

Besonderheiten der Rechtskontrolle

Siegbert Morscher

I. Einführung

Der Jubilar hat sich von der – ich meine: sehr «gehobenen» – Praxis kommend frühzeitig mit wissenschaftlichen Fragestellungen befasst und seine Berufslaufbahn als Mitglied der scientific community beendet.¹ Deshalb möchte ich ihm einen Beitrag zu seinem runden Geburtstag widmen, der nicht nur praktisch und rechtsdogmatisch, sondern auch rechtstheoretisch von zentraler Bedeutung ist, und zwar für die konkrete Ausgestaltung des rechtsstaatlichen Bauprinzips jeder Staatsverfassung.

II. Rechtstheoretischer Rahmen

Den folgenden Ausführungen lege ich theoretische Annahmen zugrunde, wie sie insbesondere von der Reinen Rechtslehre,² namentlich der Wiener Rechtstheoretischen Schule Hans Kelsens entwickelt wurden.³

1 Als letztlich doch Aussenstehender möchte ich nicht darüber spekulieren, inwieweit für diese Entwicklung auch «Zwangselemente» im Gefolge der erfolgreichen Beschwerde beim EGMR (s. EGMR 28. 10. 1999, EuGRZ 2000, 475 ff. = ÖJZ 2000, 647 ff.) massgeblich gewesen sein mögen. Für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht war und ist es jedenfalls ein Glücksfall.

2 Siehe namentlich Weyer und die Brünner Schule, dazu etwa Kubes/Weinberger (Hrsg.), *Die Brünner rechtstheoretische Schule*, Bd. 5 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts (1980) sowie weitere Bände der genannten Schriftenreihe.

3 Siehe dazu Kelsen, *Reine Rechtslehre*² (1960) sowie Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*² (1974).

A. Ein zentrales Element derselben bildet die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung.⁴ Danach ist das Recht – jedenfalls des Staates von heute – nicht ein System gleichrangiger Normen, sondern durch verschiedene Stufen gekennzeichnet. Dabei ist jedenfalls der Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit und nach der derogatorischen Kraft zu unterscheiden.⁵

B. Staatsverfassungen pflegen zwar strikt zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung/Vollziehung zu unterscheiden, eine Rechtsordnung vermag aber diese theoretische Differenzierung nicht voll umzusetzen. Jeder Akt der Rechtsanwendung enthält deshalb auch rechtserzeugende Elemente.⁶ In Anlehnung an Merkl ist es üblich geworden, vom «doppelten Rechtsantlitz»⁷ solcher rechtsdogmatisch der Vollziehung zuzuordnenden Akte zu sprechen.

C. Jede Rechtsordnung, insbesondere die heutige ist gekennzeichnet durch Kompliziertheit, aber auch durch systematische Verknüpfung der einzelnen Elemente, wobei auch Zuständigkeits-, Verfahrens- und inhaltliche Regelungen teils ineinandergreifen. Das führt zur Einsicht, dass es menschliches Bemühen übersteigt bzw. übersteigen würde,⁸ alle Bedingungen des Zustandekommens eines Zwangsaktes vollständig zu beschreiben.⁹

4 Wie Kelsen selbst hervorhebt, hat wichtige Bausteine dazu Merkl beigetragen, siehe dazu Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927), S. 157 ff.; ders., *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, in: FS Kelsen (1931), S. 252 ff., die zuletzt genannte Arbeit wieder abgedruckt in: Klecatsky/Marcic (†)/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*² (2010), Bd. 2 S. 1071 ff.

5 Siehe Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*², S. 53 ff.; Koja, *Allgemeines Verwaltungsrecht*³ (1996), S. 73 ff.; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, *Grundriss des österr. Bundesverfassungsrechts*¹⁰ (2007), S. 3 f.

6 Siehe Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, S. 172; Kelsen, *Reine Rechtslehre*², S. 240 und passim; Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*², S. 45.

7 Siehe neben Fn. 6 insbesondere Merkl, *Das doppelte Rechtsantlitz*, JBl 1918, S. 425 ff., 444 ff. und 463 ff., wieder abgedruckt in: Klecatsky/Marcic (†)/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*², Bd. 1 S. 893 ff.

