

Magdalena Pöschl

Was kommt nach der Gleichheitswidrigkeit?

- I. Folgen einer Gleichheitswidrigkeit
- II. Sorten von Gleichheitswidrigkeiten
 - A. Nichtkomparative Gleichheitswidrigkeiten
 - B. Komparative Gleichheitswidrigkeiten mit extern bedingter Korrekturrichtung
 - C. Komparative Gleichheitswidrigkeiten ohne Korrekturrichtung
- III. Grundmodelle zur Korrektur der heiklen Fälle
 - A. BVerfG: Verschiebung der Korrektur
 - B. EuGH: Belohnung des Klägers
 - C. VfGH: Schonung des Rechtsbestandes
- IV. Kann der VfGH von anderen Gerichten lernen?
 - A. Korrektur verfassungswidriger Diskriminierungen
 - B. Korrektur chartawidriger Diskriminierungen

Abstract: In der Lehre ist schon oft gesagt worden, dass die Feststellung einer Gleichheitswidrigkeit in besonderem Maß von Wertungen abhängt. Seltener wird thematisiert, was nach der Gleichheitswidrigkeit kommt: Hat ein Gericht eine Norm als gleichheitswidrig qualifiziert, muss es diesen Verstoß regelmäßig auch korrigieren. Ob es die benachteiligte Gruppe auf das Niveau der begünstigten Gruppe heben oder das Niveau allgemein senken soll, lässt sich dem Gleichheitssatz aber in vielen Fällen nicht entnehmen. Ein Judikaturvergleich von BVerfG, EuGH und VfGH zeigt, dass Gerichte bei der Korrektur von Gleichheitsverstößen von sehr verschiedenen Erwägungen geleitet sein und zum Teil auch voneinander lernen können.

Deskriptoren: Beurteilungsspielraum von Gerichten; BVerfG; Diskriminierung; EuGH; Gleichheitssatz; Grundrechte-Charta; Korrektur von Gleichheitsverstößen; Normenkontrolle; Verfassungsgerichtsbarkeit; VfGH.

Rechtsquellen: Art 7 B-VG; Art 3 GG; Art 20, 21 GRG; Art 18, 157 AEUV.

¹ Für wertvolle Judikatur-Recherchen zum Thema danke ich Alexander Brenneis, Malina Willgruber und Michaela Zirm.

I. Folgen einer Gleichheitswidrigkeit

Zum Standardrepertoire der Weisheiten, die Verfassungslehrbücher verbreiten, gehört die Aussage, dass der Gleichheitssatz in besonderem Maß wertungsoffen ist. Bisweilen wird sogar gesagt, dieses Grundrecht sei „von so vielen ideologischen Elementen durchsetzt, daß eine rein rationale Aussage [...] darüber jedenfalls kärglich ausfallen muß“,² es sei eine „Einfallspforte für außerrechtliche Wertvorstellungen“³ und ermächtige „den VfGH zur Korrektur politischer Entscheidungen nach Kriterien, die selbst wiederum politisch sind“⁴. Das kann man glauben oder nicht.⁵ Deutlich seltener wird jedoch gesehen, dass ein Gericht Wertungen nicht nur vornehmen muss, wenn es die Gleichheitskonformität einer Norm beurteilt, sondern auch und vor allem, *nachdem* es einen Gleichheitsverstoß festgestellt hat. Dann ist nämlich offen, wie dieser Verstoß zu korrigieren ist. Anders als bei Freiheitsverletzungen führen hier bekanntlich mehrere Wege nach Rom: Die bisher benachteiligte Gruppe kann besser behandelt, also auf die Stufe der begünstigten Gruppe gehoben werden. Das Niveau kann aber ebenso für alle heruntergepegelt werden. Schließlich kann der Gesetzgeber beide Gruppen auch einer dritten, gänzlich neuen Regelung unterwerfen. Ob er das tut, ist seine Sache; zu entscheiden, was für die Bürger bis dahin gelten soll, hingegen Sache des Gerichts: Ob es (zB durch Aufhebung, Nichtig- oder Ungültigerklärung oder im Wege des Anwendungsvorranges) das Niveau heben oder senken, die Regel oder die Ausnahme wählen, die Freiheit oder ihre Beschränkung anordnen, eine Zuwendung auf alle erstrecken oder sie ganz entfallen lassen soll, darüber schweigt

² Ermacora/Klecatsky/Ringhofer, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1956, ÖJZ 1959, 29.

³ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 1348.

⁴ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht⁹ (2012) Rz 762.

⁵ Für ein alternatives Verständnis des Gleichheitssatzes, das diesen auslegt wie andere Normen auch Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

der Gleichheitssatz in der Tat, zumindest in den hier interessierenden Fällen⁶.

So kann auch nicht verwundern, dass die Gerichte in dieser Hinsicht durchaus verschiedene Wege gehen. Das zeigte sich besonders deutlich am Streit um die Alterspension, die Frauen bekanntlich in Österreich früher antreten dürfen als Männer. Der OGH hielt diese Ungleichbehandlung Ende der 1980er-Jahre für gleichheitsrechtlich bedenklich und focht beim VfGH wie selbstverständlich jene Wortfolge des ASVG an, die Frauen einen früheren Pensionsantritt ermöglichte, obwohl er rechtstechnisch auch das höhere Antrittsalter für Männer angreifen hätte können, was mit Blick auf den Anlassfall – einen Mann, der so früh wie seine Arbeitskolleginnen in Pension gehen wollte – nicht völlig fernegelegen wäre. Der VfGH sah das ungleiche Pensionsalter als gleichheitswidrig an, gab dem Antrag des OGH statt und hob folglich jene Altersregelung auf, die Frauen begünstigte.⁷ Ob diese Vorschrift für den männlichen Kläger im Anlassfall überhaupt präjudiziell war, thematisierte der VfGH nicht, ebenso wenig bekümmerte ihn, dass das Pensionsbegehren im Anlassfall nach der bereinigten Rechtslage erfolglos blieb, obwohl die Gleichheitsrüge des Klägers doch berechtigt war.

