

Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

per E-Mail: verfassungsdienst@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 21/62

2021-0.130.157

BG, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Rechnungshofgesetz 1948 und das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 geändert und ein Informationsfreiheitsgesetz erlassen werden

**Referent: Präs. Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger, Rechtsanwalt in Wien
Mag. Dr. Andreas Nodl, Rechtsanwalt in Wien
VPras. Dr. Armenak Utudjian, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Zu Artikel 1: Änderung des Bundesverfassungsgesetzes

Grundsätzlich begrüßt der ÖRAK das Bestreben des Gesetzgebers, die Amtsverschwiegenheit abzuschaffen und durch eine verfassungsgesetzliche Veröffentlichungspflicht von Informationen von allgemeinem Interesse über ein zentrales Informationsregister und durch ein verfassungsgesetzliches Recht auf Zugang zu Informationen zu ersetzen. Allerdings wird dieses Ziel aus der Sicht des ÖRAK durch den derzeitigen Entwurf nur ungenügend umgesetzt:

Derzeit sieht Art 20 Abs 3 B-VG vor, dass Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet sind, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist (= Amtsverschwiegenheit).

Abs 4 leg cit besagt allerdings bereits nach der derzeitigen Rechtslage, dass die Körperschaften öffentlichen Rechts über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereichs



Auskünfte zu erteilen haben, soweit eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dem nicht entgegensteht.

Durch den Entwurf soll nunmehr Artikel 22a B-VG eingefügt werden, wonach Körperschaften des öffentlichen Rechts, aber auch die Organe der öffentlichen Gerichtsbarkeit, die Rechnungshöfe, der VfGH, der VwGH und die Volksanwaltschaft Informationen von allgemeinem Interesse in einer für jedermann zugänglichen Art und Weise zu veröffentlichen haben, sofern nicht eine der in Abs 2 genannten Ausnahmen anzuwenden ist.

Abs 2 sieht darüber hinaus ein allgemeines Recht auf Zugang zu Informationen vor. Dies gilt allerdings nicht, soweit deren Geheimhaltung aus zwingenden integrations- und außenpolitischen Gründen, im Interesse der nationalen Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung oder der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, zur Vorbereitung einer Entscheidung, zur Abwehr eines erheblichen wirtschaftlichen oder finanziellen Schadens einer Gebietskörperschaft oder eines sonstigen Selbstverwaltungskörpers oder zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen erforderlich und gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Art 20 B-VG statuiert derzeit die Amtsverschwiegenheit als Grundsatz und setzt einen umfassenden Katalog an Themen fest, die dieser Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Schon bisher aber schafft dieser Artikel die Verpflichtung des Gesetzgebers, jedermann das Recht einzuräumen, Auskünfte verlangen zu können; und zwar sofern die zuvor abgesteckte Amtsverschwiegenheit dem nicht entgegensteht. Nunmehr sieht Art 22a B-VG das Recht auf Zugang zu Informationen vor, sofern diese nicht geheimhaltungswürdig sind.

Der Katalog an geheimhaltungswürdigen Informationen ist dem bereits bestehenden Katalog zwar weitestgehend ähnlich, dennoch finden sich im Einzelnen Aspekte, die im Ergebnis sogar zu einer Ausdehnung der der Geheimhaltung unterliegenden Informationen führen:

- Derzeit kann die Informationserteilung abgelehnt werden, wenn dies im wirtschaftlichen Interesse der Körperschaft liegt. In Zukunft soll dies nur dann möglich sein, wenn der Gebietskörperschaft oder dem Selbstverwaltungskörper ein erheblicher wirtschaftlicher oder finanzieller Schaden droht.
- Anders schließen bisher überwiegende Interessen *der Parteien* die Informationserteilung aus. In Zukunft soll die Verweigerung möglich sein, wenn dies zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen *eines anderen* erforderlich ist.

Damit erfolgt aber in Wahrheit eine nicht unerhebliche Ausdehnung der geheim zu haltenden Informationen, und zwar insbesondere was den Kreis der davon umfassten Personen anbelangt. Der ÖRAK regt daher an, vor allem die zuletzt genannte zu strenge Geheimhaltungshürde zu lockern.

