



Parlament 1017 Wien
www.konvent.gv.at

Gemeinsamer Entwurf des Ausschussvorsitzenden
und der Ausschussbetreuung
für die Einführung einer „Dissenting opinion“
beim Verfassungsgerichtshof

I. Grundsätzliche Erwägungen

1. Schon des öfteren wurde in der Vergangenheit für den Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Forderung nach Bekanntgabe des Abstimmungsverhältnisses oder auch nach Veröffentlichung der persönlichen Meinungen der einzelnen Stimmführer (in Ergebnis oder Begründung von der Entscheidung abweichende Meinungen; „dissenting opinions“) erhoben.¹

2. Am 16. 10. 1998 fand zum Thema „Einführung des Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof“ eine parlamentarische Enquete statt. Die Referate, die aus unterschiedlichen (nationalen und beruflichen) Blickwinkeln die Beratungen bei dieser Enquete eingeleitet und vorbereitet hatten, wurden im „Journal für Rechtspolitik“ (JRP) 1999 veröffentlicht. Während sich *Machacek*,² *Limbach*³ und *Mayer*⁴ mehr oder weniger prononciert für die Einführung der „dissenting opinion“ auch am österreichischen VfGH aussprachen, äußerten sich *Müller*,⁵ *Matscher*,⁶ *Iglesias*,⁷ *Jann*⁸ und auch *Schäffer*⁹ eher skeptisch bis überhaupt ablehnend.

¹ So etwa auch im Gefolge des so genannten „Ortstafelerkenntnisses“ vom 13.12.2001, G 213/01, V62, 63/01; vgl. dazu näher JBI 2002, 234 ff

² Die Einrichtung der „dissenting opinion“ im internationalen Vergleich, JRP 1999, 1 ff

³ Das (deutsche) Bundesverfassungsgericht und das Sondervotum, JRP 1999, 10 ff

⁴ Die Einführung der „dissenting opinion“ am Verfassungsgerichtshof aus Sicht der österreichischen Verfassungslehre, JRP 1999, 30 ff

⁵ Das Verfahrensrecht des schweizerischen Bundesgerichts und die „dissenting opinion“, JRP 1999, 13 ff

⁶ Zur Frage der Einführung von Sondervoten im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof, JRP 1999, 24 ff

⁷ Entscheidungsfindung im Europäischen Gerichtshof, JRP 1999, 27 f

⁸ Entscheidungsbegründung am Europäischen Gerichtshof, JRP 1999, 28 ff

3. Was bedeutet eigentlich die Forderung nach einer „dissenting opinion“? Im engsten Sinn bringt sie lediglich zum Ausdruck, dass in einem Kollegialgericht die abweichende Meinung eines oder mehrerer Richter intern in Evidenz zu nehmen ist. Sie wird damit zum Bestandteil des Beratungsprotokolls und geht auf diesem Weg in die Gerichtsakten ein. In diesem – eingeschränkten – Sinn gibt es die „dissenting opinion“ schon jetzt: So bestimmt etwa § 121 Abs. 4 der Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz, dass es den Senatsmitgliedern freisteht, ihre Meinung samt Gründen in einer eigenen Niederschrift darzulegen, die dem Beratungsprotokoll (dem Abstimmungsvermerk) anzuschließen ist.¹⁰ Analoges gilt für die Beratungen des VfGH und der Senate des Obersten Gerichtshofs (OGH) und des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH).¹¹ Die in jüngster Zeit erhobene und hier zur Diskussion stehende Forderung geht aber einen entscheidenden Schritt weiter: Die „dissenting opinion“ solle nicht nur als interne Sondermeinung, sondern unter ausdrücklicher Nennung des Namens des „dissenters“ wie die Entscheidung kundgemacht und damit auch der Öffentlichkeit bekannt gegeben werden.¹²

4. Was sind nun die **Gründe**, die **für eine** solche „dissenting opinion“ ins Treffen geführt werden? Zwei Argumente werden dabei immer wieder ins Spiel gebracht: Zum einen würden „dissenters“ die Mehrheit eines Gerichtshofs dazu zwingen, ihre Überlegungen schärfer zu durchdenken und überzeugender zu begründen. Weiters wird eine gewisse „Befriedungsfunktion“ sowohl für jene Richter, die ihre abweichende Stimmabgabe begründen müssen, als auch für die Streitparteien ins Treffen geführt: Der „Sieger“ erkenne bei der Abgabe eines „dissents“, dass seine Position nicht unproblematisch sei, der „Verlierer“ des Verfahrens habe immerhin einen ausdrücklichen Votanten auf seiner Seite und müsse sich insofern nicht als „underdog“ fühlen. Außerdem habe die Einrichtung der „dissenting opinion“ die Wirkung, das Gewissen des Richters zu befreien, der sich gegen die Mehrheitsmeinung stellt (so genannte „Ventilfunktion“).¹³

