

An Frau  
Bundesministerin  
Gabriele Heinisch-Hosek  
Bundeskanzleramt  
Minoritenplatz 3  
1014 Wien



Sehr geehrte Frau Bundesministerin,

im Zusammenhang mit der politischen Einigung über die Einführung der Landes- und Bundesverwaltungsgerichte wurde zwischen den Parlamentsparteien offenbar auch ein 5-Parteien-Entschließungsantrag über die Einführung der Individualbeschwerde in gerichtlichen Zivil- und Strafverfahren beim Verfassungsgerichtshof gefasst.

Die Standesvertretung der Richter und Staatsanwälte lehnt dieses Instrument strikt ab. Zur Begründung darf ich auf die angeschlossenen gutachterlichen Stellungnahmen des Obersten Gerichtshofes verweisen. Diesen Ausführungen schließt sich die Standesvertretung vollinhaltlich an.

Mit respektvollen Grüßen

Mag. Werner Zinkl  
Präsident

Dr. Klaus Schröder  
Vorsitzender

Beilagen: Alternativen zur Gesetzesbeschwerde – Diskussionspapier  
Die Gesetzesbeschwerde aus Sicht des Obersten Gerichtshofs

# Alternativen zur Gesetzesbeschwerde – Diskussionspapier

Univ.-Prof. Dr. Georg E. Kodek, LL.M.

## 1. Die Konzeption der Höchstgerichte durch das B-VG

Das B-VG sieht nicht ein einziges Höchstgericht, sondern **drei gleichrangige höchste Instanzen** vor. Damit bestimmt das Verfassungsrecht auch zwischen den Höchstgerichten eine Art „**Gewaltentrennung**“.<sup>1</sup> Während der OGH im Wesentlichen für den Bereich des Zivil- und Strafrechts zuständig ist, fällt der Bereich des Verwaltungsrechts in die Zuständigkeit des VwGH und jener des Verfassungsrechts in die Zuständigkeit des VfGH. Eine Anfechtbarkeit gerichtlicher Akte vor dem VfGH wurde jedoch im B-VG bisher bewusst nicht vorgesehen. Der Grund dafür lag darin, dass man eine relevante Bedrohung der verfassungsrechtlichen Position des Einzelnen durch Akte der Gerichtsbarkeit nicht als gegeben angenommen hat.<sup>2</sup> Dieser Einschätzung ist der Oberste Gerichtshof durch rund 162 Jahre immer und im Wesentlichen unbeanstandet gerecht geworden.

Ein Abgehen von diesem Grundkonsens würde den Nachweis erfordern, dass die seinerzeitige Einschätzung des Rechtsschutzniveaus im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht (mehr) zutrifft. Hiefür bedürfte es jedoch seriöser empirischer Daten über Anzahl und Ausmaß angeblicher Grundrechtsverletzungen durch die ordentlichen Gerichte. Der empirische Befund zeigt vielmehr, dass Entscheidungen der ordentlichen Gerichte kaum zu Beanstandungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Anlass gegeben haben.

Für Bestrebungen, den Grundrechtsschutz beim VfGH gewissermaßen „monopolisieren“ zu wollen, besteht nicht der geringste Anlass. Allerdings besteht – wie zu zeigen sein wird – Raum für eine systemkonforme **Verfeinerung des Rechtsschutzes innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit.**

## 2. Problemstellung

In Zivilsachen begründen *stichhaltige* Bedenken gegen die Verfassungskonformität eines Gesetzes eine erhebliche Rechtsfrage, die die Anrufung des OGH rechtfertigt. In Strafsachen anerkennt die Rechtsprechung ein subjektives Recht, den OGH wegen unterlassener

---

<sup>1</sup> Klecatsky, Die Beseitigung von Widersprüchen in Entscheidungen der Höchstgerichte, ÖJZ 1962, 365 (367). Vgl zum Folgenden auch Kodek, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2008/25 (221).

<sup>2</sup> Walter, Die Funktion der höchsten Instanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58 (62); Barth, Ist die Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen? RZ 2001, 148.

Normanfechtung durch Rechtsmittelgericht anzurufen<sup>3</sup>. Damit ist in Strafsachen sichergestellt, dass die Frage der Notwendigkeit der Anfechtung eines Gesetzes oder einer Verordnung stets an den OGH herangetragen werden kann.