Aus der Sicht des ÖRAK handelt es sich bei den geplanten Neuerungen nicht nur um eine formale Umkehr des bisherigen Systems: Aus Amtsverschwiegenheit und Pflicht zur Auskunft werden Informationsrecht und Geheimhaltungspflicht. Die Pflicht der

Körperschaften öffentlichen Rechts, Auskünfte zu erteilen, wurde in ein jedermann eingeräumtes Recht auf Zugang zu Information umgewandelt. Das ist im Grundsatz zwar positiv zu bewerten und ist nach Auffassung des ÖRAK als Einräumung eines subjektiven öffentlichen Rechts im Verfassungsrang (Grundrecht) zu werten.

Das Recht auf Zugang zu Informationen ist angesichts dieser sehr umfassenden und teilweise äußerst unbestimmten Einschränkung („überwiegende berechtigte Interessen eines anderen“?) tatsächlich nicht effektiv. Die bisher oftmals vorgefundene Praxis, Anträge auf Erteilung von Auskünften unter pauschalem Hinweis auf die Amtsverschwiegenheit abzuweisen, wird angesichts dieses Katalogs an geheimhaltungswürdigen Informationen kaum überwunden werden können. Wohl wird die Behörde aber im Detail darlegen müssen, auf welchen Tatbestand sie die Auskunftsverweigerung stützt.

Besonders betrüblich ist, dass das dem Nationalrat und dem Bundesrat zustehende Interpellationsrecht gegenüber den Mitgliedern der Bundesregierung durch den geplanten Art 52 Abs 3a verweigert werden soll. Das ist insofern unverständlich, als dass damit den Abgeordneten Rechte verweigert werden, die nach dem geplanten Modell jedermann zustehen sollen. Der ÖRAK schlägt daher vor, aus diesem Anlass die ohnedies auch bisher problematische Praxis und Rechtslage abzuändern und auf die Aufnahme des Art 52 Abs 3a zur Gänze zu verzichten. Somit wären die Abgeordneten zum Nationalrat und Bundesrat auch diesbezüglich mit zB Gemeinderäten und Landtagsabgeordneten gleichgestellt.

Schon bisher sah § 1 Auskunftspflichtgesetz vor, dass berufliche Vertretungen nur gegenüber den ihnen jeweils zugehörigen Kammermitgliedern auskunftspflichtig sind. Dieser an sich selbstverständliche Grundsatz soll nunmehr in Art 22a Abs 2 B-VG verankert werden.

Der ÖRAK begrüßt diese Bestimmung, auch wenn sie tatsächlich nur Signalwirkung hat. Gerade die Selbstverwaltungskörper der Rechtsanwaltschaft haben auch bisher bereits gegenüber ihren Kammerangehörigen den Grundsatz der Informationsfreiheit sehr ernst genommen und verwirklicht. Gerade im Rahmen der jährlichen Plenarversammlungen aber auch aus anderem Anlass geben die Rechtsanwaltskammern selbstverständlich gegenüber ihren Kammerangehörigen Auskunft über alle wesentlichen Informationen, die die Standesvertretung betreffen. Daher ist die (nach unserem Verständnis ohnedies nicht vorgesehene) Einführung eines Informationsregisters für Selbstverwaltungskörper jedenfalls nicht erforderlich, weil diese (jedenfalls in der Rechtsanwaltschaft) über bereits funktionierende und direktere Informationsquellen für ihre Kammerangehörigen verfügen und daher kein Bedarf an einem weiteren „Informationskanal“ besteht.

Zu Artikel 2: Entwurf eines Bundesgesetzes über den Zugang zu Informationen (Informationsfreiheitsgesetz - IFG)

a) Zum geplanten Informationsregister für Informationen allgemeinen Interesses:

Art 22a B-VG soll in seinem Abs 1 regeln, dass Informationen von allgemeinem Interesse in einer für jedermann zugänglichen Art und Weise zu veröffentlichen sind, soweit diese nicht in einen der oben angeführten Geheimhaltungstatbestände fallen.

Was unter „Informationen von allgemeinem Interesse“ zu verstehen sein soll, ist im Detail in § 2 Abs 2 Informationsfreiheitsgesetz geregelt. Demnach liegen Informationen von allgemeinem Interesse vor, wenn sie einen allgemeinen Personenkreis betreffen oder für einen solchen relevant sind, insbesondere Studien, Gutachten, Stellungnahmen und Verträge mit einem Gegenstandswert von mindestens 100.000 Euro.

