

**BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ****BMJ-Z2.086/0004-I 7/2012**

---

Museumstraße 7  
1070 WienTel.: +43 1 52152 2141  
E-Mail: team.z@bmj.gv.atSachbearbeiter/in:  
Alexandra PinterParlamentsdirektion  
Dr. Karl-Renner-Ring 3  
1017 Wien

**Betrifft:** Entwurf eines Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird (Gesetzesbeschwerde)

zu Zl. 13440.0060/2-L1.3/2012

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, zu den am 4. Juli 2012 zu 2031/A und 2031/A eingebrachten Anträgen der Abgeordneten Dr. Peter Wittmann, Mag. Wolfgang Gerstl, Mag. Harald Stefan, Mag.a Daniela Musiol und Herbert Scheibner betreffend ein Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird, wie folgt Stellung zu nehmen:

### **1. Allgemeine Bemerkungen**

Vorweg hält das Bundesministerium für Justiz fest, dass es für das Grundanliegen des Vorhabens, den Rechtsschutz der Parteien eines gerichtlichen Verfahrens durch die Möglichkeit der nachträglichen Anrufung des Verfassungsgerichtshofs zu verbessern, ein gewisses Verständnis aufbringen kann. Für die von einer vermeintlich verfassungs- bzw. gesetzwidrigen Norm betroffene Partei eines Verfahrens mag es in der Tat unbefriedigend sein, dass sie ihren Standpunkt nach der geltenden Rechtslage nicht an den Gerichtshof herantragen kann, wenn die ordentlichen Gerichte ihre Meinung nicht teilen. Die Möglichkeit zur unmittelbaren Anrufung des Verfassungsgerichtshofs würde in diesem Sinn zweifellos zu einer Stärkung der Rechte der Parteien beitragen. Das würde auch der internationalen Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit entsprechen.

Die damit verbundenen Errungenschaften sind aber nicht folgen- und kostenlos zu haben, sie müssten quasi teuer erkaufte werden: Die vorgeschlagene Beschwerde würde zu einer substantiellen Verlängerung gerichtlicher Auseinandersetzungen führen. Das geht zu Lasten des Rechtsfriedens, aber auch zu Lasten der anderen am Verfahren beteiligten Personen. Darüber hinaus würde sie das Verhältnis zwischen der ordentlichen und der Verfassungsgerichtsbarkeit sowie das Verhältnis zwischen den Höchstgerichten durcheinanderbringen. Dass dieser „Kollateralschaden“ der vorgeschlagenen Beschwerde große Probleme bereitet, zeigt nicht zuletzt die Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs, der sich das Bundesministerium für Justiz in allen Belangen anschließt. Es wäre äußerst bedauerlich, wenn die vorgesehene Verfassungsänderung zur Entfremdung der verschiedenen Zweige der Gerichtsbarkeit führte, wo doch deren Zusammenhalt und deren Zusammenarbeit in gegenseitigem Vertrauen notwendig wäre – gerade in Zeiten, in denen sich auch der

Rechtsstaat vor großen Herausforderungen sieht. Die vorgeschlagene Beschwerde ist ferner nicht mehr auf dem Stand der Normenkontrolle. Die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Anrufung des Verfassungsgerichtshofs, des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte können im Einzelfall höchst diffizile Probleme bereiten. Große Sorgen bereitet dem Bundesministerium für Justiz darüber hinaus der Umstand, dass die Folgen rechtskräftiger Entscheidungen der ordentlichen Gerichte in nicht wenigen Fällen nachträglich nicht mehr aus der Welt geschafft werden können. Wenn die vorgeschlagene Beschwerde auch nur einigermaßen effizient sein sollte, müsste sie durch eine verfassungsgesetzliche Regelung ergänzt werden, die dem Betroffenen nach dem Vorbild des Art. 41 MRK Anspruch auf Ersatz einer „gerechten Entschädigung“ wegen „legislativen Unrechts“ einräumt. Umgekehrt müsste auch Vorsorge dafür getroffen werden, dass Parteien eines Verfahrens, die sich auf die geltende Rechtslage verlassen und auf sie vertrauen, jedenfalls in gewissen Fällen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens erhalten. Hiefür sorgen die vorliegenden Gesetzesentwürfe aber nicht vor. Im Übrigen ändern sie nichts an dem äußerst unbefriedenden Zustand, dass die staatliche Haftung wegen der Verletzung von Unionsrecht nicht näher determiniert ist.

Insgesamt gesehen müssen diese und andere Nachteile der vorliegenden Gesetzesentwürfe mit den damit verbundenen Vorteilen ins Verhältnis gesetzt werden. In einer Gesamtbetrachtung überwiegen die negativen Auswirkungen die positiven Effekte der vorgeschlagenen Beschwerde. Deshalb lehnt auch das Bundesministerium für Justiz die vorgeschlagenen Entwürfe ab.

## **2. Normenkontrolle durch die Gerichte**

Das geltende Verfassungsrecht sieht ein in aller Regel gut funktionierendes System der Normenprüfung durch den Verfassungsgerichtshof vor. Den Parteien steht es frei, eine mögliche Verfassungs- oder Gesetzeswidrigkeit einer Norm an die Gerichte heranzutragen. Wenn der Oberste Gerichtshof oder ein anderes antragsbefugtes Gericht diese Ausführungen teilt oder gegen die Anwendung einer bestimmten Norm von sich aus Bedenken wegen möglicher Verfassungs- bzw. Gesetzeswidrigkeit hegt, muss ein Normenkontrollverfahren beim Verfassungsgerichtshof eingeleitet werden. Kommt aber das Gericht der Anregung einer Partei zur Anrufung des Verfassungsgerichtshofs nicht nach, so hat es dies in seiner Entscheidung zur Sache zu begründen.

