Dr. Christoph BEZEMEK
Wirtschaftsuniversität Wien (IOER)

Die „Gesetzesbeschwerde“

Das Modell nach dem Vorschlag der Expertengruppe

Gemäß Art 139 Abs 1 Z 2 und Art 140 Abs 1 Z 2 des Entwurfs der Expertengruppe erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen (die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen) auf Antrag einer Partei des Verfahrens eines letztinstanzlichen Gerichtes, deren Anregung, einen Antrag auf Aufhebung eines verfassungswidrigen Gesetzes (einer gesetzwidrigen Verordnung) zu stellen, nicht entsprochen wurde und die durch die Entscheidung des Gerichtes wegen Anwendung des Gesetzes (der Verordnung) in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet. Gleiches soll gemäß Art 139a des Entwurfs für die Gesetzwidrigkeit von Kundmachungen über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages) gelten.

Problemstellungen nach der geltenden Rechtslage

Die Einführung dieses als „Gesetzesbeschwerde“ bezeichneten Instituts ist dabei als Reaktion auf konkrete Problemlagen zu verstehen:

Ist nach der geltenden Rechtslage ein gerichtliches Verfahren anhängig, steht einem Betroffenen, der Bedenken gegen die Anwendung einer generellen Norm auf Grund ihrer allfälligen Rechtswidrigkeit hegt, die Möglichkeit offen, die Einleitung eines Gesetzprüfungsverfahrens „anzuregen“.[1] Teilt das zuständige Gericht – vereinfacht gesagt – diese Bedenken, hat es gemäß Art 89 Abs 2 B-VG einen Antrag auf Aufhebung der generellen Norm beim VfGH zu stellen.[2] Das Gericht ist in einer solchen Konstellation zur Antragstellung verpflichtet.[3] Auf Grund der bloßen Anregungsmöglichkeit steht der Partei jedoch kein Weg offen, einen solchen Antrag zu erzwingen.[4]

Dieses System ist seiner Konzeption nach durchaus kohärent. Idealtypisch betrachtet, sollten somit berücksichtigungswürdige Bedenken nicht unbeachtet bleiben. Möglichen Rechtsschutzlücken wird auf dem Weg des Individualantrags begegnet.

Die Rechtsrealität belegt jedoch die Problematik dieses Ansatzes,[5] die in Einzelfällen in Gestalt weit reichender Auffassungsunterschiede zwischen OGH und VfGH in

1 Vgl aber noch SZ 28/157 und die darauf bezogenen Bedenken bei *Piegler*, Die 27 Verfassungsgerichte der Republik Österreich, RZ 1975, 172 und bei *Haller*, Die Neuregelung des Antragsrechts der Gerichte zur Gesetzesprüfung, RZ 1976, 90 (91 FN 12).

2 Art 89 Abs 2 B-VG unterscheidet sich in diesem Bezug somit deutlich von Art 100 Abs 1 GG, wonach das vorliegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit der Norm überzeugt sein muss – vgl BVerfGE 78, 104 (107) oder BVerfGE 86, 52 (57) sowie die weiteren Nachweise bei *Pieroth*, Art. 100 in Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland[9] (2007) Rn 10 und *Dollinger*, § 80 BVerfGG in Umbach/Clemens/Dollinger (Hg), Bundesverfassungsgerichtsgesetz[2] (2005) Rn 53ff. Semantisch ist jedoch in Bezug auf die österreichische Rechtslage nicht vollumfänglich einsichtig, warum die Gerichte im Fall bloßer „Zweifel“ an der Übereinstimmung des Rechtsaktes mit der übergeordneten Norm unbedingt einen Antrag auf „Aufhebung“ und nicht einen solchen auf „Prüfung“ zu stellen haben.

3 Vgl für die StRsp VfSlg 8552/1979, 9394/1982, 11.480/1087 oder 15.861/2000 OGH SZ 66/97 sowie OGH, 27.02.2003, 8 Ob A 14/03x sowie die Ausführungen bei *Gerlach/Somek*, Die Prüfungsbefugnisse der Zivilgerichte gem Art 89 Abs 2 B-VG, ÖJZ 2002, 441 (444).

4 Vgl etwa EvBl 1996/87, 1999/69 sowie aus der jüngeren Jud OGH, 02.06.2006, 4 Ob 88/06d.

5 Vgl mit dieser Kritik etwa *Korinek*, Für eine umfassende Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts in: FS Koja (1998) 289 (294).

