



Wien, am 9. Februar 2018

**Gutachten zur Dissertation von Mag. Alexandra Kunesch
„Präjudizialität in der Judikatur des VfGH“**

I. Thema

Die vorliegende, ohne Verzeichnisse 190 Seiten umfassende Dissertation widmet sich der Präjudizialität, also einer im B-VG statuierten Prozessvoraussetzung für die Normprüfung des VfGH. Obwohl in der Praxis ganz zentral, wurde die Präjudizialität bisher wissenschaftlich noch nicht eingehend untersucht: Die Literatur beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die – sehr kasuistische – Rechtsprechung mithilfe von Judikaturformeln überblicksartig darzustellen und punktuell Detailfragen zu erörtern; eine umfassende Analyse der Präjudizialität steht jedoch aus. Umso verdienstvoller ist, dass sich die Autorin dieses Themas annimmt: Dabei interessiert sie zum einen, was das B-VG meint, wenn es die Präjudizialität mit der „Anwendbarkeit“ von Normen in einer bei Gericht anhängigen Rechtssache umschreibt; zum anderen will die Autorin wissen, wie der VfGH diese Prozessvoraussetzung handhabt, dies ausgehend von der These, dass sich der Gerichtshof bei der Zulassung einer Normprüfung auch vom möglichen Ergebnis dieser Prüfung leiten lässt.

II. Gang der Untersuchung und Ergebnisse

1. Im Eingangsabschnitt (S 1-3) erläutert die Autorin Gegenstand und Gang ihrer Untersuchung, um sich sodann den verfassungsrechtlichen Vorgaben und der Problemstellung der Arbeit zuzuwenden (S 5-15). Dazu verortet sie zunächst die einschlägigen Präjudizialitätsregelungen in Art 89 und Art 140 B-VG (alles Gesagte gilt natürlich auch für Art 139 B-VG, der vermutlich aus Gründen der Einfachheit ausgeblendet bleibt) und grenzt ihr Thema im ersten Schritt negativ ab: Die mit der Präjudizialität verbundene Frage, welche Normen mit der präjudiziellen Norm untrennbar zusammenhängen, ist nicht Gegenstand der Arbeit (S 6 f). Im zweiten Schritt referiert die Autorin den Forschungsstand zur Präjudizialität, und zwar aus wechselnden Perspektiven: Zum Teil fokussiert sie auf Autoren (S 8: Rohregger, Aichrei-

ter, Haller, S 10: Spielbüchler), zum Teil auf die Methode ihrer Darstellung (S 9: Erörterung von Fallgruppen), zum Teil auf von ihnen behandelte Teilaspekte der Präjudizialität (S 11 f: Zusammenspiel von Präjudizialität und meritorischem Ergebnis; Verhältnis von Regel und Ausnahme). Der Befund der Autorin ist aus jeder Perspektive gleich: Die Lehre erörtere das Thema zu abstrakt, insb unterlasse sie „konkrete Anlassfälle, konkrete Rechtslagen und konkrete Präjudizialitätsbegründungen gegenüberzustellen“ (S 12) – genau das nachzuholen, macht sich die Autorin zur Aufgabe (S 13-15).

2. Sie analysiert die Judikatur dabei aus zwei verschiedenen Blickwinkeln. Im ersten Teil ihrer Arbeit geht sie von der Annahme aus, nach dem B-VG sei ausschließlich anhand allgemeiner juristischer Handwerksregeln zu beurteilen, wann eine Norm in einer Rechtssache „anzuwenden“ ist (17 f). Lehre und Judikatur scheinen, wie die Autorin feststellt, prima vista auch so vorzugehen, wenn sie nicht nur die Regel als präjudiziell ansehen, sondern auch die Ausnahme, nicht nur das materielle Recht, sondern auch Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften und nicht nur eine Verordnung, sondern auch die Ermächtigung, auf der sie beruht. Diese drei Normpaare ergänzt die Autorin um die Fallgruppe Ausführungsgesetz / Grundsatzgesetz sowie um „alternative Tatbestände“ und unternimmt es dann zu analysieren, wie der VfGH die Präjudizialität in diesen fünf Fallgruppen aus juristisch-handwerklicher Sicht konkret beurteilt (19-88).