8 Dies, sofern man versuchen sollte, dennoch das Problem zu bewältigen.

9 Siehe wiederum insbesondere Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*², S. 18.

III. Einordnung in den Stufenbau der Rechtsordnung

A. Auch die Einrichtungen der Rechtskontrolle lassen sich in den Stufenbau einer Rechtsordnung einordnen. Angesichts der «Unableitbarkeit der Stufenordnung der derogatorischen Kraft aus jener der rechtlichen Bedingtheit»¹⁰ ist das hinsichtlich beider Sichtweisen nicht nur möglich, sondern differenzierend erforderlich.

B. Dies gilt sowohl für jene Rechtsvorschriften, welche die verwaltungs- bzw. gerichts-«internen» Einrichtungen der Rechtskontrolle konstituieren, wie auch jene, die die «Fremdkontrolle» ausmachen.

Am alltäglichen Beispiel von Berufungsentscheidungen in Verwaltungssachen soll dies kurz skizziert werden. Mit Blick auf die rechtliche Bedingtheit sind sie – ebenso wie die erstinstanzliche Bescheiderlassung – auf Grundlage von Bundes- bzw. auch Landesverfassungs- und einfachgesetzlichem Recht ergangene Akte der Vollziehung.¹¹ Gleiches gilt auch aus Sicht des derogatorischen Ranges. Um dem Prinzip «Obersticht Unter» zum Durchbruch zu verhelfen, reicht aber wohl die Einführung des Grundsatzes «lex posterior derogat legi priori»¹² nicht. Vielmehr ist anzunehmen, dass aus Sicht des derogatorischen Ranges innerhalb der Verwaltungsvollzugsebene zu differenzieren wäre: Berufungs- bzw. nunmehr Beschwerde-Entscheidungen käme höherer Rang zu als erstinstanzlichen.¹³

C. Besonders vielschichtig ist das Differenzierungserfordernis bezüglich der einzelnen Zuständigkeiten des österreichischen VfGH bzw. des

10 So die Überschrift des letzten Teiles von Walter, *Der Aufbau der Rechtsordnung*², S. 67 f.

11 Bis zum Ablauf des 31. 12. 2013 ausgehend von Verwaltungsbehörden, dann von den Landesverwaltungsgerichten bzw. vom Bundesverwaltungs- bzw. Bundesfinanzgericht – insofern geht damit das Element des «Internen» verloren.

12 Nicht – wie zunächst von Kelsen erwogen – als rechtstheoretisches Prinzip, sondern als aus der positiven Rechtsordnung abgeleiteter Normbefehl.

13 Ähnlich wie etwa bei Durchführungsverordnungen auf Grundlage des Art. 18 Abs. 2 B-VG bzw. Art. 92 Abs. 2 der FL Verfassung (siehe etwa Stotter, *Die Verfassung des Fürstentums Liechtenstein*² [2004], S. 526 ff.), wo etwa im Universitätsrecht Verordnungen auf Grundlage von Verordnungen üblich sind; besonders ausgeprägt ist dieses Phänomen auf dem Sektor der Raumordnung (überörtliche und dann noch die reich gegliederte örtliche).

StGH. Ich möchte das anhand des Art. 138 Abs. 2 B-VG und des Art. 144 Abs. 1 B-VG kurz vorführen.

1. Nach der rechtlichen Bedingtheit handelt es sich bei Wahrnehmung der Kompetenz des VfGH als Kompetenzfeststellungsinstanz gemäss Art. 138 Abs. 2 B-VG um ein Urteil eines Gerichtes auf Grundlage der Bundesverfassung und bundesgesetzlicher Anordnungen, also um einen Akt der Vollziehung.

Bedenkt man aber dessen derogatorische Kraft, steht er nicht nur auf der Stufe eines – einfachen – Bundesgesetzes, sondern es kommt ihm der Rang von Bundesverfassungsrecht zu; der VfGH wird hier (sogar) als «positiver Bundesverfassungsgesetzgeber» tätig, da er das Ergebnis seiner Kognition in einem – allgemein verbindlichen, auf Verfassungsebene angesiedelten – Rechtssatz zusammenzufassen hat.¹⁴

2. Für die Zuständigkeit des VfGH, Bundes- bzw. Landesgesetze auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen und ggf. aufheben zu können, gilt aus Sicht der rechtlichen Bedingtheit das Gleiche wie bei III.C.1. (Art. 138 Abs. 2 B-VG). Gleiches gilt für die Gesetzesprüfungskompetenz des FL StGH auf Grundlage des Art. 104 Abs. 2 FL Verfassung i. V. m. dem StGHG.¹⁵

Nach seiner derogatorischen Kraft ist das Urteil aber – jedenfalls im Falle einer Gesetzesaufhebung – auf Gesetzesstufe, bei Prüfung von Verfassungsgesetzen – siehe VfSlg 16.327/2001 – auf Verfassungsebene anzusiedeln.

