



Maximilian Harnoncourt

Der Parteiantrag auf Normenkontrolle – die Gesetzesbeschwerde¹

» ZfV 2015/37

Der Beitrag soll das Grundkonzept der Gesetzesbeschwerde erörtern und auf einige Spezialfragen aus zivilprozessualer Sicht eingehen. Wer kann die Gesetzesbeschwerde erheben, wann kann sie erhoben werden? Welche Verfahren sind von der Gesetzesbeschwerde ausgenommen, sind diese Ausnahmen zulässig?

- » **Deskriptoren:** Antragslegitimation; Antragstellung, gleichzeitige; Ausnahmenkatalog; Gesetzesbeschwerde; Interpretation, verfassungskonforme; Normenkontrolle; Rechtsmittel.
- » **Rechtsquellen:** Art 89 Abs 2, Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG; § 62, § 62a VfGG; § 528b ZPO.

I. Einleitung

II. Grundfragen der Gesetzesbeschwerde

- A. Verschiedene Rechtssache und Antragsteller
- B. Rechtsmittel
- C. Zusammenspiel von Rechtsmittel und Gesetzesbeschwerde
- D. Weitere Voraussetzungen

III. Auswirkungen auf das laufende Verfahren

IV. Einbringung aus Anlass eines Rechtsmittels

V. Antragsberechtigung

VI. In erster Instanz entschiedene Rechtssache

VII. Auslegung

VIII. Verfahrensausnahmen

IX. Zusammenfassung

I. EINLEITUNG

Im Sommer 2013 hat der Nationalrat unter anderem Art 139 und Art 140 B-VG, die die Verordnungs- und Gesetzesprüfung durch den VfGH regeln,² geändert und den Parteiantrag auf Normenkontrolle (im Folgenden kurz pars pro toto: Gesetzesbeschwerde) eingeführt.³ Nach dieser Änderung soll nun Parteien eines Verfahrens vor einem ordentlichen Gericht unter bestimmten Voraussetzungen der Weg zur Gesetzesprüfung bzw zur Verordnungsprüfung beim VfGH offenstehen.

Die Einführung der Gesetzesbeschwerde war heftig umstritten.^{4, 5} Hauptargumente gegen die Einführung waren die Verlängerung bzw Verteuerung von Verfahren und die damit einhergehenden Möglichkeiten für „Querulanten“, Verfahren zu initiieren.⁶ Zudem wurde ins Treffen geführt, dass eine „zusätzliche Instanz“ in den Fällen unnötig sei, die in letzter Konsequenz in die Zuständigkeit von EGMR oder EuGH fallen. Außerdem schaffe die Einführung der Gesetzesbeschwerde wirtschaftliche Unsicherheiten, weil dadurch langjährige Rechtsprechungslinien in Frage gestellt werden könnten, an denen Wirtschafts-

¹ Der Beitrag beruht auf einem Seminarvortrag am 23. Jänner 2015 in Innsbruck (Österreich-Seminar) und beschäftigt sich mit der Gesetzesbeschwerde vor allem aus zivilprozessualer Sicht. Die Beiträge von *Grabewarter/Musger*, Praxisfragen der Gesetzesbeschwerde im Zivilverfahren, ÖJZ 2015, 551, sowie *Lamiss Khakzadeh-Leiler*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle, ÖJZ 2015, 543, sind nach Drucklegung erschienen.

² *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹⁰ (2014) Rz 1001 ff; *Schäffer/Kneihls*, Art 140 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (12. Lfg, 2013) Rz 39 ff. Im Folgenden soll aus Gründen der Lesbarkeit nur die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen behandelt werden. Die Ausführungen sind aber sinngemäß auf die Gesetzswidrigkeit von Verordnungen heranzuziehen.

³ BGBl I 2013/114.

⁴ Vgl auch die teilweise diametral unterschiedlichen Vorschläge in AB 2380 BigNR 24. GP 1 ff.

⁵ *Stellungnahme des OGH*, Die Gesetzesbeschwerde aus Sicht des Obersten Gerichtshofs, RZ 2012, 130; *Eckart Ratz*, Gesetzesbeschwerde gefährdet funktionierenden Rechtsschutz, RZ 2013, 77; *Klaus Schröder*, Vom Rechtsstaat zum Rechtsmittelstaat, RZ 2012, 157; vgl außerdem *Maria Bertel*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle, JRP 2013, 269 (270); *Rohrer/Kuras*, Gesetzesbeschwerde gegen Entscheidungen der ordentlichen Gerichte? ÖJZ 2012/55; grundsätzlich dazu *Manfred Stelzer*, Die Gesetzesbeschwerde: Ein später, halber Schritt – in die falsche Richtung? in FS Fuchs (2014) 557 (557 ff); *Benjamin Kneihls*, Der Subsidiarantrag auf Verordnungs- und Gesetzeskontrolle, ZfV 2015, 35 mwN.

⁶ Siehe dazu *Bernhard Müller*, Heiß umfodet, wild umstritten: die Gesetzesbeschwerde, eolex 2015, 30 (33).

treibende ihr Handeln ausrichten.⁷ Diese Bedenken teilte der Verfassungsgesetzgeber nicht.⁸

Gemäß Art 140 B-VG aF war für die Initiierung eines Gesetzesprüfungsverfahrens im Bereich des Zivil- und Justizstrafrechts beim VfGH ein Antrag des OGH oder eines ordentlichen Gerichts, das funktional in zweiter Instanz zu entscheiden hatte,⁹ erforderlich. Die Parteien konnten einen solchen Antrag nur anregen.¹⁰ Ein subjektives Recht auf eine solche Vorlage stand den Parteien nicht zu, auch wenn die genannten ordentlichen Gerichte gemäß Art 89 Abs 2 B-VG verpflichtet waren (nunmehr sind alle ordentlichen Gerichte verpflichtet), bei Bedenken einen Antrag auf Aufhebung beim VfGH zu stellen.

In der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts war den Parteien schon mit den Verfassungsnovellen aus 2008 (in Kraft ab 1. 7. 2008) und 2012 (in Kraft ab 1. 1. 2014), also vor der Einführung des Parteienantrags auf Normenkontrolle, das Recht eingeräumt, ein Gesetz auf seine Verfassungswidrigkeit beim VfGH überprüfen zu lassen. Gegen Entscheidungen des AsylGH bzw ab 1. 1. 2014 eines VwG konnten bzw können die Parteien Beschwerde beim VfGH mit der Behauptung erheben, in ihren Rechten durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes verletzt worden zu sein. Teilt der VfGH diese Bedenken, hat er ein Gesetzesprüfungsverfahren einzuleiten.¹¹ Dass ein Antrag auf Gesetzaufhebung nicht vorgesehen ist, macht im Ergebnis keinen Unterschied. Auch bei der Antragskonstruktion kommt es nicht anders als bei der Beschwerdekonstruktion darauf an, ob der VfGH die verfassungsrechtlichen Bedenken der Partei teilt.

Durch die nun eingeführte Gesetzesbeschwerde und durch die Änderung des Art 89 Abs 2 B-VG wurde der Zugang zum VfGH in zweierlei Hinsicht erweitert: Nunmehr müssen alle ordentlichen Gerichte – auch erstinstanzliche – eine Gesetzaufhebung beantragen, wenn sie gegen ein präjudizielles Gesetz verfassungsrechtliche Bedenken haben (Art 89 Abs 2 B-VG).¹² Zudem haben nach der neuen Rechtslage nun auch Parteien eines Zivil- oder Strafverfahrens direkten Zugang zum VfGH.

Zeitgleich mit der Einführung der Gesetzesbeschwerde auf Verfassungsebene fasste der Nationalrat eine einstimmige Entschliebung, mit der er die Bundesregierung aufforderte, „eine Regierungsvorlage für die einfachgesetzlichen Begleitmaßnahmen zur Gesetzesbeschwerde auszuarbeiten“.¹³ Die Bundesregierung ist der Entschliebung gefolgt.¹⁴ Der Nationalrat hat die

Durchführungsbestimmungen beschlossen, die mit 1. 1. 2015 in Kraft getreten sind.¹⁵

II. GRUNDFRAGEN DER GESETZESBESCHWERDE

A. ENTSCHEIDENE RECHTSSACHE UND ANTRAGSTELLER

Der VfGH erkennt nunmehr auch über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen „auf Antrag einer Person, die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels“.

Was ist jetzt aber eine „entschiedene Rechtssache“? Die ZPO kennt nur zwei Entscheidungsformen, nämlich Urteile und Beschlüsse (§ 425 Abs 1 ZPO). Mit Urteilen wird über den geltend gemachten Anspruch inhaltlich entschieden. Urteile sind daher jedenfalls entschiedene Rechtssachen iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG. Weil Zwischenurteile selbständig angefochten werden können, sind auch Zwischenurteile entschiedene Rechtssachen.¹⁶ Genauso sind Teilurteile entschiedene Rechtssachen, weil diese „in Betreff des Rechtsmittels [...] als ein selbständiges Urteil zu betrachten“ sind (§ 392 Abs 1 ZPO).

In manchen anderen Verfahren erfolgt die Sachentscheidung durch Beschluss.¹⁷ Auch solche Urteilssurrogate sind entschiedene Rechtssachen. Dasselbe gilt bei Beschlüssen in anderen Verfahrensarten, in denen es keine Urteile gibt (wie zB im Außerstreitverfahren, Exekutionsverfahren oder dem ausgenommenen Insolvenzverfahren).¹⁸

Weitere Entscheidungen sind die Beschlüsse über Prozessentscheidungen im streitigen Verfahren (§§ 425 ff ZPO), die man in prozessbeendende, verfahrensgestaltende sowie prozessleitende Beschlüsse einteilen kann.¹⁹

Prozessbeendende Beschlüsse entscheiden über Rechtsschutzanträge der Parteien und erledigen diese entweder aus prozessualen oder aus materiellen Gründen.²⁰ Diese prozessbeendenden Beschlüsse sind daher jedenfalls entschiedene Rechtssachen iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG.