Diese Definition der Informationen von allgemeinem Interesse wird in der Praxis jedenfalls auf erhebliche Probleme in der Anwendung stoßen und kann dazu führen, dass die Praxis der Veröffentlichung von Informationen allgemeinen Interesses durch die betroffenen Körperschaften überschaubar bleibt:

Zunächst bleibt unklar, wann eine behördliche Information tatsächlich einen allgemeinen Personenkreis betrifft oder für diesen relevant ist. In den Erläuterungen wird von einem „hinreichend großen Adressaten- bzw Personenkreis“ gesprochen, ohne dass dies eine Klarstellung mit sich bringt. Insbesondere bleibt offen, warum eine derartige Einschränkung überhaupt notwendig ist. Was spricht gegen eine allgemeine Veröffentlichungspflicht, auch wenn die Informationen nur für einen kleineren Adressatenkreis relevant sein könnten – der Schutz persönlicher Daten von Betroffenen muss ebenso wie Berufs-, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie Rechte am geistigen Eigentum aufgrund des geplanten § 6 ohnedies in jedem Fall (zB durch „Schwärzungen“) nach Interessenabwägung eingehalten werden.

Ebenso offen bleibt, warum ein Gegenstandswert von zumindest 100.000 Euro eingeführt werden soll: Auch Verträge mit geringerem Gegenstandswert können durchaus von großer öffentlicher Bedeutung sein, deren Veröffentlichung nicht an dieser Hürde scheitern soll. Es mag sein, dass die Bereitstellung derartiger Informationen zu einem höheren administrativen Aufwand in der öffentlichen Verwaltung führen wird; es fehlt aber jede Begründung, ob diese Wertgrenze tatsächlich nur aus administrativen Gründen eingeführt werden soll. Generell ist auch zu bezweifeln, dass die Behörde in vielen Fällen den Gegenstandswert eines Vertrags leicht einschätzen kann. Auch diese Beurteilung, ob eine Veröffentlichung im Register wegen des Gegenstandswerts zu erfolgen hat oder unterbleiben muss, führt zu einer zusätzlichen administrativen Belastung der Behörden, die besser unterbleiben sollte.

Die geplante gesetzliche Definition lässt weiters unklar, ob der Gegenstandswert von mindestens 100.000 Euro nur Verträge betrifft oder auch bei sonstigen Studien, Gutachten oder Stellungnahmen angewendet werden soll.

Derartige Schwellenwerte können auch deshalb negative Effekte haben, weil sie einen Anreiz zu möglichen Umgehungen (etwa durch Ketten-Verträge) bieten.

Der ÖRAK unterstützt grundsätzlich die Idee eines solchen Informationsregisters für die im geplante Art 22a Abs 1 B-VG aufgelisteten Behörden. Tatsächlich wird ein solches Register aber nur dann dem Ziel des Gesetzgebers möglichst umfassender Information der Bevölkerung entsprechen können, wenn es von den Behörden intensiv genutzt und „befüllt“ wird. Angesichts der vorgesehenen (oben aufgezeigten) Beschränkungen sind derzeit Zweifel daran angebracht, ob diese neue Informationsquelle tatsächlich einen Mehrwert an Information mit sich bringen wird.

Eine geringe „Befüllung“ mit Informationen von allgemeinem Interesse darf aber auch deshalb nicht im Interesse der informationspflichtigen Behörden sein, weil dann viele Verfahren mit dem Begehren auf Informationserteilung (Gewährung des Zugangs) – ähnlich wie nach den bisherigen Auskunftspflichtgesetzen – zu erwarten sind und damit der (offenkundig durch das Register erwünschte) Effekt einer administrativen Erleichterung für die Behörden nicht eintreten kann.

b) Zu den verfahrensrechtlichen Regelungen

§ 4 Auskunftspflichtgesetz regelt derzeit, dass auf Antrag des Auskunftswerbers ein Bescheid zu erlassen ist, wenn eine Auskunft nicht erteilt wird. Die derzeitige Regelung sieht daher zwei gesonderte Anträge vor: einen Antrag auf Erteilung der Information und einen Antrag auf bescheidmäßige Entscheidung. Diese Regelung findet sich so auch im geplanten § 11 Abs 1 Informationsfreiheitsgesetz wieder: Wird der Zugang zur Information nicht erteilt, ist auf schriftlichen Antrag des Informationswerbers vom informationspflichtigen Organ hierüber binnen zwei Monaten nach Einlagen dieses Antrags ein Bescheid zu erlassen.

