

BUNDESKANZLERAMT ■ VERFASSUNGSDIENST

GZ • BKA-601.999/0014-V/1/2016
ABTEILUNGSMAIL • SLV@BKA.GV.AT
BEARBEITER • DR. ELISABETH DUJMOVITS
DR. FLORIAN HERBST
PERS. E-MAIL • ELISABETH.DUJMOVITS@BKA.GV.AT
FLORIAN.HERBST@BKA.GV.AT
TELEFON • +43 1 531 15-204207, 204252

Entschließung des Nationalrates vom 17. März 2016, 129/E XXV. GP, betreffend Erarbeitung von wissenschaftlichen Grundlagen zu dieser Thematik (Überprüfung von Staatsverträgen auf deren Verfassungsmäßigkeit nach geltendem Recht, vergleichend mit ähnlichen europäischen Verfassungssystemen, insbesondere Deutschland, und mögliche Weiterentwicklungen im Rahmen des Systems der nachprüfenden Normenkontrolle durch den Verfassungsgerichtshof)

1. Die Staatsvertragsprüfung durch den Verfassungsgerichtshof

a) Der Abschluss von Staatsverträgen

Gemäß Art. 65 Abs. 1 B-VG schließt der Bundespräsident die Staatsverträge ab. Der Abschluss bestimmter Staatsverträge (des Bundes) bedarf gemäß Art. 50 Abs. 1 B-VG der Genehmigung des Nationalrates. Dies sind

- politische Staatsverträge und Staatsverträge, die gesetzändernd oder gesetzesergänzend sind;
- Staatsverträge, durch die die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union geändert werden.

Da diese Staatsverträge innerstaatlich (Bundes-)Gesetzen entsprechende Rechtswirkungen entfalten, werden sie auch als „gesetzeskoordinierte“ Staatsverträge bezeichnet. (Auf die Zustimmungsrechte des Bundesrates in Bezug auf den Abschluss bestimmter Staatsverträge braucht im Rahmen dieses Gutachtens nicht eingegangen zu werden.)

Ein Abschluss verfassungsändernder oder verfassungsergänzender – auch als „verfassungskoordiniert“ bezeichneter – Staatsverträge ist seit der B-VG-Novelle BGBl. I Nr. 2/2008 nicht mehr möglich.

Alle anderen Staatsverträge (des Bundes) bedürfen nicht der Genehmigung des Nationalrates. Diese Staatsverträge werden auch als „verordnungskoordinierte“ Staatsverträge bezeichnet.

Die Mitwirkung des Nationalrates am Abschluss gesetzeskoordinierter Staatsverträge hat eine doppelte Funktion: Da Staatsverträge die Republik Österreich als Völkerrechtssubjekt binden, weisen derartige Staatsverträge auf völkerrechtlicher Ebene eine höhere Legitimation auf; zugleich wird durch diese Mitwirkung sichergestellt, dass ein Rechtsakt, der gesetzesgleiche Wirkung hat, nur unter Einbeziehung des gesetzgebenden Organes entstehen kann.

Aus Anlass der Genehmigung eines Staatsvertrags kann der Nationalrat beschließen, dass und in welchem Umfang der Staatsvertrag durch die Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist (Art. 50 Abs. 2 Z 4 B-VG). Ein solcher sog. „Erfüllungsvorbehalt“ bewirkt, dass der Staatsvertrag innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar ist. Auf seiner Grundlage dürfen daher keine Rechtsakte gesetzt werden, er begründet auch keine Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen. Der Erfüllungsvorbehalt betrifft die innerstaatlichen Rechtswirkungen des Staatsvertrags, suspendiert aber die völkerrechtlichen Rechtswirkungen (die völkerrechtliche Verpflichtung der Republik Österreich aus dem Staatsvertrag) nicht.

b) Das Inkrafttreten von Staatsverträgen

Gemäß Art. 49 Abs. 2 B-VG sind jene Staatsverträge, die der Genehmigung des Nationalrates bedürfen, im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Sie treten mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft.

Die Kundmachung von „Staatsverträgen“ setzt voraus, dass diese bereits völkerrechtlich überhaupt existent geworden sind; eine vor diesem Zeitpunkt liegende Kundmachung scheidet mangels eines tauglichen Kundmachungsobjektes aus (siehe näher *Thienel, Art 48, 49 B-VG, in: Korinek/Holoubek [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar, 1. Lfg. [1999] Rz. 25 ff.*).

c) Die Staatsvertragsprüfung durch den Verfassungsgerichtshof

Die Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes, die Rechtmäßigkeit von Staatsverträgen zu prüfen, wurde durch die B-VG-Novelle BGBl. Nr. 59/1964 (im Folgenden: B-VG-Novelle 1964) geschaffen. Bis zum Inkrafttreten dieser Novelle kannte das B-VG eine Staatsvertragsprüfung durch den Verfassungsgerichtshof nicht. Zwar wurde in der Lehre

auch zur Rechtslage vor der B-VG-Novelle 1964 die Ansicht vertreten, Staatsverträge könnten als „Verordnung“ oder „Gesetz“ Gegenstand eines Verordnungs- bzw. Gesetzesprüfungsverfahrens sein, diese Lehrmeinung war jedoch in der Minderheit und wenig überzeugend (siehe näher *Novak*, Probleme des Bundesverfassungsgesetzes vom 4. März 1964 über Staatsverträge, *JBI* 1969, 307 [312]).

Gegenstand des Verfahrens gemäß Art. 140a B-VG sind „Staatsverträge“, und zwar unabhängig davon, ob der Nationalrat aus Anlass der Genehmigung des Staatsvertrags einen Erfüllungsvorbehalt erklärt hat (siehe *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ [2015] Rz. 1171). Voraussetzung für die Prüfung eines Staatsvertrags durch den Verfassungsgerichtshof ist demnach nicht, dass dieser (innerstaatlich) unmittelbar anwendbar ist, wohl aber, dass er – auch innerstaatlich – bereits Geltung erlangt hat. Staatsverträge können vom Verfassungsgerichtshof demnach erst geprüft werden, wenn sie (im Bundesgesetzblatt oder auf andere Weise) kundgemacht worden sind (VfSlg. 18.576/2008).

Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts, die gemäß Art. 9 Abs. 1 B-VG als Bestandteile des Bundesrechts gelten, können hingegen nicht Gegenstand einer Normenkontrolle durch den Verfassungsgerichtshof sein.

Gesetzeskoordinierte Staatsverträge werden vom Verfassungsgerichtshof auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft, verordnungskoordinierte Staatsverträge auf ihre Gesetzmäßigkeit. Strittig ist, ob auch die sogenannten „Bauprinzipien“ der Bundesverfassung Prüfungsmaßstab im Verfahren gemäß Art. 140a B-VG sein können (siehe *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht [1972] 752 mwN; bejahend etwa *Öhlinger*, Art 140a B-VG, in: *Korinek/Holoubek* [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar, 7. Lfg. [2005] Rz. 11).

Stellt der Verfassungsgerichtshof die Rechtswidrigkeit des Staatsvertrags fest, ist der Staatsvertrag nicht mehr anzuwenden (siehe im Einzelnen Art. 140a B-VG); die völkerrechtliche Verbindlichkeit des Staatsvertrags lässt eine solche Feststellung jedoch unberührt (vgl. *Walter*, Die Neuregelung der Transformation völkerrechtlicher Verträge in das österreichische Recht, *ÖJZ* 1964, 449 [454 FN 48]; *Öhlinger*, Art. 140a B-VG Rz. 6 und 13).

2. Die Kontrolle völkerrechtlicher Verträge durch das Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland

Im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (im Folgenden: GG), dBGBI. S. 1, ist die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle von Staatsverträgen nicht ausdrücklich geregelt. Abschnitt V betreffend den Bundespräsidenten enthält folgende Bestimmung:

„Artikel 59

(1) Der Bundespräsident vertritt den Bund völkerrechtlich. Er schließt im Namen des Bundes die Verträge mit auswärtigen Staaten. Er beglaubigt und empfängt die Gesandten.

(2) Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend.“

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1952 die Zulässigkeit der Prüfung solcher Zustimmungsgesetze (in der damaligen Terminologie: Vertrags-Gesetze) bejaht (vgl. BVerfGE 1, 396, insb. 410 ff). Über das Zustimmungsgesetz wird auch der Vertragsinhalt in die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle miteinbezogen.

Obwohl dies gesetzlich nicht vorgesehen ist und in Abweichung vom Grundsatz der Ex-post-Kontrolle sonstiger Gesetze lässt das Bundesverfassungsgericht die Prüfung eines Zustimmungsgesetzes schon vor dessen Inkrafttreten zu, nämlich nach der parlamentarischen Beschlussfassung, jedoch vor der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und der Kundmachung. Das Bundesverfassungsgericht begründet dies mit dem doppelten Charakter des Zustimmungsgesetzes: Es stelle einerseits den parlamentarischen Beschluss dar, womit der Bundespräsident zum endgültigen Vertragsabschluss ermächtigt wird, und bedeute andererseits die Transformation des Vertragsinhalts in nationales Recht. Sowohl die Kundmachung des Zustimmungsgesetzes als auch die Ratifikation des Vertrags haben durch den Bundespräsidenten zu erfolgen. Dies erfordere eine Prüfung der verfassungsrechtlichen Ratifikationsvoraussetzungen bereits vor Ausfertigung und Kundmachung. „Hieraus ergibt sich, daß bei Vertrags-Gesetzen die Normenkontrolle schon vor der Verkündung zugelassen werden muß. Sie darf jedoch nicht einsetzen, bevor der für das Zustandekommen des Gesetzes entscheidende Vorgang, nämlich die Bekundung des Gesamtwillens der beiden gesetzgebenden Körperschaften, eingetreten ist.“ (BVerfGE 1, 396, 412 f). Deswegen sei die bundesverfassungsgerichtliche Prüfung nach

Abschluss des parlamentarischen Beschlussfassungsverfahrens, jedoch vor Ausfertigung und Kundmachung durch den Bundespräsidenten zuzulassen (vgl. dazu näher *Spanner*, Rechtliche und politische Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Gutachten für den 1. Österreichischen Juristentag [1961] 51 ff; *Bednarik*, Präventive Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte [2012] 5 ff).

Im Hinblick auf die mit der Ratifikation eintretende völkerrechtliche Bindung kann nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Normenkontrolle also bereits dann stattfinden, wenn Bundestag und Bundesrat das Gesetz abschließend behandelt haben und nur noch dessen Ausfertigung und Verkündung fehlen (BVerfGE 1, 413; vgl. auch BVerfGE 36, 15).

Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle antragsberechtigt sind die Bundesregierung, die Landesregierungen und ein Viertel der Mitglieder des Bundestages (vgl. Art. 93 Abs. 1 Z 2 GG; § 76 Abs. 1 BVerfGG); Antragsfristen sind nicht vorgesehen. Der Antrag ist zu begründen. Die mit der Normsetzung primär befassten Verfassungsorgane haben im Verfahren ein Äußerungsrecht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann das Zustimmungsgesetz aber auch mittels Verfassungsbeschwerde zum Gegenstand eines Verfahrens der konkreten Normenkontrolle gemacht werden (vgl. zB BVerfGE 89, 155 [158 ff]).