IV. Präjudizialität von Rechtsvorschriften

Dieses Thema soll anhand der Gesetzesprüfung abgehandelt werden. Gleiche bzw. zumindest ganz ähnliche Konstellationen liegen bei der

14 Siehe im Einzelnen etwa Morscher, Zur Kompetenzfeststellung gemäß Art. 138 Abs. 2 B-VG, ÖJZ 1996, S. 881 ff.

15 Siehe etwa Herbert Wille, Die Normenkontrolle im liechtensteinischen Recht auf der Grundlage der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes (1999) S. 75 und passim; Stotter, Die Verfassung (Fn. 13), S. 569 ff. und 749 ff.; siehe auch Tobias Michael Wille, Liechtensteinisches Verfassungsprozessrecht (2007).

Prüfung von Verordnungen bzw. Wiederverlautbarungsakten vor, doch kann dies hier nicht im Einzelnen behandelt werden.

Nochmals sei hervorgehoben, dass – abgesehen von den Grenzfällen Voraussetzung der Grundnorm und Vollstreckung des Zwangsaktes – aus rechtstheoretischer Sicht «jeder Rechtsakt zugleich die Anwendung einer höheren Norm und die durch diese Norm bestimmte Erzeugung einer niederen Norm» ist.¹⁶

A. Österreich¹⁷

In Anwendung genereller Rechtsnormen – im Sinne der von Walter vorgeschlagenen Terminologie: Rechtsvorschriften – «erfolgt die Erzeugung der individuellen Normen durch richterliche Entscheidungen und Verwaltungsbescheide.»¹⁶

1.a. Das Modell der österr. Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁸ wurde im Bundes-Verfassungsgesetz¹⁹ vom 1. 10. 1920, BGBl. 1920/1, in extremstem Sprach-Minimalismus und unübertreffbarer Klarheit²⁰ in Art. 140 Abs. 1 B-VG formuliert; diese Verfassungsbestimmung lautete wie folgt:

16 Kelsen, *Reine Rechtslehre*², S. 240.

17 Siehe insbesondere Walter, *Verfassung und Gerichtsbarkeit* (1960), S. 137 ff.; ders., *Österreichisches Bundesverfassungsrecht* (1972), S. 736 f., 747 f.; Klecatsky/Morscher, *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*³ (1982), S. 659 ff.; Schäffer, Art. 140 B-VG, Rz. 58, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht; Spielbücher*, «... anzuwenden hätte, ...», in: FS Adamovich (2002), S. 743 ff.; Rohregger, Art. 140 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, S. 65 ff. (Rz. 113 ff.); Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*¹⁰, S. 535 ff. (Rz. 1158).

18 Siehe die Hinweise etwa bei Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*¹⁰, S. 496 ff.; Gamper, *Staat und Verfassung*² (2010), S. 179 f; hervorheben möchte ich insbesondere Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, *VVDStRL 5* (1929), S. 30 ff.; Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (1971), S. 69 ff.; Korinek, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, *VVDStRL 39* (1981), S. 7 ff.; Öhlinger, *Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: FS Adamovich (2002), S. 581 ff.; Häberle, *Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, *EuGRZ 2005*, S. 685 ff.

19 B-VG.

20 Das wegen seiner klaren Sprache und Systematik vielgerühmte ABGB erscheint demgegenüber trotz seiner Aufgeklärtheit und seines Rationalismus fast als geschwätzig.

«Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auf Antrag der Bundesregierung, über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Landesregierung, sofern aber ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bilden soll, von Amts wegen.»²¹

Der für den Kontext zentrale Verfassungstext stellte also darauf ab, ob ein Bundes- oder Landesgesetz bzw. ein Teil eines solchen «die Voraussetzung» eines Erkenntnisses des VfGH bilden soll.

