

# Der Sitz der Rechtswidrigkeit

*Michael Lang\**

- I. Das verfassungsgerichtliche Normenprüfungsverfahren**
- II. Die Abhängigkeit des Sitzes der Rechtswidrigkeit von prozessualen Schranken**
  - 1. Präjudizialität und Sitz der Rechtswidrigkeit
  - 2. Aufhebungsantrag und Sitz der Rechtswidrigkeit
  - 3. Anlassfall und Sitz der Rechtswidrigkeit
- III. Die Abhängigkeit des Sitzes der Rechtswidrigkeit von der angestrebten Bereinigung der Rechtslage**
  - 1. Die aufzuhebenden Vorschriften
  - 2. Die Aufhebung von untrennbar zusammenhängenden Vorschriften
  - 3. Weitere Aufhebungsalternativen
- IV. Die Abhängigkeit des Sitzes der Rechtswidrigkeit von anderen Auswirkungen auf die nach der Aufhebung verbleibende Rechtslage**
  - 1. „Judicial self-restraint“
  - 2. Verfassungskonformität der bereinigten Rechtslage
  - 3. Die Klarheit der bereinigten Rechtslage
- V. Zusammenfassende Würdigung**

---

\* Den Herren *Mag. Thomas Horvath* und *Mag. Oliver-Christoph Günther, LL.B.* danke ich herzlich für die kritische Diskussion, die Unterstützung bei der Erstellung des Anmerkungapparats und bei der Fahnenkorrektur.



## I. Das verfassungsgerichtliche Normenprüfungsverfahren

Normenprüfungsverfahren können vom VfGH von Amts wegen oder auf Antrag eingeleitet werden. Antragsberechtigt sind – unter den im B-VG genannten Voraussetzungen – nicht nur Gerichte und die UVS, sondern auch die Bundesregierung, die Landesregierungen, ein Drittel der Mitglieder des National- oder Bundesrats sowie nach Maßgabe der Landesverfassungen ein Drittel der Mitglieder der Landtage. Darüber hinaus kann ein Normenprüfungsverfahren auch über Individualantrag eingeleitet werden.<sup>1</sup> In all diesen Fällen stellt sich jedenfalls dann, wenn die vorgebrachten Bedenken den VfGH überzeugen, die Frage, welche Normen vom VfGH aus dem Rechtsbestand auszuschneiden sind, um die Rechtswidrigkeit zu beseitigen.

In ständiger Rechtsprechung bedient sich der VfGH dazu folgender oder ähnlicher Formulierungen: Der VfGH „hält es ... für seine Aufgabe, den Umfang der zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzuhebenden Bestimmung derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Text keine Veränderung seiner Bedeutung erfährt. Es liegt auf der Hand, dass beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden können. Der VfGH hat daher in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang gebührt ...“<sup>2</sup>. „Die Grenzen der Aufhebung einer in Prüfung stehenden ... Bestimmung müssen ... so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzestext nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in einem untrennbaren Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden ...“<sup>3</sup> Diese Judikatur „beruht auf dem Grundgedanken, dass ein Gesetzesprüfungsverfahren dazu führen soll, die geltend gemachte Verfassungswidrigkeit – wenn sie tatsächlich vorläge – zu beseitigen, dass aber der nach Aufhebung verbleibende Teil des Gesetzes möglichst nicht mehr verändert werden soll, als zur Bereinigung der Rechtslage unbedingt notwendig ist, dass also keine oder möglichst wenige Regelungen aufgehoben werden sollen, gegen die sich die vorgebrachten Bedenken nicht richten“.<sup>4</sup>

Diese häufig verwendeten Formeln möchte ich zum Ausgangspunkt meiner Überlegungen nehmen. In Abschnitt II will ich untersuchen, ob und wie weit der Umfang der aufzuhebenden Vorschriften von prozessualen Voraus-

<sup>1</sup> Die Antragsberechtigung des BMF nach § 10 F-VG und der Volksanwaltschaft nach Art 148e und 148i sowie der Landesvolksanwälte nach Art 148i Abs 2 B-VG soll hier ausgeklammert bleiben. Dazu näher *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*; Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1119 f.

<sup>2</sup> VfSlg 7376/1974, 7786/1976, 11.574/1987, 13.179/1992, 16.195/2001, 18.321/2007.

<sup>3</sup> VfSlg 8155/1977, 8461/1978, 12.464/1990; vgl VfSlg 13.140/1992, 14.466/1996.

<sup>4</sup> VfSlg 8461/1978; vgl VfSlg 12.464/1990, 14.740/1997, 18.087/2007.

setzungen abhängt. Dabei werde ich erörtern, welchen Einfluss der Kreis der präjudiziellen Normen, der Inhalt des Aufhebungsantrags und die Besonderheiten des Anlassfalles auf den Sitz der Rechtswidrigkeit haben. In Abschnitt III will ich die Möglichkeiten aufzeigen, die der VfGH zur Bereinigung der Rechtslage hat. Oft stehen dem VfGH mehrere Aufhebungsalternativen offen. Daher hat die Rechtsprechung eine Reihe weiterer Kriterien entwickelt, die für die Entscheidung des VfGH maßgebend sind. Abschnitt IV ist der Systematisierung dieser Kriterien und dem Versuch, die Prämissen, auf die diese Rechtsprechung zurückzuführen ist, aufzudecken, gewidmet. In Abschnitt V will ich eine zusammenfassende Würdigung vornehmen.

## II. Die Abhängigkeit des Sitzes der Rechtswidrigkeit von prozessualen Schranken

### 1. Präjudizialität und Sitz der Rechtswidrigkeit

Ein nach Art 89 Abs 2 B-VG dazu berufenes Gericht kann nur dann einen Antrag auf Aufhebung einer Verordnung oder eines Gesetzes beim VfGH stellen, wenn es gegen die „Anwendung“ der Verordnung oder des Gesetzes aus dem Grund der Gesetz- oder Verfassungswidrigkeit Bedenken hat. Auch der VfGH kann nur dann von Amts wegen über die Rechtswidrigkeit von Gesetzen und Verordnungen erkennen, wenn er die Rechtsvorschrift „in einer anhängigen Rechtssache anzuwenden hätte“. Aus all diesen Regelungen leitet der VfGH ab, dass bei Normenprüfungsverfahren auf Antrag eines Gerichts, eines UVS und von Amts wegen die angefochtenen Vorschriften *präjudiziell* sein müssen.

Sinn dieser bundesverfassungsgesetzlichen Vorschriften ist es, „den Umfang jener generellen Normen, die zu prüfen der VfGH befugt ist, einzugrenzen“.<sup>5</sup> Der VfGH ist nämlich nicht ermächtigt, „jede generelle Norm ... zu prüfen, die für seine Entscheidung auch nur irgendwie von Bedeutung sein kann; denn irgendwie bedeutsam kann letztlich jede Norm, dh die gesamte Rechtsordnung sein“.<sup>6</sup> Der Maßstab, den der VfGH dabei anlegt, ist – wenn man ausschließlich die in ständiger Rechtsprechung verwendeten Formeln betrachtet – großzügig:<sup>7</sup> Präjudiziell sind bei einem vom VfGH von Amts wegen eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren jene gesetzlichen Bestimmungen, „die von der belangten Behörde bei der Erlassung des angefochtenen Bescheides in denkmöglicher Weise – wenn auch vielleicht zu Unrecht –

---

<sup>5</sup> VfSlg 9751/1983, 12.067/1989; vgl 10.816/1986, 11.394/1987, 14.078/1995; *Aichreiter*, Präjudizialität, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuer-sachen (1998) 71 (74).

<sup>6</sup> VfSlg 9751/1983, 10.816/1986, 11.394/1987; vgl 12.067/1989, 14.078/1995.

<sup>7</sup> So auch *Hiesel*, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Zulässigkeit gerichtlicher Verordnungs- und Gesetzesprüfungsanträge, ÖJZ 1997, 841 (845); *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss<sup>10</sup> Rz 1158.

angewendet wurden (zB VfSlg 5375/1966, 8318/1978, 8999/1980, 12.677/1991, oder die die belangte Behörde anzuwenden verpflichtet war (zB VfSlg 10.617/1985, 11.752/1988) und die darum auch der VfGH bei der Entscheidung über die gegen den Bescheid erhobene ... Beschwerde anzuwenden hätte (zB VfSlg 6947/1972). Präjudiziell sind aber auch jene gesetzlichen Bestimmungen, die der VfGH anzuwenden hätte, obgleich sie von der belangten Behörde weder angewendet wurden noch anzuwenden waren (zB VfSlg 8028/1977, 10.292/1984, 10.402/1985, 12.678/1991, 13.273/1992).<sup>8</sup> Bei Normenprüfungsverfahren, die auf Antrag eines anderen Gerichts eingeleitet werden, fühlt sich der VfGH „nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichts in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des VfGH darf daher ein Antrag iS des Art 140 B-VG bzw. des Art 139 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkumöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichts im Anlassfall bildet (zB VfSlg 7999/1977).“<sup>9</sup> Dies gilt auch für Anträge der UVS<sup>10</sup>.

Häufig legt der VfGH aber auch – trotz Verwendung dieser Formeln – einen strengeren Maßstab an: Die einleitend ausführlicher wiedergegebenen Überlegungen, wonach zwar ein Normenprüfungsverfahren dazu führen soll, dass die Rechtswidrigkeit beseitigt wird, dass aber der nach Aufhebung verbleibende Teil der Vorschrift möglichst nicht mehr verändert werden soll, als zur Bereinigung der Rechtslage unbedingt notwendig ist, fließen meist in die Präjudizialitätsprüfung ein. Der mögliche Sitz der Rechtswidrigkeit wird vom VfGH daher gleich bei Prüfung der Prozessvoraussetzungen lokalisiert.

Der VfGH wählt jedoch mitunter auch eine andere Vorgangsweise. In VfSlg 8004/1977 hat er beispielsweise bei der Abgrenzung des Umfangs der Aufhebung einer verfassungswidrigen Vorschrift festgestellt: „Da das antragstellende Gericht den angefochtenen Satzteil jedenfalls zur Gänze anzuwenden hat, ist die Abgrenzungsfrage hier nicht eine solche der Präjudizialität, sondern ein Teil der Sachfrage.“ In VfSlg 11.591/1987 räumt der VfGH ein, dass der VfGH und der VwGH in den Anlassfällen nicht nur den zweiten und den dritten Satz des § 120 Abs 2 NÖ JagdG, sondern auch den ersten Satz anzuwenden hätten. Dennoch war es nicht erforderlich, auch den ersten Satz als verfassungswidrig aufzuheben. In VfSlg 12.481/1990 betont der VfGH, dass im Verfahren nicht bezweifelt wurde, dass „sämtliche in Prüfung gezogene Bestimmungen präjudiziell sind“, sondern lediglich die Meinung

<sup>8</sup> VfSlg 14.078/1995.

<sup>9</sup> VfSlg 12.067/1989.

