

# Die präventive Rechtskontrolle in Österreich

**Georg Lienbacher** | *In Österreich üben mehrere Staatsorgane Funktionen der präventiven Rechtskontrolle aus. Sowohl die 1920 eingeführte Verfassungsgerichtsbarkeit als auch die verschiedenen formellen Verfahren spielen in diesem Bereich eine eher marginale Rolle. So stehen etwa dem Bundesrat, der zweiten Kammer, deren Mitglieder vom Landtag des jeweiligen Landes gewählt werden, Einspruchsmöglichkeiten gegenüber Gesetzesbeschlüssen des Nationalrates zur Verfügung, die in der Praxis aber nur geringe Wirkungen zeitigen. Eine ähnlich stumpfe Waffe ist die präventive Kontrolle der Landesgesetze durch die Bundesregierung. Und der Bundespräsident hat das ihm zustehende Recht, die Beurkundung von Bundesgesetzen verweigern zu können, erst 2008 erstmals ausgeübt. Wesentlich effektiver und in der Praxis schlagkräftiger sind verschiedene informelle Begutachtungsverfahren, für die vor allem der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes verantwortlich zeichnet.*

## Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Präventive Rechtskontrolle im Bundesstaat
  - 2.1 Bundesrat
  - 2.2 Mitwirkung der Bundesregierung an der Gesetzgebung der Länder
  - 2.3 Artikel 138 Absatz 2 B-VG – Die Kompetenzfeststellung
- 3 Präventive Gesetzeskontrolle im Rechtsstaat
  - 3.1 Das Beurkundungsrecht des Bundespräsidenten
  - 3.2 Gegenzeichnung und Kundmachung durch den Bundeskanzler
  - 3.3 Begutachtungsverfahren
- 4 Schlussbemerkungen
- 5 Persönliches Nachwort

## 1 Einleitung

Mit meinem Beitrag möchte ich der Bitte der Veranstalter nachkommen und Ihnen einen Überblick über die präventive Rechtskontrolle in Österreich geben.<sup>1</sup> Gestatten Sie mir dazu einige Vorbemerkungen. Angesichts der zur Verfügung stehenden Zeit möchte ich mich auf die Frage der präventiven Gesetzeskontrolle oder besser gesagt, der präventiven Kontrolle von Gesetzesbeschlüssen und Gesetzesentwürfen beschränken. Sie sollen auch angesichts des Tagungsthemas im Zentrum meiner Überlegungen stehen. Die präventive Kontrolle anderer Rechtsakte ist – soweit sie überhaupt existiert – in der Regel kein Gegenstand, der unter rechtlichen Gesichtspunkten entsprechende Berücksichtigung erfährt. Er ist vielmehr Sache interner Verwaltungsabläufe, mit denen keine unmittelbaren nach aussen tretenden Wirkungen verbunden sind.

Ein Blick auf die präventive Gesetzeskontrolle in Österreich zeigt, dass sie eine formelle Komponente, deren Nichtbeachtung Rechtsfolgen nach sich zieht, und eine informelle Komponente ohne Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung aufweist.

Im formellen sanktionsbewehrten Bereich finden sich im Wesentlichen im Zusammenhang mit der bundesstaatlichen Ausgestaltung Anknüpfungspunkte für präventive Gesetzeskontrolle. Aber auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten lassen sich Instrumente formeller Art und informeller Art finden. Ich möchte diesen Gesichtspunkten folgend die wesentlichen Instrumente darstellen, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Die Darstellung soll auch die Frage nach der Effektivität der Instrumente berücksichtigen.

Schliesslich betone ich, dass die effektivste Form der Gesetzeskontrolle ex post bzw. exekutiv stattfindet. Dazu wurde 1920 ein sehr ausgeprägtes System der Verfassungsgerichtsbarkeit, die einen wesentlichen Bestandteil der österreichischen Bundesverfassung darstellt, eingeführt. Diese Art der Verfassungsgerichtsbarkeit ist als logischer Schlussstein in einem gestuften Rechtssystem, das den Zusammenhalt und die Kohärenz der Rechtsordnung gewährleistet, zum Exportschlager für viele Verfassungen geworden, die im 20. Jahrhundert geschaffen wurden.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit steht zwar hier nicht zur Debatte, sie muss aber bei der Darstellung der präventiven Gesetzeskontrollinstrumente mitbedacht und mitberücksichtigt werden, weil sie letztlich nur im gesamtsystematischen Zusammenhang begreifbar werden.

## **2 Präventive Rechtskontrolle im Bundesstaat**

### **2.1 Bundesrat**

Die Mitglieder des Bundesrates als zweiter Kammer im Bundesparlament werden in Österreich nicht direkt vom Volk, sondern vom Landtag des jeweiligen Landes gewählt, dessen Interessen sie auch vertreten sollen (Kelsen/Froehlich/Merkl 1920 (1922), 100 ff.). Die Vertretung der Bundesländer im Bundesrat folgt einer Mischung von arithmetischem und geometrischem Prinzip. Das Land mit der grössten Bürgerzahl entsendet zwölf Mitglieder, jedes andere Land so viele Mitglieder, wie dies dem Verhältnis seiner Bürgerzahl zu der des grössten Landes entspricht. Jedes Land hat aber Anspruch auf mindestens drei Mitglieder. Auch wenn die Mitglieder des Bundesrates die Interessen ihres Landes vertreten sollen, ist ihnen bundesverfassungsrechtlich das freie Mandat garantiert. Sie sind «bei der Ausübung dieses Berufes an keinen Auftrag gebunden».<sup>2</sup> Hinsichtlich ihrer Immunität sind sie den Landtagsabgeordneten gleichgestellt.<sup>3</sup>