1.b. Zwar nicht von allem Anfang an, jedoch in weiterer Folge stellte die Rechtsprechung des VfGH – offenkundig in Anlehnung an die verfassungsrechtlichen Regelungen der Art. 89, 139 und 140 B-VG betreffend Gerichtsanträge – darauf ab, ob er – nämlich der VfGH – eine «verdächtige Norm» «anzuwenden hätte».²²

1.c. Durch die B-VG-Novelle BGBl. 1975/302 «erfolgte eine verbale Berücksichtigung dieser Rechtsprechung und eine systematische Vereinheitlichung mit Art. 89 B-VG.»²³

Damit wurde zwar der Wortlaut der Bundesverfassung nicht unwesentlich verändert, in der Sache ist aber hinsichtlich der Präjudizialität²⁴ «alles gleich geblieben». Was schon für sich allein zu denken geben muss, ist doch der Wortlaut einer Rechtsvorschrift, namentlich auf Verfassungsstufe, Anfangs- und Endpunkt juristischer Interpretationskünste. Besonders deutlich wird damit aber, dass der Sinngehalt gesetzgeberischer Akte (fast) immer nur aus dem historischen Kontext erschliessbar ist.

21 Dazu Kelsen/Froehlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922), S. 258 ff.

22 Das ist im Einzelnen gar nicht so leicht nachzuerfolgen, hilfreich jedoch Werner/Klecatsky, Das österreichische Bundesverfassungsrecht (1961), S. 250 ff., 261 ff.; Klecatsky, Das österreichische Bundesverfassungsrecht² (1973), S. 456 ff., 472 ff.; Klecatsky/Morscher, Das österreichische Bundesverfassungsrecht³ (1982), S. 643 ff., 659 ff.; zum aktuellen Stand Schäffer und Rohregger in Fn. 17.

23 So Klecatsky/Morscher (Fn. 22), S. 659.

24 Dieses Wort findet sich in der Bundesverfassung nicht.

2. Nun soll auf die Präjudizialität gesetzlicher Regelungen bei amtswegigen Gesetzesprüfungsverfahren eingegangen werden. Denn hier zeigen sich Besonderheiten, die bei Gesetzesprüfungsanträgen von Gerichten zwar teilweise auch auftreten – dies gilt jedenfalls für Gesetzesprüfungsanträge des VfGH aufgrund von Bescheidbeschwerden²⁵ –, aber in gleicher Weise zu lösen sind wie die hier zu behandelnde Frage.

2.a. Bescheidbeschwerden gemäss Art. 144 B-VG

a.a. Diese werden nicht nur deshalb an die Spitze gestellt, weil sie einen ganz erheblichen Teil der vom VfGH zu erledigenden Fälle betreffen, sondern weil anhand deren ein spezifisches rechtsstrukturelles Problem zutage tritt.

Was die Zahl der Bescheidbeschwerden betrifft, so handelte es sich bei ihnen über Jahrzehnte um ca. drei Viertel der vor den VfGH gebrachten Fälle; eingerechnet waren dabei auch die so genannten Asylfälle.

Mit Art. I Z 35 des BVG BGBl. I 2008/2 wurde Art. 144a B-VG neu geschaffen, wonach der VfGH über Beschwerden gegen Entscheidungen des Asylgerichtshofes²⁶ zu entscheiden hat, soweit der Beschwerdeführer durch die Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung bestimmter rechtswidriger genereller Akte in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

b.b. Durch die «Vorschaltung» eines spezifischen «Sonder-Verwaltungsgerichtshofes» ergeben sich nicht nur neue und spezifische rechtsstrukturelle Besonderheiten, vielmehr ergibt sich im Hinblick auf die

25 Nicht gilt dies für Säumnisbeschwerden; wozu es zu bemerken gilt, dass mir kein Fall bekannt ist, in welchem der VfGH aufgrund einer Säumnisbeschwerde beim VfGH einen Gesetzesprüfungsantrag gestellt hat.

Bei «Weisungsbeschwerden» (Art. 81a Abs. 4 B-VG i. V. m. dem letzten Satz des Art. 130 Abs. 1 B-VG) dürfte die Präjudizialitätsproblematik gleich liegen wie bei Bescheidbeschwerden.

Hinsichtlich der Zuständigkeit des VfGH gemäss § 11 AHG dürfte im Ergebnis das Gleiche gelten, obwohl nur eine Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Bescheides, nicht jedoch dessen Aufhebung infrage kommt. Insofern besteht im Übrigen eine Parallele zur Praxis des VfGH, in bestimmten Fällen – insbesondere bei langer Verfahrensdauer – allein mit Feststellung vorzugehen.

26 Mit Art. I Z 28 des im Text genannten BVG wurde Abschnitt B (Art. 129c bis 129f B-VG) betreffend den Asylgerichtshof in das B-VG eingefügt.