<sup>10</sup> Vgl zB VfSlg 13.424/1993; VfGH 19. 6. 1995, G 183, 212/94; vgl auch *Traxler*, Normprüfungsanträge der Unabhängigen Verwaltungssenate, ZfV 1993, 120 (120 ff).

vertreten wurde, „nicht alle Bestimmungen seien Sitz der vom VfGH angenommenen Verfassungswidrigkeit“.

Mitunter geht der VfGH auch davon aus, dass eine Bestimmung, die als Sitz der Rechtswidrigkeit angesehen werden könnte, mangels Präjudizialität nicht aufgehoben werden kann: In VfSlg 11.190/1986 überlegte er – unter anderem –, die festgestellte Verfassungswidrigkeit durch Aufhebung der Einleitungsworte der Befreiungsvorschrift des § 4 Abs 1 Z 7 GrEStG 1955 zu beseitigen. Dies scheiterte jedoch daran, dass der VfGH „präjudizialitätsbeding“ nicht die gesamte Z 7 in Prüfung ziehen konnte. Daher musste der Sitz der Verfassungswidrigkeit in einer anderen Bestimmung – nämlich letztlich im Grundtatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG 1955 – lokalisiert werden.<sup>11</sup>

Anders ging der VfGH bei Aufhebung des § 8 Z 1 KommunalsteuerG vor. Diese Befreiungsvorschrift betraf die ÖBB. Der VfGH erachtete diese Befreiung als präjudiziell, obwohl Anlassfall die Beschwerde eines Rechtsanwalts gegen die ihm vorgeschriebene Kommunalsteuer war: „Der Verfassungsgerichtshof nahm an, dass die Beschwerde zulässig ist und dass er § 1 KommStG 1993, auf den sich der bekämpfte Bescheid der Sache nach stützt, im Beschwerdeverfahren anzuwenden hätte. Da sich der normative Gehalt dieser Bestimmung jedoch erst in Zusammenschau mit den Ausnahmebestimmungen von der Steuerpflicht voll erschließe, nahm der Gerichtshof – im zweiten Prüfungsbeschluss – weiters an, dass er die Vorschrift des § 1 leg cit nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den die Steuerpflicht einschränkenden Bestimmungen der §§ 8 und 16 leg cit anzuwenden hätte. Denn in Verbindung mit diesen Bestimmungen ordne § 1 KommStG 1993 nämlich an, dass der Kommunalsteuer die Arbeitslöhne unterliegen, die an Dienstnehmer einer inländischen Betriebsstätte von Unternehmen gewährt worden sind, die nicht Unternehmen im Sinn des § 8 sind. Aus diesem Grund hat der Verfassungsgerichtshof beschlossen, die die Steuerpflicht normierende Bestimmung des § 1 KommStG 1993 (Beschluss vom 5. Dezember 1996, B 2202/95-9, mit dem das Verfahren G 400/96 eingeleitet wurde) sowie mit der Z 1 des § 8 KommStG 1993 jenen Teil der Befreiungsbestimmungen in Prüfung zu nehmen, auf den sich seine Bedenken beziehen (Beschluss vom 26. Februar 1997, B 2202/95-11, mit dem das Verfahren G 44/97 eingeleitet wurde). Der Gerichtshof nahm an, dass die in Prüfung genommenen Bestimmungen präjudiziell und dass auch die übrigen Prozessvoraussetzungen gegeben sind.“

In jenen Normenprüfungsverfahren, die nicht über Antrag eines Gerichts, eines UVS oder vom VfGH von Amts wegen, sondern aufgrund eines Antrags der Bundes- oder einer Landesregierung, eines Antrags von Abgeordneten oder eines Individualantrags eingeleitet werden, spielt die Präjudiziali-

---

<sup>11</sup> Kritisch zu der Frage, warum der VfGH „bei der Aufhebung der Z 1 des § 1 Abs 1 GrEStG stehen bleibt“: *Ruppe*, Aufhebung des § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG durch den VfGH, NZ 1987, 57 (60).

tät keine Rolle. Der VfGH hat die angefochtenen Vorschriften unabhängig von ihrer Anwendung zu prüfen. Dennoch geht er in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die von ihm in von Amts wegen oder über Antrag eines Gerichts oder UVS eingeleiteten Verfahren angestellten Überlegungen zur Abgrenzung des Umfangs der aufzuhebenden Vorschriften auch in diesen Normenprüfungsverfahren maßgebend sind<sup>12</sup>.

Dies gilt auch für jene Normenprüfungsverfahren, die über Individualantrag eingeleitet werden. Für derartige Verfahren ist einerseits Voraussetzung, dass der Antragsteller behauptet, unmittelbar durch die angefochtene Norm – im Hinblick auf deren Rechtswidrigkeit – in seinen Rechten verletzt worden zu sein, andererseits aber auch, dass die Norm für den Antragsteller tatsächlich, und zwar ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheids, wirksam geworden ist<sup>13</sup>. Trotz der Parallelen zu jenen Normenprüfungsverfahren, die die „Anwendung“ der angegriffenen Normen voraussetzen<sup>14</sup>, spielt die Präjudizialität keine Rolle. Dennoch zieht der VfGH seine erwähnten Formeln über den Umfang der zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzuhebenden Bestimmungen auch bei Verfahren aufgrund von Individualanträgen heran<sup>15</sup>.

## 2. Aufhebungsantrag und Sitz der Rechtswidrigkeit

In den Normenprüfungsverfahren, die über Antrag einer Regierung eingeleitet werden, ist der VfGH an diesen gebunden: Der Antrag muss auf Aufhebung der die Rechtswidrigkeit bewirkenden Vorschriften gerichtet sein. Selbst wenn der VfGH die vorgebrachten Bedenken der antragstellenden Regierung teilt, aber – aufgrund der einleitend dargelegten, in ständiger Rechtsprechung angestellten abwägenden Überlegungen – den Sitz der Rechtswidrigkeit in einer anderen Vorschrift sieht, weist er den Aufhebungsantrag zurück<sup>16</sup>.

Dieselben Grundsätze kommen bei Individualanträgen<sup>17</sup> und bei Anträgen eines Gerichts oder eines UVS<sup>18</sup> zum Tragen: Auch in diesen Fällen muss „bereits der Antragsteller die gebotene Abwägung vornehmen“<sup>19</sup>. Ein

<sup>12</sup> Vgl zB VfSlg 8155/1977 (Antrag der Bundesregierung), 8461/1978 (Antrag der Bundesregierung), 12.464/1990 (Individualantrag), 12.465/1990 (Antrag einer Landesregierung), 13.701/1994 (Antrag eines UVS), 13.915/1994 (Individualantrag), 14.180/1995 (Individualantrag).

<sup>13</sup> Vgl zB VfSlg 8009/1977, 8156/1977, 9084/1981, 10.511/1985, 12.331/1990, 12.464/1990, 13.585/1993, 15.672/1999, 17.731/2005.

<sup>14</sup> Vgl *Haller*, Die Prüfung von Gesetzen (1979) 208.

<sup>15</sup> So zB VfSlg 12.464/1990, 14.044/1995, 14.180/1995, 14.466/1996, 17.682/2005.

<sup>16</sup> VfSlg 8155/1977, 17.594/2005; *Aichreiter in Holoubek/Lang* 84 ff.

<sup>17</sup> Vgl zB VfSlg 12.464/1990, 13.915/1994, 14.044/1995, 14.180/1995, 14.466/1996, 17.682/2005.

<sup>18</sup> VfSlg 13.701/1994, 17.655/2005.

<sup>19</sup> VfSlg 13.701/1994; vgl VfSlg 15.035/1997.

nur die Aufhebung eines Teils der als Sitz der Rechtswidrigkeit vom VfGH ausgemachten Vorschriften ermöglichender Antrag ist daher zu eng<sup>20</sup>. Er wird vom VfGH als unzulässig zurückgewiesen. Da die Entscheidung des VfGH über den Sitz der Rechtswidrigkeit – wie noch darzulegen sein wird – nicht immer vorausgesehen werden kann, beinhalten Aufhebungsanträge häufig neben dem Hauptantrag auch einen oder mehrere Eventualanträge<sup>21</sup>.

Ob es zur Aufhebung von Normen kommt, hängt somit auch vom Inhalt des Antrags ab. Allerdings können die Antragsteller nicht beeinflussen, welche Vorschriften aufgehoben werden. Der Sitz der Rechtswidrigkeit wird letztlich ausschließlich vom VfGH selbst festgestellt. Der VfGH wählt – im Falle einer festgestellten Rechtswidrigkeit – bei der Lokalisierung der aufzuhebenden Vorschriften nicht bloß unter den Bestimmungen aus, deren Aufhebung beantragt wurde. Liegt der Sitz der Rechtswidrigkeit in anderen Bestimmungen, die nicht Gegenstand eines Aufhebungsantrags waren, bleibt dem Antragsteller der Erfolg versagt. Damit unterscheidet sich die vom VfGH gewählte Vorgangsweise von den sonst für die Präjudizialität maßgebenden Überlegungen: Der VfGH lokalisiert nämlich den Sitz der Rechtswidrigkeit unter den als präjudiziell angesehenen Vorschriften. Von den im Anlassfall präjudiziellen Vorschriften hängt es daher letztlich ab, welche Bestimmungen aufgehoben werden. Die antragstellenden Gerichte oder UVS können daher den Umfang einer Aufhebung zwar durch die Auswahl jener Fälle, die zum Anlass für Normenprüfungsanträge genommen werden, nicht aber durch den Inhalt des Aufhebungsantrags selbst beeinflussen. Aber auch die durch die Auswahl der vorgelegten Fälle gegebenen Einflussmöglichkeiten der antragstellenden Gerichte und UVS dürfen nicht überschätzt werden: Da der VfGH den Kreis der präjudiziellen Normen gegebenenfalls sehr weit zieht<sup>22</sup>, behält er faktisch das Heft in der Hand. Dazu kommt noch, dass auch das dazu berechtigte Gericht oder der UVS bei Vorliegen von Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der anzuwendenden Vorschrift *verpflichtet* sind, einen Aufhebungsantrag zu stellen<sup>23</sup>. Der Spielraum der antragstellenden Gerichte oder UVS ist daher auch aus diesen Gründen klein.

Parallelen zur Antragsbindung bestehen auch bei vom VfGH von Amts wegen eingeleiteten Normenprüfungsverfahren. Beschlüsse auf Einleitung eines amtswegigen Normenprüfungsverfahrens betreffen bestimmte Vorschriften. Der VfGH erachtet sich daran gebunden. Dies bedeutet aber nicht, dass

---

<sup>20</sup> VfSlg 13.918/1994, 14.740/1997, 16.191/2001.

<sup>21</sup> Vgl. Aichlreiter in Holoubek/Lang 88 f.