Zum anderen habe sich – so die Befürworter der „dissenting opinion“ – die österreichische Rechtsordnung mit der Übernahme der EMRK in den Verfassungsrang dem europäischen Recht und damit dem angelsächsischen Rechtsdenken auch im Verfahrensrecht angenähert, ja

⁹ Die Einführung der „dissenting opinion“ am Verfassungsgerichtshof aus Sicht der österreichischen Verfassungslehre, JRP 1999, 33 ff

¹⁰ Vgl. dazu *Danzl*, Kommentar zur Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (1999), Anm 6 zu § 121

¹¹ Vgl. dazu *Matscher*, JRP 1999, 24 f

¹² Zur Abgrenzung der „dissenting“ von der „concurring“ und der „seriatim opinion“ vgl. *Machacek*, Pro und Contra Dissenting Opinion für den Verfassungsgerichtshof, in FS Adamovich (1992), 361 ff (362 f)

¹³ Vgl. die Darstellung bei *Schäffer*, JRP 1999, 35

geradezu verschrieben. Die „dissenting opinion“ habe darin – wie die Verfahrensregeln für die EKMR¹⁴ und den EGMR¹⁵ zeigten – einen festen Platz. In diesem Sinn solle die „dissenting opinion“ – wie schon beim deutschen Bundesverfassungsgericht¹⁶ – auch beim österreichischen VfGH verankert werden.

5. Den genannten Gründen für die Einführung einer „dissenting opinion“ stehen jedoch **folgende Gegenargumente** gegenüber:

Zum Ersten entspreche es alter und bewährter, nur von wenigen Ausnahmen durchbrochener kontinental-europäischer Prozessrechtstradition, bei kollegialen Gerichtsentscheidungen nach außen hin nur die Mehrheitsentscheidung zu verlautbaren und die gegenteiligen oder anders begründeten Voten, die im Zug der Beratung im Kollegium abgegeben wurden, nicht bekannt zu geben, ja nicht einmal nach außen durchdringen zu lassen, ob eine Entscheidung einstimmig oder bloß mehrstimmig zustande gekommen ist. Selbst vor dem Hintergrund der von *Machacek* dargestellten „Europäisierung“ der österreichischen Rechtsordnung¹⁷ habe diese ihre Wurzeln nicht im angelsächsischen, sondern im römischen Recht, dem eine „dissenting opinion“ ebenso fremd sei wie etwa dem kanonischen Recht. Gerade in Rechtsordnungen wie der österreichischen, in der der Umfang und Anteil des gesetzten Rechts ein sehr hoher ist, bestehe die Aufgabe eines Höchstgerichts wohl nicht so sehr darin, rechtsfortbildend zu wirken, Beiträge zu einer wissenschaftlichen Diskussion zu leisten und sich in einen wissenschaftlichen Meinungsstreit einzulassen, als vielmehr darin, konkrete Streitfälle einer endgültigen Entscheidung zuzuführen. Es gehe – so *Schäffer*¹⁸ – „nicht um die Selbstdarstellung einzelner Richterpersönlichkeiten, sondern um die Darstellung und Akzeptanz der Rechtsmeinung und des Rechtsspruches des VfGH als solchem!“

Zum Zweiten wären die mit der Abfassung und Veröffentlichung abweichender Meinungen verbundenen praktischen Auswirkungen weniger günstig, als sich die Befürworter dies vorstellten: Ein nur fakultatives Minderheitsvotum würde wegen der hohen Arbeitsbelastung

¹⁴ Vgl. Art 2, 52 und 53 der Verfahrensordnung der EKMR

¹⁵ Vgl. Art 52 der Verfahrensordnung des EGMR

¹⁶ Mit der 4. Novelle zum BVerfGG im Jahr 1970 ist den Richtern des Bundesverfassungsgerichts die Möglichkeit eröffnet worden, ihre von der Entscheidung oder deren Begründung abweichende Meinung in einem Sondervotum niederzulegen (§ 30 Abs. 2 BVerfGG); vgl. dazu kritisch *Maunz* in *Maunz/Dürig/Herzog* u.a., Kommentar zum Grundgesetz, Band V, Rz 9 zu Art. 94

¹⁷ Vgl. *Machacek* (FN 11), 371

¹⁸ Vgl. *Schäffer*, JRP 1999, 39

des VfGH¹⁹ wohl nur selten zur Anwendung kommen; ein obligatorisches Minderheitsvotum würde jedoch eine große Belastung für alle Mitglieder des Höchstgerichts und einen beträchtlich höheren Zeitaufwand für die Entscheidungsfindung und vor allem für die Ausfertigung der Erkenntnisse und damit letztlich eine Verzögerung der Rechtspflege zu Lasten der (auf die Entscheidung wartenden) betroffenen Parteien und Beteiligten bedeuten.²⁰

