

## I. Einleitung

---

Die Wurzel der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle liegt in der bundesstaatlichen Struktur. In seiner Stammfassung erlaubte das B-VG der Bundes- und der Landesregierung, ein Normenkontrollverfahren zu beantragen, denn: Der VfGH garantierte primär die Einhaltung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Zudem konnte der VfGH selbst von Amts wegen ein Normprüfungsverfahren einleiten. Er sollte nicht dazu genötigt werden, eine verfassungswidrige Bestimmung anzuwenden. Gerichten hingegen ermöglichte das B-VG lediglich, eine Verordnungs-, nicht aber eine Gesetzesprüfung zu begehren. Die Kompetenz, ein Gesetzesprüfungsverfahren zu beantragen, wurde Gerichten erst Stück für Stück zuteil.

Heute ermächtigt das B-VG jedes (Verwaltungs-)Gericht bzw den VwGH, ein Gesetzesprüfungsverfahren zu initiieren. Seit kurzem können auch Parteien einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache ein Normenkontrollverfahren beantragen. Die Wahrung der Kompetenzverteilung ist in den Hintergrund gerückt. Der VfGH prüft die innerstaatliche unterverfassungsgesetzliche Rechtsordnung vielmehr auf ihre Verfassungs- und insbesondere ihre Grundrechtskonformität. In gewissen Fällen ist die Prüfbefugnis des VfGH allerdings abhängig davon, ob die fragliche Norm in einer anhängigen Rechtssache *anzuwenden* ist. Dies gilt für das Verfahren von Amts wegen ebenso wie für Normenkontrollanträge von (Verwaltungs-)Gerichten, vom VwGH sowie von Parteien eines ordentlichen Gerichtsverfahrens: Im Verfahren von Amts wegen darf der VfGH nur jene Normen prüfen, die er in einer anhängigen Rechtssache *anzuwenden* hätte. Analog dazu muss ein Gericht gegen die *Anwendung* einer Norm Bedenken hegen, um ein Normenkontrollverfahren zu beantragen. Und die Partei eines ordentlichen Gerichtsverfahrens hat zu behaupten, durch die *Anwendung* einer verfassungswidrigen Norm in ihren Rechten verletzt zu sein. Rechtsprechung und Lehre bezeichnen diese Einschränkung als „Präjudizialität“. Als eine eigenständige Prozessvoraussetzung grenzt die Präjudizialität den Prüfungsgegenstand des Normenkontrollverfahrens und damit die verfassungsgerichtliche Kontrolle des Gesetzgebers ein.

In ständiger Rechtsprechung erkennt der VfGH im Verfahren von Amts wegen all jene Vorschriften als präjudiziell, die von Verwaltungsgerichten (bzw Behörden) angewendet wurden, anzuwenden gewesen wären

bzw die der VfGH selbst anzuwenden hätte. Im Verfahren auf Antrag eines (Verwaltungs-)Gerichtes bzw des VwGH muss der jeweilige Antragsteller die Präjudizialität primär selbst beurteilen. Der VfGH dürfe die Antragsteller nämlich nicht an eine bestimmte Rechtsanschauung binden; damit würde er ihrer Entscheidung indirekt vorgreifen, so die Argumentation des VfGH. Folglich weist der VfGH Normenkontrollanträge nur dann zurück, wenn das (Verwaltungs-)Gericht bzw der VwGH die Norm offenkundig denkunmöglich anzuwenden hat.

Doch was bedeutet „anzuwenden hätte“ bzw „Anwendung“? Ist ein Grundsatzgesetz *anzuwenden*, wenn ein Gericht oder der VfGH das Ausführungsgesetz für einschlägig befindet? Ist ein Ausnahmetatbestand *anzuwenden*, wenn ein Gericht oder der VfGH den Grundtatbestand heranzieht? Sind Organisationsbestimmungen *anzuwenden*, wenn ein Gericht bzw der VfGH in der Sache entscheidet? Welche Vorschriften bilden die präjudizielle Norm?