Dieser Stufenbau an Anträgen ist dann sinnvoll, wenn ein Antrag auf Informationserteilung mündlich bzw telefonisch erfolgt, nicht allerdings, wenn der Antrag bereits schriftlich eingebracht wird. In diesem Fall nämlich hat der Informationswerber keine sofortige Rückmeldung der informationspflichtigen Stelle, ob diese gedenkt, die Information zu erteilen. Bei einem schriftlichen Antrag hat der Informationswerber zunächst eine angemessene Frist abzuwarten, in der ihm die informationspflichtige Stelle Auskunft geben könnte oder sich zurückmeldet, um bekanntzugeben, dass die Auskunft nicht erteilt wird. Erst nach Ablauf dieser Frist oder Rückmeldung kann (bzw sollte zweckmäßigerweise) ein Antrag auf Ausfertigung eines Bescheids gestellt werden. Diese Situation ist für den Informationssuchenden unbefriedigend.

Nach der bisherigen Rechtsprechung ist es zwar zulässig, sofort mit dem Antrag auf Erteilung der Information einen Antrag auf bescheidmäßige Entscheidung im Falle des Versagens zu stellen. Die Praxis zeigt allerdings, dass der gleichzeitig gestellte Antrag auf Ausfertigung oftmals nicht berücksichtigt wird und die informationspflichtige Stelle erst nach einem weiteren Antrag auf bescheidmäßige Entscheidung ihrer Pflicht zur Bescheidausfertigung nachkommt.

Der ÖRAK schlägt sohin vor, das Erfordernis einer „doppelten“ Antragstellung für schriftliche Anträge auf Erteilung einer Information zu streichen. Derartige bürokratische Hemmnisse haben bereits bisher im Rahmen der bestehenden Auskunftspflichtgesetze dazu geführt, dass Informationensersuchen der Bürgerinnen und Bürger sehr oft aus formalen Gründen verschleppt worden sind. Zunächst wurde erklärt, dass der Zugang zur Information nicht erteilt werden könne, erst danach konnte der Antrag gestellt werden, einen Bescheid auszufertigen, der dann im Rechtszug entsprechend zu bekämpfen war.

Stattdessen wird angeregt, diese verfahrensverzögernden Maßnahmen dahingehend abzubauen, dass die Behörde immer dann, wenn sie der Meinung ist, eine Information nicht erteilen zu dürfen, unverzüglich darüber mit Bescheid abzusprechen hat, um dem Rechtsschutzgedanken damit Rechnung zu tragen.

Im Rahmen des geplanten § 13 sollte zum Kreis der Privaten Informationspflichtigen klargestellt werden, dass diese Bestimmungen nur für die der Kontrolle des Rechnungshofes oder eines Landesrechnungshofes gemäß dem vorgeschlagenen Artikel 22a Abs 3 B-VG unterliegenden Stiftungen, Fonds, Anstalten und Unternehmungen gilt.

Die geplante Bestimmung des § 15 sieht eine Beratung und Unterstützung der Behörden durch die Datenschutzbehörde vor, die durch eine Verfassungsbestimmung abgesichert werden soll. Der ÖRAK hält eine derartige Vorschrift für entbehrlich.

Zu Artikel 3: Änderung des Rechnungshofgesetzes 1948

Die hier vorgesehene Ausdehnung der Prüfkompetenz des Rechnungshofs wird ausdrücklich begrüßt. Die Bezugnahme auf die Sperrminorität von 26 % erscheint sachgerecht.

Zu Artikel 4: Änderung des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953

Der Entwurf sieht vor, dass in § 26 VfGG ein weiterer Absatz angefügt wird, mit welchem die Möglichkeit eröffnet werden soll, dass einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes in der schriftlichen Ausfertigung eine Dissenting Opinion angeschlossen werden kann.

Zur Begründung führt der Entwurf aus, dass „im Interesse der Transparenz“ die Möglichkeit der Abgabe und Veröffentlichung eines Sondervotums in Form einer Concurring oder Dissenting Opinion eröffnet werden soll. Verwiesen wird dazu auf eine literarische Stellungnahme von STÖGER aus dem Jahr 2007 und die Einführung dieser Regelung in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1993.

Aus den Erläuterungen zum Entwurf geht nicht hervor, dass die Einführung einer Dissenting Opinion in der österreichischen Rechtsordnung in der jüngeren Vergangenheit mehrfach diskutiert wurde.

