

Einkommenstransparenz nach dem Gleichbehandlungsgesetz

OGH verteidigt
Prospekthaftung

Ungleiche Spieler
Zinswette mit Banken

Syndikatsverträge
Streitgenossenschaft im Schiedsverfahren

Kündigungsschutz
Begünstigter Behinderter

Missbrauch im
Gründerwerbsteuergesetz

Bribery Act
Strafverfolgung Österreicher in UK

Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof

MICHAEL HOLOUBEK / MICHAEL LANG

A. Stiftungseingangssteuer

Mit **Erk v 2. 3. 2011, (G 159/10)** hat der VfGH den letzten Satz des § 1 Abs 5 StiftungseingangssteuerG als verfassungswidrig aufgehoben. Diese Regelung hat für Zwecke der Bewertung auf § 19 ErbStG verwiesen.

Anders als bei der Grundsteuer¹⁾ gehe es bei der Stiftungseingangssteuer nicht um eine Besteuerung bloß von Grundstücken oder Grundstückserwerben. Der Steuer unterliegt vielmehr – vergleichbar der (früheren) Erbschafts- und Schenkungssteuer – das gesamte einer Privatstiftung oder einer vergleichbaren Vermögensmasse zugewendete Vermögen. In diesem Fall komme es aber zu dem – vom VfGH im Erk VfSlg 18.093/2007 als verfassungswidrig beanstandeten – Effekt, dass die Höhe der Steuerbelastung nicht davon abhängt, was dem Vermögensträger – gemessen an Verkehrswerten – insgesamt zugewendet wird, sondern davon, welcher Art sein Erwerb sei: Bei gleichem Verkehrswert habe eine Privatstiftung oder eine vergleichbare Vermögensmasse, die Grundbesitz

erwirbt, im Hinblick auf die notorische Unterbewertung, die sich als Folge des Anknüpfens an die historischen Einheitswerte ergebe, in der Regel lediglich einen Bruchteil jener Bemessungsgrundlage anzusetzen, die im Fall einer steuerpflichtigen Zuwendung von Unternehmensanteilen, Wertpapieren oder Bargeld zur Anwendung komme.

Der BReg sei zuzustimmen, dass dieser Effekt im Fall der Stiftungseingangssteuer nicht durch einen progressiven Tarif verstärkt werde. Es treffe auch zu, dass die Belastung von 2,5 vH unter den Steuersätzen der vormaligen Erbschafts- und Schenkungssteuer liege. Der VfGH vermag aber der BReg nicht zu folgen, wenn sie im vorliegenden Zusammenhang den – in verschiedenen Sondersituationen zur Anwendung gelangenden – Steuersatz von 25 vH für unmaßgeb-

Univ.-Prof. Dr. *Michael Holoubek* lehrt öffentliches Recht, Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Michael Lang* Österreichisches und Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

1) Vgl dazu VfGH 6. 10. 2010, B 298/10.

lich erklären wolle, seien doch die Tarifvorschriften als Einheit aufzufassen.

Vor allem aber sei in diesem Zusammenhang von Bedeutung, dass für die bemessungsrechtliche Differenzierung kein sachlicher Grund zu sehen sei. Es gäbe keinen Hinweis dafür, dass mit der Heranziehung der Einheitswerte die Zuwendung von Grundstücken an Privatstiftungen gefördert werden solle; auch die BReg behaupte dies nicht. Für eine solche Privilegierung gäbe es offenbar auch keine sachliche Rechtfertigung. Insofern sei auch das Argument der BReg, der Gesetzgeber habe sich im Jahr 2008 bewusst für das Anknüpfen an die Einheitswerte entschieden, ohne Begründungswert: An der Verfassungswidrigkeit einer in unsachlicher Weise differenzierenden Bemessungsgrundlage ändere sich nicht dadurch etwas, dass der Gesetzgeber seine Regelung in Kenntnis der hg Rsp zur Erbschafts- und Schenkungssteuer und somit in vollem Bewusstsein der verfassungsrechtlichen Problematik getroffen habe.

Der VfGH bleibt auch dabei, dass der Gesichtspunkt der Verwaltungsvereinfachung, dem das Anknüpfen an Einheitswerte sicherlich entspreche, im hier gegebenen Zusammenhang letztlich die wesentliche Bevorzugung des Grundbesitzes nicht zu rechtfertigen vermöge. Bei der Gründung von Privatstiftungen oder bei Nachstiftungen handle es sich nicht um Phänomene des Massensteuerrechts, sondern – wie der BMF in seiner Stellungnahme im Beschwerdeverfahren selbst ausführt – um eine geringe Zahl von Fällen. Dabei gehe es in der Regel um komplexe Vorgänge, die zumeist auf langen Vorerhebungen beruhen und von einer fundierten Analyse und Beratung begleitet seien. Auch die Bemessung der Stiftungseingangssteuer erfordere dabei umfangreiche Erhebungen und Bewertungsvorgänge, speziell wenn es um die Einbringung von Unternehmensbeteiligungen oder Wertpapieren gehe. Dass in diesem Zusammenhang eine ins Gewicht fallende Verwaltungsvereinfachung erzielt werde, weil anstelle des in der Regel aus anderen Gründen bereits ermittelten bzw. bekannten Verkehrswerts des zugewendeten Grundstücks der (dreifache) Einheitswert herangezogen werde, könne der VfGH nicht erkennen.

Der VfGH ist somit – zusammenfassend – nicht der Meinung, dass im vorliegenden Fall Art und Gewicht der steuerlichen Konsequenzen ein Inkaufnehmen der mit der Heranziehung der Einheitswerte verbundenen Unschärfen zugunsten der damit erreichten Verwaltungsentlastung noch rechtfertigen könnte.

