließlich nicht davon ausgegangen, dass es in Zukunft dazu kommen würde, dass

- Personen auf Richterstellen gewählt werden, die bereits besetzt sind,
- Sejmbeschlüsse aus der vorangegangenen Legislaturperiode „ohne Verfahren“ (ohne Rechtsgrundlage) aufgehoben werden,
- Verfassungsgerichtsentscheidungen durch Politiker unter dem Vorwand, im Rahmen von Art. 7 Verf zu handeln, nicht veröffentlicht werden,
- der Präsident der Republik Polen (der Hüter der Verfassung) sich weigert, ordnungsgemäß gewählten Richtern den Eid abzunehmen.

Es ging also nicht darum, dass irgendein Gremium als „Verfassungsgerichtshof“ bezeichnet wird und die Personen, die in einem solchen Gremium sitzen, als Richter des VerfGH bezeichnet werden, sondern darum, dass **es sich um ein Gre-**

mium handelt, das in der Verfassung als Verfassungsgerichtshof bezeichnet wird und somit die Anforderungen der Verfassung der Republik Polen auch in Bezug auf die Ernennung von Richtern in diesem Gremium erfüllt. Im Urteil vom 3.11.2015, K 34/15 (OTK-A 2015, Heft 11, Pos. 185), vertrat der VerfGH die Auffassung, dass die Wahrung des Grundsatzes des Vorrangs der Verfassung und letztlich auch der Freiheiten und Rechte des Menschen unter anderem in der richterlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Normen besteht, die von einer von der Legislative und Exekutive unabhängigen und getrennten Instanz ausgeübt wird, während **die Verfassungsgerichtsbarkeit in der europäischen Rechtskultur von Anfang an als Schutz des Einzelnen vor der „Tyrannei der Mehrheit“ und als Garant für den Vorrang des Rechts vor der Gewalt gedacht war.** Es wurde nachdrücklich betont, dass nach den Erfahrungen totalitärer Herrschaft kein Zweifel daran besteht, dass auch ein demokratisch gewähltes Parlament nicht die Kompetenz hat, grundgesetzwidrige Entscheidungen zu treffen, auch dann nicht, wenn zu ihrer Begründung das abstrakt verstandene Wohl des Volkes angeführt wird. Gleichzeitig wurde in dem Urteil festgestellt, dass Art. 137 des Gesetzes vom 25.6.2015 über den VerfGH (Dz. U. 2015, Pos. 1064) (nachfolgend: „VerfGHG 2015“), soweit er auf die Richter des VerfGH Anwendung findet, deren Amtszeit am 6.11.2015 abläuft, mit Art. 194 Abs. 1 Verf vereinbar ist. Zur Begründung wurde angeführt, dass sobald der Sejm einen Richter gewählt hat, es sich um einen Richter des Gerichts handelt, auch wenn er seine Amtszeit noch nicht begonnen und sein Amt noch nicht angetreten hat (Pkt. 8.3). Der VerfGH betonte weiter, dass der Präsident verpflichtet ist, die vom Sejm gewählten Richter zu vereidigen, und nicht in der Lage ist, unabhängig und nach eigenem Ermessen die Rechtsgrundlage der getroffenen Wahl oder die Ordnungsgemäßheit des vom Sejm angewandten Verfahrens zu beurteilen. Der Präsident ist nicht das Organ, das die Richter des VerfGH wählt, und die Nichtvereidigung der vom Sejm gewählten Richter des VerfGH sollte als Widerspruch zur Rolle des Staatsoberhauptes im gegenwärtigen Verfassungssystem betrachtet werden, da sie die Richter daran hindert, ihre Amtsgeschäfte aufzunehmen (Pkt. 8.5 – 8.5.1. und 8.5.2.). Die Beteiligung des Präsidenten an einem solchen Verfahren, das sich auf die Aufnahme der Amtsgeschäfte richtet, hat nichts mit der Befugnis zur Ernennung von Richtern gemäß Art. 179 Verf zu tun (Pkt. 8.5.3.). **Die Folge des Urteils des VerfGH vom 3.12.2015 in der Rechtssache K 34/15, veröffentlicht im Gesetzblatt vom 16.12.2015 (Dz. U. 2015, Pos. 2129) – allgemein verbindlich und endgültig – ist, dass Richter des VerfGH per Gesetz (ab dem Datum der Wahl) mit Amtszeiten ab dem 7.11.2015: Roman Hauser, Krzysztof Ślebzak und Andrzej Jakubecki sind** (die drei Sejm-Beschlüsse vom 8.10.2015 – M.P. Pos. 1038, 1039 und 1040). Nur aufgrund der Entscheidung des Präsidenten (der den Amtseid nicht abgenommen hatte) konnten diese Richter ihr Amt nicht antreten. Diese Auffassung wurde in einem späteren Urteil des VerfGH vom 9.12.2015 bestätigt. (K 35/15, OTK-A 2015, Z. 11, Pos. 186). In diesem Urteil stellte der VerfGH fest, dass: *„Die Entgegennahme des Amtseids eines neu durch den Sejm gewählten Richters des VerfGH ist Aufgabe des Präsidenten, der damit die Voraussetzungen dafür schafft, dass ein vom Sejm gewählter Richter sofort mit der Ausübung des ihm übertragenen*

Amtes beginnen kann.“ (Pkt. 5.3.2.; und im gleichen Umfang auch Pkt. 6.2.3.), und dass: „Der Gesetzgeber bei der Festlegung des Verfahrens für die Wahl der Richter des VerfGH an die Verfassungsgrundsätze gebunden bleibt, darunter Art. 194 Abs. 1 Verf, wonach der Sejm die Richter des VerfGH wählt. Der Gesetzgeber darf die Auswahl weder einem anderen Staatsorgan übertragen noch Lösungen einführen, die es ermöglichen würden, die Zuständigkeit für die Bestimmung der Zusammensetzung des VerfGH vom Sejm auf ein anderes Organ der öffentlichen Gewalt zu übertragen“ (Pkt. 5.3.4.). Der VerfGH betonte nachdrücklich, dass: „Da der VerfGH in seinem Urteil vom 3.12.2015, Sign.: K 34/15 die Vereinbarkeit von Art. 137 VerfGHG 2015 mit der Verfassung bestätigte, der die Rechtsgrundlage für die Wahl von drei Richtern anstelle der Richter, deren Amtszeit am 6.11.2015 abließ, bildete, und die vom Sejm der VII. Legislaturperiode gewählt wurden, so muss die erneute Wahl dieser Richter durch den Sejm der VIII. Legislaturperiode auf der Grundlage einer anderen Vorschrift (konkret, der untersuchte Art. 137a VerfGHG 2015) die Zahl der Richter, die im VerfGH sitzen, auf 18 erhöhen. Der Generalstaatsanwalt argumentiert daher zu Recht, dass Art. 137a VerfGHG 2015 den Weg für eine ‚verfassungswidrige Erhöhung der Zahl der Richter‘ ebnet. Nur die Wahl von zwei Richtern des VerfGH anstelle von Richtern, deren Amtszeit während der VIII. Legislaturperiode des Sejms und damit der laufenden Legislaturperiode abließ, kann im Lichte dieser Bestimmung als zulässig angesehen werden“ (Pkt. 7.2.). In Anbetracht der Tatsache, dass das Urteil in der Rechtssache K 34/15 (sowie das Urteil vom 9.12.2015) als rechtskräftig und allgemeinverbindlich für alle Staatsorgane, einschließlich des OG, bindend ist, ist festzustellen, dass gemäß den Verfassungsbestimmungen der Republik Polen Richter des VerfGH (die Amtszeit dauert weiter an): Roman Hauser, Krzysztof Ślęzak und Andrzej Jakubecki sind.