Keine entschiedenen Rechtssachen sind prozessleitende Beschlüsse. Sie haben „keinen Selbstzweck und vermögen auch kein vom Verfahren losgelöstes Eigenleben zu entfalten“.²¹

Verfahrensgestaltende Beschlüsse schließen das Verfahren nicht endgültig ab, legen den weiteren Verfahrensablauf aber bindend fest.²² Sowohl Beschlüsse über Aufhebungen und Zurückweisungen der Rechtsmittelgerichte als auch Entscheidungen über Zwischenstreitigkeiten sind entschiedene Rechtssa-

⁷ Dieses letzte Argument ist mE besonders fragwürdig, wird eine Rechtsprechungslinie doch dadurch, dass es sie bereits lange gibt, nicht weniger verfassungswidrig.

⁸ Im Gesetzgebungsverfahren wurden verschiedenste Varianten diskutiert, ua auch die Einführung eines Antrages nach letztinstanzlichen Entscheidungen der ordentlichen Gerichte. Diese Vorschläge wurden aber vor allem aufgrund heftiger Kritik nicht umgesetzt. Einige verfassungsrechtliche Fragen sind daher wohl Kompromisse mit den verschiedensten Interessenvertretern, was sich (leider) in Inkohärenzen im Grundkonzept der Gesetzesbeschwerde zeigt (vgl vor allem VI.)

⁹ Schäffer/Kneihls (FN 2) Rz 7.

¹⁰ Vgl nur VfGH 9. 3. 2011, G 133/10; G 78/10; G 133/10.

¹¹ Müller (FN 6) eclex 2015, 30 f; Öhlinger/Eberhard (FN 2) Rz 1011 f. Die gleiche Beschwerdekonstruktion sieht Art 144 B-VG vor, der Parteien das Recht gibt, sich wegen Entscheidungen der VwG an den VfGH zu wenden.

¹² Kneihls (FN 5) ZfV 2015, 36, zufolge soll den erstinstanzlichen Gerichten dadurch die Möglichkeit gegeben werden, einer Gesetzesbeschwerde zuvorzukommen.

¹³ AB 2380 BlgNR 24. GP Entschliebungstext.

¹⁴ ErläutRV 263 BlgNR 25. GP.

¹⁵ BGBl I 2014/92.

¹⁶ Walter Rechberger, § 393 ZPO, in Walter Rechberger (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁴ (2014) Rz 2; so wohl auch Michael Rohregger, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle, AnwBl 2015, 188 (197), der davon ausgeht, dass eine Rechtssache dann entschieden ist, wenn ein Rechtsmittel dagegen erhoben werden kann.

¹⁷ So zB im Verfahren über die Sachverständigengebühren, Zeugengebühren, Verfahrenshilfe vgl Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht² (2013) Rz 953.

¹⁸ Siehe dazu noch VIII.

¹⁹ Hans W. Fasching, Zivilprozeßrecht, Lehrbuch² (1990) Rz 1588 ff.

²⁰ Michael Bydlinski, Vor §§ 425 ff ZPO, in Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III² (2004) Rz 5.

²¹ Bydlinski (FN 20) Rz 10.

²² Kodek/Mayr (FN 17) Rz 957.



chen und berechtigen zur Erhebung der Gesetzesbeschwerde. Während Erstere für die Vorinstanzen bindend sind und über verfahrensrechtliche Fragen hinausgehen, haben Entscheidungen über Zwischenstreitigkeiten keine unmittelbare Bedeutung für die Sachentscheidung in der Hauptsache, sprechen aber über eigene Rechtssachen (wie zB Verfahrenshilfe, Zulassung eines Nebenintervenienten usw.) ab²³ und können in formelle Rechtskraft erwachsen.²⁴

Antragsberechtigt iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG ist eine Verfahrenspartei, die vertretbarerweise behauptet, in ihren Rechten verletzt zu sein. Organe des Staates, wie zB die Staatsanwaltschaft, die Finanzbehörden, Organe der Gerichtsbarkeit usw., können nicht vertretbarerweise behaupten, in ihren Rechten verletzt worden zu sein, und scheiden daher aus.²⁵ Sie haben unbestrittenermaßen Kompetenzen, aber keine subjektiven Rechte.

B. RECHTSMITTEL

Die Beschwerde kann nur aus Anlass eines Rechtsmittels gegen eine erstinstanzliche Entscheidung erhoben werden.²⁶ Der Verfassungstext und die einfachgesetzlichen Umsetzungsbestimmungen definieren den Begriff des Rechtsmittels nicht explizit. Die Lehre geht bislang davon aus, dass sich der Rechtsmittelbegriff aus den jeweiligen Verfahrensbestimmungen ergibt.²⁷ Merkmale, die charakteristisch für Rechtsmittel sind, sind daher Indiz dafür, ob ein Rechtsmittel iSd Art 140 B-VG vorliegt. Solche Merkmale sind vor allem die aufschiebende Wirkung, die aufsteigende Wirkung (Devolutiveffekt) eines Rechtsmittels, sowie, dass die Anfechtungs- bzw. Überprüfungsbefugnis in der Regel auf Fehler der Gerichte beschränkt ist.

Nach den Materialien zum konkretisierenden Umsetzungsgesetz sollen nur ordentliche Rechtsmittel zum Erheben der Gesetzesbeschwerde berechtigen.²⁸ Dass die Materialien ordentliche Rechtsmittel als Voraussetzung für die Erhebung der Gesetzesbeschwerde verlangen, spricht also gegen eine „verfassungsautonome“ Auslegung. Es berechtigen also jene Rechtsmittel, die innerhalb einer Rechtsmittelfrist zulässig sind.²⁹ Das ist mE auch eine sinnvolle Abgrenzung, da nach Ablauf der Rechtsmittelfrist formelle Rechtskraft eintritt.³⁰

Wesentliche Frage für die Qualifikation als Rechtsmittel ist aber, ob die Entscheidung inhaltlich bekämpft werden soll. Nur wenn gegen die Entscheidung selbst vorgegangen wird, ist die Gesetzesbeschwerde zulässig. Das ergibt sich daraus, dass das Rechtsmittel „gegen diese Entscheidung“ erhoben werden muss. Richtet sich ein Rechtsbehelf bloß auf die Initiierung eines neuerlichen Verfahrens oder auf das Zurückversetzen in einen

Ursprungszustand, wird nicht gegen die Entscheidung selbst vorgegangen, sondern bloß dagegen, dass die Entscheidung ergangen ist. Die Gesetzesbeschwerde ist dann nicht zulässig. Unter den Begriff des Rechtsmittels fallen also jedenfalls die Berufung und der Rekurs.

Der Wiederaufnahmsklage (§§ 530 ff ZPO) und der Nichtigkeitsklage (§ 529 ZPO) fehlen einerseits die typischen Rechtsmittelwirkungen (kein Devolutiveffekt, keine aufschiebende Wirkung), andererseits soll ein neuerliches Verfahren initiiert werden, indem eine Entscheidung aufgehoben wird, die formell bereits rechtskräftig sein kann.³¹ Diese Rechtsmittelklagen sind also keine ordentlichen Rechtsmittel. Ebenso wenig richtet sich der Antrag auf Wiedereinsetzung (§§ 146 ff ZPO) gegen eine Entscheidung. Dieser zielt nur darauf ab, Säumnisfolgen zu beseitigen.³²

Problematischer ist hingegen die Qualifikation des Widerspruchs gegen ein Versäumungsurteil (§§ 397a, 442a, 548 Abs 2 ZPO) und des Einspruchs gegen einen Zahlungsbefehl.

Wird der Widerspruch rechtzeitig erhoben, führt er zur Aufhebung des Verfahrens. Das Verfahren wird dann so fortgesetzt, als ob es kein Versäumungsurteil gegeben hätte.³³ Die typischen Merkmale von Rechtsmitteln weist der Widerspruch damit nicht auf – er hat bloß marginal aufschiebende Wirkung und auch keine aufsteigende Wirkung, weil die Entscheidung nicht von einer höheren Instanz überprüft wird.³⁴ Außerdem saniert der Widerspruch den Mangel, dass die widersprechende Partei eine Prozesshandlung versäumt hat (§ 397a ZPO: nicht rechtzeitig erstattete Klagebeantwortung; § 442a ZPO: Nichterscheinen zur Tagsatzung). Es wird grundsätzlich also nicht ein Gerichtsfehler bekämpft, sondern im Wesentlichen ein Parteifehler beseitigt. Der Widerspruch wird folglich von der zivilprozessualen Lehre nicht als Rechtsmittel, sondern als Rechtsbehelf qualifiziert. Der Widerspruch ist auch kein Rechtsmittel iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG. Er richtet sich nicht inhaltlich gegen die erstinstanzliche Entscheidung, sondern nur dagegen, dass das erstinstanzliche Gericht eine Entscheidung gefällt hat. Aus Anlass eines Widerspruchs gegen ein Versäumungsurteil kann also keine Gesetzesbeschwerde erhoben werden.

An diesem Ergebnis ändert sich auch dadurch nichts, dass neben oder alternativ zum Widerspruch Berufung erhoben werden kann. Soll die Entscheidung inhaltlich – durch die Berufung³⁵ – angefochten werden, berechtigt das zum Erheben der Gesetzesbeschwerde, weil dann ein Rechtsmittel iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG vorliegt. Will man aus Anlass eines Versäumungsurteils die Gesetzesbeschwerde erheben, muss man also Berufung einlegen.

Beim Einspruch gegen einen Zahlungsbefehl (§§ 248 f ZPO) stellt sich die Frage nicht, ob es sich um ein Rechtsmittel iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG handelt. Durch einen Einspruch

²³ *Bydlinski* (FN 20) Rz 9.

²⁴ *Kodek/Mayr* (FN 17) Rz 957.

²⁵ So auch *Bertel* (FN 5) JRP 2013, 272; *Herbst/Wess*, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle im Bereich der Strafgerichtsbarkeit, ZWF 2015, 64 (65).

²⁶ Vgl zu den Rechtsmitteln auch *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 41 f.

²⁷ *Herbst/Wess* (FN 25) ZWF 2015, 65; *Benjamin Kneihls*, Die Gesetzesbeschwerde zwischen Entscheidungsbeschwerde und Individualantrag, in *Gerhard Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2014 (2014) 255 (274).