Am 11. Österreichischen Juristentag wurde 1991 in der Öffentlich-rechtlichen Abteilung im Gutachten von Univ.-Prof. DDr. Heinz MAYER auf den seinerzeitigen Diskussionsstand zur Einführung einer Dissenting Opinion verwiesen, wobei der Referent sein Gutachten mit einem Plädoyer zur Einführung der Dissenting Opinion im gerichtlichen Verfahrensrecht abgeschlossen hatte. In den Referaten zum Gutachten wurde für und wider erörtert (siehe das Gutachten sowie die Verhandlungen des Österreichischen Juristentages 1991). Resolutionen oder Abstimmungen wurden seinerzeit, anders als in der Bundesrepublik Deutschland anlässlich des 47. Deutschen Juristentages, nicht vorgenommen. Ein Entwurf des Bundeskanzleramtes aus der ersten Hälfte des Jahres 1992, der die Einführung einer Dissenting Opinion vorsah, wurde vom Gesetzgeber nicht umgesetzt.

Die Einführung des Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof war weiters Gegenstand einer parlamentarischen Enquete am 16.10.1998 (III-151 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XX.GT). Referenten waren:

- Hon.-Prof. Dr. Rudolf Machacek: „Die Einrechnung der ‚Dissenting Opinion‘ im internationalen Vergleich“
- Präsidentin des Deutschen Bundesverfassungsgerichtes Dr. Jutta Limbach: „Das Bundesverfassungsgericht und das Minderheitsvotum“
- Präsident des Schweizer Bundesgerichtes Dr. Peter Alexander Müller: „Das Verfahrensrecht des Schweizer Bundesgerichtes und die ‚Dissenting Opinion‘“
- Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter: „Praktische Erfahrungen mit der ‚Dissenting Opinion‘ am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte“
- Dr. Peter Jann, Mitglied des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft: „Entscheidungsbegründung am Europäischen Gerichtshof“
- Univ.-Prof. DDr. Heinz Mayer, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
- Univ.-Prof. Dr. Heinz Schäffer, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Salzburg: „Die Einführung der ‚Dissenting Opinion‘ im Verfassungsgerichtshof aus der Sicht der österreichischen Verfassungslehre“

An der Diskussion über die Referate haben zahlreiche Mitglieder des Verfassungsgerichtshofes und ehemalige Präsidenten desselben, weiters Vertreter der Höchstgerichte, politische Mandatare, sowie Vertreter der Lehre durch rege Beiträge teilgenommen.

Im Rahmen dieser Enquete wurden, soweit ersichtlich, die Aspekte der Einführung einer Dissenting Opinion am Verfassungsgerichtshof umfassend beleuchtet. Auf die Pro- und Contra-Argumente wird in der Begründung des Entwurfs leider nicht eingegangen, sodass auf diese im Rahmen der Stellungnahme des ÖRAK summarisch einzugehen ist.

Der Österreichkonvent hat sich zwischen 2003 und 2005 ebenfalls mit der Frage der Einführung einer Dissenting Opinion in die österreichische Rechtsordnung befasst (siehe die Beratungsergebnisse: „Dissenting Opinion“ 138; Textvorschlag siehe Teil 4A Pkt. III. zu Art 148 B-VG).

Weder die parlamentarische Enquete aus dem Jahr 1998, noch der Österreichkonvent wurden zum Anlass genommen, das Instrument des Minderheitsvotums in die österreichische Rechtsordnung zu implementieren.

Das einzige Sachargument, mit welchem der Entwurf begründet wird, fußt auf dem „Interesse an mehr Transparenz“. Damit werden die Diskussionen der jüngeren Vergangenheit stark verkürzt wiedergegeben.

Fasst man die in der bisherigen Diskussion eingenommene Inhaltspositionen zusammen, so zeigt sich folgendes Bild: Die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofes waren und sind, soweit sie ihre Ansichten publik gemacht haben, ausnahmslos gegen die Einführung einer Dissenting Opinion. Bei den anderen Höchstgerichten sind die Ansichten geteilt: Während der seinerzeitige Präsident des Verwaltungsgerichtshofes ao Univ.-Prof. Dr. Clemens JABLONER, der Einführung grundsätzlich positiv gegenüberstand, hat der seinerzeitige Präsident des Obersten Gerichtshofes, Hon.-Prof. Dr. Herbert STEININGER, die Einführung für sein Gericht abgelehnt. In der Lehre wurden und werden ebenso wie bei den politischen Mandataren konträre Standpunkte vertreten. Eine überwiegende oder gar einhellige Ansicht in der Lehre liegt daher ebenso wenig vor, wie ein politischer Konsens. Der ÖRAK hat anlässlich der Enquete

eine differenzierte, im Endergebnis aber ablehnende Haltung der Anwaltschaft gegenüber der Einführung einer Dissenting Opinion eingenommen.