2.1. Sie beginnt mit dem Normpaar Verordnung / Verordnungsermächtigung (S 20-28) und arbeitet zunächst eine Grundlinie der Judikatur heraus: Sowohl in amtswegigen als auch in auf Antrag eingeleiteten Normprüfungsverfahren betrachtet der VfGH nicht nur die Verordnung, sondern auch die Verordnungsermächtigung als präjudiziell, wohl weil bei der Prüfung der Verordnung auch ihre gesetzliche Grundlage anzuwenden ist. Das erklärt zugleich, warum die gesetzliche Grundlage nicht isoliert anfechtbar ist: Sie ist eben nur als Prüfungsmaßstab der Verordnung anwendbar; hat der VfGH die Verordnung – da nicht angefochten – nicht zu prüfen, kann er auch die Verordnungsermächtigung nicht anwenden. Folgerichtig hat der VfGH die isolierte Anfechtung einer Verordnungsermächtigung auch in einem Fall zurückgewiesen, in dem noch gar keine Verordnung erlassen und daher auch nicht angefochten war. Aus dieser Linie scheint nur die Entscheidung VfSlg 6431/1971 zu schlagen: Hier prüfte der VfGH amtswegig eine Verordnungsermächtigung, obwohl die Behörde sie noch nicht in Anspruch genommen hatte.

2.2. In der Folge wendet sich die Autorin dem Normpaar Ausführungsgesetz / Grundsatzgesetz zu (S 28-37), das in den hier wesentlichen Punkten dem Normpaar Verordnung / Verordnungsermächtigung gleiche. Deshalb überrasche, dass der VfGH zwar die Anfechtung einer Verordnungsermächtigung gemeinsam mit einer Verordnung zulässt, in zwei Entscheidungen aus 1999 bzw 2001 aber nicht die Anfechtung eines Grundsatzgesetzes neben dem Ausführungsgesetz. Noch inkonsistenter wirke, dass der VfGH die Anfechtung von Grundsatz- und Ausführungsgesetz in zwei früheren Entscheidungen wiederum akzeptiert hat. Dass die Judikatur insoweit keine klare Linie erkennen lässt, wie die Autorin wiederholt feststellt, trifft auf den ersten Blick zwar zu. ME relativiert sich dieses Bild aber, wenn man den Zeitpunkt der Entscheidungen einbezieht. Die Anfechtung einer Verordnung gemeinsam mit der Verordnungsermächtigung hat der VfGH nämlich genau genommen nur ein einziges Mal

zugelassen, und zwar im Jahr 1984. Auf derselben Linie liegen die zwei – aus 1956 und 1992 stammenden – Entscheidungen, in denen der VfGH die Anfechtung von Ausführungs- und Grundsatzgesetz zuließ. Seit 1999 beurteilt der VfGH die Präjudizialität offenbar enger und lässt nur mehr die Anfechtung von Ausführungsgesetzen zu; Gelegenheit, diese strengere Linie auf Verordnungen umzulegen, hatte der VfGH noch nicht. Eine echte Inkonsistenz läge daher mE erst vor, wenn der VfGH bei der 1984 gefällten Entscheidung bliebe, also die Anfechtung von Verordnungsermächtigungen weiterhin gestattete. Solange das nicht geschieht, scheint es plausibler, von einer – ungekennzeichneten – Judikaturänderung auszugehen, die in der Sache auch viel für sich hat: Es ist zwar nicht unvertretbar anzunehmen, dass ein Gericht eine Verordnungsermächtigung bzw ein Grundsatzgesetz „anwendet“, wenn es eine Verordnung bzw das Ausführungsgesetz beim VfGH anfecht. Näher liegt mE aber, dass erst der VfGH den Prüfungsmaßstab anwendet, denn nur er *entscheidet* ja, ob die angefochtene Norm diesem Maßstab entspricht.