Aufteilung in «übliche» und in Asyl-Beschwerdesachen ein völlig verändertes statistisches Bild:

	²⁷ 2009	²⁸ 2010	²⁹ 2011	³⁰ 2012
neu anhängig gesamt	5489	5133	4400	4643
Art. 144 B-VG	1596 (29,08%)	1800 (35,07%)	1514 (34,41%)	1593 (34,31%)
Art. 144a B-VG	3449 (62,83%)	2911 (56,71%)	2578 (58,59%)	2770 (59,66%)

Mehr als 90 Prozent der an den VfGH herangetragen Fälle betreffen somit nunmehr Beschwerden.

c.c. Der transitorische Charakter mancher Verfassungsbestimmung ist geradezu evident, zumal in Österreich, dessen Bundesverfassung mehr als «beweglich»³¹ gilt. Gemäss Art. 1 Z 78 der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012³² entfällt nämlich Art. 144a B-VG, und zwar mit 1. Jänner 2014.³³

Es erübrigt sich daher, näher auf die sich hier³⁴ aus Art. 144a B-VG ergebende Konstellation einzugehen.

d.d. Nach der jahrzehntelangen ständigen Rechtsprechung des VfGH und des adaptierten Wortlautes des Art. 144 Abs. 1 B-VG ist bei aus Anlass von Bescheidbeschwerden amtswegig eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren massgeblich, ob der VfGH eine gesetzliche Regelung «anzuwenden hätte».³⁵

Rechtsanwendung bedeutet rechtstheoretisch aber die Erzeugung neuen, niedrigrangigeren Rechts auf Grundlage höherrangiger Normen,

27 Tätigkeitsbericht VfGH 2009, S. 34.

28 Tätigkeitsbericht VfGH 2010, S. 49.

29 Tätigkeitsbericht VfGH 2011, S. 55.

30 Tätigkeitsbericht VfGH 2012, S. 58.

31 Siehe etwa Gamper, Staat und Verfassung², S. 34 und 58 ff.; zu meiner Studienzeit war in Anlehnung insbesondere an Duguit von «biegsamer» Verfassung die Rede.

32 BGBl. I 2012/51.

33 Siehe Art. I Z 84 sub Z 6, letzter Satz des genannten BG.

34 Siehe jedoch zur rechtsstrukturellen Frage nach dem verletzten Recht, wonach Art. 144a B-VG eine allgemeinere Bedeutung zukommt.

35 Gemäss Art. I Z 69 der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. 2012/51, bleibt es auch ab 1. 1. 2014 insofern «beim Alten».

hier auf Gesetzesstufe, so wie das etwa durch Bescheide erfolgt. Rechtstheoretisch betrachtet wenden zwar Verwaltungsbehörden³⁶ die jeweiligen Gesetze an.³⁷ Der VfGH selbst hat diese von den Verwaltungsbehörden angewendeten Gesetzesbestimmungen – betreffend die Zuständigkeit organisatorischer, verfahrensmässiger und inhaltlicher Art – gerade nicht in der spezifischen Bedeutung des Wortes anzuwenden. Vielmehr hat er die Rechtsanwendung durch die belangte Behörde zu kontrollieren und unter bestimmten weiteren Voraussetzungen gegebenenfalls aufzuheben.³⁸

Die von der belangten Behörde angewandten gesetzlichen Regelungen sind also vom VfGH nicht anzuwenden, vielmehr ist von ihm zu prüfen, ob die Behörde in deren Anwendung verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte des Beschwerdeführers verletzt hat oder nicht.³⁹

In der Literatur und Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang gelegentlich von «unmittelbarer» Anwendung die Rede.⁴⁰

Man könnte das wohl so umschreiben, dass der VfGH eine Gesetzesvorschrift quasi «verpackt», «verschachtelt» also auf einer Metaebene anzuwenden hätte.

Es bleibt festzuhalten, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber insofern von der relativ präzisen Begriffsbildung der Rechtstheorie – auf Grundlage jahrzehntelanger Rechtsprechung des VfGH – abgewichen ist und unter Anwendung mehr als nur den engeren Begriff versteht. Das ist zwar zulässig, aber gewiss gerade nicht wünschenswert.