Der VfGH ist im Prüfungsbeschluss davon ausgegangen, dass die angenommene Verfassungswidrigkeit durch eine Aufhebung der in Prüfung gezogenen Wortfolge beseitigt werden könne und – anders als im Fall der Erbschafts- und Schenkungssteuer – eine Aufhebung des Grundtatbestands nicht erforderlich sei. Die BReg ist dem nicht entgegengetreten. Ihre Ausführungen unterstreichen und bestätigen, so der VfGH, vielmehr die Annahme zum Prüfungsumfang.

Auch die Replik der im Anlassverfahren beschwerdeführenden Privatstiftung führe zu keinem anderen Ergebnis. Ihr sei insb entgegenzuhalten, dass es im vorliegenden Fall typischerweise um planbare Zuwen-

dungen unter Lebenden gehe und die Zuwendung von Grundbesitz an eine Privatstiftung regelmäßig eine völlig andere Funktion und Zielsetzung habe als die Vererbung oder die Schenkung von Grundbesitz, die Gegenstand der Erbschafts- und Schenkungssteuer war. Dazu komme, dass die Steuerbefreiungen im StiftEG im Wesentlichen nur Zuwendungen von Todes wegen umfassen. Soweit sich infolge einer Bewertung von zugewendeten Grundstücken mit dem gemeinen Wert (§ 10 BewG 1955) dennoch Unstimmigkeiten und Spannungszustände zu den Bewertungs- bzw. Begünstigungsvorschriften für andere Vermögenswerte ergäben, ließen sich diese durch eine Überarbeitung der Bewertungs- und Begünstigungsvorschriften beheben. Dem diene die Setzung einer Frist für das Wirksamwerden der Aufhebung. Einer Aufhebung des Grundtatbestands dieser Steuer bedürfe es deswegen nicht.

In ihrer im Prüfungsverfahren erstatteten Replik regte die im Anlassverfahren beschwerdeführende Privatstiftung erstmals an, den Grundtatbestand der Stiftungseingangssteuer deswegen in Prüfung zu ziehen, weil gegen die Steuer als solche verfassungsrechtliche Bedenken bestünden. Solche seien beim VfGH jedoch aus Anlass dieses Verfahrens nicht entstanden: Eine Steuer nach Art der Stiftungseingangssteuer vorzusehen, liege – jedenfalls bei der gegenwärtigen Ausgestaltung – im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

B. Fremdenrecht und Mindeststrafen

Mit **Erk vom 9. 3. 2011, (G 53/10)** hat der VfGH einzelne Regelungen des Fremdenpolizeigesetzes als verfassungswidrig aufgehoben, die Mindeststrafen vorgesehen hatten:

Durch die am 1. 1. 2010 in Kraft getretene Novelle BGBl I 2009/122 zum Fremdenpolizeigesetz 2005 wurden unter der Überschrift „Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt“ mehrere Verwaltungsstraftaten, die systematisch diesem Themenkreis unterfallen, in einer Bestimmung zusammengefasst und die Strafrahmen dieser Regelungen verändert. Insb wurde mit der in § 120 Abs 1 FPG angefochtenen Wortfolge eine Mindeststrafe von € 1.000,-, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Wochen vorgesehen; im Wiederholungsfall wurde nunmehr – wie die Erläuterungen zu dieser Novelle belegen²⁾ –, „um den Unrechtsgehalt der Übertretungen zu verdeutlichen und diesem Nachdruck zu verleihen“, die Strafbarkeit dahingehend verschärft, dass nunmehr eine Mindestgeldstrafe von € 5.000,- oder eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Wochen normiert wurde. Im Übrigen ergebe sich aus den Erläuterungen bloß, dass aus der Sicht des Gesetzgebers der neue Strafrahmen des § 120 Abs 1 FPG „auf Grund des Unrechtsgehalts dieser Tat und in Bezug auf die Systematisierung der Verwaltungsstrafen im Fremdenrecht“ geboten sei.³⁾

2) Vgl RV 330 BlgNR 24. GP 37.

3) Vgl RV 330 BlgNR 24. GP 37.

Nach der Rsp des VfGH begrenzt das Sachlichkeitsgebot den Spielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung von Sanktionen für rechtswidriges Verhalten. Der VfGH hat es insb für unzulässig angesehen, dass eine absolute Strafdrohung unabhängig vom Grad des Verschuldens und unabhängig von der Höhe des durch eine Gesetzesübertretung bewirkten Schadens vorgesehen ist,⁴⁾ mit der Folge, dass eine Regelung ihrem System nach ein exzessives Missverhältnis zwischen der Höhe der Strafe einerseits und dem Grad des Verschuldens und der Höhe des verursachten Schadens andererseits einschließt.⁵⁾ In Fortführung dieser Rsp sprach der VfGH aus, dass das Sachlichkeitsgebot auch jenen Fall verpöne, in dem ein exzessives Missverhältnis zwischen dem unter Strafsanktion gestellten Verhalten und der als primäre Rechtsfolge vorgesehenen Geldstrafe bestehe.⁶⁾ Werde hingegen der Strafzweck nur erreicht, wenn die für den Fall des vorsätzlichen rechtswidrigen Verhaltens vorgesehene Strafe derart empfindlich sei, dass ein in der Regel normgemäßes Verhalten durchgesetzt werden könne, stelle sich – so lange die Strafdrohung noch keine betragsmäßige Höhe erreicht, die mit den hergebrachten, der Rechtsordnung immanenten Zwecken der Verwaltungsstrafe nicht mehr vereinbar wäre – auch eine Mindeststrafe als verfassungsrechtlich zulässig dar. In diesem Sinne hat der VfGH in Fortführung seiner Rsp zu § 28 Abs 1 Z 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz in seinem Erk VfSlg 18.775/2009 erneut festgestellt, dass die im Ausländerbeschäftigungsgesetz vorgesehenen Mindeststrafen aus spezial- und generalpräventiven Gründen zur effizienten Bekämpfung der illegalen Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern zulässig seien, da die Anhebung der Mindeststrafsätze noch nicht in dem Ausmaß erfolgt sei, „dass das Gewicht der Mindeststrafdrohung nunmehr außer Verhältnis zum Gewicht der damit verfolgten Ziele stünde“. In diesem Erk konnte der VfGH auch nicht erkennen, dass sich die tatsächlichen Umstände derart geändert hätten, dass die mit der Mindeststrafdrohung verfolgten Ziele nicht mehr erreicht werden könnten.

