

Willkür- und Vertretbarkeitskontrolle in der Rechtsprechung der Höchstgerichte*

Länderbericht Österreich – Teil 1 (VfGH)

CHRISTIAN PISKA/DAVID BIERBAUER

Abstract

Wie weit darf eine höchstgerichtliche Vertretbarkeitsprüfung gehen und ab wann ist sie selbst nicht (mehr) vertretbar? Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist es Zulässigkeit, Zweck und Grenzen der richterlichen Vertretbarkeitskontrolle im österreichischen Rechtssystem darzustellen. Hierzu wird die Rechtsprechung der Höchstgerichte im öffentlichen Recht, mit Fokus auf dem »Willkürverbot« als Ausformung des Gleichheitsgrundsatzes, systematisch geprüft und eingeordnet. Im Ergebnis wird gezeigt, dass die ohnedies schon unscharfe Trennlinie zwischen **einfachen Gesetzswidrigkeiten** und **Verfassungswidrigkeiten** durch eine überdehnte Annahme von **Willkür** (noch stärker) verwischt wird und infolgedessen die Wahrnehmung der **verfassungssystematischen Aufgabenverteilung** der Höchstgerichte, bzw damit einhergehend ihrer **inhaltlichen Kontrollmaßstäbe**, nicht mehr systemgerecht möglich ist. Wenngleich das Rechtsschutzniveau dadurch zwar nicht unbedingt vermindert wird, geht damit doch eine **nicht notwendige Komplexitätssteigerung** zu Lasten der Rechtssicherheit, sowie die latente Gefahr von **divergierender Rechtsprechung** einher. Ferner wird in einem Exkurs, anlässlich einer in Liechtenstein ergangenen Entscheidung, gezeigt, dass eine Aufweichung, respektive ein Systemwechsel, in der Theorie der »Geschlossenheit des Rechtsquellensystems« weder aus rechtstheoretischer Sicht angezeigt, noch in der gelebten Verfassungspraxis erkennbar ist. Abschließend werden die für Österreich gewonnenen Erkenntnisse in rechtsvergleichender Zusammenschau – unter Berücksichtigung der Unterschiede beider Verfassungssysteme – auf Liechtenstein übertragen.

Schlagworte

Willkür, Verfassungsgerichtshof, Prüfungsmaßstab, Gleichheitssatz, Rechtsquellensystem-Geschlossenheit

Rechtsquellen

Art 2 StGG; Art 7, 133, 144 B-VG; §§ 15, 19, 20, 82, 84; Art 6, 11 EMRK

Inhaltsübersicht

I.	Problemaufriss	11
II.	Der Gleichheitsgrundsatz	11
	A. Der nicht-komparative Gleichheitssatz	11
	B. Der Gleichheitssatz in der Vollziehung	12
	C. Intensität von Verletzungen des Gleichheitssatzes	12
III.	Die angewandte Vertretbarkeitsprüfung	13
	A. Spruchformel zu Freiheitsrechten	13
	B. Willkür in merito	14
	C. Die Fallgruppen des Willkürverbots	14
	1. Verletzung allgemeiner Verfahrensvorschriften	15
	2. Begründungsmängel	15
	3. Mangelhafte Interessensabwägungen	15
	4. Verletzungen von Treu und Glauben	15

* Die Untersuchung wurde im November 2020 abgeschlossen. Nachfolgende Änderungen konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

	5. Fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts	16
	6. Willkür infolge nachträglicher Invalidation	16
	D. Zwischenresümée	16
IV.	Das Verfahren vor den Höchstgerichten	17
	A. Zuständigkeitsabgrenzung	17
	1. Fälle der Parallelzuständigkeit	18
	2. Zuständigkeit des VfGH ohne Verfassungswidrigkeit?	18
	B. Das Verfahren vor dem VfGH	18
	1. Ablehnungsrecht nach Art 144 Abs 2 B-VG	19
	2. Tatsachenfeststellungen	19
	3. Mündliche Verhandlung	19
	C. Prüfungsmaßstab	20
	1. Partielle Abkehr des VfGH von inhaltlicher Feinprüfung	20
	2. Vermengung unterschiedlich intensiver Rechtswidrigkeiten	20
	D. Entscheidungen des VfGH	21
	1. Fortgesetztes Verfahren vor dem VwG	21
	2. Bindungswirkungen zwischen den Höchstgerichten	21
V.	Exkurs: Geschlossenheit des Rechtsquellensystems	21
	A. Anlassfall in Liechtenstein	21
	B. Rechtslage in Österreich	22
	1. Zum Rechtsquellensystem	22
	2. Rechtsfortbildung	22
VI.	Conclusio	23
	A. Ergebnisse für Österreich	23
	B. Ergebnisse für Liechtenstein	24
VII.	Literaturverzeichnis	25

I. Problemaufriss

Die Qualifikation eines Verhaltens als **willkürlich**, geht im allgemeinen Sprachgebrauch stets mit einem krassen Vorwurf der **Unsachlichkeit** einher; juristisch ist dies aber nicht zwingend so, zumal die Rechtsprechung idZ einen erheblichen Wandel durchlaufen hat. Im folgenden Beitrag soll die Rechtsfigur »**Willkür**« daher im Hinblick auf ihren (historischen) Zweck, ihre Bedeutung im Wandel der Judikatur und ihre Auswirkungen auf das Rechtsschutzsystem als Ganzes, näher untersucht werden. Zumal das **Willkürverbot** im **Gleichheitssatz** wurzelt, wird auch dieser im hier interessierenden Kontext umrissen. Daneben soll weiters auch auf die Vertretbarkeitsprüfung bei verwandten Rechtsinstrumenten, wie etwa der Figur der »**Denk unmöglichkeit**«, eingegangen werden.

Zur Beurteilung der Auswirkungen auf das Rechtsschutzsystem als Ganzes, wird die **verfassungssystematische Aufgabenverteilung** im Instanzenzug des öffentlichen Rechts näher diskutiert. Hiezu werden die VwG, sowie VwGH und VfGH als **Dreieckskonstruktion** einer **Gesamtschau** zugeführt.

Ferner nimmt eine ebenfalls zum **Willkürverbot** ergangene Entscheidung des liechtensteinischen Staatsgerichtshofs (LiStGH) direkten Bezug auf den österreichischen Verfassungsdiskurs und führt aus, dass »in Österreich die Konzeption der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems zunehmend in Frage gestellt wird.«¹ In einem Exkurs soll diese Entscheidung kritisch gewürdigt und rechtstheoretisch eingeordnet werden; insb im Lichte der in Frage gestellten These der **Geschlossenheit des Rechtsquellensystems**.

Abschließend sollen die für Österreich angestrebten Untersuchungen in eine **Rechtsvergleichung** mit dem Rechtsschutzsystem in Liechtenstein münden. Nachdem die liechtensteinische **Verfassungs- und Grundrechtsgerichtsbarkeit** stark am österreichischen Modell angelehnt ist, ergeben sich vielfach ähnliche Problemstellungen. Die Erkenntnisse aus dieser Untersuchung sind daher – unter Berücksichtigung der Unterschiede beider Verfassungssysteme – in weiten Teilen auf Liechtenstein übertragbar.

II. Der Gleichheitsgrundsatz

Der Gleichheits(grund)satz hat in der österreichischen Verfassungsentwicklung eine von je her große Bedeutung und verbürgt ein subjektives, verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht.² **Art 2 StGG** normiert »Alle

Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich«; **Art 7 Abs 1 B-VG** normiert weiter, dass Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses ausgeschlossen sind.

Aus dem Wortlaut »vor dem Gesetz« in **Art 2 StGG** und **Art 7 B-VG** geht hervor, dass sich der Gleichheitssatz historisch voran an die **Vollziehung** gerichtet hat, indem er Rechtsanwendungsgleichheit wörtlich garantiert. In diesem Sinne sind die Gesetze gleichförmig und willkürfrei – ohne Rücksicht auf Status oder Gruppenzugehörigkeit – anzuwenden. Doch trotz dieser ursprünglichen historischen Stoßrichtung sind alle Ausformungen der **Staatsgewalt** an den Gleichheitssatz gebunden.³

Als wesentlicher Bestandteil der Grundrechtsordnung und der verfassungsmäßigen Grundprinzipien, kommt dem Gleichheitssatz eine erhöhte Bestandskraft zu. Demnach hat der Gleichheitssatz einen festen Kern, der nicht ohne Volksabstimmung nach **Art 44 Abs 3 B-VG** abgeändert werden kann und der folglich dem (einfachen) Verfassungsgesetzgeber auch nicht zur beliebigen Disposition offensteht.⁴

A. Der nicht-komparative Gleichheitssatz

Abseits des vom allgemeinen Sprachgebrauch abgeleiteten Verständnisses, wird dem Gleichheitssatz auch eine **nicht-komparative Bedeutungsschicht** zugemessen, die sich nicht auf das bloße »Vergleichen von Rechtspositionen« beschränkt.⁵ So wird aus dem Gleichheitssatz etwa ein **allgemeines Sachlichkeitsgebot** abgeleitet, welches nicht nur Gleich- oder Ungleichbehandlungen erfasst, sondern auch bestimmte Regelungen als **an sich unsachlich** verwirft.⁶ Ferner wird diese nicht-komparative Bedeutung des Gleichheitssatzes gerade im Bereich der Vollziehung besonders augenscheinlich. Nach stRsp des VfGH verletzt eine Behörde den Gleichheitssatz, wenn sie **Willkür** übt.⁷ Würde die Rechtmäßigkeit eines Vollziehungsaktes aber nur in vergleichender Weise davon abhängen ob andere Rechtsunterworfenen gesetzmäßig behandelt worden sind, bräuchte die Behörde bloß alle »gleich rechtswidrig und schlecht« zu behandeln, um dem Gleichheitssatz Genüge zu tun.⁸ Dass dieses Ergebnis

3 Vgl bereits in VfSlg 1451/1932; *Bezemek*, Gleichheitssatz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2008) 246.

4 *Bezemek*, Gleichheitssatz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2008) 237.

5 Vgl beispielhaft VfSlg 11.369/1987; sowie VfSlg 7182/1973, 8328/1978, 9520/1982, 10.692/1985, 12.154/1989, 13.743/1994, 15.031/1997, 16.582/2002, 17.266/2004, 17.931/2006.

6 *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) 539.

7 VfSlg 4480/1963, 13.430/1993.

8 *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) 527.

1 LiStGH 1998/45, Urteil vom 22.2.1999.

2 *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1348.

dem eigentlichen Wesen des Gleichheitssatzes bzw des Rechtsstaates zuwiderläuft, liegt auf der Hand.

In ihrem Kern vermittelt die Gleichheit vor dem Gesetz also ein nicht-komparatives Recht. Nicht weil jemand **als Person gleichwertig** mit anderen ist, sondern weil er Mensch ist und **als solcher Achtung** verdient, ist er zu respektieren.⁹ Der Gleichheitssatz vermag daher, aus diesem nicht-komparativen Kern heraus, in dynamischer Weise, die Sachlichkeit staatlichen Handelns gegenüber den Rechtsunterworfenen zu garantieren.