Die Lehre schenkte diesen Fragen bereits Aufmerksamkeit. Zum Teil bietet die Literatur dabei einen Überblick über die Judikatur, zum Teil behandeln Autoren auch Detailfragen; jedoch konnte die Lehre bislang nicht beantworten, welche Vorschriften die präjudizielle Norm konstituieren. Meist beschränken sich die Autoren darauf, einzelne Fallgruppen präjudizieller Bestimmungen darzustellen. Mitunter versuchen sie, Kriterien für die Beurteilung der Präjudizialität herauszuarbeiten. Vereinzelt ist dabei davon die Rede, dass Text- und Sachzusammenhang bzw Rechtsinstitut die präjudizielle Einheit stiften. Was die Autoren darunter im Einzelfall verstehen, ist ungewiss. Welche Bestimmungen in einem Anlassfall *anzuwenden* sind und anhand welcher Kriterien der VfGH die Präjudizialität feststellt, bleibt offen.

Der VfGH beurteilt die Präjudizialität in jedem konkreten Normprüfungsverfahren von Amts wegen bzw auf Antrag<sup>1</sup>: Sei es, dass er es dem Antragsteller überträgt, die präjudizielle Norm ausfindig zu machen, und selbst nur eine Vertretbarkeitsprüfung durchführt. Oder sei es, dass er sich selbst eingehend mit der Präjudizialität beschäftigt. Angesichts dieser Bedeutung der Präjudizialität für das Normenkontrollverfahren verwundert es, dass die Judikatur des VfGH in der Literatur bisher noch nicht eingehend analysiert wurde. Oft kritisiert die Lehre die Rechtsprechung des VfGH schlicht als kasuistisch. Um diesen Vorwurf zu überprüfen, bedarf es einer umfassenden Analyse der Judikatur. *Konkrete* Anlassfälle, *konkrete* Rechtslagen und *konkrete* Präjudizialitätsbegründungen vergleicht bzw analysiert die Lehre allerdings nicht.

---

1 Mangels vorangegangenen Verfahrens gilt dies nicht für den Individualantrag. Individualantragsteller müssen vielmehr behaupten, unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeiten in ihren Rechten verletzt zu sein. Zudem darf kein anderer zumutbarer Rechtsweg offenstehen, die Verfassungswidrigkeit an den VfGH heranzutragen.

Diese Lücke soll die vorliegende Arbeit schließen. Es wird untersucht, welche Bestimmungen in der Rechtsprechung des VfGH die präjudizielle Norm bilden, was der VfGH also unter der „anzuwendenden Norm“ versteht. Hierfür werden konkrete Entscheidungen einander gegenübergestellt und eingehend analysiert. Dabei interessiert, ob der VfGH die Präjudizialität in gleichgelagerten Fällen tatsächlich gleich oder doch unterschiedlich beurteilt und ob der VfGH meritorische Entscheidungen anhand prozessualer Kriterien trifft.

Der Verfassungstext legt nahe, dass die Frage, welche Bestimmungen in einem Anlassfall anzuwenden sind, eine Vorfrage des Normenkontrollverfahrens ist. Diese Vorfrage ist losgelöst vom Prüfungsmaßstab inzident zu beurteilen. Die Verfassung scheint dabei auf allgemeine juristische Handwerksregeln zu verweisen. Welche Bestimmungen in einem Anlassfall *anzuwenden* sind, ist insofern nach den Regeln juristischer Methodenlehren vorab aus der Perspektive des Anlassfalles zu klären. Auf den ersten Blick vermitteln bestimmte Judikate auch den Anschein, der VfGH beurteile die Präjudizialität aus einem juristisch-handwerklichen Blickwinkel. Der erste Teil der Judikaturanalyse widmet sich der Präjudizialität daher als Vorfrage, die mithilfe von juristischen Methodenlehren gelöst werden kann. Um der Argumentation des VfGH näherzukommen, werden ausgewählte Judikate einander gegenübergestellt und analysiert, die in besonderer Deutlichkeit von der handwerklichen Herangehensweise des VfGH zeugen. Dabei wird allerdings rasch deutlich, dass juristisch-methodische Überlegungen die Rechtsprechung des VfGH nicht abschließend erklären können.