Vor diesem Hintergrund seien die durch die Novelle BGBl I 2009/122 zum Fremdenpolizeigesetz eingeführten Mindeststrafen von € 1.000,- in § 120 Abs 1 FPG und von € 5.000,- in Abs 4 leg cit verfassungsrechtlich wie folgt zu beurteilen: Die Festsetzung einer Mindeststrafe von € 1.000,- sei unsachlich, weil die von der Mindeststrafe des § 120 Abs 1 FPG erfassten Tatbestände der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthalts auf eine Vielzahl unterschiedlicher Sachverhalte anzuwenden seien und damit Verstöße ganz unterschiedlicher Gravität erfassen, ohne dabei hinreichend die Berücksichtigung dieser Unterschiede zu ermöglichen; so fielen – wie die Anträge belegen – Sachverhalte wie etwa die Betretung Österreichs ohne Reisepass (wenn dieser im Niederlassungsstaat vergessen wurde) ebenso wie ein beharrlicher unrechtmäßiger Aufenthalt über mehrere Jahre unter dieselbe Mindeststrafdrohung. Diese Beispiele verdeutlichen, dass gänzlich unterschiedliche Verhaltensweisen zumindest mit derselben Mindeststrafe zu ahnden seien. Wenngleich eine (begünstigende) Rücksichtnahme

auf die Umstände des konkreten Falles durch die §§ 20 und 21 VStG möglich sei, vermöge dies die Unterlassung der (notwendigen) Differenzierung im Gesetz hinsichtlich des Unrechtsgehalts nicht zu rechtfertigen.

Dieses Bedenken des Fehlens einer gebotenen Differenzierung im Gesetz werde auch bei einer systematischen Betrachtung des § 120 FPG bestätigt: Während Abs 2 (Erschleichung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels) und Abs 3 (Beihilfe zu rechtswidriger Einreise oder unbefugtem Aufenthalt) des § 120 FPG – im Gegensatz zu dessen Abs 1 – jeweils die verstärkte Vorsatzform der Wissentlichkeit voraussetzen, differenziere der Gesetzgeber demgegenüber bei der (Mindest-)Strafdrohung nicht, sondern sähe in allen genannten Regelungen jeweils eine Strafdrohung von € 1.000,- bis € 5.000,- vor. Die Regelung der Mindeststrafe ermögliche somit keine sachgerechte Bewertung der von § 120 Abs 1 FPG erfassten Verhaltensweisen. Die Festlegung der Mindeststrafe in § 120 Abs 1 FPG verstoße daher gegen das Gleichheitsgebot.

Diese Unsachlichkeit betreffe auch die fünffache Erhöhung der Mindeststrafe des § 120 Abs 1 FPG im Wiederholungsfall des Abs 4 leg cit.

C. Fremdenrecht und Rechtsstaatsprinzip

Mit **Erk vom 28. 2. 2011, (G 201/10)** hob der VfGH § 44 Abs 5 letzter Satz des Niederlassungs- und AufenthaltsG als verfassungswidrig auf: § 44 Abs 4 NAG sieht ein Antragsrecht des Fremden vor, das gewährleistet, dass der Fremde seine Interessen als seine Rechte – unabhängig vom Tätigwerden der Behörde – in einem Verfahren geltend machen kann. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folge daher einerseits, dass die Niederlassungsbehörde einen „begründeten Antrag“ inhaltlich einer Prüfung unterziehen und das Vorliegen der in § 44 Abs 4 NAG normierten Voraussetzungen untersuchen müsse, andererseits aber auch, dass damit ein Anspruch des Antragstellers auf Erledigung dieses Verfahrens in Form einer der Prüfung letztlich durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts unterliegenden Entscheidung der Niederlassungsbehörde einhergehen müsse.

Gem § 44 Abs 5 letzter Satz NAG gelten hingegen Verfahren gem Abs 4 als eingestellt, wenn der Fremde das Bundesgebiet verlassen hat. Nach Auffassung des VfGH lasse der Wortlaut dieser Bestimmung („gelten als eingestellt“) keinen anderen Schluss zu, als jenen, dass das Verfahren bei Ausreise des Fremden aus dem Bundesgebiet automatisch eingestellt ist, ohne dass dazwischen noch ein Willensakt der Behörde treten könnte. Die Gründe, die zum Verlassen des Bundesgebiets geführt haben, hätten dabei außer Betracht zu bleiben. Der Wortlaut der Bestimmung räume der Niederlassungsbehörde insb nicht die Möglichkeit ein, zwischen einer zwangsweisen Abschiebung und einer freiwilligen Ausreise zu

4) Vgl VfSlg 9901/1983 zur Strafe des Verfalls.