2.3. Die nächste Fallgruppe, der sich die Autorin zuwendet, sind Vorschriften über die Zuständigkeit bzw Zusammensetzung von Behörden (S 38-44): Zuständigkeitsregeln sind, wie der VfGH schon dreimal festgestellt hat, präjudiziell, und zwar egal, ob sie von Amts wegen oder auf Antrag geprüft werden. In VfSlg 19.019/2010 akzeptierte der VfGH sogar, dass der VwGH nicht nur eine Vorschrift anfocht, die die Zuständigkeit der belangten Behörde im Anlassfall regelte, sondern zusätzlich eine Regel, die eine – im Anlassfall gerade nicht relevante – Zuständigkeit der nämlichen Behörde normierte. Das ist in der Tat überraschend; anders als die Autorin sehe ich darin aber noch keinen Widerspruch zu den zuvor genannten Entscheidungen. Denn dort war der Anfechtungsumfang von vornherein enger, sodass der VfGH eine ähnlich weit reichende Anfechtung nicht beurteilen musste, sie also auch nicht ausschließen konnte. Eine echte Inkonsistenz deckt die Autorin hingegen zwischen den Entscheidungen VfSlg 12.067/1989 und VfSlg 19.864/2014 auf: Erstere weist einen Antrag des VwGH zurück, der anlässlich eines Bauverfahrens eine gesetzliche Gemeindezusammenlegung anfocht, die sich auf die Zuständigkeit der belangten Gemeindebehörde auswirkte. Demgegenüber ließ der VfGH in der zweiten Entscheidung zu, dass mehrere Bezirksgerichte die verordnungsförmige Zusammenlegung von Bezirksgerichtssprengeln anfochten, die sich auf die Zuständigkeit dieser Bezirksgerichte auswirkte. Wie die Autorin zutreffend bemerkt, lag die zweite Anfechtung zwar etwas „näher“ am Anlassfall; dennoch ist nicht zu sehen, warum die Präjudizialität einer Zuständigkeitsvorschrift davon abhängen sollte, ob sie von der zuständigen Behörde selbst oder erst von der Rechtsmittelbehörde bekämpft wird. Keine klare Linie hat die Judikatur, wie die Autorin weiter zeigt (S 44-51), auch bei der Präjudizialität von Normen, die die Zusammensetzung einer Behörde regeln: Manchmal lässt der VfGH ihre Anfechtung zu, dann wieder nicht; wovon das abhängt, ist vorerst kaum zu erkennen.

2.4. Der nächste Abschnitt erläutert das Normpaar Regel / Ausnahme (S 52-79). Das Fallmaterial dazu ist umfangreich und vielfältig; die Entscheidungen verbindet jedoch, dass sie gleichheitsrechtliche Fragen behandeln. Ob die kritisierte Benachteiligung sich in der Regel findet oder in der Ausnahme, hängt, wie die Autorin eingangs zutreffend darlegt, oft von legerischen Zufällen ab; je nachdem kann der VfGH mehr oder weniger leicht auf den Sitz der Gleichheitswidrigkeit zugreifen. Das zeigt auch die Vielzahl der Entscheidungen, die die Autorin in diesem Abschnitt schildert; dabei referiert sie die Erkenntnisse einmal nach thematischen Gesichtspunkten, dann wieder chronologisch und setzt sie zudem immer wieder zuei-

nander in Beziehung. Diese Erzähltechnik hat den Vorteil, dass alle nur erdenklichen Inkonsistenzen der Judikatur sichtbar werden; dies aber um den Preis, dass man als Leserin nicht ganz leicht den Überblick behält. Zudem drängt sich bei der Lektüre dieser immerhin 25 Seiten langen und nicht weiter untergliederten Fallzahl bald der Eindruck auf, dass die vorgeführten Inkonsistenzen nur scheinbar bestehen, sich aber rasch auflösen würden, wenn man ein Strukturproblem berücksichtigt, das jeder Gleichheitsprüfung immanent ist: Beschwert sich eine Person über eine Gleichheitswidrigkeit, will sie ja entweder in eine begünstigende Norm aufgenommen werden, die auf sie gerade *nicht* anwendbar ist, oder sie will, dass die bloß auf andere anwendbare Begünstigung zumindest beseitigt wird. Oft genug kann der VfGH die beanstandete Gleichheitswidrigkeit dann nur beheben, indem er auf die im Anlassfall gerade nicht einschlägige Vergleichsnorm greift. Bezieht man diese Eigenheit nicht ein, lässt sich die Judikatur kaum ertragreich analysieren bzw sie erscheint – eben weil sie durch eine ungeeignete Brille betrachtet wird – wirklich als undurchschaubares Rätsel; vermutlich wollte die Autorin hier auch nur das besonders eindringlich demonstrieren.