Dass dieser Fall auch anders ausgehen hätte können, zeigte sich rund zehn Jahre später, als sich dreizehn Landwirte darüber beklagten, dass sie die vorzeitige Alterspension wegen Erwerbsunfähigkeit nach dem BSVG erst ab dem 57. Lebensjahr und nicht wie Frauen schon im Alter von 55 antreten dürfen. Vom OGH befragt, befand der EuGH diese Ungleichbehandlung als diskriminierend.⁸ Mit der Veröffentlichung dieses Urteils war, wie der VfGH später festhielt, „klargestellt, daß [...] – auf Grund des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechtes – ab sofort auch Männern die Versicherungsleistung ab Vollendung des 55. Lebensjahres zuerkannt werden mußte“, und zwar nicht nur nach dem BSVG, sondern nach sämtlichen Sozialversicherungsgesetzen.⁹ So sahen das auch die beteiligten Verkehrskreise, und in kürzester Zeit erreichten die Bürokratie 5.388 Anträge, mit denen Männer im Alter zwischen 55 und 57 die vorzeitige Alterspension begehrten.¹⁰

⁶ S zur Präzisierung dieser Fälle unten II.

⁷ VfSlg 12.568/1990.

⁸ EuGH Rs C-104/98, *Buchner ua/Sozialversicherungsanstalt der Bauern*, Slg 2000 I-3625. Die Unterscheidung aufgrund des Geschlechts war unvereinbar mit der RL 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl 1979 L 6/24.

⁹ VfSlg 16.764/2002.

¹⁰ *Rudda*, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes zur unterschiedlichen Altersgrenze von Männern und Frauen bei vorzeitigen Alterspensionen wegen Erwerbsunfähigkeit und seine Folgen, *SozSi* 2001, 337.

Um diesem Ansturm Herr zu werden, hob der Gesetzgeber die vorzeitige Alterspension auf und baute flankierend die Invaliditätspension aus, die geschlechtsunabhängig ab dem 57. Lebensjahr angetreten werden konnte;¹¹ im Effekt wurde das gleichheitswidrige Antrittsalter der vorzeitigen Alterspension also „hinunter“ korrigiert. Der VfGH billigte das¹² ebenso wie es der EuGH in vergleichbaren Fällen nie beanstandet hat, wenn ein Normsetzer eine diskriminierende Ungleichbehandlung durch eine Niveausenkung behebt.¹³ Während der VfGH hier aber eingehend prüfte, ob der Gesetzgeber zur Gleichbehandlung nicht zu abrupt und daher vertrauensverletzend übergegangen war,¹⁴ betonte der EuGH mit Nachdruck, dass diskriminierende Übergangsmaßnahmen selbst zur Abfederung von Nachteilen unzulässig wären.¹⁵

Offensichtlich treffen hier zwei sehr verschiedene Korrektur-Kulturen aufeinander. Sie miteinander zu konfrontieren, kann lohnend sein, zunächst weil sich so zeigt, von welchen Erwägungen ein Gericht bei der Korrektur von Gleichheitswidrigkeiten geleitet sein kann. Sodann ist nicht auszuschließen, dass Gerichte in dieser Hinsicht voneinander lernen können. Denkbar wäre schließlich, dass der VfGH vom EuGH sogar lernen muss, dann nämlich, wenn er im Gefolge des „Charta-Erkenntnisses“¹⁶ neben Art 47 GRC auch die Gleichheitsrechte der Art 20 ff GRC konstitutionalisieren und sie zum Prüfungsmaßstab seiner Normenkontrolle machen will.

II. Sorten von Gleichheitswidrigkeiten

A. Nichtkomparative Gleichheitswidrigkeiten

Zunächst ist freilich der Kreis der hier gemeinten Gleichheitsprobleme präziser zu fassen. Denn vor dem korrigierenden Gericht sind nicht alle Gleichheitsverstöße gleich. VfGH und EuGH leiten aus dem Gleichheitssatz ja nicht nur ab, dass Gleiches gleich, sondern auch dass Ungleiches ungleich zu behandeln ist.¹⁷ Das Ungleichbehandlungsgebot

¹¹ Sozialversicherungs-Änderungsgesetz 2000 – SVÄG 2000, BGBl I 43/2000.

¹² VfSlg 16.764/2002.

¹³ ZB EuGH Rs C-408/92, *Smith ua/Avdel Systems*, Slg 1994 I-4435 (Anhebung des vormals ungleichen Rentenalters von Männern [65] und Frauen [60] auf einheitlich 65 Jahre).

¹⁴ Die Frage wurde schlussendlich verneint: VfSlg 16.764/2002.

¹⁵ EuGH Rs C-408/92, *Smith ua/Avdel Systems*, Slg 1994 I-4435, Rz 26 f.

¹⁶ VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua.

