

Gedanken über die richterliche Unabhängigkeit¹

Ewald Wiederin, Wien

Übersicht:

I. Der Stand der Meinungen	1
II. Die Gleichsetzung von Unabhängigkeit mit Weisungsfreiheit	3
A. Begründung	3
B. Kritik	4
III. Thesen zur Diskussion	7
A. Die Unabhängigkeitsgarantie als Absicherung der Gesetzes- bindung	8
B. Art 87 Abs 1 B-VG als Organisationsgarantie	8
C. Absage an einen unantastbaren Kernbereich	10
D. Richterliches Amt und sein Schutz jenseits von Weisungen	11
E. Mögliche Einwände	14

I. Der Stand der Meinungen

Seit es Verfassungen gibt, trennen sie die Gerichtsbarkeit von der Verwaltung und schirmen sie die Richter gegen deren Einfluss ab. Die richterliche Unabhängigkeit wird deshalb zu den Kerngehalten der modernen Verfassungstradition gezählt, und diese Einschätzung ist in meinen Augen sogar noch untertrieben, denn die richterliche Unabhängigkeit ist so etwas wie ein Fundament, das mitunter schon vor den Verfassungen da war und ihren Aufbau ermöglicht hat. Das zeigt die österreichische Geschichte recht gut. Eine Trennung der Justiz von der Verwaltung, die sich durch alle Instanzen zieht, gibt es seit 150 Jahren.² Die richterliche Unabhängigkeit ist älter, sie war schon im Absolutismus weitgehend zugestanden, seit das Westgalizische Bürgerliche Gesetzbuch von 1797 ein Machtspruchverbot eingeführt hatte,³ und sie wurde seither nicht mehr angefochten, solange Österreich selbständig war, im Neoabsolutismus war sie ebenso akzeptiert wie im Stän-

¹ Die Vortragsform und der essayistische Charakter wurden beibehalten.

² Vgl Art 14 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt RGBI 1867/144 (idF: StGG-rG) und das Gesetz über die Einrichtung der politischen Verwaltungsbehörden RGBI 1868/44.

³ Vgl *Michael Kotulla*, Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit, in *Ferdinand Kirchhof/Hans-Jürgen Papier/Heinz Schäffer* (Hrsg), Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten (2007) 199 (213). Skeptischer *Gerald Kohl*, Zur Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit bis zum Bundes-Verfassungsgesetz 1920, in *Barbara Helige/Thomas Olechowski* (Hrsg), 100 Jahre Richtervereinigung. Beiträge zur Juristischen Zeitgeschichte (2007) 9 (10 ff).

destaat. Entwicklungen im Osten Europas zeigen uns aber, dass selbst dieser Fels der Rechtsstaatlichkeit unterminiert werden kann.⁴

Es lohnt sich daher, die Frage zu stellen, was sie denn bedeuten, die neun Worte im ersten Absatz des Artikels 87 B-VG, wonach die Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig sind. *Leo Elsner*, der erste Präsident der österreichischen Richtervereinigung, vermerkte im Jahr 1912 mit Staunen, dass alle Juristen die richterliche Unabhängigkeit zu den Palladien einer guten Rechtspflege zählen, dass über ihren Inhalt aber jeder eine andere Vorstellung hat.⁵ Hundert Jahre später ist das offenbar anders. In allen Lehrbüchern, mögen sie nun das Verfassungsrecht, das Zivilprozessrecht oder das Strafprozessrecht behandeln, steht mehr oder weniger dasselbe: Unabhängigkeit bedeutet, dass die Richter keinen Weisungen unterworfen sind. Darüber sind wir uns alle einig.⁶

Weniger klar ist hingegen, ob sich die Unabhängigkeit in der Weisungsfreiheit erschöpft. Die meisten Autoren bejahen dies, wenn auch selten explizit.⁷ Andere scheinen es zu verneinen, indem sie schreiben, dass Unabhängigkeit „insbesondere“, „primär“, „im wesentlichen“ oder „vor allem“ Weisungsfreiheit bedeute.⁸ Aber kaum jemand fügt an, was Art 87 Abs 1 B-VG denn sonst noch

⁴ Statt vieler *Peter M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, *Der Staat* 56 (2017) 389 (390 ff), und *Christoph Grabenwarter*, Neuere Verfassungsentwicklungen in Europa und „Europäisches Verfassungsrecht“ – Die Rolle der Venedig-Kommission, in *Stefan Kadelbach* (Hrsg), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union* (2018) 61 (72 ff).

⁵ *Leo Elsner*, Gedanken über die verfassungsrechtliche Stellung des Richters, *Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter* 5 Nr 8 (1912) 2 (2).

