

Begrüßung durch den Präsidenten des OGH

1. Geburtsstunde der richterlichen Unabhängigkeit

Ich darf als Richter und damit Praktiker begrüßen. Auch wenn die staatliche Gerichtsbarkeit in Österreich in die ordentliche und diejenige öffentlichen Rechts zerfällt und demnach drei Höchstgerichte existieren, ist der OGH – 1848 aus der Obersten Justizstelle herausgelöst, wovon die Ahnentafeln in unserem Vestibule steinernes Zeugnis geben – das älteste Höchstgericht. Forgó-Feldner hat 2012 einen spannenden Vortrag über die Errichtung des OGH in unserem Haus gehalten, der von Georg Kodek, in einem sehr empfehlenswerten Sammelband herausgegeben wurde.¹

*Demnach sind 1848 Ministerien als Ersatz für Hofstellen geschaffen und Justizgesetzgebung und Justizverwaltung aus der seit 1749 bestehenden Obersten Justizstelle herausgelöst worden. Das bedeutete die grundsätzliche **Trennung von Justiz und Verwaltung** und war nach Forgó-Feldner „Ausdruck des beginnenden Rechtsstaats“. Am 21. August erhält die Oberste Justizstelle die Benennung „Oberster Gerichtshof“. Eingaben in Zivil- und Strafsachen waren von nun an an den OGH und nicht mehr an „Eure Majestät“ zu richten. Nach der 1850 erlassenen provisorischen Strafprozessordnung sind die Richter unabhängig und unabsetzbar, die Verfahren öffentlich und mündlich, und es gilt der Anklageprozess. Endgültig abgesichert werden Anklagegrundsatz, Öffentlichkeit, richterliche Unabhängigkeit und Trennung von Justiz und Verwaltung durch das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt 1867.*

*In Zivilsachen aufgrund der Gerichtsinstruktion 1853, in Strafsachen nach der provisorischen Strafprozessordnung 1850 sind nun auch die **Entscheidungsgründe** mitzuteilen, ein Recht, das heute von Art. 6 MRK als Grundrecht abgesichert ist. **Widersprüche in der Rechtsprechung** – man kann unter dem Aspekt der Gleichgerechtigkeit auch von Ungerechtigkeiten sprechen – sind nun leicht erkennbar. Schon 1853 hatte der erste Präsident des OGH Graf Ludwig von Taaffe mit Präsidialerlass die Anlegung eines Präjudicienbuchs angeordnet.*

¹ Birgit BORGÓ-FELDNER, Der OGH und der Zugang zu seinen Entscheidungen in historischer Perspektive, in: Georg. E. KODEK (Hg.), Zugang zum OGH. Vorträge des Symposiums „Zugang zum OGH in Zivil- und Strafrechtssachen“ (Wien 2012) 1–42. Die Zitate zu Abschnitt 1. sind dieser Abhandlung entnommen.

Mit dem kaiserlichen Patent vom 28. Juni 1850 wird das „organische Gesetz über die Gerichtsstellen“ erlassen, das die neue Gerichtsverfassung festsetzt. § 1 normiert einen Obersten Gerichts- und Kassationshof. Justizminister war damals Ritter von Schmerling, späterer dritter Präsident dieses Gerichts, nach dem der Schmerlingplatz benannt ist, wo heute der Justizpalast steht, dessen Errichtung Franz Joseph 1874 zur Unterbringung aller in Wien ansässigen Gerichtshöfe angeordnet hatte. Das „hohe Ziel der Rechtseinheit zwischen allen Teilen des Kaiserstaates“ – so erfährt man aus seinem Vortrag im Ministerrat – könne „nur dann erreicht werden, wenn im Zentrum des Staates am Sitz aller hoher Staatsgewalten auch der oberste Gerichtshof zur Wahrung und Heranbildung eines einheitlichen Rechtes für alle Kronländer besteht.“