Hingegen kann in Zivilsachen der **OGH nicht in allen Fällen angerufen** werden, weil hier zahlreiche – vor allem streitwertabhängige – **Rechtsmittelbeschränkungen** bestehen. Um sicherzustellen, dass der OGH immer befasst werden kann, wenn eine Partei die Gesetzswidrigkeit einer Verordnung bzw die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend macht, wäre zu erwägen, für diese Fälle eine **Ausnahme von bestehenden Rechtsmittelbeschränkungen** vorzusehen.

### 3. Lösungsvorschlag

#### a) Einfügung eines neuen § 502 Abs 5 Z 5 ZPO:

*„5. für Verfahren, in denen eine Partei die Gesetzswidrigkeit einer Verordnung (Art 139a B-VG), die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes (Art 140 B-VG) oder die Rechtswidrigkeit eines Staatsvertrages (Art 140a B-VG) geltend macht, sofern die Partei diesen Einwand bereits in der Berufung bzw Berufungsbeantwortung erhoben hat.“*

#### b) Einfügung eines neuen § 528 Abs 2b ZPO:

*„Abs 2 ist auf Verfahren nicht anzuwenden, in denen eine Partei die Gesetzswidrigkeit einer Verordnung (Art 139a B-VG), die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes (Art 140 B-VG) oder die Rechtswidrigkeit eines Staatsvertrages (Art 140a B-VG) geltend macht, sofern die Partei diesen Einwand bereits im Rekurs bzw in der Rekursbeantwortung erhoben hat.“*

#### c) Novellierung des § 62 Abs 4 AußStrG:

„Der Abs 3 gilt nicht,

1. soweit der Entscheidungsgegenstand nicht rein vermögensrechtlicher Natur ist;
2. für Verfahren in denen eine Partei die Gesetzswidrigkeit einer Verordnung (Art 139a B-VG), die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes (Art 140 B-VG) oder die Rechtswidrigkeit eines Staatsvertrages (Art 140a B-VG) geltend macht, sofern die Partei diesen Einwand bereits im Rekurs bzw in der Rekursbeantwortung erhoben hat.“

---

<sup>3</sup> 13 Os 173/08b, EvBl-LS 2009/63, 380; idS auch 11 Os 21/10p, 58/10d, EvBl 2010/122, 824; vgl auch 12 Os 57/11s, EvBl 2012/13, 82.

#### **4. Erläuterung**

Durch die vorgeschlagenen Änderungen würde sichergestellt werden, dass der OGH immer befasst werden kann, wenn eine Partei die Gesetzwidrigkeit einer Verordnung bzw die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend macht. Dies kann durch eine Änderung auf einfachgesetzlicher Ebene erfolgen. Die Reform stellt sicher, dass der **OGH als höchstes Organ der Zivilgerichtsbarkeit** in allen Verfahren **überprüfen** kann, **ob eine Befassung des VfGH erforderlich ist** oder nicht. Diese Regelung ist systemkonformer, rascher und kostengünstiger als die Einführung einer direkten Anrufbarkeit des VfGH durch die Parteien im Gerichtsverfahren.

Durch die vorgeschlagenen Änderungen wird sichergestellt, dass auch bei Nichtzulassung eines Rechtsmittels durch die zweite Instanz **der OGH immer** mit einer **außerordentlichen Revision** (außerordentlichem Revisionsrekurs) angerufen werden kann.

Zur **Vermeidung von Verfahrensverzögerungen** ist dabei allerdings vorzusehen, dass die Partei den Einwand der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes bzw der Gesetzwidrigkeit einer Verordnung bereits in zweiter Instanz (erfolglos) geltend gemacht hat. Vor einer mutwilligen Anrufung des OGH schützen die bestehenden Regelungen über Mutwillensstrafen (§§ 512, 528 Abs 3 Satz 2 ZPO).

# Die Gesetzesbeschwerde aus Sicht des Obersten Gerichtshofs

## 1. Einleitung

Derzeit wird wieder – wie schon mehrfach in der Vergangenheit – diskutiert, auch gegen Gerichtsentscheidungen eine sog **Gesetzesbeschwerde** einzuführen, die gegen Gerichtsentscheidungen die Anrufung des VfGH dann ermöglichen soll, wenn diese Entscheidung auf der Anwendung einer verfassungswidrigen generellen Norm beruht. Diese Vorschläge sind aus Sicht des Obersten Gerichtshofs abzulehnen; für eine derartige Maßnahme besteht **keinerlei Notwendigkeit**.