Bezug auf die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit einer Norm zu Tage tritt.[6]

Unterschiede im verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz

Bekanntlich ist die Situation in Bezug auf Verfahren vor Verwaltungsbehörden anders; kann doch der Bescheid einer Verwaltungsbehörde letzter Instanz, ein solcher Rechtsakt des UVS oder anderer gerichtsäquivalenter Sonderbehörden, wenn eine Rechtsverletzung durch die Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm behauptet wird, im Rahmen einer Bescheidbeschwerde gem Art 144 B-VG vor dem VfGH angefochten werden.

Zielsetzung der „Gesetzesbeschwerde"

Mit der Gesetzesbeschwerde soll der dargestellten Problemstellung entgegengewirkt und eine Brücke hinsichtlich des unterschiedlich ausgestalteten Rechtsschutzes in Verwaltung und ordentlicher Gerichtsbarkeit geschlagen werden. Dies jedoch nur insoweit, als, formal betrachtet, auch gemäß dem Vorschlag der Expertengruppe nur Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der Überprüfung durch den VfGH unterliegen; ist doch die Gesetzesbeschwerde nicht gegen die Entscheidung, sondern gegen die der Entscheidung zu Grunde liegende Norm gerichtet.

6 Vgl nur die Entscheidung des OGH vom 16.12.1992, 9 Ob S 20/92 = WBl 1993,158, in der sich der OGH „nicht veranlasst [sah], auf die Anregung des Revisionswerbers, einen Antrag auf Aufhebung des § 25 KO beim Verfassungsgerichtshof zu stellen, einzugehen". Der VfGH hatte bereits 13 Tage zuvor die amtswegige Prüfung der Norm eingeleitet (VfGH 03.12.1992, G 15, 16/93) und die Bestimmung schließlich sieben Monate später aufgehoben (VfSlg 13.498/1993). Vgl zum Gesetzprüfungsverfahren bereits *Grießler*, RdW 1993, 112 sowie *Gerlach/Somek* (FN 3) 443 FN 16.

Elemente des vorgeschlagenen Modells

Die im Vorschlag der Expertengruppe normierten Anforderungen sind dabei von mehreren (interdependenten) Elementen geprägt:[7]

Partei

Mit dem Begriff der Partei weicht die vorgeschlagene Fassung der Gesetzesbeschwerde sowohl vom Individualantrag als auch von den im Rahmen des Konvents ausgearbeiteten Entwürfen,[8] die jeweils vom Terminus „Person" Gebrauch machen, ab. Der Konventsentwurf wollte mit dem Begriff der „Person" eine Verwischung zwischen abstrakter und konkreter Normenkontrolle ausschließen, dergestalt, dass auch Amtsparteien von der Gesetzesbeschwerde Gebrauch machen können. Indes treffen diese Bedenken auf Basis des von der Expertengruppe unterbreiteten Vorschlages nicht zu, da – jedenfalls nach der Jud des VfGH – der Amtspartei nicht die Behauptung einer Rechtsverletzung zukommen kann.[9]

7 Der Entwurf der Expertengruppe weicht – wie noch zu zeigen sein wird – an mehreren Stellen von dem im Konvent vorgestellten Modell (vgl hiezu die Ausführungen der Konventsmitglieder *Jabloner/Grabenwarter/Rzeszut* (609/AVORL-K) idF vom 28.09.2004, Die Gesetzesbeschwerde als systematische Fortentwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit) ab, weist jedoch starke Ähnlichkeit mit der von *Jabloner*, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161 (168), vorgeschlagenen Fassung auf.

8 Vgl hiezu *Jabloner/Grabenwarter/Rzeszut*, (FN 7) sowie Teil III des Abschlussberichts (1/ENDB-K XXII. GP NR 207).

9 Vgl im konkreten Zusammenhang insb VfSlg 17.220/2004 sowie die Anmerkungen bei *Schulev-Steindl*, RdU 2004, 148 (151f) und die krit Ausführungen zum zitierten Erkenntnis bei *Thallinger*, Subjektive Rechte und die Beschwerdelegitimation des Umweltanwalts vor dem VfGH, ZfV 2004, 607 (615f). Vgl zu diesem Problemkomplex weiters *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte im öffentlichen Interesse, JRP 2004, 128 sowie für die Jud VfSlg 13.429/1993, 13.722/1994, 14.575/1996 und 15.079/1998. Der Konventsentwurf sah die Wendung „in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet" nicht vor; vielmehr sollte sich die notwendige Betroffenheit des Beschwerdeführers aus der Geltendmachung sub-