5) Vgl VfSlg 10.904/1986, ähnlich bereits VfSlg 10.597/1985.

6) VfSlg 12.151/1989.

unterscheiden, denn die Niederlassungsbehörde habe undifferenziert von einem als eingestellt geltenden Verfahren auszugehen.⁷⁾ Dass damit dem Antragsteller das Recht auf Durchführung eines Verfahrens zur Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels und der Anspruch auf Erledigung dieses Verfahrens in einer der Überprüfung durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts unterliegenden Entscheidung genommen werde, verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip.

D. Börsememberschaft

Mit **Erk vom 4. 3. 2011, (G 105/10)** hob der VfGH die Wortfolge „und 48 c“ in § 14 Abs 1 Z 4 BörseG als verfassungswidrig auf: Gem § 14 Abs 1 Z 4 BörseG darf die Zulassung als Börsemembers nur erteilt werden, wenn der Antragsteller oder einer seiner Geschäftsleiter nicht nach den §§ 48, 48 b und 48 c rechtskräftig bestraft wurde, sofern nicht die Verletzung des § 48 geringfügig oder die Strafe getilgt ist. Nach § 19 Abs 1 Z 1 BörseG sind Börsemembers von der Börse auszuschließen, wenn die Zulassungsvoraussetzungen zum Zulassungszeitpunkt nicht vorgelegen haben oder nachträglich weggefallen sind.

Die in Prüfung stehende Regelung greife in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung ein: Sie zwingt nämlich ein Unternehmen, das Mitglied der Börse ist, sich im Fall der Bestrafung eines Geschäftsleiters nach § 48 c BörseG entweder von diesem zu trennen oder aber den Verlust der Börsememberschaft hinzunehmen.

Nach der stRsp zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gem Art 6 StGG⁸⁾ sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen aufgrund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehalts nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind.

Der VfGH geht in seiner stRsp davon aus, dass Finanzinstitute ihre Tätigkeit in einem volkswirtschaftlichen Schlüsselbereich ausüben, von dessen Funktionen weite Teile der Volkswirtschaft abhängig sind, und dass eine besondere Schutzbedürftigkeit der Sparer, Anleger und sonstigen Gläubiger besteht.⁹⁾

Vor diesem Hintergrund bezweifle der VfGH nicht, dass es im öffentlichen Interesse gelegen sein kann, ein Unternehmen, das bzw dessen Geschäftsleiter wegen Marktmanipulation (§ 48 c BörseG) rechtskräftig bestraft worden ist, von der Börsememberschaft auszuschließen. Es könne daher auch im öffentlichen Interesse gelegen sein, von einem Börsemembers bei Androhung des Verlusts der Börsememberschaft zu verlangen, dass es einen wegen Marktmanipulation verurteilten Geschäftsleiter von dieser Funktion abberufe. Eine solche Maßnahme sei nach Auffassung des VfGH auch typischerweise geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die geschäftliche Gebarung des Börsemembers wieder herzustellen.

Der VfGH folgt jedoch der antragstellenden Gesellschaft insoweit, als die vom Gesetzgeber normierte Rechtsfolge letztlich unverhältnismäßig erscheint: Die in Rede stehende Rechtslage verknüpfe den Verlust der Börsememberschaft automatisch – und ohne

die Möglichkeit der Einräumung vorläufigen Rechtsschutzes (vgl § 19 Abs 2 BörseG) – mit der rechtskräftigen Bestrafung des Börsemembers selbst oder seines Geschäftsleiters wegen Marktmanipulation. Nach den gesetzlichen Vorgaben müsse somit im Falle einer solchen Bestrafung eine überaus schwerwiegende Rechtsfolge ohne Rücksicht auf die Umstände des konkreten Falles verhängt werden. Nun sei aber nicht zu übersehen, dass der Tatbestand der Marktmanipulation durchaus nicht homogen ist. § 48 a BörseG subsumiere in Abs 1 Z 2 unter diesen Tatbestand eine Vielzahl von Verhaltensweisen, verlange bei den einzelnen „Subtatbeständen“ die Berücksichtigung verschiedener Umstände, unter denen die Geschäfte abgewickelt wurden, sähe Rechtfertigungsgründe vor und hebe andererseits (in Abs 2) bestimmte Verhaltensweisen als offenbar typische Fälle von Marktmanipulation hervor. Bei einem derart breit und offen formulierten Straftatbestand sei es von vornherein ausgeschlossen, dass alle Verstöße hinsichtlich ihrer Gravität gleich zu beurteilen seien. Wäre dies der Fall, dann wäre es nahe liegend gewesen, eine Mindeststrafe vorzusehen. Dies sei jedoch nicht geschehen: Verwaltungsstrafrechtlich könne den konkreten Umständen des jeweiligen Falles vielmehr durch ein unterschiedliches Strafausmaß, offenbar sogar durch eine Anwendung des § 21 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (in der Folge: VStG) Rechnung getragen werden. Börserechtlich ziehen jedoch alle Bestrafungen unausweichlich dieselbe – überaus gravierende – Rechtsfolge nach sich, nämlich den automatischen Ausschluss von der Börsememberschaft, sofern sich das Unternehmen nicht von dem bestrafte Geschäftsleiter trenne.