<sup>22</sup> Kritisch zu den Grenzen der Präjudizialität insbesondere Mayer, Neue Wege der Kompetenzinterpretation? ÖJZ 1986, 513 (519 f); Rohregger, Zur Präjudizialität steuerlicher Ausnahmetatbestände im verfassungsgerichtlichen Normprüfungsverfahren, ÖStZ 1997, 417 ff; Spielbüchler, „... anzuwenden hätte ...“. – Über den Gegenstand von Normprüfungsverfahren, in FS Adamovich (2002) 743 ff; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss<sup>10</sup> Rz 1158.

<sup>23</sup> Mayer, B-VG-Kurzkomentar<sup>4</sup> (2007) 468.



das Gesetzesprüfungsverfahren eingestellt werden muss, wenn sich im Verfahren herausstellt, dass der Sitz der Verfassungswidrigkeit in einer anderen Vorschrift liegt: Der VfGH hat es in der Hand, während des Verfahrens auch weitere Prüfungsbeschlüsse zu fassen. Beispielsweise hat der VfGH am 5. 12. 1996 beschlossen, § 1 KommStG von Amts wegen zu prüfen<sup>24</sup>. Im Prüfungsbeschluss vom 26. 2. 1997 hat er die Annahme getroffen, dass auch die Befreiungsvorschrift des § 8 Z 1 KommStG ihres Zusammenhanges mit § 1 KommStG wegen präjudiziell sei. Mit Erkenntnis vom 12. 4. 1997 hat der VfGH schließlich bloß § 8 Z 1 KommStG, nicht aber § 1 KommStG als verfassungswidrig aufgehoben.

### 3. Anlassfall und Sitz der Rechtswidrigkeit

Der VfGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass die Auswirkungen eines auf Antrag eines Gerichts oder eines UVS oder eines vom VfGH von Amts wegen eingeleiteten Normenprüfungsverfahrens auf den Einzelfall unerheblich sind<sup>25</sup>: „Der Ausgang des Gesetzesprüfungsverfahrens und seine Wirkung auf das Anlassverfahren“ sind weder für die Präjudizialität noch für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Vorschrift von Bedeutung.<sup>26</sup> Die aufzuhebenden Vorschriften sind daher unabhängig von den Auswirkungen auf den Anlassfall zu bestimmen. Die Beschwerde jenes Steuerpflichtigen, dessen Verfahren der Anlass für das amtswegige Gesetzesprüfungsverfahren war, das zur Aufhebung der die ÖBB betreffenden Befreiungsvorschrift des § 8 Z 1 KommStG geführt hat<sup>27</sup>, musste daher abgewiesen werden<sup>28</sup>: Die Aufhebung des § 8 Z 1 KommStG führte nur dazu, dass künftig auch für die ÖBB Kommunalsteuerpflicht besteht. Alle anderen Steuerpflichtigen – und damit auch der Beschwerdeführer des Anlassverfahrens – blieben aufgrund der nach wie vor existenten Regelung des § 1 KommStG weiterhin steuerpflichtig.

Lediglich in den Fällen einer bloßen Feststellung, dass eine Norm rechtswidrig war, kann auf das Verfahren im Anlassfall Bedacht genommen werden. Ohne gleichzeitigen Ausspruch, dass die Vorschrift auch auf vor der Feststellung verwirklichte Tatbestände nicht mehr anzuwenden ist, wirkt sich eine solche Feststellung nämlich überhaupt nur auf den Anlassfall aus. Daher

<sup>24</sup> VfGH 5. 12. 1996, B2202/95-9; vgl *Arnold*, Die verfassungswidrige Befreiungsbestimmung, in FS KWT – Steuern in Österreich (1998) 17 (24 f); *Beiser*, Materiales Verfassungsverständnis im Abgabenrecht, in FS Wimmer (2008) 23 (27 f).

<sup>25</sup> Vgl zB VfSlg 3719/1960, 4570/1963; *Aichltreiter* in *Holoubek/Lang* 78; *Ruppe*, Der Anlassfall, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (1998) 175 (188).

<sup>26</sup> VfSlg 3431/1958, 3836/1960; vgl auch VfSlg 11.752/1988.

<sup>27</sup> VfGH 12. 4. 1997, G 400/96, 44/97.

<sup>28</sup> *Rohregger*, ÖStZ 1997, 417 (421 FN 27).

kann die erforderliche Abwägung „nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten vorgenommen werden“<sup>29</sup>. In VfSlg 10.834/1986, das zur Feststellung der Gleichheitswidrigkeit des § 308 ASVG führte, soweit er keine Leistung von Überweisungsbeträgen für die in § 227 Z 4 leg cit genannten Ersatzzeiten vorsah, begründete dies der VfGH wie folgt: „Wirkt die Entscheidung nämlich nur auf die Anlassfälle, so muss auch dabei – anders als sonst – auf die Auswirkung in den Anlassfällen gesehen werden. Jede andere Vorgangsweise würde den Sinn der Abwägung verfehlen. Nun würde aber eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit des gesamten in Prüfung stehenden Teiles des Gesetzes die Anlassbeschwerden um jeden Erfolg bringen, weil dann eine Verpflichtung zur Zahlung von Überweisungsbeträgen für Zeiten nach § 227 ASVG überhaupt nicht mehr bestehen würde und der Gesetzgeber sich zu einer nur auf die Anlassfälle rückwirkenden Maßnahme nicht veranlasst sehen muss. Hingegen hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von ‚3 und 7‘ zur Folge, dass bloß diese Wendung in den Anlassfällen außer Betracht bleibt und Überweisungsbeträge für die Ersatzzeiten folglich nach ‚§ 227 Z 2 bis 9‘ und damit auch für Ersatzzeiten nach Z 4 zu leisten sind, ohne dass die Auswirkungen in den Anlassfällen über die Herstellung der verfassungsmäßigen Rechtslage hinausgingen. Dass auf diese Weise auch Tatbestände erfasst werden, gegen deren Fehlen verfassungsrechtliche Bedenken gar nicht geäußert wurden (Z 5 und 6), bleibt ohne Folgen und fällt daher nicht ins Gewicht.“

Die Auswirkungen auf das aus Anlass der Normenprüfung unterbrochene *Verfahren* sind sonst aber für den Umfang der aufzuhebenden Vorschriften unbeachtlich. Dennoch scheint der VfGH den Auswirkungen auf den Anlassfall aber auch in anderen Fällen Bedeutung beizumessen: Der Kreis der aufzuhebenden Vorschriften muss nämlich so abgegrenzt werden, dass für den Anlassfall die Rechtslage bereinigt ist. Die für den Anlassfall maßgebenden Rechtsvorschriften müssen nach der Aufhebung so beschaffen sein, dass die vom VfGH erkannte Rechtswidrigkeit nicht mehr besteht. Normenprüfungsverfahren, die über Antrag eines Gerichts oder eines UVS oder vom VfGH von Amts wegen eingeleitet wurden, dienen somit „der Herstellung einer verfassungsrechtlich einwandfreien Rechtsgrundlage für das Anlassverfahren“<sup>30</sup>. Durch die Aufhebung muss die Rechtslage für den Anlassfall so weit bereinigt werden, „dass die geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht mehr bestehen“<sup>31</sup>.

Die Erwähnung des Anlassfalles darf allerdings nicht überbewertet werden. Der VfGH verprobt zwar die Folgen einer Aufhebung regelmäßig anhand der für den Anlassfall nach Aufhebung der als rechtswidrig erkannten

---

<sup>29</sup> VfSlg 10.834/1986; vgl VfSlg 12.000/1989.

<sup>30</sup> VfSlg 13.701/1994, 13.772/1994.

<sup>31</sup> VfSlg 13.701/1994; vgl VfSlg 14.164/1995.

Vorschriften geschaffenen Rechtslage. Dies ändert aber nichts daran, dass er die Rechtslage durch die Aufhebung meist so gestaltet, dass sie für alle Normunterworfenen in Hinblick auf die im aufhebenden Erkenntnis als tragend erkannten Bedenken in Hinkunft unbedenklich ist. Gelingt es ihm nicht, die Rechtslage derart umfassend zu bereinigen, ist dies nur mittelbar auf den Anlassfall zurückzuführen: Dann scheidet die umfassende Aufhebung regelmäßig daran, dass das antragstellende Gericht, der antragstellende UVS oder der von Amts wegen das Normenprüfungsverfahren einleitende VfGH nicht alle Vorschriften „anzuwenden“ hatten. Der Kreis der anzuwendenden Vorschriften wird bei jenem Teil der Präjudizialitätsprüfung, die nicht auch die Suche nach dem möglichen Sitz der Verfassungswidrigkeit einschließt, festgelegt. Eine von der Präjudizialitätsfrage losgelöste Bedeutung kommt der Bezugnahme auf den Anlassfall aber nicht zu<sup>32</sup>.

Die Analyse der Erkenntnisse des VfGH, in denen er ein Normenprüfungsverfahren auf Antrag einer Regierung oder von Mitgliedern einer gesetzgebenden Körperschaft einzuleiten hatte, bestätigt diesen Befund: Hier gibt es gar keinen Anlassfall. Dennoch geht der VfGH davon aus, dass seine Rechtsprechung, wonach – unter anderem – „nicht mehr aus dem Rechtsbestand auszuschneiden ist, als Voraussetzung für den Anlassfall ist“, auch auf Antrag einer Regierung eingeleitete Normenprüfungsverfahren zutrifft<sup>33</sup>. Da bei auf Antrag einer Regierung oder von Mitgliedern einer gesetzgebenden Körperschaften durchgeführten Prüfungsverfahren dieser Hinweis auf den Anlassfall ohne Bedeutung sein muss, spricht dies ebenfalls dafür, den Auswirkungen auf den Anlassfall auch in anderen Verfahren keine eigenständige Bedeutung einzuräumen.

Dass es auf die Auswirkungen auf den Anlassfall im Regelfall nicht ankommt, bestätigen auch Art 140 Abs 3 Satz 2 und 3 B-VG: Nach diesen Regelungen hat der VfGH das ganze Gesetz als verfassungswidrig aufzuheben, wenn dieses von einem nach der Kompetenzverteilung nicht berufenen Gesetzgebungsorgan erlassen oder in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde. „Dies gilt nicht, wenn die Aufhebung des ganzen Gesetzes offensichtlich den rechtlichen Interessen der Partei zuwiderläuft“, die einen Individualantrag gestellt hat oder deren Rechtssache Anlass für die Einleitung eines amtswegigen Gesetzesprüfungsverfahrens gegeben hat. Ähnliche Regelungen enthalten Art 139 Abs 3 Satz 2 und 3 B-VG. Aus dem Ausnahmeharakter dieser Vorschriften ergibt sich, dass im Regelfall nicht auf die Parteiinteressen Bedacht zu nehmen ist.

<sup>32</sup> So offenbar auch *Rohregger*, ÖStZ 1997, 418 FN 9.

<sup>33</sup> VfSlg 8155/1977; vgl VfSlg 12.465/1990, 13.019/1992.

