



1 Präs. 1635-2870/12p

**Initiativantrag 2031/A betreffend ein Bundesverfassungsgesetz,  
mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird  
(Gesetzesbeschwerde, Beibehaltung des Art 144 B-VG)**

sowie

**Initiativantrag 2032/A betreffend ein Bundesverfassungsgesetz,  
mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird  
(Gesetzesbeschwerde, Entfall des Art 144 B-VG)**

Zu dem zu 13440.0060/2-L1.3/2012 von der Parlamentsdirektion übersandten Gesetzesentwurf nimmt der Oberste Gerichtshof wie folgt Stellung:

### Übersicht

Übersicht .....	1
I. Zur „Gesetzesbeschwerde“ .....	1
1. Vorbemerkung.....	1
2. Für die Verfassungsänderung fehlt jeglicher Anlass.....	3
3. Normenbeschwerde in Strafsachen? .....	9
4. Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht: Rechtsmittel statt Rechtsschutz?.....	10
5. Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche .....	15
6. Verkehrsschutz und Schutz Dritter .....	17
7. Folgen einer Gesetzesbeschwerde für die Rechtsstaatlichkeit.....	18
8. Novellierungsnotwendigkeiten.....	20
II. Zum Entfall des Art 144 B-VG .....	21
III. Zusammenfassung .....	21

### I. Zur „Gesetzesbeschwerde“

#### 1. Vorbemerkung

**1.1.** Kernstück beider Entwürfe ist die Einführung einer „Gesetzesbeschwerde“, genauer einer **Normenbeschwerde für Verfahrensparteien** gerichtlicher Verfahren. Dem Text des Gesetzesentwurfs sowie der knappen Begründung sind folgende wesentliche Punkte zu entnehmen:

- Eine Partei kann mit der Behauptung, durch die letztinstanzliche Entscheidung eines Gerichts wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung (Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG) oder eines verfassungswidrigen Gesetzes (Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG) in ihren Rechten verletzt zu sein, beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Verordnungsprüfung bzw Gesetzesprüfung stellen, wenn
  - diese Partei im gerichtlichen Verfahren unter Darlegung der gegen die Gesetzmäßigkeit der Verordnung bzw die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sprechenden Bedenken beim Gericht die Stellung eines Normenprüfungsantrags nach Art 139 Abs 1 Z 1 bzw Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG angeregt hatte,
  - soweit das Gericht dieser Anregung nicht entsprochen hat; die in der Normenbeschwerde dargestellten Bedenken müssen dieselben sein wie jene, deretwegen die Partei beim Gericht einen Antrag auf Normenprüfung angeregt hat.
- Der Verfassungsgerichtshof ist dabei an die „Rechtsanschauung“ (= Auslegung der angefochtenen Norm) des letztinstanzlichen Gerichts gebunden (Art 139 Abs 1a und Art 140 Abs 1a B-VG).
- Die Normenbeschwerde gilt sinngemäß auch für Fälle von bereits außer Kraft getretenen Normen (Art 89 Abs 3 B-VG), für Kundmachungen über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes oder Staatsvertrags (Art 139a B-VG) und für die Rechtswidrigkeit eines Staatsvertrags (Art 140a Abs 1 B-VG).
- Für Rechtssachen, die zu einer Normenbeschwerde durch eine Verfahrenspartei Anlass gegeben haben, ist durch Bundesgesetz zu bestimmen, dass das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, mit dem die Verordnung als gesetzwidrig bzw das Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben wird, einen Grund für die Wiederaufnahme des Verfahrens bildet. In den Erläuterungen ist noch davon die Rede, dass der Bundesgesetzgeber zu diesem Zweck auch andere verfahrensrechtliche Institute vorsehen kann; im vorgeschlagenen Normtext (Art 139 Abs 7

bzw Art 140 Abs 8 B-VG) ist diese Möglichkeit allerdings nicht vorgesehen.

**1.2.** Der Initiativantrag vermittelt den Anschein, dass es sich nur um eine unbedeutende Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes handelt. Die sachliche Begründung des Vorschlags erschöpft sich in einem Satz: „*Dadurch soll die Rechtsbereinigungsfunktion des Verfassungsgerichtshofs gestärkt werden.*“ Tatsächlich handelt es sich um einen der **bedeutendsten Eingriffe** in das verfassungsmäßige Zusammenspiel der drei Höchstgerichte seit Inkrafttreten des B-VG 1920. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die Vorgaben für diese Änderung der österreichischen Bundesverfassung näher begründet werden.

**1.3.** Der Entwurf kann zwar zugutegehalten werden, dass er versucht, die Eingriffe in das bestehende Gefüge gering zu halten, und auch die – **absolut unverzichtbare**<sup>1</sup> – Prämisse enthält, dass der Verfassungsgerichtshof an die Auslegung durch das letztinstanzliche Gericht gebunden ist. Letztlich bleibt der Entwurf aber skizzenhaft und achtet kaum auf Folgeprobleme. **Der Oberste Gerichtshof tritt dem Entwurf daher entschieden entgegen** und schlägt vor, ihn – ebenso wie den mehr oder minder gleichlautenden Entwurf aus dem Jahr 2007 (94/ME 23. GP) – wieder fallen zu lassen.

## 2. Für die Verfassungsänderung fehlt jeglicher Anlass

**2.1.** Das Bundeskanzleramt hat am 23. Juli 2007 (94/ME 23. GP) einen Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes vorgelegt, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird. Auch dieser Entwurf, der seinerzeit im Begutachtungsverfahren dem Obersten Gerichtshof nicht zur Stellungnahme übermittelt worden war,<sup>2</sup> enthielt einen inhaltlich dem

---

<sup>1</sup> Hier kann auf die Ausführungen von *Jabloner*, Gesetzesbeschwerde macht Schranken für den VfGH nötig, Die Presse 2. Juli 2012 (abrufbar unter <http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1261312/Gesetzesbeschwerde-macht-Schranken-fuer-den-VfGH-noetig>) verwiesen werden, denen nichts hinzufügen ist: Der Verfassungsgerichtshof soll die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze kontrollieren und die Rechtsordnung bereinigen, die Gesetze aber nicht verändern dürfen.

<sup>2</sup> [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME\\_00094/imfname\\_084583.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00094/imfname_084583.pdf) (abgefragt am 16.8.2012).

nunmehrigen Entwurf entsprechenden Vorschlag für die Einführung einer Normenbeschwerde für Verfahrensparteien.