Dazu komme noch das Folgende: Geschäftsleiter sind nach der Begriffsbestimmung des § 2 Abs 1 lit a Bankwesengesetz „[d]iejenigen natürlichen Personen, die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte und zur organschaftlichen Vertretung des Kredit- oder Finanzinstitutes nach außen vorgesehen sind“. Diese seien daher grds auch die gem § 9 Abs 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch das Börsemembers strafrechtlich verantwortlichen Personen, soweit nicht verantwortliche Beauftragte (§ 9 Abs 2 leg cit) bestellt sind. Das bedeute offenbar einerseits, dass der Geschäftsleiter nach § 48 c BörseG auch dann zu bestrafen sei (und das Unternehmen der Börsememberschaft verlustig gehe), wenn der eigentliche Tatbestand der Marktmanipulation durch Mitarbeiter begangen wurde, der Geschäftsleiter es aber (fahrlässig) unterlassen habe, die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln sicherzustellen. Auf der anderen Seite sei es hingegen möglich, die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung der Geschäftsleiter (und damit auch die drohende Sanktion des Verlusts der Börsememberschaft) zu vermeiden, wenn eine andere Person für die Bereiche, in denen

7) VfSlg 13.837/1994 mwH.

8) Vgl zB VfSlg 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.120/2001, 16.734/2002 und 17.932/2006.

9) Vgl zB VfSlg 12.098/1989, 12.378/1990, 13.327/1993, 13.471/1993, 13.477/1993, 18.747/2010.

Marktmanipulation möglich sei, zum verantwortlichen Beauftragten bestellt worden sei (§ 9 Abs 2 bis 5 VStG), außer die Tat wurde von den zur Vertretung nach außen berufenen Personen vorsätzlich nicht verhindert (§ 9 Abs 6 VStG).

Wenn die BReg einwende, der Verlust der Börsemitgliedschaft könne ohnehin durch die Abberufung des Geschäftsleiters abgewendet werden, dann sei ihr entgegenzuhalten, dass in den Fällen, in denen ein Entzug der Börsemitgliedschaft für das Unternehmen als unverhältnismäßige Sanktion für das Verhalten ihres Geschäftsleiters zu qualifizieren ist, es regelmäßig auch unverhältnismäßig wäre, das Börsemitglied zu verpflichten, sich von diesem Geschäftsleiter zu trennen und die damit idR verbundenen dienstvertraglichen, finanziellen und/oder organisatorischen Konsequenzen in Kauf zu nehmen.

Die in Rede stehende Rechtslage führe somit zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Erwerbsfreiheit. Sie verstoße aus den genannten Gründen auch gegen den – auch den Gesetzgeber bindenden – Gleichheitssatz, weil sie zu einer Gleichbehandlung von Fällen führe, die sich voneinander im Tatsächlichen wesentlich unterscheiden.

E. Freie Dienstnehmer und Weiterbildungsgeld

Im **Erk vom 4. 3. 2011, (B 340/10)** nahm der VfGH eine verfassungskonforme Interpretation der Regelungen des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor, in denen es um den Anspruch auf Weiterbildungsgeld geht und hob den diesen Anspruch bei einer freien Dienstnehmerin verneinenden Bescheid auf:

Gem § 1 Abs 1 lit a AIVG unterliegen Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, der Arbeitslosenversicherungspflicht. Freie Dienstnehmer iSd § 4 Abs 4 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (im Folgenden: ASVG), dh jene, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, sind Dienstnehmern gleichgestellt (§ 1 Abs 8 AIVG). § 6 Abs 1 Z 4 AIVG nennt als eine der Geldleistungen aus der Arbeitslosenversicherung das Weiterbildungsgeld. Nach § 26 Abs 1 leg cit gebühre Personen, die eine Bildungskarenz gem § 11 AVRAG oder eine Freistellung gegen Entfall des Arbeitsentgelts gem § 12 AVRAG in Anspruch nehmen und die Anwartschaft auf Arbeitslosengeld erfüllen, bei Erfüllung der in den § 26 Abs 1 Z 1 und 2 AIVG genannten Voraussetzungen für die vereinbarte Dauer ein Weiterbildungsgeld in der Höhe des Arbeitslosengeldes, mindestens jedoch in der Höhe des Kinderbetreuungsgeldes gem § 3 Abs 1 Kinderbetreuungsgeldgesetz. Nach § 26 Abs 5 AIVG ist eine Bildungskarenz nach gleichartigen bundes- oder landesgesetzlichen Regelungen wie eine Bildungskarenz gem § 11 AVRAG zu behandeln.

Dass Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung nicht nach unsachlichen Kriterien gewährt oder versagt werden können, bedürfe keiner näheren Darlegung. § 26 Abs 1 AIVG knüpft für das Weiterbildungsgeld in seiner Stammfassung an das AVRAG

an. Wie der VfGH bereits in seinem Erkenntnis VfSlg 16.207/2001 ausgesprochen hat, lasse § 26 Abs 1 AIVG nach Wortlaut und Zweck ohne Weiteres die Auslegung zu, dass die Regelung die Gewährung von Weiterbildungsgeld in allen Fällen vorsehe, in denen eine Bildungskarenz vereinbart wurde, welche die Tatbestandsmerkmale des § 11 AVRAG erfülle. Es fehle nämlich jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber das Weiterbildungsgeld unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nur für jene Karenzierungsvereinbarungen zu Weiterbildungszwecken gewähren wollte, die unter förmlicher Berufung auf § 11 AVRAG oder bloß im Geltungsbereich dieses Gesetzes getroffen werden. Der Hinweis auf § 11 AVRAG könne – und müsse daher – in verfassungskonformer Auslegung als „Umschreibung jenes Typus von Vereinbarungen gelesen werden, den § 26 Abs 1 AIVG (bei Erfüllung der weiteren dort bestimmten Voraussetzungen) als Bildungskarenz vor Augen hat“.¹⁰⁾