Die wichtigste Aufgabe des Bundesrates ist die Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung. In dieser Funktion übt der Bundesrat eine Art präventive Gesetzeskontrolle aus, weil er, von Ausnahmen abgesehen, mit Gesetzesbeschlüssen des Nationalrates unmittelbar nach Beschlussfassung im Nationalrat zu befassen ist.<sup>4</sup> Dem Bundesrat wird ein Gesetzesbeschluss und noch kein fertiges Gesetz zur

Beratung übermittelt. Die Kontrollmöglichkeiten des Bundesrates sind aber wesentlich eingeschränkt. In der Regel kann der Bundesrat, wenn er mit einem Gesetzesbeschluss des Nationalrates nicht einverstanden ist, nur Einspruch erheben. Eine inhaltliche Abänderung oder ein Einspruch, der sich nur auf Teile des Gesetzesbeschlusses bezieht, sind nicht möglich. Im Hinblick auf den Massstab für die Einspruchserhebung ist der Bundesrat völlig frei. Die Erhebung des Einspruches kann daher sowohl ausschliesslich politisch als auch verfassungsrechtlich oder auch regelungssystematisch motiviert sein. Das Einspruchsrecht des Bundesrates ist ein relativ stumpfes Instrument. Es handelt sich dabei um ein sogenanntes suspensives Veto. Der Nationalrat muss sich zwar in der Folge eines solchen Einspruches nochmals mit dem Gesetzesbeschluss auseinandersetzen, es steht ihm aber frei, den Einwendungen des Bundesrates Rechnung zu tragen oder aber einen sogenannten «Beharrungsbeschluss» zu fassen. Damit wird am ursprünglichen Beschluss festgehalten.

Der Beharrungsbeschluss zeichnet sich dadurch aus, dass im Gegensatz zu den regulären Beschlussfassungserfordernissen die Anwesenheit von mindestens der Hälfte anstatt einem Drittel der Mitglieder der Abgeordneten im Nationalrat gegeben sein muss. Mit dem Beharrungsbeschluss kann das Gesetzgebungsverfahren, ohne ein weiteres Mal den Bundesrat befassen zu müssen, fortgesetzt werden. Der Bundesrat kann auch die ihm gesetzte Frist von acht Wochen ohne Einspruch verstreichen lassen oder überhaupt beschliessen, keinen Einspruch zu erheben. In beiden Fällen wird danach das Gesetzgebungsverfahren mit der Beurkundung durch den Bundespräsidenten fortgesetzt. In wenigen Ausnahmefällen hat der Bundesrat ein sogenanntes resolutives Veto, also ein Zustimmungrecht. Im Wesentlichen sind in diesem Zusammenhang Verfassungsbestimmungen von Bedeutung, welche die Zuständigkeiten der Länder in Gesetzgebung oder Vollziehung einschränken und Änderungen der bundesverfassungsrechtlichen Bestimmungen über den Bundesrat (Art. 34 und Art. 35 B-VG). Ebenso hat der Bundesrat auch, um noch einen wesentlichen Punkt zu nennen, Zustimmungsbefugnisse im Zusammenhang mit der Genehmigung von Staatsverträgen gemäss Artikel 50 B-VG, die die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union ändern.<sup>5</sup> Schliesslich ist in diesem Zusammenhang noch erwähnenswert, dass die durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Passerelle-Klauseln der Mitwirkung der nationalen Parlamente bedürfen. Für den Übergang von der Einstimmigkeit zur qualifizierten Mehrheit bzw. für den Übergang von einem besonderen Gesetzgebungsverfahren zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ist die Mitwirkung der nationalen Parlamente vorgesehen. Der Nationalrat kann mit Zustimmung des Bundesrates solche Übergänge verhindern.

Betrachtet man nun dieses Instrument unter dem Gesichtspunkt der Effektivität, so lässt sich festhalten, dass im Hinblick auf eine präventive Gesetzeskontrolle schon alleine der empirische Befund ernüchternd ausfällt. So hat es z.B. zwischen den Jahren 1995 und 2005 überhaupt keinen einzigen Einspruch gegeben. Dies hat unter anderem auch damit zu tun, dass in der Regel die Mehrheitsverhältnisse in den beiden Kammern des Parlaments gleich sind. Nur dann, wenn die Opposition über die Mehrheit im Bundesrat verfügt, werden Einsprüche häufiger erhoben. Selbst diese können aber nur verzögernd und nicht ändernd wirken, ausser es lässt sich die Mehrheit im Nationalrat von den Gründen, die der Bundesrat anzuführen hat, überzeugen.

Ab dem Jahr 2005, in dem die Mehrheiten im Bundesrat gewechselt haben, lassen sich zwar Einsprüche verzeichnen, aber auch ihre Anzahl ist gering, und zum Teil gibt es wiederum Jahre ohne Einsprüche.<sup>6</sup> Die mangelnde Effektivität dieses Instrumentariums der präventiven Gesetzeskontrolle lässt sich wohl am besten vor dem Hintergrund der parteipolitischen Überwölbung des Organs Bundesrat erklären. Die Mitglieder des Bundesrates üben – wie schon angemerkt – ihr Mandat frei aus. Die Landtage, die sie entsenden, können sie verfassungsrechtlich nicht binden. Auf der anderen Seite gehören die Mitglieder des Bundesrates aber jeweils den politischen Parteien an, die den politischen Prozess und damit auch die Beschlussfassung im Nationalrat durch ihre Abgeordneten steuern. Der Einfluss der politischen Parteien auf ihre Abgeordneten ist kein geringer, sodass über diese Schiene die Gleichförmigkeit der Entscheidungsverhältnisse in der Regel hergestellt werden kann. Dies geht so weit, dass die Parteiführung des Landes, die hinter der Entsendung steht, oft weniger Einfluss ausüben kann als die Parteiführung des Bundes. Die Mitglieder des Bundesrates sind in die Entscheidungsprozesse vor Ort in Wien eingebunden, die jeweilige Landeshauptstadt ist weit.