Nicht zuletzt kann sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit eines Zustimmungsgesetzes auch (als Vorfrage) im Organstreitverfahren stellen und so an das Bundesverfassungsgericht herangetragen werden (vgl. zB BVerfGE 123, 267 [268 ff]; zum Ganzen siehe näher und mwH *Mesquita Ceia*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Verträge. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zwischen Brasilien und Europa [2011] 188 ff; *Palmetzhofer*, Ex ante-Prüfung von Staatsverträgen in Deutschland, Masterarbeit WU Wien [2015] 22 ff).

Das Bundesverfassungsgericht kann einstweilige Anordnungen erlassen, um ein zwischenzeitiges Unterlaufen seiner Prüfung zu verhindern (vgl. § 32 BVerfGG sowie zB BVerfGE 132, 195, wo der Bundesregierung vorgeschrieben wurde, einen bestimmten völkerrechtlichen Vorbehalt abzugeben). Entscheidungsfristen für das Bundesverfassungsgericht sind nicht vorgesehen.

Im Fall eines Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes (Eilantrag) durch das Bundesverfassungsgericht gegen ein Gesetz zur Ratifikation eines völkerrechtlichen

Vertrags wartet der Bundespräsident in ständiger Staatspraxis im Einvernehmen mit dem Bundesverfassungsgericht bzw. in Rücksichtnahme auf das Verfahren vor diesem die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung ab und unterzeichnet bzw. hinterlegt die Ratifikationsurkunde erst danach. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine solche Rücksichtnahme als Interorganrespekt auch rechtlich geboten (vgl. BVerfGE 36, 1).

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist für alle staatlichen Organe verbindlich. Der Bundespräsident darf den (vor Ratifikation) als verfassungswidrig erachteten Vertrag nicht ratifizieren; nach Ratifikation ist der Vertrag innerstaatlich nicht anzuwenden.

Die Tatsache, dass das Zustimmungsgesetz zum abzuschließenden Staatsvertrag einer Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterworfen wurde, ändert grundsätzlich nichts an der weiterhin bestehenden Möglichkeit der bundesverfassungsgerichtlichen Ex-post-Kontrolle des – allenfalls abgeändert – ratifizierten Staatsvertrags, freilich unter Berücksichtigung der Grenzen der Rechtskraft der früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Zustimmungsgesetz.

3. Die Kontrolle völkerrechtlicher Verträge durch Verfassungsgerichte sonstiger Staaten

a) Allgemeines

Nach Ansicht der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht, einer Einrichtung des Europarates (sog. „Venedig-Kommission“), ist die Ex-ante-Prüfung der Gesetzgebung durch das Verfassungsgericht eines Staates ein ziemlich seltener verfahrensrechtlicher Mechanismus („a fairly rare procedural mechanism“). Und obwohl die Venedig-Kommission festgestellt habe, dass eine Ex-post-Kontrolle durch das Verfassungsgericht viel verbreiteter („much more widespread“) sei, könne diese nicht als allgemeine Regel angesehen werden („cannot be seen as a general rule“). Eine solche Kontrolle könne daher nicht als im Hinblick auf die „Rule of Law“ geboten („as a requirement of the rule of law“) angesehen werden. Obwohl eine solche Überprüfungsmäßigkeit in Österreich oder Deutschland bestehet, stünden diese Fälle nicht für einen gemeinsamen europäischen Standard („a common European Standard“) (vgl. die Kompilation von Gutachten, Berichten und Studien der Venedig-Kommission zur Verfassungsgerichtsbarkeit vom 1. Juli 2015, CDL-PI(2015)002, 45 f [46]; für einen

Rechtsvergleich zur präventiven Normenkontrolle siehe ausführlich *Sonntag*, Präventive Normenkontrolle in Österreich [2011] 186 ff sowie *Gamper*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenverbindung [2016] 47 ff).

Die verfassungsgerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Verträge ist in den nationalen Rechtsordnungen höchst unterschiedlich institutionalisiert (so der zusammenfassende Befund von *Mesquita Ceia*, aaO 241 ff). In jenen Staaten, in denen es eine Ex-post-Normenkontrolle gibt, gibt es nicht notwendigerweise auch eine Ex-ante-Normenkontrolle und umgekehrt. Was allerdings gesagt werden kann, ist, dass in der überwiegenden Mehrzahl der Rechtsordnungen Gesetze und völkerrechtliche Verträge im Hinblick auf ihre rechtliche Überprüfbarkeit im Wesentlichen gleich behandelt werden (also gleichermaßen der Ex-post-Normenkontrolle, der Ex-ante-Normenkontrolle oder der Normenkontrolle nach einem gemischten Modell unterliegen).

Auch im Österreich-Konvent wurde die Einführung einer präventiven Normenkontrolle (hier: Staatsvertragsprüfung) durch den Verfassungsgerichtshof nicht beraten oder vorgeschlagen.

b) Ex-ante-Modelle

Frankreich

Im französischen Recht erfolgt die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und völkerrechtlichen Verträgen grundsätzlich vor deren Kundmachung bzw. Ratifikation, also *ex ante*. Während die Prüfung von Verfassungsgesetzen und Verfassungsausführungsgesetzen obligatorisch ist, sind einfache Gesetze und völkerrechtliche Verträge nur auf Antrag zu prüfen.

Zur Prüfung zuständig ist der Verfassungsrat (*Conseil constitutionnel*). Dessen Prüfungsbefugnis hat allerdings eher politischen als gerichtlichen Charakter; mit Art. 54 der französischen Verfassung soll nicht primär die Verfassungsmäßigkeit eines völkerrechtlichen Vertrags gewährleistet, sondern der Vorrang des nationalen Verfassungsrechts bzw. der Souveränität vor inter- bzw. supranationalem Recht zum Ausdruck gebracht werden.

Antragsberechtigt sind der Staatspräsident, der Premierminister, der Präsident der Nationalversammlung, der Präsident des Senats sowie 60 Abgeordnete bzw. Senatoren jeder der beiden Kammern des Parlaments.