Die in den öffentlichen und auch wissenschaftlichen Diskussionen vorgetragenen Argumente pro und contra lassen sich in stärkere und schwächere zusammenfassen. Wesentlich erscheint, dass gewichtige neuere Aspekte nicht hinzugekommen sind. Das Transparenzargument, auf das später noch im Detail eingegangen wird und auf das sich die Begründung des Entwurfs alleine stützt, ist nicht neu und nach Ansicht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages schwach.

Es verwundert, dass in der Begründung des Entwurfs auf die im Jahr 1993 neu eingeführte Regelung in der Bundesrepublik Deutschland Bezug genommen wird, ohne gleichzeitig darauf zu verweisen, dass es auch andere Lösungsmodelle im Ausland gibt und ohne auf die jeweils unterschiedliche Rechtskultur Bedacht zu nehmen, mag sie auch zwischen Österreich und Deutschland durchaus ähnlich sein.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit wurde erstmals in Europa in der österreichisch-ungarischen Monarchie im Jahr 1867 beim seinerzeitigen Reichsgericht eingerichtet. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass weder beim Reichsgericht noch in einem der späteren Gerichtshöfe öffentlichen Rechts das Instrument eines Minderheitsvotums verankert wurde. Insbesondere auch nicht aus Anlass des Inkrafttretens des Bundesverfassungsgesetzes 1920. Mit der Einführung einer Dissenting Opinion wäre eine wohl wesentliche Änderung in der österreichischen Rechtstradition verbunden. Nicht außer Acht zu lassen ist die aktuelle hochpolitisch geprägte Diskussion in den Vereinigten Staaten um die Nachbesetzung einer vakanten Stelle am Supreme Court durch den im Zeitpunkt der Nominierung bereits scheidenden Präsidenten.

Was den, auch durch den Verweis der Anpassung des Entwurfes auf die Einführung der Dissenting Opinion in der Bundesrepublik Deutschland angesprochenen internationalen Vergleich betrifft, haben MACHACEK und GRABENWARTER anlässlich der Enquete im Jahr 1998 auch vor dem Hintergrund der Bestellungsmodalitäten und Verfahrensregelungen ein sehr differenziertes Bild gezeichnet, welches nur bedingt Rückschlüsse auf Österreich zulässt.

Die seinerzeitige Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts Dr. Jutta Limbach hat im Rahmen ihres Referates zwar darauf verwiesen, dass die Diskussionen über die Einführung der Dissenting Opinion durchaus auch kontroversiell waren. Die Einführung selbst aber dann nicht zum befürchteten „Untergang des Abendlandes“ geführt hat, aber zumindest statistisch gesehen nur zu vereinzelt Fällen in der Praxis geführt.

Die nunmehrige Initiative zur erstmaligen Einführung der Möglichkeit einer Veröffentlichung einer Minderheitsmeinung in der österreichischen Rechtsordnung fällt in eine Zeit, in der die Justiz und Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit in eine geführte heftige Diskussion geraten sind, was zuletzt auch zu öffentlichen Erklärungen des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes und der Bundesministerin für Justiz geführt hat. Dazu kommt, dass der Verfassungsgerichtshof in jüngerer Zeit mehrfach Erkenntnisse gefällt hat, die weitreichend gesellschaftliche Auswirkungen hatten und intensive politische Diskussionen ausgelöst haben. Schlussendlich ist zu gewärtigen, dass der Verfassungsgerichtshof iZm der Pandemie und der Covid-Gesetzgebung

mehrfach Entscheidungen des Gesetzgebers bzw. Ordnungsgebers aus formalen, aber auch inhaltlichen Gründen als verfassungswidrig qualifiziert hat.

All dies ist nach Ansicht des ÖRAK kein gutes Umfeld für die erstmalige Einführung der Möglichkeit, eine Dissenting Opinion bei einem österreichischen Höchstgericht zu implementieren und damit gänzlich neues Neuland in der österreichischen Rechtskultur zu beschreiten.