B. Der Gleichheitssatz in der Vollziehung

Die Vollziehung ist als **Ausübung von Staatsgewalt** in jedem Rechtsstaat generell grundrechtsgebunden. Der Gleichheitssatz wirkt hierbei, sowohl auf individuell-konkrete Rechtsakte (Entscheidungen von Gerichten, Bescheide), als auch auf generell-abstrakte Rechtsakte (Verordnungen). Die Kontrolle dieser Rechtsakte obliegt den (im Instanzenzug übergeordneten) Gerichten.¹⁰ Maßstab der Kontrolle ist die Rechtmäßigkeit des staatlichen Handelns. Die Bindung der Vollziehung als Ausübung von Staatsgewalt besteht dabei zum einen **formell**, im Hinblick auf das gerichtliche Verfahren, dem die Verfahrensgrundrechte wesentliche Bedingungen vorgeben, aber zum anderen auch **materiell**, hinsichtlich des Inhalts der gefällten Entscheidungen.¹¹

Ob die Vollziehung tatsächlich gegen das Grundrecht verstoßen hat, oder bloß gegen einfachgesetzliche Bestimmungen, ist für die Frage relevant, vor welchem Höchstgericht des öffentlichen Rechts (VwGH oder VfGH) das gegenständliche Erkenntnis bekämpft werden kann.¹² Für die erstinstanzliche Überprüfung staatlichen Handelns durch die Verwaltungsgerichte spielt sie noch keine Rolle.¹³

Zur Abgrenzung zwischen **einfach gesetzwidrigen** und **verfassungswidrigen** Erkenntnissen hat der VfGH sogenannte **Spruchformeln** zu den jeweiligen Grundrechten entwickelt. So auch für das in Rede stehende Recht:

Ein Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts verletzt nach stRsp des VfGH¹⁴ den Gleichheitssatz,

- (i.) wenn es sich auf ein **gleichheitswidriges Gesetz** stützt,

- (ii.) wenn dem anzuwendendem Gesetz fälschlicherweise ein **gleichheitswidriger Inhalt** unterstellt wird, oder
- (iii.) wenn es **willkürlich** ist.

Liegt einer der genannten Fälle vor, so leidet die betroffene Entscheidung an einem **in die Verfassungssphäre reichenden Mangel** und verletzt somit das Grundrecht.¹⁵ Damit steht dem Verletzten im Rahmen der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH das Rechtsmittel der **Erkenntnisbeschwerde** nach Art 144 B-VG offen. Im Folgenden soll va der oben letztgenannte Fall der **Willkür** näher beleuchtet werden.

C. Intensität von Verletzungen des Gleichheitssatzes

Die Wirkung der Grundrechte im Allgemeinen wird in der Regel durch das Dazwischentreten **einfachen Gesetzesrechts mediatisiert**. In diesem Sinne muss der Gesetzgeber das Handeln der grundrechtsgebundenen Verwaltung gemäß Art 18 B-VG inhaltlich konkretisieren und inhaltliche Determinanten für den Vollzug aufstellen. Diese Mediatisierung trifft auch auf Gerichte zu. Das Gesetz **vermittelt** somit die **Grundrechtsbindung der gesamten Vollziehung**.¹⁶

Durch die Mediatisierung der Grundrechte **mittels einfacher Gesetze** könnte argumentiert werden, dass jeder gesetzwidrige Akt der Vollziehung auch das entsprechende Grundrecht verletzt.¹⁷ Demnach müsste aber jeder Verstoß gegen eine **Verfahrensvorschrift**, sowie auch jede **materielle Rechtswidrigkeit** auf eine Verfassungswidrigkeit hinauslaufen.

Wollte man den **Gleichheitssatz** in diesen Gedanken einreihen, so könnte man weiters davon ausgehen, dass jeder gesetzwidrige Akt der Vollziehung überdies auch noch den Gleichheitssatz verletzt: Ein rechtswidriger Vollzugsakt führt nämlich dazu, dass der Einzelne ungleich behandelt wird, wenn man seinen Fall mit einem rechtmäßigen Vollzugsakt vergleicht. Die in concreto casu einschlägige Rechtsvorschrift wird somit nicht »gleichmäßig« gegenüber allen Rechtsunterworfenen angewendet. Im Ergebnis würde sohin auch hier jeder rechtswidrige Vollzugsakt eine Verfassungswidrigkeit auslösen.¹⁸

Diese Ansicht entspricht aber nicht der grundlegenden Rechtsschutzkonzeption des B-VG und widerspricht der **verfassungssystematischen Aufgabenverteilung**

9 Ibid; differenzierend aber im Ergebnis ähnlich: *Berka/Binder/Kneihs*, Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 518.

10 *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) 284.

11 *Berka/Binder/Kneihs*, Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 140.

12 Art 133, 144 B-VG.

13 Art 130 B-VG.

14 Vgl VfSlg 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002.

15 Vgl zB VfSlg 19.224/2010.

16 *Berka/Binder/Kneihs*, Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 136.

17 *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) 435.

18 *Berka/Binder/Kneihs*, Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 563.

zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit. Auch wenn die Grundrechte idR durch einfaches Gesetzesrecht mediatisiert werden, kann nicht jede Rechtswidrigkeit auch als Verfassungswidrigkeit gesehen werden; auch dann nicht, wenn man in systematischer Betrachtung herleitet, dass einfachgesetzliche Bestimmungen oftmals in Grundrechten wurzeln. Weiters gibt es nach Art 18 Abs 1 B-VG kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes subjektives Recht auf rechtmäßigen Vollzug einfacher Gesetze.¹⁹

Aus dem objektiv-rechtlichen Charakter des Art 18 B-VG folgt in Verbindung mit Art 131 B-VG daher, dass die Vollziehung den Gleichheitssatz nicht durch jede, sondern nur durch eine **qualifiziert gesetzwidrige Rechtsanwendung** verletzt.²⁰

Der Gleichheitssatz ist somit nur dann verletzt, wenn ein Fehler vorliegt, welcher so schwerwiegend ist, dass er in die Verfassungssphäre reicht. Hiezu sind **Verfassungswidrigkeiten** von **einfachen Rechtswidrigkeiten**, mit Hilfe der vom VfGH entwickelten **Spruchformeln** abzuheben; womit auch die Kompetenz des VfGH nach Art 144 B-VG begrenzt wird. Als negativ definiertes Gegenstück beschränkt sich die Kompetenz des **VwGH** wiederum auf Rechtswidrigkeiten, für welche der VfGH nicht zuständig ist (Art 133 Abs 5 B-VG). Wie später gezeigt wird, ist diese Bestimmung allerdings von geringer praktischer Relevanz, zumal sich die Wahrnehmung der höchstgerichtlichen Kontrolle im hier interessierenden Kontext zunehmend verwachsen hat.²¹ Trotzdem gilt es verfassungssystematisch darauf hinzuweisen, dass die **höchstgerichtlichen Kompetenzen** grundsätzlich auseinander zu halten sind und die beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts einen grundlegend anderen **Prüfungsmaßstab** haben.

III. Die angewandte Vertretbarkeitsprüfung

A. Spruchformel zu Freiheitsrechten

Nachdem sich die Spruchformel des VfGH für den Gleichheitssatz von jener für Grundrechte unter Gesetzesvorbehalt ableitet und im Ergebnis zum Teil auf ähnlich gelagerte Rechtswidrigkeiten anspricht, wird diese im Hinblick auf ihre Systematik kurz umrissen:²²

Bei Grundrechten, die unter einem Gesetzesvorbehalt stehen, nimmt der VfGH eine Verletzung des

Grundrechts durch das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichts an,

- (i.) wenn die Entscheidung **gesetzlos** ist,
- (ii.) wenn sie auf Grund einer **rechtswidrigen generellen Norm** erlassen wurde oder
- (iii.) wenn dem VwG eine **denk unmögliche** Gesetzesanwendung vorzuwerfen ist.²³

Die drei aufgezählten Fälle hängen systematisch eng miteinander zusammen und beschreiben eine »qualifizierte Rechtswidrigkeit« die so gravierend ist, dass sie in die Verfassungssphäre ausschlägt. Systematisch leitet sich die gesamte **Spruchformel** von der **Gesetzlosigkeit** der Entscheidung ab:

Eingriffe in Grundrechte mit Eingriffsvorbehalt, welche **ohne Grundlage eines förmlichen Gesetzes** ergehen, sind gesetzlos und in einem Rechtsstaat klarerweise verfassungswidrig. Diesem Fall gleichzusetzen sind auch **Entscheidungen auf Basis einer verfassungswidrigen Norm**, weil ihnen nach Aufhebung durch den VfGH ebenso die förmliche Eingriffsgrundlage entzogen wird und die Entscheidung damit gesetzlos wird. Ferner reiht sich auch das Instrument der **denk unmöglichen Gesetzesanwendung**, von der ursprünglichen Stoßrichtung her, in diese Systematik ein. Entscheidungen, die auf einem Gesetz basieren, das auf den konkreten Fall überhaupt nicht anwendbar war, oder nur zum Schein angewendet wurde, sind demnach auch quasi gesetzlos. In Weiterentwicklung dieser Kategorie der »Gesetzlosigkeit« iwS versteht der VfGH darunter nunmehr auch Fälle, wo dem Gesetz ein **verfassungswidriger Inhalt unterstellt**, bzw **nicht verfassungskonform interpretiert** wird, oder **gebotene Grundrechtsabwägungen** unterblieben sind.²⁴

Insofern eröffnet das Instrument der »Denk unmöglichkeit« bei ausgedehnter Anwendung das Aufgreifen von Rechtswidrigkeiten, welche eigentlich nicht in die Verfassungssphäre reichen und somit als einfache Gesetzwidrigkeiten systemgerecht in die ausschließliche Zuständigkeit des VwGH fallen müssten.²⁵

Zutreffenderweise sollte eine Untersuchung auf Denk unmöglichkeit hin, daher auf eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** der Entscheidung hinauslaufen.²⁶ Auch

²³ Ibid.

²⁴ Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) 361; Ein VwG unterstellt dem Gesetz demnach etwa einen verfassungswidrigen Inhalt, wenn es auf eine Interessenabwägung verzichtet, obwohl das Gesetz iSd Verhältnismäßigkeitsprinzips eine solche zumindest ermöglichen, wenn nicht sogar vorstrukturieren müsste (VfSlg 20.063/2016). Ein Verzicht auf gebotene Interessenabwägungen wird von der Judikatur auch oftmals als Willkür und damit als ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz gewertet.

²⁵ Art 133 Abs 5 B-VG; vgl auch Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) 360.
²⁶ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 730.

¹⁹ Hengstschläger/Leeb, Grundrechte³ (2019) 134.

²⁰ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 870.

²¹ Siehe Verfahrensrecht IV.A.1.; vgl auch Eberhard, Zuständigkeitsabgrenzung von VwGH und VfGH, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 332.