Die Gerichte veranlassen schon nach geltendem Recht in beachtlichem Maß Normenprüfungen durch den Verfassungsgerichtshof. In den Jahren 2007 bis 2011 sind (einschließlich der Anträge von „Sondergerichten“) insgesamt in 752 Fällen Gesetzesprüfanträge gestellt worden (von denen übrigens nur ein geringer Anteil zur Aufhebung der angefochtenen Gesetzesstellen geführt hat). Dies unterstreicht, dass die Gerichtsbarkeit ihre Aufgabe zur Beachtung möglicher Verfassungs- bzw. Gesetzeswidrigkeiten in Zivil- und Strafsachen schon nach geltendem Recht sehr sorgfältig erfüllt, und zwar – wie sich nicht zuletzt bei der Anfechtung einiger Regelungen aus der Budgetbegleitung der letzten Jahre gezeigt hat – auch dann, wenn die angefochtenen Regelungen den Interessen der Gerichte entgegenkommen. So gesehen dürfte der praktische Bedarf nach der vorgeschlagenen Beschwerde nur gering sein. Aus dem einen oder anderen Fall, in dem die ordentlichen Gerichte aus der subjektiven Sicht der betroffenen Partei, ihres Vertreters oder auch eines unbefangenen Kritikers zu Unrecht nicht den Verfassungsgerichtshof angerufen haben, darf nicht auf grundlegende Strukturdefizite des bisherigen Systems geschlossen werden. Das geltende Recht mit seiner „Mediatisierung“ der Anrufung des Verfassungsgerichtshofs entspricht vielmehr den Anforderungen des rechtsstaatlichen Prinzips.

Das demonstriert nicht zuletzt der Vergleich mit dem unionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren: Wenn in einem gerichtlichen Verfahren die Frage virulent wird, ob eine Rechtsnorm gegen die Grundrechte-Charta oder sonst gegen das Unionsrecht verstößt,

liegt es bei den Zivil- oder Strafgerichten (und nicht der Partei eines Verfahrens), mit einem Vorabentscheidungsersuchen den Europäischen Gerichtshof zu befassen. Auch hier kann aus Einzelfällen, in denen die ordentlichen Gerichte nicht vorgelegt haben, nicht auf grundlegende und systematische Mängel des Verfahrens geschlossen werden. Im Gegenteil, die Entscheidungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und die Bereitschaft der nationalen Gerichte - auch der österreichischen - zu dessen Befassung haben vielfach zu bemerkenswerten Fortentwicklungen des Unionsrechts geführt und den beteiligten Parteien zu ihren unionsrechtlich eingeräumten Rechten verholfen. Soweit dies das Bundesministerium für Justiz beurteilen kann, beruhen diese unbestreitbaren Erfolge der Europäischen Gerichtsbarkeit u. a. auf der gegenseitigen Wertschätzung der Gerichte, auf deren Zusammenarbeit, aber auch auf der klaren Abgrenzung der gegenseitigen Befugnisse. Nicht anders sollte es im rein innerstaatlichen Bereich der Zusammenarbeit der ordentlichen Gerichte mit dem Verfassungsgerichtshof sein.

Die vorgeschlagene Beschwerde kann im Übrigen zu erheblichen Verwerfungen in dem durch den Verfassungsgerichtshof und die supranationalen Gerichtshöfe wahrzunehmenden Rechtsschutz beitragen. Welcher Gerichtshof wann angerufen werden kann, welches grundrechtlich geschützte Rechtsgut in Anspruch genommen werden kann, welchem Gericht letztendlich die Anrufung des Europäischen Gerichtshofs obliegt, wie dann auch noch mit dem so genannten Vorrang des Unionsrechts und der Unabwendbarkeit unionswidriger Normen umgegangen werden soll und wie Judikaturdivergenzen zwischen diesen Gerichtshöfen behandelt werden sollen, das sagen die vorliegenden Gesetzesentwürfe nicht. Solche Fragen sollten aber tunlichst bereits verfassungsrechtlich geklärt werden, weil ansonsten ein heilloser Durcheinander, unendlich lange Verfahren und damit Rechtsunsicherheit drohen. Dabei handelt es sich nicht um inhaltslose Befürchtungen, mit denen anlässlich der Begutachtung von für die Justiz unliebsamen Gesetzesentwürfen der „Teufel an die Wand gemalt“ werden soll. Die Gefahren, die den Parteien gerichtlicher Verfahren im Kompetenz-Wirrwarr nationaler Höchstgerichte und supranationaler Gerichtshöfe national wie international drohen, sind durchaus real, angefangen mit den Vollzugsproblemen bei internationalen Kindesentführungen über die Auswirkungen einzelner Entscheidungen zu den Persönlichkeitsrechten bis hin zu den ebenfalls schon manifesten Fragen, ob und inwieweit pensions- und sozialrechtliche Regelungen den Anforderungen des Verfassungs- und des Unionsrechts entsprechen. Diese Gefahren werden durch die vorgeschlagenen Entwürfe aber nicht reduziert, sondern weiter erhöht.