¹⁷ S für den VfGH zB VfSlg 8217/1977, 8806/1980, 13.558/1993, 17.315/2004; für den EuGH s zB Rs C-217/91, *Spanien/Kommission*, Slg 1993 I-3923, Rz 37; Rs C-306/93, *SMW Winzersekt/Land Rheinland-Pfalz*, Slg 1994 I-5555,

läuft aber, auch wenn das kontraintuitiv erscheint,¹⁸ oft auf ein Prima-facie-Gebot hinaus, Personen nach einem bestimmten Maßstab zu behandeln. Wer die Einhaltung dieses Gebotes prüft, muss diesen Maßstab daher zunächst exponieren, dann feststellen, ob die fragliche Norm diesem Maßstab entspricht und verneinendenfalls weiter prüfen, ob die Abweichung von diesem Maßstab zur Erreichung eines legitimen Zieles geeignet, erforderlich und zudem für die Betroffenen nicht unverhältnismäßig belastend ist.¹⁹ Diese Gleichheitsprüfung kommt also ganz ohne den berühmt-berüchtigten Vergleich von Sachverhalten, Tatbeständen und Rechtsfolgen aus; eine Norm, die diese Prüfung nicht besteht, leidet folglich nur an einer nichtkomparativen Gleichheitswidrigkeit. Sie zu korrigieren ist so einfach wie die Korrektur von Freiheitsverletzungen: Die Norm, die vom gebotenen Maßstab abweicht, ist aufzuheben; nicht mehr und nicht weniger.

Nichtkomparative Gleichheitswidrigkeiten werden vom VfGH häufig konstatiert; aus der Judikatur der letzten fünf Jahre wären hier etwa rückwirkende Regelungen²⁰ zu nennen; ebenso Mindeststrafen, die „Verstöße ganz unterschiedlicher Gravität“ erfassten;²¹ der punktuelle Ausschluss des Absehens von der Strafe;²² eine Vorschrift, die Gerichte dazu verhielt, ihren Kostenentscheidungen „ungeprüft“ das Kostenverzeichnis anwaltlich vertretener Parteien zugrunde zu legen;²³ Steuerbestimmungen,

Rz 31; zum unionsrechtlichen Gleichheitssatz allgemein mwN *Kischel*, Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, EuGRZ 1997, 1; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg), Handbuch der Europäischen Grundrechte (2006) § 43 Gleichheit vor dem Gesetz.

¹⁸ Deshalb wird hier auch vom Sachlichkeitsgebot gesprochen, zu diesem grundlegend *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72.

¹⁹ Näher *Pöschl* (FN 5) 260 ff, 880 ff.

²⁰ VfSlg 18.137/2007, dahinter steht der nichtkomparative Grundsatz, dass niemandem aufgrund eines für ihn unbeeinflussbaren Datums (hier: aufgrund eines in der Vergangenheit ohne Kenntnis der späteren Rechtsänderung gesetzten Verhaltens) ein Rechtsnachteil auferlegt werden soll, näher *Pöschl* (FN 5) 847 ff.

²¹ VfSlg 19.351/2011, s ebenso die in VfSlg 19.488/2011 aufgehobene Mindeststrafe, die „eine sachgerechte Differenzierung zwischen den einzelnen Verstößen“ nicht zuließ. Dahinter steht unausgesprochen das nichtkomparative Gebot der schuldangemessenen Strafe, s näher *Pöschl* (FN 5) 514 ff.

²² VfSlg 19.079/2010; die inkriminierte Regelung wäre gerade nicht verallgemeinerbar, denn auch sie verstößt gegen den Grundsatz der schuldangemessenen Strafe, s schon bei FN 21.

²³ VfSlg 19.526/2011. Dahinter steht unausgesprochen das (nichtkomparative) Gebot, dass Kosten nur in dem Umfang zugesprochen werden sollen, in dem sie tatsächlich angefallen sind.

die zur Folge hatten, dass der Eintritt von Rechtsfolgen letztlich von Zufällen abhängt,²⁴ oder die dazu führten, dass Ertragssteuern ohne Rücksicht darauf vorgeschrieben wurden, wie hoch der Ertrag des Steuerpflichtigen wirklich war.²⁵ Alle diese Vorschriften verletzen Grundsätze, die der VfGH dem Gleichheitssatz entnimmt; daher war eine Korrektur dieser Gleichheitsverstöße nur durch die Beseitigung dieser Vorschriften möglich, nicht hingegen durch ihre Ausdehnung, die das Übel nur vergrößert hätte: Man denke bloß an die generelle Einführung von Mindeststrafen oder – besonders abwegig – das ausnahmslose Inkraftsetzen belastender Rechtsvorschriften mit rückwirkender Kraft. Gerade weil nichtkomparative Gleichheitswidrigkeiten nur in eine Richtung korrigierbar sind, gehören sie nicht zum hier interessierenden Problemkreis.

B. Komparative Gleichheitswidrigkeiten mit extern bedingter Korrekturrichtung

Von nichtkomparativen Gleichheitsverstößen sind komparative Gleichheitswidrigkeiten zu unterscheiden. Sie liegen vor, wenn Personen in gleicher Lage ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt werden. Auch die Korrektur solcher Gleichheitsverletzungen bereitet keine Probleme, wenn die Behandlung einer der beiden Vergleichsgruppen zwar nicht gleichheitsrechtlich, wohl aber durch andere Maßstäbe, etwa Freiheitsrechte oder unionsrechtliche Bestimmungen, vorgegeben ist. Diese Maßstäbe legen auch fest, in welche Richtung die Norm zu korrigieren ist: Die Gruppe, die bisher abweichend vom Maßstab behandelt wurde, muss künftig – gleich wie die andere Gruppe – maßstabsgerecht behandelt werden.