Die Errichtung des Justizpalasts hatte Justizminister Glaser angeregt. Er hatte bereits in den 1850er Jahren die Glaser-Ungersche Entscheidungssammlung begonnen. Nachdem sich das Justizministerium bis dahin unter Berufung auf § 12 ABGB, wonach „die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urteile nie die Kraft des Gesetzes haben“, der wiederholten Anregung des OGH verschlossen hatte, einer Veröffentlichung amtlich gesammelter Judikate zuzustimmen, konnte Schmerling nun „im Einverständnis mit dem Justizminister“ diese einleiten und festhalten, „daß die Veröffentlichung des Inhalts des Spruchrepertoriums und des Judicatenbuchs, wenn auch derselbe ganz eigentlich der Spruchpraxis des obersten Gerichtshofes dienen soll, für die gesamte Rechtspflege von erheblichem Nutzen“ sei.

Diese aus der Geschichte speziell des Obersten Gerichtshofs entnommenen Eckpunkte markieren noch heute immer wieder gestellte Grundfragen der Gerichtsbarkeit insgesamt. Es geht um das, was Gerichte entscheidend ausmacht. Es geht mit anderen Worten um Unabhängigkeit, die durch Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit garantiert werden soll. Es geht aber auch um Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung und damit um die Steuerungsfunktion des Rechts, um Gleichgerechtigkeit: Heute prominent in § 502 ZPO hervorgehoben – im Strafverfahren durch ein Zusammenspiel von ordentlicher Nichtigkeitsbeschwerde, Wahrungsbeschwerde und Erneuerungsantrag ohne Befassung des EGMR.²

2. Inhalt der richterlichen Unabhängigkeit

Unabhängigkeit behält die österreichische Verfassung allein Berufsrichterinnen und -richtern vor. In – bewusst zugespitzter – Diktion von Verfassungsrechtslehrern bedeutet Unabhängigkeit Unverantwortlichkeit. Schon im Begriff Un-

² Instruktiv Peter LEWISCH, Der Zugang zum OGH in Strafsachen aus anwaltlicher Sicht, in: KODEK, Zugang zum OGH 139–154.

verantwortlichkeit kann das in richterlicher Unabhängigkeit liegende Spannungsverhältnis unmittelbar erfasst, geradezu sinnfällig gemacht, gespürt werden.

Nach Walter³ bedeutet richterliche Unabhängigkeit „eine besondere Stellung des Richter gegenüber Rechtsquellen. Eine Weisung ist für ihn – anders als für den Verwaltungsbeamten – keine Rechtsquelle, er hat sie unbeachtet zu lassen. Er wird nur durch Rechtsformen gebunden, die auch den Rechtsunterworfenen, der außerhalb des staatlichen Organisationsapparates steht, zu binden vermögen.“ Und weiter: „Die richterliche Unabhängigkeit ist kein Privileg für den Richter, sondern eine Garantie für den Rechtsunterworfenen. Die Unabhängigkeit ist die Garantie für den Rechtsunterworfenen, daß nur auch für ihn geltendes Recht auf ihn angewendet wird, das Organ nicht durch Vorschriften gebunden wird, die nur das Organ, nicht den Rechtsunterworfenen binden.“

Wiederin hat die strikt rechtslogische Ableitung als auch teleologisch plausibel bewertet. Er sagt: „Informelle Einflussnahmen auf das richterliche Geschäft sind ebenso unvermeidlich wie unschädlich. Sie rechtlich zu fassen oder verbieten zu wollen, ist zum einen ein schwieriges, wenn nicht vergebliches Unterfangen. Zum anderen ist es den Aufwand nicht wert, weil all das den Richter nicht ernstlich tangiert. Gegen die Weisung braucht er den spezifischen Schutz der Unabhängigkeit, erst durch die Befreiung von allen internen rechtlichen Bindungen kommt er in die Lage, bei seiner Entscheidung ausschließlich dem Gesetz zu folgen. Dem informellen Einfluss unterhalb der Weisungsschwelle kann er gut ohne diesen Panzer trotzen, da er ja unabsetzbar und unversetzbar ist. **Eben weil der Richter um Anstellung, Stellung, Einkommen und Auskommen nicht fürchten muss, erwarten wir von ihm, dass er unverbindlichen, bloß psychologisch wirkenden Einflussnahmen standhält. Denn schließlich muten wir das ja auch dem Bürger zu, der in seiner Stellung zu Gesetz und Weisung dem Richter gleicht.**“