⁶ Vgl die Bestandsaufnahme bei *Christoph Altmann*, *Richterliche Unabhängigkeit: Inhalt – Reichweite – Bedrohungen* (jur Diss Wien 2017) 6 ff. Dieser Arbeit und den Gesprächen mit ihrem Autor verdanke ich mehr, als ich durch Zitate zum Ausdruck bringen kann.

⁷ In aller Deutlichkeit *Robert Walter*, *Verfassung und Gerichtsbarkeit* (1960) 56 ff; *derselbe*, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System* (1972) 544; *derselbe*, *Die Gerichtsbarkeit*, in *Herbert Schambeck* (Hrsg), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung* (1980) 443 (466). Ebenso implizit *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Stefan L. Frank*, *Österreichisches Staatsrecht Bd 2: Staatliche Organisation*³ (2014) Rz 35.007; *Walter Antonioli*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1954) 6; *Hans Fasching*, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozesses. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*² (1990) Rz 141; *Christoph Grabenwarter/Michael Holoubek*, *Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht*³ (2016) Rz 325 („unabhängig, dh weisungsfrei“); *Andreas Hauer*, *Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts*³ (2014) Rz 21; *Andreas Janko*, *Staats- und Verwaltungsorganisation* (2014) Rz 51; *Friedrich Kojas*, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*³ (1996) 7, 9; *Heinz Mayer/Gerhard Muzak*, *Bundes-Verfassungsgesetz. Kurzkommentar*⁵ (2015) 335; *Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*¹¹ (2015) Rz 770; *Winfried Platzgummer*, *Grundzüge des österreichischen Strafverfahrens*⁸ (1997) 30; *Bernhard Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁵ (2017) Rz 204; *Eckart Ratz*, *Zur Unabhängigkeit von Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit*, *ÖJZ* 2016, 492 (493 f); *Walter Rechberger/Daphne-Ariane Simotta*, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren*⁹ (2017) Rz 51; *Kurt Ringhofer*, *Die österreichische Bundesverfassung. Kommentar* (1977) 264, 269; *Stefan Seiler*, *Strafprozessrecht*¹⁷ (2018) Rz 152.

⁸ Vgl *Theo Öhlinger/Harald Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹¹ (2016) Rz 634; *Arno Kahl/Karl Weber*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁶ (2017) Rz 9; *Alexandra Kunesch*, *Wenn die Verfassung schweigt: zur Bindung ordentlicher Richter an verwaltungsbehördliche und verwaltungsge-*

garantiert oder verbietet; soweit Stellungnahmen vorliegen, wird meist auf ein Gebot wirtschaftlicher Absicherung hingewiesen.⁹ Eine jüngere Entscheidung des Obersten Gerichtshofs¹⁰ hat freilich Bewegung in die Debatte gebracht. In ihr wird die herrschende Lehre, die richterliche Unabhängigkeit mit Weisungsfreiheit gleichsetzt, noch nicht einmal erwähnt. Stattdessen heißt es, dass Art 87 B-VG die Richter vor Druck schützt, vor unzulässigem Druck jedenfalls. Dem schließen sich das eine Lehrbuch und der andere Kommentar mittlerweile auch schon an.¹¹

II. Die Gleichsetzung von Unabhängigkeit mit Weisungsfreiheit

Die Gleichsetzung von Unabhängigkeit mit Weisungsfreiheit geht auf *Hans Kelsen*, *Adolf Merkl* und den Verfassungsgerichtshof der Zwischenkriegszeit zurück.¹²

A. Begründung

In der Zweiten Republik hat *Robert Walter*, damals Richter in Wien, sie in seiner Habilitationsschrift aufgegriffen und erstmals dogmatisch präzise untermauert.¹³ Was laut *Walter* den Richter auszeichnet, ist seine besondere Stellung gegenüber den Rechtsquellen:¹⁴ Der Richter ist nur dem Gesetz unterworfen, so wie die Bürgerin, aber anders als der Verwaltungsbeamte, der auch an Weisungen gebunden ist. Für den Richter ist in seinem Amt nur außenwirksames Recht beachtlich, Rechtsquellen im staatlichen Innenverhältnis gehen ihn nichts an.

Damit hat es nach *Walter* auch schon sein Bewenden, weil mehr an Schutz nicht nötig ist. Er räumt ein, dass es neben der Weisung vieles andere gibt, was die Richterin beeinflussen kann: Hetze in der Presse, Vorhaltungen durch die Re-

richterliche Entscheidungen, JBl 2017, 560 (563); *Franz Matscher*, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ÖZöRV 31 (1980) 1 (16); *Richard Novak*, Das Verfassungsbild des Richters unter den Anforderungen der Gegenwart, RZ 1984, 194 (195).