Gleichheitsfälle dieser Art sind zB Inländerdiskriminierungen²⁶: Wenn es gegen die Grundfreiheiten verstößt, Unionsbürgern den Kauf eines land- und forstwirtschaftlichen Grundstückes nur unter der Bedingung zu gestatten, dass sie dieses Grundstück selbst bewirtschaften,²⁷ dann darf die Selbstbewirt-

²⁴ VfSlg 19.449/2011. Die inkriminierte Regelung verstößt gegen die rechtsstaatliche Bedeutungsschicht des Gleichheitssatzes, der Gleichheit „vor dem Gesetz“ gebietet, also verlangt, dass der Gesetzgeber sachangemessene Differenzierungskriterien festlegt, nach denen die Vollziehung dann auch vorgeht; eine Ungleichbehandlung nach Zufall, etwa durch Losentscheid kann daher nur ultima ratio in Ermangelung besserer Kriterien, nie aber die Regel sein, näher *Pöschl* (FN 5) 774 ff

²⁵ VfSlg 18.797/2009.

²⁶ Dazu grundlegend *Holoubek*, „Inländerdiskriminierung“ im Wirtschaftsrecht, in: Aicher/Holoubek/Korinek (Hrsg), Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht (2000) 159.

²⁷ EuGH Rs C-452/01, *Ospelt und Schlössle Weissenberg*, Slg 2003 I-9743.

schaftung auch von Inländern nicht mehr verlangt werden.²⁸ Und wenn der EuGH feststellt, dass eine Bedarfsprüfung für Ambulatorien zwar nicht dem Grunde nach, wohl aber in ihrer konkreten, undurchsichtigen Ausgestaltung die Niederlassungsfreiheit verletzt und daher auf Unionsbürger unanwendbar ist,²⁹ dann ist es diskriminierend, diese Bedarfsprüfung für Inländer weiter aufrechtzuerhalten. Diese Ungleichbehandlung kann der VfGH als negativer Gesetzgeber nur in eine Richtung korrigieren: Er muss das Niveau heben, die Bedarfsprüfung also auch für Inländer beseitigen.³⁰ Wie der VfGH vor kurzem ausgesprochen hat,³¹ wird die Aufrechterhaltung einer belastenden Regelung für Inländer allerdings nicht schon gleichheitswidrig, sobald feststeht, dass diese Regelung auf Unionsbürger unanwendbar ist. In diesem Moment setzt zwar die Benachteiligung der Inländer ein; sie ist aber durch die öffentlichen Interessen, denen die (für Inländer weiter geltende) Regelung dient, vorübergehend gerechtfertigt, bis der Gesetzgeber eine Neuregelung geschaffen, im konkreten Fall etwa die Bedarfsprüfung für alle repariert und transparent ausgestaltet hat.

An diesem Erkenntnis manifestiert sich neuerlich ein markanter Unterschied bei der Korrektur unionsaler und nationaler Rechtsverstöße, der seinerseits auf einen grundlegenden Kulturunterschied verweist: Da das österreichische Rechtssystem weitestgehend mit dem Fehlerkalkül operiert, sind wir es gewohnt, mit rechtswidrigen Zuständen zu leben, und nehmen sie vorübergehend recht gelassen hin. Die Unionsrechtsordnung tut das nicht; deshalb muss die unionsrechtswidrige Diskriminierung sofort beseitigt werden, während die verfassungswidrige Ungleichbehandlung noch eine Weile fortgesetzt werden kann: Manchmal ist ihre Aufrechterhaltung sogar geboten, wie im Pensionsrecht, wo der Übergang von der Diskriminierung zur Gleichbehandlung aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht zu abrupt erfolgen darf. Im Übrigen kann die Ungleichbehandlung zumindest vorübergehend hinzunehmen sein, sei es, weil der VfGH die gleichheitswidrige Vorschrift zwar aufhebt, ihr Außerkrafttreten aber nach Art 140 Abs 5 B-VG aufschiebt, um dem Gesetzgeber Zeit für eine Reparatur zu geben, sei es, weil der VfGH eine Ungleichbehandlung – wie im zuletzt genannten Erkenntnis – während einer (nicht nach Art 140 Abs 5 B-VG

einräumbaren, ihr aber zeitlich entsprechenden) Reparaturphase gar nicht als gleichheitswidrig betrachtet.

C. Komparative Gleichheitswidrigkeiten ohne Korrekturrichtung

Das unterschiedliche Tempo, mit dem unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Gleichheitsverstöße zu korrigieren sind, ist freilich ein allgemeines Phänomen, das auch bei sonstigen Rechtswidrigkeiten auftritt. Auf Gleichheitswidrigkeiten beschränkt ist hingegen die Frage, welche von mehreren zur Verfügung stehenden Korrekturoptionen ein Gericht wählen soll. Diese Frage stellt sich auch bei komparativen Gleichheitswidrigkeiten nur, wenn zwei Personengruppen in gleicher Lage ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandelt werden und wenn zudem die Behandlung jeder dieser beiden Gruppen für sich unbedenklich ist. Das eingangs erwähnte ungleiche Pensionsalter für Männer und Frauen kann dafür als Beispiel dienen: Ob der Gesetzgeber das (Früh-)Pensionsalter mit 55, 57, 60 oder 65 Jahren ansetzt, ist seinem rechtspolitischen Ermessen überlassen; den Gleichheitssatz verletzt er erst, wenn er für Personengruppen in gleicher Lage ein unterschiedliches Antrittsalter festsetzt. Das sind die hier interessierenden heiklen Fälle.