Freie Dienstnehmer seien zwar weder vom Anwendungsbereich des AVRAG erfasst, weshalb sie keine Karenzierungsvereinbarung iSd § 26 Abs 1 AIVG abschließen können, noch bestehen gleichartige bundes- oder landesgesetzliche Regelungen iSd § 26 Abs 5 leg cit, auf die sich freie Dienstnehmer in ihrer Karenzierungsvereinbarung unmittelbar beziehen könnten. Nach der mit 1. 1. 2008 erfolgten Gleichstellung freier Dienstnehmer, die für sie zu einer Gleichstellung auch hinsichtlich der Beitragspflicht führt, mit den übrigen Dienstnehmern¹¹⁾ und mit Blick auf die bisherige Rsp des VfGH¹²⁾ sei jedoch davon auszugehen, dass auch freie Dienstnehmer grds einen Anspruch auf Weiterbildungsgeld haben.

Freie Dienstnehmer hätten die Möglichkeit, eine Karenz zu Bildungszwecken im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts zu vereinbaren. § 26 Abs 5 AIVG sei – auch im Hinblick darauf, dass in § 11 AVRAG systematisch verfehlt sozialversicherungsrechtliche Regelungsinhalte aufgenommen wurden – verfassungskonform so zu verstehen, dass auch solche vertragliche Karenzierungsvereinbarungen „gleichartigen bundes- oder landesgesetzlichen Regelungen“ gleichzusetzen seien. Dieses Ergebnis werde durch den Umstand bestätigt, dass die Gleichstellung von freien Dienstnehmern iSd § 4 Abs 4 ASVG erst nach der Einfügung des Abs 5 in § 26 AIVG vorgenommen wurde, die in Reaktion auf das Erkenntnis VfSlg 16.207/2001 erfolgte.

F. Hundeführschein

Mit **Erk vom 9. 3. 2011, (G 60/10, V 80/10)** wies der VfGH Individualanträge auf Aufhebung von Teilen des § 5 a des Wiener TierhalteG ab. § 5 a Abs 2 ermächtigt die LReg, durch Verordnung festzulegen, welche Hunde als „hundeführscheinpflichtig“ anzusehen sind.

Nach der Bundesverfassung (Art 18 Abs 2 B-VG) sind Verordnungen „auf Grund der Gesetze“ zu erlassen.

10) Vgl VfSlg 16.207/2001.

11) Vgl BGBl I 2007/104.

12) Vgl VfSlg 16.207/2001.

sen. Das bedeutet, dass eine Verordnung bloß präzisieren darf, was in den wesentlichen Konturen bereits im Gesetz selbst vorgezeichnet wurde.¹³⁾ Soll ein Gesetz mit Durchführungsverordnung vollziehbar sein, müssten daraus also alle wesentlichen Merkmale der beabsichtigten Regelung ersehen werden können;¹⁴⁾ eine bloße formalgesetzliche Delegation, die der Verwaltungsbehörde eine den Gesetzgeber supplierende Aufgabe zuweise, stünde mit Art 18 Abs 1 B-VG in Widerspruch.¹⁵⁾

Die Grenze zwischen einer noch ausreichenden materiellen Bestimmtheit des Gesetzes und einer formalgesetzlichen Delegation sei im Einzelfall zu bestimmen. Entscheidungskriterium sei hier die Frage, ob die im Verordnungsweg getroffene (Durchführungs-)Regelung auf ihre inhaltliche Gesetzmäßigkeit überprüft werden könne.¹⁶⁾ Dabei seien in Ermittlung des Inhalts des Gesetzes alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen: Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lasse, was im konkreten Fall rechtens ist, verletze die Norm die in Art 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.¹⁷⁾ Überdies sei bei der Beurteilung, ob eine gesetzliche Bestimmung dem Ordnungsgeber hinreichend bestimmte Gesichtspunkte in Bezug auf den Verordnungsinhalt vorgibt, die Verordnungsermächtigung nicht isoliert, sondern im Lichte des entsprechenden Gesetzes insgesamt zu betrachten.¹⁸⁾

Der VfGH hat an sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen gesetzliche Regelungen, mit denen die Zulässigkeit der Haltung von Tieren, von denen potenziell eine Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen (insb auch Kindern) ausgeht, an die Bedingung geknüpft wird, dass sich die Halter dieser Tiere zuvor über ihr Alltagswissen hinaus mit den besonderen Gefahren dieser Tiere und wie diesen durch eine sachgerechte Haltung begegnet werden kann, vertraut machen.

Eine systematische Interpretation des Wr TierhalteG ergebe, dass die Verordnungsermächtigung des § 5 a Abs 2 leg cit das verwaltungsbehördliche Handeln insofern determiniere, als der Ordnungsgeber unter Berücksichtigung der übrigen Bestimmungen des Gesetzes das in § 1 leg cit formulierte Ziel, den Schutz von Menschen vor Gefahren, die sich aus der Tierhaltung ergeben, bestmöglich zu erreichen habe. Aus einer solchen Zusammenschau der Bestimmungen und der Zielsetzungen des Wr TierhalteG¹⁹⁾ ergebe sich, dass der Gesetzgeber die Hundeführscheinpflicht für jene Hunderassen vorsehen wollte, bei denen angesichts ihrer Größe und/oder ihrer Beißkraft sowie der sonst erwiesenen Gefährlichkeit für die Gesundheit von Menschen (und insb auch von Kindern) davon auszugehen sei, dass das bei einem durchschnittlichen Hundebesitzer vorauszusetzende Alltagswissen nicht ausreiche, um eine für andere Menschen gefahrlose Haltung und Führung eines solchen Hundes bestmöglich sicherzustellen. Diese Vorgaben, zu der von der LReg erhobene sachverständige Grundlagen hinzutreten,²⁰⁾ seien unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als Parameter bei der Bestimmung jener Hunderassen ausreichend, für welche die Regelungen über den Hundeführ-

schein iSd §§ 5 a und 8 Abs 8 Wr TierhalteG zu gelten haben.