2.5. Ähnliches gilt für die Fallkategorie, die die Autorin zuletzt erörtert: die alternativen Tatbestände (S 79-88). Sie schildert hier fünf Erkenntnisse, in dreien hält der VfGH nur den im Anlassfall anwendbaren Tatbestand für präjudiziell, nicht hingegen alternative Tatbestände, die zur selben Rechtsfolge führen. In den anderen beiden Entscheidungen prüft der VfGH zwei alternative Tatbestände gemeinsam. Die Autorin konstatiert scharfsinnig, dass man die geprüften Tatbestandspaare auch als Regel und Ausnahme reformulieren könnte; umgekehrt hätte man übrigens auch einige in der Rubrik Regel / Ausnahme behandelten Erkenntnisse in die Kategorie der alternativen Tatbestände einordnen können. Im Kern kommt es auf diese Zuordnungen indes nicht an; entscheidend ist, dass der VfGH in diesen beiden Erkenntnissen Ungleichbehandlungen zu beurteilen hatte, einmal aufgrund des Geschlechts, das andere Mal aufgrund der Ehelichkeit: Schon deshalb musste er die für das jeweilige Geschlecht bzw den Geburtsstand getroffenen Tatbestandspaare gemeinsam prüfen. Der „Widerspruch“, den die Autorin zwischen diesen beiden Erkenntnissen und den anderen in diesem Abschnitt geschilderten Entscheidungen sieht, läge mE nur vor, wenn der VfGH auch in den anderen Entscheidungen eine Ungleichbehandlung geprüft hätte; ob das der Fall ist, lässt die Autorin in ihrer Judikaturerzählung hier noch offen.

3. Die leisen Einwände, die sich bei der Lektüre der Fallgruppen Regel / Ausnahme und alternative Tatbestände erheben, lösen sich im zweiten Teil der vorliegenden Dissertation auf. Denn nun wechselt die Autorin die Perspektive und bezieht die verfassungsrechtlichen Bedenken, über die der VfGH zu entscheiden hatte, in ihre Analyse ein, die nun gegenverkehrt verläuft: Sie beginnt, wo der vorige Abschnitt endet, also mit den Fallgruppen Regel / Ausnahme und alternative Tatbestände (S 89-128).

3.1. Alle Entscheidungen des VfGH werden nun neuerlich referiert; was im vorigen Abschnitt noch als Ansammlung rätselhafter Inkonsistenzen erschien, fügt sich nun fast wie von selbst in eine Ordnung. Wie die Autorin sehr luzid zeigt, war die Präjudizialitätsentscheidung des VfGH in den Regel / Ausnahme-Fällen stets davon bestimmt, dass das vorgebrachte Bedenken sich – was für Gleichheitsprobleme eben typisch ist – nicht auf eine Vorschrift beschränkte, sondern auf ihre Relation zu einer anderen Vorschrift. Ob der VfGH die eine oder

die andere Vorschrift oder beide zugleich als präjudiziell ansah, hing oft davon ab, wo in dieser Normrelation er die beste Korrekturmöglichkeit sah: Tendenziell hebt er nur die Ausnahme auf und belässt die Regel. Vereinzelt greift er aber auch auf die Regel, nämlich dann, wenn der Gesetzgeber auf die mehrfache Aufhebung von Ausnahmen nicht durch eine Konsolidierung der verbleibenden und immer unstimmgiger werdenden Normteile reagiert. In VfSlg 19.683/2012 hat der VfGH die kritisierte, für den beschwerdeführenden Steuerberater aber nicht einschlägige Begünstigung von Land- und Forstwirten auch kurzerhand als nicht präjudiziell qualifiziert und damit eine Normprüfung abgeschnitten, wohl, weil er die Begünstigung für unbedenklich hielt. Die Autorin sagt es nicht ausdrücklich, aber mir scheint, dass letztlich nur diese Entscheidung inkonsistent bleibt, weil sie als einzige die Prüfung einer Norm, die der VfGH für unbedenklich hält, mit prozessualer Begründung verweigert. In den anderen Entscheidungen geschieht das anscheinend nicht; der VfGH nützt die Präjudizialitätsentscheidung hier nur, um eine optimale, dh idR eine möglichst schonende Korrektur der erst zu prüfenden Gleichheitswidrigkeit zu ermöglichen.

3.2. Mit Blick auf die Normbedenken kann die Autorin auch die Inkonsistenz aufklären, die der erste Teil bei den alternativen Tatbeständen aufzudecken schien (S 117-128): Die zwei Entscheidungen, in denen der VfGH die alternativen Tatbestände gemeinsam als präjudiziell ansah, behandelten ein Gleichheitsproblem, die drei anderen Entscheidungen nicht: Deshalb hatte der VfGH hier auch keinen Grund, über den im Anlassfall unmittelbar anwendbaren Tatbestand hinaus auf andere Tatbestände zuzugreifen.