## **2.2 Mitwirkung der Bundesregierung an der Gesetzgebung der Länder**

Ein gleichsam in wesentlichen Punkten komplementär ausgebildetes Instrumentarium hält die Bundesverfassung im Landesgesetzgebungsverfahren durch Beteiligung der Bundesregierung vor. Im Verfahren gemäss Artikel 98 B-VG wird ein Einspruchsrecht der Bundesregierung festgelegt, wonach Gesetzesbeschlüsse der Landtage nach Beschlussfassung im Landtag und vor ihrer Kundmachung vom Landeshauptmann dem Bundeskanzleramt bekannt zu geben sind. Auch der Bundesregierung kommt in diesem Verfahren nur die Möglichkeit zu, ein suspensives Veto einzulegen. Innerhalb von acht Wochen kann die Bundesregierung einen mit Gründen versehenen Einspruch erheben. Der Landtag kann in diesem Fall einen Beharrungsbeschluss fassen, der wiederum im Vergleich zum ursprünglichen Beschluss nur mit einem erhöhten Präsenzquorum von mindestens der

Hälfte der Abgeordneten gefasst werden kann. Kommt ein solcher Beharrungsbeschluss zu Stande, kann das Landesgesetz kundgemacht werden.

Die Bundesregierung kann einen solchen Einspruch nur wegen behaupteter Gefährdung von Bundesinteressen erheben. Dieses Tatbestandsmerkmal in Artikel 98 B-VG ist aber so weit gefasst, dass darunter alle rechtlichen, politischen und wirtschaftlichen Einwendungen subsumiert werden können. Darüber hinaus ist eine Reihe von Gesetzesbeschlüssen der Landtage zustimmungsbedürftig. Die Bundesregierung hat insbesondere ein Zustimmungsrecht, wenn Landesgesetze die Mitwirkung von Bundesorganen vorsehen. Das Gleiche gilt für Landesgesetze, mit denen die bestehende Organisation der Behörden der allgemeinen Verwaltung in den Ländern geändert oder neu geregelt wird. Schliesslich bedarf auch die durch Landesgesetz vorzunehmende Verleihung des Stadtrechtes an eine Gemeinde, wodurch diese auch die Agenden der Bezirksverwaltungsbehörden zu besorgen hat, der Zustimmung der Bundesregierung. Besondere Verfahren sind darüber hinaus im Abgabenrecht der Länder vorgesehen, die hier aber nicht weiter interessieren sollen.

Konkret laufen diese Verfahren so ab, dass der Gesetzesbeschluss des Landtages an den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes übermittelt wird. Dort wird eine entsprechende Prüfung vorgenommen, wobei die Frage der Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsrecht de facto im Vordergrund steht. Kommt der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes zur Auffassung, dass der Landtagsbeschluss im Hinblick auf den bundesverfassungsrechtlichen Rahmen bedenklich ist, schlägt er der Bundesregierung vor, Einspruch zu erheben. Die Bundesregierung kann sich diesem Vorschlag durch Beschluss eines solchen Einspruches anschliessen oder aber die Achtwochenfrist verstreichen lassen. Schliesslich kann sie auch dem übermittelten Landtagsbeschluss ausdrücklich zustimmen, wodurch eine Kundmachung im Landesgesetzblatt sofort möglich wird.

Betrachtet man die Effektivität dieses Instrumentes der präventiven Gesetzeskontrolle der Landtagsbeschlüsse vor ihrer Kundmachung, so wird deutlich, dass es sich auch dabei um eine sehr stumpfe Waffe handelt. In den Jahren 1999 – 2008 wurden lediglich in 0,1% der Fälle Einsprüche erhoben. In 96,2% hat die Bundesregierung den übermittelten Landtagsbeschlüssen zugestimmt, in 3,7% hat ein Fristablauf stattgefunden (Tabelle 1). Alleine diese Zahlen belegen empirisch eindrucksvoll, dass bei der Prüfung und Einspruchserhebung vor allem unter politischen Gesichtspunkten agiert wird, dass aber verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und damit die Frage der Übereinstimmung solcher Gesetzesbeschlüsse mit höherrangigem Recht eine sehr untergeordnete Rolle spielen bzw. nicht zum Tragen kommen, sofern sie sich nicht mit politischen Gesichtspunkten verknüpfen lassen.

**Table 1: Zustimmung und Einsprüche wegen Gefährdung von Bundesinteressen**

Jahr	absolute Zahlen				Prozente			
	Gesamt	Zustimmung	Fristablauf	Einspruch	Gesamt	Zustimmung	Fristablauf	Einspruch
1999	234	214	20	0	100,0%	91,5%	8,5%	0,0%
2000	239	225	14	0	100,0%	94,1%	5,9%	0,0%
2001	522	506	16	0	100,0%	96,9%	3,1%	0,0%
2002	290	272	18	0	100,0%	93,8%	6,2%	0,0%
2003	269	254	14	1	100,0%	94,4%	5,2%	0,4%
2004	227	221	5	1	100,0%	97,4%	2,2%	0,4%
2005	313	309	4	0	100,0%	98,7%	1,3%	0,0%
2006	295	293	2	0	100,0%	99,3%	0,7%	0,0%
2007	270	260	10	0	100,0%	96,3%	3,7%	0,0%
2008	298	291	7	0	100,0%	97,7%	2,3%	0,0%
<b>Summe</b>	<b>2.957</b>	<b>2.858</b>	<b>110</b>	<b>2</b>	<b>100,0%</b>	<b>96,2%</b>	<b>3,7%</b>	<b>0,1%</b>

Quelle: Auszug aus Tabelle G/2 Zustimmungs- und Einsprachspraxis der Bundesregierung, Übersicht der Jahre 1990-2008, in: Institut für Föderalismus (Hrsg.), 33. Bericht über den Föderalismus in Österreich (2008), 478, und eigene Berechnungen.