## 2. Die Konzeption der Höchstgerichte durch das B-VG

Das B-VG sieht nicht ein einziges Höchstgericht, sondern **drei gleichrangige höchste Instanzen** vor. Damit bestimmt das Verfassungsrecht auch zwischen den Höchstgerichten eine Art "**Gewaltentrennung**".<sup>1</sup> Während der OGH im Wesentlichen für den Bereich des Zivil- und Strafrechts zuständig ist, fällt der Bereich des Verwaltungsrechts in die Zuständigkeit des VwGH und jener des Verfassungsrechts in die Zuständigkeit des VfGH. Eine Anfechtbarkeit gerichtlicher Akte vor dem VfGH wurde jedoch im B-VG bisher bewusst nicht vorgesehen. Der Grund dafür lag darin, dass man eine relevante Bedrohung der verfassungsrechtlichen Position des Einzelnen durch Akte der Gerichtsbarkeit nicht als gegeben angenommen hat.<sup>2</sup> Dieser Einschätzung ist der Oberste Gerichtshof nun durch rund 162 Jahre immer und im Wesentlichen unbeanstandet gerecht geworden.

Ein Abgehen von diesem seinerzeitigen Grundkonsens würde den Nachweis erfordern, dass die seinerzeitige Einschätzung des Rechtsschutzniveaus im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht (mehr) zutrifft. Hiefür bedürfte es jedoch seriöser empirischer Daten über Anzahl und Ausmaß angeblicher Grundrechtsverletzungen durch die ordentlichen Gerichte. Der empirische Befund zeigt jedoch, dass Entscheidungen der ordentlichen Gerichte kaum zu Beanstandungen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Anlass geben haben. Es besteht daher keinerlei Bedarf nach einer Änderung der derzeitigen Rechtslage. Im Übrigen wird auch im öffentlich-rechtlichen Schrifttum eine Kognition des

---

<sup>1</sup> *Klecatsky*, Die Beseitigung von Widersprüchen in Entscheidungen der Höchstgerichte, ÖJZ 1962, 365 (367). Vgl zum Folgenden auch *Kodek*, Die Wahrung von Grundrechten durch die Gerichtsbarkeit, ÖJZ 2008/25 (221)

<sup>2</sup> *Walter*, Die Funktion der höchsten Instanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58 (62); *Barth*, Ist die Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen? RZ 2001, 148.

VfGH im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit vielfach als traditionswidrig, aber auch als überflüssig angesehen.<sup>3</sup>

### 3. Funktionieren des derzeitigen Systems

Nach Art 89 B-VG sind bei Bedenken gegen die Gesetzeskonformität von Verordnungen alle Gerichte, bei Bedenken gegen die Verfassungskonformität von Gesetzen alle zweitinstanzlichen Gerichte zur **Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens verpflichtet**. In Zivilsachen begründen stichhaltige Bedenken gegen die Verfassungskonformität eines Gesetzes eine erhebliche Rechtsfrage, die die Anrufung des OGH rechtfertigt. In Strafsachen anerkennt die Rechtsprechung ein subjektives Recht, den OGH wegen unterlassener Normanfechtung durch Rechtsmittelgerichte anzurufen<sup>4</sup>.

Von den Gerichten wurden und werden in erheblichem Ausmaß Gesetzesprüfungsanträge an den VfGH gestellt, denen jedoch nur in relativ wenigen Fällen Erfolg beschieden ist;<sup>5</sup> Die ordentlichen Gerichte nehmen somit den Auftrag des B-VG durchaus ernst und stellen in jedem nicht offenkundig aussichtslosen Fall von Bedenken gegen die Verfassungsgemäßheit einer Norm einen entsprechenden Antrag an den VfGH.

### 4. Keine Erforderlichkeit einer weiteren Instanz nach der MRK

Schon jetzt geht die einfachgesetzliche Ausgestaltung des Rechtsmittelrechts in Zivil- und Strafsachen deutlich über die Mindestanforderungen der EMRK und des 7. Zusatzprotokolls hinaus.