²⁸ ErläutRV 263 BlgNR 25. GP 3.

²⁹ *Georg Kodek*, Vor § 461 ZPO, in *Walter Rechberger*, Kommentar zur ZPO⁴ (2014) Rz 2.

³⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) Rz 873 f.

³¹ *Kodek/Mayr* (FN 17) Rz 1156 ff; *Rechberger/Simotta* (FN 30) Rz 1069 ff. Aus Anlass eines Rechtsmittels gegen die neuerliche erstinstanzliche Entscheidung ist eine Gesetzesbeschwerde bei Vorliegen der Voraussetzungen aber wieder möglich.

³² So schon *Martin Stiefula*, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle an den VfGH in Zivilverfahren, Zak 2015, 5 (5).

³³ *Walter Rechberger*, § 397a ZPO, in *Rechberger* (FN 16) Rz 1.

³⁴ *Rechberger/Simotta* (FN 30) Rz 673: Exekution zur Befriedigung kann nicht geführt werden.

³⁵ *Rechberger* (FN 33) § 397a ZPO Rz 10.

wird nicht gegen eine Entscheidung vorgegangen. Durch das Erheben des Einspruchs tritt die Entscheidung sofort außer Kraft.³⁶ Der Einspruch Erhebende kann also nicht behaupten, durch eine Entscheidung in seinen Rechten verletzt zu sein, weil diese behauptete Rechtsverletzung durch den Einspruch nicht mehr vorliegen kann. Aus Anlass eines Einspruchs gegen einen Zahlungsbefehl kann die Gesetzesbeschwerde also aufgrund der Unmöglichkeit einer Rechtsverletzung nie erhoben werden.

Zweifellos möglich ist aber eine Gesetzesbeschwerde im weiteren Verlauf des Verfahrens. Wird gegen die im späteren Verfahren ergangene Entscheidung ein Rechtsmittel erhoben, kann aus Anlass dieses Rechtsmittels die Gesetzesbeschwerde erhoben werden.

C. ZUSAMMENSPIEL VON RECHTSMITTEL UND GESETZESBESCHWERDE

Gleichzeitig³⁷ mit einem (beim Erstgericht eingebrachten) Rechtsmittel muss die Gesetzesbeschwerde (beim VfGH) eingebracht werden. Welchen Einfluss hat aber die Zulässigkeit des Rechtsmittels auf das Verfahren über die Gesetzesbeschwerde? Generell sieht Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG die Einbringung aus Anlass eines Rechtsmittels vor. § 62a Abs 1 VfGG konkretisiert das insofern, als eine Partei, die „*rechtzeitig ein zulässiges Rechtsmittel erhebt, [...] einen Antrag stellen*“ kann. Das eingebrachte Rechtsmittel muss also zulässig sein.³⁸ Das Schicksal der Gesetzesbeschwerde hängt demnach von jenem des Rechtsmittels ab. Bedauerlich ist, dass der Vorschlag im Begutachtungsverfahren, Rechtsmittel und Gesetzesbeschwerde beim Erstgericht einzubringen und diese dann nach formeller Zulässigkeitsprüfung weiterzuleiten, nicht aufgegriffen wurde.³⁹

In § 62a Abs 5 VfGG ist vorgesehen, dass der VfGH das Erstgericht von der Einbringung der Gesetzesbeschwerde zu verständigen hat. Das Erstgericht hat dem VfGH dann „*seine Entscheidung über die Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des Rechtsmittels mitzuteilen*“. Problematisch dabei ist, dass eine solche Entscheidung über die Zulässigkeit im Zivilprozess nicht vorgesehen ist, außer wenn das Rechtsmittel unzulässig oder nicht rechtzeitig ist. Fällt das Erstgericht keinen Unzulässigkeitsbeschluss, ist das aber auch eine Entscheidung über die Zulässigkeit, obwohl sie keine Entscheidung iSd ZPO ist. Eine solche implizite Entscheidung ist dem VfGH aber mitzuteilen.⁴⁰ Zusätzlich verlangt § 528b Abs 2 ZPO, dass „*die Prüfung der und die Entscheidung über die Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des mit dem Antrag erhobenen Rechtsmittels [...] durch die Antragstellung nicht berührt [wird]. Von einer rechtskräftigen*

Zurückweisung des Rechtsmittels als verspätet oder sonst unzulässig sowie von einer wirksamen Zurücknahme des Rechtsmittels hat das Gericht den Verfassungsgerichtshof unverzüglich in Kenntnis zu setzen.“ Dabei verwirrt, dass der Wortlaut des § 62a Abs 5 VfGG das Erstgericht verpflichtet, seine Entscheidung sofort mitzuteilen, während das Rechtsmittelgericht nur über eine rechtskräftige Entscheidung informieren soll.

Antragsberechtigt ist, wie gesagt, gemäß § 62a Abs 1 VfGG nur derjenige, der ein zulässiges Rechtsmittel erhebt.⁴¹ Solange es keine rechtskräftige Entscheidung über die Zulässigkeit gibt, die in der ZPO aber nicht vorgesehen ist, ist die Antragsberechtigung in der Schwebe. Das vom einfachen Gesetzgeber entworfene Konzept ist nicht kohärent. Was ist das Telos, dass die Erstgerichte sofort verständigen müssen (§ 62a Abs 5 VfGG), die Rechtsmittelgerichte aber erst von der rechtskräftigen Entscheidung (§ 528b Abs 2 ZPO)?

Der Gesetzgeber hatte wohl nur den einen Fall vor Augen, in dem das System der wechselseitigen Informationspflichten funktioniert: Das Erstgericht informiert den VfGH über die vermutete (weil nicht rechtskräftige) Unzulässigkeit eines Rechtsmittels. Der VfGH wird also davon informiert, dass die Zulässigkeit zumindest fraglich ist und behandelt die Gesetzesbeschwerde vorerst nicht. Der VfGH wird dann erst von der rechtskräftigen Entscheidung über die Zulässigkeit durch die Rechtsmittelgerichte informiert. Ist das Rechtsmittel (rechtskräftig) unzulässig, weist der VfGH die Gesetzesbeschwerde zurück. Ist das Rechtsmittel zulässig, entscheidet der VfGH über die Gesetzesbeschwerde.

In diesem Fall funktioniert das Zusammenspiel von § 528b Abs 2 ZPO und § 62a Abs 5 VfGG. In anderen Fällen führt die Beachtung des Wortlauts der Bestimmungen jedoch zu unbefriedigenden Ergebnissen.

Würde der Antragsteller etwa eine Berufung beim Erstgericht und gleichzeitig die Gesetzesbeschwerde beim VfGH einbringen, würde das Erstgericht vom VfGH über die Gesetzesbeschwerde informiert werden. Das Erstgericht würde dann dem VfGH seine (nicht rechtskräftige) Entscheidung über die Zulässigkeit mitteilen. Da das Erstgericht im Rechtsmittelsystem des Zivilprozesses prinzipiell nur eine Durchlaufstation ist, würde der VfGH wohl regelmäßig über die Zulässigkeit des Rechtsmittels informiert werden. Würde das Berufungsgericht in der Folge entscheiden, dass das Rechtsmittel unzulässig ist, müsste es dem VfGH diese Entscheidung gemäß § 528b Abs 2 ZPO erst nach Rechtskraft des Unzulässigkeitsbeschlusses mitteilen. Bis der Beschluss über die (Un-)Zulässigkeit rechtskräftig ist, kann es aber lange dauern. Gegen den Zurückweisungsbeschluss des Berufungsgerichts steht ja auch noch ein Vollrekurs an den OGH offen (§ 519 Abs 1 Z 1 ZPO).

In der Zwischenzeit liefe das Verfahren vor dem VfGH mangels Information weiter: Der VfGH wäre ja nur über die Zulässigkeitsentscheidung des Erstgerichts informiert, vom Verfahren über die Zulässigkeit vor dem Berufungsgericht bzw eventuell sogar OGH wüsste er nichts.

Erst wenn eine rechtskräftige Entscheidung über die Zulässigkeit vorliegt, würde der VfGH darüber informiert werden.

³⁶ Georg Kodek, § 248 ZPO, in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III² (2004) Rz 1; *Rechberger/Simotta* (FN 30) Rz 697.

³⁷ Zum Begriff der Gleichzeitigkeit siehe unten IV.

³⁸ So auch *Peter Bußjäger*, „Aus Anlass eines Rechtsmittels“ – ausgewählte Rechtsfragen zur „Gesetzesbeschwerde“, JBl 2015, 149 (151).

³⁹ Stellungnahme der GÖD, 16/SN-45/ME 25. GP 2; Stellungnahme des OGH, 15/SN-45/ME 25. GP 2.

⁴⁰ *Stefula* (FN 32) Zak 2015, 7 nimmt an, dass die Erstgerichte einen diesbezüglichen Beschluss fällen können. So ein Zulässigkeitsbeschluss des Erstgerichts würde aber das System der Zulässigkeitsprüfung der ZPO komplett umgestalten. § 62a VfGG kann in seiner Unbestimmtheit daher mE nicht als Rechtsgrundlage für ein komplettes Umstellen der Zulässigkeitsprüfung im Zivilprozess erhalten.

⁴¹ Vgl unten V.



Wenn die Entscheidung die Zulässigkeit des Rechtsmittels vorsieht, gäbe es keine weiteren Probleme. Das Verfahren über die Gesetzesbeschwerde muss dann im Verfahren über das (zulässige) Rechtsmittel berücksichtigt werden.⁴²

Würde das Rechtsmittel rechtskräftig zurückgewiesen, stellt sich die Frage, wie sich das auf das Verfahren vor dem VfGH auswirkt.