²² Berka/Binder/Kneihls, Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 139.

in der neueren Judikatur des VfGH wird Denkmöglichkeit zT bereits mit Unverhältnismäßigkeit gleichgesetzt.²⁷

B. Willkür in merito

Eine Entscheidung der Vollziehung verletzt nach stRsp des VfGH den Gleichheitssatz, [...] wenn sie **willkürlich** ist.²⁸

Gleichheitswidrige Willkür, die eine Entscheidung mit Verfassungswidrigkeit belastet, tritt als dritter Fall in der Spruchformel zum **Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz**²⁹ in verschiedenen Erscheinungsformen auf:

Willkür lag nach dem ursprünglichen Verständnis des VfGH und seiner älteren Judikatur erst dann vor, wenn eine Behörde dem Einzelnen **absichtliches Unrecht** zugefügt hat (**subjektive Willkür**).³⁰ Diese Judikaturlinie suchte vor allem die **Diskriminierung** bzw. Benachteiligung von Personen durch eher selten vorkommende »Behördenexzesse« zu verhindern. Echte Bedeutung erlangte diese Rechtsprechung allerdings erst, als sie nicht mehr nur Exzesse erfasste, sondern um Fälle der **Unsachlichkeit** erweitert wurde, welche nunmehr als **objektive Willkür** titulierte werden.³¹

So hielt der VfGH fest, dass eine Behörde auch dann das Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt und **willkürlich** handelt, wenn

»ihre Entscheidung z.B. leichtfertig fällt, so etwa, wenn sie sich in Gegensatz zu allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen oder allgemein bekannten Erfahrungstatsachen stellt, oder auch, wenn sie von einer bisher allgemein geübten und als rechtmäßig anzusehenden Praxis abweicht, ohne hierfür Gründe anzugeben oder wenn die angegebenen Gründe offenkundig unzureichend sind. Allen diesen Beispielen ist gemeinsam, daß die behördliche Tätigkeit erkennen läßt, daß sich die Behörde in Wirklichkeit über das Gesetz hinwegsetzt, anstatt ihm zu dienen.« [Hervorhebung nicht im Original]³²

Nach Pöschl ergeben sich sub titulo objektive Willkür auf Basis der gerade zitierten Entscheidung drei Kategorien von Fehlern, nämlich

- ▷ die grobe Verkennung der Sachlage,
- ▷ die grob unrichtige Beurteilung der Rechtslage, sowie

- ▷ die Ungleichmäßigkeit im zeitlichen Verlauf der Spruchpraxis – sprich ein Wechseln der Praxis ohne taugliche Begründung.³³

Diesen drei angeführten Fällen gemein, ist eine Missachtung grundlegender **rechtsstaatlicher Prinzipien** durch die Behörde. Hierbei ist aber nicht von bloßen Fehlern bei der Anwendung eines in concreto casu einschlägigen Gesetzes die Rede, sondern davon, dass sich die Behörde **über das Gesetz an sich hinwegsetzt**. Die Behörde missachtet also den **Willen des Gesetzgebers** und folgt ihrem eigenen; bzw anders ausgedrückt: sie übt Willkür.

In Weiterentwicklung des Gesagten beschreibt der VfGH in seiner rezenten Spruchpraxis eine Verletzung des Willkürverbots folgendermaßen:

Ein willkürliches Verhalten des Verwaltungsgerichtes, das in die Verfassungssphäre eingreift, liegt unter anderem in einer **gehäuften Verkennung der Rechtslage**, aber auch im **Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt**, oder dem **Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens** überhaupt, insbesondere in Verbindung mit einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten, oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes.³⁴

Als ähnlich gravierend wie die Unterlassung jeglicher Ermittlungstätigkeit, ordnet der VfGH auch die Erlassung einer Entscheidung **ohne jede rechtliche Begründung** ein.³⁵

Jedenfalls aber kommt es bei der Qualifikation als Willkür auf das **»Gesamtbild des Verhaltens der Behörde im einzelnen Fall«** an, wie der VfGH nicht müde wird zu betonen.³⁶

C. Die Fallgruppen des Willkürverbots

Rechtswidrigkeiten, die so schwer wiegen, dass sie in die Verfassungssphäre ausschlagen und damit gegen das Willkürverbot verstoßen, können sowohl einer Verletzung **materiellen Rechts** als auch **formellen Rechts** entspringen.³⁷

Die hier angeführten Fallgruppen stellen die Rsp zu Willkür nicht vollumfänglich dar, sondern greifen nur einige Kategorien, die zur Veranschaulichung didaktisch wertvoll sind, exemplarisch heraus.

27 VfSlg 18.692/2009.

28 Vgl VfSlg 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002.

29 Siehe zuvor II.B.

30 Vgl etwa VfSlg 1875/1949, 2124/1951, 2311/1952, 2400/1952, 2445/1952, 2456/1952, 2586/1953, 10.041/1984, 10.212/1984.

31 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 338.

32 VfSlg 4480/1963.

33 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 760.

34 Vgl VfSlg 8808/1980 mwN, 14.848/1997, 15.241/1998 mwN, 16.287/2001, 16.640/2002.

35 Vgl VfSlg 10.997/1986, 17.482/2005, 19.478/2011.

36 Vgl zB VfSlg 5491/1967, 10.747/1986, 14.573/1996, 16.882/2003, 17.707/2005.

37 Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1699.

1. Verletzung allgemeiner Verfahrensvorschriften

Bei gravierenden Verletzungen von Verfahrensrecht nimmt der VfGH Willkür an. Ob ein Verfahrensmangel tatsächlich als Willkür gewertet wird, hängt davon ab, wie **schwer** und **offenkundig** der Verstoß im Einzelfall war. Etwa dann, wenn das VwG oder die Verwaltungsbehörde die Durchführung eines **ordentlichen Ermittlungsverfahrens** entweder überhaupt, oder in entscheidenden Punkten unterlässt. Insb auch dann, wenn **Parteienrechte** schlechthin missachtet werden;³⁸ wenn **leichtfertig vom Inhalt der Akten abgegangen** wird;³⁹ oder wenn der **konkrete Sachverhalt völlig außer Acht** gelassen wird;⁴⁰ aber auch, wenn die Beweisaufnahme nur einseitig durchgeführt wird.⁴¹

So stellte der VfGH etwa Willkür infolge **Vernachlässigung des festgestellten Sachverhalts** fest, wenn das erkennende VwG begründet ausführt, der Beschwerdeführer habe kein schlüssiges, entscheidungsrelevantes Vorbringen erstattet, während aus dem Akteninhalt offenkundig genau das Gegenteil hervorging und lediglich geringfügige Unschärfen in der Beschwerdeführung auffindbar waren.⁴²

2. Begründungsmängel

Der VfGH vertritt in ständiger Rechtsprechung⁴³, dass eine in die Verfassungssphäre reichende Mangelhaftigkeit einer Entscheidung dann vorliegt, wenn die Behörde die Entscheidung mit Ausführungen begründet, denen **kein Begründungswert** zukommt.

Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behörde die Entscheidung überhaupt **begründungslos**⁴⁴ trifft oder den Bescheid, zwar unter Darstellung der Beweisergebnisse, aber **ohne jede rechtliche Würdigung**⁴⁵ erlässt; dem gleichzuhalten ist, wenn die Behörde den angefochtenen Bescheid ausschließlich auf nicht anzuwendende Normen stützt und dieser dadurch – im Hinblick auf die anzuwendende Rechtslage – völlig unbegründet bleibt. Eine mündlich verkündete Entscheidung kann auch mangelhaft sein, wenn sie bloß mit einer »stichwortartigen Aufzählung« begründet wird.⁴⁶

Derartige Begründungsmangel wiegen nicht weniger schwer, als das, als gravierend gewertete Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden

Punkt.⁴⁷ Begründungsmängel können auch nicht heilen, indem die Begründung später telefonisch oder mittels Gegenschrift nachgeholt wird, mag die Entscheidung auch inhaltlich richtig sein.⁴⁸

3. Mangelhafte Interessenabwägungen

Willkür liegt auch dann vor, wenn gebotene Grundrechtsabwägungen unterbleiben, oder wenn sie grundlegend falsch vorgenommen werden. So etwa, wenn eine erforderliche Abwägung zwischen zwei gegenläufigen Grundrechten völlig unterlassen wurde.⁴⁹ Ebenso wenn einzelnen Rechtsgütern in der Abwägung **absoluter Vorrang** gegeben wird;⁵⁰ oder wenn Positionen in die Abwägung miteinfließen, die in concreto casu **nicht einschlägig** sind bzw einer **nicht unmittelbar anwendbaren Rechtsquelle** entnommen werden.⁵¹ Selbstredend natürlich auch, wenn ein **Ermessensexzess** vorliegt.⁵²

4. Verletzungen von Treu und Glauben

Das Vertrauen in die Rechtsordnung ist unter bestimmten Voraussetzungen, durch den Gleichheitsgrundsatz geschützt.⁵³ So hat der VfGH etwa in Fällen, in denen eine Steuerbehörde von einer über mehrere Jahre vertretenen Rechtsauffassung, an die sich die Steuerpflichtigen in der Folge gehalten haben eine Verletzung von Treu und Glauben angenommen und einen Verstoß gegen das Willkürverbot festgestellt, weil die Behörde von der Rechtsauffassung ohne triftige Gründe abwich.⁵⁴

Freilich führt aber nicht jede Änderung der Praxis eines VwG zu einer Verletzung des Gleichheitssatzes.⁵⁵ Insbesondere dann nicht, wenn begründet mit sachlicher Rechtfertigung von einer Spruchpraxis abgegangen wird.⁵⁶ Ferner gibt es keinen Anspruch auf »Gleichbehandlung im Unrecht«: unterlässt es eine Vollzugsbehörde etwa versehentlich oder in Begünstigungsabsicht, Abgaben einzuheben oder eine Verwaltungsstrafe zu erlassen, so führt dies nicht zu einem Recht anderer, gleich behandelt zu werden. Es wäre nach herrschender Jud für die Vollziehung vollkommen widersprüchlich,

38 VfSlg 12.924/1991.

39 VfSlg 18.091/2007.

40 VfSlg 11.213/1987, 11.425/1987; 10.12.2015, E 631/2015.

41 VfSlg 13.830/1994.

42 VfGH 18.9.2014, E 308/2014.

43 Vgl etwa VfSlg 10.057/1984; VfSlg 18.061/2007.

44 VfSlg 14.661/1996.

45 VfSlg 18.061/2007.

46 VfGH 17.06.2020 E 370/2020-18.

47 Vgl VfSlg 10.758/1986, 17.122/2004.

48 VfSlg 12.905/1991.

49 So in diesem Fall etwa das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums Art 5 StGG mit der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK; VfSlg 18.018/2006.

50 So sind Umweltinteressen in die Abwägungsentscheidungen einzubeziehen, sie haben aber keinen absoluten Vorrang; vgl VfSlg 20.185/2017 »Dritte Piste«.

51 VfSlg 20.185/2017 »Dritte Piste«.

52 VfSlg 4480/1963, 12.484/1990.

53 Novak, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht, in *Korinek* (Hrsg), FS *Karl Wenger* (1983) 159 (174).

54 VfSlg 6258/1970, 8725/1980.

55 VfSlg 13.404/1993.

56 VfSlg 8375/1978.

wenn einzelne Rechtsunterworfenen einen Anspruch auf Nichtanwendung des Gesetzes, trotz gegebener (verwaltungsstrafrechtlicher) Tatbestandsmäßigkeit hätten.⁵⁷ Überdies würde ein derartiges Vollzugsverhalten auch Art 18 B-VG zuwiderlaufen.

5. Fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts

Die **grob fehlerhafte Anwendung materiellen Rechts** kann eine Verletzung des Willkürverbots darstellen, wenn sie so gravierend falsch ist, dass die Rechtswidrigkeit in die Verfassungssphäre reicht. Dass hierbei von schweren Fehlern die Rede ist, äußert sich auch in der zT scharfen Wortwahl in der Beurteilung durch den VfGH. So spricht er von einer idS qualifizierten Rechtswidrigkeit, wenn die **Rechtslage** »völlig«,⁵⁸ »grundlegend«,⁵⁹ »in besonderem Maß«,⁶⁰ »gehäuft«⁶¹ bzw. »krass«⁶² **verkannt** wurde. Auch ein redliches »Bemühen« bei der korrekten Rechtsfindung kann allfällige Gleichheitswidrigkeiten **nicht** (so wie nach älterer Rsp⁶³) ausschließen.⁶⁴

Willkür liegt jedenfalls vor, wenn das VwG so fehlerhaft vorgegangen ist, dass dies mit Gesetzlosigkeit⁶⁵ auf eine Stufe zu stellen ist.⁶⁶ Eine **denk unmögliche Gesetzesanwendung** kann daher ein Indiz für Willkür sein.⁶⁷ Entscheidet ein VwG besonders **leichtfertig**, ist das ebenso ein deutlicher Hinweis auf Willkür. An dieser Stelle zeigt sich, dass Fehler in der Anwendung materiellen Rechts, mit Verstößen gegen verfahrensrechtliche Vorschriften oftmals eng zusammenhängen. Es muss daher bei einer Willkürprüfung immer auf das »**Gesamtbild des Verhaltens der Behörde im einzelnen Fall**« ankommen.⁶⁸

Von dieser Grundlinie abweichend hat der VfGH allerdings vereinzelt auch schon Willkür festgestellt, wenn die Rechtsauslegung des VwG der Judikatur des VwGH entsprach.⁶⁹ Ferner auch dann, wenn eine Entscheidung in »Parallelbeschwerde« sogar vom VwGH bestätigt wurde.⁷⁰

Wie noch gezeigt wird, muss Willkür in solchen Fällen aber klar verneint werden.⁷¹

6. Willkür infolge nachträglicher Invalidation

Der VfGH nimmt zT auch in Fällen objektive Willkür an, in welchen der Behörde zum Zeitpunkt der Entscheidung kein Fehlverhalten vorgehalten werden kann, weil sie die Willkür auslösenden Umstände noch gar nicht berücksichtigen konnte.⁷² Etwa dann, wenn eine Entscheidung im Nachhinein als Reflexwirkung einer Invalidation seine Rechtsgrundlage verliert oder wenn sie in Widerspruch zu einem rückwirkend erlassenen Gesetz steht.

Der Begriff der Willkür wird in derartigen Fällen aber völlig überspannt und aufgeweicht.⁷³ Insbesondere in Vergegenwärtigung der ursprünglichen Stoßrichtung der Judikatur des VfGH zeigt sich, dass solche Fälle keine Willkür begründen können: Wenn ein Entscheidung nachträglich ihre gesetzliche Deckung verliert, so hat sich die Behörde gerade nicht über das Gesetz hinweggesetzt, sondern hat sich gesetzmäßig verhalten. Es war vielmehr der Gesetzgeber, welcher der Entscheidung rückwirkend die Grundlage entzogen hat.⁷⁴

D. Zwischenresümee

In Zusammenschau der hier angeführten Fälle von Willkür zeigt sich bei der Mehrzahl der Fehlerkategorien als gemeinsamer Grundtenor eine **Missachtung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien** durch die Behörde, bzw. das erkennende Gericht. Wenngleich Ausreißer dieser Grundlinie zu erkennen sind, wird dennoch offenbar, dass es sich zumeist nicht bloß um einfache Fehler bei der Gesetzesanwendung handelt, sondern um schwerwiegende Rechtswidrigkeiten, die der Behörde vorzuhalten sind.

Diese Fehler ergeben sich aller Regel nach bereits direkt aus der Aktenlage, bzw. aus dem Erkenntnis selbst. So etwa, wenn kein Ermittlungsverfahren durchgeführt wurde, wenn eine Interessenabwägung völlig einseitig ausfällt, oder wenn eine Entscheidung begründungslos ergeht. Das **Tatsachensubstrat** zur Klärung derartiger Rechtssachen liegt idR offen, ohne dass weitere Tatsachenerhebungen nötig sind.⁷⁵

Oftmals liegt die Schwelle der Willkür allerdings auch niedriger, als man prima facie vermuten mag. So ist Willkür nach dem VfGH auch schon gegeben, wenn die Behörde eine verfassungskonforme Auslegung verabsäumt hat.⁷⁶

57 Korinek in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7 Rz 360.

58 VfSlg 10.129/1984, 17.033/2003, 20.105/2016.

59 VfSlg 10.018/2006.

60 VfSlg 11.840/1988, VfSlg 19.283/2010.

61 VfSlg 13.407/1993, 20.185/2017.

62 VfSlg 14.906/1997, VfSlg 15.409/1999.

63 Vgl VfSlg 5205/1966, 5798/1968.

64 VfSlg 8737, 8808/1980.

65 Vgl auch Ausführungen zur »Denk unmöglichkeit« in III.A.

66 VfSlg 12.563/1990.

67 VfSlg 11.754/1988.

68 Vgl zB VfSlg 5491/1967, 10.747/1986, 14.573/1996, 16.882/2003, 17.707/2005.

69 VfSlg 16.314/2001; Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 746.

70 VfSlg 13.554/1993.

71 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1371.

72 Korinek in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7 Rz 362.

73 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 746.

74 Ibid.

75 Vgl hierzu später: IV. Verfahrensrecht.

76 VfSlg 19.625/2012; Pöschl, Gleichheitsrechte, in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) 567.

Von der allgemein festgestellten Grundlinie abweichend hat der VfGH vereinzelt sogar schon Willkür festgestellt, wenn die Rechtsauslegung des VwG der Judikatur des VfGH oder sogar seiner eigenen entsprach.⁷⁷ Zutreffenderweise muss Willkür aber klar verneint werden, wenn die Behörde sich mit verschiedenen in Lehre und Rsp vertretenen Auffassungen ausführlich auseinandergesetzt hat, oder einer ständigen Judikatur gefolgt ist.⁷⁸ Dass der Behörde in derartigen Fällen tatsächlich ein Auslegungsfehler in einer Schwere vorwerfbar ist, welcher den Titel »Willkür« rechtfertigen würde, vermag nicht zu überzeugen.⁷⁹ Vertretbare Rechtsauffassungen können in systemgerechter Betrachtung grundsätzlich nicht zu Willkür führen.⁸⁰ Es ist aber idZ auch darauf hinzuweisen, dass eine Behörde in derartigen Fällen zwar vor dem Vorwurf der Willkür geschützt werden sollte, dies aber eine sonstigen Belastung der Entscheidung mit Gleichheitswidrigkeit nicht ausschließt. Etwa dann, wenn qualifizierende Argumente einer gebotenen gleichheitskonformen Interpretation hinzutreten.⁸¹

Ebenso wenig kann es Willkür sein, wenn eine Entscheidung im Nachhinein als Reflexwirkung einer Invalidation seine Rechtsgrundlage verliert oder in Widerspruch zu einem rückwirkend erlassenen Gesetz steht. Auch hier wird der Begriff der Willkür überdehnt und aufgeweicht.⁸²

Im Ergebnis ist von einer **überschießenden bzw. mechanischen Qualifikation** von Rechtswidrigkeiten als Willkür zu warnen, wenn hierbei klar von der ursprünglich intendierten Grundlinie des VfGH abgewichen wird. Insb dann, wenn wie in den bezeichneten Fällen, der entscheidenden Behörde bzw dem VwG nicht ernstlich vorgeworfen werden kann, sie habe ihren Willen über den des Gesetzes gestellt. Die ohnedies schon schwierige Abgrenzung zwischen **einfachen Gesetzwidrigkeiten** und **Verfassungswidrigkeiten** wird durch eine derart ausgedehnte Annahme von Willkür nämlich so stark verwischt, dass die Wahrnehmung der **verfassungssystematischen Aufgabenverteilung** der Höchstgerichte und damit einhergehend, ihrer inhaltlichen Kontrollmaßstäbe, nicht mehr systemgerecht möglich ist.⁸³

Überdies geht die Qualifikation eines Verhaltens als willkürlich im allgemeinen Sprachgebrauch stets mit einem **Vorwurf der Unsachlichkeit** einher. In einem Rechtsstaat darf und kann der Vorwurf der Willkür aber niemals etwas Alltägliches sein. Die sprachliche

Gewöhnung an eine derart ausgedehnt angenommene »Willkür« schwächt in diesem Sinne die Sensibilität für die Unterscheidung zwischen einfachen Rechtsanwendungsfehler und krassem Rechtsbruch bzw einer grundlegenden Missachtung rechtstaatlicher Prinzipien durch die Vollziehung.⁸⁴

»Der Willkürvorwurf ist von einer Grobheit, in der die Empörung des Gerechten, die Hilflosigkeit des Gewaltunterworfenen und eine Besorgnis um die Geltungs- und Gestaltungskraft der Staatsverfassung mitklingt.«⁸⁵

IV. Das Verfahren vor den Höchstgerichten

Im folgenden Abschnitt werden Zuständigkeitsfragen und ausgewählte verfahrensrechtliche Aspekte in der **Vertretbarkeitsprüfung** durch die Höchstgerichte des öffentlichen Rechts behandelt.

Den beiden Höchstgerichten kommen hierbei unterschiedliche Aufgaben zu: Der VfGH erkennt im Rahmen der **Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit** über Beschwerden gegen das Erkenntnis eines VwG, soweit der Beschwerdeführer durch das Erkenntnis **in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht** verletzt zu sein behauptet (Art 144 B-VG). Beim VfGH kann wiederum wegen **sonstigen Rechtswidrigkeiten** der Entscheidung eine **Revision** angestrengt werden (Art 133 B-VG).

A. Zuständigkeitsabgrenzung

Wenngleich das zentrale Kontrollobjekt der Höchstgerichte ident ist (zumal sie beide die Entscheidungen der VwG kontrollieren), sind ihre Kompetenzen unterschiedlich: Die **verfassungssystematische Aufgabenverteilung** des B-VG geht grundsätzlich davon aus, dass die Zuständigkeiten zwischen VfGH und VfGH strikt getrennt sind. In jenen Fällen, in denen der VfGH zuständig ist, kann der VwGH nicht zuständig sein (Art 133 Abs 5 B-VG). Zur Kompetenzabgrenzung sind, wie bereits ausgeführt, **Verfassungswidrigkeiten** von **einfachen Rechtswidrigkeiten** mit Hilfe der vom VfGH entwickelten Spruchformeln abzuheben.

Weiters gibt es nach Art 18 Abs 1 B-VG kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes subjektives Recht auf rechtmäßigen Vollzug einfacher Gesetze.⁸⁶ Demnach kann nicht wegen jeder einfachen Rechtswidrigkeit eine

77 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 746.

78 Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1371.

79 Ibid.

80 VfSlg 17.925/2006, 18.002/2006, VfGH 18.06.2012 B 411/12.

81 VfSlg 17.925/2006, 18.002/2006, VfGH 18.06.2012 B 411/12.

82 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 746.

83 Siehe Verfahrensrecht IV.

84 Kirchhof, Objektivität und Willkür, in Faller/Kirchhof/Trager (Hrsg), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmende Ordnung. FS Geiger (1989) 82.