⁹ So in Anschluss an VfSlg 14.867/1997 *Clemens Jabloner*, Rechtsstaatskonzepte. Gedanken zur Unabhängigkeit in Justiz und Verwaltung, in *ÖJK* (Hrsg), Rechtsstaat und Unabhängigkeit (2007) 18 (20); *Christian Piska*, Art 87 Abs 1 und 2 B-VG, in *Karl Korinek/Michael Holoubek* ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (14. Lfg 2018) Rz 10; *Stefan Storr*, Art 87 B-VG, in *Benjamin Kneihls/Georg Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2014) Rz 11.

¹⁰ OGH 20. 3. 2014, Ds 25/13 = JBl 2014, 404 mit Anm von *Ernst Markel* (407) und *Ewald Wiederin* (409).

¹¹ Vgl *Walter Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁷ (2018) Rz 809, und *Storr*, Art 87 B-VG (FN 9) Rz 9.

¹² *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 181; *Adolf Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 40, 236 f. Aus der Rechtsprechung vgl neben den Entscheidungen zur Einordnung von Behörden in die Verwaltung oder die Gerichtsbarkeit vor allem VfSlg 313/1924.

¹³ *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (FN 7) 56 ff.

¹⁴ *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (FN 7) 58: „Nicht alles, was für andere Organe Rechtsquelle ist, kann auch für das unabhängige Organ Rechtsquelle sein.“

gierung, Einflussnahmen von Seiten der Polizei. Das alles liegt für *Walter* aber jenseits des juristisch Fassbaren, denn es bedeutet keine Beeinträchtigung des Organs, sondern erschöpft sich in psychologischen Einwirkungen auf die Person.¹⁵ Die Teleologie dahinter: Solche Einwirkungen rechtlich fassen zu wollen ist erstens schwierig, zweitens ist es den Aufwand nicht wert, weil es den Richter nicht ernstlich berührt. Gegen die Weisung braucht er den Schutz der Unabhängigkeit, erst durch die Befreiung von internen Bindungen kommt er in die Lage, bei seiner Entscheidung ausschließlich dem Gesetz zu folgen. Dem informellen Einfluss unterhalb der Weisungsschwelle kann er gut ohne sie trotzen, weil 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 bloß psychologisch wirkenden Einflussnahmen standhält.¹⁶

Eckart Ratz hat die *Waltersche* Auffassung jüngst verteidigt und ergänzt, dass das Gesetz bei Richtern von einer gefestigten Persönlichkeit ausgeht und eine solche auch verlangt.¹⁷ *Christian Piska* hat sich dem angeschlossen und hinzugefügt, dass dem Art 87 Abs 1 B-VG ein bestimmtes Charakterbild des Richters zu Grunde liegt und dass er den Richtern charakterliche Standfestigkeit und Amtsethos abverlangt.¹⁸

In verknappter Form ist Vergleichbares auch im Bericht des Verfassungsausschusses an das Abgeordnetenhaus aus dem Jahr 1867 zu Art 6 StGG-rG – der Vorgängerbestimmung zu Art 87 Abs 1 B-VG – zu lesen. Dort heißt es, es solle „die Unabhängigkeit der Richter von äußeren Hemmungen und Einflüssen durch deren Ernennung auf Lebensdauer und durch den Schutz der Gesetze gegen willkürliche Maßregeln der Entsetzung und Versetzung sichergestellt werden“.¹⁹

Soweit das herrschende Verständnis und seine Begründung.

B. Kritik

Ich räume ein und schicke meiner Kritik voraus, dass dieses Verständnis alles andere als unvertretbar erscheint, sondern gute systematische, historische und teleologische Argumente aufbieten kann. Was spricht dagegen, wo greift es zu kurz, warum sollten wir es revidieren?

Erste Zweifel sind mir deshalb gekommen, weil nach dieser Auslegung die richterliche Unabhängigkeit wenig bedeutet. Das zeigt sich, wenn man sie sich einfach wegdenkt. Dann ändert sich nämlich so gut wie nichts. Die Weisungsbin-

¹⁵ *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (FN 7) 56f, ferner *ibid* 68 in Auseinandersetzung mit *Merkl*, Verwaltungsrecht (FN 12) 236f, der zu Visitationen, Ausstellungen und Unterweisungen der Justizaufsicht festgehalten hatte, sie liefen auf „verblümete Weisungen“ hinaus.

¹⁶ So meine Rekonstruktion in JBl 2014, 410, die verschiedentlich als Parteinahme für *Walter* gelesen worden ist.

¹⁷ *Ratz*, ÖJZ 2016, 492 (493f, 495).

¹⁸ *Piska*, Art 87 Abs 1 und 2 B-VG (FN 9) Rz 12f.