### III. Die Abhängigkeit des Sitzes der Rechtswidrigkeit von der angestrebten Bereinigung der Rechtslage

#### 1. Die aufzuhebenden Vorschriften

Ziel einer Aufhebung ist somit die im Hinblick auf die als tragend angesehenen Bedenken erfolgte Bereinigung der Rechtslage. Welche Vorschriften mindestens aufgehoben werden müssen, um dieses Ziel zu erreichen, hängt von den vom Normsetzer ursprünglich verwendeten Formulierungen ab. Häufig werden Paragraphen, Absätze oder Sätze aufgehoben. Mitunter genügt es aber auch, Satzteile aus dem Rechtsbestand zu beseitigen. Beispielsweise lautete § 51 Vbg BauG ursprünglich wie folgt: „Die in diesem Gesetz geregelten Aufgaben der Gemeinde mit Ausnahme der §§ 17 Abs 5 und 53 sind solche des eigenen Wirkungsbereiches.“ Nach Aufhebung des dem Wort „Ausnahme“ folgenden Artikels „der“ und des Satzteils „§ 17 Abs 5 und“ als verfassungswidrig<sup>34</sup> lautete die Vorschrift folgendermaßen: „Die in diesem Gesetz geregelten Aufgaben der Gemeinde mit Ausnahme § 53 sind solche des eigenen Wirkungsbereiches.“ Ähnlich ging der VfGH in VfSlg 10.091/1984 vor: § 37 Abs 2 Kärntner BezügeG lautete ursprünglich wie folgt: „Die Bestimmungen des § 25 Abs 2 und 3 gelten entsprechend.“ Nach Aufhebung der Wendung „2 und“ hatte die Regelung folgenden Wortlaut: „Die Bestimmungen des § 25 Abs 3 gelten entsprechend.“

Gelegentlich genügt auch bereits die Aufhebung eines Wortteiles: So hatte der VfGH in § 85 Abs 1 lit a GSPVG im Satzteil „60 v.H. der Erwerbsunfähigkeitspension“ den Wortteil „Erwerbsunfähigkeits ...“ als verfassungswidrig aufgehoben<sup>35</sup>. In § 264 Abs 1 lit a ASVG hatte er im Satzteil „60 v.H. der Invaliditätspension“ den Wortteil „Invaliditäts ...“ aufgehoben<sup>36</sup>.

#### 2. Die Aufhebung von untrennbar zusammenhängenden Vorschriften

Häufig begnügt sich der VfGH aber nicht damit, einzelne Paragraphen, Sätze, Worte oder gar Wortteile als rechtswidrig aufzuheben. Für den VfGH ist es entscheidend, dass auch die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in einem „untrennbaren Zusammenhang“ stehenden Bestimmungen erfasst werden<sup>37</sup>. Dass das Vorliegen eines „untrennbaren Zusammenhangs“ verschiedener Rechtsvorschriften jedenfalls nicht von formalen Kriterien abhängt, zeigt alleine die Bereitschaft des VfGH, allenfalls sogar bloß einzelne

---

<sup>34</sup> VfSlg 9811/1983.

<sup>35</sup> VfSlg 8004/1977.

<sup>36</sup> VfSlg 8410/1978.

<sup>37</sup> Vgl zB VfSlg 6674/1972, 8155/1977, 10.384/1985, 11.591/1987, 12.678/1991, 14.895/1997, 16.121/2001; kritisch: *Aichreiter in Holoubek/Lang* 86 f.

Wortteile aus dem Rechtsbestand zu beseitigen. Mitunter sprechen aber andere Überlegungen dagegen, den Kreis der aufzuhebenden Vorschriften derart eng zu ziehen. In diesen Fällen bemüht der VfGH dann die Formel vom „untrennbaren Zusammenhang“.

Aus dem Blickwinkel des Ziels der Beseitigung der vom VfGH erkannten Rechtswidrigkeit alleine kann – wenn überhaupt – nur sehr selten der Umfang der aufzuhebenden Vorschriften abgegrenzt werden. Meist könnte der VfGH nämlich den Kreis der aufzuhebenden Vorschriften sowohl enger als auch weiter ziehen, um die Rechtslage entsprechend zu bereinigen. Wenn auch der VfGH die Frage nach anderen „in untrennbarem Zusammenhang“ stehenden Vorschriften nicht in allen Fällen ausdrücklich aufwirft, so hat er doch fast immer zu prüfen, ob – im Rahmen der prozessualen Schranken – auch andere Vorschriften aufzuheben sind. Meist stellt sich offenbar sogleich heraus, dass die Erreichung eines anderen der bei Festlegung des Kreises der aufzuhebenden Vorschriften maßgebenden Ziele die Aufhebung weiterer Bestimmungen nicht notwendig macht, sodass diese Überlegungen in der Erkenntnisbegründung keinen Niederschlag finden. Die gewonnene Einsicht zeigt jedenfalls, dass die Bestimmung des Sitzes der Rechtswidrigkeit fast immer auch die Berücksichtigung anderer Ziele und somit eine Abwägungsentscheidung erfordert.

### **3. Weitere Aufhebungsalternativen**

Dies zeigt sich nicht nur dann, wenn der VfGH vor der Entscheidung steht, den Kreis der aufzuhebenden Vorschriften enger oder weiter zu ziehen. Oft hat der VfGH auch darüber zu befinden, ob er die eine oder die andere Vorschrift aus dem Rechtsbestand beseitigt. Ein Beispiel dafür ist der in VfSlg 13.816/1994 festgestellte Verstoß der Regelungen der Zuständigkeit zur Entscheidung über einen Wiedereinsatzantrag gegen das aus Art 18 iVm 83 Abs 2 B-VG abgeleitete Gebot einer präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit: Zur Entscheidung über einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war nach § 71 Abs 4 AVG die Behörde berufen, bei der die versäumte Handlung vorzunehmen war. Nach § 63 Abs 5 AVG ist die Berufung entweder bei der Behörde einzubringen, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat, oder bei der Behörde, die über die Berufung zu entscheiden hat. Jede dieser Vorschriften war für sich gesehen verfassungsrechtlich unbedenklich. Das verfassungswidrige Ergebnis entstand durch das Zusammenspiel der beiden Normen. Die Verfassungswidrigkeit konnte daher entweder dem § 71 Abs 4 AVG oder dem letzten Satzteil des § 63 Abs 5 AVG angelastet werden.

In VfSlg 14.149/1995 erachtete der VfGH die rückwirkende Inkraftsetzung der Verlustvortragsbeschränkung des § 102 Abs 2 Z 2 letzter Satz EStG 1988 idF AbgÄG 1989 für das gesamte Veranlagungsjahr 1989 als verfas-

sungswidrig. Der VfGH sah zwei Möglichkeiten, die Rechtslage zu bereinigen: Die eine Variante – für die sich der VfGH letztlich entschied – bestand darin, § 102 Abs 2 Z 2 letzter Satz EStG aufzuheben. Dass die – als solche vom VfGH als unbedenklich angesehene – Verlustvortragsbeschränkung auch in Hinkunft nicht anzuwenden ist, nahm er in Kauf. Die Alternative bestand darin, die Übergangsvorschriften, die die Rückwirkung anordneten, als verfassungswidrig aufzuheben. Die damit – der Auffassung des VfGH nach – verbundene Konsequenz, dass das Inkrafttreten des gesamten ersten Teils des AbgÄG 1989 insgesamt rückwirkend verändert worden wäre, wollte er hingegen nicht hinnehmen. Geht man davon aus, dass die Aufhebung jeder der beiden Vorschriften die Verfassungswidrigkeit beseitigt hätte<sup>38</sup>, bedurfte es zusätzlicher Kriterien, um einer der beiden Lösungen den Vorzug zu geben.

#### **IV. Die Abhängigkeit des Sitzes der Rechtswidrigkeit von anderen Auswirkungen auf die nach der Aufhebung verbleibende Rechtslage**

##### **1. „Judicial self-restraint“**

In ständiger Rechtsprechung geht der VfGH davon aus, dass er bei seiner Entscheidung über den Umfang der aufzuhebenden Vorschriften berücksichtigt, dass die nach der Aufhebung verbleibenden Normen eine möglichst geringfügige Veränderung ihrer Bedeutung erfahren. Der VfGH spricht auch häufig davon, dass er den stärkeren oder schwereren Eingriff in die Rechtsordnung vermeiden will. Dass die Erreichung dieses Ziels nicht unbedingt mit einem möglichst geringen Eingriff in den Normtext Hand in Hand gehen muss, ist offensichtlich. Welche Gesichtspunkte aber bei der Einzelfallent-

---

<sup>38</sup> Der VfGH sah im Ergebnis zu Recht den Sitz der Verfassungswidrigkeit *nicht* in den Übergangsvorschriften. ME ging er aber in seiner Begründung von einer unzutreffenden Prämisse aus: Die Aufhebung der Vorschrift des Art II Z 1 AbgÄG 1989, die anordnete, dass die Regelungen des AbgÄG 1989 erstmals bei der Veranlagung für das Kalenderjahr 1989 anzuwenden waren, hätte gar nicht gereicht, um die Verfassungswidrigkeit zu beseitigen. Nach § 4 Abs 2 lit a Z 2 BAO entsteht nämlich der Abgabenanspruch bei der Einkommensteuer für die zu veranlagende Abgabe mit Ablauf des Kalenderjahres, für das die Veranlagung vorgenommen wird. Da folglich die Rechtslage am Ende des Veranlagungsjahres relevant ist, bewirkt eine unterjährige Kundmachung der Regelung ohne gesonderte Übergangsvorschriften eine Rückwirkung für den gesamten Veranlagungszeitraum und somit für das gesamte Kalenderjahr 1989. Würde hingegen dennoch die Beseitigung der Übergangsvorschriften ausreichen, um die Verfassungswidrigkeit zu beseitigen, wäre nicht einzusehen, warum der VfGH nicht diesen Weg gewählt hat: Die Aufhebung hätte – wenn der VfGH nicht die Anlassfallwirkung erweitert – nur auf den Anlassfall gewirkt, sodass für alle anderen in der Vergangenheit gelegenen Fälle die Aufhebung ohne Bedeutung gewesen wäre. Damit wäre diese Aufhebungsvariante die am wenigsten einschneidende gewesen.

scheidung tatsächlich noch eine Rolle spielen, ist oft nur schwer zu erkennen. Wenn der VfGH in den Gesetzesinhalt nicht „über die durch jede Aufhebung üblicherweise bewirkte Änderung“ hinaus eingreifen will<sup>39</sup>, ist dies – isoliert betrachtet – genauso wenig aussagekräftig, wie wenn er sich dagegen wehrt, „wesentliche Bestimmungen aus der Rechtsordnung“ zu eliminieren, gegen die sich die vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht wenden<sup>40</sup>.