Am 2.12.2015 – nach der „Annullierung der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015“ – hat der Sejm der VIII. Legislationsperiode Beschlüsse über die Wahl von M. Muszyński, H. Cioch, L. Morawski, J. Przyłębska und P. Pszczółkowski zu Richtern des VerfGH angenommen. In der Nacht vom 2. auf den 3.12.2015 vereidigte der Präsident vier Personen und der fünften Person hat er den Eid am 9.12.2015 abgenommen. Es geht jedoch darum, dass drei Sitze im VerfGH (der stets 15 Richter hat) bereits seit dem 8.10.2015 durch die ordnungsgemäß gewählten Richter R. Hauser, K. Ślęzak und A. Jakubecki besetzt sind. Darüber hinaus hat der VerfGH unmissverständlich festgestellt, dass die Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015, mit denen die Rechtskraft der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015 über die Wahl der Richter des VerfGH durch den Sejm der VII. Legislationsperiode (M.P.2015, Pos. 1131, 1132, 1133, 1134, 1135) für ungültig erklärt wurden, **die Rechtskraft der Sejmbeschlüsse der VII. Legislaturperiode über die Wahl der Richter des VerfGH, deren Amtszeit am 6.11. endete, nicht berühren** – und daher insoweit keinerlei Rechtswirkung entfalten und die Gültigkeit von Art. 137 VerfGHG nicht beeinträchtigen (Pkt. 6.7. des Urteils vom 3.12.2015; ebenso die Begründung des VerfGH-Beschluss vom 7.1.2016, U 8/15, OTK-A 2016, Pos. 1). Es ist daher erneut darauf hinzuweisen, dass das VerfGH-Urteil vom 3.12.2015 zur Folge hatte, dass angesichts der korrekten – verfassungskonformen – Wahl von R. Hauser, K. Ślęzak und A. Jakubecki es keine freien Sitze am VerfGH, die von den ersten

drei in den Beschlüssen des Sejm vom 2.12.2015 genannten Personen, d. h. M. Muszyński, H. Cioch und L. Morawski, besetzt werden konnten, gab (im Gegensatz zu den beiden letzten Sitzen, die erst im Dezember 2015 mit B. Sitek und A. Sokala besetzt werden sollten, was durch das Urteil K 34/15 für verfassungswidrig erklärt wurde). In dem VerfGH-Urteil vom 11.8.2016. (K 39/16, OTK-2016, Pos. 71; Dz. U. 2018, Pos. 1078) hat der VerfGH unter Bezugnahme auf den Versuch, auf der Grundlage von Art. 90 VerfGHG vom 22.7.2016 (Dz. U. 2016, Pos. 1157) drei Richter einzuführen, die auf bereits besetzte Sitze (aufgrund der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015) gewählt wurden, mit Nachdruck festgestellt: *„Der VerfGH hat sich endgültig zur Rechtsgrundlage für die Wahl von Richtern des VerfGH für die 2015 frei gewordenen Sitze geäußert und hält diese Position auch in diesem Verfahren für gültig (siehe Urteile des VerfGH vom: 3.12.2015, Az. K 34/15; 9.12.2015, Az. K 35/15; 9.3.2016, Az. K 47/15; Beschluss des VerfGH vom 7.1.2016, Az. U 8/15, OTK ZU Nr. 1/A/2016, Pos. 1). Vor diesem Hintergrund käme die Umsetzung der in Art. 90 VerfGHG 2016 enthaltenen Richtlinien durch den Präsidenten des VerfGH einem Verstoß gegen die Urteile des VerfGH gleich, die allgemeinverbindlich und auch für den VerfGH und seinen Präsidenten bindend sind. Es sei daran erinnert, dass der VerfGH in seinem Urteil vom 3.12.2015, Sign. K 34/15 feststellte, dass die Rechtsgrundlage für die Wahl der Richter des VerfGH, deren Amtszeit am 6.11.2015 abließ, verfassungskonform war, während die Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015 über die Feststellung der fehlenden Rechtskraft der Sejmbeschlüsse vom 8.10.2015 über die Wahl der Richter des VerfGH durch den Sejm der VII. Legislaturperiode (M. P. Pos. 1131, 1132, 1133, 1134, 1135) sich überhaupt nicht auf das Verfahren der Wahl eines Richters des VerfGH bezogen – sie hatten die Züge teils einer Erklärung, teils einer rechtlich unverbindlichen Resolution. **In dieser Situation wurde die Wahl neuer Richter des VerfGH durch den Sejm der VIII. Legislaturperiode auf Sitze vorgenommen, die nicht vakant waren. Genau diese Situation wird in Art. 90 VerfGHG 2016 angesprochen.**“* (Pkt. 10.2.). Dabei ist die Richtigkeit der Auffassung zu teilen, dass die Sejmbeschlüsse vom 2.12.2015 in Bezug auf diese drei Personen nicht als rechtlich bedeutsame Handlungen angesehen werden können, da eine der Konstruktionsregeln des Wahlakts es verbietet, eine Wahl vorzunehmen, die zu einer Erhöhung der Zahl der aktiven Richter des VerfGH über 15 hinaus führt, und daher, wenn eine bestimmte Stelle besetzt ist (sie war seit der Annahme des Beschlusses durch den Sejm am 8.10.2015 besetzt – wie der VerfGH in den genannten Urteilen bestätigt hat), dann ist es ohne die Abberufung des Inhabers dieser Position in dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren nicht möglich, eine andere Person auf diese besetzte Position zu wählen, und die so durchgeführte Handlung stellt keine Wahl dar (M. J. Zieliński, einige Randbemerkungen zum Streit über die Legalität der Besetzung der Richterstellen am VerfGH im Jahr 2015, PS 2017, Heft 11–12, S. 15). Nach dem Tod von H. Cioch wählte der Sejm J. Wyrembak an seiner Stelle und J. Piskorski anstelle des ebenfalls verstorbenen L. Morawski. In diesem Zusammenhang rief die Frage des Status von M. Muszyński, J. Wyrembak und J. Piskorski berechnete Zweifel hervor und führte zu einem Streit über die Rechtmäßigkeit dieser Ernennungen (vgl. eine Zusammenfassung der Aussagen in: J. Roszkiewicz,