Berechtigt ist ja nur derjenige, der „ein zulässiges Rechtsmittel erhebt“. Der VfGH ist dabei an den Beschluss der ordentlichen Gerichte gebunden. Das ergibt sich auch aus der Verständigungspflicht (§ 62a Abs 5 VfGG, § 528b Abs 2 ZPO). Eine Verständigungspflicht über die Zulässigkeit festzulegen, dem VfGH aber selbst eine Zulässigkeitsprüfung bezüglich des Rechtsmittels aufzuerlegen, wäre widersprüchlich.⁴³ Auch sonst ist es konsequent, dass die zuständigen Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheiden. Würde man dem VfGH eine eigene Zulässigkeitsprüfung auferlegen, käme man außerdem zu absurden Ergebnissen. Etwa wenn der VfGH die Gesetzesbeschwerde aufgrund der Unzulässigkeit des Rechtsmittels ablehnt, der OGH aber rechtskräftig die Zulässigkeit entscheidet. Umgekehrt wäre der Fall ebenso unerwünscht, dass ein Erkenntnis des VfGH als Vorfrage die Zulässigkeit bejaht und der OGH auf Unzulässigkeit entscheidet.

Läuft das Verfahren vor dem VfGH noch und wird er von der rechtskräftigen Unzulässigkeitsentscheidung informiert, hat er die Gesetzesbeschwerde demnach zurückweisen. Unter Effizienzgesichtspunkten ist es für den VfGH freilich nicht befriedigend, ein (eventuell schon weit fortgeschrittenes) Verfahren beenden zu müssen.

Ist das Erkenntnis des VfGH bereits ergangen und die Aufhebung eines Gesetzes bereits kundgemacht, liegt eine verbindliche Entscheidung vor, die so nicht ergehen hätte dürfen. Dies mag zwar unter dem Gesichtspunkt der Rechtsbereinigungsfunktion sowie der Rechtssicherheit der Rechtsunterworfenen nicht weiter als problematisch empfunden werden. Es würde aber alle Voraussetzungen, die in Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG vorgesehen sind, obsolet machen. Die Entscheidung des VfGH kann in solchen Konstellationen freilich nicht rückgängig gemacht werden.

Diese Probleme würden sich durch eine Informationspflicht durch die nachfolgenden Rechtsmittelgerichte weitgehend entschärfen lassen. Eine solche Pflicht der Rechtsmittelgerichte, den VfGH auch über noch nicht rechtskräftige Zulässigkeitsentscheidungen zu informieren, lässt sich mE mittels Analogie begründen. § 62a Abs 1 VfGG sieht vor, dass nur derjenige, der ein zulässiges Rechtsmittel erhebt, Antragsteller einer Gesetzesbeschwerde sein kann. Vom Gesetzgeber ist jedenfalls der aufgezeigte Fall nicht gewollt, weil ein Erkenntnis zu einer Gesetzesbeschwerde vorliegt, die als unzulässig zurückgewiesen hätte werden müssen. Die Bestimmungen zur Gesetzesbeschwerde sind also planwidrig unvollständig. Diese planwidrige Lücke lässt sich mE mittels analogem Heranziehen von § 62a Abs 5 Satz 2 VfGG füllen. Es haben also nicht nur das Erstge-

richt, sondern alle Gerichte den VfGH über ihre Entscheidung über die Zulässigkeit sofort zu informieren. Solange die Zulässigkeit unklar ist, darf der VfGH über die Gesetzesbeschwerde mangels Vorliegen der Voraussetzungen nicht entscheiden.

Wie ist also vorzugehen? Wird ein Rechtsmittel eingebracht, ist der VfGH über die Zulässigkeit durch das Erstgericht zu verständigen. Verständigt das Erstgericht von der Unzulässigkeit, hat der VfGH die rechtskräftige Entscheidung abzuwarten, bevor er über die Gesetzesbeschwerde entscheidet.⁴⁴

Verständigt das Erstgericht von der Zuständigkeit und entscheidet erst das Rechtsmittelgericht, dass das Rechtsmittel unzulässig ist, hat auch das Rechtsmittelgericht den VfGH darüber zu informieren. Diese Informationspflicht besteht analog zu § 62a Abs 5 VfGG auch dann, wenn die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts nicht rechtskräftig ist. Wird der VfGH von der nicht rechtskräftigen Unzulässigkeitsentscheidung verständigt, hat er die Gesetzesbeschwerde wieder so lange nicht zu behandeln, bis eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt.

Ein weiteres Problem stellt sich noch zusätzlich, weil das Rechtsmittelgericht die Berufung auch dann mit Beschluss zurückweisen muss, wenn sich die Unzulässigkeit erst in der mündlichen Verhandlung herausstellt.⁴⁵ Die mündliche Verhandlung wird aber erst nach Einlangen des Erkenntnisses des VfGH stattfinden dürfen.⁴⁶

D. WEITERE VORAUSSETZUNGEN

Inhaltlich hat die Gesetzesbeschwerde die Behauptung der Partei, in ihren Rechten verletzt zu sein, zu enthalten. Weiters muss ausgeführt werden, wie das verfassungswidrige Gesetz die Entscheidung des Erstgerichts bestimmt hat bzw bestimmen hätte müssen und welche Auswirkung das Erkenntnis des VfGH auf die Rechtssache hätte. Die anzufechtende Bestimmung muss entscheidungserheblich, also präjudiziell sein,⁴⁷ was von der antragstellenden Partei nachzuweisen ist (§ 62 Abs 2 VfGG).⁴⁸ Mit der Gesetzesbeschwerde muss dann beantragt werden, entweder das ganze Gesetz oder einzelne Stellen des Gesetzes als verfassungswidrig aufzuheben.⁴⁹

Kommt der VfGH nach Überprüfung des Antrags zum Schluss, dass die Gesetzesbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat, kann er sie ablehnen (Art 140 Abs 1b B-VG). Diese Ablehnung muss gemäß § 19 Abs 3 und § 31 VfGG einstimmig erfolgen.⁵⁰ In der Entschließung des Nationalrats war noch vorgesehen, dass der VfGH binnen einer Frist von vier Monaten

⁴² Läuft das Verfahren vor dem VfGH noch, steht das Rechtsmittelverfahren still, vgl III. Ist das Erk des VfGH in der Zwischenzeit ergangen, ist das Rechtsmittelgericht an den Spruch gebunden, vgl VII.

⁴³ Und wohl auch praktisch nur schwer durchführbar.

⁴⁴ Diese Pflicht abzuwarten, ergibt sich aus der Bindung an die rechtskräftige Zulässigkeitsentscheidung der ordentlichen Gerichte (siehe oben). Freilich wären die Erk des VfGH schneller möglich, wenn der VfGH diese Zulässigkeitsentscheidungen nicht abwarten müsste. Die Rechtslage wäre also schon früher im verfassungsgemäßen Zustand. Allerdings wären dann die im Gesetz vorgesehenen Informationspflichten sinnlos und die bereits aufgezeigten divergierenden Zulässigkeitsentscheidungen durch VfGH und ordentliche Gerichte an der Tagesordnung. Rechtsbereinigung kann ja weiter stattfinden, wenn ein (weiterer) Antragsteller einfach ein unproblematisch zulässiges Rechtsmittel erhebt.

⁴⁵ Herbert Pimmer, § 495 ZPO, in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² Rz 1.

⁴⁶ Siehe III.

⁴⁷ Schäffer/Kneihls (FN 2) Rz 40.

⁴⁸ So schon auf Basis des Verfassungstextes *Kneihls* (FN 27) 273.

⁴⁹ *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 39.

⁵⁰ *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 38.



über eine solche Ablehnung zu entscheiden hat.⁵¹ Diese Frist findet sich in den einfachgesetzlichen Umsetzungsbestimmungen aber nicht mehr.

III. AUSWIRKUNGEN AUF DAS LAUFENDE VERFAHREN

Hatte die Gesetzesbeschwerde Erfolg und wird das präjudizielle Gesetz vom VfGH aufgehoben, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen auf das ordentliche Verfahren. Art 140 Abs 8 B-VG bestimmt, dass eine neuerliche Entscheidung in der Anlassrechtssache möglich sein muss. Nach welchen verfahrensrechtlichen Bestimmungen diese neuerliche Entscheidung ergehen soll, wurde dem einfachen Bundesgesetzgeber überlassen.⁵² Dieser hat sich dafür entschieden, dass das Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht stillstehen und erst nach der Zustellung des Erkenntnisses des VfGH weiterlaufen soll.

Nach § 62a Abs 6 VfGG dürfen im Anlassverfahren „nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten“.

Nach Zustellung des Erkenntnisses des VfGH ist das Verfahren gemäß § 528b Abs 3 ZPO beim Rechtsmittelgericht fortzusetzen, wobei dieses an den Spruch des VfGH gebunden ist.

§ 62a Abs 6 VfGG verlangt, dass „bis zur Verkündung bzw. Zustellung des Erkenntnisses“ keine Handlungen vorgenommen werden dürfen; § 528b Abs 3 ZPO schreibt dem Rechtsmittelgericht vor, das Verfahren „nach Einlangen des Erkenntnisses“ unverzüglich fortzusetzen: daraus ergibt sich implizit, dass das Erkenntnis auch dem Rechtsmittelgericht zuzustellen ist.

IV. EINBRINGUNG AUS ANLASS EINES RECHTSMITTELS

Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG verlangt, dass die Gesetzesbeschwerde „aus Anlass eines Rechtsmittels“ erhoben werden kann. Die konkretisierenden einfachen Gesetzesbestimmungen sehen in § 62a Abs 1 VfGG die gleichzeitige Einbringung vor.

Ist diese in § 62a Abs 1 VfGG vorgesehene gleichzeitige Einbringung überhaupt mit dem Verfassungstext vereinbar? Die Materialien gehen davon aus, dass damit nicht gleichzeitig gemeint ist, sondern dass keinerlei zeitliche Einschränkung vorliegt und nur prinzipiell ein Rechtsmittel eingebracht worden sein muss.⁵³ Das erzeugt zumindest ein Spannungsverhältnis zwischen der einfachgesetzlichen Bestimmung und der Verfassungsbestimmung.