Ein wesentlicher Grund für diese Ineffizienz besteht unter anderem darin, dass die Bundesregierung mit Einstimmigkeit beschliesst. Die Bundesregierung setzt sich aus Mitgliedern zusammen, die aus den verschiedenen Bundesländern kommen und diesen gegenüber wiederum auf der politischen Ebene sehr oft zu politischer Loyalität verpflichtet sind. Es ist daher nicht nur einmal vorgekommen, dass Vorschläge, einen Einspruch nach Artikel 98 B-VG zu erheben, von einem Minister, der aus dem betroffenen Bundesland kommt, verhindert wurden. Es verwundert daher auch nicht, dass in den jüngeren Staatsreformdiskussionen vorgeschlagen wurde, dieses Instrumentarium aus der Verfassung zu streichen.<sup>7</sup>

Die Zustimmung bei der Mitwirkung von Bundesbehörden von Seiten der Bundesregierung gemäss Artikel 97 Absatz 2 B-VG wird in 97 % der Fälle erteilt. Hier gilt es anzumerken, dass in aller Regel vorher entsprechende Abstimmungen mit den Bundesländern und den fachlich dafür zuständigen Bundesministerien stattfinden, sodass lediglich Landtagsbeschlüsse mit entsprechenden Mitwirkungsbefugnissen von Bundesbehörden im Verfahren nach Artikel 97 Absatz 2 B-VG behandelt werden, die bereits im Vorfeld akkordiert wurden. Ist der Bund nicht bereit, die Mitwirkung von Bundesbehörden zu akzeptieren, weil sie z.B. aufgrund der finanziellen Auswirkungen das Bundesbudget erheblich belasten, kommt es gar nicht zu entsprechenden Bestimmungen in den Landesgesetzentwürfen, die dem Landtag zur Beschlussfassung vorgelegt werden. In der Regel versuchen dann die Länder, andere Vollziehungsformen zu finden, die eine Mitwirkung von Bundesbehörden nicht notwendig machen. Auch darüber gibt die nachfolgende Tabelle, die die Jahre 1999-2008 erfasst und die Praxis der Zustimmung auflistet, be-  
redtes Zeugnis (Tabelle 2).

**Tabelle 2: Zustimmung zu und Verweigerung von Mitwirkung von Bundesorganen**

	Verfahren gemäss Artikel 97 Abs 2 B-VG in den Jahren 1999-2008					
	absolute Zahlen			Prozente		
Jahr	Gesamt	Zustimmung	Verweigerung	Gesamt	Zustimmung	Verweigerung
1999	13	13	0	100,0 %	100,0 %	0,0 %
2000	19	19	0	100,0 %	100,0 %	0,0 %
2001	27	25	2	100,0 %	92,6 %	7,4 %
2002	27	26	1	100,0 %	96,3 %	3,7 %
2003	11	11	0	100,0 %	100,0 %	0,0 %
2004	9	9	0	100,0 %	100,0 %	0,0 %
2005	42	42	0	100,0 %	100,0 %	0,0 %
2006	32	30	2	100,0 %	93,8 %	6,3 %
2007	35	34	1	100,0 %	97,1 %	2,9 %
2008	25	24	1	100,0 %	96,0 %	4,0 %
<b>Summe</b>	<b>240</b>	<b>233</b>	<b>7</b>	<b>100,0 %</b>	<b>97,1 %</b>	<b>2,9 %</b>

Quelle: Auszug aus Tabelle G/2 Zustimmungs- und Einspruchspraxis der Bundesregierung, Übersicht der Jahre 1990-2008, in: Institut für Föderalismus (Hrsg.), 33. Bericht über den Föderalismus in Österreich (2008), 478, und eigene Berechnungen.

### 2.3 Artikel 138 Absatz 2 B-VG – Die Kompetenzfeststellung

Ein weiteres Instrument der präventiven Gesetzeskontrolle im Kontext der bundesstaatlichen Struktur Österreichs ist das sogenannte Kompetenzfeststellungsverfahren, das vor dem Verfassungsgerichtshof geführt wird. Gemäss Artikel 138 Absatz 2 B-VG ist der Verfassungsgerichtshof zur Feststellung berufen, ob ein Akt der Gesetzgebung oder der Vollziehung in die Zuständigkeit des Bundes oder der Länder fällt. Damit sollen präventiv kompetenzrechtliche Streitfragen zwischen Bund und Ländern gelöst werden können, bevor die eine oder andere Gesetzgebungsautorität tätig wird und allenfalls einen kompetenzwidrigen Gesetzgebungsakt erlässt. Obwohl solche Kompetenzfeststellungsverfahren auch im Bereich der Vollziehung geführt werden können, beschränkt sich die praktische Bedeutung dieses Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof im Grossen und Ganzen auf die Staatsfunktion Gesetzgebung. Der Verfassungsgerichtshof entscheidet verbindlich, ob die Zuständigkeit zur Regelung einer bestimmten Angelegenheit dem Bund oder den Ländern zusteht. Bemerkenswert ist, dass der Verfassungsgerichtshof diese Entscheidung in Form eines Rechtssatzes

zusammenfasst. Dieser Rechtssatz ist im Bundesgesetzblatt kundzumachen und bindet damit alle Staatsorgane. Es kommt ihm Erga-omnes-Wirkung zu. Er steht im Verfassungsrang. Diese spezifische Kompetenz bezieht sich lediglich auf Kompetenzstreitigkeiten, andere Verfassungsfragen, die die inhaltliche Verfassungskonformität von in Aussicht genommenen gesetzlichen Regelungen betreffen, dürfen in diesem Verfahren nicht abgehandelt werden.