3.3. Im nächsten Kapitel widmet sich die Autorin der Präjudizialität von Zuständigkeits- und Zusammensetzungsregeln und ergänzt sie um die Fallgruppe der Verfahrensvorschriften (S 129-159), die im ersten Teil noch nicht vorkommen. Wieder werden fast alle Entscheidungen aus dem ersten Teil referiert, teils kommen neue Entscheidungen hinzu, sie alle werden nun aber mit Blick auf die jeweiligen Normbedenken analysiert. Diese Bedenken stützten sich, wie die Autorin eingangs darlegt, auf verfassungsgesetzlich gewährleistete Organisations- und Verfahrensgarantien, allen voran auf Art 83 Abs 2 B-VG, teils auch auf Art 5 und Art 6 EMRK. Die sodann folgende Judikaturanalyse führt die Autorin zum Ergebnis, dass der VfGH Vorschriften über die Zuständigkeit, die Zusammensetzung und das Verfahren als präjudiziell ansieht, wenn in Frage steht, ob die Anwendung dieser Vorschriften im Anlassfall verfassungsgesetzliche Organisations- und Verfahrensgarantien verletzt. Das liegt, wie die Autorin zutreffend konstatiert, nahe (S 157) und deckt sich ja auch in vielen Fällen mit den Ergebnissen der ersten, aus juristisch-handwerklicher Perspektive vorgenommenen Analyse. Der Mehrwert der zweiten, inhaltsbezogenen Analyse ergibt sich daher primär aus ihrer Eigenschaft, die im ersten Teil festgestellten Inkonsistenzen der Judikatur aufzulösen.

In der Rubrik der Zuständigkeitsvorschriften gelingt das zunächst beim Erkenntnis VfSlg 19.019/2010, das nicht nur die im Anlassfall anwendbare Zuständigkeitsvorschrift als präjudiziell qualifiziert, sondern auch eine Norm, die die Zuständigkeit der belangten Behörde in anderen Fällen regelte. Wie die nun detailliertere Fallerzählung der Autorin zeigt, prüfte der VfGH diese zweite Norm, weil er nur durch ihre Aufhebung die beanstandete Verfassungswidrigkeit beheben konnte: Das erklärt die – prima vista überraschend weit gezogene – Präjudizialität tatsächlich; der Grund dafür scheint mir aber weniger im Prüfungsmaßstab zu liegen als vielmehr in einem rechtstechnischen Problem, nämlich der Korrekturmöglichkeit, die sich ja schon bei Gleichheitsprüfungen als erklärungsmächtig erwiesen hat. Die zweite

Inkonsistenz, die die Autorin in der Präjudizialitätsjudikatur zu Zuständigkeitsvorschriften konstatiert hat, bestand zwischen VfSlg 12.067/1989 (Gemeindezusammenlegung) und VfSlg 19.864/2014 (Zusammenlegung von Bezirksgerichtssprengeln). Dass der VfGH eine Anfechtung im ersten Fall für unzulässig, im zweiten Fall hingegen für zulässig hielt, erklärt die Autorin abermals mit dem jeweiligen Prüfungsmaßstab; ihre Deutung ist sicher vertretbar, wenngleich mir nach wie vor nicht zwingend erscheint, dass ein GemeindestrukturverbesserungsG zur Klärung der Zuständigkeitsfrage nicht anwendbar ist, obwohl es regelt, „die Baubehörde welcher [...] Gemeinde, im Anlassfall zuständig“ ist (S 136).

Auch in der Fallgruppe der Zusammensetzungsregeln hat die Autorin im ersten Abschnitt Judikatur-Inkonsistenzen festgestellt, die sie nun aus der Perspektive des Prüfungsmaßstabes aufzuklären versucht. Tatsächlich werden die Entscheidungen nun wesentlich plausibler; ob dies wirklich durchwegs der Prüfungsmaßstab erklärt, ließe sich noch hinterfragen. Dass der VfGH etwa die Vorschriften über die Zusammensetzung der Schlichtungsstelle in VfSlg 14.634/1996 nicht als präjudiziell ansah, leuchtet nach der Erklärung der Autorin völlig ein, doch liegt dies mE an Zusatzinformationen über den Fall, die man auch schon im ersten Teil hätte verarbeiten können.