Nach den vorliegenden Entwürfen soll der Verfassungsgerichtshof in Hinkunft über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person erkennen können, die behauptet, durch *„die letztinstanzliche Entscheidung eines Gerichts wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein“*, wenn sie Partei der Rechtssache war, im Verfahren einen Gesetzesprüfungsantrag durch das Gericht (erfolglos) angeregt hat und *„soweit das Gericht ihrer Anregung nicht entsprochen hat.“*

Mit der Wendung *„letztinstanzliche Entscheidung“* soll wohl eine rechtskräftige und das jeweilige Verfahren beendigende Entscheidung gemeint sein, also eine Entscheidung, für die kein Rechtsmittelzug mehr offensteht (demnach wohl im Regelfall eine das Verfahren beendigende Entscheidung des Obersten Gerichtshofs).

Hier sei angemerkt, dass unter einer „letztinstanzlichen Entscheidung“ auch eine solche verstanden werden könnte, die etwa vom Obersten Gerichtshof gefällt wird, aber auf Aufhebung und Zurückverweisung in die erste oder zweite Instanz lautet; dies ist vom Entwurf offensichtlich nicht beabsichtigt, könnte aber insoweit missverstanden werden und sollte zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden.

Zur Formulierung *„soweit das Gericht ihrer Anregung nicht entsprochen hat“* ist anzumerken, dass demnach offenbar eine solche Gesetzesbeschwerde nur dann zulässig sein soll, wenn diese mit der (zwingend vorangegangenen) Anregung der Partei im jeweiligen Verfahren an das

Gericht vollkommen deckungsgleich ist. Es fehlt jedoch an ergänzenden Regelungen über Form und Inhalt solcher Anregungen, welche wohl im VfGG zu treffen wären, geht es letztlich doch um die Zulässigkeit einer (späteren) Antragstellung an den Verfassungsgerichtshof. Bemerkte sei hier auch, dass die vorgesehene Beschwerde jedenfalls befristet sein muss.

### **3. Belastung des Verfassungsgerichtshofs**

Die Befürworter der vorgeschlagenen Beschwerde argumentieren u. a. mit den guten Erfahrungen, die mit vergleichbaren Instrumenten in anderen Ländern gemacht worden seien. In der Tat kann etwa in Deutschland jeder, der behauptet, durch die „öffentliche Gewalt“ in einem Grundrecht oder einem bestimmten „grundrechtsgleichen Recht“ verletzt worden zu sein, „Verfassungsbeschwerden“ beim deutschen Bundesverfassungsgericht erheben. Diese Verfassungsbeschwerden machen nach dem Informationsstand des Bundesministeriums für Justiz den Großteil der außerordentlich hohen Belastung dieses Gerichtshofs aus. Es steht deshalb zu befürchten, dass auch beim Verfassungsgerichtshof mit der Einführung der vorgeschlagenen Beschwerde ein erheblicher Mehraufwand anfallen wird. Vergleicht man die Fallzahlen der österreichischen Rechtsmittelgerichte (2011: 38.467 Zivil- und Strafverfahren) mit den derzeitigen Anfallszahlen beim Verfassungsgerichtshof (5.613 Beschwerden), so wird bei einer Einschätzung der Mehrbelastung des Verfassungsgerichtshofs eine Verdoppelung des Anfalls wohl nicht unrealistisch sein. Dieser Mehranfall kann wohl kaum durch eine allfällige Aufhebung des Art. 144 B-VG (ca. 1.500 bis 1.800 Beschwerden jährlich) ausgeglichen werden. Neben der drastischen Erhöhung der Fallzahlen wird der Verfassungsgerichtshof aber auch durch die sich aus Art. 6 MRK ergebenden Anforderungen an das Verfahren belastet werden. Zumindest in denjenigen Fällen, in denen die Gesetzesbeschwerde nicht von vornherein aussichtslos erscheint, wird es wohl einer mündlichen Verhandlung bedürfen; auch muss den anderen Parteien des Verfahrens jedenfalls das notwendige rechtliche Gehör eingeräumt werden. Wie dieser Mehranfall mit dem bisherigen „Sessionssystem“ und der vergleichsweise doch „schmalen“ Besetzung des Gerichtshofs bewältigt werden kann, ist nach den Entwürfen offen.

Dabei sollte dem Gesetzgeber klar sein, dass sich die Anzahl der eingelegten Beschwerden nicht auf Grund des vermeintlich eingeschränkten Anfechtungspotenzials in Grenzen halten wird. Wenn das Gesetz nämlich eine Möglichkeit vorsieht, eine gerichtliche Entscheidung – hier durch den Verfassungsgerichtshof – herbeizuführen, werden die Parteien und ihre Vertreter (die ja verhalten sind, alle rechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen) davon auch Gebrauch machen. Die vorgeschlagene Beschwerde wird damit nicht nur von Menschen ausgenutzt werden, die allgemein oder auf Grund ihrer Erfahrungen mit der öffentlichen Hand dazu neigen, alle möglichen (und unmöglichen) Instrumente der Rechtsverfolgung und -verteidigung auszuschöpfen. Es ist im Gegenteil zu erwarten, dass auch in alltäglichen Streitigkeiten auf die Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit einer allenfalls präjudiziellen Norm geachtet und die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erwogen wird.