Der Streit um den VerfGH – die Genese und das Wesen des Problems, Zukunftsszenarien; https://www.researchgate.net/publication/332964209_Spor_o_Trybunal_Konstytucyjny_-_geneza_i_istota_problemu_skutki_scenariusze_na_przyszlosc; und M.J. Zieliński, Die rechtstheoretischen Feststellungen des Sejm der Republik Polen die fehlende Rechtskraft der Wahl der Richter zum VerfGH im Jahr 2015, PS 2017, Heft. 10, S. 7–19). Dieses Problem, das die ordnungsgemäße (verfassungsgemäße) Besetzung des VerfGH betrifft, wurde auch in den Argumenten der abweichenden Meinungen der Verfassungsrichter S. Wronkowska-Jaśkiewicz und L. Kieres in der Urteilsbegründung vom 16.3.2017 in der Rechtssache Kp 1/17 (OTK-A 2017, Pos. 28; M.P. 2017, Pos. 265) vorgestellt. Richterin S. Wronkowska-Jaśkiewicz wies in ihrem Sondervotum darauf hin, Zitat: „*In Bezug auf die Zusammensetzung des Gerichts stelle ich fest, dass der Sejm (gleich welcher Legislaturperiode, dieselbe oder eine andere) die einmal getroffene Auswahl der Richter nicht widerrufen oder für ungültig erklären kann. Die vorgetragenen Thesen wurden formuliert und begründet im Urteil des VerfGH vom 3.12.2015, Az. K 34/15 (Dz. U. 2015, Pos. 2129), bestätigt durch das Urteil des VerfGH vom 7.1.2016. (Sign. U 8/15). Ich fühle mich an diese Urteile gebunden. Folglich vertrete ich zwar die Auffassung, dass die drei Richter, die vom VIII. Sejm anstelle der Richter gewählt wurden, deren Amtszeit am 6.11.2015 abließ, unter Verstoß gegen Art. 190 Abs. 1 Verf zu Richtern des VerfGH gewählt wurden, stelle aber auch fest, dass die Mängel bei ihrer Wahl durch die anschließenden Interventionen des Gesetzgebers, die ein ganzes Jahr andauerten, nicht beseitigt oder ‚geheilt‘ werden konnten.*“ **Das OG muss in der vorliegenden Zusammensetzung – gebunden an das Urteil des VerfGHs in der Rechtssache K 34/15 (und die erwähnten Urteile in den Rechtssachen K 35/15 und U 8/15) – zu dem Schluss kommen, dass die Auswahl der drei Personen, d. h. M. Muszyński, L. Morawski und H. Cioch unter Verstoß gegen die Verfassung der Republik Polen durchgeführt wurde, und daher weist die Zusammensetzung des Gerichts unter ihrer Beteiligung und unter Beteiligung von Personen, die anstelle der verstorbenen L. Morawski und H. Cioch ernannt wurden, jedes Mal einen ganz erheblichen Mangel in Form eines Verstoßes gegen Art. 194 Abs. 1 Verf auf.** Dieser Mangel wurde vom VerfGH festgestellt. Zwar wurde in dem Urteil vom 24.10.2017. (K 1/17, OTK-A 2017, Pos. 179), zu dessen Zusammensetzung zwei Personen gehörten, die durch (rechtsunwirksame) Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015 ernannt worden waren, von dieser Ansicht Abstand genommen, aber selbst wenn man die Tatsache bedenkt, dass das Rechtsproblem im Wesentlichen diese beiden Personen betraf, die in diesem Spruchkörper saßen (sie entschieden im Wesentlichen indirekt über ihren Status und verteidigten diesen Status), ist es schwer zu leugnen, dass formal die Urteile des VerfGH in den Rechtssachen K 33/15 und K 35/15 einen Verfassungsverstoß bei der Ernennung von drei Personen auf bereits besetzte Sitze am VerfGH aufzeigten.

Zur Frage der Wahl von Richtern durch den Sejm der VIII. Legislaturperiode am 2.12.2015 ist zu betonen, dass diese formal möglich war, nachdem die Sejmbeschlüsse der VII. Legislaturperiode vom 8.10.2015 ohne jegliche Rechtsgrundlage aufgehoben wurden. Zwar waren die Sejmbeschlüsse vom 25.11.2015 nicht

rechtskräftig, führten aber dennoch zur Infragestellung der Wirksamkeit der Wahl von drei Richtern am 8.10.2015 (in diesem Verfahren war auch die Beteiligung des Präsidenten wesentlich, der den drei rechtmäßig gewählten Richtern den Amtseid nicht abnahm). Auf diese Weise wollte die gesetzgebende Gewalt – ohne jedes Verfahren – die bereits besetzten Sitze am VerfGH auffüllen. Der Mechanismus des rechtswidrigen Handelns des Sejm der VIII. Legislaturperiode im Verfahren der Beschlussannahme am 25.11.2015 (ohne Rechtsgrundlage) verursachte wesentlich einen Verstoß gegen die Norm des Art 194 Abs. 1 Verf und trug damit zur Vereidigung von Personen auf bereits besetzte Richterstellen des VerfGH (mit Amtszeit ab 7.11.2015) bei. Trotz der vom VerfGH am 30.11.2015 erlassenen Sicherungsanordnung in der Rechtssache K 34/15, die die Aufforderung an den Sejm beinhaltete, bis zur endgültigen Entscheidung in der Rechtssache K 34/15 Handlungen zu unterlassen, die auf die Wahl von Richtern des VerfGH abzielen, befolgte der Sejm der VIII. Legislaturperiode diese Sicherungsmaßnahme nicht, ignorierte die ergangenen Entscheidungen und wählte am 2.12.2015 fünf Kandidaten, und wie bereits erwähnt hat der Präsident – nachts und daher in aller Eile – vier Personen vereidigt und am 9. Dezember die fünfte Person (vgl. W. Białogłowski in: P. Radziejewicz, P. Tuleja, der Verfassungskstreit: über die Grenzen der Änderung der Organisation und der Grundsätze des Handelns des VerfGH 6.2015 – 3.2016, Warschau 2017, S. 419–422). Durch diesen Mechanismus (initiiert durch ein rechtswidriges – verfassungswidriges – Handeln) übernahmen die oben genannten Personen das Richteramt am VerfGH und ebenfalls unter ihrer Beteiligung, wurde die durch die Urteile in den Rechtssachen K 34/15, K 35/15 und den Beschluss U 8/15 vorgezeichnete Rechtsprechungslinie „umgekehrt“. Diese Aspekte des Verstoßes gegen innerstaatliches Recht, die Wahl von M. Muszyński zum Richter am VerfGH (er saß im Spruchkörper des VerfGH) wurden auch im Urteil des EGMR vom 7.5.2021 in der Rechtssache 4907/18 XERO FLOR v. Polen (LEX Nr. 3170326; siehe auch die Urteilsbesprechung) genau angegeben: M. A. Nowicki, Palestra 2021, Heft. 6, S. 88–101). Der EGMR, der einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK feststellte, verwies in diesem Urteil darauf, dass sowohl der Sejm der VIII. Legislaturperiode bei der Wahl der fünf Richter am 2.12.2015 als auch der Präsident in Kenntnis der bevorstehenden (am 3.12.2015) Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Besetzung des VerfGH (vom 8.10.2015) und ihr überstürztes Handeln (Vereidigung bei Nacht) den Verdacht einer unzulässigen Einmischung in das Wahlverfahren der Verfassungsrichter erwecken. Es sei daran erinnert, dass der EGMR zur Auslegung der EMRK-Bestimmungen eingesetzt wurde (Art. 19 EMRK). Es ist die Rechtsprechung des EGMR, die den Bestimmungen der Konvention die endgültige normative Form gibt und die Bedeutung und Tragweite der darin garantierten Rechte und Freiheiten, einschließlich des Rechts auf ein faires Verfahren, klarstellt. Der VerfGH hat in der Rechtssache P 7/20 (Beschluss vom 15.6.2021 – OTK-A 2021, Pos. 30) dieses Urteil für nicht existent (*sententia non existens*) erklärt. Es wurde bereits betont, dass dieses Organ ohne jegliches rechtsförmige Verfahren handelte, in dem es einen solchen Rechtszustand feststellen konnte, und darüber hinaus den Umstand übergang, dass als auf Gesetz beruhende Gerichte auch Verfassungsgerichte nach dem Maßstab des Art. 6 Abs. 1