Anregung

Auch die Gesetzesbeschwerde geht nicht von der Einführung eines Antragsrechts der Partei hinsichtlich der Einleitung eines Normenkontrollverfahrens durch das Gericht aus; vielmehr bleibt auch nach dem Entwurf bloß die Möglichkeit, ein solches Vorgehen „anzuregen". Der Anregung der Partei, einen Antrag gemäß Art 139 Abs 1 Z 1 bzw Art 140 Abs 1 Z 1 zu stellen, ist – legt man eine teleologische Betrachtung zu Grunde – nicht bereits dann, wenn das Gericht an sich einen Aufhebungsantrag stellt, sondern erst in jenem Fall Genüge getan, in dem im Rahmen eines solchen Antrages die von der Partei des Verfahrens geäußerten Bedenken vollumfänglich aufgegriffen wurden. Dies ergibt sich mE nicht bloß aus der Wendung „entsprochen worden ist", die schon als solche auf die Notwendigkeit der Kongruenz zwischen Anregung und Antrag hinweist, sondern insb aus der Antragsgebundenheit des Normkontrollverfahrens. Hat sich der VfGH doch auf die Erörterung der aufgeworfenen Bedenken zu beschränken und ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtenen Bestimmungen aus den in der Begründung der Anträge dargelegten Gründen verfassungswidrig sind.[10] Wäre das Recht, einen Subsidiarantrag zu stellen, bereits dann konsumiert, wenn das Gericht zwar die Aufhebung der Norm beantragt, dabei aber andere Gründe anführt als von der Partei vorgetragen wurden, würde die mit der Einrichtung des Subsidiarantrags verfolgte Zielsetzung in derartigen Konstellationen unterlaufen.

jektiver Rechte im (verwaltungs)gerichtlichen Verfahren ergeben – vgl *Jabloner/Grabenwarter/Rzeszut* (FN 7) 8.

10 Vgl hiezu statt aller *Schäffer*, Art 140 B-VG in Rill/Schäffer (Hg), Bundesverfassungsrecht, Rn 56 sowie für die stRsp VfSlg 12592/1990, 12691/1991, 12947/1991, 13471/1993, 13704/1994, 14466/1996 und 15.193/1998.

Letztinstanzliches Gericht

Um von der Gesetzesbeschwerde Gebrauch machen zu können, ist die Ausschöpfung des Instanzenzuges erforderlich.[11] Das „letztinstanzliche Gericht" ist dabei im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit (etwa in Fällen der absolut unzulässigen Revision gemäß § 502 Abs 2 ZPO)[12] nicht zwingend mit dem OGH gleichzusetzen.

Für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist jedoch die Anrufung des VwGH zu fordern;[13] kann der Begriff des letztinstanzlichen Gerichts doch nicht isoliert von der Normenprüfungsantragsbefugnis betrachtet werden; er korrespondiert dergestalt mit der Anregungsmöglichkeit der Partei des Verfahrens, die – pauschal formuliert – im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch vor dem VwGH besteht.[14]

11 Auch in diesem Punkt unterscheidet sich der vorliegende Entwurf eines Subsidiarantrags von der im Konvent diskutierten Variante, nach der ein solcher Antrag bereits dann zulässig sein sollte, wenn ein „antragsberechtigtes ‚Gericht' befasst war" – vgl *Jabloner/Grabenwarter/Rzeszut* (FN 7) 7.

12 Vgl hiezu statt aller *Zechner*, § 502 ZPO in: Fasching (Hg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen² 4/1 (2005) Rn 170ff.

13 Auch die Erläuterungen (18) zum vorliegenden Entwurf gehen von der Qualifikation des VwGH als „letztinstanzliches Gericht" aus. Vgl mit ebendieser Auffassung die Stellungnahme des Präsidiums des VwGH zur Staatsreform (Zl. 1800/6-Präs/2007), 41.

14 Man kann jedoch in Frage stellen, ob der VwGH etwa im Falle der Ablehnung der Behandlung einer Beschwerde auf Grund der geringen Höhe der Geldstrafe im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens (gem § 33a VwGG Geldstrafe bis zu € 750,-; vgl hiezu näher *Müller*, Der Verwaltungsgerichtshof in Machacek (Hg), Verfahren vor dem VfGH und VwGH5, 177 [227]) die präsumtiv rechtswidrige generelle Norm iSv Art 139 Abs 1 Z 2 bzw Art 140 Abs 1 Z 2 „anwendet".