Dies vorausgeschickt, ist auf die in der bisherigen Diskussion verwendeten Argumente summarisch einzugehen wie folgt:

Steigerung der Qualität von Entscheidungen, Mehraufwand, Verzögerung:

Es wird argumentiert, dass eine Dissenting Opinion zu einer Qualitätssteigerung der Entscheidungen und Vertiefung der Rechtsfindung beitrage, wie wohl gleichzeitig bedingt durch die Abfassung und Veröffentlichung abweichender Meinungen eine Verfahrensverzögerung bewirkt würde. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Qualität der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes unbestritten ist, zumal in den Erwägungsgründen sämtliche im verfassungsgerichtlichen Verfahren vorgetragene Argumente der Parteien bzw. der belangten Behörde detailliert dargelegt werden. Das Zeitargument bzw. die Besorgnis um Verfahrensverzögerungen ist im Übrigen ein generelles Problem bei den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts und hängt mit der Sachfrage der Einführung eines Minderheitsvotums nicht zusammen.

Trendumkehr:

Es wird argumentiert, dass „Dissenters“ oft Träger einer künftig von der Mehrheit übernommenen Auffassung würden. Dem ist entgegen zu halten, dass derartige Annahmen empirisch weder für die Bundesrepublik Deutschland, noch sonst belegt sind, zumal sich Ursachen für eine Judikaturwende auf viele Aspekte, insbesondere auch die im Gefolge einer Entscheidung abgeführte wissenschaftliche Diskussion gründen können.

Befriedigungs- und Befreiungswirkung:

Es wird argumentiert, dass durch die Einführung eines Minderheitsvotums die Streitbereinigungsfunktion von höchstrichterlichen Entscheidungen untergraben werde, weil sich die unterlegene Partei bestärkt durch das Minderheitsvotum nicht mit der endgültigen Entscheidung abfinden will. Dem ist entgegenzuhalten, dass in verfassungsgerichtlichen Verfahren in der Normenkontrolle anders als in Zivilprozessen schwerlich von einer unterlegenen Partei gesprochen werden kann.

Förderung der wissenschaftlichen Diskussion und Rechtsfortentwicklung:

Es wird argumentiert, dass eine Dissenting Opinion die wissenschaftliche Diskussion und die Rechtsfortbildung fördere, was vor allem von Seiten der Lehre betont wird. Dem ist entgegenzuhalten, dass zumindest nach dem Selbstverständnis des Verfassungsgerichtshofes, dieser nicht zur Rechtsfortbildung berufen ist, sondern verfassungsrechtliche Fragen insbesondere bei Bescheidbeschwerden und Grundrechtseingriffen zu klären hat. Dazu kommt, dass Beschwerdeführer vor dem

Verfassungsgerichtshof die Entscheidung ihrer Rechtssache begehren und typischerweise nicht an einer Weiterentwicklung des Rechts und Klärung wissenschaftlicher Fragen interessiert sind.

Verbreiterung der Meinungsbildung im Gremium:

Es wird argumentiert, dass die Möglichkeit, ein Minderheitsvotum abzugeben, dazu führen würde, dass in den Beratungen des Gerichtshofs verstärkt auf die Argumente der Minderheit eingegangen würde. Dem ist entgegenzuhalten, dass es jedem Mitglied des Gerichtshofes freisteht, zu dem vom Präsidenten bestimmten Referenten ein Gegenreferat zu erstatten.

Transparenz:

Ausweislich der Begründung des Entwurfs soll die Einführung eines Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof der Transparenz der Rechtsfindung dienen, indem etwa auch Mutmaßungen über das Abstimmungsverhalten im Senat gewissermaßen unterbunden würden. Dem ist entgegenzuhalten, dass Transparenz einer Beratung anders als im parlamentarischen Prozess der Gesetzgebung per se kein eigener Wert ist und volle Transparenz nur dann gewährleistet wäre, wenn, so wie in der Schweiz, auch die Beratung und das Abstimmungsergebnis publiziert würde. Die Veröffentlichung einzelner Meinungen erreicht das gesetzgeberische Ziel der Transparenz nicht.