Dazu kommt, dass die österreichische Justiz in Strassburg eine **ganz hervorragende „Erfolgsbilanz“** aufzuweisen hat. In den Jahren 2007 – 2011 war von den Fällen, in denen der OGH als letzte Instanz einschritt, nur in **9 mal** eine Beschwerde in Strassburg erfolgreich. Die Verurteilungsquote in Strassburg liegt damit **weit unter einem Promille (!)** der vom Obersten Gerichtshof entschiedenen Fälle. Im Bereich des Schutzes der Menschenrechte hat die österreichische Gerichtsbarkeit somit eine ganz hervorragende Bilanz aufzuweisen, die keinesfalls schlechter als jene des VfGH ist. Für Bestrebungen, den Grundrechtsschutz beim VfGH gewissermaßen "monopolisieren" zu wollen, besteht nicht der geringste Anlass.

---

<sup>3</sup> Klecatsky, ÖJZ 1962, 365 (367); E. Loebenstein, 1. ÖJT 1961 II/2, 35.

<sup>4</sup> 13 Os 173/08b, EvBl-LS 2009/63, 380; idS auch 11 Os 21/10p, 58/10d, EvBl 2010/122, 824; vgl auch 12 Os 57/11s, EvBl 2012/13, 82.

<sup>5</sup> Vgl die Tätigkeitsberichte des VfGH GZ 2000/1-Präs/2008; GZ 2000/1-Präs/2009; GZ 2000/1-Präs/2010; GZ 2000/1-Präs/2011 wonach in den Jahren 2007 – 2010 (neuere Zahlen liegen noch nicht vor) von den ordentlichen Gerichten (einschließlich UVS und UBAS) insgesamt in **605 Fällen** Gesetzesprüfungsanträge gestellt wurden, die nur in **99 Fällen** zu einer zumindest teilweisen Aufhebung einer Gesetzesbestimmung führten.

In Hinblick auf die suggestive Kraft der Forderung nach einer Verbesserung des Grundrechtsschutzes ist klarzustellen, dass die derzeit (wieder) diskutierte Gesetzesbeschwerde **mit dem Schutz von Grundrechten nur am Rande zu tun** hat. Hier geht es allgemein um die Überprüfung der Vereinbarkeit mit einer höheren Norm. Viele Gesetze werden aber aus ganz anderen Gründen aufgehoben als wegen Verletzung der Menschenrechte. Schon aus diesem Grund ist nicht zu erwarten, dass die Einführung einer Gesetzesbeschwerde zu einer signifikanten Reduktion der Zahl erfolgreicher Beschwerden in Strassburg führen wird.

Auch eine effektive Grundrechtsdurchsetzung iSd Art 13 EMRK verlangt nicht, dass die Gerichte ohne jede eigene Beurteilung bei geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen generelle Normen durch eine Prozesspartei zur Antragstellung verpflichtet werden müssten; vielmehr reicht aus, dass sich das Gericht zweiter Instanz bzw der OGH mit einer entsprechenden Anregung des Rechtsmittelwerbers auseinandersetzt und seine Entscheidung begründet.<sup>6</sup>

## **5. Primat des Europarechts**

Die bei weitem überwiegende Mehrheit der österreichischen **Gesetze** und Verordnungen fallen auf die eine oder andere Weise in den Bereich der mit **1. 12. 2009** in Kraft getretenen **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**. Deren in 50 detaillierten Artikel zusammengefasster umfassender Grundrechtskatalog deckt die im österreichischen Verfassungsrecht manifestierten Grundrechte weitgehend ab.

Die Grundrechtcharta geht dem österreichischen Verfassungsrecht **vor**. Die alleinige letzte Autorität zur Auslegung der Grundrechtcharta liegt unabhängig davon wie viel innerstaatliche Instanzen vorgeschaltet werden immer beim **EuGH**.

## **6. Strukturelle Schwierigkeiten einer Verfassungsbeschwerde im Bereich des Zivilrechts**

Die Erfolgsquote einer Verfassungsbeschwerde läge nach den Erfahrungen ausländischer Rechtsordnungen mit etwa einem halben Prozent<sup>7</sup> sehr niedrig. Hier ist nicht zu sehen, wieso eine höchstens im Promille-Bereich liegende Fehlerquote zu einer grundlegenden Neuausrichtung des Rechtsschutzsystems führen sollte.