Behauptete Verletzung der Rechte des Antragstellers wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm

In Bezug auf die geforderte Behauptung der Verletzung der Rechte des Antragstellers durch die Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm sind die Vorbilder aus der geltenden Rechtslage – insb in Gestalt der Bescheidbeschwerde gem Art 144 B-VG – unschwer zu erkennen. Die diesbezüglich in der Judikatur des VfGH entwickelten Grundsätze sind auch auf die Gesetzesbeschwerde zu übertragen. Somit ist anzunehmen, dass eine Beschwerdebehauptung nur dann zur Erhebung einer Gesetzesbeschwerde legitimiert, wenn die behauptete Rechtsverletzung überhaupt möglich ist,[15] oder maW: wenn die behauptete Rechtsverletzung „nicht von vornherein ausgeschlossen" ist.[16] Bei den verletzten Rechten muss es sich auf Basis der Jud des VfGH nicht um verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte handeln.

Ablehnungsmöglichkeit

Nach dem Entwurf steht dem VfGH die Möglichkeit offen, die Behandlung einer Gesetzesbeschwerde abzulehnen, wenn sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Diese – wiederum am Modell der Bescheidbeschwerde orientierte – Möglichkeit einer inhaltlichen Vorabeinschätzung der Erfolgsaussichten eines Antrages ist aus prozessökonomischen Gesichtspunkten zu begrüßen. Hingewiesen sei an dieser Stelle überdies auf die – strukturell konsequente – Ausdehnung dieser Ablehnungsmöglichkeit auf Individualanträge, mit der einem lange gehegten Wunsch des VfGH nachgekommen wird.[17]

15 VfSlg 2386, 5038, 14.932, 15.666.

16 VfSlg 14.360.

17 Siehe nur *Korinek* (FN 5) 297.

Fazit

Zusammenfassend betrachtet, stellt die Gesetzesbeschwerde eine konsequente Reaktion auf jene Problemstellungen dar, die im Zusammenspiel zwischen Gerichtsbarkeit und VfGH im Bereich der konkreten Normenkontrolle zu Tage treten. Bedingt durch die Mediatisierungswirkung des gerichtlichen Verfahrens und die Notwendigkeit der Verletzung von Rechten des Antragstellers ist sie nicht als *actio popularis*, sondern als Weiterentwicklung des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes zu begreifen, die eng an der Ausgestaltung der Bescheidbeschwerde orientiert ist. In Bezug auf ebendieses Verhältnis zwischen Gesetzesbeschwerde und Beschwerde gemäß Art 144 B-VG bleiben jedoch Fragen offen:

Ist der VwGH als letztinstanzliches Gericht im Sinne des Entwurfs anzusehen, ist man unweigerlich mit wenig wünschenswerten prozessualen Doppelgleisigkeiten konfrontiert.[18] So steht es dem Beschwerdeführer doch jedenfalls offen, sich bereits gemäß Art 144 B-VG gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts wegen der Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm zu wenden, was die Anrufung des VwGH samt Anregung eines Normenkontrollverfahrens und eine darauf folgende Gesetzesbeschwerde (mit der letztlich dasselbe Ergebnis erreichet würde) aus Sicht des Beschwerdeführers überflüssig machen würde.[19] [20] Weit eher systemkonform

18 Vgl hiezu auch die Anmerkungen bei *Korinek* anlässlich der Eröffnung des Verfassungstages 2007 (http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-ste/attachments/1/6/4/CH0003/CMS1191247874074/eroeffnung_verfassungstag_2007.pdf [30.10.2007]) 2.

19 Damit würde letztlich eine Zwischenschaltung des VfGH bezweckt, die *Korinek*, Überlegungen zu einer Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts in: Holoubek/Lang (Hg), Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1999) 413 (424) als „kaum [...] ernsthafte Möglichkeit" qualifiziert hat.

würde es erscheinen, fokussierte man die Möglichkeit, Bedenken gegen die einer Entscheidung zu Grunde liegende generelle Norm zu erheben, allein auf die Gesetzesbeschwerde.[21] Selbstverständlich liegen die Gegenargumente zu einer solchen Position auf der Hand: Zu denken ist nur an dadurch bedingte Verfahrensverlängerungen. Diesem Problem könnte aber auf legislativer Ebene (etwa in Form einer Wahlmöglichkeit der Parteien) angemessen begegnet werden. Auch kann angedacht werden, vom Erfordernis einer „letztinstanzlichen" gerichtlichen Entscheidung abzurücken, somit die Möglichkeit vom Subsidiarantrag Gebrauch zu machen, an die gerichtliche Antrags- und damit auch an die Anregungsmöglichkeit zu koppeln, womit aber wiederum – auch dies sei nicht vernachlässigt – die Abschwächung der Mediatisierungswirkung des gerichtlichen Verfahrens (und wohl auch entsprechende verfahrensrechtliche Problemstellungen) in Kauf genommen würde.