Art. 87 Abs 1 B-VG verbietet nach Wiederin demnach – nur, aber immerhin – „jegliche Intervention, die dem Richter eine autonom geschöpfte, nur dem Gesetz verpflichtete Entscheidung unmöglich macht oder sie erheblich erschwert, und er verpflichtet möglicherweise die Gesetzgebung, Richter gegen solche Interventionen von privater Seite zu schützen.“⁴

3. Gesetzesbindung

Weisungsfreiheit ist die eine Seite der Unabhängigkeit, die andere ist – wie Öhlinger hervorstreicht – die Bindung an das Gesetz.⁵ Und damit sind

³ Robert WALTER, *Verfassung und Gerichtsbarkeit* (Wien 1960) 54 ff.

⁴ Ewald WIEDERIN, Anmerkung zu OGH 20. 3. 2014, Ds 25/13, in: JBl. 136 (2014) 409–412, hier 410 f.

⁵ Theo ÖHLINGER, *Unabhängigkeit der Gerichte – zwei Seiten einer Medaille*, in: RZ 93 (2015) 83–85, hier 85.

wir bei der modernen Beziehung von **Demokratie und Rechtsstaat**. Sie beruht auf dem Willen zur Befolgung demokratisch erzeugter Normen auf beiden Seiten, sowohl auf Seite der gewählten Repräsentanten des Volkes wie auch auf derjenigen der Richterinnen und Richter.

Gesetze, welche die politische Entscheidung an Richter delegieren, sei es aus Unfähigkeit, weil sie schlecht gearbeitet sind und damit ihre Regelungskraft verlieren, sei es aus Unwilligkeit, weil Entscheidungen im politischen Diskurs nicht lösbar scheinen, höhlen die Demokratie aus und muten Richterinnen und Richtern gesellschaftliche Wertungen zu, für die sie nicht legitimiert sind.

In einer Demokratie – so Öhlinger –, in der Recht dem Anspruch nach vom Volk ausgeht, bleibe die unvermeidliche rechtsschöpferische Komponente jeder Rechtsprechung ein irritierendes Faktum. Das demokratische Defizit dieser Rechtsschöpfung verlange als Kompensation hohen Begründungsaufwand für Entscheidungen vor allem der Höchstgerichte. Nur mit einer solchen Verpflichtung lege sich die Rechtsprechung selbst jene Schranken auf, die sie mit der Gewaltenteilung in einer Demokratie kompatibel macht.

Mit hohem Begründungsaufwand meint Öhlinger sicher nicht Wortreichtum, geschwätziges Aneinanderreihen je für sich plausibel erscheinender Argumente. Das wäre sogar eine besonders gefährliche Form von Machtausübung, die nicht besser wird, wenn dem Geschwätzigen die mangelnde Ordnung seiner Gedankenführung nicht bewusst ist. Besonders gefährlich deshalb, weil sie gegen Kritik immun ist, das Funktionieren einer Demokratie aber fundamental von kritischer Auseinandersetzung abhängt. Je weniger die Rückführung der Entscheidung auf das Gesetz fassbar, falsifizierbar ist, desto eher bleibt ein Gefühl des Ausgeliefertseins, das leicht in Staatsverdrossenheit umschlagen kann.

Dass Gesetzesbindung heute mit Blick auf völkerrechtliche Verträge, die dem Individuum unmittelbar Ansprüche – also nicht bloß die klassischen Abwehrrechte – gegen das Gemeinwesen einräumen und den Anwendungsvorrang des Europarechts komplizierter geworden ist, brauche ich vor Fachpublikum nicht zu sagen.