Im zweiten Teil der Judikaturanalyse richtet sich die Aufmerksamkeit daher über den Anlassfall hinaus auf die verfassungsrechtliche Problemstellung im Normenkontrollverfahren. Anhand jener Entscheidungen, die bereits im ersten Teil analysiert wurden, wird nun erörtert, ob den VfGH bei der Zulässigkeitsprüfung in Wahrheit bereits materiellrechtliche Überlegungen leiten. Immerhin muss er konkrete verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Norm hegen, *bevor* er ein Normenkontrollverfahren einleitet. Gleiches gilt für das Normenkontrollverfahren auf Antrag: Auch der jeweilige Antragsteller muss konkrete Bedenken gegen eine Norm vorbringen, um ein Normenkontrollverfahren zu initiieren. Insofern könnten nicht (nur) juristisch-handwerkliche, sondern vielmehr materiellrechtliche Überlegungen die Präjudizialität beeinflussen. Vornehmlich interessiert daher, ob der Prüfungsmaßstab des Normenkontrollverfahrens und damit die verfassungsrechtliche Fragestellung im Anlassfall die Präjudizialität indiziert.

Die vorliegende Arbeit kann keinen umfassenden Überblick über mögliche Konstellationen präjudizieller Bestimmungen bieten; einzelne Fallgruppen stellt die Lehre bereits zur Genüge dar. In der folgenden Judi-

katuranalyse werden vielmehr konkrete Anlassfälle, konkrete Rechtslagen und konkrete Präjudizialitätsbeurteilungen verglichen und analysiert. Nur so kann festgestellt werden, ob der VfGH die Präjudizialität in gleichgelagerten Fällen tatsächlich gleich beurteilt. Schließlich steht die These im Raum, der VfGH treffe meritorische Entscheidungen anhand prozessualer Kriterien.

## II. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Problemstellung

---

### A. Präjudizialität als Zulässigkeitskriterium

Gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit b B-VG darf der VfGH im Verfahren von Amts wegen nur jene Normen in Prüfung ziehen, die er in einer anhängigen Rechtssache *anzuwenden* hätte.<sup>2</sup> Gleichmaßen muss ein (Verwaltungs-)Gericht bzw der VwGH gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG gegen die *Anwendung* einer Norm Bedenken hegen, um einen (zulässigen) Normenkontrollantrag zu stellen. Die Präjudizialität ist damit ein Zulässigkeitskriterium, also eine eigenständige Prozessvoraussetzung. In dieser Rolle determiniert die Präjudizialität den Prüfungsgegenstand des konkreten Normenkontrollverfahrens: Der VfGH darf nur jene Bestimmungen prüfen, die er in einem Anlassfall anzuwenden hätte bzw die ein (Verwaltungs-)Gericht oder der VwGH anzuwenden haben. Über den Prüfungsgegenstand beeinflusst die Präjudizialität mittelbar auch das Ergebnis des Normenkontrollverfahrens: Was nicht Prüfungsgegenstand – also in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden – ist, vermag der VfGH auch nicht aufzuheben.<sup>3</sup>

Nicht jede beliebige Norm stellt im Verfahren von Amts wegen bzw auf Antrag einen zulässigen Prüfungsgegenstand dar; ebenso wenig hebt der VfGH notwendigerweise den gesamten Prüfungsgegenstand auf. Im Verfahren von Amts wegen legt der VfGH im einleitenden Prüfbeschluss eigens fest, mit welchen Bestimmungen er sich in Folge befassen wird. Im Verfahren auf Antrag obliegt es den jeweiligen Antragstellern, jene Vorschriften zu bezeichnen, mit denen sich der VfGH beschäftigen soll. Die Antragsteller müssen den Anfechtungsumfang abgrenzen und damit den Prüfungsgegenstand vorgeben.<sup>4</sup> Begehrt ein Antragsteller allerdings mehr Bestimmungen zu prüfen als zulässig, weist der VfGH den Antrag (teilweise) zurück.<sup>5</sup>

---

2 Die folgenden Ausführungen gelten sinngemäß auch für das Verordnungsprüfungsverfahren iSd Art 139 B-VG.

3 *Lang*, Rechtswidrigkeit 276; vgl allerdings die Judikatur zum untrennbaren Zusammenhang: Bisweilen hebt der VfGH auch nicht präjudizielle Bestimmungen auf, die mit präjudiziellen Vorschriften in einem untrennbaren Zusammenhang stehen (vgl sogleich).