Die Entscheidungsfrist für den Verfassungsrat beträgt einen Monat, in dringenden Fällen auf Verlangen der Regierung nur acht Tage. Die Entscheidung des Verfassungsrats ist unanfechtbar und für alle Staatsorgane bindend (vgl. ausführlich *Mesquita Ceia*, aaO 206 ff; *Bednarik*, aaO 235 ff).

Irland

Im irischen Recht ist eine präventive Normenkontrolle ähnlich wie in Frankreich vorgesehen. Der Präsident der Republik kann (binnen sieben Tagen) ein Gesetz an den Obersten Gerichtshof (Supreme Court) verweisen. Dessen Entscheidungsfrist beträgt 20 Tage. Unter Umständen ist eine Volksabstimmung (ein Referendum) durchzuführen.

Der Oberste Gerichtshof hatte sich etwa vor Abschluss des Ratifikationsverfahrens betreffend die Einheitliche Europäische Akte (EEA) – es fehlte nur noch die Hinterlegung der vom irischen Präsidenten bereits unterzeichneten Ratifikationsurkunde – auf Grund eines von einer natürlichen Person erhobenen Rechtsmittels mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Ratifizierung der EEA ohne Verfassungsänderung, insbesondere ohne Referendum, verfassungsmäßig wäre; für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens wurde das Ratifizierungsverfahren mittels einstweiliger Verfügung unterbrochen (vgl. Supreme Court of Ireland vom 9. 4. 1987, *Crotty v. An Taoiseach*, IESC 4, IR 713).

Zentral- und osteuropäische Staaten

In vielen „Reform- und Transitionsstaaten Zentral- und Osteuropas“ (vgl. Schäffer, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Staatsverträgen in Österreich in rechtsvergleichender Perspektive, in: Grote ua. [Hrsg.], Die Ordnung der Freiheit. FS Starck [2007] 953 [960]) kann ein völkerrechtlicher Vertrag präventiv auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung geprüft werden. Antragsberechtigt ist regelmäßig der Staatspräsident (so zB in *Russland*, *Ungarn*, *Polen*, der *Tschechischen Republik*, *Lettland*, *Litauen*, *Slowenien*, *Bulgarien*, der *Ukraine*; vgl unter Hinweis auf die jeweiligen verfassungsrechtlichen Bestimmungen Schäffer, aaO 961; Haase/Struger, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa [2009] 273 ff; *Mesquita Ceia*, aaO 233 ff).

Rumänien

In *Rumänien* ist (nach dem französischen Vorbild) eine Ex-ante-Kontrolle der normativen Inhalte völkerrechtlicher Verträge (nicht des formellen Ratifikationsgesetzes) durch den Verfassungsgerichtshof vor der Übernahme ins rumänische Recht bzw. nach einer zu diesem Zweck erfolgten Verfassungsänderung vorgesehen. Antragsberechtigt

ist das Parlament (jeweils der Präsident der beiden Kammern, 25 Senatoren oder 50 Abgeordnete), nicht jedoch sind es die am Ratifizierungsverfahren beteiligten Organe (also weder der Präsident noch die Regierung Rumäniens). Die präventive Kontrolle zielt (nur) auf die Anwendbarkeit des Vertrags im rumänischen Recht ab (vgl. *Tănăsescu*, Grundrechte in Rumänien, in: Merten/Papier [Hrsg.], Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IX: Grundrechte in Ostmittel- und Osteuropa [2016] § 276 Rz. 8).

c) Ex-post-Modelle

Belgien

Eine Ex-post-Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Zustimmungsgesetzen zu völkerrechtlichen Verträgen ist vorgesehen.

Liechtenstein

Seit dem Jahr 2003 besteht eine (kassatorische) Prüfungsbefugnis des Staatsgerichtshofes betreffend Staatsverträge (vgl. Art. 104 Abs. 2 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein, LGBI. Nr. 15/1921, idF der Novelle LGBI. Nr. 186/2003; *Winkler*, Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsinterpretation in Liechtenstein [2015] 199 ff); davor war eine verfassungsgerichtliche Kontrolle von Staatsverträgen nicht vorgesehen.

d) Gemischte Modelle (Kombination aus Ex-ante- und Ex-post-Prüfung)

Portugal

Die portugiesische Verfassung normiert eine präventive Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von völkerrechtlichen Verträgen durch das Verfassungsgericht (Tribunal Constitucional). Die portugiesische Verfassung enthält darüber detaillierte Regelungen (vgl. Art. 278; <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/jurisdiction.html?impressao=1>; *Schäffer*, aaO 962, unter Hinweis auf die Art. 227 ff; ausführlich *Mesquita Ceia*, aaO 226 ff; vgl. *Bednarik*, aaO 252 ff):

Antragsberechtigt ist der Staatspräsident, der für die Ratifikation bzw. Unterzeichnung von völkerrechtlichen Verträgen zuständig ist.

Die zu prüfenden Bestimmungen müssen im Antrag ebenso bezeichnet sein wie die möglicherweise verletzten verfassungsrechtlichen Bestimmungen bzw. Prinzipien.

Das Verfahren ist nach relativ straffen Fristen zu führen: Der Antrag kann binnen einer Frist von acht Tagen (ab Erhalt des zu prüfenden Normtextes) gestellt werden. Das Verfassungsgericht hat binnen 25 Tagen zu entscheiden; diese Frist kann vom Staatspräsidenten in dringenden Fällen verkürzt werden. Der Präsident des Verfassungsgerichts hat binnen eines Tages über die Zulassung zu entscheiden oder den Antrag (binnen zwei Tagen) verbessern zu lassen; über die Nichtzulassung entscheidet die Vollversammlung binnen zwei Tagen. Binnen eines weiteren Tages ist der Antrag einem Berichter zuzuweisen. Das normerlassende Organ hat drei Tage Zeit zur Stellungnahme. Der Berichter hat binnen fünf Tagen ein Memorandum über die wesentlichen zu klarenden Punkte und eine vorgeschlagene Lösung zu verfassen. Daraufhin hat der Präsident binnen zehn Tagen eine Verhandlung anzuberaumen. Der Berichter hat die Entscheidung binnen sieben Tagen auszufertigen. Verkürzt der Staatspräsident die Entscheidungsfrist, hat der Präsident des Verfassungsgerichts all diese Fristen entsprechend zu verkürzen.