Auch die Möglichkeit, das „Pferd gleichsam von hinten aufzuzäumen" und Entscheidungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und des VwGH, wird die Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm behauptet, einer formellen Überprüfung durch den VfGH zugänglich zu machen, soll in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben. Freilich ist dies ein Themenbereich, der kaum einer rein rechtswissenschaftlichen Lösung zugänglich ist.

20 Für eine Bündelung der Beschwerden gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte vor dem VwGH N. *Raschauer*, JRP 2007 311 (320).

21 So auch *Jabloner* (FN 7) 168, der in der von ihm vorgeschlagenen Konzeption des Subsidiarantrages in diesem Institut einen Ersatz für den dann nicht mehr bestehenden zweiten Fall des Art 144 Abs 1 B-VG erblickt. Eine derartige Konzeption ist auch im Regierungsprogramm für die XXIII. GP, 23 vorgesehen. Freilich ist darauf hinzuweisen, dass mit einem derartigen Ansatz insgesamt eine Modifikation der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH einhergeht.

Dr. Reinhard KLAUSHOFER
Universität Salzburg,
Fachbereich Öffentliches Recht*

Justizanwalt (JA)

I. Einleitung

Zu aller erst darf ich mich bei den Veranstaltern herzlich für die Einladung bedanken. Nicht nur Insider wissen, dass es eine ehrenvolle Aufgabe ist, bei einer Tagung der ÖJK programmierte und nicht bloß erkämpfte Redezeit eingeräumt zu bekommen.

Bedanken möchte ich mich auch für die Aufgabenstellung, die offensichtlich auf den heranwachsenden Wissenschafter abgestimmt ist. Ich soll die Diskussion zum Justizanwalt einleiten; mein Auftrag besteht also nicht darin Fragen zu beantworten und dadurch die Diskussion vorweg zu nehmen. Ich muss deshalb auch keine Alternativvorschläge erstatten, sondern lediglich Problemstellungen aufwerfen, mehr wäre in fünf Minuten auch beim besten Willen nicht möglich. Das ist eine sehr angenehme Position, die ich streng befolgen will.

Verfolgt man die öffentliche Diskussion um die so genannte Staatsreform, könnte man den Eindruck gewinnen, die Expertengruppe hätte nur den JA und sonst keine Neuerungen vorgeschlagen. Die Auseinandersetzun-

* Um Fußnoten und wenige Ergänzungen erweiterte Fassung einer Diskussionseinleitung im Rahmen der Herbsttagung der ÖJK in Wien, gehalten am 16.10.2007. Der Vortragsstil wurde beibehalten. Siehe zu den angedeuteten Problembereichen im Einzelnen Reinhard *Klaushofer*, Justizanwalt, JRP 2007, 341.

Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat

Band 31

Staatsreform

16. Oktober 2007
Wien

Herausgeber

Österreichische Juristenkommission

Sektion der Internationalen Juristenkommission, Genf

ex lib
CE

ÖJK

nw
neuer wissenschaftlicher Verlag
Recht

Wien · Graz 2008

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0491-5
Neuer Wissenschaftlicher Verlag GmbH Nfg KG
Argentinierstraße 42/6, A-1040 Wien
Tel.: ++43 1 535 61 03-24, Fax: ++43 1 535 61 03-25
E-Mail: office@nwv.at

Geidorfgürtel 20, A-8010 Graz
E-Mail: office@nwv.at

www.nwv.at

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2008

Druck: Alwa & Deil, Wien
E-Mail: office@alwa-deil.at

Inhaltsverzeichnis

Begrüßung 5

SektChef Univ.-Prof. Dr. Gerhart HOLZINGER
Mitglied der Verfassungsgerichtshofes,
Präsident der Österreichischen Juristenkommission

Staatsreform – Das erste Paket 9

SL Univ.-Prof. Dr. Georg LIENBACHER
Vorsitzender der Expertengruppe Staatsreform,
Mitglied der Österreichischen Juristenkommission

Diskussion 57

Dr. Iris EISENBERGER
Universität Wien
Besetzung der Verwaltungsgerichte 58

Dr. Christoph BEZEMEK
Wirtschaftsuniversität Wien (IOER)
Die „Gesetzesbeschwerde“ 64

Dr. Reinhard KLAUSHOFER
Universität Salzburg,
Fachbereich Öffentliches Recht
Justizanwalt (JA) 73

Schlusswort 111

SektChef Univ.-Prof. Dr. Gerhart HOLZINGER
Mitglied der Verfassungsgerichtshofes,
Präsident der Österreichischen Juristenkommission