Schon gar nicht, welche Gefahr in zunehmender Beschwörung von Hochherzigkeiten im Völkerrechts- und Verfassungsrang liegt – welche mit demokratischen Mitteln zunehmend unkontrollierbare Macht hier bewusst oder unbewusst mehr und mehr den Gerichten zugeschoben wird.⁶

Kelsen, so erfährt man bei Wiederin, habe etwa „die unvermeidlichen Unschärfen im Maßstab noch als Ermächtigung des Richters begriffen, als politisches Mandat, über das der Richter im Unterschied zum Rechtswissenschaftler verfügt“. Wiederin spricht im Zusammenhang mit diesem „politischen Mandat“ aber nur von „unvermeidlichen Unschärfen“ und weist gleich anschließend

⁶ Zum Problem eindringlich Bernd RÜTHERS, Die geheime Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (Tübingen 2014).

darauf hin, dass keine andere Berufsgruppe den politischen Richter entschiedener ablehne als die Richterschaft selbst. Dass „Abwägungen politisch“ seien und man sie dem Richter daher ersparen müsse, klingt jedoch wie aus einer längst vergangenen Zeit.⁷

4. Unabhängigkeit und Justizverwaltung

Nach Öhlinger setzt richterliche Unabhängigkeit „ein soziales und organisatorisches Umfeld“ voraus, das diese Unabhängigkeit respektiert und ihr den entsprechenden Freiraum einzuräumen gewillt ist,“ andererseits aber auch „eine entsprechende Persönlichkeit“ der Richterin und des Richters.⁸

Für beides hat die Justizverwaltung Sorge zu tragen, die daher bei den Gerichten nur durch Richterinnen und Richter geführt werden darf, in einem subtilen Zusammenspiel monokratischer und kollegialer, insoweit nach Art. 87 Abs. 2 B-VG unabhängiger Justizverwaltung.

Denn auch der monokratischen Justizverwaltung ist, was zuweilen übersehen wird, die Amtspflicht auferlegt, das Funktionieren der Rechtspflege sicherzustellen. Sie darf sich dabei keineswegs auf die Führung des nichtrichterlichen Personals und die Bereitstellung des Sachaufwands beschränken.

Schon § 9 Abs. 2 VwGG (Verwaltungsgerichtshofgesetz) zeigt das Problem in aller Schärfe, indem das Gesetz dem Präsidenten des VwGH aufträgt, „bei voller Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit der Mitglieder auf eine möglichst einheitliche Rechtsprechung Bedacht zu nehmen.“ Weisungsfreiheit und Einfluss auf die Rechtsprechung schließen einander demnach nicht aus, verlangen aber sachgerechten Umgang miteinander.

Diesen Umgang normiert auch § 73 GOG (Gerichtsorganisationsgesetz), der die Organe der Justizverwaltung dazu verpflichtet, auch **Richter zur Besorgung ihrer Aufgaben anzuhalten** und erforderlichenfalls Hilfe anzubieten und dabei zweifellos nicht übersieht, dass Aufgabe von Richterinnen und Richtern nahezu ausschließlich⁹ Rechtsprechung ist.

Mit sachgerechtem Umgang ist nicht das gemeint, was dem langjährigen und dabei höchst verdienstvollen Standesvertreter Markel im Anschluss an eine in eigener Sache getroffene Entscheidung unseres hauseigenen Disziplinarsenats zentral erscheint, nämlich Rücksichtnahme auf die Befindlichkeit betroffener

⁷ Ewald WIEDERIN, Die Neue Wiener Schule und die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Recht – Wissenschaft – Theorie 8, Tübingen 2013) 85–97.

⁸ ÖHLINGER, Unabhängigkeit der Gerichte 84.