Die Antragslegitimation steht sowohl der Bundesregierung als auch den Landesregierungen zu. Ein weiteres Spezifikum dieses Verfahrens ist, dass dem Verfassungsgerichtshof jeweils ein Entwurf des in Aussicht genommenen Rechtsaktes, also in der Regel ein Gesetzesentwurf, vorgelegt werden muss.

Fragt man nach der Effektivität dieses Instrumentes der präventiven Gesetzeskontrolle, so kann allein empirisch angemerkt werden, dass seit 1926 72 solcher Rechtssätze im Bundesgesetzblatt kundgemacht wurden. Allerdings hat die Aktivität, Artikel 138 Absatz 2 B-VG-Verfahren anzustrengen, in den letzten Jahrzehnten merklich abgenommen.<sup>8</sup>

### **3 Präventive Gesetzeskontrolle im Rechtsstaat**

Auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten lassen sich bei näherer Betrachtung der österreichischen Bundesverfassung Instrumente entnehmen, die im Dienste der präventiven Gesetzeskontrolle stehen. Verfassungsrechtlich verankert sind das Beurkundungsrecht des Bundespräsidenten einerseits und die Gegenzeichnung und Kundmachungspflicht des Bundeskanzlers andererseits. In informeller Hinsicht ist unter dem Gesichtspunkt der präventiven Gesetzeskontrolle im Rechtsstaat auch die umfangreiche Begutachtungstätigkeit im Vorfeld der Gesetzgebung zu nennen, die allerdings keinerlei verbindliche Wirkungen zu entfalten vermag.

#### **3.1 Das Beurkundungsrecht des Bundespräsidenten**

Gemäss Artikel 47 B-VG ist der Bundespräsident zur Beurkundung von Bundesgesetzen berufen. Er bestätigt mit seiner Beurkundung das verfassungsmässige Zustandekommen eines Bundesgesetzes. Gerade in jüngerer Zeit ist in der Lehre und auch in der Praxis ein Streit darüber ausgebrochen, wie weit das Beurkundungsrecht des Bundespräsidenten reicht. Nach bisheriger Staatspraxis und nach der herrschenden Lehre kommt dem Bundespräsidenten bei der Beurkundung des verfassungsmässigen Zustandekommens nur ein formelles Prüfungsrecht zu. Seine Prüfung beschränkt sich danach darauf, ob das Gesetz, besser gesagt der Gesetzesbeschluss des Nationalrates, der das Bundesratsverfahren durchlaufen hat, in den vorgeschriebenen Verfahren zustande gekommen ist. Daher muss der Bundespräsident das für Gesetze konstitutive Prozedere im Nationalrat und auch

im Bundesrat und insbesondere die Übereinstimmung der entsprechenden Beschlüsse prüfen. Ein materielles Prüfungsrecht dergestalt, dass er inhaltliche Verfassungswidrigkeiten, insbesondere Grundrechtsverstöße oder sonstige Verfassungswidrigkeiten inhaltlicher Art, aufgreifen kann und allenfalls bei Widersprüchen zum Verfassungsrecht die Beurkundung zu verweigern hat, wird in der herrschenden Lehre unter historischen und systematischen Gesichtspunkten bei der Interpretation von Artikel 47 B-VG verneint. Es gibt in der Lehre aber vereinzelt Stimmen, die auch diese Ansicht vertreten. In jüngerer Zeit wird eine vermittelnde Ansicht vertreten, wonach dem Bundespräsidenten das Recht zustünde, die Beurkundung bei offenkundigen und schwerwiegenden Verfassungsverletzungen materieller Art zu verweigern.

Tatsächlich kam es zu Beginn des Jahres 2008 zum ersten Mal zu einer Verweigerung der Beurkundung. Der Bundespräsident hat sich dabei auf eine offenkundige und schwerwiegende materielle Verfassungswidrigkeit im Zusammenhang mit einer Verwaltungsstrafbestimmung berufen, die gegen das Verbot rückwirkender Strafgesetze verstossen hat. Freilich ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass es sich um die Umsetzung(sverpflichtung) einer Unionsrichtlinie handelte, deren Umsetzungsfrist abgelaufen war, und dass der Gesetzgeber offensichtlich, um die Umsetzungsfrist zu wahren, ein rückwirkendes Inkrafttreten von wenigen Tagen in Kauf genommen hat, zumal gerade über die Weihnachtsfeiertage, um die es im konkreten Zusammenhang ging, Verwaltungsübertretungen nicht allzu wahrscheinlich erschienen sind und die Frist kurz war. Auf der anderen Seite konnten damit die unionsrechtlichen Verpflichtungen eingehalten werden. Dass ein Verstoss gegen Artikel 7 EMRK damit verbunden war, ist unzweifelhaft. Ob angesichts dieser spezifischen Verpflichtungen, die dem Gesetzgeber aufgrund der unionsrechtlichen Bindungen auferlegt waren, allerdings von Offenkundigkeit und angesichts der äusserst kurzen Dauer von einer schwerwiegenden materiellen Verfassungswidrigkeit gesprochen werden kann, ist zweifelhaft.<sup>9</sup>

In ähnlicher Weise ist bei Landesgesetzen eine Beurkundung vorgesehen, die in der Regel vom Landeshauptmann bzw. vom Landtagspräsidenten vorgenommen wird.