¹⁹ Die neue Gesetzgebung Österreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen. 1. Bd: Die Verfassungsgesetze und die Gesetze über den finanziellen Ausgleich mit Ungarn (1868) 425 (426).

dung des Art 20 Abs 1 B-VG ist auf die Verwaltung bezogen und auf deren Organe beschränkt, auch ohne Art 87 Abs 1 B-VG wären Richter also weisungsfrei.²⁰ Die Garantie erschöpfte sich im Verbot an die einfache Gesetzgebung, die Richter an Weisungen zu binden, und läuft im Übrigen leer. Oder, anders gewendet: Als bloße Weisungsfreiheit verstanden, ist richterliche Unabhängigkeit bloß ein programmatisches Ziel, das durch die Mittel der Unabsetzbarkeit und der Unversetzbarkeit gewährleistet wird, aber keine Garantie, die neben ihnen steht und über sie hinausgeht. Richter haben bei dieser Lesart aus Art 87 Abs 1 B-VG nichts zu gewinnen, sondern werden durch ihn zunächst auf Charakterstärke verwiesen und sodann zu ihr verpflichtet.²¹

Für bedenklich halte ich die Weisungsdoktrin deshalb, weil Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit nicht nur im Wege der Weisung vorstellbar sind. Wenn eine Richterin durch die Polizei unter Androhung von Gewalt zu etwas gezwungen wird, dann haben wir einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor uns; wenn das Justizressort ihr mit Bescheid eine bestimmte Erledigung vorschreibt, wenn ihr vom Gerichtsvorsteher Nachteile bei Urlaub und Vorrückung angedroht werden, falls sie einer bestimmten Klage nicht stattgibt, dann haben wir es ebenso wenig mit einer Weisung zu tun wie bei einem Beschluss des Geschäftsverteilungsausschusses, der einen aus der sonstigen Linie des Gerichts ausscherehenden Richter mit Arbeit überhäuft. Wenn wir das Verbot von Weisungen beim Begriff nehmen und es auf Weisungen im technischen Sinne beziehen, dann läuft die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit oft leer, und vielfach genau dort, wo es sie braucht.

Bei einem technischen Verständnis von Weisung ist deshalb kaum jemand stehen geblieben. Vielfach wird betont, dass Art 87 Abs 1 B-VG Weisungen absolut verbietet²² und dass es auf die Selbstbezeichnung des Aktes nicht ankommt,²³ und mitunter wird hinzugefügt, dass eine Weisung stets dann vorliege, wenn Richter durch „interne“ Akte gebunden werden sollen, mögen sie sich auch unter anderen Bezeichnungen – bindende Erklärungen, Mitteilungen, Verlangen – verbergen.²⁴ Nach diesem weiten Verständnis ist Weisung alles, was der Intention nach auf eine Weisung hinausläuft und auch wie eine solche wirkt.²⁵ Das würde zwar für Schutz sorgen, es lässt sich aber nicht verallgemeinern.²⁶ Denn sonst müssten wir

²⁰ Vgl nur *Walter*, Bundesverfassungsrecht (FN 7) 549f, zur Unabhängigkeit von Laienrichtern, die seiner Auffassung nach dem Art 87 Abs 1 B-VG nicht unterfallen. Anders und falsch hingegen *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Bundesverfassung (FN 12) 181, wenn sie aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Statuierung der Unabhängigkeit eines Organs auf dessen Bindung an Weisungen schließen.

²¹ So nicht ohne Sarkasmus *Elsner*, Mitteilungen der Vereinigung der österreichischen Richter 5 Nr 8 (1912) 2: „Steht ja doch die Unabhängigkeit im Gesetze und ist sie ja durch Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit garantiert, es braucht also nur der Einzelne selbst ein unabhängiger Charakter zu sein!“

²² *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht Bd 2³ (FN 7) Rz 35.007; ähnlich *Walter*, Gerichtsbarkeit (FN 7) 466, wenn er abstrakte, konkrete, individuelle und generelle Weisungen aufzählt.

²³ *Mayer/Muzak*, Bundesverfassungsrecht (FN 7) 335.

²⁴ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (FN 7) Rz 770.

²⁵ Es findet sich schon bei *Merkel*, Verwaltungsrecht (FN 12) 237.

²⁶ So schon *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (FN 7) 68.

Verwaltungsbeamte deswegen zur Verantwortung ziehen, weil sie insistierenden Belehrungen nicht nachgekommen sind. Was auf eine Weisung hinausläuft, ist eben noch keine solche. Gleiches gilt für Maßnahmen. Sie wirken gewiss wie eine Weisung. Mit der Auskunft, man könne und solle solche Akte als absolut nichtig ignorieren, ist der betroffenen RichterIn freilich nicht geholfen.²⁷ Wer solche Akte in Weisungen umdeutet, verhindert Rechtsschutz, den es dringend braucht, und wer ihnen Janusköpfigkeit zumisst, greift zu einer suspekten Figur, um den Ansatz zu retten.