EMRK bewertet werden können (vgl. P. Hofmański, A. Wróbel in: L. Garlicki [Hrsg.] EMRK..., S. 271; A. Redelbach, *Gerichte...*, S. 260).

Die Bewertung, die durch den EGMR vorgenommen wurde, teilt das OG in vollem Umfang; hierfür spricht nicht nur, dass der Sejm der VIII. Legislaturperiode keine Rechtsgrundlage zur Annahme der Beschlüsse am 26.11.2015 hatte (er handelte außerhalb des Verfahrens), sondern auch die außerordentliche Eile des Präsidenten, der die gewählten Personen in der Nacht, unmittelbar nach der Wahl, vereidigte, was ein beispielloser Präzedenzfall ist. Man kann somit feststellen, dass momentan aus einem Gesetzesverstoß, einschließlich eines unmittelbaren Verfassungsverstoßes (Art. 194 Abs. 1), auch der Schutz des Status derjenigen Personen, die fehlerhaft gewählt wurden, durch Art. 190 Abs. 1 Verf abgeleitet wird (vgl. u. a. das Urteil in der Rechtssache K 1/17).

Das Problem, das sich im Zusammenhang unter diesen dargestellten Rechtsbedingungen als Schlüsselproblem darstellt, lässt sich auf die Frage reduzieren: Erstreckt sich der Schutz der in Art. 190 Abs. 1 Verf enthaltenen Norm auch auf eine solche Entscheidung des VerfGH, zu dessen Besetzung Personen gehörten, die berufen wurden durch einen Verfassungsverstoß, der bereits vom VerfGH bestätigt wurde?

Bei der Beantwortung dieser Frage muss **der OG zunächst feststellen, dass die sich aus den Urteilen des VerfGH in den Rechtssachen K 34/15 und K 35/15 ergebende Wirkung des Art. 190 Abs. 1 Verf dazu führen muss, dass der OG feststellt, dass in der Besetzung des VerfGH, der am 20.4.2020 (U 2/20) urteilte, keine ordnungsgemäß gewählten Verfassungsrichter saßen (keiner von den dreien wurde ordnungsgemäß gewählt), stattdessen saßen die Herren Muszyński und Wyrembak, die Stellen einnahmen, die bereits besetzt waren.** Dies wiederum bedeutet, dass das OG unter Beachtung der Verfassung in Bezug auf die Besetzung des VerfGH (Begründung der Urteile in den Rechtssachen K 34/15 und K 35/15) nicht zu dem Schluss kommen kann, dass die in der Rechtssache U 2/20 ergangene Entscheidung ein Urteil ist, dessen Inhalt von der durch die Norm des Art. 190 Abs. 1 Verf bestimmten Wirkung erfasst wird. Denn das Erfordernis der Einhaltung von Art. 190 Abs. 1 Verf kann nicht mit dem Urteil in der Rechtssache U 2/20 in Verbindung gebracht werden, da dies gleichzeitig mit einem Verstoß gegen Art. 194 Abs. 1 Verf verbunden wäre, der sich aus den Urteilen des VerfGH in den genannten früheren Rechtssachen ergibt. In dieser Situation kommt das OG zu dem Schluss, dass in Anbetracht des Verstoßes gegen Art. 194 Abs. 1 Verf die einzige Möglichkeit, wie der OG den Zustand der Konformität mit der Verfassung durch seine Entscheidungen aufrechterhalten kann, darin besteht, anzuerkennen, dass das in der Rechtssache U 2/20 ergangene Urteil des VerfGH nicht die Wirkung von Art. 190 Abs. 1 und 3 Verf hat und somit die von dem Antrag betroffene Sache nicht gelöst hat. M.a.W. kann das OG ein solches Urteil, das als Folge eines Verstoßes gegen die Verfassung ergangen ist, nicht akzeptieren, denn wenn ein solches Urteil als verbindlich angesehen würde, dann würde das OG das Vorliegen eines verfassungsrechtlichen Delikts und die Wirksamkeit eines Urteils, das darauf abzielt, den durch ein solches Delikt verursachten Zustand zu schützen, akzeptieren (dies könnte man als Schutz von „Verfassungshehlerei“ be-

zeichnen). Am Rande dieser Frage ist jedoch anzumerken, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Auffassung vertreten wird, dass VerfGH-Entscheidungen in einer fehlerhaften Besetzung nicht in die Rechtsordnung eingehen und nicht bindend sind (vgl. z.B. A. Rakowska-Trela, Glosse zum Urteil des VerfGH vom 22.10.2020, K 1/20, PS 2021, Heft. 6, S. 110). Das OG teilt diesen Standpunkt. Zusammenfassend lässt sich unter Berücksichtigung der oben genannten Umstände sagen, dass das OG in dieser Zusammensetzung in formaler und rechtlicher Hinsicht nicht an das Urteil in der Rechtssache U 2/20 gebunden ist, da es nicht die durch Art. 190 Abs. 1 Verf verliehene Rechtskraft besitzt. Bei dieser Sachlage bleibt der Beschluss des OG vom 23.1.2020 in Kraft und ist für das OG verbindlich. Die Folge muss die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung sein, da sie mit einem Verstoß gegen Art. 439 § 1 Nr. 2 StPO behaftet ist. Seit Herrn Igor Zgoliński, infolge der Empfehlung des LJR (Beschluss Nr. 1020/2019 vom 21.11.2019), dessen Form durch Gesetz vom 8.12.2017 festgelegt wurde (Dz. U. 2018, Pos. 3) zum Richter des OG an der Strafkammer ernannt wurde [...] und er anschließend den Fall des Antrags auf Wiederaufnahme gemäß Art. 545 § 3 StPO verhandelte und einen Beschluss über die Ablehnung des Antrags gefasst hat, ist dieser Beschluss nach dem Beschluss der drei Kammern des OG vom 23.1.2020 mit dem Mangel einer nicht ordnungsgemäßen Besetzung des Gerichts i.S.v. Art. 439 Abs. 1 Nr. 2 StPO behaftet.