### **3.2 Gegenzeichnung und Kundmachung durch den Bundeskanzler**

Nach der Beurkundung des Bundespräsidenten hat der Bundeskanzler den Gesetzesbeschluss gegenzuzeichnen und im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Ob dem Bundeskanzler dabei dieselben Prüfungsrechte zukommen wie dem Bundespräsidenten, bzw. ob er an die Beurkundung des Bundespräsidenten gebunden ist, wird in der Lehre diskutiert. Im Allgemeinen wird davon ausgegangen,

dass eine Bindungswirkung der Beurkundung des Bundespräsidenten für den Bundeskanzler bei der Gegenzeichnung und bei der Kundmachung besteht. Freilich hat er darauf zu achten, dass allfällige Fehler, die in diesem Stadium noch auftreten können, vermieden werden (vgl. dazu Walter 1972, 315).

Das Gleiche gilt mutatis mutandis auch für die Gegenzeichnung und die Kundmachungsregeln in den Landesverfassungsgesetzen.

### **3.3 Begutachtungsverfahren**

Im Gegensatz zu den verfassungsrechtlich vorgesehenen Instrumenten der präventiven Gesetzeskontrolle bilden die Begutachtungsverfahren auf Bundes- und Landesebene ein informelles Instrument, das aber in der Praxis ungleich wirksamer erscheint als die geschilderten verfassungsrechtlich verankerten Instrumente. Grob gesprochen werden Ministerialentwürfe, bevor sie der Beschlussfassung in der Bundesregierung und dann als Regierungsvorlage und Gesetzesinitiative im Gesetzgebungsverfahren dem Parlament zugemittelt werden, einem umfangreichen Begutachtungsverfahren unterzogen. In der Regel werden mehr als 250 Stellen mit einer sechswöchigen Begutachtungsfrist unter Aufforderung, zum Ministerialentwurf Stellung zu nehmen, befasst.

Eine wesentliche Rolle kommt dabei dem Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes zu. Diese Einrichtung ist durch eine spezielle Verknüpfung unterschiedlicher Aufgaben gekennzeichnet. Der Verfassungsdienst ist, kurz gesagt, Anwalt der Republik, Gutachter und Legist. Er vertritt die Bundesregierung vor dem Verfassungsgerichtshof insbesondere in Gesetzesprüfungsverfahren, die Republik Österreich in allen Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg und vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg. Er leistet die legistischen Vorarbeiten in den Bereichen Verfassungsrecht, Verwaltungsverfahrensrecht, Medienrecht, Volksgruppenrecht, Vergaberecht usw. Als Gutachter ist er unabhängig und erstellt Expertisen über alle verfassungsrechtlichen Fragen, die von Organen des Bundes, der Länder und der Selbstverwaltungskörper an ihn herangetragen werden. Wichtig im konkreten Zusammenhang ist seine institutionalisierte Einbindung als Gutachter im Gesetzgebungsverfahren. Er überprüft sämtliche Gesetzesentwürfe der Bundesministerien, aber auch solche der Länder, im Hinblick auf ihre Verfassungskonformität und im Hinblick auf legistische Fragestellungen. In dieser Kombination handelt es sich im Vergleich zu anderen um eine einzigartige und unvergleichbare Einrichtung, der eine besondere Funktion im Begutachtungsprozess zukommt. Die Gutachten des Verfassungsdienstes im Gesetzgebungsprozess werden auf der Parlamentshomepage veröffentlicht. Die Reputation des Verfassungsdienstes resultiert aber letztlich nicht so sehr aus seiner Unabhängigkeit in der gutachterlichen Tätigkeit, die von

den Bundeskanzlern der zweiten Republik mehrfach betont wurde. Vielmehr ist es die Autorität der verfassungsrechtlichen Argumente, die dem Verfassungsdienst eine spezifische autoritative Rolle zukommen lässt. Die Unabhängigkeit in Gutachtensfragen wurde angesichts der sonstigen organisatorischen Stellung des Verfassungsdienstes als Sektion des Bundeskanzleramtes und damit als weisungsgebundene Einheit, die direkt beim Bundeskanzler angesiedelt ist, auch in Zweifel gezogen. Letztlich sind es die verfassungsrechtlichen Argumente, die dieser Einrichtung zur allgemeinen Anerkennung und Reputation verhelfen.

Die Veröffentlichung der Stellungnahmen des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramtes auf der Parlamentshomepage hat allerdings auch Auswirkungen auf die Diskussion unter den Bundesministerien bzw. auf die Diskussion zwischen Bundesministerien und Verfassungsdienst. Durch die Veröffentlichung der Stellungnahmen sind in aller Regel verfassungsrechtliche Diskussionen nach dem Begutachtungsverfahren nur mehr unter erschwerten Bedingungen zwischen Bundeskanzleramt und dem betroffenen Bundesministerium möglich. Dies deshalb, weil ständig die Öffentlichkeit und insbesondere die Medien als Diskussionspartner «mit am Tisch sitzen». Die Stellungnahmen des Verfassungsdienstes erfahren daher auch in der Regel eine erhöhte Aufmerksamkeit bei den Oppositionsparteien im Parlament und in der medialen Begleitung von Gesetzgebungsprozessen.