Mit der ihm eigenen Konsequenz hat *Walter* indes nicht bloß die Umdeutung solcher Akte in Weisungen abgelehnt, er hat bereits das Schutzbedürfnis in Abrede gestellt. Drohungen mit indirekten Sanktionen zeitigten gewiss ihre Wirkungen, eine solche Sanktion könne aber niemals offen wegen Nichtbeachtung der Drohung verhängt werden, sondern nur aus einem anderen, vorgeschobenen Grund. „Damit handelt es sich aber um einen Unrechtsakt, der für eine rechtliche Betrachtung nichts besagt.“²⁸ An diesem Argument ist richtig, dass es für den Sanktionsakt regelmäßig keine gesetzliche Grundlage gibt und dass er deshalb unabhängig davon aufgehoben oder für rechtswidrig erklärt werden kann, ob Art 87 Abs 1 B-VG nun einschlägig ist oder nicht. Nicht recht einleuchten will hingegen, dass Art 87 Abs 1 B-VG im Rahmen der Gesetzesprüfung nur dann eine Rolle spielen soll, wenn das Gesetz Weisungen regelt.

Schließlich fällt ins Gewicht, dass selbst *Robert Walter* ein technisches Verständnis der Weisung nicht durchzuhalten vermochte. Auch er hat Phänomene als Weisung qualifiziert, die keine sind, wiewohl sie ihr in den Wirkungen nahe kamen. Wenn der OGH von Rechtssätzen abgehen wollte, die ins Judikatenbuch eingetragen waren, war bis 1968 eine Verstärkung des Senats erforderlich. *Walter* sah darin eine Verletzung der Unabhängigkeit, weil er den Rechtssatz als Weisung an alle gegenwärtigen und künftigen Richterinnen und Richter des OGH interpretierte, ihm gemäß zu judizieren.²⁹ Das erscheint mir zum einen gekünstelt, der Rechtssatz war nicht mehr als eine Aussage über den Inhalt einer Rechtsvorschrift, die Verpflichtung zu seiner Beachtung resultierte allein aus dem Gesetz. Zum anderen schießt es über das Ziel hinaus, weil nicht alles, was man mit gleicher Berechtigung in eine Weisung umdeuten kann, gegen Art 87 Abs 1 B-VG verstößt. Die heutigen Regelungen, die den OGH beim Abgehen von einer ständigen Rechtsprechung zur Verstärkung verpflichten,³⁰ sind ebenfalls als Ermächtigung zur Erteilung von Weisungen interpretierbar: Die zuerst judizierenden Senate können die später kommenden anweisen, auf der von ihnen eingeschlagenen Linie zu bleiben, und ihnen die Bildung einer eigenen Rechtsmeinung untersagen. Dasselbe ist mit Bestimmungen möglich, die ein Gericht an die Auffassung eines anderen Gerichts binden. Wenn der Kreis der Parteien nicht identisch ist, dann sind Bindungswirkungen gewiss ein Problem – aber nur für

²⁷ Bei Bescheiden wäre dies anders; hier müssten wir jedoch die verwaltungsrechtliche Dogmatik umschreiben, weil nach ihrem derzeitigen Stand eine inhaltliche Rechtswidrigkeit des Bescheids niemals seine absolute Nichtigkeit nach sich zieht.

²⁸ *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (FN 7) 68.

²⁹ *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (FN 7) 71.

³⁰ § 8 OGHG.

die Parteien, nicht für die Richter und deren Unabhängigkeit.³¹ Wenn es anders wäre, müsste auch die Pflicht zur Vorlage an den EuGH nach Art 267 AEUV die Unabhängigkeit verletzen, weil sie sich mit weit mehr Berechtigung als Pflicht verstehen lässt, Weisung einzuholen, wie der konkrete Fall entschieden werden soll. Desgleichen wären *obiter dicta* in Rechtsmittelurteilen verboten, die für den weiteren Verfahrensgang Hinweise geben. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Zuge der Kassation von Bescheiden den Verwaltungsbehörden immer schon gerne gesagt, wie sie im fortgesetzten Verfahren vorgehen sollen, vor allem, wenn er das dritte oder vierte Mal mit dem Fall befasst war, und er hat diese Übung gegenüber den Verwaltungsgerichten beibehalten. Solche Segelanweisungen, wie sie in Deutschland genannt werden, sind mitunter in imperativem Ton gefasst, und auch ohne ihn laufen sie natürlich auf die Anweisung an das Verwaltungsgericht hinaus, entsprechend zu judizieren, um eine Aufhebung im nächsten Rechtsgang zu vermeiden. In Maßen ist das sinnvoll, und es ist alles andere als ein Unabhängigkeitsproblem.

Zwischenfazit also: Technisch verstanden ist Weisungsfreiheit als Konzept viel zu eng, bei sinngemäßer Deutung ist Freiheit von Weisungen viel zu weit, um nicht zu sagen uferlos.