Hat etwas aus Anlass zu geschehen, muss es nicht zwingend gleichzeitig sein, eine gewisse zeitliche Beschränkung gibt aber schon das verfassungsrechtliche Tatbestandsmerkmal vor. „Aus Anlass“ bedeutet daher, dass die Einbringung der Gesetzesbeschwerde nicht immer zulässig ist. Sie verlangt vielmehr

einen gewissen zeitlichen Zusammenhang mit der Erhebung des Rechtsmittels. Der einfache Gesetzgeber musste daher den Zeitraum für die Möglichkeit der Einbringung der Gesetzesbeschwerde bestimmen. Das fügt sich auch in das System des österreichischen Rechtsmittelrechts allgemein ein, das keine zeitlich unbeschränkten ordentlichen Rechtsmittel kennt.⁵⁴

Vor diesem Hintergrund verbietet sich ein Verständnis des Tatbestandsmerkmals „gleichzeitig“, das in derselben Sekunde meint, was schon *Martin Stefula* erkannt hat. Er hält aber die Einbringung am gleichen Tag für notwendig.⁵⁵ Dieses Verständnis ist mE zu eng und steht mit der verfassungsrechtlichen Ermächtigung „aus Anlass“ nicht im Einklang.⁵⁶

Um die Bedeutung des einfachgesetzlichen Tatbestandsmerkmals „gleichzeitig“ zu ermitteln, ist auf die Funktionalität bzw den Zweck abzustellen: Die Erhebung der Gesetzesbeschwerde soll nicht unbeschränkt möglich sein. Wird die Gesetzesbeschwerde nach dem Rechtsmittel eingebracht, besteht die Gefahr, dass das Rechtsmittelgericht bereits Entscheidungen getroffen hat, die bei Kenntnis von der Einbringung der Gesetzesbeschwerde nicht getroffen hätten werden dürfen (vgl § 62a Abs 6 VfGG).

Durch § 62a Abs 6 VfGG soll verhindert werden, dass das Rechtsmittelgericht Handlungen vornimmt, die mit der Erhebung der Gesetzesbeschwerde in Widerspruch stehen. Es sollen also Handlungen unterbleiben, die später bei einer eventuellen Aufhebung des Gesetzes wieder rückgängig gemacht werden müssten. Diese Unterlassungspflicht kommt dabei vor allem der Partei zugute, die die Gesetzesbeschwerde erhoben hat. Erhebt eine Partei die Gesetzesbeschwerde also nach dem Rechtsmittel, profitiert sie nicht von der Sperrwirkung des § 62a Abs 6 VfGG. Eine Einbringung der Gesetzesbeschwerde nach dem Rechtsmittel kann nur der antragstellenden Partei schaden und ist daher prinzipiell möglich. Das Tatbestandsmerkmal „gleichzeitig“ legt aber schon begrifflich einen gewissen engen zeitlichen Rahmen fest. Einziger normativer Anhaltspunkt sind unter systematischen Gesichtspunkten die Fristen des jeweiligen Rechtsmittels. Berücksichtigt man also dieses soeben aufgezeigte Parteiinteresse und, dass „gleichzeitig“ auf Grund des verfassungsrechtlichen Tatbestandsmerkmals „aus Anlass“ nicht zu eng verstanden werden darf, ist „gleichzeitig“ daher mE als innerhalb der gleichen Frist wie das Rechtsmittel zu verstehen.⁵⁷

Da die Gesetzesbeschwerde innerhalb der gleichen Frist wie das Rechtsmittel eingebracht werden kann, ist es auch zulässig, sie vor dem Rechtsmittel einzubringen. Der VfGH hat daher mE mit einer Zurückweisung bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist zuzuwarten, weil erst ab diesem Zeitpunkt sicher ist, dass die Gesetzesbeschwerde eben nicht aus Anlass eines Rechtsmittels eingebracht wurde.

51 AB 2380 BlgNR 24. GP Entschließungstext.

52 AB 2380 BlgNR 24. GP 9: In den Materialien wurde dazu die „Wiederaufnahme oder andere verfahrensrechtliche Institute“ vorgeschlagen.

53 AA 336 BlgNR 24. GP 3.

54 Vgl auch *Wolfgang Peukert*, Art 6 EMRK, in *Frowein/Peukert* (Hrsg), EMRK³ (2009) Rz 144 mwN. Danach ist die Befugnis einer Generalstaatsanwaltschaft, unbefristet die Aufhebung rechtskräftiger Urteile beantragen zu können, nicht mit Art 6 MRK vereinbar.

55 *Stefula* (FN 32) Zak 2015, 5; *Michael Reiter*, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle im zivilgerichtlichen Verfahren, RZ 2015, 55 (58 f).

56 So auch *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 42.

57 Mit Verweis auf eine „rechtsschutzfreundliche Auslegung“ auch *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 42.



Mit dem hier vertretenen Verständnis von „gleichzeitig“ (§ 62a Abs 1 VfGG) als „innerhalb der gleichen Frist“, wird also nur das Tatbestandsmerkmal „aus Anlass“ in Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG in verfassungskonformer Weise konkretisiert. Die einfachgesetzliche Rechtslage ist daher verfassungskonform so zu verstehen, dass die Gesetzesbeschwerde während der laufenden Rechtsmittelfrist eingebracht werden kann.

V. ANTRAGSBERECHTIGUNG

Die Gesetzesbeschwerde gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG dient der Abwehr der „Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes“. Wann gilt nun aber ein Gesetz als angewendet iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG? Und eng verknüpft damit: Wann kann eine Partei behaupten, in ihren Rechten verletzt zu sein?

Nach dem Antrag des Verfassungsausschusses⁵⁸ sollte Art 140 Abs 1 lit d B-VG lauten:

„Der Verfassungsgerichtshof erkennt über die Verfassungswidrigkeit (1.) von Gesetzen [...] (d) auf Antrag einer Partei einer von einem ordentlichen Gericht entschiedenen Rechts-sache, die durch die Entscheidung dieses Gerichts wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet

aa) aus Anlass der Erhebung eines der Partei gegen die Entscheidung eines in erster Instanz zuständigen ordentlichen Gerichtes zustehenden Rechtsmittels oder

bb) nach Erlassung der Entscheidung eines in zweiter Instanz zuständigen ordentlichen Gerichtes, wenn der Partei die Stellung eines Antrages gemäß sublit. aa nicht zumutbar war;“.

In der Begründung des Entwurfs wurde als typische Situation, in der die Erhebung der Gesetzesbeschwerde „nicht zumutbar“ (sublit bb) ist, der Fall skizziert, in dem eine Partei in erster Instanz voll obsiegt. Nach der Entscheidung zweiter Instanz sollte dann die Gesetzesbeschwerde immer noch erhoben werden können, wenn die Partei in zweiter Instanz verliert und behauptet, durch die zweitinstanzliche Entscheidung aufgrund der Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein. Die Erhebung der Gesetzesbeschwerde nach dem erstinstanzlichen Urteil wäre dem in erster Instanz voll Obsiegenden nicht zumutbar.⁵⁹

Schon dieser Entwurf beruhte aber mE auf einem Irrtum. Gemäß sublit aa war die Gesetzesbeschwerde „einer Partei [...], die durch die Entscheidung dieses Gerichts wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet [...], aus Anlass der Erhebung eines der Partei [...] zustehenden Rechtsmittels möglich“. Der Wortlaut berechnete eindeutig nur die Partei, die ein Rechtsmittel erheben konnte, die also durch die erstinstanzliche Entscheidung in ihren Rechten verletzt war. Der voll obsiegenden Partei war es demgegenüber gemäß sublit aa nicht „nicht zumutbar“, die Gesetzesbeschwerde zu erheben, sondern mangels (formeller) Beschwer nicht möglich. Der in den Materialien beschriebene Beispielfall war also eigentlich vom Begriff der Zumutbarkeit gar nicht erfasst.

Durch einen Abänderungsantrag wurde Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG von seinen sublit aa und bb befreit. Dadurch sollten die Gründe, aus denen die Gesetzesbeschwerde möglich ist, zusammengefasst werden. Die soeben aufgezeigte Unzumutbarkeitsklausel wurde richtigerweise entfernt. Die Begründung des Abänderungsantrags liest sich jedoch kryptisch und wirft neue Fragen auf:

Die Antragstellung soll demnach nicht bloß dem Rechtsmittelwerber möglich sein, sondern auch dessen Gegner. Weiters wird gefordert, „dass nicht bloß jene Partei antragsbefugt ist, die das Rechtsmittel erhoben hat, sondern alle Parteien des Verfahrens, insb auch jene, die aufgrund einer möglichen abweichenden zweitinstanzlichen Entscheidung aufgrund des Rechtsmittels negativ betroffen sein kann“.⁶⁰

Der Begründung des Abänderungsantrags zufolge könnte die Gesetzesbeschwerde unter Umständen auch vom in erster Instanz voll Obsiegenden erhoben werden. Dazu müsste der Obsiegende eine potentielle Verletzung durch die Entscheidung der zweiten Instanz behaupten, die durch die potentielle Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes entstehen könnte. Ob dieser im Abänderungsantrag geäußerte Wunsch sich im Verfassungstext widerspiegelt, ist mE fraglich:

Benjamin Kneihls geht im Gefolge des Abänderungsantrags davon aus, dass befürchtete Rechtsverletzungen durch die Anwendung verfassungswidriger Gesetze vom Rechtsmittelgericht ebenfalls zur Erhebung der Gesetzesbeschwerde berechtigen. Die Anwendung der verfassungswidrigen und verletzenden Gesetze muss nach seiner Ansicht aber nicht potentiell, sondern denkmöglich sein.⁶¹ Das Erstgericht muss die denkmögliche Rechtsverletzung nur verursacht haben.⁶²

Der Wunsch in der Begründung des Abänderungsantrags und die Ansicht von Kneihls vernachlässigen aber die Systematik des Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG. Fraglich ist mE schon, ob sich die potentiell/denkmöglich verletzende potentiell/denkmögliche Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes überhaupt noch im Begriffshof des Wortlauts befindet. Dieser bestimmt, dass eine Person die Gesetzesbeschwerde erheben kann, „die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet“. Potentielle oder denkmögliche Anwendungen oder Verletzungen finden sich im Verfassungstext aber nicht. Es lässt sich hier mE die Parallele zum wortgleichen Individualantrag gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG ziehen, der auch nur dann zulässig ist, wenn eine aktuelle und nicht eine bloß potentielle Betroffenheit vorliegt.⁶³

Zusätzlich spricht die Systematik des Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG gegen eine Erweiterung des Wortlauts auf Denkmögliches oder Potentielles. Der Text fordert eine „von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedene[n] Rechtssache“. In unmittelbarem Zusammenhang findet sich die Voraussetzung der „Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes“, die in Kombination mit der Behauptung einer Rechtsverletzung die

⁶⁰ AA 336 BlgNR 24. GP 3.