Im Rahmen der Reihe „Forum Parlament“ im Palais Epstein bildete der damalige Entwurf das Thema einer Veranstaltung am 21. November 2007. In der Parlamentskorrespondenz Nr 888 vom 21. November 2007 werden folgende Äußerungen der Podiumsteilnehmer angeführt (hier wortwörtlich aus der Parlamentskorrespondenz wiedergegeben):<sup>3</sup>

– *Irmgard Griss*, Präsidentin des OGH und Ersatzmitglied des VfGH:

Es gebe allerdings noch sehr viele Unklarheiten, sodass dieser neue „Rechtsbehelf“ einen „Schwebezustand“ schaffen und zur Verlängerung des Streits führen würde. Zudem müssten die Kosten – wie Zeit und vermehrter Aufwand beim VfGH – beachtet werden. Resümierend regte die OGH-Präsidentin an, den Rechtsschutz auf andere Weise zu verbessern. ... Zum Thema Grundrechtsbeschwerde plädierte die OGH-Präsidentin unter Hinweis auf 90.000 offene Akten beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte für Abhilfen auf der nationalen Ebene. Dem OGH dafür eine Kompetenz zu geben hielt *Griss* für eine sachgerechte Lösung, zumal Grundrechte nicht isoliert zu sehen seien und sich österreichische Höchstgerichte am Europäischen und am Menschenrechtsgerichtshof orientieren müssten.

– *Clemens Jabloner*, Präsident des VwGH:

Er verteidigte das bestehende System als zweckmäßig und brachte vor, dass es relativ wenig Widersprüche in der Judikatur bringe. Bei einer Umkehrung der Sukzessivbeschwerde würden ihm zufolge etwa weitere Verfahrensverzögerungen drohen, ohne dass dadurch eine Verbesserung des Rechtsschutzes erzielt werden könnte.

– *Christoph Grabenwarter*, Mitglied des VfGH:

Er führte aus, das Kooperationsverhältnis zwischen OGH, VwGH und VfGH funktioniere in Österreich besser als in vielen anderen Staaten. Im Zusammenhang mit einer jüngsten OGH-Entscheidung äußerte er jedoch die Sorge, dass die Kohärenz des innerstaatlichen Grundrechtsschutzes gefährdet sei. ... Eine Verbesserung des Grundrechtsschutzes in Österreich könnte ihm zufolge eine Ausdehnung der Gesetzesbeschwerde bringen.

– *Heinz Mayer*, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien:

Er erinnerte daran, dass der „Vater“ der österreichischen Verfassung *Hans Kelsen* seinerzeit vorgeschlagen hatte, die Zuständigkeit des

---

<sup>3</sup> [http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR\\_2007/PK0888/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2007/PK0888/index.shtml) (abgefragt am 16.8.2012).

Verfassungsgerichtshofs auf die Normenkontrolle zu beschränken und keine Individualbeschwerden beim VfGH zuzulassen. Seiner Ansicht nach spricht vieles für diesen Gedanken. Es gebe, so *Mayer*, keinen Grund anzunehmen, dass ausschließlich der VfGH in der Lage sei, die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger zu sichern. Der Einführung einer „Urteilsbeschwerde“ beim VfGH stand *Mayer* ausdrücklich ablehnend gegenüber, wobei er vor allem auf Probleme bei Mehrparteienverfahren verwies. Er plädierte stattdessen dafür, bereits erstinstanzlichen Gerichten die Möglichkeit einzuräumen, Gesetzesprüfungsanträge beim VfGH zu stellen.

- *Gerhard Benn-Ibler*, Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages:

Er sprach sich dagegen aus, die Gleichordnung der Höchstgerichte zu ändern. Er sieht sowohl den VfGH als auch den OGH als für Grundrechte zuständig. Ein Problem stellt für *Benn-Ibler* dar, dass Parteien hinsichtlich der Frage der Anrufung des Verfassungsgerichtshofs durch ein Gericht im Rahmen eines Verfahrens kein subjektives Anhörungsrecht haben. Er regte in diesem Sinn eine entsprechende Änderung von Art. 89 B-VG an. Der Ermöglichung einer VfGH-Beschwerde nach Rechtskraft eines Urteils konnte *Benn-Ibler* hingegen nichts abgewinnen.

- Abschließend nahm *Matthias Jestaedt* (Universität Erlangen) zum deutschen Pyramidenmodell mit dem Bundesverfassungsgericht als letztentscheidender Instanz Stellung.

**2.2.** Schon angesichts dieser Äußerungen von namhaften Experten wundert es nicht, dass der damalige Entwurf nicht weiter verfolgt wurde.

Seit dem Jahr 2007 hat sich das rechtliche Umfeld durch die **Fortentwicklung des Unionsrechts** in einer Weise verändert, dass der Bedarf nach einer Normenbeschwerde für Verfahrensparteien weiter minimiert wurde. Auch die entsprechenden, im Endbericht des Österreich-Konvents vom 31. Jänner 2005 erstatteten Vorschläge, auf die die Erläuterungen zu den beiden Initiativanträgen Bezug nehmen, sind durch die Fortentwicklung des Grundrechtsschutzes auf unionsrechtlicher Ebene zwischenzeitig überholt.

Mit 1. Dezember 2009 ist die Europäische Grundrechtecharta (GRC) in Kraft getreten. Seitdem können in ihrem Anwendungsbereich mitgliedstaatliche Normen weitestgehend in drei Instanzen wegen Grundrechtswidrigkeit bekämpft werden. Letztlich kann die Frage einer Grundrechtswidrigkeit mitgliedstaatlicher Normen nur von den nationalen Gerichten **im Dialog mit**

**dem EuGH abschließend geklärt** werden.<sup>4</sup> Der Mehrwert der Möglichkeit einer innerstaatlichen Anrufbarkeit des Verfassungsgerichtshofs ist begrenzt; im Gegenteil ist mit Nachteilen zu rechnen, wie im Folgenden noch ausführlich dargestellt wird.

Augenscheinlich hat sich diese Entwicklung zuletzt etwa in einem Verfahren betreffend die Pensionserhöhung 2008 manifestiert. Mit Beschlüssen vom 4. November 2008, 10 ObS 135/08p uva, hat der Oberste Gerichtshof beim Verfassungsgerichtshof Normenprüfungsanträge betreffend die Pensionsanpassung 2008 (§ 634 Abs 10 ASVG) gestellt. Der Verfassungsgerichtshof wies die Gesetzesprüfungsanträge mit Erkenntnis vom 24.9.2009, G 36/09, ab; er verneinte sowohl eine Verletzung des Gleichheitssatzes als auch eine Verletzung des Rechts auf Unversehrtheit des Eigentums. Der in der Folge vom Obersten Gerichtshof angerufene Europäische Gerichtshof erblickte in seinem Urteil vom 20. Oktober 2011, Rs C-123/10, *Brachner*, in der österreichischen Norm einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit.

Nun ist die vom Verfassungsgerichtshof gegebene Begründung, warum er die angefochtene Norm aus Sicht des österreichischen Verfassungsrechts als gleichheitskonform ansah, durchaus nachvollziehbar. Das Beispiel zeigt aber deutlich, dass sich die **Gewichte bei der Normenkontrolle** zunehmend in Richtung EuGH verschoben haben. Mit der fortschreitenden Überlagerung des nationalen Rechts durch das Unionsrecht<sup>5</sup> werden sie noch weiter dorthin wandern.