Der Staatspräsident ist an die Entscheidung des Verfassungsgerichts gebunden und hat gegebenenfalls die Nationalversammlung darüber zu informieren, dass er den Vertrag nicht ratifizieren darf. Diese kann dem Vertrag dennoch mit erhöhten Quoren (Zweidrittelmehrheit) zustimmen; in diesem Fall darf der Präsident die Ratifikation vornehmen.

Die verfassungsgerichtliche Ex-post-Kontrolle genereller Normen besteht auch in diesen Fällen.

Polen

Eine präventive wie auch eine nachträgliche Kontrolle von völkerrechtlichen Verträgen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung sind im polnischen Recht vorgesehen; so wurde zB die Verfassungsmäßigkeit des Vertrags betreffend den Beitritt Polens zur Europäischen Union vom polnischen Verfassungsgericht geprüft (vgl. Schäffer, aaO 961, mit dem Hinweis auf VerfG vom 11. 5. 2005, K 18/04).

Spanien

Die präventive Kontrolle völkerrechtlicher Verträge in einem abstrakten Normenkontrollverfahren nach dem Vorbild der französischen Verfassung ist als Ausnahme in einem System einer grundsätzlich nachträglichen Normenkontrolle vorgesehen (vgl. Art. 95 der spanischen Verfassung; Schäffer, aaO 962).

Antragsberechtigt sind die Regierung und die beiden Parlamentskammern (Abgeordnetenhaus und Senat) und damit ausschließlich die politischen Mehrheiten.

Vor Antragstellung ist der Staatsrat, das oberste Beratungsorgan der Regierung, in der betreffenden Angelegenheit zu konsultieren. Auf Antrag des Ministerpräsidenten, der Minister der Zentralregierung oder der Präsidenten der autonomen Regionen werden Fragen an den Staatsrat gestellt; dieser hat ein Gutachten zu erstatten. Dann kann das Verfahren der präventiven Vertragskontrolle eingeleitet werden. In der Praxis gab es bisher zwei derartige Verfahren (betrifft die Ratifikation des Vertrags von Maastricht im Jahr 1992 und im Verfahren über den Vertrag über eine Verfassung für Europa; vgl. ausführlich *Mesquita Ceia*, aaO 229 ff; *Seidl*, Ex-Ante Prüfung von Staatsverträgen im innerstaatlichen Recht Spaniens, Masterarbeit WU Wien [2015] 7 ff; *Bednarik*, aaO 255 ff).

Estland, Ungarn

Es ist jeweils eine Ex-ante- und eine Ex-post-Prüfung von völkerrechtlichen Verträgen vorgesehen (vgl. dazu näher *Mesquita Ceia*, aaO 233 ff und 239 ff).

4. Die Gutachtenkompetenz des Europäischen Gerichtshofes

Eine präventive gerichtliche Kontrolle völkerrechtlicher Verträge ist auch im Recht der Europäischen Union vorgesehen.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) ist im Verfahren zum Abschluss internationaler Übereinkünfte zwischen der Union und Drittstaaten bzw. internationalen Organisationen zuständig, Gutachten über die „Vereinbarkeit einer geplanten Übereinkunft mit den Verträgen“ zu erstellen (vgl. Art. 218 Abs. 11 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV], BGBl. III Nr. 86/1999). Diese Gutachtenkompetenz wird als „Instrument vorbeugender Rechtsklärung“ mit „Präventivcharakter“ qualifiziert (vgl. *Lorenzmeier* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* [Hrsg.], *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 218 AEUV Rn. 69 mwH).

Antragsberechtigt sind jeder Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission.

Antragsgegenstand ist eine „internationale Übereinkunft“, also ein völkerrechtlicher Vertrag. „[G]eplant“ ist diese, wenn ihre Grundzüge im Antragszeitpunkt bereits bekannt sind und solange der völkerrechtliche Bindungswille der Union noch nicht endgültig zum

Ausdruck gekommen ist (also jedenfalls vor der Beschlussfassung im Rat). Eine Antragsfrist ist nicht vorgesehen.

Antragsinhalt kann jede Frage sein, die Zweifel an der formellen oder materiellen Gültigkeit der geplanten Übereinkunft hervorrufen kann. Prüfungsmaßstab sind „die Verträge“, also das gesamte Primärrecht, insbesondere die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten und die Rechtsgrundlage der geplanten Übereinkunft. Die Frage der Zuständigkeit kann vom EuGH bereits vor Aufnahme der Verhandlungen untersucht werden, für eine Inhaltskontrolle müssen die Vertragsbestimmungen dagegen bereits in hinlänglichem Umfang bekannt sein.

Ein Gutachtensauftrag hat keine aufschiebende Wirkung (vgl. *Lorenzmeier*, aaO Rn. 69).

Ein ablehnendes Gutachten hat zur Folge, dass die Übereinkunft „nur in Kraft treten [kann], wenn sie oder die Verträge geändert werden“ (Art. 218 Abs. 11 AEUV).

Der Beschluss des Rates, mit dem eine Übereinkunft abgeschlossen wird, ist ein anfechtbarer Rechtsakt im Sinne des Art. 263 AEUV. Die Gutachtenkompetenz des Art. 218 Abs. 11 AEUV als Vorfeldkontrolle schließt andere Verfahren (insbesondere Nichtigkeitsklage, Vorabentscheidungsverfahren und Vertragsverletzungsverfahren) nicht aus (vgl. *Lorenzmeier*, aaO Rn. 69 und 78 f). Es besteht daher zusätzlich die Möglichkeit einer Ex-post-Kontrolle der Übereinkunft durch den EuGH.