3.4. In der Fallgruppe Verordnung / Verordnungsermächtigung betrachtet der VfGH, wie die Autorin im ersten Teil gezeigt hat, grundsätzlich beide Normen als präjudiziell, sofern neben der Verordnung auch die Verordnungsermächtigung bedenklich erscheint. Das lässt sich, wie die Autorin im zweiten Teil (S 160-173) zeigt, auch aus der Perspektive des Prüfungsmaßstabes begründen. Auch die im ersten Teil als inkonsistent ausgewiesene Entscheidung des VfGH, eine Verordnungsermächtigung zu prüfen, obwohl noch keine Verordnung erlassen wurde, klärt sich nun auf, weil die Autorin eine wesentliche Information ergänzt: Der VfGH war der Ansicht, dass der Gesetzgeber die der Behörde per Verordnung überlassene Regelung selbst hätte treffen müssen; dann liegt in der Tat nahe, dass er direkt auf das Gesetz zugreift.

3.5. Während die Autorin im ersten Teil ihrer Arbeit noch die Parallelen zwischen den Normpaaren Ausführungsgesetz / Grundsatzgesetz und Verordnung / Verordnungsermächtigung betont hat, arbeitet sie im zweiten Teil (S 173-184) sehr gut heraus, was diese beiden Normpaare trennt: Die Verordnung steht und fällt mit ihrer gesetzlichen Grundlage; das Ausführungsgesetz kann hingegen auch ohne Grundsatzgesetz existieren. Fehlt ein Grundsatzgesetz oder erweist es sich als verfassungswidrig, macht dies das Ausführungsgesetz nämlich nicht automatisch rechtswidrig. Sodann zeigt die Autorin, dass der VfGH Grundsatz- und Ausführungsgesetz bisher dann gemeinsam geprüft hat, wenn beiden Gesetzen derselbe Makel anhaftete. Dominiert in solchen Fällen aber nicht doch die Parallele zum Normpaar Verordnungsermächtigung / Verordnung? Das Ausführungsgesetz setzt dann die im Grundsatzgesetz angelegte Verfassungswidrigkeit ja nur auf einer konkreteren Stufe um, gerade so wie eine Verordnung die im Gesetz angelegte Verfassungswidrigkeit fortführt. Der Gleichklang, den die Autorin im ersten Teil für die Präjudizialitätsbeurteilung dieser beiden Fallgruppen gefordert hat und den die Judikatur zum Teil auch einlöst, scheint mir hier also durchaus berechtigt; die erst im zweiten Teil hervorgehobenen Unterschiede zwischen den beiden Fallgruppen kommen dagegen, wie mir scheint, nicht wirklich zum Tragen.

Als aufklärungsbedürftige Inkonsistenz verbleiben indes aus dem ersten Teil zwei Entscheidungen (VfSlg 15.576/1999 und 16.244/2001), in denen der VfGH den Antrag des VwGH, ein

Grundsatzgesetz zu prüfen, mangels Präjudizialität zurückgewiesen hat. Die Autorin erklärt auch dies durch „Argumente der meritorischen Entscheidung“: Der VfGH habe die Präjudizialität verneint, weil er das Grundsatzgesetz für unbedenklich hielt (S 183 f). Das ist ein ziemlich schwerer Vorwurf; denn einen Normprüfungsantrag, den der VfGH für unbegründet hält, nicht mit inhaltlicher Begründung ab-, sondern unter dem Vorwand fehlender Präjudizialität zurückzuweisen, wäre doch ganz unvertretbar. Bei näherem Hinsehen geben die beiden Entscheidungen mE keinen Anlass, den VfGH so zu verstehen. Hier wie dort verneint der Gerichtshof die Präjudizialität nämlich zunächst mit der – unabhängig von meritorischen Erwägungen einleuchtenden – Begründung, das Grundsatzgesetz adressiere nur den Ausführungsgesetzgeber und könne daher vom VwGH nicht anzuwenden sein. Sodann bemerkt der VfGH, es sei freilich möglich, dass bei ihm anlässlich der Prüfung des Ausführungsgesetzes Bedenken gegen das Grundsatzgesetz entstehen; dann habe er das Grundsatzgesetz von Amts wegen zu prüfen: Auch das überzeugt unabhängig von meritorischen Erwägungen. Im dritten Schritt erläutert der VfGH, warum er gegen das konkrete Grundsatzgesetz keine Bedenken hegt und sich daher nicht zu einer amtswegigen Prüfung veranlasst sieht. Erst an dieser Stelle werden also meritorische Erwägungen tragend; sie begründen aber nur, warum der VfGH die Norm nicht amtswegig prüft: Er hält sie eben für unbedenklich. Dass das Grundsatzgesetz für ihn nicht präjudiziell sei, sagt der VfGH nicht; und dass dieses Gesetz für den VwGH nicht präjudiziell ist, begründet er wiederum explizit mit der fehlenden Anwendbarkeit des Grundsatzgesetzes für den VwGH, also gerade nicht mit meritorischen Erwägungen. Aufklärungsbedürftiger als diese zwei Präjudizialitätsentscheidungen ist mE ohnedies, warum der VfGH zuvor zweimal die Anfechtung eines Grundsatzgesetzes durch den VwGH zugelassen hat. Die plausibelste Erklärung dafür scheint mir angesichts der zeitlichen Dimension nach wie vor, dass der VfGH die mit diesen beiden Entscheidungen begonnene Judikatur 1999 stillschweigend (und, wie ich finde, aus gutem Grund) revidiert hat. Nebenbei bemerkt, hat diese neue Judikaturlinie auch den Vorteil, dass der VfGH selbst den Prüfungsumfang des Grundsatzgesetzes formuliert, diese heikle und fehleranfällige Aufgabe also dem das Ausführungsgesetz anfechtenden Gericht abnimmt.