4 Vgl zur Abgrenzung des Anfechtungsumfanges ausführlich *Oswald*, JBl 2016, 213; s auch *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 213.

5 Vgl ausführlich *Oswald*, JBl 2016, 421 ff.

Die Präjudizialität determiniert primär den Anfechtungsumfang. Über den Aufhebungsumfang entscheidet indes alleine der VfGH: Innerhalb des Prüfungsgegenstandes lokalisiert er den Sitz der Rechtswidrigkeit und hebt den entsprechenden Normteil schließlich auf.<sup>6</sup> Für die richtige Abgrenzung des Anfechtungs- wie auch des Aufhebungsumfanges gelten dieselben Parameter: Ziel der konkreten Normenkontrolle ist es, eine verfassungsrechtlich einwandfreie Rechtsgrundlage für den Anlassfall zu schaffen.<sup>7</sup> Zugleich soll der VfGH so gelinde wie möglich in die Rechtsordnung, also die Tätigkeit des Gesetzgebers, eingreifen.<sup>8</sup>

Vor allem in jüngerer Judikatur spricht der VfGH sowohl hinsichtlich des Anfechtungs- als auch hinsichtlich des Aufhebungsumfanges von einem untrennbaren Zusammenhang.<sup>9</sup> Nach *Oswald* stehen all jene Bestimmungen in einem untrennbaren Zusammenhang, die gemeinsam die (behauptete) Verfassungswidrigkeit bewirken. Sie müssen gemeinsam angefochten und gemeinsam aufgehoben werden.<sup>10</sup> Gleiches gilt für jene Normenkomplexe, deren teilweise Aufhebung zu einem „legislativen Torso“ bzw zu einem dem Gesetzgeber nicht zusinnbaren Inhalt führen würde.<sup>11</sup> Umgekehrt gibt es Konstellationen, in denen zwar mehrere Vorschriften die (behauptete) Verfassungswidrigkeit verantworten, die Aufhebung einer Vorschrift allerdings genügt, um die Rechtslage zu bereinigen.<sup>12</sup> Dann bilden die Bestimmungen nur hinsichtlich ihrer Anfechtung einen untrennbaren Zusammenhang. Sie müssen gemeinsam angefochten werden; nur so kann der VfGH entscheiden, welche Vorschriften er schlussendlich aufhebt, und damit den Aufhebungsumfang eigens festlegen.<sup>13</sup>

Bisweilen verschwimmen in der Rechtsprechung des VfGH Präjudizialität und untrennbarer Zusammenhang.<sup>14</sup> *Oswald* differenziert hinge-

---

6 *Haller*, Prüfung 273; *Lang*, Rechtswidrigkeit 276; *Oswald*, JBl 2016, 415; *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 71 f.

7 *Oswald*, JBl 2016, 414; vgl auch *Aichbreiter*, JBl 2000, 537 f; *Hiesel*, ÖJZ 1997, 846; *Lang*, Rechtswidrigkeit 278. Die Bereinigung der Rechtslage muss sich dabei allerdings nicht vorteilhaft auf den Anlassfall auswirken.

8 *Oswald*, JBl 2016, 414 f (mwN); vgl zB VfSlg 11.826/1988, VfSlg 13.772/1994 und VfSlg 19.755/2013; vgl auch *Hiesel*, ÖJZ 1997, 846; *Lang*, Rechtswidrigkeit 282 f; *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 214, 281; *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 48, 72.

9 Vgl zB VfSlg 14.382/1995; VfSlg 16.911/2003; VfSlg 17.023/2003; VfSlg 19.496/2011; VfGH 25. 11. 2015, G 393/2015; vgl ausführlich *Oswald*, JBl 2016, 413.

10 *Oswald*, JBl 2016, 416. *Oswald* spricht in diesem Fall von einem untrennbaren Zusammenhang in Bezug auf Anfechtungs- und Aufhebungsumfang.

11 *Oswald*, JBl 2016, 416; vgl auch *Hiesel*, ÖJZ 1997, 846; differenziert *Haller*, Prüfung 169 ff, 274 f.

12 *Oswald*, JBl 2016, 417.

13 *Oswald*, JBl 2016, 417 f.