III. Grundmodelle zur Korrektur der heiklen Fälle

A. BVerfG: Verschiebung der Korrektur

Das BVerfG hat sich früh entschlossen, die Korrektur solcher Normen grundsätzlich auf den Gesetzgeber zu verschieben: Lassen sich Gleichheitsverstöße auf verschiedene Weise beheben, erklärt das Verfassungsgericht gleichheitswidrige Normen nicht für nichtig; es spricht, um die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu wahren, nur aus, dass die Norm mit dem Gleichheitssatz unvereinbar ist,³² und verpflichtet den Gesetzgeber, den gleichheitswidrigen Zustand binnen einer bestimmten Frist abzustellen, die Norm also entweder zu beseitigen oder zu verbessern.³³ Bis dahin sind alle laufenden Verfahren auszusetzen, und auch sonst darf die für gleichheitswidrig erklärte Norm grundsätzlich nicht mehr angewendet werden.³⁴ Aus Gründen der Rechtssicher-

²⁸ Zuletzt VfSlg 18.656/2008.

²⁹ EuGH Rs C-169/07, *Hartlauer/Wiener Landesregierung und Oberösterreichische Landesregierung*, Slg 2009 I-1721.

³⁰ Auf dieser Linie liegen zB die Gesetzesaufhebungen in VfSlg 15.683/1999, 17.150/2004, 17.422/2004, 17.554/2005, 17.555/2005.

³¹ VfSlg 19.529/2011.

³² S zB BVerfGE 93, 121 (148): „Der Verstoß gegen den Gleichheitssatz führt zu einer bloßen Unvereinbarkeitsklärung, weil die Gleichheitswidrigkeit nicht zu bestimmten Folgerungen zwingt, der Gesetzgeber vielmehr mehrere Möglichkeiten hat, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen.“

³³ *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen⁹ (2012) Rz 423 ff mwN.

³⁴ *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 413 ff mwN.

heit und im Interesse einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung kann das BVerfG aber auch (was bei Nichtigerklärungen nicht möglich wäre) anordnen, dass die für gleichheitswidrig erklärte Norm weiterhin anzuwenden ist.³⁵ Dass das BVerfG einen Gleichheitsverstoß selbst korrigiert, dh für nichtig erklärt, geschieht immerhin dann, wenn mit Sicherheit feststeht, wie der Gesetzgeber die Gleichheitswidrigkeit korrigieren würde.³⁶

Im Regelfall geht das BVerfG aber mit Unvereinbarerklärung vor, die zunächst nur seine Erfindung war,³⁷ später aber vom Gesetzgeber im BVerfGG „zur Kenntnis genommen“³⁸ wurde und heute in der deutschen Lehre weithin anerkannt ist.³⁹ Zum Teil wurde die Begründung dieser Judikatur allerdings auch angezweifelt: So hat etwa *Sachs* darauf hingewiesen, dass das BVerfG die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit durch eine Kassation keineswegs beeinträchtigen würde, weil es dem Gesetzgeber unbenommen bliebe, die für nichtig erklärte Norm durch eine neue Regelung zu ersetzen.⁴⁰ Indem sich das BVerfG auf die Unvereinbarerklärung beschränkt, befestige es, so *Sachs*, nur den gleichheitswidrigen Zustand. Gewähre die gleichheitswidrige Norm eine Begünstigung, spiele das BVerfG zudem den „Schwarzen Peter“, diese Begünstigung zu beseitigen, dem Gesetzgeber zu – wohl, weil es dem Rechtsschutzsuchenden nicht Steine geben wolle statt Brot.⁴¹

Die Normkassation aus diesem Grund zu verweigern, wäre für ein Gericht an sich ein achtenswertes Motiv; doch verschiebt das BVerfG die Korrektur nicht nur bei begünstigenden, sondern auch bei belastenden Gleichheitswidrigkeiten.⁴² Das Ver-

fassungsgericht gibt dem Rechtsschutzsuchenden dann in der Tat keine Steine, allerdings auch kein Brot. Dass der Gesetzgeber wirklich entscheidet, was dem Rechtsschutzsuchenden gebührt, ist dabei keineswegs gesagt. Gegen eine Untätigkeit des Gesetzgebers hat das BVerfG nämlich keine Handhabe. Bleibt der Gesetzgeber zu lange säumig, ruft es die Gerichte daher auf, die anhängigen Fälle „verfassungskonform [zu] entscheiden“.⁴³ An die Stelle des gleichheitswidrigen Gesetzes tritt dann bis auf Weiteres die Beliebigkeit richterlicher Rechtsschöpfung; dass dies der Weisheit letzter Schluss ist, darf bezweifelt werden.⁴⁴