Gelegentlich entsteht der Eindruck, der VfGH würde bei der Festlegung der aufzuhebenden Vorschriften erklärtermaßen Rechtspolitik betreiben: In VfSlg 10.936/1986 erachtet er den Ausschluss eines Verhafteten oder Angehaltenen von der möglichen Bevorschussung von Leistungen aus der Pensionsversicherung als gleichheitswidrig. Den Sitz der Verfassungswidrigkeit sah der VfGH aber nicht in der Regelung des § 23 Abs 1 AIVG, die Arbeitslose in anderen Fällen zur Bevorschussung von Leistungen aus der Pensionsversicherung berechnete. Für den VfGH war – unter anderem – entscheidend, dass „die Aufhebung des § 23 Abs 1 AIVG eine sozialpolitische Lücke reißen würde“. Ein ähnlicher Schluss könnte aus VfSlg 3431/1958 abgeleitet werden: Der VfGH hob § 12 Abs 1 letzter Satz sowie § 12 Abs 3 und 4 RHG auf und bemerkte dazu: „Die Aufhebung in diesem Umfang war auch nötig, um dem Gesetzgeber den Weg zu einer umfassenden Neuregelung des Prüfungsverfahrens zu weisen ...“.

Der VfGH geht hingegen davon aus, dass es ihm nicht möglich ist, „rechtspolitische Erwägungen“ anzustellen<sup>41</sup>. In VfSlg 8806/1980 lehnte er eine der Aufhebungsvarianten ab und begründete dies wie folgt: „Zu einer derartigen Lösung hat sich der Gerichtshof aber nicht entschlossen; er hätte nämlich auf diese Weise dem Gesetz einen völlig veränderten Inhalt gegeben, damit seine rechtspolitische Entscheidung an Stelle der rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers gesetzt und so eine Zuständigkeit in Anspruch genommen, die ihm von Verfassung her nicht zukommt (vgl VfSlg 4471/1963, 5810/1968, 6674/ 1972).“ Noch stärker formulierte der VfGH in VfSlg 12.465/1990: Er hielt fest, dass die „gedachte Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen ..., wodurch die verbleibenden eine völlig veränderte Bedeutung erhielten, im Ergebnis geradezu einen dem VfGH verwehrt Akt positiver Gesetzgebung darstellte“<sup>42</sup>. Eine ähnliche Formulierung findet sich in VfSlg 13.915/1994: „Es ist dem VfGH verwehrt, der Norm durch Aufhebung bloßer Teile einen völlig veränderten, dem Gesetzgeber überhaupt nicht mehr zusinnbaren Inhalt zu geben, weil dies im Ergebnis geradezu ein Akt positiver Gesetzgebung wäre.“<sup>43</sup> Isoliert betrachtet ist diese

<sup>39</sup> VfSlg 7376/1974.

<sup>40</sup> VfSlg 8461/1978; vgl VfSlg 16.989/2003.

<sup>41</sup> VfSlg 7786/1976.

<sup>42</sup> Vgl VfSlg 13.140/1992.

<sup>43</sup> Vgl VfSlg 12.465/1990, 13.915/1994, 16.756/2002.

Begründung des VfGH in hohem Maße anfechtbar, da dem VfGH von Verfassungs wegen im Normenprüfungsverfahren Kompetenzen eingeräumt sind, die auch dem Gesetz- oder Verordnungsgeber zukommen.<sup>44</sup> Gesetz- und Verordnungsgeber können ebenfalls die von ihnen geschaffenen Normen beseitigen. Es hängt oft von legislativen Zufällen ab, ob ein Normsetzer eine neue Vorschrift schaffen oder eine bestehende Vorschrift aufheben muss, um die angestrebte Wirkung zu erreichen. Daher bringt es die Aufhebungskompetenz des VfGH mit sich, dass er die Rechtslage manchmal auch so verändern kann, wie dies auch durch einen „Akt positiver Gesetzgebung“ erfolgen kann. Die Intentionen, die hinter diesen Ausführungen des VfGH stehen, sind allerdings klar: Der Gerichtshof will dem – auch verfassungsgesetzlich vorgezeichneten – Grundsatz der Gewaltenteilung gerecht werden, indem er sich im Zweifel Zurückhaltung auferlegt<sup>45</sup>.

Diese Zurückhaltung kann es paradoxerweise erforderlich machen, die Rechtslage vordergründig viel einschneidender zu ändern. Die Aufhebung einer einzelnen Bestimmung kann nämlich mitunter dazu führen, dass die nach der Aufhebung bestehende Rechtslage verfassungskonform ist, aber nicht in dieser Form vom Gesetzgeber selbst erlassen worden wäre. Die gesetzgeberische Neuregelung kann daran scheitern, dass die Mehrheit der Abgeordneten zwar die vom VfGH durch Aufhebung geschaffene Rechtslage so nie von sich aus geschaffen hätte, sich aber – aufgrund der Diskussion mehrerer alternativer Regelungsmodelle oder einer von manchen politischen Kräften geforderten Junktimierung mit anderen Normsetzungsakten – keine Mehrheit für die Erlassung einer anderen Regelung finden lässt. Beseitigt der VfGH hingegen einen größeren Regelungsbereich, kann dies dazu führen, dass unter den Parlamentariern die Einsicht wächst, den gesamten Regelungsbereich neu zu ordnen und damit auch jenen Teil der Regelung, die als verfassungswidrig erachtet wurde, in einer Weise neu zu regeln, die nicht nur verfassungskonform ist, sondern auch von der erforderlichen parlamentarischen Mehrheit getragen wird. Die Notwendigkeit zur Neuregelung der ganzen Materie kann – etwa bei Aufhebung ganzer Abgaben – durch fiskalische Erfordernisse oder auch durch eine sonst bestehende andere Verfassungswidrigkeit entstehen. Durch Aufhebung größerer Regelungsbereiche erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Gesetzgeber selbst zu einem Normsetzungsakt gezwungen sieht. In diesem Fall wird die künftige Rechtslage letztlich nicht vom VfGH, sondern vom Gesetzgeber selbst bestimmt.

Vor diesem Hintergrund werden insbesondere einige Erkenntnisse des VfGH, mit denen er steuerrechtliche Vorschriften aufgehoben hat, verständlicher: In VfSlg 8806/1980 kam der VfGH zum Ergebnis, dass die unterschiedliche gebührenrechtliche Behandlung von Fremdwährungskrediten

---

<sup>44</sup> Zur legislativen Funktion des VfGH vgl zB *Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 56.

<sup>45</sup> Kritisch *Beiser* in FS Wimmer 43.



und von Fremdwährungsdarlehen sowie auch die unterschiedliche Behandlung von Kreditverträgen und Darlehensverträgen, die der Finanzierung von Ausfuhrgeschäften mit Bundeshaftung dienen, sachlich nicht gerechtfertigt ist. Der VfGH hob sowohl § 33 TP 8 Abs 1 als auch § 33 TP 19 Abs 1 GebG als verfassungswidrig auf. In seiner Begründung räumte der Gerichtshof ein, dass er die Ungleichheit auch hätte beseitigen können, „indem er nur die Gebührenpflicht betreffend Darlehensverträge oder nur die Gebührenpflicht betreffend Kreditverträge aufgehoben hätte. ... Zu einer derartigen Lösung hat sich der Gerichtshof aber nicht entschlossen; er hätte nämlich auf diese Weise dem Gesetz einen völlig veränderten Inhalt gegeben, damit seine rechtspolitische Entscheidung an Stelle der rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers gesetzt und so eine Zuständigkeit in Anspruch genommen, die ihm von der Verfassung her nicht zukommt (...). Die gänzliche Aufhebung beider in Prüfung gezogenen Bestimmungen setzt hingegen den Gesetzgeber – bei der (deshalb) für das Außerkrafttreten bestimmten Frist – in die Lage, eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen und seinen rechtspolitischen Vorstellungen entsprechende Ersatzregelung zu erlassen.“

In diesem Lichte kann auch die Grunderwerbsteuerliche Judikatur des VfGH gedeutet werden: Der VfGH hatte wiederholt Ausnahmen von der Grunderwerbsteuerpflicht als unsachlich angesehen. In VfSlg 9544/1982 begnügte er sich noch mit der Aufhebung einzelner Worte im Katalog der Ausnahmevorschriften des § 4 GrEStG 1955. Dieses Erkenntnis bewirkte keine unmittelbare gesetzgeberische Reaktion. Überlegungen zu einer grundlegenden Reform der Grunderwerbsteuer wurden zwar diskutiert, führten aber nicht zur Neuregelung. In VfSlg 11.190/1986 hatte der VfGH eine andere Ausnahmebestimmung als unsachlich angesehen und dies zum Anlass genommen, den Haupttatbestand des § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG als verfassungswidrig aufzuheben. Offenbar befürchtete er, dass sich der Gesetzgeber sonst nicht durchringen hätte können, die Grunderwerbsteuer zu reformieren, und der Umfang der Grunderwerbsteuerpflicht in Hinkunft praktisch ausschließlich durch die auf den Zufälligkeiten der Legistik und der Anlassfälle beruhenden, an den VfGH herangetragenen Normenprüfungsverfahren bestimmt würde. Mit der Aufhebung des Haupttatbestandes hatte der VfGH den Gesetzgeber zum Handeln provoziert. Die weitere Rechtsentwicklung hat den VfGH bestätigt: Das neu erlassene GrEStG 1987 brachte – gegenüber dem GrEStG 1955 – eine Entschlackung der Ausnahmebestimmungen und wurde einhellig als Beispiel für eine gelungene Steuerreform gepriesen.<sup>46</sup>

In diese Rechtsprechungslinie kann auch VfSlg 9374/1982 eingeordnet werden: Der VfGH hob mit § 34 Abs 3 letzter Satz EStG 1972 in der damals geltenden Fassung einen Teil der Regelung über die vom Einkommen abzu-

<sup>46</sup> Vgl zB *Gassner*, Das Steuersystem Österreichs nach den Steuerreformen, in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg), Österreich – Der steuerrechtliche EU-Nachbar (1995) I (15).

ziehende außergewöhnliche Belastung auf. Die Vorschrift hatte folgenden Wortlaut: „Leistungen des gesetzlichen Unterhalts an den geschiedenen Ehegatten sowie Abgeltungsbeträge gemäß § 98 ABGB, die aus Anlass der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe gezahlt werden, gelten als zwangsläufig erwachsen.“ Der VfGH prüfte zunächst, ob die Aufhebung des Wortes „geschiedene“ ausreichen würde, hielt dann aber fest: „Eine Beschränkung der Aufhebung auf das Wort ‚geschiedene‘ kommt deshalb nicht in Betracht, weil die Grenzen der Aufhebung so gezogen werden müssen, dass der dann verbleibende Gesetzestext nicht einen völlig veränderten Inhalt erhält.“

Auch außerhalb des Steuerrechts lassen sich Beispiele finden: Nachdem der VfGH wiederholt einzelne Befreiungsvorschriften von der Pflichtversicherung nach dem GSPVG aufgehoben hatte<sup>47</sup>, beseitigte er mit VfSlg 8533/1979 weite Teile der allgemeinen die Pensionsversicherungspflicht herbeiführenden Regelung des § 2 GSPVG. Als Begründung führte er zwar an, „daß die Bedenken unter den gegebenen Umständen nicht die zur Ungleichbehandlung führende, in den Beschwerdefällen aber unanwendbare Ausnahmenvorschrift (§ 3 Z 5), sondern die allgemeine Regelung des § 2 treffen“. In anderen Erkenntnissen bedurfte es aber nicht des – angesichts der geschilderten schwankenden Rechtsprechung zur Präjudizialität ohnehin wenig überzeugenden<sup>48</sup> – Arguments der Unanwendbarkeit der Ausnahmenvorschrift, um den Sitz der Rechtswidrigkeit in der allgemeinen Regelung zu sehen: VfSlg 13.915/1994 hatte § 165 ABGB, wonach das uneheliche Kind den Geschlechtsnamen der Mutter erhält, zum Gegenstand. Der VfGH lehnte es ab, den Wortteil „Geschlechts-“ als verfassungswidrig aufzuheben: „Es würde nämlich unter allen Umständen ohne Bedachtnahme auf die Vielfalt möglicher Gegebenheiten das uneheliche Kind einen Namen erhalten, den der Gesetzgeber grundsätzlich der für den Namensserwerb der Mutter maßgeblichen ehelichen Verbindung vorbehalten hat (vgl § 93 Abs 3 ABGB).“ Offensichtlich wollte der VfGH die Neuregelung der sensiblen Materie dem Gesetzgeber vorbehalten.