Ähnlich unbefriedigend ist allerdings auch das Alternativkonzept, das der OGH im Jahr 2014 präsentiert hat und das den Art 87 Abs 1 B-VG als Schutz der Richterschaft vor Druck begreift. Auch dieses Konzept kursiert in zwei Varianten: An der einen Stelle der Entscheidung ist von Druck die Rede,³² an der anderen von unzulässigem Druck.³³ Dass jeglicher Druck auf Richter verboten ist, ist sicher falsch, weil viel zu weit. Dass unzulässiger Druck unzulässig ist, ist sicher richtig, aber tautologisch.³⁴

III. Thesen zur Diskussion

Wie könnte eine bessere, eine überzeugendere Deutung aussehen? Ich habe leider keine fertige Antwort, ich komme aber mit einigen Thesen, um sie hier zur Diskussion zu stellen.

³¹ Anders *Michael Rami*, Rechtsfragen der Ausgeschlossenheit (§ 43 StPO) und der Unabhängigkeit von Richtern (Art 87 Abs 1 B-VG). Anmerkungen zu OGH 14 Os 74/14k (14 Os 75/14g), ÖJZ 2015, 205, 354 (209, 354); wie hier *Matscher*, ÖZöRV 31 (1980) 16f; *Storr*, Art 87 B-VG (FN 9) Rz 9; *Kunesch*, JBl 2017, 564 mwN.

³² OGH 20. 3. 2014, Ds 25/13, Z 6 = JBl 2014, 407.

³³ OGH 20. 3. 2014, Ds 25/13, Z 7 = JBl 2014, 407.

³⁴ Dass der OGH auf Druck „mit den Mitteln des Dienstrechts“ Bezug nimmt, ohne die Frage der Verfassungskonformität ihrer gesetzlichen Grundlagen zu stellen, vernebelt die Sache noch mehr. Es ist nachgerade *raison d' être* des Dienstaufsichts- und Disziplinarrechts, die Richterschaft unter Druck zu setzen, die Aufgaben und Pflichten ihres richterlichen Amtes korrekt zu erfüllen. Wäre Druck mit den Mitteln des Dienstrechts wirklich verboten, könnten die diese Mittel vorsehenden Gesetze nur verfassungswidrig sein.

A. Die Unabhängigkeitsgarantie als Absicherung der Gesetzesbindung

Die erste ist trivial: Die richterliche Unabhängigkeit steht im Dienst der Gesetzesbindung und nicht im Gegensatz zu ihr. Dass Richterinnen in Ausübung ihres Amtes dem Gesetz unterworfen sind, wird anders als in der Unabhängigkeitsgarantie des Grundgesetzes³⁵ in Art 87 Abs 1 B-VG zwar nicht gesagt, es ist dort aber vorausgesetzt,³⁶ weil es sich schon aus Art 89 Abs 1 B-VG und aus Art 18 Abs 1 B-VG ergibt, sofern man das Legalitätsprinzip mit der herrschenden Auffassung auch auf die Gerichtsbarkeit bezieht.³⁷ Die richterliche Unabhängigkeit garantiert keine Befugnis, das wahre Recht zu finden. Wenn es ein solches Richterkönigtum je gab, dann nur in Zeiten, in denen alle drei Gewalten im Monarchen vereint waren. Gesetzlicher Druck auf die Richterin, eine Sache in bestimmtem Sinne zu entscheiden, und sei es auch wider ihre innere Überzeugung, ist in einer Demokratie der Sinn der Sache und kein Unabhängigkeitsproblem. Art 87 Abs 1 B-VG will den Richter nicht über das Gesetz erheben, sondern ihn von allen sonstigen Bindungen befreien, die seinen Blick auf das Gesetz trüben könnten.³⁸

B. Art 87 Abs 1 B-VG als Organisationsgarantie

Ich muss jedoch differenzieren, weil selbstverständlich Gesetze denkbar sind, die gegen Art 87 Abs 1 B-VG verstoßen. Zu diesem Zweck mache ich mir eine Dreiteilung zunutze, die unserer bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zugrunde liegt. Dort wird zwischen materiellem Recht, Verfahrensrecht und Organisationsrecht unterschieden.³⁹ Daran anknüpfend, lautet meine zweite These: Wenn und weil Art 87 Abs 1 B-VG eine Organisationsgarantie darstellt, können im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit nur das Organisationsrecht und seine Vollziehung problematisch sein. Ein Gesetz, das sich auf die Materienkompetenz oder auf die Verfahrenskompetenz stützt, mag noch so viel Druck auf die Richterin ausüben, ihre Unabhängigkeit berührt es nicht.

³⁵ Nach Art 97 Abs 1 GG sind die Richter „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.“

³⁶ Darüber besteht Konsens. Vgl nur *Theo Öhlinger*, Unabhängigkeit der Gerichte – Zwei Seiten einer Medaille, RZ 2015, 83 (84), der in der Gesetzesbindung die „zweite Seite“ der richterlichen Unabhängigkeit sieht; *Novak*, RZ 1984, 195, der den Telos der Unabhängigkeit nicht in der „Freiheit von etwas“, sondern in der „Freiheit für etwas, nämlich für die allein rechtsgebundene Entscheidung“ erblickt; *Ratz*, ÖJZ 2016, 494.