⁶¹ Kneihls (FN 27) 273 f; ders (FN 5) ZfV 2015, 42 f.

⁶² Kneihls (FN 5) ZfV 2015, 42.

⁶³ Walter Berka, Verfassungsrecht⁶ (2013) Rz 1089; Kneihls (FN 27) 267; Öhlinger/Eberhard (FN 2) Rz 1023.

⁵⁸ AB 2380 BlgNR 24. GP.
⁵⁹ AB 2380 BlgNR 24. GP 8 f.

Gesetzesbeschwerde ermöglicht. Der Schluss liegt daher nahe, dass die Anwendung des verfassungswidrigen Gesetzes in der entschiedenen Rechtssache vorliegen muss. Nur wenn man die Begriffe „Anwendung“ und „in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet“ isoliert vom restlichen Normtext betrachtet und dem Satzgefüge der Bestimmung keine Beachtung schenkt, kann man die Gesetzesbeschwerde bei potentiell/denkmöglich verletzenden Anwendungen verfassungswidriger Gesetze zugehen.

ME steht daher die Gesetzesbeschwerde gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG nur dem zu, der durch unmittelbare Anwendung eines Gesetzes (in der erstinstanzlich entschiedenen Rechtssache) konkret in seinen Rechten (durch die entschiedene Rechtssache) verletzt zu sein behauptet.⁶⁴ Das ergibt sich aus der Parallele zum Individualantrag und der Systematik des gesamten Wortlauts. Der Verfassungstext gibt demzufolge nur dem Rechtsmittelwerber die Befugnis, die Gesetzesbeschwerde zu erheben. Dem voll obsiegenden Rechtsmittelgegner hingegen steht mangels Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes und mangels Möglichkeit, eine Verletzung zu behaupten, die Gesetzesbeschwerde nicht zu.

Wie ist das nun einfachgesetzlich umgesetzt? Richtigerweise antragsbefugt ist gemäß § 62a Abs 1 VfGG nur der Rechtsmittelwerber, was *Bernhard Müller* und *Artur Schuschnigg* als verfassungswidrig erachten.⁶⁵ Dass der voll obsiegende Rechtsmittelgegner keine Möglichkeit hat, die Gesetzesbeschwerde zu erheben, entspricht aber – wie soeben dargelegt – Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG.

Beim teilweise obsiegenden Rechtsmittelgegner ist der Fall auch unproblematisch. Dieser hat ja selbst die Möglichkeit, ein Rechtsmittel und innerhalb der gleichen Frist die Gesetzesbeschwerde zu erheben. Erhebt der teilweise obsiegende Rechtsmittelgegner selbst kein Rechtsmittel, ist ihm mit *Stefula* entgegenzuhalten, dass er sich durch die Entscheidung nicht beschwert, also nicht in seinen Rechten verletzt fühlt und die Entscheidung „im Ergebnis für richtig“ hält.⁶⁶ Will jemand, der aufgrund eines verfassungswidrigen Gesetzes nur teilweise obsiegt, diese Verfassungswidrigkeit geltend machen, muss er also ein Rechtsmittel erheben. Erhebt er kein Rechtsmittel, verliert er seine Legitimation, die Gesetzesbeschwerde einzubringen. Die Gesetzesbeschwerde steht also nur dem zu, dem ein Rechtsmittel offensteht und der dieses auch erhebt.

⁶⁴ So wohl auch *Bertel* (FN 5) JRP 2013, 277 f.

⁶⁵ *Müller* (FN 6) *ecolex* 2015, 32 f.; *Artur Schuschnigg*, Die neue Gesetzesbeschwerde, SWK 2014, 1508 (1509). *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 43 f., hingegen hält den Ausschluss des Rechtsmittelgegners für mit dem Verfassungstext vereinbar. Das überrascht insofern, als seiner Ansicht nach die Erhebung der Gesetzesbeschwerde (wie oben ausgeführt) gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG bei denkmöglich verletzender Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes möglich sein soll. Wenn man nun aber dem Verfassungstext diese Bedeutung unterstellt, würde ein pauschaler Ausschluss des Rechtsmittelgegners unmittelbar Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG widersprechen und wäre somit verfassungswidrig, wenn dieser durch eine denkmögliche Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes denkmöglich in seinen Rechten verletzt wäre. Der Ausschluss des Rechtsmittelgegners in § 62a Abs 1 VfGG ist aber mE verfassungskonform, weil dieser schon durch Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG vorgegeben ist (siehe oben).

⁶⁶ *Stefula* (FN 32) Zak 2015, 6; So wohl auch *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 44, mit dem Verweis darauf, dass im österreichischen Rechtssystem „nur derjenige etwas bekommt, der es verlangt“.

VI. IN ERSTER INSTANZ ENTSCHEIDENE RECHTSSACHE

Bei folgenden Fallkonstellationen erscheint das soeben Erläuterte aber nicht ganz unproblematisch: Verliert die Partei in erster Instanz und hat das Erstgericht das von der Partei für verfassungswidrig erachtete Gesetz angewendet, so kann diese Partei Gesetzesbeschwerde erheben. Gewinnt die Partei erstinstanzlich, weil das von ihr für verfassungswidrig erachtete Gesetz nicht angewendet wurde und verliert sie dann in zweiter Instanz, weil das von ihr als verfassungswidrig beurteilte Gesetz angewendet wird, steht ihr die Gesetzesbeschwerde nicht zu. Gegen die erstinstanzliche Entscheidung kann die Partei die Gesetzesbeschwerde nicht erheben, weil ihr die Beschwer und damit die Rechtsmittellegitimation fehlt. Gegen die zweitinstanzliche Entscheidung kann sie die Gesetzesbeschwerde nicht erheben, weil die Gesetzesbeschwerde nur „aus Anlass eines gegen diese (nämlich die erstinstanzliche) Entscheidung erhobenen Rechtsmittels“ zusteht.

Das gleiche Problem kann es bei Entscheidungen des OGH geben: Die Partei obsiegt in den Unterinstanzen, weil diese das verfassungswidrige Gesetz nicht anwenden. Die obsiegende Partei kann also mangels Beschwer die Gesetzesbeschwerde nicht erheben und muss es hinnehmen, dass der OGH das verfassungswidrig erachtete Gesetz anwendet.⁶⁷

Telos der Einführung der Gesetzesbeschwerde ist es, Parteien von der Gunst der Gerichte unabhängig zu machen.⁶⁸ Die eben aufgezeigte Differenzierung ist daher schwer nachvollziehbar. Wesentliches Argument für die Einführung der Gesetzesbeschwerde in ihrer geltenden Form schon gegen erstinstanzliche Entscheidungen ist (neben politischen Kompromissen) mE die Rechtssicherheit.⁶⁹ Eine Differenzierung zwischen erster und zweiter Instanz⁷⁰ scheint auch aus diesem Grund nicht nachvollziehbar.

Keinesfalls ist die Gesetzesbeschwerde gegen Entscheidungen, gegen die kein Rechtsmittel offensteht, sowie gegen Entscheidungen des OGH möglich. Wollte man die Gesetzesbeschwerde in diesen Fällen zulassen, müsste man sowohl das Tatbestandsmerkmal „in erster Instanz“ als auch die Wendung „aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels“ umdeuten. Das ist aber nicht im Sinne des Verfassungsgesetzgebers. Durch die Einführung der Gesetzesbeschwerde in dieser Form hat er sich entschieden, dem OGH und auch den in zweiter Instanz entscheidenden Gerichten ein erhöhtes Vertrauen bezüglich ihrer verfassungskonformen Tätigkeit entgegenzubringen. Diese Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers ist zu respektieren, auch wenn dadurch Inkonsistenzen im Rechtsschutzsystem entstehen. Diese Inkonsistenzen im Verfassungstext sind keinesfalls planwidrige Lücken, wie die Entstehungsgeschichte des Grundkonzepts der Gesetzesbeschwerde zeigt.⁷¹

⁶⁷ Und nicht gem Art 89 B-VG vorlegt.

⁶⁸ *Müller* (FN 6) *ecolex* 2015, 30 f.

⁶⁹ Grundsätzlich dazu *Stelzer* (FN 5) 570 ff.

⁷⁰ Sofern gegen die zweitinstanzliche Entscheidung noch ein Rechtsmittel möglich ist. Vgl nur § 502 Abs 2 ZPO.

⁷¹ *Gerhard Kuras*, Das Revisionsmodell der ZPO, in FS 50 Jahre Österreichische Juristenkommission (2014) 351 (357 ff); StenProtNR 13. 6. 2013, 207, 24. GP 124 f (*Gerstl*).



Um eine analoge Anwendung der Gesetzesbeschwerde auf jene Fälle, in denen noch ein Rechtsmittel zusteht, zu begründen, müsste eine Planwidrigkeit im Konzept des Gesetzgebers nachgewiesen werden. Problematisch dabei ist aber, dass die Begründung einer planwidrigen Lücke in einer Frage, die über die letzten Jahre derart heiß diskutiert wurde, erheblicher Kreativität bedarf.⁷²

Ebenfalls ein Hinweis dafür, dass keine planwidrige Lücke vorliegt, ist die Tatsache, dass die „Unzumutbarkeitsklausel“ aus dem ursprünglichen Entwurf entfernt wurde.⁷³ Fand sich in diesem noch die Möglichkeit, in Fällen der (wenn auch falsch verstandenen – siehe oben) Unzumutbarkeit auch gegen zweitinstanzliche Entscheidungen vorzugehen, wurde diese Ausnahme explizit gestrichen.⁷⁴

Für eine Analogie, auch gegen zweitinstanzliche Entscheidungen, gegen die ein Rechtsmittel möglich ist, die Gesetzesbeschwerde zuzulassen, besteht mE daher kein Raum.⁷⁵ Rechtspolitisch ist die Beschränkung auf erstinstanzliche Entscheidungen aber jedenfalls zu hinterfragen.