### **4. Verfahrensverzögerungen**

Die Verfahrensdauer der Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beträgt nach dem Informationsstand des Bundesministeriums für Justiz bislang im mehrjährigen Durchschnitt (2000 bis 2011) etwa acht Monate. Eine angemessene Prüfung einer Beschwerde wegen Gesetzes- oder Verfassungswidrigkeit einer Norm dürfte ebenfalls mehrere Monate in Anspruch nehmen. Das Bundesministerium für Justiz geht daher davon aus, dass sich die durchschnittliche Dauer der rechtlichen Auseinandersetzung nach Abschluss der zugrunde liegenden Zivil- und Strafverfahren um mehrere Monate verlängern dürfte, je nachdem, wie die Beschwerde einfach-gesetzlich letztlich ausgestaltet werden wird. Die vorgeschlagene Beschwerde wird damit dem sonst propagierten Gebot der Verfahrensbeschleunigung nicht dienlich sein. Nun mag der Gesetzgeber diese Folgen in normalen Zivil- und Strafverfahren

noch hinnehmen. Es gibt aber Rechtsbereiche, in denen derartige Verzögerungen des endgültigen Abschlusses des Rechtsstreits aus der Sicht der Betroffenen wie auch objektiv gesehen nicht akzeptabel sind, etwa wenn über eine Gewaltschutz-Verfügung nach den §§ 382b und 382g EO, über einen Besuchsrechtsbeschluss, über eine auf das UWG 1984 gestützte einstweilige Verfügung, über eine Grund- oder Firmenbuchseintragung oder über eine gerichtliche Anordnung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren erst viele Monate nach der Entscheidung des Erstgerichts Gewissheit besteht. Dass die Beschwerde nach den vorliegenden Entwürfen erst nach Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung zulässig sein soll, ändert daran nichts. Denn die für die Parteien mit der Erhebung einer Beschwerde zwangsläufig verbundene Unsicherheit, wie die gerichtliche Auseinandersetzung letztendlich ausgehen wird, bleibt ja dennoch bestehen. Zudem steht zu befürchten, dass die Gerichte vor dem Hintergrund der vorgeschlagenen Beschwerde dazu übergehen werden, sich die Ausführungen der Parteien zur behaupteten Verfassungswidrigkeit zu eigen zu machen und während des laufenden Verfahrens von ihrer Anfechtungsbefugnis Gebrauch zu machen, dies schon, um spätere Verwicklungen und das neuerliche Aufrollen schon rechtskräftiger Verfahren von vornherein zu vermeiden. Auch eine solche Tendenz wird die durchschnittliche Verfahrensdauer verlängern. Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten im Zivil- wie im Strafverfahren zahlreiche Neuerungen vorgenommen, die eine Beschleunigung der Verfahren bewirken sollten. Auch das Bundesministerium für Justiz bemüht sich seit vielen Jahren, die notwendigen personellen und sachlichen Voraussetzungen zur Verfügung zu stellen, um rasche Entscheidungen der Gerichte zu ermöglichen. Letztlich tragen auch die bei den Gerichten tätigen Richterinnen und Richter sowie Diplom-Rechtspflegerinnen und -Rechtspfleger und die sonstigen Bediensteten das Ihre dazu bei, dass die Parteien innerhalb angemessener Frist zu ihrem Recht kommen. Auch wenn in der Öffentlichkeit bisweilen die Dauer einzelner Verfahren kritisiert wird, auch wenn es nach wie vor bedauerlicher Weise einige längere Zeit anhängige Verfahren gibt und auch wenn noch die eine oder andere gesetzliche oder administrative Maßnahme zur Verfahrensbeschleunigung aussteht, lässt sich doch sagen, dass die österreichische Zivil- und Strafgerichtsbarkeit im internationalen Vergleich wie auch im Vergleich mit anderen nationalen Verfahrensarten hohe Standards erreicht hat. Insoweit unterlaufen die vorliegenden Entwürfe alle Bemühungen der vergangenen Jahre und Jahrzehnte, die Verfahrensdauer zu verkürzen. Die Verfahrensgegenstände in zivil- und strafrechtlichen Verfahren werden dadurch ausgeweitet. Außer den jeweils in Frage kommenden privat- oder strafrechtlichen Bestimmungen und unionsrechtlichen Regelungen müssen sich die Parteien, ihre Vertreter und die Gerichte künftig auch mit der verfassungsrechtlichen Rechtslage auseinandersetzen. Wenn das Gesetz eine entsprechende Beschwerdemöglichkeit vorsehen sollte, müssten die Partei bzw. ihr Vertreter in der Vorbereitung des Verfahrens und im Prozess selbst prüfen, ob eine Beschwerde sinnvoll und erfolgversprechend wäre, wenn das Verfahren nicht zu ihren Gunsten ausgehen sollte. Diese Befürchtung kann nicht damit abgetan werden, dass das Zivil- und Strafrecht ja nur verhältnismäßig wenige Berührungspunkte mit dem Verfassungsrecht aufweise. Vielmehr würde die gesamte Zivil- und Strafrechtsordnung einer von den Parteien geleiteten verfassungs- und grundrechtlichen Kontrolle durch den Verfassungsgerichtshof unterliegen. Und die Befürworter einer Verfassungsbeschwerde dürfen sich dabei nicht darin täuschen, dass der Verfassungsgerichtshof ohnehin rasch Klarheit über die Verfassungskonformität oder Verfassungswidrigkeit bestimmter Regelungen schaffen könne. Denn – um hier ein Beispiel zu nennen – ob eine bestimmte Regelung den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 7 Abs. 1 B-VG in seiner Ausformung durch den Gerichtshof entspricht, muss stets neu unter Bedachtnahme auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls geprüft werden. Die Erfahrungen, die der Gerichtshof mit der Anfechtbarkeit von Entscheidungen des Asylgerichtshofs gemacht hat, lassen sich auf die mit den vorliegenden Entwürfen kommenden Verhältnisse nicht umlegen.