Die Beurteilung, ob das Gebot richterlicher Zurückhaltung geradezu erfordert, dass der VfGH den Kreis der aufzuhebenden Rechtstexte weit zieht, kommt ohne Einschätzung der politischen Rahmenbedingungen nicht aus: Die Aufhebung des Haupttatbestandes der Erbschaftssteuer in § 1 Abs 1 Z 1 ErbStG mit Erk 18.093/2007 weist auf den ersten Blick Parallelen zur Aufhebung des grunderwerbsteuerlichen Haupttatbestandes durch VfSlg 11.190/1986 auf. Während aber die Erhebung der Grunderwerbsteuer an sich politisch unumstritten war und der Aufhebung daher – wie erwähnt mit weitreichenden Reformmaßnahmen verknüpft – die Wiederinkraftsetzung des § 1

---

<sup>47</sup> VfSlg 7330/1974, 7394/1974, 7844/1976.

<sup>48</sup> Vgl die Überlegungen von Rohregger, ÖStZ 1997, 418 ff zur Aufhebung der Kommunalsteuer.

GrEStG auf den Fuß folgte, war die Erhebung der Erbschaftssteuer ideologisch umstritten. Durch die Aufhebung des erbschaftssteuerlichen Haupttatbestandes stärkte der VfGH im Ergebnis jene politischen Kräfte, die sich überhaupt gegen die Erhebung der Erbschaftssteuer aussprachen. Letztlich kam keine parlamentarische Mehrheit mehr zustande, um ein reformiertes Erbschaftssteuergesetz wieder in Kraft zu setzen.

Im Lichte der meist erkennbaren Zurückhaltung des VfGH erscheint es problematisch, wenn der Gerichtshof eine bestimmte Aufhebungsvariante mit dem Argument verwirft, dass die auf diese Weise bereinigte Rechtslage dem Gesetzgeber „überhaupt nicht zusinnbar“ wäre<sup>49</sup>. Wenn der VfGH derartige Überlegungen anstellt, versucht er sich offenbar in die Situation des Gesetzgebers zu versetzen. Er riskiert damit den Vorwurf, er würde seine eigene rechtspolitische Auffassung als die des Gesetzgebers ausgeben. Dem historischen Gesetzgeber kann nämlich nur die Rechtslage „zugesonnen“ werden, die er seinerzeit geschaffen hat und die der VfGH nun eben als rechtswidrig beseitigen muss. Welche Rechtslage für den historischen oder den im Zeitpunkt der Entscheidung des VfGH zuständigen Gesetzgeber die „zweitbeste“ gewesen wäre oder sein würde, kann der VfGH seriöserweise kaum erforschen, da dafür meist keine Anhaltspunkte bestehen<sup>50</sup>. Ähnlich ist die Situation, wenn der VfGH eine Aufhebungsalternative deshalb verwirft, weil dadurch „die Ausnahme zur Regel“ geworden wäre<sup>51</sup>: Zum einen ist schon der Befund, was Ausnahme und was Regel ist, meist fragwürdig. Zum anderen ist mit der Qualifikation einer Vorschrift (A) als Regel und einer anderen Vorschrift (B) als Ausnahme nichts anderes gesagt, als dass der Gesetzgeber einen Teil der Sachverhalte der Vorschrift A und einen anderen – offenbar kleineren – Teil der Sachverhalte der Vorschrift B unterstellt hat. Ob er – hätte er die Unzulässigkeit der Anordnung vorausgesehen – den gesamten Sachverhalt ausschließlich der Vorschrift A oder ausschließlich der Vorschrift B unterstellt oder eine ganz andere Lösung gefunden hätte, lässt sich – wenn überhaupt – nur selten begründet sagen.

## 2. Verfassungskonformität der bereinigten Rechtslage

Fraglich könnte sein, ob für den VfGH auch die Verfassungskonformität der bereinigten Rechtslage Leitlinie für die Aufhebungsentscheidung sein kann. Unzweifelhaft ist dies – wie bereits dargelegt – im Hinblick auf die vom VfGH als tragend angesehenen verfassungsrechtlichen Bedenken der Fall. Die Aufhebung muss dazu führen, dass die im Verfahren vom VfGH erkannte Verfassungswidrigkeit beseitigt wird. Dies bedeutet jedoch keinesfalls zwingend, dass die bereinigte Rechtslage in jeder Hinsicht verfassungskon-

<sup>49</sup> So zB VfSlg 12.465/1990, 13.915/1994; vgl VfSlg 15.599/1999, 16.911/2003.

<sup>50</sup> Vgl dazu auch *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht, Bd II (1988) 1343.

<sup>51</sup> So zB VfSlg 7786/1976, 13.908/1994.

form sein muss.<sup>52</sup> Sonst könnten gegen einmal geprüfte Vorschriften auch keine anderen Bedenken mehr vorgebracht werden. Der VfGH geht selbst mitunter ausdrücklich davon aus, dass die durch sein aufhebendes Erkenntnis bewirkte Verfassungswidrigkeit in Kauf zu nehmen ist<sup>53</sup>. Falls der Gesetzgeber die durch die Aufhebung geschaffene Verfassungswidrigkeit nicht selbst beseitigt, erledigt dies der VfGH, wenn er in einem Normenprüfungsverfahren darüber zu entscheiden hat. Deutlich kommt dies in VfSlg 8533/1979 zum Ausdruck: Der VfGH wies darauf hin, dass die erkannte Ungleichbehandlung „nicht Inhalt eines Gesetzgebungsakts“ war, „sondern ... die Folge einer (teilweisen) Aufhebung anderer (aus anderen Gründen) verfassungswidriger Bestimmungen durch den VfGH“ ist, „die der Gesetzgeber nicht zum Anlass einer entsprechenden Ersatzregelung genommen hat. Dass ein verfassungswidriges Ergebnis bei Untätigkeit des Gesetzgebers letztlich die Wirkung aufhebender Erkenntnisse des VfGH ist (...), vermag aber die Wahrnehmung der Verfassungswidrigkeit nicht zu hindern.“

Dies bedeutet aber nicht, dass der VfGH nicht bemüht sein darf, durch ein aufhebendes Erkenntnis eine auch sonst verfassungskonforme Rechtslage zu schaffen. Gerade das zuletzt angesprochene Erkenntnis lässt sogar darauf schließen, dass der VfGH dies auch als seine Aufgabe sieht. Er wies nämlich im Zusammenhang mit der zitierten Feststellung, dass ein verfassungswidriges Ergebnis die Wirkung eines aufhebenden Erkenntnisses sein kann, darauf hin, dass es dem VfGH „verwehrt ist, seinen Spruch über den für ihn jeweils präjudiziellen Normbereich hinaus auszudehnen“. Daraus könnte gefolgert werden, dass der VfGH im Rahmen seiner Möglichkeiten versucht, eine auch sonst verfassungskonforme Rechtslage herzustellen. Soweit sich mehrere Aufhebungsalternativen stellen, sprechen letztlich auch die aus der Verfassung abzuleitenden Wertungen dafür, jene Variante zu wählen, die auch sonst mit der Verfassung in Einklang steht. Aus diesem Blickwinkel kann daher für den VfGH das Gebot zum Tragen kommen, im Zweifel eine bereinigte Rechtslage herzustellen, die auch sonst verfassungskonform ist.

Dieser Gedanke findet sich auch in VfSlg 11.190/1986, mit dem der VfGH schließlich den Haupttatbestand der Grunderwerbsteuer als verfassungswidrig aufhob. Zuvor prüfte er, ob die Aufhebung des Einleitungssatzes der Befreiungsvorschrift des § 4 Abs 1 Z 7 GrEStG genügen würde, um die Verfassungswidrigkeit zu beseitigen. Dies wäre zwar der Fall gewesen, dennoch verwarf der VfGH diese Möglichkeit: Eine solche Aufhebung hätte zu weiteren Gleichheitswidrigkeiten geführt. Der VfGH hob somit – auch – deshalb den Haupttatbestand der Grunderwerbsteuer auf, um andere Verfassungswidrigkeiten zu vermeiden.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> So auch *Haller*, Prüfung 273.

<sup>53</sup> Vgl VfSlg 17.954/2006, 18.109/2007.

<sup>54</sup> Kritisch aber *Hausleithner*, *Summum ius, summa iniuria?* – Zur Aufhebung des § 1 Abs 1 Z 1 GrEStG durch den VfGH, RdW 1987, 102 (105 f).

Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung können auch andere Erkenntnisse des VfGH gedeutet werden: Im schon erwähnten VfSlg 13.816/1994 ging es um den vom VfGH erkannten Verstoß gegen das Gebot einer präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit bei Wiedereinsetzungsanträgen im Berufungsfall. Der VfGH stand vor der Entscheidung, den Sitz der Verfassungswidrigkeit entweder in der die Einbringung von Berufungen betreffenden Regelung des § 63 Abs 5 erster Satz oder in der die Einbringung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand regelnden Vorschrift des § 71 Abs 4 AVG zu sehen. Der VfGH entschloss sich zur Aufhebung des § 63 Abs 5 erster Satz, weil „der Mangel ... näher bei“ dieser Vorschrift lag. Angesichts der vom VfGH attestierten Unbedenklichkeit jeder der beiden Regelungen alleine ist diese Begründung aber nicht völlig einsichtig. Berücksichtigt man allerdings, dass der VfGH letztlich eine Rechtslage geschaffen hat, die nach wie vor sowohl die Möglichkeit zur Berufung als auch die der Wiedereinsetzung offenlässt, kann der Entscheidung des VfGH zugestimmt werden: Der Gerichtshof hat jene Alternative gewählt, die den Bestand eines effektiven Rechtsschutzsystems sicherstellt. Auf diese Weise hat er auch aus diesem Blickwinkel verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen.