14 Vgl zB VfSlg 10.904/1986; VfSlg 16.203/2001; VfSlg 18.637/2008; s auch *Oswald*, JBl 2016, 418. *Aichbreiter* äußert sich kritisch zu dieser Rechtsprechungslinie: Eine Aufhe-

gen zu Recht deutlich zwischen Präjudizialität und untrennbarem Zusammenhang:<sup>15</sup> In Bezug auf den Anfechtungsumfang dürfen nur präjudizielle Bestimmungen einen untrennbaren Zusammenhang bilden.<sup>16</sup> Anderes gilt hingegen für Vorschriften, die hinsichtlich des Anfechtungs- und des Aufhebungsumfanges in einem untrennbaren Zusammenhang stehen: In diesem Fall können präjudizielle wie auch nicht präjudizielle Bestimmungen untrennbar miteinander verbunden sein.<sup>17</sup> Unter Umständen führt die isolierte Aufhebung einer Vorschrift beispielsweise zu einem „legislativen Torso“. Dann ist es mitunter notwendig, eine andere Bestimmung ebenso anzufechten und aufzuheben, obgleich sie im Anlassfall nicht präjudiziell ist.<sup>18</sup> In jüngster Rechtsprechung erachtete der VfGH Normenkontrollanträge jedoch auch hinsichtlich jener Bestimmungen für zulässig, die zwar selbst nicht präjudiziell sind, jedoch mit präjudiziellen, den Sitz der verfassungsrechtlichen Bedenken des Antragstellers bildenden Bestimmungen untrennbar verbunden sind. Sie stehen nach Ansicht des VfGH in einem so konkreten Regelungszusammenhang, „dass es nicht von vornherein auszuschließen ist, dass ihre Aufhebung im Fall des Zutreffens der Bedenken erforderlich sein könnte“.<sup>19</sup> Damit überspielt der VfGH in jüngster Judikatur einen Mangel an Präjudizialität durch die Konstruktion eines konkreten Regelungszusammenhanges.<sup>20</sup> Präjudizialität und untrennbarer Zusammenhang bzw. Regelungszusammenhang müssen allerdings streng auseinandergehalten werden. Welche Vorschriften in einem Anlassfall anzuwenden und daher präjudiziell sind, ist eine Frage; eine andere ist, welche Bestimmungen angefochten bzw. aufgehoben werden müssen. In vorliegender Arbeit steht die Präjudizialität im Mittelpunkt; die Rechtsprechung des VfGH zum untrennbaren Zusammenhang bzw. zum Regelungszusammenhang bleibt daher ausgeklammert.

Als eigenständige Prozessvoraussetzung grenzt die Präjudizialität also den Prüfungsgegenstand ein.<sup>21</sup> Damit beeinflusst die Präjudizialität den Gang und den möglichen Ausgang des Normenkontrollverfahrens. Doch was bedeutet *anzuwenden hätte* bzw. *Anwendung*? Welche Bestimmungen bilden die anzuwendende, also die präjudizielle Norm?

---

bung über den Kreis präjudizieller Bestimmungen hinaus sei nur im Anwendungsbereich des Art 139 Abs 3 bzw. Art 140 Abs 3 B-VG zulässig (*Aichreiter*, Präjudizialität 87).

15 *Oswald*, JBl 2016, 418.

16 *Oswald*, JBl 2016, 418 f.

17 *Oswald*, JBl 2016, 418.

18 *Oswald*, JBl 2016, 418.

19 VfGH 27. 6. 2017, V 19/2017.

20 Vgl VfSlg 20.111/2016; hinsichtlich eines Gerichtsantrages erstmals: VfGH 27.6.2017, V 19/2017, zuletzt VfGH 14.3.2018, G 227/2017.

21 *Aichreiter*, Präjudizialität 74; *Kempff/Pützl* in FS Doralt 150; *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 40; vgl auch *Heller*, Verfassungsgerichtshof RZ 336.