Das hat mitunter zur Folge, dass in mehrfacher Weise Ausweichstrategien verfolgt werden. Zum einen versuchen Bundesministerien bei der Erstellung von Gesetzesentwürfen, bevor sie in Begutachtung gehen, informell mit dem Verfassungsdienst Kontakt aufzunehmen und allfällige verfassungsrechtliche Problemzonen zu orten und diese, wenn möglich, vor dem offiziellen Begutachtungsverfahren auszuräumen. Vereinzelt wurden auch Vorgehensweisen gewählt, das Begutachtungsverfahren zu umgehen. Mittels Initiativantrag im Parlament ist es möglich, all diesen «Widrigkeiten» aus dem Weg zu gehen. Solches kommt – wenn auch nur in Einzelfällen – insbesondere dann vor, wenn der politische Druck, bestimmte Lösungen umzusetzen, sehr hoch ist, ein grosser Zeitdruck besteht und die Lösungen Gefahr laufen, im Begutachtungsverfahren unter anderem auch verfassungsrechtlicher Kritik unterzogen zu werden. Es ist wichtig, anzumerken, dass die Begutachtungstätigkeit des Verfassungsdienstes lediglich auf Fragen der Verfassungskonformität, also auf Justiziabilitätsgesichtspunkte, die letztendlich beim Verfassungsgericht später in einem Gesetzesprüfungsverfahren eine Rolle spielen können, konzentriert ist. Darüber hinaus werden vom Verfassungsdienst auch legitime Fragestellungen sehr stark berücksichtigt.

Betrachtet man diese informelle Schiene der präventiven Gesetzeskontrolle, lässt sich festhalten, dass sie in Anbetracht der vorher genannten Instrumentarien zunächst einmal im grossen Umfang die Gesetzgebungstätigkeit des Bundes und in ähnlicher Form auch die der Länder erfasst. Darüber hinaus lässt sich festhalten, dass formal den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens insbesondere auch des Verfassungsdienstes keinerlei bindende Wirkung zukommt. Materiell haben diese Aussagen aber in aller Regel nachhaltige Auswirkungen. Sie spielen in den Beratungen des parlamentarischen Prozesses eine grosse Rolle. Nicht selten kommt es vor, dass angesichts angemeldeter Bedenken durch den Verfassungsdienst der Leiter des Verfassungsdienstes in den zuständigen parlamentarischen Ausschuss geladen wird und dort unter fachlichen Gesichtspunkten in Anwesenheit des zuständigen und für den Gesetzesentwurf verantwortlichen Bundesministers Rede und Antwort zu stehen hat.

Nicht zu unterschätzen ist die Bedeutung dieses Begutachtungsverfahrens auch deshalb, weil damit ein nahezu flächendeckendes Normenscreening vor dem parlamentarischen Prozess stattfindet, womit erhebliche Rationalisierungsleistungen im Gesetzgebungsverfahren verbunden sind.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass dieses Instrumentarium dem Verfassungsdienst auch Schwierigkeiten bereiten kann. Insbesondere dann, wenn seinen gutachterlichen Aussagen kein Gehör geschenkt wird und Gesetze zustande kommen, ohne die gerügten Mängel zu berücksichtigen, kommt dem Verfassungsdienst die Aufgabe zu, in einem allfälligen Gesetzprüfungsverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof die Bundesregierung als Partei zu vertreten und das beschlossene Gesetz zu verteidigen.

Eine wesentliche Institution ist weiters der Rechts- und Legislativdienst, der in der Parlamentsdirektion angesiedelt ist. Auch diese Stelle kann im Gesetzgebungsprozess um Fachauskünfte gebeten werden. Leider ist sie so ausgestaltet, dass sie weder ein flächendeckendes Screening bzw. eine flächendeckende Beratung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren prästieren kann, noch über eine entsprechende Unabhängigkeit verfügt, die ihr eine allgemeine Akzeptanz im Hinblick auf ihre Arbeiten hinreichend sichert. Schliesslich kann nicht jeder Abgeordnete oder jede Fraktion an den Rechts- und Legislativdienst mit entsprechenden Anfragen herantreten.

Die Frage, ob es nicht klüger wäre, den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes einerseits und den Rechts- und Legislativdienst des Parlaments andererseits zusammenzufassen und als unabhängige Begutachtungsstelle für den Gesetzgebungsprozess zu etablieren, wurde mehrfach gestellt. Letztlich hat sie bis heute keine Antwort erfahren, was zum einen daran liegen mag, dass sich der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes, der diese Aufgaben seit 1919 besorgt,

in einer sehr prägenden Art etabliert hat, sodass er aus dieser Struktur schwer wegzudenken ist. Vor allem scheint die Kombination der spezifischen unterschiedlichen Aufgaben, die ich eingangs geschildert habe, so viele Synergieeffekte mit sich zu bringen, dass bisher an eine Änderung dahingehend, dass die Begutachtungsfunktion herausgebrochen und allenfalls mit dem Rechts- und Legislativdienst des Parlaments vereinigt wird, keine grosses Interesse besteht. Andererseits bräuchte auch ein verstärkter Rechts- und Legislativdienst des Parlaments, der diese Aufgaben wahrnehmen soll, Unabhängigkeit und die Möglichkeit, von allen im Parlament vertretenen Abgeordneten, Fraktionen, Ausschüssen und sonstigen Organen angerufen zu werden. Auch daran scheitern solche gelegentlich angestellten Reformüberlegungen.

#### **4 Schlussbemerkungen**

Wenn man sich nun die von mir geschilderten Instrumente der präventiven Gesetzeskontrolle in Österreich ansieht, zeigt sich in bemerkenswerter Weise, dass die formellen Instrumente in ihrer Effektivität zumindest zum Teil nur bescheidene Ergebnisse zeitigen. Das informelle Instrumentarium hingegen weist in vielen Bereichen bemerkenswerte Effektivität auf. Dies wohl auch deshalb, weil ihnen zwingende Sanktionen fehlen. Dies eröffnet allen am Prozess Beteiligten zum Teil tatsächlich, zum Teil aber auch nur vermeintlich, erhebliche Flexibilität, was aber dennoch in vielfältiger Weise akzeptanzfördernd wirken dürfte. Ob daraus Schlussfolgerungen für die immer wieder und in vielfältiger Weise angestellten Reformüberlegungen gerade auch im Bereich der präventiven Gesetzeskontrolle gezogen werden dürfen, überlasse ich Ihrer Beurteilung.