Ähnlich kann VfSlg 8155/1977 gedeutet werden: Der VfGH erachtete mehrere Bestimmungen des Vbg SicherheitsG als gegen Art 18 B-VG verstoßend oder als kompetenzwidrig. Dies galt auch für § 33 Abs 4, wonach die Bestimmungen des Waffengebrauchsg 1969 für alle mit der Vollziehung dieses Gesetzes betrauten Organe sinngemäß gelten, der Gebrauch von Schusswaffen jedoch nur im Falle gerechter Notwehr zur Verteidigung eines Menschen zulässig ist und nur jenen Organen zusteht, die dazu aufgrund gesetzlicher Vorschriften ausdrücklich ermächtigt sind. Der VfGH wies den Aufhebungsantrag der Bundesregierung aber zurück, da er nicht auch § 33 Abs 3 Vbg SicherheitsG mit umfasste. Abs 3 ordnete an, dass dann, wenn bei der Vollziehung des Gesetzes körperlicher Zwang anzuwenden ist, „Waffen, Mittel mit Waffenwirkung, Diensthunde, Körperkraft, Zwangsjacken, Handfesseln oder gelindere Mittel eingesetzt werden“ können. Der VfGH begründete dies wie folgt: „Verbliebe Abs 3 allein im Rechtsbestand, so käme ihm die völlig veränderte Bedeutung zu, die in Betracht kommenden Organe zu einem geradezu in ihr Belieben gestellten Gebrauch von Waffen und anderen Zwangsmitteln zu ermächtigen.“ Offenbar wollte der VfGH vermeiden, dass die bereinigte Rechtslage grundrechtliche Bedenken hervorruft.

VfSlg 11.574/1987 kann ebenfalls in diesem Lichte verstanden werden: Der VfGH hob die Wortfolge „nach hanefitischem Ritus“ in Art I erster Absatz sowie in den §§ 5 und 6 des IslamG als verfassungswidrig auf. Dies bewirkte eine Ausweitung der gesetzlichen Anerkennung der Religionsgesellschaft des Islam. Begründend führte der Gerichtshof aus: „Vor die Alternative gestellt, das Islamgesetz insgesamt oder nur die genannte Wortfolge

im Gesetz in Prüfung zu ziehen, entschied er sich für letzteres ... Eine Abwägung ... ergibt im vorliegenden Fall, dass die völlige Beseitigung der vom Gesetzgeber beschlossenen – teilweisen – Anerkennung der Religionsgesellschaft des Islam in ihren Auswirkungen einen weitaus stärkeren Eingriff in den Rechtsbestand bedeutet als die Beschränkung der Aufhebung auf die Wortfolge ‚nach hanefitischem Ritus‘ und die dadurch bewirkte Ausweitung auf alle Anhänger des Islam.“ Auch in diesem Fall könnte die bei Aufhebung des gesamten Islamgesetzes angenommene Stärke des Eingriffs auch durch dann hervorgerufene grundrechtliche Bedenken bedingt sein.

Problematisch ist hingegen in diesem Lichte das Erk 18.093/2007 zur Erbschaftssteuer, in dem der Gerichtshof den Sitz der Verfassungswidrigkeit in § 1 Abs 1 Z 1 ErbStG lokalisierte: Verfassungswidrig war nach Auffassung des VfGH – bloß – der Umstand, dass der Einheitsbewertung historische Ansätze zugrunde liegen: „Die Vorschrift des § 19 Abs 2 ErbStG hat somit – zusammenfassend – zur Folge, dass es für die Belastung mit Erbschaftssteuer im Fall des Erwerbs von Grundbesitz nicht darauf ankommt, was jemand heute erwirbt, sondern welcher Wert dem Grundbesitz vor Jahrzehnten beizulegen war bzw beigelegt wurde. Ein solches Ergebnis ist gleichheitswidrig. Es wird auch nicht dadurch gleichheitskonform, dass Grundbesitz anderen Steuerbelastungen unterliegt. Diese müssen je für sich sachlich gerechtfertigt sein und rechtfertigen ihrerseits nicht eine (willkürlich ausgestaltete) Schonung des Grundbesitzes im Bereich der Erbschaftssteuer.“ Der VfGH sah den Sitz der Verfassungswidrigkeit aus folgenden Gründen dennoch im erbschaftssteuerlichen Haupttatbestand: Die Aufhebung des § 19 Abs 2 ErbStG „hätte nämlich zur Konsequenz, dass Grundbesitz – angesichts des Fehlens substantieller Freibeträge oder anderer Entlastungsregelungen – dem steuerpflichtigen Mobiliar- und Finanzvermögen gleichgestellt wäre und schlechter behandelt würde als jene Vermögenswerte, für deren Erwerb der Gesetzgeber ausdrücklich Befreiungen oder Begünstigungen vorsieht. Für dieses Ergebnis gibt es angesichts der Besonderheiten des Grundbesitzes keine sachliche Rechtfertigung.“ Der VfGH nahm an, dass alleine der Umstand, dass für Grundbesitz keine Befreiungen vorgesehen wären, während bei Mobiliar- und Finanzvermögen Bagatellbeteiligungen an Kapitalgesellschaften befreit und für Unternehmensübertragungen ein Steuerfreibetrag vorgesehen wäre, die Rechtslage verfassungswidrig machen würde. Detailliertere Überlegungen stellte er dazu nicht an. Das Erk enthält keine Anhaltspunkte, welche Befreiungen und welche Freibeträge bei Grundbesitz vorgesehen werden hätten müssen, um die Verfassungskonformität einer durch Aufhebung des § 19 Abs 2 ErbStG bereinigten Rechtslage sicherzustellen. Da die mit der Aufhebung des § 19 Abs 2 ErbStG herbeigeführte Verfassungswidrigkeit ausschlaggebend dafür war, dass der VfGH den Sitz der Rechtswidrigkeit in § 1 Abs 1 Z 1 ErbStG lokalisierte, ist es bedauerlich, dass der Gerichtshof die sonst nicht vorhandene Verfassungskonformität der

nach Aufhebung des § 19 Abs 2 ErbStG verbleibenden Rechtslage nicht ausführlicher begründet hat.

Neben der Verfassungskonformität hält der VfGH auch die Gemeinschaftsrechtskonformität der bereinigten Rechtslage für erstrebenswert. In VfSlg 16.027/2000 hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung „bei der Abwägung über die Abgrenzung der zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmungen auch zu bedenken ist, dass die verbleibende Regelung zu keinem gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis führen darf (vgl etwa VfGH 4. 3. 1999, B 2418/97-17).“<sup>55</sup> Auf den ersten Blick scheint es naheliegend, dass die nach der Aufhebung verbleibende Rechtslage mit höherrangigem Recht – und damit auch mit Gemeinschaftsrecht – übereinstimmen soll. Allerdings sieht sich der VfGH nicht generell als Hüter des Gemeinschaftsrechts und misst seiner eigenen Rechtsprechung zufolge die von ihm zu prüfenden Normen sonst nur unter besonderen Voraussetzungen am Gemeinschaftsrecht. Daher ist es keineswegs selbstverständlich, dass der VfGH die Erfordernisse der Verfassungskonformität und der Gemeinschaftsrechtskonformität der bereinigten Rechtslage in einem Atemzug nennt<sup>56</sup>.

Der VfGH kann vor der Notwendigkeit stehen, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten, um die Gemeinschaftsrechtskonformität der nach der von ihm ins Auge gefassten Aufhebung verbleibenden Rechtslage zu beurteilen. Zwingt nämlich das nationale Recht zur Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Normen, ist von einem Höchstgericht wie dem VfGH die Zuständigkeit des EuGH für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Wenn der VfGH – offenbar aus der österreichischen Rechtsordnung – ableitet, dass er bei der Bestimmung des Sitzes der Verfassungswidrigkeit die Übereinstimmung der verbleibenden Rechtslage mit dem Gemeinschaftsrecht anzustreben hat, dann kann er den Inhalt der maßgebenden gemeinschaftsrechtlichen Normen nur unter den Voraussetzungen der CILFIT-Rechtsprechung<sup>57</sup> selbst beurteilen. Der Umstand, dass der VfGH nicht aus Gründen des Gemeinschaftsrechts selbst, sondern bloß aufgrund nationalen Rechts Gemeinschaftsrecht anzuwenden hat, ändert daran nichts<sup>58</sup>.

Daher ist es konsequent, dass der VfGH in Vorbereitung seines Erk VfSlg 15.450/2001 mit Beschluss vom 10. 3. 1999, B 2251/97, 2594/97 ein Vorab-

<sup>55</sup> Vgl auch VfSlg 17.340/2004, worin der VfGH die bereinigte Rechtslage auf Übereinstimmung mit der Dublin-II-VO überprüft.

<sup>56</sup> Vgl die Diskussion bei *Thienel*, Anwendungsvorrang und Präjudizialität im amtswegigen Normprüfungsverfahren vor dem VfGH, ZfV 2001, 342 (354 ff); *Potacs*, VfGH und Anwendungsvorrang, ZfV 2001, 756 (758 f).

<sup>57</sup> EuGH 6. 10. 1982, Rs C-283/81, *CILFIT*, Slg 1982, I-3415.

<sup>58</sup> Vgl die Darstellung der Dzodzi-Rechtsprechung des EuGH bei *Lang*, Maßgeblichkeitsprinzip und Gemeinschaftsrecht, in *Bertl/Egger/Gassner/Lang/Nowotny* (Hrsg), Die Maßgeblichkeit der handelsrechtlichen Gewinnermittlung für das Steuerrecht (2003) 199 (203 ff).

entscheidungsersuchen an den EuGH richtete: Der VfGH hat dem EuGH nicht nur die Frage vorgelegt, ob die anwendbare Regelung des EnergieabgabenvergütungsG als Beihilfe einzustufen war. Vielmehr hat er dem EuGH auch folgende Frage gestellt: „Sollte für die Qualifikation als Beihilfe die Tatsache maßgebend sein, dass eine Energieabgabenvergütung auf Unternehmen beschränkt ist, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung von körperlichen Wirtschaftsgütern besteht, stellt sich für den Verfassungsgerichtshof die Frage, ob die Sperrwirkung des Artikels 93 Absatz 3 dritter Satz EGV auch dann eintreten würde, wenn das Energieabgabenvergütungsgesetz eine Vergütung der Energieabgaben für alle Unternehmen vorsähe. Mit anderen Worten: Hätte ein Energieabgabenvergütungsgesetz, das eine unbeschränkte Abgabenvergütung (also auch für Dienstleistungsunternehmen) vorsieht, ohne das in Artikel 93 Absatz 3 EGV vorgesehene Verfahren in Vollzug gesetzt werden dürfen?“ Dies hat er folgendermaßen erläutert: „Die unter Punkt 2 formulierte Frage könnte für den Verfassungsgerichtshof insofern entscheidungsrelevant sein, als er einerseits **in die Lage kommen könnte, die Einschränkung der Vergütung auf solche Unternehmen, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter besteht, zu beseitigen**, was im Effekt einer Ausdehnung der Energieabgabenvergütung auf alle Unternehmen gleichkäme, oder andererseits auch die angefochtenen Bescheide in einer den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes sowie der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation zu beurteilen.“<sup>59</sup> Der VfGH ist somit davon ausgegangen, dass für ihn im Falle der Verfassungswidrigkeit der von ihm zu prüfenden Regelungen des EnergieabgabenvergütungsG eine Möglichkeit darin bestehen könnte, den Sitz der Rechtswidrigkeit so abzugrenzen, dass die Vergütung aufgrund der bereinigten Rechtslage auch allen anderen Unternehmen zukommt. Er lässt erkennen, dass er diese Möglichkeit nur dann in Betracht ziehen würde, wenn sie sich nicht als gemeinschaftsrechtswidrig erweist<sup>60</sup>.