Zum Dritten wäre die Einführung einer „dissenting opinion“ mit einer weiteren erheblichen Gefahr verbunden: Wie jede staatliche Institution sei auch ein Höchstgericht (noch dazu ein gewissermaßen über der Politik stehendes) vor mehr oder weniger sachlicher Kritik nicht gefeit. Die Bekanntgabe von Sondervoten würde aber die Gefahr einer Personifizierung dieser Kritik in sich bergen, sei es gegen jene Richter, die die Mehrheitsentscheidung mitgetragen haben, sei es gegen diejenigen, die sich in einem Sondervotum dagegen ausgesprochen haben.²¹ Wenn also die von verschiedener Seite immer wieder angefachte Diskussion über die Einführung von Sondervoten im Verfahren vor dem österreichischen VfGH lediglich dem Ziel dienen sollte, den Gerichtshof „an die Kandare zu nehmen“, wäre solches entschieden abzulehnen.

Wenn in diesem Zusammenhang daran erinnert werde, dass Kandare „Zaumzeug“ heiße,²² und die Frage aufgeworfen werde, welcher VfGH-Richter sich denn „ins Zaumzeug legen“ lasse, wo er doch bereits ernannt, unversetzbar und unabsetzbar sei und in der Regel am Ende seiner Karriere stehe und eigentlich nichts mehr zu verlieren habe, sei dem Folgendes entgegenzuhalten: Zum einen stimme es – zumindest in dieser Allgemeinheit – nicht, dass VfGH-Richter am Ende ihrer Karriere stehen. Zum anderen mache es einen gehörigen Unterschied, ob (wie bisweilen schon früher in der Vergangenheit) der VfGH als Institution oder aber sein Präsident oder einzelne Mitglieder („dissenters“) als Person(en) in aller Öffentlichkeit kritisiert werden. Und schließlich ein drittes Argument: Man könne sich manchmal des Eindrucks nicht erwehren, dass die Forderung nach Einführung einer „dissenting opinion“ nur ein erster Schritt sein solle, dem weitere Schritte (Verkürzung der Amtsperioden der VfGH-Richter, Ernennung auf bestimmte Zeit, Möglichkeit der

¹⁹ Vgl. den jüngsten Tätigkeitsbericht des VfGH, wonach die Zahl der eingegangenen VfGH-Beschwerden von 877 im Jahr 1981 im Laufe der Zeit gestiegen ist und sich – nach zwischenzeitlichen „Eruptionen“ in den Jahren 1990 (5.445), 1995 (5.762) und 1996 (15.894) – auf hohem Niveau (2.217 im Jahr 2003) „eingependelt“ hat

²⁰ Vgl. Schäffer, JRP 1999, 38 f

²¹ Vgl. die treffenden Ausführungen von Matscher, Gegen „Anlass-Reform“, „Salzburger Nachrichten“ 19.1.2002, 13; ders, Frage der Sondervoten, „Salzburger Nachrichten“, 26.1.2002, 13

²² Vgl. Mayer, JRP 1999, 32

Wiederbestellung) folgen sollten. In diesem Sinn sei schon dem ersten diesbezüglich erstatteten Vorschlag mit großer Skepsis zu begegnen.

II. Zusammenfassung der Beratungen im Ausschuss 9

1. Im Rahmen der 8. Sitzung des Ausschusses 9 wurden auch Probleme, wie insbesondere jene der Dauer der Bestellung von VfGH-Mitgliedern und jene der „dissenting opinion“, diskutiert. Dabei wurde von manchen eine Befristung der Amtsdauer der VfGH-Richter (etwa auf 12 Jahre) und die Einführung der „dissenting opinion“ gefordert, um die Willensbildung im VfGH transparenter und damit nachvollziehbarer zu machen und einzelnen Mitgliedern eine gewisse Emanzipation vom Gerichtshof zu ermöglichen. Der Vorschlag, die **Amtsdauer** der VfGH-Richter zeitlich zu befristen, wurde im Ausschuss mehrheitlich abgelehnt. Mehrfach und nachdrücklich wurde betont, dass die – schon an sich abzulehnende – Befristung der Amtsdauer von Höchstrichtern vor allem in Kombination mit der Einführung einer „dissenting opinion“ rechtsstaatlich gefährlich wäre. Die unbefristete Bestellung sollte daher beibehalten werden und auch weiterhin im B-VG geregelt bleiben.