#### **5 Persönliches Nachwort: Dank und Erinnerung an Heinz Schäffer**

Es ist mir ein großes Bedürfnis, mich für die Einladung der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung zu dieser wissenschaftlichen Tagung ganz herzlich zu bedanken. Ich habe diese Einladung nicht nur als Wissenschaftler gerne angenommen. Ich freue mich, dass ich das auch als neu gewählter Vorsitzender der Österreichischen Gesellschaft für Gesetzgebungslehre tun konnte, zumal die Beziehungen zwischen der SGG und der ÖGGL in den letzten Jahrzehnten immer besonders eng und fruchtbar waren. Diese Beziehungen sind untrennbar mit dem Namen von Heinz Schäffer verbunden. Wie Sie wissen, war mein akademischer Lehrer Heinz Schäffer, den viele von Ihnen persönlich gekannt haben und mit dem viele von Ihnen auch befreundet waren, bis zu seinem so frühen Tod am 1. Dezember 2008 Vorsitzender der ÖGGL. Er war nicht nur innerhalb Österreichs unermüdlich um Gesetzgebungsfragen bemüht. Er hat auch die Kontakte zu den Schwestergesellschaften und hier insbesondere zur SGG intensiv gepflegt und in

vielfältiger Weise vertieft. Sein so früher und unerwarteter Tod hat das Vereinsleben der ÖGGL vorübergehend ruhen lassen. Mit Beginn dieses Jahres wurde mit dem «Schäffer-Gedächtnissymposium» zum Thema «Verfassungsinterpretation in Europa» das Vereinsleben wieder aufgenommen. Im Mai wurden die Vereinsorgane neu gewählt. Ich möchte daher an die SGG die Einladung aussprechen, die intensiven Beziehungen, die in der Vergangenheit mit der ÖGGL gepflegt wurden, wieder aufzunehmen und fortzusetzen. Ich könnte mir eine gemeinsame Tagung sehr gut vorstellen.

*Georg Lienbacher, Prof. Dr., Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht (IOER), Wirtschaftsuniversität Wien; E-Mail: Georg.Lienbacher@wu.ac.at*

#### Anmerkungen

- 1 Der Beitrag basiert auf einem Vortrag im Rahmen der wissenschaftlichen Tagung der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung zum Thema «Rechtsetzung und übergeordnetes Recht. Orientierung und Kontrolle», die am 18. Juni 2010 in Bern stattgefunden hat. Die Vortragsfassung wurde im Wesentlichen beibehalten und lediglich um wenige Anmerkungen ergänzt. Die erste Vorbemerkung meines in Bern gehaltenen Vortrags findet sich nun am Ende des gedruckten Beitrags, als persönliches Nachwort.
- 2 Vgl. Art. 56 Abs. 1 B-VG.
- 3 Vgl. dazu z.B. Berka, Verfassungsrecht (2010) Rz 584ff.
- 4 Die Ausnahmen ergeben sich aus Art. 42 Abs. 5 B-VG, wonach das Geschäftsordnungsgesetz des Nationalrates, Gesetze, mit denen der Nationalrat seine Selbstauflösung beschließt, das Bundesfinanzrahmengesetz und das Bundesfinanzgesetz, das Bundeshaushaltsgesetz und einige weitere mit der Haushaltsführung des Bundes zusammenhängende Bundesgesetze von dieser Ausnahmeregelung erfasst sind. Sie müssen dem Bundesrat nicht zur Mitwirkung im Gesetzgebungsprozess vorgelegt werden.
- 5 Art. 50 Abs. 4 B-VG.
- 6 Im Jahr 2005 wurden elf Einsprüche bei insgesamt 154 gefassten Gesetzesbeschlüssen erhoben. 2006: 19/106, 2007: 0/130, 2008: 2/89 und 2009: 0/150. Vgl. Republik Österreich, Parlament, Jahresstatistiken Bundesrat zugänglich unter: <http://www.parlament.gv.at/SERV/STAT/ALLGSTAT/JahresstatBR.shtml>.

- 7 Vgl. dazu den Entwurf der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform im Bundeskanzleramt, Stand: 11 März 2008, 168/ME XXIII. GP, Art. I Z 25. Siehe auch: Holzinger 2004, S. 182 (183).
- 8 Vgl. die Auflistung bei Lienbacher (Hg.) Schäffer, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Art. 138 B-VG, FN 2.
- 9 Vgl. zu diesen Auseinandersetzungen jüngst Bezemek, «daß in dem betreffenden Beschlusse der Gesetzgeber gesprochen habe» – Die Rolle des Bundespräsidenten im Gesetzgebungsverfahren, in: Lienbacher/Wielinger 2008, S. 89.

#### Literatur

- Berka, Walter, 2008, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. aktual. Aufl., Springer, Wien, New York.
- Holzinger, 2004, Bundesstaatsreform – eine neue Chance? ÖJZ 2004, S. 182/183.
- Kelsen/Froelich/Merkel, 1920, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922).
- Lienbacher, Georg/Wielinger, Gerhart, 2008, Jahrbuch Öffentliches Recht.
- Republik Österreich, Parlament, Jahresstatistiken Bundesrat zugänglich unter: <http://www.parlament.gv.at/SERV/STAT/ALLGSTAT/JahresstatBR.shtml>.
- Walter, Robert, 1972, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System.