Zutreffend zurückgewiesen hat *Sachs* auch eine zweite Begründung, die die Lehre für die Judikatur hilfsweise ins Treffen führt. Danach soll die Unvereinbarerklärung durch die spezifische Struktur der Gleichheitsverletzung geboten sein: Da bei den hier interessierenden Gleichheitsverstößen sowohl die Behandlung der einen Gruppe als auch die Behandlung der anderen Gruppe für sich genommen verfassungskonform und nur die Relation der beiden Normen gleichheitswidrig ist, fehle ein Normsubstrat, das das BVerfG für nichtig erklären könne.⁴⁵ Dieses Dilemma löst sich freilich, wie *Sachs* zu Recht bemerkt hat,⁴⁶ auf, sobald man sich vor Augen führt, dass es auch bei Gleichheitsverstößen eine Norm gibt, die eine Rechtsfolge für einen gleichheitswidrig abgegrenzten Personenkreis anordnet. Diese Norm kann ohne weiteres kassiert werden und wird in den eingangs beschriebenen Ausnahmefällen, in denen das BVerfG sich der vom Gesetzgeber gewünschten Lösung sicher ist, ja auch tatsächlich für nichtig erklärt. Zu ergänzen wäre noch, dass das Ziel der Normenkontrolle nur darin besteht, eine Verfassungswidrigkeit zu beseitigen. Das ist auch bei Gleichheitsverstößen möglich; es setzt nur – und das ist das eigentliche Problem – eine Entscheidung voraus, ob die günstigere oder die ungünstigere Behandlung abgestellt werden soll.

³⁵ *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 417 ff mwN.

³⁶ ZB BVerfGE 27, 391 (399); 65, 325 (357 f); 88, 87 (101); weitere Nachweise bei *Heun*, in: Dreier, Grundgesetz² (2004) Art 3 GG Rz 54; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg), Grundgesetz (2009) Art 3 GG, Rz 63, der in Rz 65 aus der insoweit offenbar uneinheitlichen Judikatur noch weitere Fälle der Nichtigerklärung nennt.

³⁷ Näher *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 395 ff.

³⁸ So wörtlich *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 397.

³⁹ *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 396 FN 61 mwN.

⁴⁰ *Sachs*, Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen?, NVwZ 1982, 657 (660); s auch *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 403, die betonen, dass die Unvereinbarerklärung nichts mit gerichtlicher Selbstbeschränkung zu tun hat. Anders zB *Kammengießer*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz¹¹ (2008) Art 3 GG Rz 49, nach dem sich die Judikatur vor allem mit der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers begründen lässt.

⁴¹ *Sachs* (FN 40) 660.

⁴² S die Nachweise bei *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg), Grundgesetz¹¹ (2011) Art 3 GG Rz 41; ebenso *Osterloh*, in: *Sachs* (Hrsg), Grundgesetz⁶ (2011) Art 3 GG Rz 130; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg), Grundgesetz (2009) Art 3 GG, Rz 64, der aaO Rz 65 zutreffend darauf hinweist, dass Begünstigungen und Belastungen

in vielen Fällen gar nicht klar voneinander geschieden werden können; anders schätzen die Judikatur wohl *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 410 ein, die annehmen, dass die Unvereinbarerklärung primär bei gleichheitswidrigem Begünstigungsausschluss zur Anwendung komme.

⁴³ *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 426 mwN.

⁴⁴ Wohl in diesem Sinn bemerken auch *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 426 aE, dass es „zu der Figur der Unvereinbarkeit neuer konzeptioneller Überlegungen bedarf“.

⁴⁵ ZB *Schlaich/Korioth* (FN 33) Rz 402, ua aufbauend auf *Maurer*, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Weber-FS (1974) 345 (354 f).

⁴⁶ *Sachs* (FN 40) 661.

B. EuGH: Belohnung des Klägers

Der EuGH weicht dieser Entscheidung in der Regel nicht aus, sondern tut, was das BVerfG möglicherweise gerne täte, aber glaubt, sich aus richterlicher Zurückhaltung versagen zu müssen: Er gibt dem Rechtsschutzsuchenden grundsätzlich, was dieser begehrt, beseitigt also diskriminierende Belastungen⁴⁷ und dehnt gleichheitswidrig zu eng gefasste Begünstigungen auf die benachteiligte Gruppe aus.⁴⁸ Deshalb war im eingangs erwähnten Pensionsfall in der Tat klar, dass mit dem Urteil des EuGH das niedrigere Pensionsalter für Frauen nun auch für Männer gelten musste. Dass die Ausdehnung solcher Begünstigungen in das bestehende System gravierend eingreifen, insbesondere erhebliche Kosten verursachen und deshalb dem Willen des Normsetzers diametral zuwiderlaufen kann, nimmt der EuGH dabei in Kauf, und es kann nicht überraschen, wenn gerade die deutsche Lehre, die vom BVerfG ganz anderes gewöhnt ist, den EuGH dafür kritisiert.⁴⁹ Für

⁴⁷ ZB EuGH Rs 20/85, *Roviello/Landesversicherungsanstalt Schwaben*, Slg 1988, 2805 (Beseitigung der Nichtanerkennung einer im Ausland erworbenen Berufsqualifikation).