Sicher ist aber auch, dass der diesbezügliche Text der Bundesverfassung unter Berücksichtigung der Entstehungszusammenhänge keinesfalls im Sinne der engeren Bedeutung, wie ihn die Rechtstheorie zu verstehen pflegt, ausgelegt werden dürfte; denn diesfalls würde ja überhaupt die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH weginterpretiert und

36 In ihrer hierarchischen – durch Über- und Unterordnung mittels Weisung gekennzeichneten – Struktur ebenso zusammengefasst wie durch den Rechtsmittelzug.

37 Siehe insbesondere auch Rohregger (Fn. 17), Rz. 122, wo zu Recht darauf abgestellt wird, ob ein behördliches Verfahren vorgeschaltet ist oder nicht.

38 Gleiches gilt für den VwGH bei Bescheidbeschwerden, anderes für Säumnisbeschwerden und die übrigen Gerichte.

39 Oder aber der Beschwerdeführer wegen Anwendung bestimmter rechtswidriger genereller Rechtsnormen in seinen Rechten verletzt wurde.

40 Siehe Schäffer (Fn. 17), S. 69.

damit das Modell der österr. Verfassungsgerichtsbarkeit in seinem Erfinderland nullifiziert werden.

e.e. Ein besonderes Problem ist auch darin zu erblicken, dass der VfGH im Falle des Erfolges einer Beschwerde in der Regel den bekämpften Bescheid aufzuheben hat; in bestimmten Fällen kommt es nur zur Feststellung der Grundrechtsverletzung.

Bei der letzteren Gruppe ist aber das rechtserzeugende Element der Rechtsanwendung gleichermassen zu beurteilen wie bei Feststellungsbescheiden und -urteilen; zumindest ist der Zweifelsfall – soweit möglich – beseitigt.

Hinsichtlich der üblichen – zunächst genannten – Gruppe dürfte der Schlüssel darin liegen, den Begriff der Rechtserzeugung bei Rechtsanwendung weit zu fassen. Danach ist unter Rechtserzeugung nicht nur die Schaffung von neuem und die Abänderung bestehenden Rechts, sondern auch dessen Beseitigung zu verstehen. Dahinter verbirgt sich allerdings ein Paradoxon zum Begriff Anwendung im hier verstandenen Sinn.

f.f. Ohne Zweifel hat der VfGH in Beschwerdeverfahren aber auch bestimmte Rechtsvorschriften in der spezifischen Bedeutung des Wortes anzuwenden, und zwar – allerdings nur zum Teil – «exklusiv».⁴¹ Es sind dies die Bestimmungen der Bundesverfassung zum VfGH als solchem, dazu hier Art. 144 B-VG und die Regelungen des VfGG.

Anzuwenden sind vom VfGH aber insbesondere und in ganz zentraler Weise die Regelungen der gesamten Bundesverfassung, namentlich aber die Grundrechte. Dies aber nicht «exklusiv», denn diese Pflicht trifft alle Staatsorgane und zum Teil – «Drittwirkung» ist der Link – auch Private.

g.g. Durch die grundsätzliche Umgestaltung des österr. Rechtsschutzsystems durch die mehrfach erwähnte Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 ändert sich im Grunde an der Bedeutung des Art. 144 Abs. 1 B-VG nichts. Laut Art. I Z 77 werden sich ab 1. Januar 2014 solche Beschwerden nicht mehr gegen Bescheide von Verwaltungsbehörden, sondern gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes zu wenden ha-

41 Siehe Rohregger (Fn. 17), Rz. 122.

ben. Den Verwaltungsgerichten kommt aber nicht eine spezifische, mit Kassation bewehrte Rechtskontrolle, sondern eine reformatorische Rolle in der Sache zu – so wie wir es rechtsstrukturell schon bisher mit den Verwaltungsbehörden hatten; ein Verfahren ist also «vorgeschaltet».

2.b. Zu den übrigen Kompetenzen des VfGH sei in extremer Kürze festgehalten:

In den Fällen des Art. 137 (Kausalgerichtsbarkeit), 138 Abs. 2, 141 (Wahlgerichtshof, sofern der VfGH unmittelbar angerufen werden konnte) und Art. 142 f. (Staatsgerichtsbarkeit) B-VG hat der VfGH die jeweiligen Rechtsvorschriften rite anzuwenden.

Anderes gilt für die Kompetenzen des VfGH nach Art. 138 Abs. 1 und Art. 141 B-VG, sofern sich die Wahlanfechtung gegen Akte der Wahlbehörden wendet; hier gilt sinngemäss das zu den Beschwerden Vorgetragene.