4. In den Schlussfolgerungen fasst die Autorin die wesentlichen Ergebnisse ihrer Untersuchung sehr konzise zusammen (S 185-190); sie zieht daraus aber einen scharfen Schluss: Als präjudiziell betrachte der VfGH nur jene Bestimmungen, „hinter denen er auch verfassungsrechtliche Fragestellungen vermutet, die eine eingehendere Betrachtung verdienen. Nur diese Bestimmungen bilden die ‚anzuwendende Norm‘. Damit macht der VfGH letztlich nichts anderes als jedes andere Gericht [gemeint wohl: bei der Anfechtung von Normen]: Er bestimmt eigens darüber, womit er sich beschäftigen oder gerade eben nicht beschäftigen ‚soll‘, und prüft also, was er prüfen will“ (S 189). Vielleicht ist dies nur überpointiert formuliert; nimmt man die Autorin beim Wort, erhebt sie hier aber einen herben Vorwurf, zu dem ihre differenzierte Judikaturanalyse in dieser Schärfe mE keinen Anlass gibt. Sieht man von den Gleichheitsfällen ab, führt die Analyse des ersten und des zweiten Teils nämlich zunächst in vielen Fällen zu denselben Ergebnissen. Die im ersten Teil festgestellten Inkonsistenzen werden im zweiten Teil zudem oft mit Argumenten aufgeklärt, die man ebenso im ersten Teil hätte verarbeiten können. Das gilt mE nicht nur, aber insb für die großen Fallgruppen Regel / Ausnahme und alternative Tatbestände: Wie die Autorin selbst zu Recht betont hat, ist der Ge-

genstand einer Gleichheitsprüfung wesensgemäß – und daher gerade unabhängig von den konkreten meritorischen Bedenken – eine Normrelation. Welche Normen der VfGH dann als präjudiziell ansieht – die Regel, die Ausnahme oder beides – hängt, wie die Autorin in ihrer Analyse ebenfalls gezeigt hat, idR doch gerade nicht davon ab, ob der VfGH die Normbedenken teilt, sondern davon, mit welcher Norm er die erst zu prüfende Gleichheitswidrigkeit am besten korrigieren zu können glaubt. Dass der VfGH eine Normprüfung, die er für unergiebig hält, unter dem Vorwand fehlender Präjudizialität verweigert, kommt zwar vor, wie mir scheint, aber doch nur in Einzelfällen, namentlich nicht zB in jenen zwei Entscheidungen, die die Präjudizialität von Grundsatzgesetzen in VwGH-Verfahren verneinen (II.3.5). Ginge der VfGH wirklich so vor, wie die Autorin in ihrer Schlussfolgerung zu sagen scheint, dürfte es zudem kaum je zur Abweisung von Normprüfungsanträgen kommen, weil der VfGH ihm unbegründet erscheinende Anträge dann ja regelmäßig prozessual „abdrehen“ würde. Allein dass Normprüfungsanträge sehr oft abgewiesen werden, zeigt doch, dass der VfGH Normprüfungen auch zulässt, wenn er die Bedenken nicht teilt. Verfährt der VfGH ausnahmsweise anders, setzt er sich – hier ist der Autorin Recht zu geben (S 189) – in Widerspruch zum B-VG. Wie man dazu steht, halte ich – wiederum anders als die Autorin (S 190) – nicht für eine Wertungsfrage: Vom Standpunkt des positiven Rechts ist die Verweigerung einer Sachentscheidung unter prozessualen Vorwänden abzulehnen.