⁴⁸ ZB EuGH Rs 43/75, *Defrenne/Sabena*, Slg 1976, 455 (Anhebung von Löhnen, allerdings nur pro futuro; Löhne in der Vergangenheit bleiben aus zwingenden Gründen der Rechtssicherheit unberührt); Rs 71/85, *Niederlande/Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Slg 1986, 3855 (Arbeitslosenunterstützung auch für Frauen, die keine „Familienernährer“ sind); Rs 300/86, *Van Landschoot/Mera*, Slg 1988, 3443 (Ausdehnung einer Abgabenbefreiung); Rs 265/87, *Schröder/Hauptzollamt Gronau*, Slg 1989, 2237 (Ausdehnung einer Abgabenbefreiung); Rs 186/87, *Cowan/Trésor public*, Slg 1989, 195 (Erstreckung staatlicher Opferentschädigung von Inländern auf alle Gemeinschaftsbürger); Rs 262/88, *Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Slg 1990 I-1889 (Erstreckung des früheren Pensionsantrittsalters auf Männer, allerdings nur pro futuro, aus Gründen der Rechtssicherheit keine Nachzahlungen); Rs C-33/89, *Kowalska/Freie und Hansestadt Hamburg*, Slg 1990 I-2591 (Vollzeitbeschäftigten gewährtes Übergangsgeld wird auf Teilzeitbeschäftigte ausgedehnt); Rs C-184/89, *Nimz/Freie und Hansestadt Hamburg*, Slg 1991 I-297 (rasche Gehaltsvorrückung für Vollzeitbeschäftigte wird auch Teilzeitbeschäftigten gewährt); verb Rs C-92/92 und C-326/92, *Phil Collins/Imtrat bzw Patricia und Kraul/EMI Electrola*, Slg 1993 I-5145 (Erstreckung urheberrechtlichen Schutzes von Inländern auf Gemeinschaftsbürger); Rs C-187/00, *Kutz-Bauer/Freie und Hansestadt Hamburg*, Slg 2003 I-2741 (Anspruch auf Altersteilzeitarbeit auch für Frauen); Rs C-246/06, *Velasco Navarro/Fogasa*, Slg 2008 I-105 (Erstreckung eines Anspruchs auf Kündigungsentschädigung bei Insolvenz auch auf Fälle, in denen die Kündigungsentschädigung nicht durch gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Entscheidung, sondern nur durch Vergleich festgesetzt wurde).

⁴⁹ ZB Rossi, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, 197 (215: „erhebliche[r] Gestaltungsspielraum [der jeweils rechtssetzenden Gewalt], der durch die Rechtsprechung des EuGH gänzlich ignoriert

die Lösung des EuGH spricht allerdings zum einen, dass er Diskriminierungen so umgehend abstellt und dass es dem Normsetzer zum anderen ja auch unbenommen ist, ebenso umgehend eine neue Regelung zu schaffen.⁵⁰

Ein Gericht, das wie der EuGH Gleichheitswidrigkeiten tendenziell zum Besseren hin korrigiert, belohnt den Kläger und setzt damit für den Bürger einen starken Anreiz, Gleichheitsverstöße aufzudecken. Zugleich hat diese Korrekturlinie für den Normsetzer deutlich abschreckende Wirkung. Er kann nicht darauf zählen, dass es genügt, erwiesene Diskriminierungen wieder zu beenden; wer diskriminiert, muss vielmehr mit hohen Folgekosten rechnen und auch beträchtliche Diskontinuitäten in der Rechtsordnung in Kauf nehmen. Wenn auf die Diskriminierung zunächst eine kostspielige Ausdehnung der Begünstigung folgt, die dann abermals durch ein gänzlich anderes Konzept abgelöst werden muss, so bringt das Unruhe in die Rechtsordnung. Das kann ein guter Grund sein, Diskriminierungen von vornherein zu unterlassen.

Gleichheitswidrigkeiten derart scharf zu sanktionieren und ihre Aufdecker entsprechend zu belohnen, passt zu einer Rechtsordnung, die wie das Unionsrecht Diskriminierungen maximal verpönt, weil sie nicht nur den Einzelnen, sondern auch die Interessen der Union als solche schädigen. Das schwere Geschütz der Ausdehnung gleichheitswidriger Begünstigungen funktioniert allerdings primär bei „echten“ Diskriminierungen, also bei unsachlichen Ungleichbehandlungen nach Kriterien, die in der Person gelegen sind. Denn hier teilt der Normsetzer die Menschen regelmäßig in zwei Gruppen – in Inländer/Trésor und Ausländer, in Männer und Frauen, in die Ethnie der Mehrheit und die der Minderheit, in Heterosexuelle und Homosexuelle – und gibt der einen Gruppe etwas, das er der anderen verwehrt. Diese Beschränkung der Begünstigung zu beseitigen und die Zuwendung so auf alle zu erstrecken, ist

wird“); Rossi, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/EGV³ (2007) Art 20 GRC Rz 30 („mißachtet entweder den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers auf der tatsächlichen Seite oder aber seine Gestaltungsfreiheit auf der Rechtsfolgenseite“); Hölscheidt, in: Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Art 20 GRC Rz 18 („unzulässige[r] Übergriff der Judikative auf die Legislative“).

⁵⁰ Das vernachlässigen *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union (2004) Rz 882, wenn sie meinen, die Judikatur des EuGH unterscheide sich von jener des BVerfG, weil dieses dem Gesetzgeber „im Wege der bloßen Unvereinbarkeitserklärung [...] jedenfalls grundsätzlich eine Chance zur abweichenden Gestaltung bietet“: Diese Chance lässt der EuGH dem Gesetzgeber durchaus auch; nur wartet er nicht auf die gesetzgeberische Neugestaltung, sondern erstreckt die Begünstigung, bis der Gesetzgeber eine gleichheitskonforme Regelung erlassen hat.