## 5. Der Verfassungsgerichtshof als Zivil- und Strafgericht

Der Grundrechtsschutz und die Prüfung der Verfassungs- und Gesetzkonformität von zivil- und strafrechtlichen Normen liegen nach geltendem Recht primär in den Händen der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die auch allein die Normenkontrolle durch den Verfassungsgerichtshof veranlassen kann. Wie schon eingangs angedeutet, mag aus dem Blickwinkel der optimalen Einzelfallgerechtigkeit für den Beschwerdeführer demgegenüber das deutsche System der Verfassungsbeschwerde neben der konkreten und abstrakten Normenkontrolle durchaus ein Mehr an Rechtsschutz bieten. Daneben dürfen aber die Rechte der anderen Verfahrensparteien weder vernachlässigt noch beeinträchtigt werden. Dieses Ziel scheinen die vorliegenden Gesetzesentwürfe aber nicht ausreichend im Auge zu haben.

Ausdrücklich verweist das Bundesministerium für Justiz auch in diesem Zusammenhang auf die Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs, der diese Folgen eingehend darstellt.

Weiters wird es mit der bloßen Aufhebung von verfassungswidrigen Bestimmungen gerade im Bereich des Zivilrechts, das die Rechtsverhältnisse der Bürger „unter sich“ regelt, nicht getan sein. Das zeigt nicht zuletzt die Unsicherheit über die Rechtslage, die jüngst das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs zur Aufhebung des § 166 erster Satz ABGB bereitet hat. Hier müsste doch auch überlegt werden, ob dem Verfassungsgerichtshof nicht auf die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, die Rechtslage jedenfalls zwischen den Verfahrensparteien und – wenn der Gesetzgeber keine Ersatzregelung erlässt – allenfalls auch in weiteren Fällen zu klären, ähnlich wie das dem Bundesverfassungsgericht zusteht.

Darüber hinaus wird die vorgeschlagene Beschwerde nicht nur – wie bereits dargelegt – die Aufgabenbereiche der ordentlichen Gerichte um verfassungsrechtliche Fragen erweitern, sondern auch den Verfassungsgerichtshof verändern. Der Gerichtshof ist ein im besten Sinn des Wortes politisches Gericht, der sich nach derzeitigem Stand vor allem mit öffentlich-rechtlichen Fragen beschäftigt. Obwohl er schon nach derzeitigem Stand bisweilen auch mit zivil- und strafrechtlichen Problemen befasst wird und diese bisher weitest gehend friktionslos gelöst hat, wird die vorgeschlagene Beschwerde quantitativ wie qualitativ geänderte Verhältnissen bewirken. Der Gerichtshof wird sich nicht auf eine bloße Formalkontrolle der gesetzlichen Regelungen beschränken können, sondern sich bis zu einem gewissen Grad auf Aufgaben einlassen müssen, die bisher die ordentlichen Gerichte wahrnehmen.

Schon aus diesen Gründen empfiehlt sich bei aller Wertschätzung der Qualifikationen der Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs und der Qualität seiner Entscheidungen dringend, auch die Vorschriften und das Procedere für die Besetzung des Verfassungsgerichtshofs zu ändern und dafür zu sorgen, dass mehr Mitglieder mit entsprechender zivil- und strafgerichtlichen Praxis ernannt werden. Dazu äußern sich die vorliegenden Entwürfe aber mit keinem Wort.

Man mag einwenden, dass sich die Bundesverfassung zur Ernennung und Besetzung des Verfassungsgerichtshofs generell eher zurückhaltend äußert. Bei einer derart weitreichenden Erweiterung der Aufgaben des Verfassungsgerichtshofs müsste freilich wohl auch eine verfassungsrechtliche Regelung, ähnlich wie das das „Richter Drittel“ des Art. 134 Abs. 3 B-VG für die Besetzung des Verwaltungsgewichtshofs vorgesehen hat, überlegt werden.

## 6. Wiederaufnahme des Verfahrens

Erachtet der Verfassungsgerichtshof eine geltende Norm für verfassungs- oder gesetzwidrig, so tritt die Aufhebung mit Ablauf des Tages der Kundmachung des Erkenntnisses in Kraft, sofern er nicht eine andere Frist bestimmt hat. Die Aufhebung wirkt somit lediglich für die Zukunft, auf bereits verwirklichte Tatbestände findet weiterhin die alte Rechtslage Anwendung. Nur in dem Fall, der zur Einleitung des Normenkontrollverfahrens geführt hat, wirkt die Aufhebung der Norm zurück („Ergreiferprämie“), soweit der Verfassungsgerichtshof nichts anderes anordnet. Nach den vorliegenden Entwürfen soll für denjenigen, der durch ein verfassungswidriges Gesetz oder eine gesetzwidrige Verordnung in seinen Rechten verletzt

worden ist, eine neuerliche Entscheidung auf Grund der bereinigten Rechtslage möglich sein. Die bereinigte Rechtslage muss aber im Gefüge des Zivil- und Strafrechts nicht denknotwendiger Weise zu einer günstigeren Entscheidung für den Beschwerdeführer im Anlassfall führen.