85 Ibid, 109.

86 Hengstschläger/Leeb, Grundrechte³ (2019) 134.

Beschwerde beim VfGH angestrengt werden.⁸⁷ Wenn die Verletzung jedes Rechts zugleich auch als (wenn auch nur indirekte) Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts geltend gemacht werden könnte, würde man die Kompetenz des VwGH ganz allgemein »geradezu in Frage stellen«.⁸⁸

1. Fälle der Parallelzuständigkeit

Dass die Zuständigkeitstrennung der Höchstgerichte idZ nicht so strikt gelebt wird, wie die negativ definierte Kompetenzbestimmung des Art 133 Abs 5 B-VG anläuten lässt, zeigen jene Fälle, in denen materiell gesehen weitgehende Zuständigkeitsüberschneidungen von VwGH und VfGH vorliegen.⁸⁹

Zur Veranschaulichung ist hierbei erneut auf die **Mediatisierung** der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht im Stufenbau der Rechtsordnung hinzuweisen. Ist eine generelle Norm als verfassungsrechtlich unbedenklich einzustufen, so kann die Vollziehung das jeweils in Rede stehende **Grundrecht** nur verletzen, indem sie auch **einfaches Gesetzesrecht** verletzt. Jeder Grundrechtsverletzung ist damit zugleich auch eine einfache Gesetzeswidrigkeit inhärent.⁹⁰

Insb bei Beschwerdebehauptung wegen Verletzung des **Willkürverbots**, die als verfassungswidriger Verstoß gegen den Gleichheitssatz in die Kompetenz des VfGH fällt, besteht praktisch Deckungsgleichheit mit dem Verstoß gegen die einfachgesetzliche Bestimmung, welche vom VwGH aufzugreifen ist.⁹¹ Gleiches gilt für **Freiheitsgrundrechte** in Fällen, wo ein Gesetz **denkummöglich** angewendet wurde; sowie für **Zuständigkeitsverletzungen** unter Berufung auf das **Grundrecht auf gesetzlichen Richter**.⁹² In diesen Fällen sind die Höchstgerichte somit tatsächlich »parallel« zuständig.

Ob ein Fall damit beim VfGH oder beim VwGH landet, liegt in der Disposition des Beschwerdeführers. Er kann also sein Rechtsmittel einmal »verfassungsrechtlich aufladen« und den VfGH anrufen, oder in derselben Sache auf einfachgesetzliche Rechtswidrigkeiten rekurren, um in die Zuständigkeitssphäre des VwGH zu gelangen.

Diese Fälle der »Doppelzuständigkeit« beider Höchstgerichte werden in der Praxis somit quasi partnerschaft-

lich bewerkstelligt. *Eberhard* spricht in diesem Zusammenhang auch von einem System der »Arbeitsteilung«.⁹³ Die Höchstgerichte prüfen also den gleichen Beschwerdegegenstand, sollten bei der Prüfung aber unterschiedliche Maßstäbe anlegen. Dass dies in der Praxis nicht immer geschieht, wird in diesem Abschnitt noch offenbar.

2. Zuständigkeit des VfGH ohne Verfassungswidrigkeit?

Wie bereits gezeigt, eröffnen die Rechtsinstitute »**Willkürverbot**« und »**Denkummöglichkeit**« bei ausgedehnter Anwendung das Aufgreifen von Rechtswidrigkeiten, welche eigentlich nicht in die Verfassungssphäre reichen und somit als einfache Gesetzeswidrigkeiten systemgerecht in die ausschließliche Zuständigkeit des VwGH fallen müssten.⁹⁴ Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der VfGH darunter auch Fälle versteht, wo dem Gesetz ein **verfassungswidriger Inhalt unterstellt**, bzw **nicht verfassungskonform interpretiert** wird oder **gebotene Grundrechtsabwägungen** unterblieben sind.

Der VfGH führt an dieser Stelle somit im Ergebnis **keine Vertretbarkeitsprüfung** durch, sondern greift Rechtswidrigkeiten uU bereits auf, wenn er bloß eine andere (verfassungskonforme) Auslegung des Gesetzes für geboten erachtet als das VwG.⁹⁵ Über den Hebel der bezeichneten Rechtsinstitute können somit auch einfache Gesetzeswidrigkeiten Eingang in die verfassungsrechtliche Prüfung finden. Die Kontrolle durch den VfGH wird dadurch ungewollt **verfeinert** und bewegt sich von der eigentlich gebotenen **Grobprüfung** weg. Ferner wird im Ergebnis die ohnedies schon schwierige Abgrenzung zwischen **Verfassungswidrigkeiten** und **einfachen Gesetzeswidrigkeiten** somit weiter verwischt.

B. Das Verfahren vor dem VfGH

Das Verfahren nach Art 144 B-VG wird durch **schriftliche Beschwerde** eingeleitet. Aus der Beschwerdeschrift muss nach den Form- und Inhaltsanforderung des VfGG die **genaue Darstellung des Sachverhalts** herleitbar sein (§§ 15 Abs 2, 82 Abs 4 Z 2 VfGG). Wengleich dieses Inhaltserfordernis vom VfGH relativ großzügig gesehen wird, zeigt sich schon an dieser Stelle die grundsätzliche **Aktenlastigkeit** des Verfahrens, zumal der Sachverhalt idR bereits von den Vorinstanzen festgestellt wurde.

87 Vgl etwa VfSlg 1324/1930; 10.062/1984; 16.177/2001.

88 *Kelsen/Fröhlich/Merkel*, Kommentar zum B-VG (1920) 279.

89 *Eberhard*, Zuständigkeitsabgrenzung von VwGH und VfGH, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 333.

90 *Berka/Binder/Kneihls*, Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019) 235.

91 *Eberhard*, Zuständigkeitsabgrenzung von VwGH und VfGH, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 332.

92 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 1058.

93 *Eberhard*, Zuständigkeitsabgrenzung von VwGH und VfGH, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 346.

94 Art 133 Abs 5 B-VG; vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) 360.

95 *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1060.

1. Ablehnungsrecht nach Art 144 Abs 2 B-VG

Der VfGH kann die Behandlung einer Beschwerde in einer nicht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossenen Angelegenheit nach Art 144 Abs 2 B-VG ablehnen, wenn sie

- (i.) keine hinreichende **Aussicht auf Erfolg** hat oder
- (ii.) von der Entscheidung die **Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten** ist.

Der **Ablehnungstatbestand (i.) »Aussichtslosigkeit«** betrifft Fälle, die im Lichte der stRsp des VfGH die Verletzung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten so wenig wahrscheinlich erscheinen lassen, dass die Beschwerde keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Ferner werden unter diesem Titel auch Beschwerden gegen rechtswidrige generelle Normen abgelehnt, wenn der VfGH die bekämpfte Norm in der Vergangenheit schon einmal geprüft hat und keine Verfassungswidrigkeiten feststellen konnte.⁹⁶

Der **Ablehnungstatbestand (ii.)** spricht auf Fälle ohne verfassungsrechtliche Relevanz an. Solche Fälle können abgelehnt werden, wenn die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage nicht zu erwarten ist. Eine solche Klärung ist dann nicht zu erwarten, wenn zur Beantwortung der maßgebenden Fragen **spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen** nicht erforderlich sind. Dies ist etwa dann gegeben, wenn eine Beschwerde unter dem Aspekt von einer einfachgesetzlichen Rechtswidrigkeit auch vom VwGH geprüft werden könnte.⁹⁷

Bei Vorliegen des (ii.) Ablehnungstatbestands lehnt der VfGH die Behandlung von Beschwerden regelmäßig a limine mit folgender Begründung ab:⁹⁸

»Die vorliegende Beschwerde rügt die Verletzung in bestimmten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten. Nach den Beschwerdebehauptungen wären diese Rechtsverletzungen aber zum erheblichen Teil nur die Folge einer – allenfalls grob – unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes. Spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen sind zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen insoweit nicht anzustellen.«

Derartige Ablehnungen können ohne weiteres Verfahren und ohne vorangegangene Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung auf Antrag des Referenten beschlossen werden. Die Behandlung der Beschwerden nach § 19 Abs 3 Z 1 VfGG wird sodann mit Beschluss abgelehnt.⁹⁹

Lehnt der VfGH die Behandlung einer Beschwerde in dieser Weise ab, so bekommt der Beschwerdeführer die **Möglichkeit zur Abtretung** der Sache an den VwGH.

2. Tatsachenfeststellungen

Bei der **Feststellung des Sachverhaltes** ist der VfGH grundsätzlich in keine Richtung beschränkt.¹⁰⁰ Nach § 20 Abs 3 VfGG kann der Referent zur Vorbereitung der Verhandlung insbesondere die Vernehmung von Beteiligten, Zeugen, Sachverständigen und Auskunftspersonen, die Vornahme eines Augenscheines, die Herbeschaffung von Urkunden sowie Amts- und Gerichtsakten anordnen, sowie Auskünfte von Verwaltungsbehörden und Gerichten einholen.

Der VfGH hat also rechtlich eine weite Befugnis zur Erhebung von Tatsachen.¹⁰¹ Wenngleich der VfGH damit **keiner Beschränkung in der Tatsachenkognition** unterliegt, ist das Verfahren in der tatsächlich gelebten Praxis idR ein **reines Aktenverfahren**.¹⁰² Die **Sammlung des Prozessstoffes** erfolgt nämlich primär durch die Beschwerde selbst, sowie durch Gegenschrift und »allfällige Äußerungen und Gegenäußerungen« (§ 84 Abs 1).¹⁰³

Die Durchführung einer **mündlichen Verhandlung** in Beschwerdeverfahren ist ein **seltener Einzelfall**. Nur ausnahmsweise nimmt der VfGH an, dass die Durchführung einer mündlichen Verhandlung eine weitere Klärung der Rechtssache erwarten lässt (siehe sogleich).

Die VwG nehmen hierbei eine entscheidende Stellung ein: Seit der großen Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform sind die VwG als volle **Tatsachen- und Rechtskognitionsinstanz** eingerichtet. Sie gewährleisten damit den zentralen einfachgesetzlichen und auch verfassungsrechtlichen Schutz subjektiver Rechte in erster Instanz. Hierbei nehmen sie, auch für höhere Instanzen relevante (gerichtliche) Tatsachenfeststellungen vor.

3. Mündliche Verhandlung

Die Erkenntnisse des VfGH werden gem § 19 Abs 1 VfGG »nach einer öffentlichen mündlichen Verhandlung geschöpft«. Die praktische Relevanz der öffentlichen mündlichen Verhandlung ist jedoch gering. In den meisten Fällen liegt bereits im VfGG selbst eine **Ausnahme vom gesetzlichen Regelfall** der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor. Beispielsweise kann der VfGH von einer mündlichen Verhandlung **absehen**, wenn die Schriftsätze der Parteien des verfassungs-

96 Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1042.

97 Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1043.

98 § 84 Abs 1 VfGG iVm Art 144 Abs 2 B-VG.