5. Zur präventiven Normenkontrolle im Allgemeinen

Eine präventive Normenkontrolle ist zwangsläufig eine sog. „abstrakte Normenkontrolle“, weil eine noch nicht geltende Norm voraussetzungsgemäß noch nicht angewendet worden sein kann. Im System der Verfassungsgerichtsbarkeit – sowie im System der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts ganz allgemein – stellt die präventive Normenkontrolle eine Ausnahme dar: Normenkontrolle erfolgt nach der österreichischen Bundesverfassung fast immer *ex post* (*a posteriori*) und in einem konkreten Fall (sog. „konkrete Normenkontrolle“).

Die Stammfassung des B-VG kannte eine präventive Normenkontrolle durch den Verfassungsgerichtshof überhaupt nicht. Den einzigen, einer präventiven Normenkontrolle ähnlichen Fall regelt Art. 138 Abs. 2 B-VG, der erst durch die Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. Nr. 268/1925, ins B-VG eingefügt wurde. Danach stellt der Verfassungsgerichtshof fest, ob ein Akt der Gesetzgebung oder der Vollziehung in die

Zuständigkeit des Bundes oder der Länder fällt. Handelt es sich um die Zuständigkeit der Gesetzgebung, hat der Antrag auf Kompetenzfeststellung einen Gesetzentwurf zu enthalten (§ 54 des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953 – VfGG, BGBI. Nr. 85/1953). Der Verfassungsgerichtshof prüft diesen Gesetzentwurf jedoch nicht schlechthin auf seine Verfassungsmäßigkeit, sondern spricht aus, ob der Bund oder die Länder zur Erlassung des vorgeschlagenen Gesetzes zuständig sind. Prüfungsmaßstab ist demnach ausschließlich die bundesstaatliche Kompetenzverteilung und nicht das sonstige Verfassungsrecht.

Hervorzuheben ist, dass in Bezug auf Art. 138 Abs. 2 B-VG nur bei einer funktionellen Betrachtungsweise und in einem übertragenen Sinn von einer präventiven Normenkontrolle gesprochen werden kann. Gegenstand des Kompetenzfeststellungsverfahrens betreffend einen Akt der Gesetzgebung ist nämlich kein Gesetz (keine Norm im technischen Sinn), sondern ein bloßer Gesetzentwurf (also nur eine fiktive Norm). Nicht einmal ein vom initiativberechtigten Organ beschlossener oder eingebrachter „Gesetzesvorschlag“ muss vorliegen (vgl. für die Bundesgesetzgebung Art. 41 Abs. 1 B-VG).

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch auf das sogenannte „Prüfungsrecht“ des Bundespräsidenten nach Art. 47 Abs. 1 B-VG in Bezug auf das „verfassungsmäßige Zustandekommen der Bundesgesetze“ hingewiesen, das – in formaler Hinsicht – ebenfalls Ähnlichkeiten mit einer präventiven Normenkontrolle aufweist.

6. Zur präventiven Staatsvertragsprüfung im Besonderen

Stellt der Verfassungsgerichtshof die Rechtswidrigkeit eines Staatsvertrags fest, so lässt dies dessen völkerrechtliche Verbindlichkeit unberührt. Dieser Umstand erscheint manchen als wenig befriedigend (vgl. *Binder/Zemanek*, Das Völkervertragsrecht, in: Reinisch [Hrsg.], Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I⁵ [2013] Rz. 393; vgl. auch Venedig-Kommission, aaO 46 f). Dem Grunde nach unterscheiden sich die Rechtswirkungen der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Staatsvertrags durch den Verfassungsgerichtshof jedoch nicht von jenen Fällen, in denen aus Anlass der Genehmigung eines Staatsvertrags ein Erfüllungsvorbehalt beschlossen wird, das Durchführungsgesetz jedoch nicht erlassen oder zu einem späteren Zeitpunkt (etwa auf Grund geänderter Mehrheitsverhältnisse im Nationalrat) aufgehoben wird (*Öhlinger*, Art. 140a B-VG Rz. 14). Eine präventive Staatsvertragsprüfung durch den

Verfassungsgerichtshof erscheint zwar prinzipiell eher geeignet, eine mit der Unanwendbarkeit von Staatsverträgen oder staatsvertraglicher Bestimmungen allenfalls verbundene Völkerrechtswidrigkeit zu vermeiden. Andererseits hat sich seit der Einführung der Staatsvertragsprüfung durch den Verfassungsgerichtshof vor mehr als 50 Jahren in der Praxis kein einziger Fall ereignet, in dem solche völkerrechtlichen Folgeprobleme tatsächlich aufgetreten wären (Öhlinger, Art. 140a B-VG Rz. 5 und 13). Vor diesem Hintergrund könnte bezweifelt werden, ob ein dringendes praktisches Bedürfnis nach Einführung einer präventiven Staatsvertragsprüfung tatsächlich vorhanden ist. Davon abgesehen, könnte jedoch auch eine präventive Staatsvertragsprüfung eine mit der Unanwendbarkeit von Staatsverträgen oder staatsvertraglicher Bestimmungen allenfalls verbundene Völkerrechtswidrigkeit nicht restlos verhindern (dazu siehe weiter unten).