Unabhängig davon sollte eine Wiederaufnahme nur dort vorgesehen werden, wo dies nicht zu völlig unangemessenen Ergebnissen führen würde. Gerade im Zivilrecht gibt es einige Bereiche, in denen eine derartige Erneuerung des Verfahrens nicht oder nur schwer möglich ist. Schon die Menschenrechtskonvention erkennt in ihrem Art. 41 an, dass es Konventionswidrigkeiten gibt, deren Folgen nur unvollkommen wieder gut gemacht werden können. Nicht anders verhält es sich mit den Folgen (zivil-)gerichtlicher Entscheidungen auf verfassungs- bzw. gesetzwidriger Grundlage. Besonders deutlich zeigt sich diese Problematik im Bereich rechtskräftiger rechtsgestaltender Entscheidungen. Sie lassen sich vielfach nicht oder nur erschwert wieder „rückgängig“ machen, auch ist es rein faktisch oft nur schwer bis gar nicht möglich, die Folgen der auf eine rechtskräftige Gestaltungsentscheidung ungeschehen zu machen. Als Musterbeispiel dafür seien die familienrechtlichen Gestaltungsentscheidungen genannt, etwa ein Scheidungsurteil oder ein Abstammungsbeschluss. Die rechtskräftige gerichtliche Entscheidung schafft in diesen Bereichen Recht, auf dessen Stetigkeit und „Haltbarkeit“ die Parteien und Dritte vertrauen und vertrauen können. Man mag einwenden, dass schon das geltende Scheidungs- und Abstammungsverfahren Möglichkeiten zur nachträglichen Änderung einmal gefällter Entscheidungen biete. Dem Rechtsfrieden und dem Vertrauen auf gerichtliche Entscheidungen dient es aber nicht, wenn die Möglichkeiten zur Bekämpfung rechtskräftiger Entscheidungen erweitert werden. Insoweit kann – dieser Hinweis sei dem Bundesministerium für Justiz erlaubt – das Zivilrecht nicht mit den Gegebenheiten im Verwaltungsrecht verglichen werden, eine Baubewilligung ist nun einmal etwas anderes als eine Ehescheidung oder eine Feststellung der Abstammung.

Damit aber nicht genug, auch in anderen Bereichen können rechtskräftige gerichtliche Erkenntnisse die Verhältnisse faktisch unumkehrbar machen. Zu denken ist hier etwa an Entscheidungen des Pflschaftsgerichts, des Grundbuchgerichts oder des Formenbuchgerichts. Diese Erwägungen haben den Gesetzgeber des Außerstreitgesetzes (2005) bewogen, den Anwendungsbereich des Abänderungsantrags nach § 72 AußStrG einzuschränken (s. dazu *Fucik/Kloiber*, AußStrG § 72 AußStrG Anm 3). Es ist partout nicht einzusehen, was sich in den vergangenen Jahren hier geändert haben soll. Nach wie vor ist es schon aus wirtschaftlichen Gründen untragbar, wenn etwa eine Firmenbucheintragung im Nachhinein aufgehoben oder geändert werden und die seither auf der Basis dieser Eintragungen getätigten Transaktionen in Frage gestellt werden sollen. Nach wie vor geht es nicht an, die Rechtswirksamkeit grundbücherlicher Eintragungen durch eine nach Rechtskraft der Eintragungsentscheidung zulässige Beschwerde zu relativieren. Und dass es nach wie vor nicht dem Kindeswohl entsprechen wird, wenn eine einmal getroffene Entscheidung im Nachhinein wieder aufgerollt werden muss, wird allgemein einleuchten.

Daher ist vor einem starren Automatismus einer „Wiederaufnahme“ aus der Sicht des Bundesministeriums für Justiz dringend abzuraten. Statt dessen sollte eine flexible Regelung vorgesehen werden, die dem einfachen Gesetzgeber die Wahl einräumt, ob und in welchen Fällen er nach einem aufhebenden Erkenntnis des Verfassungsgerichtshof die (volle oder beschränkte) Wiederaufnahme des Verfahrens ermöglicht oder allenfalls andere Konsequenzen einer aufhebenden Entscheidung des Verfassungsgerichtshof vorsieht, etwa nach dem Vorbild des Art. 41 MRK die Verpflichtung zu einer angemessenen Entschädigung.

## **7. Bindung an die gerichtliche Auslegung**

Der Verfassungsgerichtshof soll weiters nach den vorliegenden Entwürfen in einem eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren an die Auslegung der angefochtenen Norm durch das letztinstanzliche Gericht gebunden sein und ausschließlich über die Verfassungsmäßigkeit des

Gesetzes in der interpretierten Form entscheiden können. Diese Beschränkung der Befugnisse des Verfassungsgerichtshofs bereitet ebenfalls gewisse Probleme. Zunächst kann die damit quasi verbundene „Auslegungshoheit“ der ordentlichen Gerichte wohl nur so weit gelten, als die Auslegungskompetenz tatsächlich der ordentlichen Gerichtsbarkeit obliegt (also nicht bei Auslegung des Unionsrechts oder von Bestimmungen der MRK). Soweit die Auslegungskompetenz im Zivil- und Strafrechtsbereich den ordentlichen Gerichten allein zukommt, erscheint es fraglich, worin die Bindung des Verfassungsgerichtshof an die Auslegung des angefochtenen Gesetzes durch das letztinstanzliche Gericht bestehen kann, wohl offensichtlich nicht an eine vereinzelte rechtskräftige, aber verfassungswidrige Auslegung eines Gerichts zweiter Instanz im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof (hier greift vielmehr die Amtshaftung). Weiters ist unklar, woran der Verfassungsgerichtshof gebunden sein soll, wenn das Gericht in der Begründung seiner Entscheidung die (Kombination der) zugrunde liegenden Normen nicht zweifelsfrei offen legt. Es fragt sich schließlich auch, wie es sich mit Entscheidungen verhält, die nur cursorisch zu begründen sind, wie z. B. die Zurückweisung einer außerordentlichen Revision durch den Obersten Gerichtshof.