## B. Aktueller Forschungsstand

In der Literatur beschäftigen sich allen voran *Aichreiter*<sup>22</sup>, *Spielbüchler*<sup>23</sup> und *Rohregger*<sup>24</sup> mit Präjudizialität; auch *Adamovich sen*<sup>25</sup>, *Haller*<sup>26</sup> und *Schäffer †/Kneibs*<sup>27</sup> widmen sich der Präjudizialität; und *Berka*<sup>28</sup>, *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*<sup>29</sup> und *Öhlinger*<sup>30</sup> sprechen sie an. Daneben befassen sich einige Autoren mit Detailproblemen, insbesondere im Steuerrecht.<sup>31</sup>

Die Autoren nähern sich dem Thema meist anhand der gängigen Judikaturformeln des VfGH: Von Amts wegen seien demnach all jene Vorschriften präjudiziell, die von der Behörde (bzw dem VwG) angewendet wurden, anzuwenden gewesen wären bzw die der VfGH selbst anzuwenden hätte.<sup>32</sup> Auf Antrag müsse das Gericht bzw der VwGH die Präjudizialität primär selbst beurteilen. Der VfGH dürfe die Antragsteller nämlich nicht an eine bestimmte Rechtsauffassung binden und damit ihrer Entscheidung indirekt vorgreifen.<sup>33</sup> Anträge gemäß Art 89 Abs 2 B-VG weise

---

22 *Aichreiter*, *Verordnungsrecht* 1292 ff; *Aichreiter*, *Präjudizialität* 71; *Aichreiter*, *Anmerkungen* 261; *Aichreiter*, *Art 139 B-VG RZ* 17.

23 *Spielbüchler* in *FS Adamovich* 743.

24 *Rohregger*, *ÖStZ* 1997, 417; *Rohregger*, *Art 140 B-VG RZ* 123, 149.

25 *Adamovich sen*, *Prüfung* 261 ff.

26 *Haller*, *Prüfung* 157 ff.

27 *Schäffer †/Kneibs*, *Art 140 B-VG RZ* 40, 53.

28 *Berka*, *Verfassungsrecht RZ* 1093 ff.

29 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Bundesverfassungsrecht RZ* 1158.

30 *Öhlinger*, *Verfassungsrecht RZ* 1013 f.

31 Vgl beispielsweise *Arnold*, *ZfV* 1987, 129; *Arnold* in *FS Kammer der Wirtschaftstreuhänder* 17; *Beiser*, *RdW* 1985, 63; *Beiser* in *FS Wimmer* 23; *Binder*, *BFGjournal* 2015, 95; *Fellner*, *RdW* 1997, 93; *Hausleithner*, *RdW* 1987, 102; *Hiesel*, *ÖJZ* 1997, 841; *Kempff/Pülzl* in *FS Doralt* 149; *Oswald*, *JBl* 2016, 413; *Peyerl*, *ÖStZ* 2010, 377; *Potacs*, *ZfV* 2001, 756; *Ruppe*, *NZ* 1987, 57; *Strejcek*, *ÖZW* 1998, 20; *Thienel*, *ZfV* 2001, 342.

32 Vgl zB *VfSlg* 10.617/1985; *VfSlg* 16.241/2001; *VfSlg* 16.452/2002; *VfSlg* 17.023/2003; *VfSlg* 19.420/2011; vgl *Aichreiter*, *Verordnungsrecht* 1293; *Aichreiter*, *Präjudizialität* 89 f; *Aichreiter*, *Anmerkungen* 265; *Aichreiter*, *Art 139 B-VG RZ* 17; *Kempff/Pülzl* in *FS Doralt* 150 f; *Lang*, *Rechtswidrigkeit* 272 f; *Rohregger*, *Art 140 B-VG RZ* 123; *Schäffer †/Kneibs*, *Art 140 B-VG RZ* 53.

33 Vgl die Rechtsprechung seit *VfSlg* 2701/1954; mwN *VfSlg* 18.642/2008; *VfSlg* 19.559/2011; VfGH 29. 11. 2014, G 137/2014 ua; *Aichreiter*, *Präjudizialität* 76 f; *Aichreiter*, *Art 139 B-VG RZ* 17; *Hiesel*, *ÖJZ* 1997, 845; *Peyerl*, *ÖStZ* 2010, 378; *Rohregger*, *Art 140 B-VG RZ* 149; *Schäffer †/Kneibs*, *Art 140 B-VG RZ* 40. Differenziert *Haller*, *Prüfung* 183 ff: Zwar befürwortet er im Ergebnis die Rechtsprechung des VfGH; doch ist die Argumentation des VfGH seiner Ansicht nach unvollständig: Die Zurückweisung eines Normenkontrollantrages binde die Gerichte nicht an die Rechtsansicht des VfGH; weiterhin könnten sie ihrer Entscheidung eine Norm zugrunde legen, die der VfGH nicht als präjudiziell erachtet hat. Gerichte iSd Art 89 Abs 2 B-VG seien indes dazu berufen, gemeinsam mit dem VfGH die Verfassungs-

der VfGH nur dann zurück, wenn das Gericht die Norm offenkundig denkunmöglich anzuwenden habe; damit beschränke er sich auf eine reine Vertretbarkeitskontrolle.<sup>34</sup>