Untergrabung der Autorität eines Höchstgerichtes:

Es wird argumentiert, dass die Veröffentlichung von Minderheitsvoten die Autorität eines Höchstgerichtes in der Öffentlichkeit untergrabe, indem man der Mehrheitsmeinung den Respekt verweigere. Dem ist entgegenzuhalten, dass Autorität allein durch das Imperium, das die Verfassung dem Höchstgericht verleiht, bewirkt wird und sich einer empirischen Beurteilung vollkommen entzieht. Zudem ist immanent, dass Entscheidungen eines Kollegialorgans, selbst wenn es sich um Höchstgerichte handelt, naturgemäß auch mehrheitlich fallen können und für die Minderheit gleichwohl verbindlich sind. Auch wenn dies nicht der Regelfall zu sein scheint, dass überstimmte Mitglieder das Votum separatum zu einer generellen Urteilsschelte umfunktionieren, lehrt die Erfahrung, insbesondere jene aus dem Ausland, dass das Votum separatum medial und in der Öffentlichkeitswirkung erfahrungsgemäß erheblich breiteren Raum erhält, als die eigentliche Mehrheitsentscheidung. Eine öffentliche Diskussion strittiger Rechtsfragen ist zwar wesentlicher Bestandteil einer rechtsstaatlichen Ordnung, darf aber nicht dazu führen, dass die Mechanismen der Rechtssetzung und Rechtsanwendung in die öffentliche Diskussion verlagert werden.

Das Richterbild in der Öffentlichkeit:

Es wird argumentiert, dass die Möglichkeit eines Richters, ein Minderheitsvotum abzugeben und zusammen mit der Entscheidung zu veröffentlichen zu einer Veränderung des Richterbildes führe. Dazu ist festzustellen, dass das Richterbild im angloamerikanischen Rechtskreis, aus welchem das Instrument der Dissenting Opinion stammt, ein vollkommen anderes ist, als jenes Richterbild, das den

kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen zugrunde liegt. Entscheidend ist nicht die Person oder die Persönlichkeit des Richters, sondern das Gericht als solches.

Entstehung von politischen Abhängigkeiten:

Es wird argumentiert, dass die Zulassung von Minderheitsvoten, die Entstehung politischer Abhängigkeiten fördere, zumal die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofes von politischen Gremien entsandt werden. Auch wenn die verfassungsgesetzlich garantierten Rahmenbedingungen der Unversetzbarkeit und Unabsetzbarkeit mit der Ernennung durch den Bundespräsidenten bewirkt werden, ist vor allem bei parteipolitisch getragenen verfassungsrechtlichen Streitfragen nicht von der Hand zu weisen, dass Dissentierer einem politischen Druck ausgesetzt sind. Das würde letztlich dazu führen, dass es innerhalb des Kollegialorgans zu Fraktionsbildungen kommen könnte, so wie sie derzeit in voller Öffentlichkeit beim Supreme Court in den Vereinigten Staaten bestehen.

Die Aufzählung der umfassend diskutierten Argumente ist naturgemäß nicht abschließend. Es gibt zahlreiche weitere pro und contra Argumente, die hier im Einzelnen nicht aufgelistet werden können, die aber in der parlamentarischen Enquete vom 16.10.1998, sowie in den Verhandlungen des Juristentages bzw in den Dokumenten zum Österreichkonvent nachlesbar sind. In der Gesamtschau zeigt sich, dass dem Transparenzargument, das dem Entwurf zugrunde liegt, gewichtige Gegenargumente gegenüberstehen und dass auch sonstige Argumente, die für die Einführung eines Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof ins Treffen geführt werden, mitunter geringe Überzeugungskraft haben.

Der ÖRAK hält daher an seiner ablehnenden Ansicht fest und rät, angesichts der aktuellen politischen Diskussionen um das Ansehen der Justiz derzeit keine tiefgreifenden Eingriffe in das bestehende System der Verfassungsgerichtsbarkeit vorzunehmen, zumal dies gegen den erklärten Willen des Gerichtshofes erfolgt. Der ÖRAK wiederholt freilich den Wunsch, ihm als Gegengewicht zu den politischen Instanzen die Befugnis zur Einleitung und Antragstellung von Normenkontrollverfahren zu übertragen, so wie dies eine qualifizierte Minderheit des Nationalrates bzw Bundesrates besitzt und regt weiters an, zur Stärkung des Vertrauens in die Justiz dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertages das Recht einzuräumen, jedenfalls ein Mitglied des Verfassungsgerichtshofes zu nominieren, so wie dies der Bundesregierung dem Nationalrat und dem Bundesrat zusteht, um ein Gegengewicht zur politischen Besetzungspraxis der Mitglieder des Höchstgerichtes herzustellen.

Der ÖRAK ersucht daher, diese seine Anregungen und Bedenken bei der im weiteren Gesetzgebungsprozess zu berücksichtigen.

Wien, am 19. April 2021

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