Insoweit sei die Verordnung durch das gesamte Wr TierhalteG, das dem Schutz des Menschen vor Gefahren diene, die sich aus der Tierhaltung ergeben, hinreichend determiniert. Der Wiener Landesgesetzgeber habe durch die Regelungen dieses Gesetzes hinreichend deutlich zu erkennen gegeben, welche Merkmale bei der Auswahl der Hunde zu beachten seien, für deren Haltung ein Hundeführschein gem § 5 a Abs 1 leg cit erforderlich sei. Er habe sohin die Auswahl der Hunde nicht in Form einer formalgesetzlichen Delegation²¹⁾ dem nicht näher determinierten Belieben der Verwaltungsbehörde überlassen. Aus diesem Grund seien daher auch die Bedenken des Antragstellers im Hinblick auf einen behaupteten Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung nicht stichhaltig, gehe es doch im vorliegenden Zusammenhang um den dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 2 B-VG immanenten Delegationszusammenhang zwischen dem Gesetzgeber und der Verwaltung.

Da den angefochtenen Bestimmungen des Wr TierhalteG die Intention zugrunde liege, dass die Haltung von Tieren in einer Weise durchzuführen sei, dass Menschen nicht gefährdet bzw unzumutbar belästigt und fremde Sachen nicht beschädigt werden (§ 3 leg cit), ergebe sich daraus auch ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in der Erreichung dieses zulässigen Ziels. Stufe der Gesetzgeber daher die damit zusammenhängenden persönlichen Anforderungen an einen Tierhalter iSd § 2 Abs 1 leg cit danach ab, ob von den gehaltenen Tieren ein höheres oder niedrigeres Gefährdungspotenzial ausgehe, dann sei ihm auch aus der Sicht des Gleichheitssatzes nicht entgegenzutreten.

G. Ersatzansprüche für Suche nach Fliegerbomben

Der VfGH hat am **10. 3. 2011 (A 4/09)** eine auf Art 137 B-VG gestützte Klage der Stadt Salzburg gegen den Bund, in der um Ersatzansprüche für Aufwendungen, die iZm dem Aufsuchen und der Bergung von Fliegerbombenblindgängern entstanden sind, zurückgewiesen.

Gem Art 137 B-VG erkennt der VfGH über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, die Länder, die Gemeinden und die Gemeindeverbände, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen, noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind. Ein vermögensrechtlicher Anspruch

13) Vgl etwa VfSlg 11.639/1988 mwN, 14.895/1997.

14) Prinzip der Vorausbestimmung des Verordnungsinhaltes durch das Gesetz: VfSlg 4644/1964, 4662/1964, 5373/1966, 7945/1976.

15) Vgl VfSlg 11.859/1988 mwH, 13.982/1994, 14.179/1995, 14.762/1997, 18.013/2006, 18.637/2008 mwH.

16) Vgl zB VfSlg 1932/1950, 2294/1952, 4072/1961, 11.859/1988.

17) Vgl VfSlg 8395/1978, 10.296/1984, 11.639/1988, 14.644/1996, 15.447/1999, 16.137/2001, 16.911/2003, 18.821/2009.

18) Vgl dazu näher VfSlg 16.911/2003, 18.142/2007.

19) Vgl insb § 2 Abs 3 und § 5 a Abs 10 leg cit.

20) Vgl zu diesem Aspekt VfSlg 14.941/1997.

21) Vgl zB VfSlg 14.762/1997, 18.013/2006, 18.637/2008.

gegenüber dem Bund oder einem Land ist jedenfalls dann in einer die Zuständigkeit des VfGH nach Art 137 B-VG ausschließenden Weise im ordentlichen Rechtsweg auszutragen, wenn sich die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch aus § 1 JN herleiten lasse.²²⁾ Für die Zuordnung eines Rechtsanspruchs zu den „bürgerlichen Rechtssachen“ und die daraus folgende Zuständigkeit der Zivilgerichte gem § 1 JN sei maßgeblich, ob die Rechtsordnung die betreffenden Rechtsverhältnisse einem privatrechtlichen oder einem öffentlich-rechtlichen Regime unterworfen habe und welcher rechtlichen Handlungsformen sich eine Gebietskörperschaft, die eine vermögensrechtliche Leistung abgelehnt hat und deswegen nun in Anspruch genommen wird, bediene.²³⁾