Bisher als mitgliedstaatsrechtlich angesehene Fragen werden in diesem Prozess immer mehr zu unionsrechtlich relevanten Fragen, für deren endgültige Klärung nicht mehr die mitgliedstaatlichen Gerichte, sondern die Unionsgerichte zuständig sind. Nach der Rechtsprechung des

---

<sup>4</sup> Es ist evident, dass die österreichischen Gerichte den Dialog mit dem EuGH aufgenommen haben und pflegen. Nach dem jüngsten Jahresbericht des EuGH sind bis einschließlich 2011 aus Österreich 387 Vorabentscheidungsersuchen gestellt worden (davon 87 vom Obersten Gerichtshof). Damit liegt Österreich – obwohl erst seit 1.1.1995 Mitglied der Europäischen Union – hinter Deutschland, Italien, Frankreich, den Niederlanden, Belgien und dem Vereinigten Königreich an der 7. Stelle. Zum Vergleich: Aus Finnland kamen 76 und aus Schweden 91 Vorabentscheidungsersuchen.

<sup>5</sup> Nach Schätzungen werden mittlerweile mindestens 2/3 der mitgliedstaatlichen Rechtsnormen vom Unionsrecht tangiert: *Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta, ÖJZ 2012, 159 (165).

Verfassungsgerichtshofs (ebenso wie des deutschen Bundesverfassungsgerichts) ist der EuGH gesetzlicher Richter im Sinn des nationalen Verfassungsrechts und muss daher von den nationalen Gerichten angerufen werden, wenn eine unionsrechtlich relevante Frage zu klären ist. Denselben Standpunkt vertritt auch der EuGH selbst.

Eine innerstaatlich orientierte Normenbeschwerde ist daher letztlich ein mittlerweile von der Rechtsentwicklung **längst überholtes Modell**. Das Plus ihrer Einführung liegt hier allenfalls darin, dass eine aus Gründen des Unionsrechts unanwendbare Norm auch formell aus dem Rechtsbestand entfernt wird. Damit sind aber auch Nachteile verbunden. Während sich die unmittelbar mit der Rechtsanwendung befassten Gerichte und Verwaltungsbehörden auf die Nichtanwendung im Einzelfall beschränken können, hat eine Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof umfassende Wirkung. Sie erfasst daher auch Fälle, in denen die Norm – etwa in einem reinen Binnensachverhalt – gar nicht gegen das Unionsrecht verstößt. Die auf den konkreten Normenkonflikt beschränkte Nichtanwendung durch die Gerichte greift daher deutlich weniger in die Regelungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers ein als die Erstreckung der Normenkontrolle durch den Verfassungsgerichtshof auch auf solche Fälle.

**2.3.** Der Begründung des Gesetzesvorschlags ist zwar – zu Recht – nicht zu entnehmen, dass mit der Einführung einer „Gesetzesbeschwerde“ eine Rechtsschutzlücke geschlossen werden soll, doch wurde dieses Argument in der öffentlichen Diskussion in den Raum gestellt. Es ist allerdings wenig zielführend.

a) Zum einen gebietet es der Respekt vor der Einhaltung des Gesetzes- und Verordnungsrechts, dass Normenkontrollen „austariert“ sind. Schließlich profitiert von der Aufhebung einer Norm derjenige, der sich **nicht an sie gehalten** hat. Sowohl international als auch national liegt ein klassisches Modell der Austarierung in der Einbeziehung mehrerer, insoweit zur Kooperation gezwungener Institutionen nach dem **Vier-Augen-Prinzip**. Auf europäischer Ebene kann als Beispiel das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH genannt werden, das nicht jedermann offen steht, sondern nur Gerichten als Antragstellern. Im innerstaatlichen Bereich folgt beispielsweise

die – nur der Generalprokuratur zustehende – Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes diesem Modell. Im Rahmen der Normenkontrolle ist die Anfechtungsberechtigung nach Art 139 und Art 140 B-VG aus gutem Grund eingeschränkt, etwa darauf, dass nicht jedem einzelnen Abgeordneten zum Nationalrat oder zum Bundesrat ein Anfechtungsrecht zukommt, sondern nur einem Drittel (!) der Mitglieder der gesetzgebenden Organe. Die Aufhebung einer Norm wirkt in der Vergangenheit nur für den Anlassfall und im Übrigen nur in die Zukunft (Art 139 Abs 6, Art 140 Abs 7 B-VG). Auf diese Weise wird das **demokratische Prinzip gewahrt**. Das Kontrollmodell nach dem Vier-Augen-Prinzip dient darüber hinaus auch dem **Schutz des Bürgers**: Er kann sich darauf verlassen, dass die gesetzlichen Grundlagen für seine privaten Entscheidungen nur dann in Frage gestellt werden, wenn auch die Gerichte – also am Streitausgang uninteressierte Institutionen – Bedenken gegen die Verfassungskonformität eines Gesetzes haben.

b) Zum anderen gibt es in der wissenschaftlichen Diskussion keine Beschwerden darüber, dass die Gerichte Normprüfungsanträge nicht ernst nehmen würden, im Gegenteil:

Die Tätigkeitsberichte des Verfassungsgerichtshofs für die Jahre 2007 – 2010 zeigen für Gesetzesprüfungsanträge von Gerichten (einschließlich UVS und BVA) folgendes Bild:

Jahr	Anträge	davon zurückgewiesen oder eingestellt	zumindest teilweise Aufhebung	keine Aufhebung	Aufhebungsquote daher
2007	172	8	37	127	21,5 %
2008	70	10	7	53	10,0 %
2009	317	38	40	239	12,6 %
2010	46	7	15	24	32,6 %
gesamt	605	63	99	443	16,4 %

Der wissenschaftlichen Literatur ist nicht zu entnehmen, dass es Missstände beim Anfechtungsverhalten der Gerichte gäbe.<sup>6</sup> „Die empirische Evidenz eines

<sup>6</sup> Mögliche „Rechtsschutzlücken“ werden eher in Form eines theoretischen Modells ohne konkrete Hinweise auf praktische Bedürfnisse besprochen. S etwa schon *Walter*, Die Funktion der Höchstinstanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58 (61 f); ebenso nun die Stellungnahme der Salzburger Landesregierung vom 1.8.2012, 2001-BG/1/466-2012, die ebenfalls rein abstrakt argumentiert.



realen Bedarfs“ für eine entsprechende Verfassungsänderung fehlt.<sup>7</sup> Dass Verfahrensparteien, die mit ihrem Rechtsstandpunkt im gerichtlichen Verfahren unterlegen sind, dies (auch) auf die Anwendung angeblich verfassungswidriger Gesetze durch die Gerichte zurückführen, ist zwar verständlich, ändert aber nichts daran, dass ein „Grenzorgan“, das abschließend entscheiden muss, zwangsläufig immer eine Seite enttäuscht. Daran kann auch ein (eingeschränkter) Rechtszug für Verfahrensparteien zum Verfassungsgerichtshof nichts ändern. Mit einer Gesetzesbeschwerde wird nur die Kontrolle der Kontrolle ausgebaut und suggeriert, dass der Rechtsschutz besser ist, je mehr Instanzen durchlaufen werden können.

c) Es darf auch nicht übersehen werden, dass es in einem maßgeblichen Bereich des Verfassungsrechts, nämlich im Bereich des Grundrechtsschutzes, bereits jetzt eine **Kontrolle der Gerichtsbarkeit** durch einen besonderen Rechtszug an ein auf Grundrechte spezialisiertes Gericht gibt, nämlich an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg.<sup>8</sup> Nicht unerwähnt soll bleiben, dass sich die Bilanz des Obersten Gerichtshofs vor dem EGMR – auch im Vergleich mit dem Verfassungsgerichtshof – durchaus sehen lassen kann. In den Jahren 2007 – 2011 war von den Fällen, in denen der OGH als letzte Instanz einschritt, nur in insgesamt 9 Fällen eine Beschwerde in Straßburg erfolgreich. Die Verurteilungsquote in Straßburg liegt damit weit unter einem Promille (!) der vom Obersten Gerichtshof entschiedenen Fälle.