99 Horvath in Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vasek (Hrsg), VfGG (2019) § 19 Rz 17.

100 Vgl VfSlg 5102/1965.

101 Pöschl in Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vasek (Hrsg), VfGG (2019) § 20 Rz 17.

102 Eberhard in Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vasek (Hrsg), VfGG (2019) § 85 Rz 5.

103 Ibid.

gerichtlichen Verfahrens und die dem VfGH vorgelegten Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung **eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt** (§ 19 Abs 4 VfGG). Diese Ausnahme stellt den praktischen Regelfall dar und gilt, mit wenigen Ausnahmen, für alle Verfahrensarten,¹⁰⁴ unabhängig davon, welche Art von Erledigung der VfGH trifft.¹⁰⁵

Wie sich das Absehen von öffentlichen mündlichen Verhandlung mit dem Grundrecht auf ein **faïres Verfahren** nach Art 6 EMRK verträgt, war bereits Gegenstand von Beschwerden beim EGMR.¹⁰⁶ Demnach kann von dem Gebot der Durchführung einer Verhandlung unter bestimmten Voraussetzungen abgegangen werden. Insb dann, wenn in einer Unterinstanz bereits eine Verhandlung durchgeführt wurde. Dementsprechend ist das aus Art 6 EMRK ableitbare Recht auf eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem VfGH nur insoweit zu erfüllen, als diesem Gebot nicht bereits vor dem VwG Rechnung getragen wurde.¹⁰⁷ Nachdem das verfassungsrechtliche Verfahren nach Art 144 B-VG stets an ein Verfahren vor den VwG anschließt, welche idR bereits eine mündliche Verhandlung durchgeführt haben, wird den Anforderungen von Art 6 EMRK in diesem Zusammenhang regelmäßig entsprochen.

C. Prüfungsmaßstab

Auf inhaltlicher Ebene überträgt die **Aufgabenverteilung** des B-VG den Höchstgerichten unterschiedliche Prüfungsaufträge. Der VfGH soll die Erkenntnisse der VwG einer **Grobprüfung** auf Verfassungsverletzungen durch die Vollziehung unterziehen und dabei stets den Blick auf eine **mögliche Normenkontrolle** werfen, während dem VwGH eine **Feinprüfung** auf einfachgesetzliche Rechtsverletzungen übertragen ist.¹⁰⁸ Ob die Auslegung einer angewendeten Rechtsvorschrift in jeder Hinsicht rechtsrichtig ist, hat der VfGH also nicht zu prüfen.¹⁰⁹ Dass dieses System aber nie vollends der gelebten Praxis entsprach, zeigt sich in der Judikatur relativ deutlich.¹¹⁰

104 Mit Ausnahme von Verfahren welche einen **Mandatsverlust** betreffen.

105 *Horvath in Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vasek* (Hrsg), VfGG (2019) § 19 Rz 54.

106 EGMR 12.11.2002, Döry, 28.394/95; EGMR 8.2.2005, Miller, 55.853/00.

107 *Eberhard in Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vasek* (Hrsg), VfGG (2019) § 84 Rz 3.

108 *Eberhard, Zuständigkeitsabgrenzung von VwGH und VfGH, in Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 345.

109 Vgl VfSlg 13419/1993, 14408/1996, 15794/2000.

110 Wie etwa die Versammlungs- und Vereinsangelegenheiten wo der VfGH nach alter Rsp eine flächendeckende Feinprüfung durchführte.

1. Partielle Abkehr des VfGH von inhaltlicher Feinprüfung

Abweichend vom klassischen Verständnis einer Grobprüfung, führte der VfGH bei Grundrechten mit Ausgestaltungsvorbehalt in der Vergangenheit eine Feinprüfung durch. Diese, in der Literatur oftmals kritisierte, Judikatur änderte sich jedoch mit der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit 2014. Seither sind in der Rechtsprechung starke **Tendenzen zu einer Grobprüfung** hin erkennbar.¹¹¹ Von einer flächendeckenden Feinprüfung, wie nach alter Rsp, kann jedenfalls keine Rede mehr sein.¹¹²

Nunmehr stützt sich der VfGH in Versammlungs- und Vereinsangelegenheiten bei Beschwerden gegen Entscheidungen der VwG auf Art 11 EMRK und prüft außerhalb des **Kernbereichs des Grundrechts** nur mehr »grob«.¹¹³ Der VfGH misst die Vollziehung hierbei am Maßstab einer **Verhältnismäßigkeitsprüfung**, nach Muster des Eingriffsvorbehalts gem Art 11 Abs 2 EMRK.¹¹⁴ Wenngleich Art 11 Abs 2 EMRK systematisch eigentlich ein materieller Eingriffsvorbehalt ist, der sich an den Gesetzgeber richtet, ist diese Tendenz des VfGH hin zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, im Sinne einer Homogenisierung seiner Rechtssprechungslinien, zu begrüßen.¹¹⁵

Die Prüfung von einfachem Gesetzesrecht liegt in diesen Angelegenheiten damit nunmehr in der Kompetenz der VwG bzw des VwGH. Ob auch dieser Judikaturwandel zT auf ein arbeitsteiliges Vorgehen der Höchstgerichte zurückzuführen ist, vermag an dieser Stelle nicht geklärt zu werden, ist aber nicht auszuschließen.

2. Vermengung unterschiedlich intensiver Rechtswidrigkeiten

Durch die aus unterschiedlichen Gründen verwischten Zuständigkeitskompetenzen, sowie das »System der Arbeitsteilung«, haben sich auch auf inhaltlicher Ebene die Prüfungsmaßstäbe der Höchstgerichte zum Teil angenähert. Dass sich diese Verwischung der Zuständigkeiten auch auf die **inhaltlichen Kontrollmaßstäbe** der Gerichte auswirkt, ist idZ fast unvermeidlich. Findet eine Beschwerde, die eigentlich bloß eine einfache Rechtswidrigkeit darstellt, Eingang in das Hauptverfahren vor dem VfGH, so besteht die latente Gefahr, dass allein durch die inhaltliche Auseinandersetzung mit

111 *Berka, Verfassungsrecht*⁷ (2018) Rz 1060.

112 *Hengstschläger/Leeb, Grundrechte*³ (2019) 60.

113 *Berka, Verfassungsrecht*⁷ (2018) 361; sowie *Hengstschläger, Vereins- und Versammlungsfreiheit – Ausführungs- oder Eingriffsvorbehalt?*, in FS Holzinger (2017) 347.

114 *Hengstschläger, Vereins- und Versammlungsfreiheit – Ausführungs- oder Eingriffsvorbehalt?*, in FS Holzinger (2017) 325 (346).

115 VfSlg 19.961, 19.062/2015.

der Beschwerde bereits vom eigentlichen Maßstab einer Grobprüfung abgerückt wird. Ferner zeigen sich auch beim VfGH Tendenzen, in bestimmten Fällen größer zu prüfen. Insb bei Grundrechtsverstößen gegen das Willkürverbot, welche bei einfachgesetzlicher Betrachtung in die Revisionskompetenz des VfGH fallen können und somit eine »Parallelzuständigkeit« beider Höchstgerichte begründen.¹¹⁶

Damit setzt sich die bereits kritisierte Vermengung von **einfachen Gesetzwidrigkeiten** und **Verfassungswidrigkeiten** auf inhaltlicher Kontrollebene fort. Die klar vorgezeichnete Aufgabenverteilung des B-VG entspricht somit weder auf Ebene der Zuständigkeit noch auf Ebene der inhaltlichen Kontrolle der gelebten Praxis der Höchstgerichte. Aus **verfahrensökonomischen Gesichtspunkten** mag diese Vorgangsweise vielleicht zielführend sein; verfassungssystematisch führt sie allerdings zu **verschwommenen Kompetenzen** bzw einer **verzerrten Wahrnehmung**, was die **Intensität von Rechtswidrigkeiten** an sich betrifft. Wenngleich der Rechtsschutz damit zwar nicht unbedingt vermindert wird, geht damit eine **nicht notwendige Komplexitätssteigerung** einher, welche der Rechtssicherheit sicherlich nicht dienlich ist. Insb führt dies ua auch zur Gefahr des Entstehens von **divergierender Rechtsprechung**.¹¹⁷

D. Entscheidungen des VfGH

Wird eine Beschwerde **abgewiesen**, so erklärt der VfGH die Bedenken gegen die geprüfte Entscheidung des VwG für **inhaltlich unbegründet**. Auch in diesem Fall ist allerdings noch eine **Abtretung** an den VfGH möglich.

Gibt der VfGH der Beschwerde **statt**, so hat dies als primäre Rechtsfolge die (uU nur teilweise) **Aufhebung der angefochtenen Entscheidung** zur Folge. Der VfGH kann die Entscheidung des VwG jedenfalls nur a posteriori **kassieren**, eine **Entscheidungsbefugnis in merito** kommt ihm nicht zu.¹¹⁸ Entscheidungen in der Sache obliegen vielmehr den VwG im fortgesetzten Verfahren.

1. Fortgesetztes Verfahren vor dem VwG

Welche Schritte im fortgesetzten Verfahren vor dem VwG zu setzen sind, ist davon abhängig, welche Bedenken der VfGH gegen die angefochtene Entscheidung hat: Hat der VfGH etwa erkannt, dass das **Ermittlungsverfahren grob mangelhaft** durchgeführt wurde, oder

eine mündliche Verhandlung notwendig gewesen wäre, dann sind diese Verfahrensschritte nachzuholen. In anderen Fällen, wie etwa bei inhaltlichen Rechtswidrigkeiten, kann wiederum bloß eine neuerliche Sachentscheidung unter Berücksichtigung der **Bindungswirkung** an die Entscheidung des VfGH notwendig sein.

2. Bindungswirkungen zwischen den Höchstgerichten

Gibt der VfGH einer Beschwerde **statt**, so sind die VwG und die Verwaltungsbehörden verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache den der **Rechtsanschauung des VfGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen** (§ 87 Abs 2 VfGG). Diese Bindung erstreckt sich weiters auch auf die Prüfung der Ersatzentscheidung durch den VfGH.¹¹⁹ Allerdings gilt dies auch umgekehrt: Hebt der VfGH ein Erkenntnis eines VwG auf, so ist der VfGH an die Entscheidung des VfGH gebunden, soweit dem nicht verfassungsrechtliche Bedenken entgegen stehen. Außerhalb dieser Bindung kann der VfGH immer noch darüber erkennen, ob die betroffene Entscheidung an einem **in die Verfassungssphäre reichenden Fehler** leidet; etwa, weil nicht verfassungskonform interpretiert wurde, oder angewendete Normen an sich verfassungswidrig sind.¹²⁰ Die Auslegung einfachgesetzlichen Rechts hingegen, hat der VfGH nicht mehr zu prüfen. Daher ergibt sich, dass einander widersprechende Erkenntnisse der Höchstgerichte nicht ausgeschlossen werden können.

V. Exkurs: Geschlossenheit des Rechtsquellensystems

A. Anlassfall in Liechtenstein

Eine ebenfalls zum **Willkürverbot** ergangene Entscheidung des liStGH gibt, ob ihrer rechtstheoretischen Ausführungen, Anlass zur Diskussion. In dem erwähnten Judikat begründet der liStGH seine Rechtsfindung nämlich mit einem nicht näher ausgeführten Verweis auf den österreichischen Verfassungsdiskurs und zweifelt das Prinzip der **Geschlossenheit des Rechtsquellensystems in Österreich** an:

»Nachdem inzwischen auch **in Österreich** die Konzeption der **Geschlossenheit des Rechtsquellensystems** zunehmend in Frage gestellt wird, erscheint es nunmehr angebracht, dass der StGH für den Einzelnen **fundamentale, im Verfassungstext nicht erwähnte Rechtsschutzbedürfnisse direkt als ungeschriebene Grundrechte anerkennt**, anstatt sie aus

¹¹⁶ Eberhard, Zuständigkeitsabgrenzung von VfGH und VfGH, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 346.