III. Zusammenfassende Beurteilung

1. Schon diese Übersicht zeigt die Vielfalt an anspruchsvollen Problemen, die zu lösen die Autorin mit der vorliegenden Schrift unternommen hat: Das von ihr gewählte Thema wirft schwierige Fragen des Verfassungs- und Verfahrensrechtes auf, die sie anhand einer akribischen Judikaturanalyse veranschaulicht. Wie man diesen problembeladenen Stoff gliedert, liegt keineswegs auf Hand; so sind schon die Systematisierung und der Aufbau der Arbeit eine Herausforderung, die die Autorin aber sehr gut meistert; das gilt für die Gliederung im Großen ebenso wie im Detail: Die Anlage der Arbeit ist scharfsinnig und originell. Gerade wegen der an sich strengen Symmetrie dieser Anlage hätte mich noch interessiert, warum im zweiten Teil bisweilen Entscheidungen besprochen werden, die im ersten Teil nicht erwähnt sind und warum die Verfahrensvorschriften zur Gänze erst im zweiten Teil vorkommen. Umgekehrt hätte ich meinerseits Sympathien gehabt, die strenge Symmetrie dort zu durchbrechen, wo die zwei analytischen Teile zusammenstoßen, nämlich bei den Fallgruppen Regel / Ausnahme und alternative Tatbestände: ME hätte es im ersten Teil genügt, ein paar wenige Schlüsselentscheidungen miteinander zu konfrontieren, um dann im zweiten Teil zu zeigen, dass die Präjudizialitätsentscheidungen des VfGH hier nicht zuletzt von den Korrekturmöglichkeiten im konkreten Fall geleitet sind. Erwägenswert hätte ich auch gefunden, die beiden Fallgruppen zusammenzuführen, da die Grenzen zwischen ihnen, wie die Autorin an einer Stelle selbst treffend bemerkt, fließend sind.

2. Die Autorin hat nicht nur ein Thema übernommen, das zu gliedern anspruchsvoll ist; es ist auch schwer darzustellen, weil eine Fülle komplexer Entscheidungen zu präsentieren ist, die zudem in Beziehung zueinander zu setzen sind: Diese schwierige Aufgabe bewältigt die Autorin sehr gut. Da sie – der Anlage ihrer Arbeit entsprechend – nahezu das gesamte Fallmaterial zweimal referiert, hätte der Text freilich hier und dort durch Straffungen noch zusätzlich

an Klarheit gewinnen können. Im ersten Teil beweist die Autorin ihre Fähigkeit, Inkonsistenzen aufzuspüren; im zweiten Teil zeigt sie, dass sie auch in der Lage ist, zuvor festgestellte Brüche wieder zu kitten. Beide Fähigkeiten – die Dekonstruktion ebenso wie die Harmonisierung – führt sie mit einer derartigen Konsequenz vor, dass sich beim Lesen vermutlich zwangsläufig Widerstand regt: So scheinen mir weder die Inkonsistenzen der Judikatur so extrem zu sein wie im ersten Teil dargestellt, noch glaube ich umgekehrt, dass sich, wie der zweite Teil vorführt, die gesamte Judikatur mit meritorischen Erwägungen auf Linie bringen lässt.

3. Dass die Autorin Schwierigkeiten nicht ausweicht, beweist nicht nur ihre Themenwahl, sondern die Arbeit insgesamt: Sie geht jedem Problem geduldig auf den Grund und informiert bei ihrer Analyse vorbildlich über Judikatur und Literatur; nur die Erkenntnisse VfSlg 15.576/1999 und 16.244/2001 hätte ich, wie erwähnt, anders gelesen. Stets setzt sich die Autorin aber mit Argumenten redlich und tiefgründig auseinander, bezieht zu ihnen klar Stellung und scheut sich keineswegs, eigene Standpunkte zu entwickeln, die durchwegs überzeugend begründet sind. Mit Sicherheit hat sie die wissenschaftliche Durchdringung der Präjudizialitätsjudikatur wesentlich weitergebracht; deshalb ist auch die Publikation dieser Schrift nach gewissen Überarbeitungen zu empfehlen.

4. Dass das vorliegende Gutachten auch hier und dort Ergänzungen anbringt und Nachfragen stellt, ändert nichts an den Stärken der vorliegenden Dissertation, sondern beweist nur, dass sie – wie jede anspruchsvolle und ambitionierte Arbeit – zum Weiterdenken und manchmal auch zum Widerspruch anregt. Insgesamt beurteile ich diese Arbeit mit

Sehr gut



Magdalena Pöschl.