Bei der erneuten Prüfung der Frage der Verhandlung über den Antrag des Verurteilten auf Wiederaufnahme des Verfahrens sollte darauf geachtet werden, dass die Zusammensetzung des Gerichts ordnungsgemäß ist, im Sinne des Beschlusses der drei Kammern des OG vom 23.1.2020, der weiterhin in Kraft ist. Folglich sollten Richter, die nach demselben Verfahren an das OG befördert wurden, von der Zuweisung dieser Rechtssache ausgeschlossen werden. Obwohl der oben beschriebene Fehler zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen musste, muss auf ein anderes Problem im Zusammenhang mit der Besetzung der Spruchkörper am OG hingewiesen werden. [...] ¹⁴

In dieser Hinsicht wurde die Kontrolle durch das OG auch in dem Beschluss der drei gemeinsamen Kammern vom 23.1.2020 durchgeführt, wie die Begründung des Beschlusses in den Punkten 11–13, 15–26, 28, 43–44 überzeugend zeigt. Das OG hat in dem Beschluss auch deutlich darauf hingewiesen, dass die Frage der Besetzung des Gerichts im Hinblick auf die Umstände, unter denen die Ernennung zur Ausübung eines Amtes erfolgte, im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen beurteilt werden kann (Art. 439 § 1, Nr. 2 StPO – Pkt. 26), während es die Notwendigkeit sah, die Beurteilung der Ordnungsgemäßheit der Besetzung des erkennenden Gerichts in jedes Kontrollverfahren einzubeziehen, das von einer anderen Besetzung des Gerichts durchgeführt wird (Pkt. 28). Eine solche Bewertung muss sich auf die Systemregelungen erstrecken,

14 Hier folgen Erörterungen zur Frage, inwiefern Wiederaufnahmeverfahren von Art. 6 EMRK erfasst werden, es werden die Rechtssachen *Moreira Ferreira v. Portugal*, *Fischer v. Österreich* u.a. wiedergegeben, im Ergebnis wird die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK im vorliegenden Fall bejaht.

deren Anwendung für den Amtsantritt des Richters, der das Verfahren geführt oder die Entscheidung in der Rechtssache erlassen hat, ausschlaggebend war, und die Durchführung solcher Bewertungen ergibt sich aus der Notwendigkeit, die in Art. 45 Abs. 1 Verf und Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Ausdruck gebrachte Garantie zu verwirklichen, dass die Rechtspflege durch ein unabhängiges Gericht erfolgt, das sich aus unabhängigen und unparteiischen Richtern zusammensetzt (Pkt. 28 des Beschlusses).

Wendet man alle diese Bemerkungen über die Konvention auf den Bereich der Verfahren an, die jetzt der Rechtsmittelkontrolle unterliegen, so ist festzustellen, dass der Gesetzgeber beschlossen hat, in das polnische Prozesssystem ein ordentliches Beschwerdeverfahren gegen den Beschluss des Gerichts auf Ablehnung des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens einzuführen (wobei nicht einmal Anwaltszwang besteht), dann muss das Wesentliche eines solchen Rechtsmittels (der Beschwerde gemäß Art. 545 § 3 in fine StPO) auch die Kontrolle umfassen, ob es sich bei dem Gericht, das einen solchen Antrag prüft, um ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt, d. h. um ein unabhängiges und unparteiisches Gericht auf gesetzlicher Grundlage. Herr Igor Zgoliński, der den angefochtenen Beschluss erlassen hat, wurde auf Antrag des LJR gemäß den Bestimmungen des Gesetzes vom 8.12.2017 zur Änderung des Gesetzes über den LJR und einiger anderer Gesetze (Dz. U. 2018, Pos. 3) zum Richter am OG ernannt. Die Bildung des LJR als Folge dieser Änderung war Gegenstand ausführlicher Überlegungen in der Rechtsprechung des OG, z.B. in III P 7/18 (OSNP 2020, Heft 4, Pos. 38) und in dem bereits erwähnten Beschluss der drei vereinigten Kammern des OG vom 23.1.2020 (BSA I-41110-1/20, OSNKW 2020, Heft 2, Pos. 7). Wie bereits angedeutet, wurden diese Überlegungen auch im Zusammenhang mit dem Recht der EMRK auf ein faires Verfahren und dem darin enthaltenen Recht auf ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendem Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und der Rolle, die der LJR nach der Änderung vom 8.12.2017 bei der Auswahl und Ernennung von Richtern spielt, angestellt (vgl. z.B. Urteil in III P 7/18 – Rn. 15, 28–29 und die zitierten Urteile in den Rechtssachen: Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island, Antrag Nr. 26374/18; vom 14.6.2011, Sevanstyanov v. Russland, Antrag Nr. 75911/01; vom 25.10.2011, Richert v. Polen, Antrag Nr. 54809/07 sowie § 34; und im Beschluss des OG vom 23.1.2020. – Pkt. 15–20 sowie Pkt. 31–36 und 38–42). An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Argumentation im Urteil Guðmundur Andri Ástráðsson in der bisherigen Rechtsprechung des EGMR nichts Neues darstellt, sondern lediglich eine Weiterentwicklung der bereits in der Rechtsprechung vertretenen Thesen (vgl. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, Gerichtliche Entscheidung unter Beteiligung eines fehlerhaft ernannten Richters und Verletzung des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf ein Gericht; Glosse zum Urteil der Großen Kammer des EGMR vom 1.12.2020, 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island, EPS 2021, Heft. 5, S. 43–44 und die dort zitierten Urteile; und M.J. Zieliński, die Wirkung von Verfahrensfehlern zur Ernennung von Richtern auf die Bewertung der Einhaltung der Norm des Rechts auf ein Gericht in: J. Kosonoga [Hrsg.] EMRK, Rechtssprechungskommentar für 2019, OG, S. 94–94 und das dort genannte Urteil Findley v. the United Kingdom vom 25.2.1997).