### 3. Normenbeschwerde in Strafsachen?

In **Strafsachen** wurde der Grundrechtsschutz in den letzten Jahren durch ein paralleles Vorgehen von Gesetzgeber (Grundrechtsbeschwerde [1993], Erneuerung des Strafverfahrens [§ 363a StPO]) und Rechtsprechung sukzessive ausgebaut. Der Oberste Gerichtshof hat die Möglichkeit der Erneuerung des Strafverfahrens über den Wortlaut des § 363a StPO hinaus insofern erweitert, als er dieses außerordentliche Rechtsmittel auch ohne den Weg der Beschwerde

---

<sup>7</sup> *Jabloner*, Gesetzesbeschwerde macht Schranken für den VfGH nötig, Die Presse 2. Juli 2012 (abrufbar unter <http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1261312/Gesetzesbeschwerde-macht-Schranken-fuer-den-VfGH-noetig>).

<sup>8</sup> *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 416.

an den EGMR zulässt.<sup>9</sup> Die **Weiterentwicklung des Erneuerungsantrags** ist in einem engen Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zu sehen, der die Strafbestimmung des § 209 StGB (Gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen unter 18 Jahren) durch Jahre als innerhalb der rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit des einfachen Gesetzgebers liegend qualifiziert hat,<sup>10</sup> bevor er sie im Jahr 2002 unter Fristsetzung bis 28. Februar 2003 aufhob.<sup>11</sup> Im Zusammenhang mit Schuldsprüchen nach § 209 StGB hat der EGMR – beginnend mit dem Urteil vom 9. Jänner 2003, Bsw 39392/98 und 39829/98, L und V gegen Österreich – Österreich in mehreren Fällen wegen Verletzung des Art 14 in Verbindung mit Art 8 EMRK verurteilt.

Das von *Birklbauer* in der Abteilung Strafrecht des 18. Österreichischen Juristentags 2012 erstattete Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass der vom Obersten Gerichtshof eingeschlagene Weg der Erweiterung des § 363a StPO einer Anrufbarkeit des Verfassungsgerichtshofs vorzuziehen ist.<sup>12</sup> In Lehre und Praxis wird das außerordentliche Rechtsmittel als „goldener Schlussstein“ im formellen Rechtsschutzsystem der StPO bezeichnet.<sup>13</sup>

Ein Bedarf nach einer an den Verfassungsgerichtshof gerichteten Normenbeschwerde für Verfahrensparteien in Strafsachen muss daher verneint werden.

#### **4. Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht: Rechtsmittel statt Rechtsschutz?**

**4.1.** Bedauerlicherweise lassen die Gesetzesentwürfe in geradezu naiver Sichtweise die Struktur des Zivilrechts (und des Zivilprozessrechts) mit typischerweise mehreren gleichgeordneten Parteien völlig außer Betracht. Der Interessenausgleich vollzieht sich im Zivilrecht regelmäßig nicht über Gesetzesrecht, sondern über privatautonom geschlossene Verträge. Gesetzesrecht kommt – als dispositives Recht – subsidiär zum Tragen, nur

---

<sup>9</sup> OGH 13 Os 135/06m (zu § 209 StGB).

<sup>10</sup> VfGH G 227/88, G 2/89; VfGH G 190/01.

<sup>11</sup> VfGH G 6/02.

<sup>12</sup> *Birklbauer*, Braucht unser Strafprozess ein neues Rechtsmittelsystem? Gutachten (2012) 135.

<sup>13</sup> *Lewisch*, Der Zugang zum OGH in Strafsachen aus anwaltlicher Sicht, in *Kodek* (Hrsg), Zugang zum OGH (2012) 139 (146).

ausnahmsweise sind zwingende Normen zu beachten. „Transaktionssicherheit“ hat einen hohen Stellenwert im Zivilrecht: Wer mit einem anderen in Geschäftskontakt tritt, muss sicher sein können, dass die getroffenen Vereinbarungen und die gesetzlichen Normen „halten“. Kommt es zu einem Streit vor Gericht, tritt neben den Rechtsschutz im Verfahren auch der Gedanke der Effizienz: Auch das Interesse des Gläubigers an einem raschen Verfahrensabschluss – zwecks Durchsetzung seiner Ansprüche – muss ins Kalkül gezogen werden.

**4.2.** In diesem Sinn stehen Gerichtsverfahren im **Spannungsfeld zwischen Rechtsschutz und Effizienz**. Je mehr Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, umso länger dauern die Verfahren. Der Gesetzgeber und die Gerichte müssen daher einen Mittelweg gehen: angemessener Rechtsschutz in vernünftiger Frist. Internationale Studien belegen, dass sie dabei durchaus erfolgreich sind: Die österreichischen Gerichte arbeiten schnell und günstig. Wie zuletzt wieder die CEPEJ-Studie des Europarats gezeigt hat, genießt Österreichs ordentliche Gerichtsbarkeit im internationalen Vergleich einen ausgezeichneten Ruf.<sup>14</sup> Die Konzeption der Zivilprozessordnung geht dahin, dass es eine starke Tatsacheninstanz gibt (erste Instanz), die von einer zweiten Instanz kontrolliert wird; die dritte Instanz (Oberster Gerichtshof) soll sich auf erhebliche Rechtsfragen konzentrieren, um Rechtseinheit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung zu gewährleisten (§ 502 Abs 1 ZPO). Diese Rollenverteilung hat sich als sehr effektiv erwiesen und wird international als vorbildhaft qualifiziert.

**4.3.** Die Einführung einer Gesetzesbeschwerde liefe diesem effizienten System diametral entgegen. Unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung würde sie als (beschränkte) Möglichkeit wahrgenommen, ein weiteres Gericht mit der Sache zu befassen. Parteien, die im gerichtlichen Verfahren unterlegen sind, werden diese Möglichkeit in Anspruch nehmen. Es wäre ein Trugschluss zu glauben, dass sie sich dabei auf jene Punkte beschränkten, die ihnen das Gesetz zugesteht. Damit verbunden wären eine **Verlängerung der Verfahren und höhere Kosten** für alle Beteiligten. Schließlich muss auch im Verfahren vor

---

<sup>14</sup> <http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/2c94848525f84a630130fe48a3e14a88.de.html> (abgefragt am 16.8.2012).

dem Verfassungsgerichtshof beiden Verfahrensparteien rechtliches Gehör gewährt werden.