VII. AUSLEGUNG

Problematisch ist mE, dass die angefochtene Norm von unterschiedlichen Gerichten, nämlich dem VfGH einerseits und den ordentlichen Gerichten andererseits, ausgelegt werden muss. Dadurch können in bestimmten (wenngleich vielleicht nicht besonders häufigen) Konstellationen unbefriedigende Ergebnisse entstehen: Eine Partei erhebt die Gesetzesbeschwerde, weil sie die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes behauptet. Der VfGH hat daraufhin das Gesetz auszulegen. Der VfGH hebt das Gesetz nicht auf, weil er eine verfassungskonforme Interpretation für möglich hält. Das Gesetz bleibt also im Normenbestand – wie die ordentlichen Gerichte das Gesetz in der Folge auslegen, bleibt vorerst offen.

Eine Bindung der ordentlichen Gerichte an die Auslegung des VfGH ist nicht vorgesehen. § 528b Abs 3 ZPO legt nur fest, dass das Rechtsmittelgericht an den Spruch des VfGH gebunden ist, also daran, dass das Gesetz entweder verfassungswidrig ist oder nicht.⁷⁶ Die ordentlichen Gerichte sind also nicht an die verfassungskonforme Auslegung des VfGH gebunden.⁷⁷

Das führt dazu, dass dem Antragsteller mit Erkenntnis des VfGH mitgeteilt wird, dass das Gesetz nicht verfassungswidrig ist – also nicht aufgehoben wird, weil eine verfassungskonforme Interpretation möglich ist. Das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten wird dann fortgesetzt. Da die ordentlichen Gerichte nicht an die (verfassungskonforme) Auslegung des VfGH ge-

bunden sind, sind Konstellationen denkbar, in denen die ordentlichen Gerichte zu einer – gemessen an der Rechtsansicht des VfGH – nicht verfassungskonformen Interpretation kommen. In diesem Szenario steht der Antragsteller am Ende des Tages mit einem rechtskräftigen Urteil da, das der Auslegung des VfGH widerspricht und die angewendete gesetzliche Bestimmung verfassungswidrig erscheinen lässt, zumal in solchen Konstellationen wohl regelmäßig davon auszugehen sein wird, dass der VfGH unter Zugrundelegung der von den ordentlichen Gerichten vertretenen Interpretation die anzuwendende gesetzliche Bestimmung aufgehoben hätte.

Der Verfassungsgesetzgeber wollte keine Beschwerde gegen Entscheidungen der ordentlichen Gerichte einführen, sondern nur die allgemeine Normenkontrolle erweitern. Deshalb sind solche Konstellationen – mögen sie auch inkohärent erscheinen – angesichts der geltenden Rechtslage nicht zu vermeiden. Verfassungswidrige Gesetze sollen aus dem Normenbestand entfernt werden, verfassungswidrige Urteile können vom VfGH nicht aufgegriffen werden.

Dass dadurch aber eines der Ziele der Einführung der Gesetzesbeschwerde ausgehöhlt wird, lässt sich nicht leugnen. Zur Erinnerung: Einer der Gründe für die Einführung der Gesetzesbeschwerde war, Parteien die Möglichkeit zu geben, verfassungswidrige Gesetze zu bekämpfen und sie so von der Gunst der ordentlichen Gerichte unabhängig zu machen. Ist ein Gesetz nicht verfassungskonform auslegbar, wird das Ziel auch erreicht. Die Partei hat es in der Hand, mit einer Gesetzesbeschwerde die Aufhebung dieses Gesetzes zu initiieren. Wird das Gesetz nicht aufgehoben, weil der VfGH eine verfassungskonforme Interpretation für möglich hält, ändert sich für sie aber in weiterer Folge nichts. Sie sind machtlos, weil sie gegen eine nicht verfassungskonforme Interpretation bzw durch eine Interpretation, die nicht der verfassungskonformen Interpretation des VfGH entspricht, durch die ordentlichen Gerichte nicht vorgehen können.⁷⁸

Es bleibt die Hoffnung, dass Auslegungen des VfGH berücksichtigt werden. Bindung besteht freilich keine. Praktisch kann die Nichtberücksichtigung der verfassungskonformen Interpretation durch den OGH in der Folge zur Aufhebung führen.⁷⁹

Eine Lösung für den Großteil der eben beschriebenen Situationen bietet mE *Kneihls* an,⁸⁰ indem er die verfassungskonforme Interpretation weitgehend ablehnt: „*Ein Gesetz ist unter anderem dann als verfassungswidrig iSd Art 140 B-VG anzusehen, wenn diese Konsequenz nur durch seine verfassungskonforme Interpretation vermeidbar wäre.*“⁸¹ Ist die Verfassungskonformität eines Gesetzes nur durch verfassungskonforme Interpretation zu erreichen, müsste der VfGH ein solches Gesetz aufheben. An eine solche Aufhebung wären die ordentlichen Gerichte dann freilich gebunden und das Spannungsverhältnis zwischen

⁷² Freilich kann man in diesem Zusammenhang noch ins Treffen bringen, dass der Verfassungsgesetzgeber nicht sehenden Auges gegen den von ihm statuierten Gleichheitssatz verstoßen soll. Da die Beschränkung der Gesetzesbeschwerde auf erstinstanzliche Entscheidungen aber nicht als gesamtänderndes Element gesehen werden kann, ist ein Verstoß gegen den im gleichen Rang befindlichen Gleichheitssatz wohl unproblematisch.

⁷³ Siehe oben V.

⁷⁴ AA 336 BlgNR 24. GP 1.

⁷⁵ So wohl auch *Bußjäger* (FN 38) JBl 2015, 152.

⁷⁶ *Stefula* (FN 32) Zak 2015, 8, meint, dass der Begriff Spruch eng auszulegen ist, um zu dem eben beschriebenen Ergebnis zu kommen. ME umfasst aber schon der Begriff Spruch nur die Entscheidung über die Verfassungskonformität. So wohl auch *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 47.

⁷⁷ *Benjamin Kneihls*, Wider die verfassungskonforme Interpretation, ZfV 2009, 354 (357 f).

⁷⁸ Der Unterschied zur Rechtslage vor der Einführung der Gesetzesbeschwerde ist allerdings, dass ein Erk des VfGH vorliegt, das explizit klarstellt, dass eine bestimmte Auslegung verfassungswidrig ist. Wählen die ordentlichen Gerichte dann genau diese verfassungswidrige Auslegung, wäre das wohl auch der Allgemeinheit schwer vermittelbar.

⁷⁹ Vgl die Rsp des OGH zu § 268 ZPO und die anschließende Aufhebung durch den VfGH, 12. 10. 1990, 73/89.

⁸⁰ *Kneihls* (FN 78) ZfV 2009, 357 ff.

⁸¹ *Kneihls* (FN 78) ZfV 2009, 355.

der Auslegung durch die ordentlichen Gerichte und durch den VfGH wäre weitgehend entschärft.⁸²

VIII. VERFAHRENSAUSNAHMEN

Dem einfachen Gesetzgeber wurde durch Art 140 Abs 1a B-VG die Möglichkeit gegeben, bestimmte Materien von der Gesetzesbeschwerde auszunehmen. Ein Problemfeld eröffnet sich dabei durch den sehr weitgehenden Ausnahmenkatalog des § 62a Abs 1 VfGG. Der Verfassungstext spricht davon, dass in den Verfahren die Gesetzesbeschwerde ausgeschlossen werden soll, in denen eine solche Ausnahme zur Erreichung des Verfahrenszwecks erforderlich ist. Erforderlich ist nach den Materialien als unerlässlich zu verstehen.⁸³ Der einfache Gesetzgeber soll also dann Ausnahmen schaffen können, wenn die Gesetzesbeschwerde vor allem aufgrund der Verzögerung, die notwendigerweise damit einhergeht, den Zweck des Ausgangsverfahrens vereitelt. Es soll also klar sein, dass die Möglichkeit, Ausnahmen zu schaffen „nicht zur Aushöhlung der Gesetzesbeschwerde führen darf“.⁸⁴

Beispielhaft wurden das Insolvenz- oder Exekutionsverfahren und Verfahren über die öffentlichen Bücher angeführt.⁸⁵ Bezüglich der öffentlichen Bücher wurde richtigerweise⁸⁶ kein Ausnahmetatbestand geschaffen. Der Ausnahmenkatalog geht mE zu weit und ist insoweit verfassungswidrig, weil er auch Verfahren umfasst, bei denen die Ausnahme von der Gesetzesbeschwerde mit dem Zweck des Verfahrens nicht vereinbar, also nicht erforderlich, geschweige denn unerlässlich, ist.⁸⁷ Da der VfGH den Ausnahmenkatalog des § 62a Abs 1 VfGG selbst anzuwenden hätte, hat er bei Bedenken gegen die Verfassungskonformität eines Ausnahmetatbestands selbst ein Normprüfungsverfahren gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit b B-VG einzuleiten.⁸⁸ Dazu müsste freilich zuerst eine Partei eines aus-

genommenen Verfahrens eine (die übrigen Voraussetzungen erfüllende) Gesetzesbeschwerde erheben.

Es soll an dieser Stelle auf zwei Ausnahmen eingegangen werden: § 62a Abs 1 Z 8 VfGG (Insolvenzverfahren) sowie § 62a Abs 1 Z 5 VfGG (Kündigung von Mietverträgen und über die Räumung von Mietgegenständen).