³⁷ Dagegen jüngst mit beachtlichen Argumenten *Philipp Mörth*, Das Legalitätsprinzip. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (jur Diss Wien 2018) 149 ff.

³⁸ Vgl *Robert Walter*, Die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit, RZ 1965, 174 (177): „Der Richter hat die Aufgabe das Gesetz zu vollziehen. Er ist dessen Diener, nicht sein Herr. Er hat in bescheidener Unterordnung unter den Willen – aber nur unter diesen Willen – dessen Regeln zu folgen und nicht seine eigenen Vorstellungen von ‚gerechtem‘ Recht an ihre Stelle zu setzen.“

³⁹ Vgl Art 10 Abs 1 Z 1, 6, 16, Art 11 Abs 2 und 4, Art 15 Abs 1 und 10 B-VG.

Das kann man bezweifeln, und man hat es mitunter bezweifelt. Als im Jahre 1853 die Gerichte verpflichtet wurden, ihre Urteile mit Gründen zu versehen, war die Richterschaft besorgt, weil die Entscheidungen dadurch angreifbar wurden und Widersprüche zwischen ihnen vom Publikum nachvollzogen werden konnten.⁴⁰ Damit geraten die Richter unter Druck, war zu vernehmen, und es stimmt ja auch. Nur: Es ist guter Druck, sinnvoller Druck, der die Gesetzesbindung effektuiert und der im Interesse der Parteien wie im Interesse der Richter selber liegt. Was man nicht plausibel begründen kann, das soll man auch nicht entscheiden und verfügen dürfen.

Gleiches gilt für Sondervoten. Ihre Einführung wird von der Politik für den VfGH in regelmäßigen Abständen gefordert, und zwar punktgenau dann, wenn eine Entscheidung der Politik nicht ins Konzept passt. Das politische Kalkül dahinter ist klar: Das Sondervotum soll Druck auf die Richter aufbauen, Flagge zu zeigen. Ob solcher Druck sinnvoll ist, erscheint fraglich. Zulässig ist er aber ohne Zweifel. Denn andernfalls müsste man den Richterinnen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie des Bundesverfassungsgerichts die Unabhängigkeit absprechen, weil ihre Sondervoten den vorschlagenden Staaten bzw Parteien mitunter ihr Stimmverhalten anzeigen.

Wie wäre es um die Möglichkeit von Parteien bestellt, an den Urteilsberatungen teilzunehmen oder in die Protokolle dieser Beratungen Einsicht zu nehmen? Wenn meine These zutrifft, dann ist das unproblematisch. Der VfGH sieht das anders. Zu den Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag hat er im Jahr 2005 folgendes festgehalten:⁴¹

„Denn wenn ein Mitglied einer Kollegialbehörde befürchten muss, dass sein Beitrag zur Willensbildung in die Öffentlichkeit dringt, so ist nicht auszuschließen, dass damit sein Stimmverhalten beeinflusst und damit seine Unabhängigkeit gefährdet wird.“

Diese Auffassung hat er später bestätigt,⁴² und der VwGH hat sich ihr in zwei Entscheidungen angeschlossen.⁴³ Bei beiden Gerichtshöfen handelt es sich um *obiter dicta*, die jeweils im Kontext der Akteneinsicht formuliert wurden. Man darf diese Auffassung also nicht überbewerten. Von einem besorgniserregenden Fehlverständnis richterlicher Unabhängigkeit zeugen sie nichtsdestotrotz. Dass Richter als Person zu ihrer Rechtsauffassung stehen und für sie geradestehen müssen, ist keine Bedrohung des Rechtsstaats, sondern eines seiner Postulate.⁴⁴ Richterliche Unabhängigkeit steht und fällt nicht damit, dass Richter sich hinter einem anonymen Kollegium verstecken können. Wäre es anders, dann müssten wir sämtliche Einzelrichterzuständigkeiten abschaffen; dann wäre im Schweizer

⁴⁰ Dazu Karl Wahle, Vorwort, in *Redaktionsausschuß des Obersten Gerichtshofes* (Hrsg), Die Judikate und Sprüche des Obersten Gerichtshofes seit seinem Bestande (1950) III (VIII f).

⁴¹ VfSlg 17.671/2005.

⁴² VfSlg 18.332/2007.

⁴³ VwGH 6. 7. 2010, 2009/09/0078; 4. 12. 2014, 2013/03/0149.