---

<sup>6</sup> *Holoubek*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz. Zur Bedeutung des Art 13 EMRK, JBl 1992, 137 (147).

<sup>7</sup> So für Deutschland *Machacek*, 80 Jahre B-VG, 80 Jahre VfGH, AnwBl 2000, 652 (656) selbst im Rahmen der umfassenderen Überprüfung der Einzelfallentscheidungen .

Die Einführung eines wie immer gearteten weiteren Rechtszugs bedeutet stets auch eine **Verzögerung und Verteuerung** des Verfahrens. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass nahezu jede Frage im Gerichtsverfahren an den VfGH herangetragen werden könnte. Wenngleich die Anzahl der hier auf den VfGH zukommenden Verfahren nicht genau abgeschätzt werden kann,<sup>8</sup> ist zu befürchten, dass dieser Rechtsbehelf gerade in aussichtslosen Fällen ergriffen wird, gewissermaßen als letzter Strohalm, an den sich die unterlegene Partei klammert. Aufgrund des materiellen Rechtsstaatsprinzips müsste einem derartigen Rechtsbehelf aber wohl **aufschiebende Wirkung** zuerkannt werden können.<sup>9</sup> Dies bedeutet aber, dass wegen maximal 1 % begründeter Beschwerden auch in 99 % aller anderen Fälle die siegreiche Partei den Ausgang des Verfahrens vor dem VfGH abwarten muss, bevor sie Exekution führen und sich ihres Obsiegens sicher sein kann. Dies wiegt umso schwerer, als gerade Normenprüfungsverfahren beim VfGH - trotz beeindruckender Durchschnittswerte - im Einzelfall lange dauern können.

## 7. Zusammenfassung

Ein strukturelles Defizit, das nach organisatorischen Maßnahmen riefte, besteht nicht. Sinnvolle Verbesserungen des Rechtsschutzes lassen sich eher durch Zurverfügungstellung der erforderlichen personellen und budgetären Ressourcen als durch medienwirksame Einrichtung eines weiteren Instanzenzugs erreichen.

Die geplante Einführung einer Gesetzesbeschwerde macht insbesondere vor dem Hintergrund des 2009 eingeführten Grundrechtsschutz vor dem EuGH durch die Grundrechtecharta, die dem nationalem Verfassungsrecht vorgeht wenig Sinn. Sie schafft nur

**Verzögerungen,**

**Verteuerungen** (zusätzliche Kosten) und

**Verunsicherungen** (bewährte Rechtsprechung, die Grundlage für viele wirtschaftliche Gestaltungen ist, wird in Frage gestellt)

und ist nach den Erfahrungswerten in mehr als 99 %

**Vergeblich,**

wenn neben der Entscheidung des EuGH in zivilgerichtlichen

Verfahren noch eine

---

<sup>8</sup> Eine gewisse Orientierung bieten die E des OGH, in denen dieser eine Anrufung des VfGH ablehnte. Eine RIS-Abfrage mit den Suchworten "verfassungsrechtliche\* Bedenken" und "verfassungsrechtlich unbedenklich" ergibt 49 bzw 33 Seiten Belegstellen! Detailliertere Schätzungen des zu erwartenden Anfalls bei *Kuras* in ÖJK 179 (191 ff).

<sup>9</sup> Vgl VfSlg 11.196 und 12.683 (zu § 61 ASGG aF); dazu *Laurer*, Der Grundsatz des fair trial, FS Adamovich 314 (insb 323 ff).

**vierte innerstaatliche** Instanz geschaffen wird, die Grundrechtsabwägungen insoweit auch nicht abschließend entscheiden kann.

Bedenkt man, dass ohnehin immer auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anrufbar ist, so würden dann **6 gerichtliche** Instanzen über Grundrechtsabwägungen entscheiden.

Dass Verzögerungen und Verteuerungen von Verfahren dem Wirtschaftsstandort ebenso massiv schaden, wie nicht mehr abschätzbare Verfahrensergebnisse bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Die geplante Vorgangsweise läuft auch einer anderen Initiative des Gesetzgebers, die im Bereich des Schiedsverfahrens gerade unter Hinweis auf die Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort den Instanzenzug verkürzen will, geradezu zuwider.