**4.4.** Nach beiden Gesetzesvorschlägen kann **jede letztinstanzliche Entscheidung** eines Gerichts zum Anlass für eine Normenbeschwerde genommen werden. Das bedeutet, dass sämtliche im Zuge eines Gerichtsverfahrens ergehenden Entscheidungen betroffen sind, wenn sie nicht mehr bekämpft werden können, beginnend bei ganz „kleinen“ formellen Entscheidungen wie etwa die Gewährung oder Versagung der Verfahrenshilfe, die Entscheidung über die Ablehnung von Richtern und Richterinnen, die Bestimmung der Gebühren von Sachverständigen und der Auftrag zu ihrer Zahlung. Gerichtsverfahren bestehen eben nicht nur aus einer Endentscheidung in der Sache, sondern aus einer Vielzahl aufeinander aufbauender Verfahrensschritte, über die jeweils in Beschlussform zu entscheiden ist. Zum Teil sind diese Beschlüsse gesondert anfechtbar, zum Teil nur mit der Endentscheidung in der Sache und zum Teil sind sie unanfechtbar.

Im Sinne des Vorschlags ergeht in all diesen Fällen eine letztinstanzliche Entscheidung, die jeweils der Normenbeschwerde unterliegen würde. Im Exekutionsverfahren kann von der Bewilligung der Zwangsversteigerung über den Zuschlag und die Meistbotsverteilung bis hin zur Übergabe der Liegenschaft an den Ersteher jeder einzelne Beschluss zum Anlass für eine Gesetzesbeschwerde genommen werden, etwa wenn Rechtsmittelbefugnisse eingeschränkt oder ausgeschlossen sind. Im Insolvenzverfahren könnten von der Verfahrenseröffnung über die Unternehmensschließung bis zur Schlussverteilung und die Aufhebung des Konkurses eine Vielzahl von Gerichtsbeschlüssen zum Gegenstand einer Gesetzesbeschwerde gemacht werden.

Die damit verbundenen **Verfahrensverzögerungen und -verteuerungen** wären dramatisch: Selbst wenn der Verfassungsgerichtshof die Behandlung entsprechender Anträge in relativ kurzer Zeit mit Beschluss ablehnte (Art 139 Abs 1b, Art 140 Abs 1b), ist schon aus technischen Gründen – jede Inanspruchnahme eines anderen Spruchkörpers bringt zwangsläufig Zeitverzögerungen; der Verfassungsgerichtshof tagt nur in vier Sessionen pro

Jahr - eine deutliche Verzögerung der Verfahren unvermeidbar. Länger dauernde Rechtsunsicherheit ist die Folge.

**4.5.** Durch sein **Grundrechtecharta-Erkenntnis** vom 14.3.2012, U 466/11, U 1836/11, hat der Verfassungsgerichtshof die Argumentationsmöglichkeiten von Verfahrensparteien beträchtlich erweitert. Führt man die Begründung des Erkenntnisses konsequent fort, müsste mit einer Normenbeschwerde auch geltend gemacht werden können, dass die Gerichte gegen den Anwendungsvorrang des Unionsrechts verstoßen haben.<sup>15</sup> Angesichts der Durchdringung des mitgliedstaatlichen Rechts durch Unionsrecht kann diese Behauptung fast in jedem Zivilrechtsstreit ohne besondere Mühe aufgestellt werden. Die negativen Folgen einer Gesetzesbeschwerde für das zivilgerichtliche Verfahren werden damit multipliziert.

Dazu kommt eine bisher in den EU-Mitgliedstaaten nicht bekannte **neue Dimension der Wirkung von Unionsrecht**: Können über die Normenbeschwerde Gesetze wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben werden und bildet das Unionsrecht ebenfalls einen Prüfungsmaßstab für das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof, schafft sich der Verfassungsgerichtshof selbst die Möglichkeit, Gesetze wegen Verstoßes gegen Unionsrecht – etwa gegen EU-Richtlinien – aufzuheben. Auf diese Weise können EU-Richtlinien in Österreich – anders als in den übrigen Mitgliedstaaten – unmittelbare Wirkung im horizontalen Verhältnis erhalten.

**4.6.** Eine Änderung der Verfassung in Richtung einer Normenbeschwerde wäre dann zu rechtfertigen, wenn das derzeitige System der Normenkontrolle tatsächlich mangelhaft wäre. Dafür gibt es aber weder in der Rechtstatsachenforschung noch in der Rechtswissenschaft einen Anhaltspunkt oder **einen empirischen Beleg**. Die Gerichte sind verfassungs- und grundrechtsbewusst. Wegen der Bedeutung der Grundrechte für die gerichtliche Tätigkeit hat der Oberste Gerichtshof die Entscheidungen des EGMR in das allgemein zugängliche Rechtsinformationssystem RIS aufgenommen.

---

<sup>15</sup> Der Verfassungsgerichtshof legt in dem Erkenntnis dar, dass in seiner früheren Rechtsprechung das Unionsrecht im Allgemeinen keinen Prüfungsmaßstab für seine Entscheidungen gebildet hatte, dass er aber nun in Bezug auf die Grundrechtecharta davon abrücke. Angesichts der für diese Rechtsprechungsänderung gegebenen Begründungselemente (Äquivalenzgrundsatz; innerstaatliche Zuständigkeitskonzentration für die Beurteilung von Verstößen gegen höherrangige Normen beim Verfassungsgerichtshof) muss gefolgert werden, dass der Verfassungsgerichtshof letztlich auch den Verstoß gegen Unionsrecht als höherrangiges Recht in seine Prüfung einbeziehen könnte.

**4.7. Österreich hat bereits ein ausgedehntes Rechtsschutzsystem.** Jeder Staat muss überlegen, wie er seine knappen Ressourcen einsetzt. Je mehr Rechtsmittel es gibt, umso schwerer können Ansprüche durchgesetzt werden. Der Staat ist aber in erster Linie verpflichtet, zur Anspruchsdurchsetzung beizutragen, nicht zu ihrer Verhinderung (EGMR 10.5.2012, Frasila und Ciocirlan gegen Rumänien, Bsw 25329/03). „Rechtsschutz“ kann keine Einbahnstraße sein. Gewährt der Gesetzgeber einem Schuldner mehr Rechtsschutz, leidet darunter der Gläubiger. Erhält ein Elternteil im Obsorgestreit mehr Rechtsschutz, geht das zu Lasten des anderen. Der Gesetzgeber muss daher genau austarieren, **welches Maß an Rechtsmittelschutz** er gewährt, ein Zuviel mag gut gemeint sein, ist aber keineswegs immer gut. Gerade auch „**aussichtslose**“ Fälle laden unterlegene Parteien dazu ein, das Verfahren in die Länge zu ziehen, weil damit der status quo länger aufrechterhalten werden kann. Im Durchschnitt würde die Verfahrensdauer bei Einlegen einer Normenbeschwerde wohl mindestens um ein Jahr steigen. Nimmt man realistisch an, dass vielleicht 0,1 % der Normenbeschwerden als begründet angesehen werden, muss auch in den anderen 99,9 % der Fälle die vor den Gerichten siegreiche Partei das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof abwarten, bevor sie ihren Anspruch durchsetzen kann. In zentralen Fragen des Lebens, die für beide Streitparteien möglichst rasch und endgültig geklärt sein sollen (zB Obsorge für Kinder, Bestand von Arbeits- oder Mietverhältnissen) wird die Ungewissheit über den Verfahrensausgang unnötig hinausgeschoben. Die Gefahr, dass Österreich vom EGMR im Hinblick auf die Verfahrensdauer verurteilt werden wird, wird steigen.