Aus beiden Urteilen des OG geht hervor, dass der LJR in seiner nach dem Verfahren des genannten Gesetzes gebildeten Zusammensetzung keine Garantie für die Unabhängigkeit von der exekutiven und legislativen Gewalt bietet. Die Argumentation im Urteil in der Rechtssache III PO 7/18 ist besonders aufschlussreich: In den Pkt. 40 bis 59 werden in geordneter Weise eine Reihe von Umständen dargelegt, die nachdrücklich und unbestreitbar die These rechtfertigen, dass der LJR eine Einrichtung ist, die keine Garantie für die Unabhängigkeit von den Organen der Legislative und Exekutive bietet. Diese Einschätzungen, die sich auch auf Art. 6 Abs. 1 EMRK stützen, wurden durch die Rechtsprechung des EGMR bestätigt. Es ist der EGMR, der die verbindliche Auslegung der durch die Konvention garantierten Rechte (Art. 19) und damit auch von Art. 6 Abs. 1 festlegt. In der Rechtssache *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island* (Antrag Nr. 26374; Urteil der Großen Kammer des EGMR vom 1.12.2020) wurde darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und dem darin enthaltenen Element des Rechts auf ein ordentliches Gericht das Verfahren zur Ernennung von Richtern notwendigerweise ein wesentlicher Bestandteil davon sein muss (im Anschluss an das Urteil des EGMR vom 9.7.2009, Antrag Nr. 6945/04 und EuGH-Urteil in den Rechtssachen C-542/18RX und C-543/18RX) und ist auch im Zusammenhang mit der notwendigen Eigenschaft eines Justizorgans als „unabhängig“ und „unparteiisch“ relevant. Bei der Frage der „Unabhängigkeit“ ist es wichtig, nicht nur den Geisteszustand zu bewerten, der die Widerstandsfähigkeit eines Richters gegenüber äußerem Druck anzeigt, sondern auch eine Reihe von institutionellen Regelungen, die die Art und Weise der Ernennung von Richtern in einer Weise regeln, die ihre Unabhängigkeit gewährleistet. Um festzustellen, ob in diesem Zusammenhang ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, hat der EGMR eine dreistufige Prüfung entwickelt, bei der in der ersten Stufe ein offensichtlicher Verstoß gegen das innerstaatliche Recht und, falls ein Verstoß vorliegt, das Ausmaß des Verstoßes festgestellt werden muss; in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob es sich um „technische“ Verstöße handelt (die die Rechtmäßigkeit des Verfahrens zur Ernennung eines Richters nicht beeinträchtigen) oder ob sie einen Verstoß gegen die Grundprinzipien der Richterernennung darstellen. Bei diesem zweiten Kriterium kommt es nach Ansicht des EGMR darauf an, ob der Verstoß gegen die Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts die offensichtliche Gefahr bergen, dass andere Regierungsorgane, insbesondere die Exekutive, einen übermäßigen Ermessensspielraum ausüben, der die Integrität des richterlichen Ernennungsverfahrens untergräbt (d. h. den Grundsatz der Unabhängigkeit untergräbt). In der dritten Stufe der Prüfung hatte der EGMR hingegen zu beurteilen, ob die Vorwürfe, die das Recht auf ein „ordentliches Gericht“ betreffen, von den nationalen Gerichten tatsächlich untersucht und ausgeräumt wurden, und dabei müssen die Gerichte ihre Verpflichtungen aus der Konvention erfüllen (vgl. das Urteil und auch W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, Glosse..., EPS 2021, Heft. 5, S. 41–43). Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass der Hinweis im Text des Urteils des VerfGH in der Rechtssache U 2/20 auf die Unvereinbarkeit des Beschlusses des OG vom 23.1.2020 mit Art. 6 Abs. 1 EMRK kein wesentliches rechtliches Argument darstellen kann, und zwar deshalb, weil die Normen der Konvention nur vom EGMR

verbindlich ausgelegt werden und dieser unmittelbar aufgezeigt hat, dass **der VerfGH die Umstände im Zusammenhang mit dem Verfahren zur Ernennung von Richtern gemäß der Empfehlung des neuen LJR mangelhaft und keineswegs ausreichend analysiert hat** (§§ 237–239, 258–263 Urteil des EGMR vom 22.6.2021 in der Rechtssache *Reczkowicz v. Polen*, Antrag Nr. 43447/19). Die Gegenüberstellung dieses Urteils des VerfGH und des Urteils des OG in der Rechtssache III P 7/19 sowie des Beschlusses des OG vom 23.1.2020 in der Formel für die Durchführung der ersten Stufe des Tests, die in der Rechtssache *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island* und damit für die Feststellung, ob ein offensichtlicher Verstoß gegen nationales Recht vorlag, stellte der EGMR wortgewandt fest, dass angesichts des Versäumnisses des VerfGH in der Rechtssache U 2/20, eine umfassende, ausgewogene und objektive Analyse der Umstände in Bezug auf die Konvention vorzunehmen, **die Bewertung des VerfGH als willkürlich und ohne jegliche Relevanz für seine Schlussfolgerungen hinsichtlich der Frage, ob ein offensichtlicher Verstoß gegen nationales Recht in Bezug auf das Verfahren zur Ernennung von Richtern vorlag, angesehen werden muss** (§ 262). Diese Bemerkung bezog sich zwar ausdrücklich auf die bei der Disziplinarkammer ernannten Richter, doch galt das gleiche Verfahren auch für die anderen bei den ordentlichen Gerichten und beim OG ernannten Richter. Der EGMR hat, wie bereits erwähnt, zutreffend festgestellt, dass der VerfGH in seinem Urteil tatsächlich versucht hat, die Existenz des Beschlusses des OG insofern zu untergraben, als er einen Verstoß gegen innerstaatliches Recht und internationale Abkommen festgestellt hat. Darüber hinaus stellt der EGMR fest, dass bereits am 28.1.2020 der VerfGH dem OG die Ausübung seiner Befugnis zum Erlass von Beschlüssen untersagt hat, wenn diese die Vereinbarkeit der Zusammensetzung des LJR gemäß dem Gesetz vom 12.5.2011 über den LJR mit dem nationalen Recht, dem Völkerrecht und der Rechtsprechung internationaler Gerichte betreffen (Dz. U. 2019, Pos. 84, mit späteren Änderungen – Beschluss in der Sache Kpt 1/20, OTK-A 2020, Pos. 15), **dass diese Art der Einmischung als Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit und die Unabhängigkeit der Justiz zu werten ist** (§ 263). Der OG teilt diese Auffassung. In diesem Zusammenhang bestand also kein Zweifel daran, dass nicht der VerfGH die richtige Auslegung darüber vorgenommen hatte, wie Art. 6 Abs. 1 EMRK zu verstehen ist, sondern das OG hatte in beiden Urteilen das polnische Recht gründlich, angemessen und transparent unter dem Gesichtspunkt der grundlegenden Normen der Konvention und des EU-Rechts bewertet (§ 264). Der EGMR stellte daher fest, dass bei der Ernennung von Richtern (in diesem Fall zur Disziplinarkammer) ein offensichtlicher Verstoß gegen das innerstaatliche Recht vorlag (§ 264). Das Wesen des Verstoßes gegen das innerstaatliche Recht bestand gerade in der Einschaltung des LJR als einer von der Legislative und der Exekutive nicht unabhängigen Instanz, was allein für die Feststellung eines offensichtlichen Verstoßes gegen das polnische Recht ausschlaggebend war. Auf der nächsten Stufe der Prüfung prüfte der EGMR, ob der so festgestellte Mangel so schwerwiegend war, dass er eine Verletzung des Rechts auf ein „ordentliches Gericht“ darstellte, und ob diese Verletzung den Wesensgehalt des Rechts auf ein „ordentliches Gericht“ beeinträchtigte (§ 266). Nach Berücksichtigung einer Reihe von Umstän-