Hier ist weiters fraglich, welche Auswirkungen die vorgeschlagene Regelung in der Praxis haben kann, zumal sich die Bindung des Verfassungsgerichtshofs offensichtlich nicht auf die Auslegung der angefochtenen Bestimmung durch das letztinstanzliche Gericht im Hinblick auf deren Verfassungskonformität beziehen kann (welche vom letztinstanzlichen Gericht wohl als gegeben erachtet wurde, hätte es andernfalls ja selbst ein Gesetzesprüfungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshofs einleiten müssen).

Interpretiert man diese Bestimmung in der Weise, dass der Verfassungsgerichtshof keine – von der letztinstanzlichen Entscheidung des Gerichts – abweichende Interpretation einer einfachgesetzlichen Bestimmung formulieren darf, so hätte dies zur Folge, dass der Gerichtshof immer die einfachgesetzliche Norm aufhebend entscheiden muss, selbst wenn er die Ansicht vertritt, die in Rede stehende Norm könnte zwar verfassungskonform interpretiert werden, dies jedoch in anderer Weise als es das letztinstanzliche Gericht im Anlassverfahren getan hat. Diese Diskrepanz zu Gesetzesprüfungsverfahren, die auf Antrag eines Gerichts (auch des Obersten Gerichtshofs) geführt werden, ist sachlich nicht nachvollziehbar, würde dies doch darauf hinauslaufen, dass Bestimmungen vom Verfassungsgerichtshof selbst dann aufzuheben wären, wenn eine (nach seiner Anschauung) verfassungskonforme Interpretation nicht nur möglich wäre, sondern allenfalls auch in anderen (insofern abweichenden) Gerichtsentscheidungen vertreten würde.

## **8. Straf- und Strafverfahrensrecht**

Aus spezifisch strafrechtlicher Sicht sei darüber hinaus auf Folgendes hingewiesen:

Dem vorgeschlagenen Subsidiarantrag auf Normenkontrolle dürfte im Strafverfahren aufgrund der dort typischen Grundrechtseingriffe besondere Bedeutung zukommen.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass das gewachsene Rechtssystem des Strafrechts (ordentliche Rechtsmittel, Grundrechtsbeschwerde, Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach § 23 StPO, Erneuerung des Strafverfahrens nach § 363a StPO, Wiederaufnahme nach § 352 ff. StPO, Möglichkeit der Anrufung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtszugs, zunehmend auch die Möglichkeit von Vorabentscheidungsersuchen) laufend ausgebaut wurde.



Ein grundsätzliches Defizit dieses Systems ist nicht feststellbar und es finden sich keine Hinweise darauf, dass die Gerichte ihrer Verpflichtung zur verfassungskonformen Interpretation einerseits und zur Anrufung des Verfassungsgerichtshofs in Fällen von Zweifeln an der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen oder der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen andererseits nicht nachkommen. Der bereits wiederholt geäußerten Ansicht, dass es an einem sachlichen Grund für die vorgesehene Novelle mangelt, ist daher zuzustimmen.

Probleme bereitet auch im Strafverfahren die Auslegung der Wendung „*letztinstanzliche Entscheidung*“, weil auch Entscheidungen der ordentlichen Gerichte (hier im Regelfall jenes des Oberlandesgerichts, in den Fällen des GRBG und eines Erneuerungsantrages nach § 363a jene des Obersten Gerichtshofs) den jeweiligen Verfahrensabschnitt „rechtskräftig“ und „letztinstanzlich“ beenden (siehe hier etwa § 1 Abs. 1 GRBG „nach Erschöpfung des Instanzenzuges“, wodurch auch ein „doppelter“ Rechtszug eröffnet wäre, einerseits ein „Subsidiarantrag“ an den Verfassungsgerichtshof, andererseits eine Grundrechtsbeschwerde). Soweit damit ausschließlich rechtskräftige und das Verfahren „endgültig“ beendigende Entscheidung gemeint sein sollen, wäre das im Text und Erläuterungen ausdrücklich anzuführen.

Hinzuweisen ist, dass es gerade im Strafverfahren eine Vielzahl von Entscheidungen im Ermittlungsverfahren gibt, wobei gegen die damit verbundenen Grundrechtseingriffe Beschwerde erhoben werden kann (§§ 87 bis 89 StPO). Besonders grundrechtsrelevant sind beispielsweise die Verhängung und Fortsetzung der Untersuchungshaft nach § 173 ff. StPO im Hinblick auf das Recht auf persönliche Freiheit, die Überwachung von Nachrichten (§ 135 Abs. 2 StPO) im Zusammenhang mit dem Fernmeldegeheimnis und dem Schutz des Privat- und Familienlebens, Durchsuchung von Orten und Gegenständen (§§ 119 ff. StPO) angesichts des Schutzes des Hausrechts und des Schutz des Privat- und Familienlebens, die Sicherstellung (§ 110 StPO) und Beschlagnahme (§ 115 StPO) als Eingriff in das Recht auf Eigentum und die Beschlagnahme von Briefen (§ 135 Abs. 1 StPO) als Durchbrechung des Briefgeheimnisses. Diese Eingriffe werden in Ermittlungsverfahren überaus häufig durchgeführt. So wurde die Überwachung von Nachrichten 2010 in 1.623 Fällen und 2011 in 1.887 Fällen bewilligt.