**4.8. Öffentliche Debatten im Bereich der Gerichtsbarkeit betreffen häufig Effizienzsteigerungen und Kosteneinsparungen,** zuletzt vor allem durch Zusammenlegung von Bezirksgerichten. Eine Gesetzesbeschwerde läuft diesen Gesichtspunkten entgegen, führt sie doch zu einer merkbaren Erhöhung des Verfahrensaufwands und einer Verfahrensverteuerung. Gerade über Grundrechtsabwägungen würden in Zukunft sechs gerichtliche Instanzen entscheiden (drei Instanzen der ordentlichen Gerichte, EuGH, VfGH und EGMR)! Im Ministerialentwurf eines Schiedsrechts-Änderungsgesetzes wurde zuletzt wiederum in den Vordergrund gerückt, dass eine gesetzgeberische

Entscheidung zugunsten weiterer Rechtsbehelfe dem **Wirtschaftsstandort Österreich** schadet. Eine Analyse der Auswirkungen des Gesetzesentwurfs auf den Wirtschaftsstandort Österreich ist der Begründung der Initiativanträge ebenso wenig zu entnehmen wie eine Darstellung der finanziellen Auswirkungen.

**4.9.** Interessant ist, dass nun – im Gegensatz zu jüngsten Bestrebungen, die Rechtsbehelfe einzuschränken – auch die Entscheidungen von Schiedsgerichten der Normenbeschwerde unterliegen. Diesbezügliche Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Österreich werden in den Erläuterungen nicht dargelegt.

**4.10.** Nicht unerwähnt soll bleiben, dass die Anrufung des EGMR die vorherige Ausschöpfung des gesamten innerstaatlichen Instanzenzugs voraussetzt (Art 35 Abs 1 EMRK).<sup>16</sup> Die Einführung einer Gesetzesbeschwerde würde dazu führen, dass in den grundrechtsrelevanten Fällen vor dem Gang nach Strassburg noch der (Um-)Weg über den Verfassungsgerichtshof gegangen werden müsste – eine unter Rechtsschutzgesichtspunkten **nicht zu tolerierende Folge!**

## **5. Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche**

**5.1.** Die gesetzliche Entwicklung der letzten Jahre ging dahin, den Blick wieder stärker auf die Interessen des betreibenden Gläubigers zu richten. Der Staat greift ja nicht im eigenen Interesse in Rechte der verpflichteten Partei ein; vielmehr tritt er – im Hinblick auf das Gewaltverbot – an die Stelle der betreibenden Partei, **um deren titulierten Anspruch durchzusetzen**. Dazu ist er nach der Rechtsprechung des EGMR auch verpflichtet (EGMR 10.5.2012, Frasila und Ciocirlan gegen Rumänien, Bsw 25329/03). Die Idee dahinter ist die, dass der Schuldner im Erkenntnisverfahren rechtliches Gehör hatte, dass auf dieser Grundlage ein Titel geschaffen wurde und dass der Staat im Sinne des Gebots der Rechtsschutzgewährung auch dafür zu sorgen hat, dass dieser Titel durchgesetzt wird. Entsprechend diesen Gedanken wurden in den letzten Jahren Rechtsmittel eingeschränkt, so etwa – als ein Beispiel unter vielen – mit der EO-Novelle 2000 im Zwangsversteigerungsverfahren die Bekämpfung des

---

<sup>16</sup> (1) Der Gerichtshof kann sich mit einer Angelegenheit erst nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe in Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts und nur innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung befassen.

Schätzwerts, weil man davon ausgehen kann, dass sich der Erlös nach marktwirtschaftlichen Kriterien in der Versteigerungstagsatzung gleichsam von selbst bildet.

**5.2.** In gleicher Weise wurde im Unionsrecht in den letzten Jahren die **Effektivität der Durchsetzung von Ansprüchen** zugunsten des betreibenden Gläubigers stärker in den Vordergrund gerückt, vor allem durch den Verzicht auf ein Vollstreckbarerklärungsverfahren bei ausländischen Titeln (Europäischer Vollstreckungstitel, Europäischer Zahlungsbefehl etc).

**5.3.** Jeder **Rechtsmittelausschluss**, der der effizienten Anspruchsdurchsetzung dient, wird sich via Gesetzesbeschwerde ins Gegenteil verkehren: Er wird zur idealen Plattform für eine Anrufung des Verfassungsgerichtshofs.

Der oben erwähnte Ausschluss eines Rechtsmittels gegen den Schätzwert ist Schuldner natürlich bekannt; er hindert aber verpflichtete Parteien nicht daran, immer wieder zum Obersten Gerichtshof zu ziehen. Ein Schuldner handelt nicht rational im Sinne der rechtlichen Vorgaben, sondern es geht ihm (auch) darum, eine drohende Zwangsversteigerung hinauszuzögern. Bei einem Rechtsmittelausschluss kann er sehr einfach behaupten, dass dieser gegen sein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK) verstoße. Das ermöglicht ihm eine Gesetzesbeschwerde während des laufenden Versteigerungsverfahrens, und zwar auch dann, wenn der Verfassungsgerichtshof die Verfassungskonformität der strittigen Bestimmung schon bestätigt haben sollte. Denn man wird ihm nicht verwehren können, die Problematik mit – zumindest nach seiner Behauptung – anderer, dh besserer Begründung neuerlich an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen.

Auch das Beispiel Deutschland zeigt, dass Schuldner gerade in den Bereichen, in denen sich der Gesetzgeber aus Beschleunigungsgründen für Rechtsmittelausschlüsse entschieden hat, ein häufig genütztes Einfallstor für Verfahrensverzögerungen durch Anrufung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfügung gestellt wird.<sup>17</sup>

**5.4.** Zur Vermeidung teils schwer lösbarer Rückabwicklungsprobleme wird wohl der Normenbeschwerde aufschiebende Wirkung für das gerichtliche

---

<sup>17</sup> Anstatt vieler zuletzt etwa BVerfG 1 BvR 1618/10.



Verfahren bzw für die Durchsetzung des titulierten Anspruchs zuerkannt werden müssen. Doch selbst dann, wenn das Verfahren während einer anhängigen Normenbeschwerde nicht aufgeschoben werden sollte, wird es schon allein durch das formelle „Handling“ verzögert. Zudem wird es zur Vermeidung von Rückabwicklungsproblemen sinnvoller sein, vorerst die Entscheidung dieser anderen Stelle abzuwarten, bevor das Gericht mit der Anspruchsdurchsetzung voranschreitet.