¹¹⁷ Vgl etwa VfGH 30.9.2010, 2009/03/0072; VfGH B 254/11, VfSlg 19.425/2011.

¹¹⁸ Kneihls/Rohregger in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 144 Rz 174.

¹¹⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 1060.

¹²⁰ VfSlg 19.119/2010.

thematisch mehr oder weniger verwandten positiv normierten Grundrechten abzuleiten. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist es gerechtfertigt, dem Willkürverbot den Status eines solchen ungeschriebenen Grundrechts zuzuerkennen. « [Hervorhebungen nicht im Original]¹²¹

Der liStGH hielt damit fest, dass seiner Ansicht nach, abweichend von der bisherigen Verfassungstradition in Liechtenstein

- (i.) neue **Rechtsquellen** geschaffen werden können, und in weitere Konsequenz
- (ii.) die Gerichtsbarkeit diese Rechtsquellen im Wege der **Rechtsfortbildung** mitgestalten kann.

Auf die Bedeutung und Richtigkeit dieser Feststellungen (insb in Bezug auf Österreich), soll im Folgenden eingegangen werden.

B. Rechtslage in Österreich

1. Zum Rechtsquellen-system

Nach der These der **Geschlossenheit des Rechtsquellen-systems** gibt die Bundesverfassung für den einfachen Gesetzgeber eine bindende Typologie aller gültigen Rechtsquellen der Rechtsordnung vor. Andere Rechtsquellen können nach hL nicht geschaffen werden.¹²² Insb deswegen nicht, weil das Rechtsschutzsystem des B-VG an die ihr bekannten Rechtsquellen anknüpft und die Einführung neuer Rechtsquellen somit zu Rechtsschutzlücken führen würde. Der **Gesetzgeber** hat sich zur Verfolgung seiner Ziele also jener Rechtsakte zu bedienen, die durch den verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsschutz vorgezeichnet sind.¹²³

Bei der überaus strittigen Frage, wie die **Rechtsprechung** in das »Typensystem« der Rechtsquellen einzuordnen ist, muss differenziert werden: Funktion der Behörden und Gerichte bei der Entscheidung von Einzelfällen ist es, generell-abstrakte Rechtsvorschriften in Anwendung auf einen konkreten Fall auszulegen bzw allenfalls sie »zu Ende zu denken.«¹²⁴ Auch wenn Gerichtsentscheidungen im Ergebnis faktisch durchaus rechtsgestaltende Wirkung erga omnes zukommen kann, ist es prinzipiell aber nicht Aufgabe der Vollziehung, rechtsschöpferisch tätig zu sein und dabei quasi gesetzgeberische Aufgaben zu übernehmen.

So regelt bereits das ABGB in § 12 unter dem Titel »Richterliche Aussprüche«:

»Die in einzelnen Fällen ergangenen Verfügungen und die von Richtersthühlen in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten Urtheile haben nie die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnet werden.«

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Frage, inwieweit **ständige Rechtsprechung** Rechtssicherheit schaffen vermag: Auch wenn zu erwarten ist, dass ein Höchstgericht in künftigen Rechtsachen die gleiche Rechtsmeinung (wie schon früher) vertreten werde, ist es unstrittigerweise nicht an sie gebunden wie an eine generelle Norm.¹²⁵ Gerichtsentscheidungen können daher naturgemäß nicht dieselbe **Rechtssicherheit** erzeugen, wie generelle Normen des Gesetzgebers, wengleich sich eine in der Rechtsprechung nachhaltig gesicherte Auslegung daran annähern kann.¹²⁶

Die obigen, auf rezente Literatur gestützten Darlegungen, zeigen, dass die vom liStGH getroffene Aussage, wonach die Geschlossenheit des Rechtsquellen-systems in Österreich zunehmend in Frage gestellt würde, nicht zutreffen ist, und ferner auch aus der Spruchpraxis des VfGH nicht hervorgeht (dazu noch gleich unten).¹²⁷

2. Rechtsfortbildung

Mit welcher **Rechtfertigung** und innerhalb welcher Grenzen **richterliche Rechtsfortbildung** als zulässig angesehen werden kann bzw wie sie lege artis bewerkstelligt werden muss, ist Gegenstand einer lebhaften wissenschaftlichen Diskussion.¹²⁸ Im gegebenen Zusammenhang sei nur festgehalten, dass die grundlegenden Prinzipien der Funktionenteilung zwischen **gesetzgebender und rechtsanwendender Gewalt** jedenfalls zu berücksichtigen sind.¹²⁹ Die Rechtsanwendung hat sich gemäß dem gewaltenteilenden Prinzip bei der **Rechtsfortbildung** nach den Regeln der Rechtsdogmatik **selbst zu beschränken**. Hat der Gesetzgeber ein Rechtsproblem bereits entschieden, bzw die Kriterien seiner Lösung festgelegt, so ist die Vollziehung – im Sinne der erwähnten **Selbstbeschränkung** – an diese Kriterien gebunden.¹³⁰ Bei der Auslegung des Rechts hat die Rechtsanwendung sämtliche Instrumente der juristischen

121 LiStGH 1998/45, Urteil vom 22.2.1999.

122 Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019) Rz 31; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 464.

123 VfSlg 17.967/2006.

124 Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 467; siehe auch Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012) 63.

125 VfSlg 14709.

126 Siehe auch Piska, »Richterrecht« – Tatsache oder Rechtsquelle?, in Gedenkschrift Walter (2013) 593 (602).

127 Vgl VfSlg. 13.780/1994; VfGH 2. 12. 2004, G95/04; VfSlg 17.967/2006.

128 Vgl etwa Potacs, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 63; Eberhard, Handlungsformen und Rechtsstaat, in FS Raschauer (2013) 65.

129 Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012) 21.

130 Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012) 67.

Hermeneutik auszuschöpfen, keinesfalls aber von vornherein bzw grundsätzlich rechtsschöpferisch tätig sein.¹³¹

Ein Hinwegsetzen über diese anerkannten Regeln der Rechtsdogmatik würde im Ergebnis die Grundsätze der **Rechtssicherheit**, **Gleichheit** und **Sachlichkeit** sowie der **Gewaltenteilung** konterkarieren. Ein solcher Eingriff in **rechtsstaatliche Prinzipien** wiegt schwer, weil damit ein **verfassungsrechtlicher Systemwechsel** einhergeht; zumal rechtssetzende Entscheidungen im kontinentaleuropäischen System in die Kompetenz des demokratisch-legitimierten Verfassungsgesetzgebers fallen.¹³²

In diesem Zusammenhang sei auch auf das Erkenntnis des VfGH zur »**Dritten Piste**«¹³³ hingewiesen, in dessen Vorgeschichte das BVwG die Grenzen der dogmatisch korrekten Auslegung verlassen hat. Der VfGH wendete sich in seiner Entscheidung zu Recht ausdrücklich gegen die rechtsschöpferische Vorgangsweise des BVwG und stellte klar, dass nur die im einschlägigen MaterienG bezeichneten öffentlichen Interessen und Tatbestandselemente heranzuziehen sind. Er sprach aus, dass das BVwG durch die eigenmächtige Annahme einer nicht im Gesetz genannten Genehmigungsvoraussetzung seine Entscheidung mit einem in die Verfassungssphäre reichenden Mangel belastet hat. Auch daran zeigt sich deutlich, dass es in keiner Weise indiziert ist, von einem Abgehen von der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems zu sprechen, im Gegenteil.

VI. Conclusio

Was folgt nun aus dieser Untersuchung? Und welche Schlüsse lassen sich daraus für Liechtenstein ziehen? Wenngleich nicht verkannt werden darf, dass die liechtensteinische Verfassungs- und Grundrechtsgerichtsbarkeit stark am österreichischen Modell angelehnt ist, ergeben sich doch **entscheidende Unterschiede** beider Verfassungssysteme, die bei einer **rechtsvergleichen den Zusammenschau** stets beachtet werden müssen. Der im hier interessierenden Kontext maßgeblichste Unterschied besteht im **Aufbau des Rechtsschutzsystems**: Während sich die Höchstgerichte des öffentlichen Rechts in Österreich **gleichgeordnet** auf einer Ebene begegnen und sogar parallel angerufen werden können, ist der Instanzenzug in Liechtenstein **pyramidenförmig** aufgebaut. Der liStGH¹³⁴ wird stets erst nach der »Fach-

gerichtsbarkeit« tätig und überprüft nur »**enderledigende letztinstanzliche Entscheidungen**«.¹³⁵

A. Ergebnisse für Österreich

- ▷ Streng genommen könnte aufgrund der **Mediatisierung der Grundrechte** durch einfaches Recht argumentiert werden, dass jeder gesetzwidrige Verwaltungsakt auch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt. Demnach müsste dann aber jeder Verstoß gegen verfahrensrechtliche Vorschriften, bzw alle materiellen Rechtswidrigkeiten bereits dann auf eine Verfassungswidrigkeit hinauslaufen, wenn ein entsprechendes Grundrecht bloß berührt wird. Eine derartige Feinprüfung einfachen Rechts durch den VfGH ist aber der dem B-VG zugrunde liegenden **verfassungssystematischen Aufgabenverteilung** zwischen Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht zu entnehmen.¹³⁶ Würde jede einfache Gesetzwidrigkeit zur Annahme einer Verfassungswidrigkeit führen, wäre die Kompetenz des VfGH als Konsequenz komplett ausgehöhlt.¹³⁷ Ein (zugrundeliegendes) Grundrecht ist daher nur dann verletzt, wenn eine Rechtswidrigkeit so schwerwiegend ist, dass sie in die Verfassungssphäre reicht. Es kann nicht jede Rechtsfrage im Ergebnis auf eine Grundrechtsfrage hinauslaufen.¹³⁸
- ▷ Hingegen stellen Grundrechtsverletzungen stets auch einfache Rechtswidrigkeiten dar. Sie liegen damit bei einfachgesetzlicher Betrachtung innerhalb der Revisionskompetenz des VfGH (Art 133 Abs 5 B-VG vernachlässigend). Somit ist tatsächlich eine **Doppelzuständigkeit** gegeben: Ob ein Fall beim VfGH oder beim VwGH landet, liegt in der Disposition des Beschwerdeführers. Er kann die Beschwerde »**verfassungsrechtlich aufladen**« und den VfGH anrufen, oder auf einfachgesetzliche Rechtswidrigkeiten rekurrieren, um in die Zuständigkeit des VwGH zu fallen.
- ▷ Diese bereits unscharfe Trennlinie wird durch eine materielle Überdehnung der hier gegenständlichen Rechtsinstitute **Willkür** und **Denk unmöglichkeit** weiter getrübt: Wie gezeigt, wird abweichend von der **ursprünglich intendierten Grundlinie** des VfGH Willkür auch dann angenommen, wenn der entscheidenden Behörde bzw dem VwG **nicht ernstlich vorgeworfen werden kann**, sie habe ihren Willen

¹³¹ Ibid.

¹³² Vgl etwa *Potacs*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, in *Torggler* (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 63; vgl idZ auch VfSlg 20.185/2017 »Dritte Piste«.

¹³³ VfSlg VfSlg 20.185/2017.

¹³⁴ Liechtensteinischer Staatsgerichtshof.

¹³⁵ Art 15 liechtensteinisches StGHG.