Die Ausnahme des Insolvenzverfahrens findet sich schon in den Materialien zu Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG sowie im Entschließungstext des Nationalrats.⁸⁹ Hintergrund der Ausnahme des Insolvenzverfahrens als Ganzes war, dass im Insolvenzverfahren typischerweise „eine neuerliche Entscheidung auf faktische Unmöglichkeiten stößt“.⁹⁰

Gemäß Art 140 Abs 8 B-VG wurde vom Verfassungsgeber festgelegt, dass im Falle der Aufhebung eines Gesetzes aufgrund eines Antrages gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG eine neuerliche Entscheidung in der Anlassrechtssache möglich sein muss. In den Materialien zum Verfassungstext war vorgesehen, dass diese neuerliche Entscheidung durch „Wiederaufnahme des Verfahrens oder andere adäquate verfahrensrechtliche Institute“⁹¹ möglich sein soll. Der einfache Gesetzgeber hat sich aber nicht für ein Weiterlaufen des Verfahrens vor dem Rechtsmittelgericht mit anschließender Möglichkeit der Wiederaufnahme entschieden. Das Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht soll nunmehr stillstehen, bis das Erkenntnis des VfGH ergangen ist.⁹²

Nur im Fall der Wiederaufnahme können aber faktische Unmöglichkeiten entstehen, die die neuerliche Entscheidung verhindern. Steht das Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht still, dürfen schon gemäß § 62a Abs 6 VfGG nur Handlungen vorgenommen werden, „die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten“. Die Rechtfertigung, das Insolvenzverfahren aufgrund der faktischen Unmöglichkeiten, die der neuerlichen Entscheidung entgegenstehen, auszunehmen, ist mE durch die Entscheidung für einen Stillstand des Verfahrens vor dem Rechtsmittelgericht entfallen.

Auch das Argument, dass (einzelne!) Entscheidungen im Insolvenzverfahren besonders rasch ergehen müssen, rechtfertigt mE nicht die Pauschalausnahme von der Gesetzesbeschwerde. Rechtsmittel gegen Entscheidungen, die im Insolvenzverfahren rasch zu ergehen haben, wie etwa der Eröffnungsbeschluss, haben keine aufschiebende Wirkung (§ 71c IO). Wenn das Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat, ist die Entscheidung, die „rasch zu ergehen“ hat, aber schon ergangen und entfaltet auch die notwendigen Wirkungen. Ohne aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels ist mE das Argument der Notwendigkeit der schnellen Entscheidung nicht gegeben. Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens soll nur überprüft werden, ob die Entscheidung rechtmäßig war. Das Rechtsmittelverfahren hat dann nicht mehr rasch zu erfolgen. Die Pauschalausnahme des Insolvenzverfahrens ist daher nicht erforderlich iSd Art 140 Abs 1a B-VG und als verfassungswidrig aufzuheben.

82 De lege ferenda ist noch auf die Vorschläge von *Matthias Jestaedt*, Die Gesetzesbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof – Verfassungspolitische Anmerkungen, JRP 2013, 110, hinzuweisen. Danach hätte der OGH (also das zuständige Fachgericht) die Kompetenz, einer Norm eine bestimmte Bedeutung zuzumessen. Der VfGH hätte die Kompetenz zu entscheiden, ob diese Norm gegen höherrangiges Recht verstößt. Die Auslegung des Inhalts einer Norm obliegt nach diesem Vorschlag den ordentlichen Gerichten. Will der VfGH der Norm eine andere Bedeutung zumessen, läge darin nicht mehr Rechtserkenntnis, sondern Rechtserzeugung. Der VfGH wäre danach bei der Prüfung der Verfassungskonformität einer Norm an die Auslegung des OGH gebunden und müsste ein Gesetz aufheben, wenn die Auslegung des OGH nicht verfassungskonform ist. Der Gesetzgeber hat sich aber durch das Einführen einer Gesetzesbeschwerde und eben keiner Urteilsbeschwerde und deren Ansiedelung in der ersten Instanz gegen dieses Konzept entschieden. Eine weitere Möglichkeit de lege ferenda besteht in der Normierung einer Bindung der ordentlichen Gerichte an die Auslegung des VfGH. Dadurch wäre dann aber wohl die Gleichrangigkeit der Höchstgerichte durchbrochen.

83 AB 2380 BlgNR 24. GP 9.

84 StenProtNR 13. 6. 2013, 207, 24. GP 123 (*Wittmann*).

85 StenProtNR 13. 6. 2013, 207, 24. GP 123 (*Wittmann*).

86 *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 45.

87 Vgl auch die Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren: BMWFW 7/SN-45/ME XXV. GP 1 f (Aufnahme des § 22 Abs 1 WGG Verfahrens – berücksichtigt, vgl Z 4); *Kopetzki* 3/SN-45/ME XXV. GP 2 ff (Ausnahmenkatalog muss restriktiver sein); ÖGB 4/SN-45/ME XXV. GP 2 (MRG Verfahren soll nicht ausgenommen sein – nicht berücksichtigt); genauso ÖAK 18/SN-45/ME XXV. GP 2; ÖRAK 8/SN-45/ME XXV. GP 2 ff (neuerliche Überarbeitung des Ausnahmenkatalogs); WKO 11/SN-45/ME XXV. GP 2 f (Firmenbuchverfahren – nicht berücksichtigt) ua.

88 So auch *Stefula* (FN 32) Zak 2015, 8.

89 AB 2380 BlgNR 24. GP 9; AB 2380 BlgNR 24. GP Entschließungstext.

90 AB 2380 BlgNR 24. GP 9.

91 AB 2380 BlgNR 24. GP 9.

92 Siehe oben III.



Meines Erachtens ebenfalls verfassungswidrig und daher ganz vom VfGH aufzuheben, ist die Ausnahme in § 62a Abs 1 Z 5 VfGG bezüglich der Kündigung von Mietverträgen und über die Räumung von Mietgegenständen. Zweck fast aller Zivilverfahren ist es, „zu seinem Geld bzw zu seinem Recht zu kommen“, optimalerweise möglichst schnell und bevor der Verfahrensgegner insolvent ist. Warum bei Kündigung von Mietverträgen eine Gesetzesbeschwerde nicht möglich sein soll, bei anderen Dauerschuldverhältnissen aber schon, leuchtet nicht ein. Z 5 ist daher mangels Erforderlichkeit aufzuheben.⁹³

IX. ZUSAMMENFASSUNG

Die Einführung einer Gesetzesbeschwerde per se ist mE zu begrüßen, wenn auch aufgrund einiger Kompromisse im Gesetzgebungsverfahren Inkohärenzen angelegt sind. Diese Inkohärenzen hätte man durch die Einführung der Gesetzesbeschwerde in einer anderen Form sicher umgehen können. An dieser Stelle sollen die rechtsdogmatischen Ergebnisse noch einmal zusammengefasst werden.

- Die Gesetzesbeschwerde kann jeder erheben, der behauptet, durch eine erstinstanzlich entschiedene Rechtssache in seinen Rechten durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes verletzt zu sein. Außerdem muss der Antragsteller gegen die entschiedene Rechtssache ein Rechtsmittel geltend machen.
- Entschiedene Rechtssachen iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG sind Urteile sowie Teilurteile und Zwischenurteile. Beschlüsse sind entschiedene Rechtssachen, sofern es sich nicht bloß um prozessleitende Beschlüsse handelt.
- Rechtsmittel iSd Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG sind Berufung und Rekurs. Wiederaufnahmsklage, Nichtigkeitsklage sowie Wiedereinsetzungsanträge berechtigen nicht zur Antragstellung. Ebenfalls nicht möglich ist die Erhebung der Gesetzesbeschwerde aus Anlass eines Widerspruchs gegen ein Versäumnisurteil und eines Einspruchs gegen einen Zahlungsbefehl.
- Wird die Gesetzesbeschwerde aus Anlass eines Rechtsmittels erhoben, hat dieses zulässig zu sein. Der VfGH ist dabei an rechtskräftige Entscheidungen der ordentlichen Gerichte

⁹³ So auch Stellungnahme ÖVI 17/SN-45/ME XXV. GP 2 und weitgehend *Kneihls* (FN 5) ZfV 2015, 53. So auch *Wolfgang Klicka*, Der Antrag auf Normenkontrolle durch die Verfahrenspartei vor den ordentlichen Gerichten, wobl 2015, 10 (12 f).

über die Zulässigkeit gebunden. Wenn die Zulässigkeit des Rechtsmittels umstritten ist, hat der VfGH die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte abzuwarten. Darüber, ob die Zulässigkeit umstritten ist, müssen die ordentlichen Gerichte den VfGH informieren.

- Gesetzesbeschwerde und (zulässiges) Rechtsmittel sind gleichzeitig einzubringen, wobei gleichzeitig als „innerhalb der Rechtsmittelfrist“ zu verstehen ist. Die Frist zur Einbringung der Gesetzesbeschwerde ist also von der Frist des jeweils erhobenen Rechtsmittels abhängig.
- Antragsberechtigt ist derjenige, der ein Rechtsmittel eingebracht hat, weil nur der behaupten kann, in seinen Rechten verletzt zu sein. Der Antragsteller kann nur gegen Bestimmungen vorgehen, die in der erstinstanzlichen Entscheidung angewendet wurden.
- Antragsberechtigt ist weiters nur derjenige, der ein Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheidungen erhebt. Das ist zwar inkohärent, aber vom Verfassungsgesetzgeber explizit so angeordnet.
- Liegt schlussendlich ein Erkenntnis des VfGH vor, ist es dem Rechtsmittelgericht zuzustellen, welches das Verfahren fortzusetzen hat.
- Bei der Frage, wie die überprüften Gesetze auszulegen sind, können Spannungen entstehen. Interpretiert der VfGH etwa verfassungskonform und hebt das Gesetz deswegen nicht auf, sind die ordentlichen Gerichte an die verfassungskonforme Auslegung des VfGH nicht gebunden. Der Gesetzgeber hat nur eine Bindung an den Spruch normiert.

Interessant wird, inwieweit der VfGH den Ausnahmekatalog des § 62a Abs 1 VfGG interpretiert oder als verfassungswidrig aufhebt. So sind zB die Ausnahmen des Insolvenzverfahrens oder der Verfahren über die Kündigung von Mietverträgen und über die Räumung von Mietgegenständen nicht erforderlich und mE als verfassungswidrig aufzuheben.



Der Autor:

Univ.-Ass. Mag. **Maximilian Harnoncourt**
Institut für Zivil- und Unternehmensrecht
Wirtschaftsuniversität Wien
Welthandelsplatz 1/D3, A-1020 Wien

✉ Maximilian.Harnoncourt@wu.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Maximilian/Harnoncourt

Foto beige stellt

LexisNexis® Onlineshop – Rund um die Uhr für Sie geöffnet!
Literatur versandkostenfrei bestellen unter shop.lexisnexis.at