2. Auch der Vorschlag nach Einführung einer „**dissenting opinion**“ an sich (also nicht in Kombination mit der Befristung der Amtsdauer) war im Ausschuss nicht mehrheitsfähig. Hingewiesen wurde zunächst darauf, dass der beste Garant für die Unabhängigkeit der Höchstrichter deren unbefristete Bestellung sei und dass sich die Richter schon auf Grund des Zeitfaktors von jedem politischen Naheverhältnis emanzipieren würden; einer „dissenting opinion“ bedürfe es dafür nicht; der VfGH habe seine Unabhängigkeit gerade auch in den letzten Jahren, in denen es Erkenntnisse sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten der jeweiligen Regierung gegeben habe, hinlänglich bewiesen. Dazu komme ein ganz praktischer Grund: In aller Regel könne ja ein Erkenntnis nicht auf eine einzige, mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantwortende Frage zugespitzt werden, sondern umfasse viel mehr zahlreiche Fragen bzw. Teilentscheidungen; je nach dem, wie man diese Teilentscheidungen bzw. „Weichenstellungen“ treffe, müsse man dann in die eine oder andere Richtung weiterarbeiten bzw. weiter beraten. Wenn aber nun ein Höchstrichter schon bei einer dieser frühen Weichenstellungen gegen die Mehrheit im Gerichtshof argumentiere, sich aber dabei nicht durchsetzen könne, bestehe die Gefahr, dass dieser dann gedanklich bereits „aussteige“, sich aus dem weiteren Beratungsprozess gleichsam „ausklinke“ und in seinem Inneren bereits an der Formulierung der „dissenting opinion“ zu arbeiten beginne. Gerade dies gelte es aber zu

verhindern, weil auch die „Abweichler“ für die anschließende Diskussion und Beratung wichtig seien und zu einer besseren und treffsicheren Argumentation und Begründung beitragen könnten. Wichtiger als die Einführung einer „dissenting opinion“ sei daher eine umfassende Begründung der VfGH-Erkenntnisse, in deren Entscheidungsgründen sich der Meinungs- und Willensbildungsprozess widerspiegeln müsse; schon dadurch könne ein Höchstmaß an Transparenz erzielt werden. Darüber hinaus sei der VfGH in seiner Funktion als Höchstgericht primär für die Rechtsanwendung zuständig und solle daher Rechtssicherheit schaffen; mit diesem Ziel wäre es unvereinbar, sozusagen unterschiedliche Kategorien von VfGH-Erkenntnissen, nämlich „kompakte“ (einstimmig beschlossene) Erkenntnisse und „Erkenntnisse light“ (mit „dissenting opinions“) zu schaffen.

Es gab im Ausschuss jedoch auch Stimmen, die sich für die Einführung einer „dissenting opinion“ aussprachen und dies im Wesentlichen damit begründeten, dass durch die Möglichkeit eines einzelnen Richters zum Ausscheren aus der Mehrheitsmeinung die Persönlichkeit dieses Richters und dadurch letztlich auch seine Unabhängigkeit gestärkt werden könne. Außerdem könne die „dissenting opinion“, mit der man in anderen Ländern (etwa in den Vereinigten Staaten von Amerika) gute Erfahrungen gemacht habe, für die Rechtsentwicklung wichtig sein und Anstöße zu Judikaturänderungen geben.²³

III. Textvorschlag

Vor dem eben geschilderten Hintergrund und **mit der Maßgabe, dass der Vorschlag nach Einführung einer „dissenting opinion“ beim VfGH vom zuständigen Ausschuss 9 des Österreich-Konvents mehrheitlich abgelehnt wurde**, könnte ein (laut ergänzendem Mandat des Präsidiums vom 9. Juni 2004 auszuarbeitender) Textvorschlag – in Anlehnung an die Regelung des § 30 Abs. 2 des deutschen Bundesverfassungsgerichtsgesetzes²⁴ - etwa wie folgt lauten:

Am Beginn des Art. 148 Bundes-Verfassungsgesetz werden die folgenden Sätze eingefügt:

„Artikel 148. Der Gerichtshof teilt in seinen Entscheidungen das Stimmenverhältnis mit. Jedes Mitglied kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der

²³ Zum Verlauf der Beratungen im Ausschuss vgl. näher das Protokoll über die 8. Sitzung des Ausschusses 9 am 6. Mai 2004, 5 f

²⁴ § 30 Abs. 2 BVerfGG in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 21.12.1970 lautet: „(2) Ein Richter kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; das Sondervotum ist der Entscheidung anzuschließen. Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen. Das Nähere regelt die Geschäftsordnung.“

Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; dieses ist der Entscheidung anzuschließen.“

Erläuterungen:

Da der Entscheidungsspielraum für die Einführung einer „dissenting opinion“ dem Gesetzgeber des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953 nicht offen stehen dürfte („Versteinerung“ / historisches Vorverständnis für die Entscheidungen der Höchstgerichte), wurde diese Verfassungsregelung und nicht etwa ein zweiter Absatz in § 31 VfGG 1953 gewählt.

Univ.-Prof. Dr. Herbert Haller / Dr. Gert Scherthanner

2. August 2004