den (§§ 270–276) hob der EGMR hervor, dass die Legislative und die Exekutive durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften für die Wahl der Richter in den LJR entscheidenden Einfluss auf die Zusammensetzung des LJR erlangt hatten und dass durch das Gesetz nicht nur das frühere Vertretungssystem, sondern auch die diesbezüglichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit beseitigt wurden, die es der Exekutive und der Legislative ermöglichten, unmittelbar oder mittelbar in das Verfahren zur Ernennung der Richter einzugreifen (§ 276). Zum Abschluss dieser Prüfungsphase betonte der EGMR, dass die Empfehlung von Bewerbern für die Ernennung zum Richter – als Voraussetzung *sine qua non* für die Ernennung – dem LJR anvertraut wurde, einer Einrichtung, die keine Garantie für die Unabhängigkeit von der Legislativ- und Exekutivgewalt gibt, was wiederum zu einer Missachtung des Grundsatzes der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Justiz geführt hat. Die Ernennung von Richtern im Rahmen eines solchen Verfahrens ist mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar, da sie das gesamte Verfahren beeinträchtigt und die Legitimität eines Gerichts, das sich aus so ernannten Richtern zusammensetzt, untergräbt (§ 276). In der dritten Phase der Prüfung wies der EGMR darauf hin, dass keine der Parteien (die Regierung, der Antragsteller) vorgebracht habe, dass es nach polnischem Recht ein Verfahren gebe, nach dem der Antragsteller den angeblichen Mangel im Verfahren zur Ernennung von Richtern anfechten könne (§ 278). Bei der Feststellung einer Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK betonte der EGMR, dass der Kern der Verletzung des Rechts auf ein ordentliches Gericht als ein Gericht mit dem Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Empfehlung des durch das Gesetz von 2017 gebildeten LJR und damit in der Beteiligung eines Organs am Verfahren zur Ernennung von Richtern bestand, das keine Garantie für die Unabhängigkeit von der Legislative und der Exekutive bot, und dass dieses mangelhafte Verfahren zur Ernennung von Richtern so schwerwiegend war, dass es den Kern des Rechts auf ein Verfahren vor einem ordentlichen Gericht untergrub (§§ 280 und 283).

Daraus ist zu schließen, dass **der Inhalt des oben erörterten Urteils des EGMR in der Rechtssache Reczkowicz und die darin enthaltene überzeugende Argumentation eindeutig zeigen, dass angesichts der Beteiligung eines Organs wie des LJR in der durch die Novelle von 2017 geprägten Zusammensetzung an dem Verfahren zur Ernennung von Richtern in Polen (wodurch dieses Organ nicht unabhängig von der Exekutive und Legislative ist) – die Person, die zum Richter ernannt wurde, der über eine bestimmte Rechtssache entscheidet, kein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellt** (§ 284). Zwar wurde in dem Urteil *in concreto* der Fall der Ernennungen in die Disziplinarkammer des OG untersucht und festgestellt, dass es sich dabei nicht um ein auf Gesetz beruhendes Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK handelt, aber wie bereits betont, bestand der Kern des offensichtlichen Rechtsverstoßes in der Empfehlung von Personen für richterliche Ämter durch den LJR, dessen Form durch die Änderung vom 8.12.2017 festgelegt wurde. Herr Igor Zgoliński wurde aufgrund einer solchen – gegen polnisches Recht verstoßenden – Empfehlung des LJR (Beschluss Nr. 1020/2019 vom 21.11.2019) zum Richter des OG in der Strafkammer

ernannt [...] was zu der Schlussfolgerung führen muss, dass der Verurteilte im Zuge der Prüfung des vorliegenden Falles (Beurteilung des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens) nicht die Gewähr hat, dass der Fall von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht entschieden wird (Art. 6 § 1 EMRK). Die oben dargelegten Folgen, die sich aus der Prüfung der Frage ergeben, ob die Zusammensetzung des Gerichts, das die angefochtene Entscheidung erlassen hat, ein unabhängiges und unparteiisches Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist, müssen dem Wortlaut der Bestimmungen des Art. 29 § 2 und 3 des Gesetzes über den OG (GOG), in der Fassung des Gesetzes vom 20.12.2019 zur Änderung des GSOG, des GOG und einiger anderer Gesetze – Dz. U. 2020, Pos. 190) gegenübergestellt werden. **Aus den Bestimmungen des Art 29 § 2 und 3 GOG geht hervor, dass es im Rahmen der Tätigkeit des OG oder seiner Organe unzulässig ist, die Rechtmäßigkeit von Gerichten, Verfassungsorganen und Organen der Rechtskontrolle und des Rechtsschutzes in Frage zu stellen (§ 2), und es ist auch unzulässig, dass der OG oder eine andere Behörde die Rechtmäßigkeit der Ernennung eines Richters oder die sich aus dieser Ernennung ergebende Befugnis zur Ausübung richterlicher Tätigkeiten feststellt oder beurteilt (§ 3).** Im Zusammenhang mit dem Verständnis des Maßstabs von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist klar, dass diese Normen unter Androhung von Sanktionen Beurteilungen in dem Maße verbieten, in dem jedes Gericht beurteilen sollte, ob ein bestimmtes Gericht, das mit einem Fall befasst ist, ein unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht ist. Mit der Schaffung dieser Normen wollte der Gesetzgeber die Anwendung von Art. 6 Abs. 1 EMRK in einem bestimmten Bereich verhindern, was unzulässig und rechtswidrig ist (Art. 9 Verf); es handelt sich also um ein Beispiel für eine gesetzliche Rechtswidrigkeit (Sanktionierung der Einhaltung eines höherrangigen Gesetzes). Die Richter sind bei der Anwendung des Rechts uneingeschränkt der Verfassung und den Gesetzen unterworfen (Art. 178 Abs. 1 Verf). Mit diesem Grundsatz ist die in Art. 91 Abs. 2 Verf enthaltene Kollisionsnorm verbunden, die eine Verpflichtung zur Verweigerung der Anwendung des Gesetzes im Falle einer Kollision mit einem, durch ein Gesetz ratifiziertes internationales Abkommen vorsieht. Diese Verfassungsnorm betrifft Richter, die das Recht anwenden. Um diesen Zusammenhang näher zu beleuchten, seien Auszüge aus der Begründung des Beschlusses des VerfGH in der Rechtssache P 37/05 (OTK-A 2006, Heft. 11, Pos. 177) zitiert: „... Die Vorlage einer Rechtsfrage an den VerfGH ist nur dann zulässig, wenn der Ausgang des vor dem Gericht anhängigen Verfahrens von der Antwort auf die Rechtsfrage abhängt. Die Anerkennung, dass im Falle eines Konflikts zwischen einer Norm des nationalen Rechts und einer Norm des Gemeinschaftsrechts letztere vorrangig anzuwenden ist, führt zu der Schlussfolgerung, dass im untersuchten Fall die von Art. 193 Verf geforderte Abhängigkeit nicht gegeben ist. Das Gericht, das das Gesetz anwendet, entscheidet selbst, wie ein solcher Konflikt zu lösen ist.“ In dem Urteil heißt es weiter: „Die nationalen Gerichte haben auch das Recht und die Pflicht, die Anwendung einer nationalen Norm zu verweigern, wenn diese im Widerspruch zu den Normen des Gemeinschaftsrechts steht. In einem solchen Fall hebt das nationale Gericht die nationale Regelung nicht auf, sondern