## 6. Verkehrsschutz und Schutz Dritter

**6.1.** Rechtsmittelausschlüsse dienen in vielen Fällen dem Verkehrsschutz und dem Schutz Dritter. Aus diesem Grund ist etwa im **Grundbuchsverfahren** das Abänderungsverfahren nach §§ 72 – 77 AußStrG unanwendbar (§ 122 Abs 1 Satz 2 GBG) und der Zuschlag im **Exekutionsverfahren** nur eingeschränkt anfechtbar. Eine „Rückabwicklung“ eines Zwangsversteigerungsverfahrens nach einer erfolgreichen Gesetzesbeschwerde ist nach dem mit dem originären Eigentumserwerb verbundenen Zuschlag faktisch ausgeschlossen; in die vom Ersteher erworbenen Rechte kann nicht mehr eingegriffen werden.

**6.2.** Ähnliche Gedanken gelten für das **Insolvenzverfahren**. Von der Insolvenzeröffnung wird nicht nur der Schuldner erfasst, sondern es werden auch die Gläubiger davon betroffen.

**6.3.** Mit gutem Grund wird daher in vielen Fällen – vor allem wegen der damit verbundenen Gefahr eines bedenklichen Eingriffs in Rechte Dritter – eine Wiederaufnahme des Verfahrens ausgeschlossen (Grundbuchsverfahren, Exekutions- und Insolvenzverfahren). Der Verfassungsgesetzgeber kann sich daher nicht darauf zurückziehen, dass er dem einfachen Gesetzgeber vorschreibt, nach einer erfolgreichen Normenbeschwerde eine Wiederaufnahme des Verfahrens vorzusehen. Vielmehr müsste in diesem Zusammenhang eine viel ausdifferenziertere Regelung erfolgen. Insbesondere müsste eine Gesetzesbeschwerde immer dann ausscheiden, wenn die aktuelle einfachgesetzliche Rechtslage eine Wiederaufnahme (bzw Abänderung) des Verfahrens nicht zulässt. Diesen Weg geht der Gesetzesvorschlag allerdings nicht; er lässt die Frage unbeantwortet, wie die Kollision einer erfolgreichen

Gesetzesbeschwerde mit zwischenzeitlich erworbenen Rechten Dritter gelöst werden soll.

### **7. Folgen einer Gesetzesbeschwerde für die Rechtsstaatlichkeit**

**7.1.** In Art 139 Abs 7 und Art 140 Abs 8 des Gesetzesvorschlags ist jeweils vorgesehen, auf einfachgesetzlicher Ebene solle vorgesorgt werden, dass die Aufhebung der angewendeten Norm durch den Verfassungsgerichtshof einen Grund für die Wiederaufnahme des Verfahrens bildet. Das bedeutet nichts anderes als dass diejenige Partei, die sich an die – vom Verfassungsgerichtshof aufgehobene – Norm gehalten hat, nun im „zweiten Rechtsgang“ das Verfahren verliert! Die Einhaltung der vom Parlament beschlossenen Gesetze gehört zum Kern des Rechtsstaats und darf auf keinen Fall verwässert werden.

Zum Schutz der unterliegenden Partei ist zu überlegen, dass sie vom Bund bzw den Ländern ohne Rücksicht auf ein Verschulden eines Organs den Ersatz des Vertrauensschadens erlangen kann, ist doch dem Gesetzgeber die Erlassung der nun als verfassungswidrig qualifizierten Norm zuzurechnen. Als Vorbild kann die Zuerkennung von Schadenersatz nach einer Verurteilung eines Vertragsstaats durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte dienen.

Ein **Beispiel**: In § 7 Abs 2 VKrG (Verbraucherkreditgesetz) ist – über die Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG hinausgehend – vorgesehen, dass der Kreditgeber verpflichtet ist, dem Kreditnehmer Zweifel an dessen Kreditwürdigkeit mitzuteilen. Klärt eine Bank den Kreditnehmer nicht auf, kann sie zu Schadenersatz verpflichtet werden; außerdem muss sie damit rechnen, dass der Kreditvertrag auf irrtumsrechtlicher Grundlage angefochten wird. Gewinnt der Kreditnehmer auf dieser Basis einen Prozess gegen die Bank, kann diese den Verfassungsgerichtshof anrufen. Gesetzt den Fall, der Verfassungsgerichtshof hebt § 7 Abs 2 VKrG auf,<sup>18</sup> muss der Prozess neu aufgenommen werden; der Kreditnehmer wird im „zweiten Rechtsgang“ den Prozess verlieren und hat sämtliche Verfahrenskosten zu tragen – auch wenn er sich in diesem Verfahren auf das Gesetzesrecht berufen konnte! Diese Problematik kann durch Schaffung einer Haftung des Staates (Bund bzw Länder) entschärft werden.

**7.2.** Wie bereits erwähnt ist das Zivilrecht vor allem durch privatautonom gestaltetes Vertragsrecht geprägt. Vertragsrecht unterliegt nicht der

---

<sup>18</sup> Setzt man die Argumentation des Verfassungsgerichtshofs in seinem Grundrechtecharta-Erkenntnis vom 14. März 2012 fort, könnte dies auch wegen des Verstoßes der österreichischen Umsetzungsbestimmung gegen das Vollharmonisierungskonzept der Verbrauchercredit-Richtlinie geschehen!

Anfechtung durch die Normenbeschwerde. Parteien, die ein Interesse an einer raschen Verfahrensbeendigung haben, werden daher danach trachten, dem Gesetzesrecht auszuweichen und die rechtlichen Beziehungen zu ihren Geschäftspartnern in Form von möglichst umfassenden **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** zu regeln. Diese Tendenz läuft dem bisherigen gesetzgeberischen Trend entgegen, der Allgemeinen Geschäftsbedingungen negativ gegenübersteht, weil der wirtschaftlich Schwächere dadurch tendenziell benachteiligt wird.

**7.3.** Die demokratische Rückbindung der Gerichte besteht vor allem darin, dass das Parlament auf jede Gesetzesauslegung durch die Gerichte – mit einfacher Mehrheit – reagieren kann, indem es das Gesetz in dem von ihm gewollten Sinn ändert. Entscheidet der Verfassungsgerichtshof über eine Gesetzesbeschwerde mit der Aufhebung der Norm, kann der Nationalrat von der Ansicht des Verfassungsgerichtshofs **nur mit 2/3-Mehrheit** abgehen. Leitet der Verfassungsgerichtshof beispielsweise aus dem – wenig konturierten – Art 6 EMRK ab, dass eine bestimmte Regelung der Zivilprozessordnung über die Beweisaufnahme verfassungswidrig ist, ist der betreffende Spruch des Verfassungsgerichtshofs samt seiner Begründung dem Zugriff des „einfachen“ Gesetzgebers entzogen und wird auf Verfassungsebene gehoben.<sup>19</sup> Damit besteht zum einen die Gefahr einer Versteinerung des Zivil(verfahrens)rechts, weil dem Gesetzgeber kraft der verfassungsrechtlich determinierten Aussage jede gegenteilige, möglicherweise aber auch modifizierende Regelung verwehrt ist.<sup>20</sup> Zum anderen verliert das Gesetzesrecht zugunsten der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs an Bedeutung.