¹³⁶ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht⁴⁴ (2015) Rz 1216.

¹³⁷ *Kelsen/Fröhlich/Merkel*, Kommentar zum B-VG (1920) 279.

¹³⁸ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 1057; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte³ (2019) 134.

über den des Gesetzes gestellt. So hat der VfGH vereinzelt sogar schon Willkür festgestellt, obwohl die Rechtsauslegung des VwG der Judikatur des VfGH oder sogar seiner eigenen entsprach.¹³⁹ Systemgerecht können solche Fälle aber nicht als Willkür eingestuft werden. Freilich kann die gegenständliche Entscheidung aus anderen (sprich willkürfremden) Gründen verfassungswidrig sein; vor dem Vorwurf der Willkür sollte die entscheidende Behörde aber bewahrt werden. In einem Rechtsstaat darf und kann der Vorwurf von Willkür niemals etwas Alltägliches sein, das mechanisch oder als bloße Reflexwirkung angenommen wird.

- ▷ Im Ergebnis wird die ohnedies schon schwierige Abgrenzung, zwischen **einfachen Gesetzwidrigkeiten** und **Verfassungswidrigkeiten** durch eine derart ausgedehnte Annahme von Willkür so stark verwischt, dass die Wahrnehmung der **verfassungssystematischen Aufgabenverteilung** der Höchstgerichte und damit einhergehend ihrer **inhaltlichen Kontrollmaßstäbe**, nicht mehr systemgerecht möglich ist. Auch wenn eine »Arbeitsteilung« der Höchstgerichte aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten, vielleicht zielführend erscheinen mag, sind die Kosten dieser eigentlich systemwidrigen Vorgehensweise im Lichte der **Rechtssicherheit** zu hoch.
- ▷ Zur Klärung, ob tatsächlich ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht verletzt wurde, kann der VfGH de lege lata auch **Sachverhaltsfeststellungen** durchführen und ist hierbei in keine Richtung beschränkt.¹⁴⁰ Wenngleich der VfGH somit keiner Beschränkung in der **Tatsachenkognition** unterliegt, ist das Verfahren in der tatsächlich gelebten Praxis aber idR ein **reines Aktenverfahren** und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Beschwerdeverfahren ein seltener Einzelfall.¹⁴¹ Dies ist im Lichte von Art 6 EMRK unproblematisch, weil das Verfahren nach Art 144 B-VG vor dem VfGH stets an ein Verfahren vor den VwG anschließt und diese als volle **Tatsachen- und Rechtskognitionsinstanz** eingerichtet sind. Das für den VfGH relevante **Tatsachensubstrat** zur Klärung der Frage, ob ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht verletzt wurde, geht sohin in aller Regel bereits aus den Akten hervor, **ohne dass weitere Tatsachenerhebungen** nötig sind.
- ▷ Der VfGH erachtet sich an eine bereits »feingepürfte« Entscheidung des VwGH **grundsätzlich gebunden**,

soweit dem nicht verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen bzw sich die **Sach- oder Rechtslage** maßgeblich geändert hat. Eine erneute Prüfung auf einfachgesetzlicher Ebene ist ihm **verfassungssystematisch nicht aufgetragen**.

- ▷ Eine Aufweichung respektive ein Systemwechsel in der Theorie der »**Geschlossenheit des Rechtsquellen-systems**« ist weder aus rechtstheoretischer Sicht noch in der tatsächlich gelebten Verfassungspraxis erkennbar. Ferner ist ein derartiger Wechsel im Wege der **Rechtsfortbildung** abzulehnen und würde, sofern angestrebt, zentrale rechtsstaatliche Prinzipien konterkarieren; insb die Vertrauensschutzfunktion des Rechts. Entscheidungen darüber fallen in die Kompetenz des demokratisch-legitimierten Verfassungsgesetzgebers.

B. Ergebnisse für Liechtenstein

In Liechtenstein gestaltet sich die verfassungsrechtliche Situation im hier interessierenden Kontext insofern anders, als der liStGH erst **nach Erschöpfung des ihm untergeordneten Instanzenzuges** tätig wird. Demnach besteht nach einer »enderledigenden letztinstanzlichen Entscheidung« der Fachgerichtsbarkeit das Recht der **Individualbeschwerde** an den liStGH (Art 15 liStGHG); wobei auch der liStGH **keine »Superberufungsinstanz«**¹⁴² ist, sondern bloß über die Verletzung »**verfassungsmäßig gewährleisteter Rechte**« erkennt (Art 17 liStGHG). Die Frage, ob eine Rechtswidrigkeit so gravierend ist, dass sie in die Verfassungssphäre reicht, stellt sich hier also gleichermaßen, jedoch mit dem entscheidenden Unterschied, dass in Liechtenstein Fälle der sog »Parallelzuständigkeit« der Höchstgerichte nicht möglich sind, zumal der liStGH stets nachgelagert tätig wird und über einfache Gesetzwidrigkeiten bereits unterinstanzlich **enderledigend** erkannt wurde.

Für den VfGH ergibt sich das **relevante Tatsachensubstrat** zur Klärung der Frage, ob ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht verletzt wurde, in aller Regel bereits aus den Akten, **ohne, dass weitere Tatsachenerhebungen** nötig sind. Dies gilt auch für Fälle der Willkür, bei der sich der Grundjudikatur des VfGH entsprechend, eine **Missachtung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien** durch die Behörde bzw das erkennende Gericht zeigt. Zumal in Liechtenstein sogar eine Instanz mehr mit der Rechtssache befasst wurde, muss dies dort umso mehr gelten. Ferner sollten sich Sachverhaltsfeststellungen – sofern überhaupt nötig – aus Gesichtspunkten der **Effizienz** und **Verfassungssystematik** nur auf jene Erhebungen beschränken, die zur Beurteilung, ob eine Verfassungswidrigkeit vorliegt notwendig

139 Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 746.

140 Vgl VfSlg 5102/1965.

141 Eberhard in Eberhard/Fuchs/Kneih/Vasek (Hrsg), VfGG (2019) § 85 Rz 5; Pöschl in Eberhard/Fuchs/Kneih/Vasek (Hrsg), VfGG (2019) § 20 Rz 17.

142 Vogt, Willkürverbot und Gleichheitsgrundsatz (2008) 445.

sind; nicht aber zur Kontrolle der Rechtsrichtigkeit in jede Richtung.

Wie für Österreich gezeigt, ist die Trennlinie zwischen **einfachen Rechtswidrigkeiten** und **Verfassungswidrigkeiten** aus unterschiedlichen Gründen verschwommen, und zwar sowohl in Bezug auf die Wahrnehmung von **Kompetenzen**, als auch auf der **inhaltlichen Kontrollebene**. Insbesondere können über den Hebel der **Willkür**, respektive der **Denkunmöglichkeit** auch einfache Gesetzwidrigkeiten als uU in die Verfassungssphäre reichende Rechtsverstöße gesehen werden. Ferner wird der Begriff der Willkür in verschiedenen Fällen materiell über seinen eigentlichen Bedeutungshorizont hinaus gedehnt. Das Aufgreifen von Rechtswidrigkeiten in dieser Weise ist allerdings erstens **systemwidrig**, und widerspricht zweitens der eigentlichen **verfassungsmäßigen Aufgabenverteilung** der Höchstgerichte. Eine allfällige Rechtfertigung hierfür mag – neben historischen Gründen – das arbeitsteilige Vorgehen der Höchstgerichte in Österreich sein. Diese Argumentation ist allerdings nicht auf Liechtenstein übertragbar: Der liStGH geht nicht arbeitsteilig mit der Fachgerichtsbarkeit vor, sondern wird erst a posteriori tätig. In einer auf diese Weise **nachgelagerten verfassungsrechtlichen Kontrolle**, kommt dem Gericht sinnvollerweise bloß eine grobe **Kontroll- und Leitfunktion** zu. Lässt sich der liStGH in Feinprüfung auf einfache Rechtswidrigkeiten ein, so degradiert er damit zu einer einfachen vierten Instanz, ohne seiner – ihm zugeordneten Rolle – als »Hüter der Verfassung« gerecht zu werden.

Überdies wurden einfachgesetzliche Rechtswidrigkeiten ohnedies bereits durch die enderledigenden Entscheidungen der Fachgerichtsbarkeit aufgegriffen. Auch der VfGH erachtet sich an Entscheidungen des VwGH gebunden, soweit dem nicht verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen. Es ist somit schlechthin unmöglich einfache Rechtswidrigkeiten noch einmal aufzugreifen, zumal über diese bereits erkannt wurde. Dem liStGH kann damit nur mehr das letzte Stück der Rechtswidrigkeit bleiben, nämlich jenes, welches durch grobe verfassungswidrige Mängel gekennzeichnet ist.

Korrespondenz:
Univ.-Prof. Dr. Christian Piska,
Mag. David Bierbauer,
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien.

VII. Literaturverzeichnis

- ▷ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018)
- ▷ *Berka/Binder/Kneihs*, Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019)
- ▷ *Bezemek*, Gleichheitssatz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2008) 228
- ▷ *Bussjäger/Langer* in Liechtenstein-Institut (Hrsg), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar (Bendern 2016), (Stand 31.8.2020, verfassung.li)
- ▷ *Eberhard*, Handlungsformen und Rechtsstaat, in FS Raschauer (2013) 65
- ▷ *Eberhard*, Zuständigkeitsabgrenzung von VwGH und VfGH, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 331
- ▷ *Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vasek* (Hrsg), VfGG. Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 (Wien 2019)
- ▷ *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte. Kommentierung des VwGVG und der Bestimmungen zum Rechtsschutz vor VwGH und VfGH (1. Auflage, Wien 2014).
- ▷ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht (4. Auflage, Wien 2019)
- ▷ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte³ (2019)
- ▷ *Hengstschläger*, Vereins- und Versammlungsfreiheit – Ausführungs- oder Eingriffsvorbehalt?, in FS Holzinger (2017) 325
- ▷ *Holoubek*, Grundsätze des verfassungsgerichtlichen Verfahrens, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2010) 429
- ▷ *Holzinger/Hiesel*, Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts. Band I: Verfassungsgerichtsbarkeit (4. Auflage, Wien 2015)
- ▷ *Kelsen/Fröhlich/Merkl*, Kommentar zum B-VG (1920)
- ▷ *Kirchhof*, Objektivität und Willkür, in *Faller/Kirchhof/Trager* (Hrsg), Verantwortlichkeit und Freiheit. Die Verfassung als wertbestimmende Ordnung. FS Geiger (1989) 82
- ▷ *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Loseblattausgabe inkl 15. Lfg), JBl 2019
- ▷ *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill/Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Lieferung 2013)

- ▷ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015)
- ▷ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019)
- ▷ Pernthaler, Ungeschriebene Grundrechte und Grundrechtsprinzipien in der österreichischen Rechtsordnung, in FS Öhlinger (2004) 447
- ▷ Piska, »Richterrecht« – Tatsache oder Rechtsquelle?, in Gedenkschrift Walter (2013) 593
- ▷ Potacs, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, in Torggler (Hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 63
- ▷ Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008)
- ▷ Pöschl, Gleichheitsrechte, in Merten/Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) 519
- ▷ Vogt, Das Willkürverbot und der Gleichheitsgrundsatz in der Rechtsprechung des liechtensteinischen Staatsgerichtshofes (Zürich 2008)
- ▷ Zippelius, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012)