In allfälligen Verhandlungen über die Einführung einer präventiven Staatsvertragsprüfung sollten jedenfalls folgende Fragen erörtert werden:

a) Verhältnis der obersten Staatsorgane zueinander

Gegen die Einführung einer präventiven Normenkontrolle (hier: Staatsvertragsprüfung) spricht, dass der Verfassungsgerichtshof diesfalls vermehrt in tagespolitische Auseinandersetzungen hineingezogen werden könnte. In der Lehre wird dieses Argument mit dem Hinweis zu entkräften versucht, dass auch die bestehende nachprüfende Normenkontrolle durch den Verfassungsgerichtshof in Einzelfällen immer wieder zu heftigen politischen Kontroversen geführt hat (so Hiesel, Einige Überlegungen zu einer Ausweitung der verfassungsgerichtlichen präventiven Normenkontrolle, JRP 2013, 223 [231]). Dies trifft zwar zu, übersieht jedoch, dass bei einer präventiven Normenkontrolle politische Entscheidungen nicht *ex post* auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft werden, sondern dass der Verfassungsgerichtshof dadurch in den politischen Prozess eingebunden wäre, während dieser noch im Gang ist. In politikwissenschaftlicher Hinsicht führt dies jedoch geradezu zwangsläufig zu einer stärkeren Politisierung der Rolle eines Verfassungsgerichts (wie auch und gerade jene Fälle zeigen, in denen europäische Verfassungsgerichte über die Vereinbarkeit von Änderungen des Primärrechts der Europäischen Union mit der jeweiligen nationalen Verfassung zu urteilen hatten).

Es darf auch nicht übersehen werden, dass mit der Einführung einer präventiven Normenkontrolle (hier: Staatsvertragsprüfung) das Verhältnis der obersten Staatsorgane

zueinander wesentlich geändert werden würde. Als Grenzorgan, dessen Entscheidungen keiner weiteren Kontrolle unterliegen, obliegt es dem Verfassungsgerichtshof auch, seinen Prüfungsmaßstab selbst zu bestimmen. So sprechen etwa *Öhlinger/Eberhard* (Verfassungsrecht¹⁰ [2014] Rz. 767) davon, dass der Verfassungsgerichtshof – schon jetzt – die Möglichkeit habe, eine Regelung als im Widerspruch zu dem aus dem Gleichheitssatz abzuleitenden Sachlichkeitsgebot als verfassungswidrig aufzuheben, „wenn sie der Mehrheit der Richter des VfGH unvernünftig, unplausibel oder auch nur unnötig erscheint“. In Bezug auf Staatsverträge würde sich die Einführung einer präventiven Normenkontrolle tendenziell zulasten des (demokratisch legitimierten) Bundespräsidenten, der den Staatsvertrag abschließt, und gegebenenfalls des (demokratisch legitimierten) Nationalrates, der den Abschluss gesetzeskoordinierter Staatsverträge genehmigt, auswirken. Eine präventive Normenkontrolle steht daher ganz allgemein in einem deutlichen Spannungsverhältnis zum demokratischen Prinzip der Bundesverfassung, die eine derart intensive Einbindung des Verfassungsgerichtshofes in den Prozess der Erzeugung genereller Normen (hier: des Abschlusses von [gesetzeskoordinierten] Staatsverträgen), wie oben ausgeführt, bisher nicht kennt.

b) Anfechtungsbefugnis

Falls dennoch eine präventive Staatsvertragsprüfung eingeführt werden soll, müsste zunächst geklärt werden, wer legitimiert sein soll, beim Verfassungsgerichtshof einen entsprechenden Antrag zu stellen. Da sich die präventive Normenkontrolle von der nachprüfenden Normenkontrolle im Wesentlichen nur durch den Zeitpunkt unterscheidet, ab dem die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes ausgeübt werden kann, läge es nahe, dieselben Organe zur Anfechtung zu berechtigen, die auch einen Antrag auf nachprüfende Normenkontrolle stellen können.

Die Antragslegitimation (in Bezug auf gesetzeskoordinierte Staatsverträge des Bundes) könnte demnach einer Landesregierung, einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates und einem Drittel der Mitglieder des Bundesrates eingeräumt werden (vgl. Art. 140a Abs. 1 iVm. Art. 140 Abs. 1 Z 2 B-VG). Eine Antragslegitimation des Personenkreises, der im Rahmen der konkreten Normenkontrolle zur Stellung eines Individualantrags auf Normenkontrolle legitimiert ist, scheidet hingegen von vornherein aus, weil ein Staatsvertrag, wie oben ausgeführt, vor seinem Abschluss innerstaatlich keine Rechtswirkungen entfaltet und daher auch nicht angewendet werden kann.

c) Prüfungsumfang

Ferner stellt sich die Frage, ob der Verfassungsgerichtshof im Rahmen einer präventiven Staatsvertragsprüfung die Rechtmäßigkeit (insbesondere die Verfassungsmäßigkeit) des Staatsvertrags in jeder Hinsicht prüfen oder ob er dabei an bestimmte Bedenken gebunden sein soll. Ersteres scheint aus folgenden Gründen nicht zweckmäßig zu sein:

Die im Normenprüfungsverfahren ergangenen Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes entfalten Rechtskraftwirkung dahingehend, dass, vereinfacht gesprochen, die spätere Prüfung und Aufhebung einer bereits einmal geprüften Norm aus denselben Gründen unzulässig ist. Hätte der Verfassungsgerichtshof die Verfassungskonformität eines Staatsvertrags in jeder Hinsicht zu prüfen, so hätte dies also zur Folge, dass ein im Staatsvertragsprüfungsverfahren ergangenes Erkenntnis einer nochmaligen Prüfung dieses Staatsvertrags entgegenstehen, diesen also „immunisieren“ würde.

Eine solche umfassende Prüfung von Staatsverträgen in ihrer Gesamtheit kann jedoch – insbesondere bei umfangreichen Staatsverträgen – schon aus zeitlichen Gründen realistischerweise kaum geleistet werden. Auch scheint es geradezu unmöglich zu sein, im Rahmen einer präventiven Normenkontrolle sämtliche Fallkonstellationen zu antizipieren, die sich in der späteren Anwendung der zu prüfenden Norm stellen werden oder stellen könnten; vgl. *mutatis mutandis* Venedig-Kommission (aaO 46):

“A clear disadvantage of *a priori* constitutional control by the Constitutional Court is that the Court has to decide without the benefit of knowing how that law is applied in practice. Often, unconstitutionality only becomes apparent through the practice of administrative and judicial organs. Conversely, the ordinary judiciary may have ‘dealt’ with a possibly unconstitutional law by interpreting it in a constitutional way.”