Das **Demokratieprinzip** wird also mit einer Normenbeschwerde nicht gestärkt, sondern **zugunsten einer weitergehenden Determinierung des Gesetzgebers durch den Verfassungsgerichtshof geschwächt!**

**7.4.** Eine **Kräfteverschiebung vom Parlament zum Verfassungsgerichtshof** führt aus politischer Sicht zwangsläufig zur Überlegung, ob ein Austarieren auf anderen Ebenen notwendig ist, etwa durch strenge

---

<sup>19</sup> Bei einer Ersatzregelung muss sich der einfache Gesetzgeber notgedrungen an den inhaltlichen Vorgaben des Verfassungsgerichtshofs orientieren: vgl. *Honsell, Wächter oder Herrscher – Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik*, ZIP 2009, 1689 (1695).

<sup>20</sup> Vgl. *Schumann, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung*, in 50 Jahre BGH – Festgabe aus der Wissenschaft, Band III (2000) 3 (34 f).

Unvereinbarkeitsbestimmungen, die Schaffung mehrerer Senate, eine Begrenzung der Amtsdauer und ein Verbot der Wiederbestellung.

### 8. Novellierungsnotwendigkeiten

**8.1.** Die auf einfachgesetzlicher Ebene erforderlichen Novellierungen können sich nicht darin erschöpfen, dass nach einem erfolgreichen Normenprüfungsantrag die Wiederaufnahme des gerichtlichen Verfahrens anzuordnen ist. Neben der schon erwähnten Einführung einer Vertrauenshaftung des Staates zugunsten der Partei, die auf die Geltung einer einfachgesetzlichen Norm vertraut hat, ist vor allem auch die Rolle der „Gegenpartei“ im verfassungsgerichtlichen Verfahren zu klären, von ihrer Einbeziehung in das Verfahren über die Anwaltpflicht bis hin zu ihrem Anspruch auf Kostenersatz, sollte der Normprüfungsantrag erfolglos bleiben. Im Exekutionsrecht müssten neue Aufschiebungs- und Sicherungsmöglichkeiten für den Fall der Erhebung einer Normenbeschwerde vorgesehen werden. Weiters ist zu überlegen, was im Fall der Erhebung einer Normenbeschwerde durch eine Verfahrenspartei in all den Verfahren passieren soll, in denen die angefochtene Norm ebenfalls von Bedeutung ist.

Keine Erwähnung findet im Entwurf auch die Frist, innerhalb derer eine Gesetzesbeschwerde zu erheben ist. Wie bereits erwähnt kommt eine Gesetzesbeschwerde nicht nur gegen Endentscheidungen, sondern gegen jede einzelne in einem Verfahren ergehende gerichtliche Entscheidung in Betracht.

**8.2.** Zudem wird der Gesetzgeber gehalten sein, die in den letzten Jahrzehnten eingeführten **Rechtsmittelbeschränkungen zu überdenken**: Es ist effizienter, zwar ebenfalls verfahrensverzögernde Rechtsmittel an ein höheres Gericht zuzulassen, als das Tor für – aufwändige und noch viel stärker verfahrensverzögernd wirkende, auf eine Verletzung des Art 6 EMRK gestützte – Normenbeschwerden zu öffnen.

**8.3.** Unabdingbar ist eine gesetzliche Lösung des Problems, wie nach einer erfolgreichen Normenbeschwerde zwischenzeitlich erworbene **Rechte Dritter** behandelt werden sollen.

## **II. Zum Entfall des Art 144 B-VG**

1. Im Initiativantrag 2032/A wird der Entfall des Art 144 B-VG vorgeschlagen. Er wird damit begründet, dass die Einführung der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des Verfassungsgerichtshofs zwischenzeitig „ihre ursprüngliche Bedeutung weitgehend verloren“ habe, weshalb es konsequent erscheine, die Zuständigkeit aus Anlass der Einführung einer zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie des Subsidiarantrags auf Normenkontrolle auf den Verwaltungsgerichtshof zu übertragen.

### **2. Auch diesem Vorschlag tritt der Oberste Gerichtshof entgegen.**

Mit dem Vorschlag wird sozusagen die bisherige Rollenverteilung zwischen Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof „umgedreht“. Nach der aktuellen Rechtslage kann sich ein Beschwerdeführer nach Art 144 B-VG unmittelbar an den Verfassungsgerichtshof wenden, was unter Rechtsschutzgesichtspunkten den Vorteil hat, dass eine sofortige Klärung durch den Verfassungsgerichtshof unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten erfolgt; führt diese Prüfung zu einem für den Beschwerdeführer negativen Ergebnis, ist die Beschwerde vom Verwaltungsgerichtshof endgültig zu klären. Ein Schwebezustand, wie er mit einer Gesetzesbeschwerde verbunden ist, tritt damit nicht ein. Das aktuell in Art 144 vorgesehene Modell ist unter Rechtsschutzgesichtspunkten der Gesetzesbeschwerde jedenfalls vorzuziehen.

## **III. Zusammenfassung**

Mit dem Inkrafttreten der den nationalen Verfassungsgrundrechten vorgehenden Europäischen Grundrechtecharta mit 1. Dezember 2009 und der zunehmenden Bedeutung abschließender Regelungen durch die Europäische Union im Rahmen des Vollharmonisierungskonzepts ist der Beurteilungsspielraum für die innerstaatlichen Gerichte geringer geworden. Es ist nicht verständlich, warum ohne nachvollziehbaren Nachweis eines Rechtsschutzdefizits bei geringerem innerstaatlichen Entscheidungsspielraum mehr „Instanzen“, damit verbunden zusätzliche Kosten und ein längerer

Zustand der vor allem auch im Zivilrecht für beide Verfahrensparteien oft sehr belastenden Ungewissheit über ihre Rechtslage in Kauf genommen werden soll. Gerade wegen der stark auf Effizienz ausgerichteten Struktur des Zivilverfahrens, bei der manche Zwischenentscheidungen der ersten, insbesondere aber der zweiten Instanz beim Obersten Gerichtshof gar nicht, sondern dem Vorschlag entsprechend nur mit Normenbeschwerde beim Verfassungsgerichtshof bekämpft werden könnten, würde der Vorschlag gezielten Verschleppungs- und Verzögerungsversuchen Tür und Tor öffnen. Vor einer so grundsätzlichen Verfassungsänderung müssen für den Rechtsschutz effektivere Alternativen diskutiert werden. Der Entwurf fördert den Rechtsschutz nicht, in Wirklichkeit konterkariert er ihn.

**Der Oberste Gerichtshof lehnt daher die beiden Entwürfe mit Nachdruck ab.**

Wien, am 23. August 2012

**Dr. Ratz**