Einige Autoren suchten bereits zu ergründen, welche Bestimmungen Behörden bzw VwG im Einzelfall anwenden bzw anzuwenden gehabt hätten oder der VfGH, das (Verwaltungs-)Gericht oder der VwGH (denkunmöglich) anzuwenden haben:<sup>35</sup> Nach *Robregger* stellt der VfGH bei der Beurteilung der Frage, welche Bestimmungen in einem Anlassfall anzuwenden sind, zunächst auf die „faktische“ Anwendung ab. Stützt sich eine Behörde bzw ein VwG explizit auf eine Vorschrift, ist diese anzuwenden; mitunter kann die Behörde bzw das VwG eine Bestimmung allerdings auch stillschweigend heranziehen.<sup>36</sup> Denkunmöglich darf die Anwendung allerdings nicht erfolgen.<sup>37</sup> Nach *Aichldreiter* wenden Behörden und VwG eine Vorschrift auch dann an, wenn sie die Bestimmung ausdrücklich für unanwendbar erklären.<sup>38</sup> All jene Vorschriften, die Behörden bzw VwG richtigerweise anzuwenden gehabt oder nach einer Gesetzesaufhebung anzuwenden hätten, sind der Lehre zufolge ebenfalls präjudiziell.<sup>39</sup> Unter Umständen sind auch Bestimmungen anzuwenden, die ausschließlich der Interpretation dienen.<sup>40</sup> Für *Aichldreiter* und *Haller* ist eine Norm dabei nicht nur mit ihrem „fallspezifischen Inhalt“<sup>41</sup> präjudiziell, sondern mit

---

mäßigkeit der Rechtsordnung zu sichern. Der Anlassfall liege dabei im „Bereich“ der Gerichte (*Haller*, Prüfung 184). Kritisch auch *Ermacora*, Verfassungsgerichtshof 202 f.

- 34 Vgl mwN VfSlg 18.642/2008; VfSlg 19.559/2011; VfGH 29. 11. 2014, G 137/2014 ua; *Aichldreiter*, Präjudizialität 76 f; *Aichldreiter*, Art 139 B-VG RZ 17; *Hiesel*, ÖJZ 1997, 845; *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 149; *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 40.
- 35 *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 123, 149; *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 53.
- 36 *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 123; vgl auch *Aichldreiter*, Verwaltungsrecht 1293; *Aichldreiter*, Anmerkungen 266; *Aichldreiter*, Art 139 B-VG RZ 17.
- 37 *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 123. In jüngerer Rechtsprechung spricht der VfGH vermehrt von „offenkundig“ mangelnder Präjudizialität. Zur Bedeutung dieser Wendung und zur Differenzierung zwischen „denkunmöglich“ und „offenkundig“ nicht präjudiziell vgl ausführlich *Oswald*, JBl 2016, 423 f.
- 38 *Aichldreiter*, Präjudizialität 89; *Aichldreiter*, Art 139 B-VG RZ 17; vgl auch *Oswald*, JBl 2016, 419.
- 39 *Haller*, Prüfung 172; *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 123; *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 53. *Haller* spricht in diesem Fall von bedingter Präjudizialität. Für *Haller* liegt (auflösend) bedingte Präjudizialität auch dann vor, wenn eine zunächst präjudizielle Bestimmung nach der Aufhebung einer anderen Vorschrift nicht mehr anzuwenden ist (*Haller*, Prüfung 172 f). Auch *Aichldreiter* spricht in diesem Fall von auflösend bedingter Präjudizialität (*Aichldreiter*, Präjudizialität 88 f; *Aichldreiter*, Art 139 B-VG RZ 17).
- 40 *Spielbüchler* in FS Adamovich 755; vgl auch *Haller*, Prüfung 161.
- 41 *Aichldreiter*, Präjudizialität 84.