The strongest argument against a wide use of *a priori* Constitutional review again lies in the possibility that an unconstitutionality of a law may arise through the practice of state organs, and this even in cases where the Constitutional Court had already been called upon to decide on the constitutionality of the law in abstract *a priori* proceedings.”

Art. 31 Abs. 3 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge, BGBl. Nr. 40/1980, sieht vor, dass für die Auslegung eines Staatsvertrages jede spätere Übung bei der Anwendung dieses Staatsvertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, zu berücksichtigen ist. Der späteren Übung („Subsequent Practice“) kommt daher bei Auslegung von Staatsverträgen besondere und erheblich stärkere Bedeutung zu, als dies etwa bei Gesetzen und Verordnungen der Fall ist.

Es scheint daher zweckmäßig zu sein, die präventive Staatsvertragsprüfung umfänglich auf die im Antrag geltend gemachten Bedenken zu beschränken (wobei diese Bedenken im Antrag im Einzelnen darzulegen wären). Eine solche Beschränkung des Prüfungsumfangs – so wie sie für die Staatsvertragsprüfung bereits derzeit gilt – könnte zudem der Gefahr einer allfälligen Überlastung des Verfassungsgerichtshofes vorbeugen.

Ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem dieser feststellt, dass ein bestimmter Staatsvertrag nicht rechtswidrig (insbesondere verfassungswidrig) ist, würde zwar eine neuerliche Prüfung dieses Staatsvertrags aus denselben Gründen ausschließen; der Verfassungsgerichtshof könnte jedoch in einem späteren Verfahren feststellen, dass der (in weiterer Folge abgeschlossene) Staatsvertrag aus anderen Gründen rechtswidrig (insbesondere verfassungswidrig) ist. Dies macht zugleich deutlich, dass sich eine potenziell völkerrechtswidrige innerstaatliche Rechtslage auch durch eine präventive Staatsvertragsprüfung nicht restlos vermeiden lässt.

d) Verzögerungen des Abschlusses von Staatsverträgen

Um den Abschluss von Staatsverträgen nicht zu verzögern, müssten Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass ein Staatsvertrag vor seinem Abschluss nicht öfter als einmal beim Verfassungsgerichtshof angefochten werden kann, allenfalls auch dadurch, dass dieser innerhalb einer bestimmten Frist zu entscheiden hat.

7. Zusammenfassung

Die Einführung einer präventiven Normenkontrolle wird von der Venedig-Kommission nicht empfohlen.

Eine präventive Normenkontrolle durch ein Verfassungsgericht ist aus rechtsvergleichender Sicht unüblich. Eine präventive Staatsvertragsprüfung ist vor allem in jenen Rechtsordnungen vorgesehen, in denen die Normenkontrolle durch das Verfassungsgericht allgemein – also auch in Bezug auf Gesetze – präventiv ausgestaltet ist; eine präventive Normenkontrolle nur von Staatsverträgen (und nicht auch von Gesetzen) ist dagegen unüblich.

Auch im Österreich-Konvent wurde die Einführung einer präventiven Normenkontrolle (hier: Staatsvertragsprüfung) durch den Verfassungsgerichtshof nicht beraten oder vorgeschlagen.

Die Erfahrungen, die mit der (nachträglichen) Prüfung von Staatsverträgen durch den Verfassungsgerichtshof seit ihrer Einführung durch die B-VG-Novelle 1964 gemacht wurden, sprechen eher gegen ein dringendes praktisches Bedürfnis nach einer präventiven Staatsvertragsprüfung. Völkerrechtliche Folgeprobleme, die daraus resultierten, dass ein Staatsvertrag erst nach seinem Abschluss vom Verfassungsgerichtshof auf seine Rechtmäßigkeit (insbesondere seine Verfassungsmäßigkeit) überprüft werden konnte, sind bisher nämlich nicht aufgetreten.

Gegen die Einführung einer präventiven Staatsvertragsprüfung durch den Verfassungsgerichtshof spricht schließlich auch die Überlegung, dass dadurch das Verhältnis der obersten Staatsorgane zueinander wesentlich geändert werden würde.

Sollte dessen ungeachtet ein politisches Bedürfnis nach Einführung einer präventiven Staatsvertragsprüfung als vorhanden erachtet werden, wird Folgendes empfohlen:

- Anfechtungslegitimiert sollten (bei gesetzeskoordinierten Staatsverträgen) eine Landesregierung, ein Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder ein Drittel der Mitglieder des Bundesrates sein (nicht jedoch Einzelpersonen).
- Gegenstand der Staatsvertragsprüfung sollte ein ausverhandelter Text des Staatsvertrags sein; der Zeitpunkt der Anfechtung müsste also vor dem Abschluss des Staatsvertrags liegen. Bei gesetzeskoordinierten Staatsverträgen könnte die Antragstellung etwa aus Anlass des Beschlusses des Nationalrates, den Abschluss des Staatsvertrags zu genehmigen, erfolgen.
- Der Verfassungsgerichtshof sollte auf die Prüfung der im Antrag geltend gemachten Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit (insbesondere die Verfassungsmäßigkeit) des Staatsvertrags beschränkt sein. Diese wären im Antrag im Einzelnen darzulegen.
- Verzögerungen des Abschlusses von Staatsverträgen sollten durch entsprechende logistische Vorkehrungen vermieden werden.

24. März 2017
Für den Bundesminister
für Kunst und Kultur, Verfassung und Medien
HESSE