Darüber kann ein derartiger Eingriff auch eine Vielzahl von Personen betreffen. So ist ebenfalls am Beispiel der Überwachung von Nachrichten darauf hinzuweisen, dass oft eine große Anzahl von Personen betroffen sein kann, die an der Strafsache völlig unbeteiligt einzelne Gespräche mit einem überwachten Anschluss führen. Auch diese Personen sind von der durchgeführten Überwachung und die ihnen zustehenden Rechte auf Einsichtnahme und Vernichtung von nicht benötigten Teilen der Ergebnisse nach § 139 Abs. 2 und 4 StPO zu verständigen und kommen damit als potenzielle Antragsteller eines „Subsidiarantrags“ in

Betracht.

Im Hinblick auf die StPO muss auch bedacht werden, dass es möglich wäre, bewußt eine letztinstanzliche Entscheidung, z.B durch einen Einstellungsantrag nach § 108 StPO und anschließende Beschwerde an das Oberlandesgericht im Falle der Abweisung oder durch einen Anklageeinspruch nach § 212 StPO über den das Oberlandesgericht in letzter Instanz entscheidet, herbeizuführen. In Zusammenhang mit diesen Instrumenten könnten daher der Subsidiarantrag gezielt zur Verfahrensverzögerung genutzt werden.

Nicht zuletzt greift jedes Urteil, mit dem eine Freiheitsstrafe verhängt wird, in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein (auch im Zusammenhang mit der Frage der angemessenen Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 MRK) oder der Berücksichtigung von Beweismittel, deren Verwendung vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 3 MRK gerügt wird. Damit im Zusammenhang ergehen auch nach Rechtskraft noch häufig Entscheidungen, die in grundrechtlich garantierte Positionen eingreifen. So ist zu berücksichtigen das Entscheidungen, die den Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe anordnen oder über einen Antrag auf Strafaufschub nach §§ 4 f. StVG absprechen, sich wegen des damit verbundenen Eingriffs in das Recht auf persönliche Freiheit für eine Gesetzesbeschwerde gerade zu anbieten. Dieser Bereich zeichnet sich auf Grund der damit verbundenen Konsequenzen für die betroffenen Verurteilten durch oft in periodischen Abständen wiederholte Anträge und durch die Ausnutzung aller zur Verfügung stehenden Rechtsmittel aus. Die Möglichkeit der Anrufung des Verfassungsgerichtshofs wird in diesen Fällen aller Voraussicht nach schon allein auf Grund des damit möglicherweise erzielten Aufschubs der Strafe ebenfalls oft genutzt werden.

Für die vorgesehene Gesetzesbeschwerde auf Normenkontrolle ist weiters offenbar keine mit den §§ 57 Abs. 3 und 62 Abs. 3 VfGG vergleichbare Bestimmung vorgesehen, wonach im Falle einer von einem Gericht beantragten Gesetzes- oder Verordnungsprüfung bis zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshof nur solche Handlungen vorgenommen und solche Entscheidungen und Verfügungen getroffen werden dürfen, die durch das Erkenntnis des Gerichtshofs nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten. Dennoch ist auch im Falle einer Gesetzesbeschwerde mit Auswirkungen auf die Verfahrensdauer zu rechnen, wenn beispielsweise die gesetzliche Grundlage einer im Ermittlungsverfahren ergangenen Anordnung bekämpft werden können soll, weil einerseits der Arbeitsaufwand weiterer Ermittlungsschritte oder gar der Erhebung einer Anklage durch die Staatsanwaltschaft und der Durchführung einer Hauptverhandlung durch das Gericht und anschließende Urteilsfällung durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshof frustriert werden könnte, andererseits aber auch Amtshaftungsansprüchen befürchtet werden könnten, wenn beispielsweise basierend auf den Ergebnissen einer Ermittlungsmaßnahme, deren gesetzliche Grundalge angefochten wird

eine Untersuchungshaft zu verhängen wäre. Durch dieses oft sachgerechte Zuwarten auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshof können allerdings Probleme im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft auftreten, jedenfalls ist aber mit einer Verlängerung der Verfahrensdauer zu rechnen. Angesichts der schon eingangs angesprochenen durchschnittlichen Dauer der Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof von mehreren Monaten ist der nunmehr vorgeschlagene weitere Rechtszug mit einer potenziell längeren Dauer auch des Ermittlungsverfahren verbunden, die ohnedies bereits in öffentlicher Kritik steht.

### **9. Vertiefte Prüfung**

Das Bundesministerium für Justiz dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme in diesem Begutachtungsverfahren und würde es begrüßen, wenn es seine Expertise in die Bemühungen zur Lösung der angesprochenen Problemkreise einbringen kann. Angesichts des bereits bestehenden hohen Schutzniveaus im Bereich der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit erscheint der Änderungsbedarf nicht derart vordringlich, dass nicht ausreichend Zeit für eine umfassende Diskussion der Reform unter Einbeziehung von Wissenschaft und Praxis zur Verfügung steht. Diese Diskussion sollte der Verfassungsgesetzgeber zulassen, und sie sollte nicht hinter den mehr oder weniger verschlossenen Türen des Verfassungsausschusses geführt werden, sondern in einem offenen, alle Beteiligten und Interessen berücksichtigenden Forum.

Wien, 11. September 2012

Für die Bundesministerin:

Dr. Georg Kathrein

Elektronisch gefertigt