Gerade das im zuletzt erwähnten Fall maßgebend gewesene Beihilferecht könnte den Spielraum des VfGH bei der Abgrenzung der aufzuhebenden Rechtsvorschriften bedeutend einschränken, wenn der Gerichtshof seine Auffassung, dass auf die Gemeinschaftsrechtskonformität der verbleibenden Rechtslage Bedacht zu nehmen ist, ernst nimmt. Dies soll anhand eines Beispiels aus der Rechtsprechung illustriert werden: Mit VfSlg 15.811/2000 hat der VfGH in § 1 der Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Zuordnung der Bezüge von Lehrbeauftragten zu den Einkünften aus nicht-selbständiger Arbeit, BGBl II Nr 287/1997, das Wort „Fachhochschulen“ und die Wortfolge „oder ähnlichen Bildungseinrichtungen“ als gesetzwidrig aufgehoben. Die Verordnung blieb daher weiterhin auf Bezüge von Lehrbe-

---

<sup>59</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>60</sup> *Thienel*, ZfV 2001, 347 ff.



auftragten der Universitäten anwendbar. Erst mit 18.106/2007 hob der VfGH auch die Worte „Universitäten, Hochschulen“ in dieser Verordnung als gesetzwidrig auf. Bis dahin waren Universitäten gegenüber Fachhochschulen insoweit benachteiligt, als sie ihre Lehrbeauftragten dem Lohnsteuerabzug unterwerfen und damit nicht bloß zusätzliche administrative Lasten tragen mussten, sondern auch zur Haftung herangezogen werden konnten. Der VfGH hat dies hingenommen, ohne zu prüfen, ob die durch sein Erk bewirkte Begünstigung der Fachhochschulen eine selektive Regelung im Sinne des Beihilferechts herbeigeführt hat. Immerhin könnten sowohl Universitäten als auch Fachhochschulen zumindest im Bereich entgeltlicher postgradualer Ausbildungsgänge als „Unternehmen“ angesehen werden. Die fehlende Präjudizialität der Worte „Universitäten, Hochschulen“ im dem Erk VfSlg 15.811/2000 zugrunde liegenden Anlassfall könnte zwar gegen die Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Arguments sprechen. Doch hatte der VfGH in VfSlg 15.811/2000 auch jene Teile der Verordnung anzuwenden, die als Rechtsfolge die Zuordnung der Bezüge von Lehrbeauftragten zu den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit vorsehen. Der VfGH hätte den Sitz der Gesetzwidrigkeit in einem ersten gedanklichen Schritt auch im Satz „Die Bezüge aus der Tätigkeit als Lehrbeauftragte(r) an [...] Fachhochschulen, [...] oder ähnlichen Bildungseinrichtungen sind unabhängig vom zeitlichen Ausmaß des Lehrauftrages Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit im Sinne des § 25 Abs 1 lit a EStG 1988.“ sehen können und dann in einem zweiten gedanklichen Schritt auch die verbleibenden Worte „Universitäten, Hochschulen“ sowie „Pädagogischen Akademien“ in die aus dem Rechtsbestand zu beseitigenden Rechtsvorschriften einbeziehen können, um nach der Aufhebung keinen unverständlichen sprachlichen Torso zurückzulassen. Dies ist ihm nämlich nach seiner eigenen – noch darzulegenden – Rechtsprechung verwehrt<sup>61</sup>. Im Ergebnis hätte er somit auf Grundlage seiner eigenen Rechtsprechung den gesamten § 1 der Verordnung aufheben können. Vom VfGH hätte man im Erk VfSlg 15.811/ 2000 eine Begründung erwarten können, warum seine Aufhebung entweder keine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit bewirkt hat oder er nicht auf die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit Bedacht zu nehmen hatte.

### 3. Die Klarheit der bereinigten Rechtslage

Die Annahme, dass bei der vom VfGH vorgenommenen Abwägung auch berücksichtigt wird, ob und inwieweit die durch eine Aufhebung gegebenenfalls geschaffene Rechtslage auch sonst verfassungskonform ist, liegt auch deshalb nahe, da sie mit einer weiteren Rechtsprechungslinie in Einklang gebracht werden kann. Der VfGH ist nämlich erklärtermaßen um die Klarheit der bereinigten Rechtslage bemüht. Damit berücksichtigt er ein Postulat,

<sup>61</sup> VfSlg 11.190/1986, 16.400/2001, 17.512/2005, 17.817/2006.

das sich auch aus Art 18 B-VG ergibt<sup>62</sup>. Somit ist die Entscheidung des VfGH auch unter diesem Gesichtspunkt von verfassungsrechtlich vorgezeichneten Wertungen getragen.

In ständiger Rechtsprechung geht der VfGH davon aus, dass nach erfolgter Aufhebung keine Wortfolge bestehen bleiben darf, die „sprachlich unverständlich wäre“<sup>63</sup>. Nach der Aufhebung soll „ein in sich geschlossener Gesetzestext“ verbleiben, „der in sprachlich einwandfreier Weise“ nur die als verfassungswidrig erkannte Regelung ausgeklammert lässt<sup>64</sup>. Die Aufhebung bloßer Teile einer Vorschrift darf nicht „einen mißverständlichen Text übriglassen“<sup>65</sup>. Es muss nach Aufhebung „klar“ sein, „welche Tatbestände der verbleibende Teil noch erfasst“<sup>66</sup>. Zwar könnte ein „sprachliche[r] Torso hingenommen werden“<sup>67</sup>, der aber „nicht unverständlich“ sein darf<sup>68</sup>. Dass nach Aufhebung bestimmter Vorschriften andere Normen verbleiben, die unanwendbar werden, nimmt der VfGH hin<sup>69</sup>. Daher hebt er normativ bedeutungslose Vorschriften<sup>70</sup> ebenso wenig wie Gesetzestitel auf<sup>71</sup>. Entscheidend ist, dass bei Bedachtnahme auf die Entstehungsgeschichte der sodann bestehenden Rechtslage – also einschließlich der Aufhebung und der dafür maßgebenden Gründe<sup>72</sup> – ihr Inhalt ermittelt werden kann<sup>73</sup>.

Ähnliche Erwägungen finden sich in der Rechtsprechung zu den Flächenwidmungsplänen: Der VfGH sieht sich – falls Grundstücksnummern in den ihm vorgelegten Teilflächenwidmungsplänen nicht aufscheinen – häufig genötigt, den Bereich der präjudiziellen Verkehrsflächenwidmung anhand anderer planerischer Merkmale abzugrenzen: „Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass der Rechtsunterworfenen in der Lage sein muss, die durch ein aufhebendes Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes herbeigeführte neue Rechtslage aus der Zusammenschau von planlicher Darstellung und Aufhebungskundmachung gemäß Art 139 Abs 5 B-VG eindeutig und unmittelbar (also ohne Heranziehung etwaiger technischer Hilfsmittel, wie zB eines Grenzkatasters) festzustellen (VfSlg 11.807/1988).“<sup>74</sup>

---

<sup>62</sup> Vgl insbesondere *Ruppe*, Legalitätsprinzip und Abgabenrecht, in *Gassner/Lechner* (Hrsg), Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht (1991) 43 (62 ff).

<sup>63</sup> VfSlg 9812/1983; vgl VfSlg 12.535/1990, 15.438/1999.

<sup>64</sup> VfSlg 9811/1983, 9812/1983.

<sup>65</sup> VfSlg 10.926/1986.

<sup>66</sup> VfSlg 10.926/1986.

<sup>67</sup> VfSlg 13.915/1994.

<sup>68</sup> VfSlg 11.190/1986; vgl VfSlg 17.512/2005, 17.817/2006.

<sup>69</sup> VfSlg 11.591/1987, 12.678/1991; vgl VfSlg 12.928/1991, 14.318/1995.

<sup>70</sup> VfSlg 14.038/1995.

<sup>71</sup> VfSlg 11.574/1987.

<sup>72</sup> Vgl in diesem Sinn auch *Haller*, Entscheidungsgründe als Gesetzesmaterialien (Replik), ÖStZ 1972, 285 (285 f).

<sup>73</sup> Vgl VfSlg 11.826/1988.

<sup>74</sup> VfSlg 13.911/1994; vgl weiters VfSlg 14.045/1995, 14.357/1995; vgl auch VfSlg 14.034/1995, 15.237/1998, 16.231/2001.

## V. Zusammenfassende Würdigung

Die Frage des Sitzes der Rechtswidrigkeit hat sich seit jeher gestellt. Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, dass der VfGH erst in den letzten Jahrzehnten deutlich gemacht hat, dass es sich bei der Abgrenzung der aufzuhebenden Vorschriften um eine Abwägungsentscheidung handelt. Dies bringt er durch einige immer wiederkehrende Formulierungen zum Ausdruck. Die Begründung, warum er im Einzelfall eine bestimmte Lösung gewählt hat, fällt aber nach wie vor mitunter knapp aus. Allerdings ist erkennbar, dass der VfGH um eine aus der Verfassung abgeleitete Entscheidung bemüht ist. Zahlreiche Erkenntnisse sind von der im Sinne des Gewaltenteilungsgrundsatzes gebotenen Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber getragen, wobei dies gelegentlich auch eine umfassende Aufhebung erforderlich machen kann, um den Gesetzgeber zur selbständigen Neuregelung anzuhalten. Oft steht auch das Ziel einer über die vom VfGH aufgegriffene Verfassungswidrigkeit hinaus verfassungskonformen Rechtslage im Vordergrund. Dies zeigt sich auch am Bestreben des VfGH, die bereinigte Rechtslage so abzugrenzen, dass ihr Inhalt klar und deutlich zu erkennen ist. Diese Ziele müssen zwar nicht, können aber zueinander in Widerspruch stehen. Am VfGH wird es liegen, in Hinkunft seine Erwägungen, welche Gesichtspunkte für ihn aus welchen Gründen im Einzelfall maßgebend sind, in den Erkenntnisbegründungen transparenter zu machen als bisher.