jeder ihrer Bedeutungen.<sup>42</sup> Der Ausgang des Normenkontrollverfahrens bzw dessen Auswirkung auf den Anlassfall beeinflusst die Beurteilung der Präjudizialität jedoch nicht.<sup>43</sup> Irrelevant ist auch, ob die Entscheidung über die anhängige Rechtssache ohne die präjudizielle Vorschrift ebenso gelautet hätte.<sup>44</sup> *Aichreiter* genügt es nicht, dass die Bestimmungen für den Anlassfall auf irgendeine Weise bedeutsam sind; denn das gelte letztlich für die gesamte Rechtsordnung.<sup>45</sup> *Robregger* kommt zu dem Befund, dass die „vorstellbaren Konstellationen der denkumöglichen Rechtsanwendung“ naturgemäß zahlreich sind und „etliches tatsächlich vorkommt“.<sup>46</sup> Welche Bestimmungen nun im Einzelfall präjudiziell sind bzw anhand welcher Kriterien die Präjudizialität abzugrenzen ist, bleibt bei alledem allerdings fraglich. Welche Bestimmungen im konkreten Anlassfall anzuwenden sind, ergründen die Autoren nicht.

Ein Stück weit ergiebiger erscheinen jene Ausführungen, die konkrete Fallgruppen aus der Judikatur anführen. Der Literatur zufolge erkennt der VfGH in neuerer Judikatur Grund- und Ausnahmetatbestände gemeinsam als präjudiziell.<sup>47</sup> Auch Verweisungen und jene Bestimmungen, auf die sie verweisen, seien in einem Anlassfall anzuwenden.<sup>48</sup> Gleichermassen betrachte der VfGH Verordnungsermächtigungen und Verordnungen gemeinsam als präjudiziell.<sup>49</sup> Für Bundesgrundsatz- und Landesausführungsgesetze dürfe dies allerdings nicht gelten: Mit dem Grundsatzgesetz müsse sich der VfGH nur von Amts wegen anlässlich der Prüfung des Ausführungsgesetzes befassen.<sup>50</sup> Organisations- und Verfahrensbestimmungen erachte der VfGH meist als präjudiziell.<sup>51</sup>

Über eine Darstellung der Rechtsprechung gehen die Autoren allerdings in den seltensten Fällen hinaus.<sup>52</sup> Zwar ist für *Robregger* die Rechtsprechung zu Grund- und Ausnahmetatbeständen „dogmatisch begründ-

---

42 *Aichreiter*, Präjudizialität 84; *Haller*, Prüfung 164.

43 *Aichreiter*, Präjudizialität 83 f; *Aichreiter*, Anmerkungen 265; *Aichreiter*, Art 139 B-VG RZ 17; *Lang*, Rechtswidrigkeit 277; *Haller*, Prüfung 163.

44 *Aichreiter*, Verordnungsrecht 1293; *Aichreiter*, Art 139 B-VG RZ 17.

45 *Aichreiter*, Art 139 B-VG RZ 17; vgl auch *Kempf/Pülzl* in FS Doralt 159; *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 118.

46 *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 149; vgl ähnlich auch *Hiesel*, ÖJZ 1997, 845.

47 *Oswald*, JBl 2016, 419; *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 125.

48 *Oswald*, JBl 2016, 419; vgl auch *Spielbüchler* in FS Adamovich 751 f.

49 *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 127. Nur die gesetzliche Ermächtigung, nicht aber die Verordnung anzufechten, ist indes unzulässig (vgl *Aichreiter*, Anmerkungen 265 f).

50 *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 126; in diesem Sinne auch *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 53; kritisch *Aichreiter*, Anmerkungen 266.

51 *Schäffer* †/*Kneibs*, Art 140 B-VG RZ 53; vgl auch *Robregger*, Art 140 B-VG RZ 123. *Aichreiter* kritisiert die Rechtsprechung zu Organisations- und Verfahrensbestimmungen indes als inkonsistent (*Aichreiter*, Anmerkungen 264).

52 Vgl beispielsweise die Darstellung von *Aichreiter*, Anmerkungen 261.