⁹ Zu den seltenen, nicht der Zustimmung bedürftigen Ausnahmen zählen etwa Funktionen im Rahmen der Ausbildung von Richterinnen und Richtern (§ 58a RStDG) und bei der Rechtssatzbildung (§ 15 Abs. 1 zweiter Satz OGHG).

Richter.¹⁰ Die Besonderheit der richterlichen Stellung besteht nicht in einem Monopol auf anständigen Umgang durch Dienstvorgesetzte. Anständigen Umgang schuldet die monokratische Justizverwaltung anderen Justizangehörigen um nichts weniger.¹¹

*Will ein „Organ der Justizverwaltung“ seiner von § 73 Abs. 1 Z. 3 GOG normierten Pflicht nicht nachkommen, missbraucht es seine Befugnis, Amtsgeschäfte vorzunehmen. Denn „die Dienstaufsicht“ – so schreibt der ehemalige Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier – darf „nicht allein im Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit gesehen werden, sie muss auch als Instrument der Sicherung und Durchsetzung der staatlichen Justizgewährpflicht gewürdigt werden, welche insbesondere das Gebot einer dem **Gesetzmäßigkeitsprinzip** entsprechenden richterlichen **Entscheidung überhaupt und in angemessener Zeit** enthält.“¹²*

5. Standes- und Schiedsgerichtsbarkeit

Unabhängigkeit im bisher gebrauchten Sinn ist Ausdruck einer bestimmten Beziehung. So brauchen etwa die von Art. 91 B-VG angesprochenen Mitwirkenden aus dem Volk nicht unabhängig gestellt zu werden, wie Walter dargelegt hat: „Obzwar der Berufsrichter bereits unabhängig gestellt war,“ habe „sich der Liberalismus für die Beziehung von Laienrichtern ausgesprochen, da die Berufsrichter doch vom Staate abhängig, Laienrichter dagegen unabhängig seien.“¹³ Soweit ständischen Mitgliedern von Disziplinarsenaten und privaten Schiedsrichtern Unabhängigkeit zukommt, geht es nicht um Unabhängigkeit vom Staat aufgrund beamteter Stellung.

Die Beziehung derart gerichtsförmiger Erscheinungen zum Staat ist Gegenstand des abschließenden Teils dieser vielschichtigen Tagung. Man kann sie aus verschiedenen Blickwinkeln sehen.

¹⁰ Ernst MARKEL, Dienstaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, in: JBl. 136 (2014) 407 (Entscheidungsanmerkung).

¹¹ Vgl § 57a RStDG.

¹² Hans-Jürgen PAPIER, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, in: Neue juristische Wochenschrift 5 (2001) 1089–1094, hier 1091 [Hervorhebung durch mich].

¹³ WALTER, Verfassung und Gerichtsbarkeit 37.

So wurden etwa Beleihungen nach Wiederin im 19. Jahrhundert „als Phänomene der Verstaatlichung gewertet und als Eingliederungen wahrgenommen. Ende des 20. Jahrhunderts waren sie plötzlich ein Ausgliederungssymptom und ein Beleg dafür, dass sich der Staat auf dem Rückzug befindet.“¹⁴

Es erwarten uns also bis zuletzt ein überaus spannendes Programm und außergewöhnliche Referenten. Für Organisation und Programm zeichnen Thomas Olechowski, Eva Ortlieb und Christoph Schmetterer verantwortlich. Ihnen ist herzlich dafür zu danken.

Wien, 11. Dezember 2015

Hon.-Prof. Dr. Eckart RATZ

¹⁴ Ewald WIEDERIN, Entstaatlichung des Rechts: Stellungnahme zum Referat Prof. Dr. Röthels, in: Rudolf MÜLLER (Hg.), Entstaatlichung des Rechts. 58. Jahrestagung der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission (gemeinsam veranstaltet mit der Österreichischen Juristenkommission) vom 18. bis 20. Oktober 2013 in München. Vorträge und Diskussionen (= Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat 43, Wien 2014) 31–37, hier 32.