Mit der vorliegenden Klage begehrte die Stadt Salzburg vom Bund den Ersatz von Aufwendungen, die sie für die Suche nach Fliegerbomben (blindgängern) auf in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken leisten musste. Die klagende Partei stützte ihre Klage auf die Verpflichtung des Bundes zur Gefahrenabwehr in Angelegenheiten, die nach Art 10 Abs 1 B-VG in den Kompetenzbereich des Bundes fallen. Der von ihr getätigte Aufwand sei daher nach §§ 1035 ff und 1042 ABGB bzw jedem sonstigen denkbaren Rechtsgrund vom Bund zu ersetzen. Wie der VfGH schon in seinem Erk VfSlg 3354/1958

für Ersatzansprüche nach § 1042 ABGB ausgesprochen habe, enthalte diese Vorschrift über den Aufwandsersatz im Fall der Erfüllung einer fremden gesetzlichen Verpflichtung einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der im gesamten Bereich der Rechtsordnung Geltung besitze; sie bewirke daher nicht unbedingt, dass ein solcher Anspruch zu einem zivilrechtlichen werde.²⁴⁾ So habe der VfGH seine Zuständigkeit in Bezug auf Ansprüche nach § 1042 ABGB zum Beispiel dann angenommen, wenn der Anspruch im öffentlichen Recht – etwa in Form einer gesetzlichen oder finanzausgleichsrechtlichen Regelung – begründet sei.²⁵⁾ Die klagende Partei behaupte nun eine Verpflichtung der beklagten Partei aufgrund einer Fürsorgepflicht des Bundes im weitesten Sinn; aus diesem Grund habe der Bund der Stadt Salzburg die Aufwendungen für die Suche nach Fliegerbomben (blindgängern) auf ihren Grundstücken zu ersetzen.

Entgegen der Ansicht der Stadt Salzburg lasse sich aus der Kompetenzverteilung des B-VG allein aber kein vermögensrechtlicher Anspruch ableiten. Denn selbst wenn es zuträfe, dass nach den allgemeinen Kompetenzbestimmungen der Bund zur Regelung derartiger Angelegenheiten in Gesetzgebung und Vollziehung ermächtigt wäre, würde dies nicht zwangsläufig dazu führen, dass ihn – ohne von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht zu haben – schon deshalb eine vermögensrechtliche Verpflichtung treffe.

Wenn die Stadt Salzburg ihre Rechtsansicht auf den Beschluss des OGH vom 5. 11. 2008, 7 Ob 110/08 i, stützt, übersähe sie, dass – anders als in dieser Entscheidung angenommen – die Überlegungen, die den VfGH in VfSlg 10.933/1986 zur Bejahung seiner Zuständigkeit zur Entscheidung über Ansprüche auf Rückerstattung des zu Unrecht bezahlten Aufwands in Folge der Behandlung mittels eines Nierenlithotripters geführt haben, auf den vorliegenden Fall schon deshalb nicht übertragbar seien, weil es sich nicht – wie damals – um einen geltend gemachten Ersatzanspruch basierend auf einer bestehenden ausdrücklichen – öffentlich-rechtlichen – gesetzlichen Regelung, nämlich dem Wiener Krankenanstaltengesetz, handle. Vielmehr handle es sich um einen Anspruch, der aus einer Tätigkeit erwachsen ist, für die es eine ausdrückliche materiellrechtliche Regelung oder Kostenersatzregelung nicht gäbe:

Weder das Bundesgesetz vom 25. 6. 1958 über die Gewährung von Entschädigungen für Schäden, die im Zusammenhang mit der Besetzung Österreichs entstanden sind,²⁶⁾ noch das Bundesgesetz vom 25. 6. 1958 über die Gewährung von Entschädigungen für durch Kriegseinwirkung oder durch politische Verfolgung erlittene Schäden an Hausrat und an zur Berufsausübung erforderlichen Gegenständen²⁷⁾ enthielte auch nur ansatzweise eine Zuständigkeits-

22) Vgl VfSlg 3076/1956.

23) Vgl VfSlg Anh 4 und 7/1956, 3262/1957.

24) Vgl auch VfSlg 8178/1977.

25) Vgl zB VfSlg 10.933/1986.

26) Besetzungsschädengesetz, BGBl 126.

27) Kriegs- und Verfolgungssachschädengesetz – KVSG, BGBl 127 idF BGBl 1959/305.

bzw Kostentragungsregelung für das Aufsuchen von Fliegerbomben und deren Bergung.

Auch im § 42 WaffG sei lediglich geregelt, dass „die weitere Sicherung und allfällige Vernichtung“ von sichergestelltem Kriegsmaterial, das sich offenbar in niemandes Obhut befindet – sofern es sich dabei „um sprengkräftige Kriegsrelikte, die aus der Zeit vor dem Jahre 1955 stammen“ handelt –, dem Bundesminister für Inneres obliege. Anders als der Fall der Bergung von Fliegerbomben falle die bloße Suche nach Fliegerbomben (blindgängern) somit aber nicht unter das WaffG. Vermögensrechtliche Ersatzansprüche, die aufgrund der Suche nach Fliegerbomben (blindgängern) entstanden sind, ließen sich daher auch nicht darauf stützen. Zusammenfassend sei somit festzuhalten, dass keine Norm in der österr Rechtsordnung das Suchen nach Fliegerbomben

(blindgängern) regle; für Ersatzansprüche aus diesem Titel fehle daher eine Kostentragungsregelung.

Ein auf § 2 F-VG 1948 gegründeter finanzausgleichsrechtlicher – und daher dem öffentlichen Recht zuzuordnender – Kostenersatzanspruch²⁸⁾ liege im vorliegenden Fall im Übrigen schon deshalb nicht vor, weil die Stadt Salzburg ihre Klage nicht als Gebietskörperschaft, sondern als Grundstückseigentümerin – und somit als Trägerin von Privatrechten – eingebracht habe. Auch sonst sei der geltend gemachte Anspruch nicht dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Der VfGH sei daher gem Art 137 B-VG nicht zuständig, über die Klage zu entscheiden. Diese war sohin zurückzuweisen.

28) Vgl zB VfSlg 9507/1982, 11.939/1988, 14.168/1995 und 16.739/2001 mwN.