⁴⁴ Vgl die breit angelegte Untersuchung von Wolfgang Ernst, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. „group choice“ in europäischen Justiztraditionen (2016), der es in seinem Resümee als „Unding“ bezeichnet, „dass kollegiale Rechtsfindung für einen Vorgang gehalten wird, der als staatliches ‚Geheimnis‘ vor den beteiligten Parteien und der Öffentlichkeit verborgen bleiben müsste“ (319 f).

Bundesgericht die Unabhängigkeit gefährdet, weil die Beratungen dort öffentlich sind; dann wären englische Richterinnen im Kollegium nicht unabhängig, weil jede nach der Reihe öffentlich ihre Rechtsauffassung zum Fall dartun muss, nachdem eine Kollektivbegründung dort nicht vorgesehen ist.

Beim Organisationsrecht, zu dem ich auch das Dienstrecht zähle, beginnen die Probleme. Dass es aber auch hier sinnvollen Druck geben kann, zeigt wiederum ein Blick in die Geschichte. Lange Zeit wurden die Urteile des OGH weder publiziert noch den Untergerichten zugänglich gemacht, weil man befürchtete, dass die Richter dadurch unter „eine Art moralischen Zwang“ und unter öffentlichen Druck geraten könnten.⁴⁵ Erst nachdem *Julius Glaser* Justizminister geworden war, sollte sich das ändern. Die Einführung von Spruchrepertorium und Judikatenbuch war ebenfalls vom Wunsch getrieben, Druck auf die Richter des OGH auszuüben, nicht heute so und morgen so, im zweiten Senat so und im vierten so zu entscheiden.⁴⁶ Die Bestimmungen über die Verstärkung von Senaten dienen demselben Zweck.⁴⁷ Ob sie sinnvoll und nötig sind, darüber kann man geteilter Meinung sein. Die richterliche Unabhängigkeit verletzen sie in meinen Augen gewiss nicht. Bedenklich erscheint es hingegen, wenn Gerichte verpflichtet werden, die Fälle strikt in der Reihenfolge ihres Einlangens zu entscheiden.⁴⁸

C. Absage an einen unantastbaren Kernbereich

Manches geht, anderes geht offenbar. Wie die Grenze ziehen?

Der deutsche Bundesgerichtshof und Teile der deutschen Staatsrechtslehre haben versucht, die richterliche Unabhängigkeit thematisch zu fassen und einen Kernbereich richterlicher Tätigkeit zu definieren, der unantastbar und gegen jede Intervention oder Sanktionierung geschützt ist.⁴⁹ Mir scheint – so meine dritte These –, dass es einen solchen absoluten Kernbereich nicht gibt, nicht nach

⁴⁵ Eingehende Skizze der Bemühungen um eine Veröffentlichung bei *Wahle*, Vorwort (FN 40) XXVIII ff. Das Zitat ist einer von *Hye* verfassten Erledigung aus dem Jahr 1858 entnommen, mit welcher der Vorschlag einer amtlichen Mitteilung der Judikate des OGH an seine Untergerichte vom Justizministerium abgelehnt wurde (XXVIII).

⁴⁶ *Birgit Forgó-Feldner*, Der OGH und der Zugang zu seinen Entscheidungen in historischer Perspektive, in *Georg E. Kodek* (Hrsg), Zugang zum OGH. Vorträge des Symposiums „Zugang zum OGH in Zivil- und Strafsachen“ (2012) 1 (10 ff); *Ewald Wiederin*, Der Leitsatz als juristisches Kommunikationsformat, in *Robert Kert/Andrea Lehner* (Hrsg), Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext. Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag (2018) 765 (767 ff).

⁴⁷ *Birgit Feldner*, Verstärkte Senate beim Obersten Gerichtshof. Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Unabhängigkeit, Richtigkeit und Einheitlichkeit (2001) 29 ff, 41 ff.

⁴⁸ Für eine solche Anordnung ist mE die Organisationsgesetzgebung zuständig. Ein Prüfstein für die hier aufgestellte These sind allerdings Parlamentsgesetze, die – in laufende Verfahren eingreifend – einem Gericht eine bestimmte Entscheidung eines konkreten Falles vorschreiben oder eine bereits gefällte Entscheidung kassieren. Solche Gesetze werden als Verstoß gegen Art 87 Abs 1 B-VG erachtet (*Storr*, Art 87 B-VG [FN 9] Rz 8). Es fragt sich, ob sie allein auf die Materien- und die Verfahrenskompetenz gegründet werden können oder ob es für sie nicht überdies ein Partikel an Organisationsgesetzgebungsbefugnis braucht.

⁴⁹ Näher *Alexander Thiele*, Die Unabhängigkeit des Richters – Grenzenlose Freiheit? – Das Spannungsverhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, *Der Staat* 2013, 415 (419 ff); mit kritischer Note *Helmuth Schulze-Fielitz*, Art 97, in *Horst Dreier* (Hrsg),