B. Fürstentum Liechtenstein

1. Gemäss Art. 104 Abs. 2 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein⁴² fällt in die Kompetenz des StGH «weiter die Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen ...».⁴³ Art. 18 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über den Staatsgerichtshof (StGHG)⁴⁴ ordnet an, dass diese Prüfung von Amts wegen zu erfolgen hat, wenn und soweit der StGH ein ihm verfassungswidrig erscheinendes Gesetz oder einzelne seiner Bestimmungen in einem bei ihm anhängigen Verfahren «anzuwenden hat».

Die Formulierung ist etwas weniger vorsichtig als die österreichische, die immerhin im Konjunktiv abgefasst ist und insofern deutlicher zum Ausdruck bringt, dass der VfGH die «verdächtige» Gesetzesstelle noch nicht angewendet haben darf.⁴⁵

42 Liechtensteinisches LGBL. 1921/15 i. d. F. des LGBL. 2003/186.

43 Siehe dazu im Einzelnen insbesondere Herbert Wille (S. 172 ff.) und Stotter (S. 749 ff.), aber auch Tobias Michael Wille in den in Fn. 15 zitierten Arbeiten; Letzterer stellt a. a. O. S. 178 in Anlehnung an die Praxis des deutschen BVerfG auf die «Entscheidungserheblichkeit» ab – siehe dazu übrigens auch Rohregger in Fn. 17 (Rz. 117).

44 Liechtensteinisches LGBL. 2004/32.

45 Gleiches gilt sowohl in Österreich als auch in Liechtenstein für Gerichtsanträge, hinsichtlich derer jeweils Analoges angeordnet ist.

2. Der Jubilar hat in diesem Zusammenhang auf eine – nicht veröffentlichte – Entscheidung des StGH aufmerksam gemacht, wonach eine Rechtsvorschrift von ihm geprüft werden könne, da deren Verfassungsmässigkeit «Voraussetzung» seiner Entscheidung in einem anderen verfassungsgerichtlichen Verfahren sei.⁴⁶

Wie oben dargetan, verwendete Art. 140 Abs. 1 B-VG in seiner Stammfassung eben diesen Begriff «Voraussetzung». Das BVG BGBl. 1975/302 passte den Wortlaut an die Rechtsprechung des VfGH an, der auf die Anwendung abgestellt hatte; diese Novelle war mit 1. Juli 1976 in Kraft getreten.⁴⁷ Der StGH stellte demnach auf den zwischenzeitlich ausser Kraft gesetzten ursprünglichen Wortlaut im B-VG ab.

3. Angesichts des faktisch identen Wortlautes der österr. Regelung und jener in Liechtenstein ist nicht näher zu begründen, sondern nur resümierend zusammenzufassen, dass bezüglich der stufenbaumässigen Einordnung das zu Österreich Ausgeführte auch für Liechtenstein gilt.

C. Weitere Parallelen

Oben wurde ausgeführt, dass es menschliches Bemühen übersteigen würde, alle Bedingungen des Zustandekommens eines Zwangsaktes zu identifizieren und zu beschreiben; juristisches Handwerk bzw. juristische Kunst müssen damit leben, sozusagen die jeweils bedeutsamen Elemente herauszugreifen. Wegen der damit zwingend vorgegebenen Unpräzision darf es daher nicht wundern, dass die Präjudizialitätsentscheidungen sowohl des VfGH⁴⁸ wie auch des StGH eine gewisse Oszillation aufweisen⁴⁹, aber auch teilweise kritisch beurteilt werden – hinsichtlich des StGH insbesondere auch vom Jubilar.⁵⁰

46 Siehe Herbert Wille, Die Normenkontrolle (Fn. 15), S. 169 (Fn. 180); a. a. O. S. 172 übrigens Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Präjudizialität.

47 Siehe Art. II Abs. 1 der im Text genannten B-VG-Novelle.

48 Siehe dazu oben.

49 Siehe etwa die Rechtsprechung des VfGH zur Frage Regel/Ausnahme, dargestellt etwa bei Spielbüchler und Rohregger (beide Fn. 17), nunmehr aber wohl «zurücknehmend» etwa VfGH 9. 10. 2012, B 539/12, VfSlg 19.683.

50 Siehe Herbert Wille, Die Normenkontrolle (Fn. 15), S. 173 f.