weigert sich lediglich, sie anzuwenden, soweit es der Gemeinschaftsregelung Vorrang einräumen muss.“ Schließlich wies der VerfGH auf Folgendes hin: „... Das Problem der Lösung von Konflikten mit nationalen Gesetzen bleibt somit im Prinzip außerhalb des Interesses des VerfGH. Es ist Sache des OG, der Verwaltungsgerichte und der ordentlichen Gerichte, zu entscheiden, ob ein Gesetz dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, und es ist Sache des EuGH, im Wege der Vorabentscheidung zu entscheiden, was die Normen des Gemeinschaftsrechts bedeuten...“ und „in der besonderen Situation einer Kollision zwischen einem Gesetz und dem Gemeinschaftsrecht ist die Befugnis des Gerichts, eine Rechtsfrage zu stellen, durch die in Art. 91 Abs. 2 der Verf enthaltene Kollisionsnorm und die Grundsätze der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, vor allem den Grundsatz der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Falle einer Kollision mit einem Gesetz, in gewisser Weise eingeschränkt.“ Es stimmt, dass sich das Gericht in dieser Entscheidung auf das Gemeinschaftsrecht (Art. 91 Abs. 3 Verf) bezieht, aber diese – sehr wichtigen – Aussagen beziehen sich auch auf die EMRK, da die Konvention gemäß dem in Art. 91 Abs. 2 Verf festgelegten Verfahren ratifiziert wurde. Wenn die Richter – die uneingeschränkt der Verfassung und den Gesetzen unterliegen (Art. 178 Abs. 1 Verf) – bei der Rechtsanwendung in einem bestimmten Fall einen Konflikt zwischen nationalem Recht und einem internationalen Abkommen feststellen, das mit vorheriger, in einem Gesetz zum Ausdruck gebrachter Zustimmung ratifiziert wurde, sind sie daher verpflichtet, den Kollisionsmechanismus von Art. 91 § 2 Verf anzuwenden (vgl. L. Garlicki, Polnisches Verfassungsrecht, Warschau 2000, S. 148; Z. Witkowski [Hrsg.] Verfassungsrecht, Thorn 2006, S. 141; P. Grzegorzczuk, Rechtsfolgen der Urteile des EGMR in der nationalen Rechtsordnung, PS 2006, Nr. 6, S. 7 m. w. N.). Es lohnt sich, daran zu erinnern – insbesondere heutzutage, wo der VerfGH die vom EGMR auf der Grundlage der EMRK aufgestellten Standards nicht respektiert –, dass in der Rechtsprechung des VerfGH darauf hingewiesen wurde, dass ein „Unterschreiten“ des in der EMRK enthaltenen Standards in der Tat gleichbedeutend mit der Unwürdigkeit einer solchen Regelung mit der Verfassung wäre (Urteil des VerfGH vom 19.2.2008, P 48/06, OTK-A 2009, Nr. 8, Pkt. 124). Angesichts eines solchen Verhaltens des VerfGH, der im Fall U 2/20 die gesetzlichen Normen nicht ausreichend mit den Normen der Konvention kontrolliert hat, hat jedes Gericht, einschließlich des OG, eine besondere Verpflichtung, die gesetzlichen Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Übereinstimmung mit der EMRK zu kontrollieren, wobei es sich davon leiten lässt, wie eine bestimmte Norm der EMRK durch den EGMR und nicht durch den VerfGH ausgelegt wird.

Folglich erfordert die Notwendigkeit, den Konventionsstandard eines fairen Verfahrens in Bezug auf den Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht zu erfüllen, in Anwendung von Art. 91 Abs. 2 Verf die Verweigerung der Anwendung der Bestimmungen von Art. 29 Abs. 2 und 3 GOG und, als weitere Folge, die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, so dass der Verurteilte im weiteren Verfahren Anspruch auf die Garantien nach Art. 6 Abs. 1 EMRK hat. Es sei darauf hingewiesen, dass die genannten Bestimmungen des Art. 29 § 2 und 3 GOG nunmehr auch von der

Schutzanordnung des EuGH vom 14.7.2021 in der Rechtssache C-204/21 R (Buchstabe d des Beschlusses) erfasst werden. Das Urteil des VerfGH in der Rechtssache P 7/20 vom 15.7.2021 ist mit demselben Mangel behaftet wie das Urteil in der Rechtssache U 2/20 (J. Piskorski wirkte daran mit) und entfaltet schon aus diesem Grund – wie oben dargelegt – nicht die Wirkung nach Art. 190 Abs. 1 Verf.

Aus diesen Gründen entschied das OG wie im Beschluss.

Literaturverzeichnis

Polnische Gesetze

VerfGH-Gesetze: Gesetz über das Verfahren beim VerfGH: Dz. U. 2016, Pos. 2072, mit späteren Änderungen.

Gesetz über die Richter am VerfGH: Dz.U. 2016, Pos. 2073, einheitliche Fassung: Dz. U. 2018, Pos. 1422, Einführungsgesetz zum VerfGHG: Dz.U. 2016, Pos. 2074, mit späteren Änderungen.

Gesetz über die Änderung des Rechts über das System der ordentlichen Gerichte (GSOG), das OG (GOG) sowie einiger anderer Gesetze, Dz. U. 2020, Pos. 190.

Urteile des polnischen VerfGH

Urteil des VerfGH vom 3.12.2015, Sign. K 34/15, Dz. U. 2015, Pos. 2129, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 185, KSAG 2016 Nr. 2.

Urteil des VerfGH vom 9.12.2015, Sign.: K 35/15, Dz. U. 2015, Pos. 2147, OTK Serie A 2015 Nr. 11, Pos. 186, KSAG 2016 Nr. 2.

Urteil des VerfGH vom 9.3.2016, Sign.: K 47/15, Dz. U. 2018, Pos. 1077, das im Dz.U. mit der Bemerkung: „Erlassen unter Verletzung des Rechts“ veröffentlicht wurde, KSAG 2016 Nr. 3, S. 95, OTK Serie A 2016, Pos. 2, OTK Serie A 2018, Pos. 31.

Urteil des VerfGH vom 11.8.2016, Sign.: K 39/16 Dz. U. 2018, Pos. 1078 GP, OTK Serie A 2016, Pos. 71, Przeg.Orz. SA Gd. 2016 Nr. 4, S. 109, OTK Serie A 2018, Pos. 32.

Urteil des VerfGH vom 7.11.2016 Sign.: K 44/16, Dz. U. 2018, Pos. 1079, GP, OTK Serie A 2016, Pos. 86, Przeg. Orz. SA Gd. 2017 Nr. 1, S. 124, OTK Serie A 2018, Pos. 33.

Urteil des polnischen Obersten Gerichts

Beschluss des OG vom 16.9.2021 in der Sache I KZ 29/21.

Urteile des EuGH

Urteil des EuGH vom 2.3.2021 – Rechtssache C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

Urteil des EuGH vom 5.11.2019 in der Rechtssache C-619/18, ECLI:EU:C:2019:924.

Urteil des EuGH vom 19.11.2019 verbundene Rechtssachen C-585/18, C-624/18 und C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982.

Urteile des EGMR

Urteil des EGMR vom 7.5.2021, Xero Flor Polen GmbH v. Polen, Antrag Nr. 4907/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0507JUD000490718.

Urteil des EGMR vom 29.6.2021, Broda und Bojara v. Polen, Antrag Nr. 26691/18 und 27367/18, ECLI:CE:ECHR:2021:0629JUD002669118.

Urteil des EGMR und vom 22.7.2021, Reczkowicz v. Polen Antrag Nr. 43447/19.