dem EuGH hier ein leichtes. Eine solche Vorteilerstreckung wird aber umso schwieriger, je weniger personenbezogen, je kleinteiliger, technischer und banaler Gleichheitsverstöße sind. Gewährt ein Normsetzer etwa für die Verarbeitung von Mais zu Stärke eine Produktionserstattung, nicht aber für die Verarbeitung von Mais zu Quellaehl, so verletzt er den Gleichheitssatz, wenn Stärke und Quellaehl im gegebenen Kontext gleichwertig sind.⁵¹ Die Welt zerfällt in diesem Beispiel aber nicht in zwei, sondern in eine unendliche Vielfalt von Produktionsvorgängen, aus denen der Normsetzer einen herausgreift und begünstigt und einen zweiten nicht. Diese Begünstigung gezielt auf den zweiten Produktionsvorgang zu erstrecken, war dem EuGH im konkreten Fall rechtstechnisch nicht möglich; sie auf schlechthin alle Produktionsvorgänge auszudehnen, hätte den Kläger vielleicht zufriedengestellt, wäre aber eine ganz überschießende Reaktion auf einen letztlich banalen Gleichheitsverstoß. Die Begünstigung zu beseitigen, hätte zwar die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte beendet, den Kläger aber in anderer Weise geschädigt, dann nämlich, wenn er Mais nicht nur zu Quellaehl, sondern auch zu Stärke verarbeitet und damit selbst die (zu eng gefasste) Produktionserstattung verliert. In schwierigen Fällen wie diesen zieht sich der EuGH darauf zurück, die Gleichheitswidrigkeit der Regelung festzustellen und ihre Korrektur dem Normsetzer zu überlassen.⁵² Mit dieser Lösung bleibt der EuGH seiner Grundlinie treu: Er gibt dem Rechtsschutzsuchenden Brot, soweit das möglich ist; könnte er nur Steine geben, gibt er lieber nichts.

C. VfGH: Schonung des Rechtsbestandes

Einer ganz anderen Grundlinie folgt der VfGH. Er hat für die Korrektur von komparativen Gleichheitsverstößen nie eigene Regeln aufgestellt, sondern hält sich an jene Grundsätze, die ihn bei der Aufhebung von Normen auch sonst leiten: Aus dem Rechtsbestand soll einerseits nicht mehr ausgeschlossen werden als Voraussetzung für den Anlass-

fall ist, andererseits soll der verbleibende Text keine Veränderung in seiner Bedeutung erfahren. Da beide Ziele zugleich nie vollständig erreicht werden können, ist in jedem Einzelfall abzuwägen, welchem Ziel der Vorrang gebührt.⁵³ Dabei genügt dem VfGH, dass die Normaufhebung die Rechtslage für den Anlassfall bereinigt;⁵⁴ dass die neue Rechtslage dem Rechtsschutzsuchenden Vorteile bringt, ist hingegen kein Ziel der Normaufhebung.⁵⁵ Erkennbar nimmt der VfGH bei der Kontrolle genereller Normen also die Perspektive des Normsetzers ein, nicht die des konkreten Bürgers, der den Anlassfall an ihn heranträgt. Die Grundlinie des VfGH lautet daher nicht, dass der Rechtsschutzsuchende zu belohnen, sondern dass der geltende Rechtsbestand nach Möglichkeit zu schonen ist.⁵⁶

Das führt bei komparativen Gleichheitsverstößen für gewöhnlich dazu, dass die Ausnahme der Regel angepasst wird, weil das weniger gravierend in die Rechtsordnung eingreift als eine Ausdehnung der Ausnahme.⁵⁷ Das kann auch in mehreren Etappen erfolgen, wie etwa bei der sog. Monteurregel, einer Steuerbefreiung, die zunächst nur österreichischen Unternehmen für bestimmte Auslandstätigkeiten gewährt wurde, dann aus unionsrechtlichen Gründen auf Unionsbürger erstreckt und schließlich in dieser erweiterten Version als gleichheitswidrig aufgehoben werden musste, weil ihr ursprünglicher Sinn, heimische Unternehmer zu fördern, so nicht mehr realisierbar und eine andere Rechtfertigung nicht ersichtlich war.⁵⁸ Zerfällt eine Ungleichbe-

⁵³ VfSlg 7376/1974, 11.574/1987, 13.179/1992, 16.195/2001, 18.321/2007, 18.806/2009, 19.590/2011.

⁵⁴ VfSlg 11.506/1987, 13.701/1994, 13.772/1994.

⁵⁵ MwN Lang, Der Sitz der Rechtswidrigkeit, in: Holoubek/Lang (Hrsg.), Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen (2010) 269 (277 ff).

⁵⁶ Zum Bemühen des VfGH, die nach der Aufhebung verbleibenden Normen möglichst geringfügig zu ändern, vgl. mwN auch Lang (FN 55) 282 ff.

⁵⁷ So lehnt der VfGH schon in VfSlg 7786/1976 eine Aufhebungsoption ausdrücklich mit dem Argument ab, sie mache die Ausnahme zur Regel; s. aus der Judikatur der letzten Zeit zB VfSlg 18.321/2007 (Erklärung des § 12 Abs 3 Wertpapieraufsichtsg für verfassungswidrig, der als Spezialtatbestand zu § 101 TelekommunikationsG 1997 gewertet wurde); VfSlg 18.200/2007 (Erstreckung des vormals nur Angehörigen von Beamten des Dienststandes gebührenden Todesfallbeitrags auf Angehörige von Beamten des Ruhestandes); VfSlg 18.546/2008 (Aufhebung der – gemessen am allgemeinen bürgerlichen Recht kürzeren – Frist für die gerichtliche Geltendmachung der Haftung von Spielbanken im GlücksspielG); VfGH 2.3.2012, G 123/11 ua (Ausdehnung der Anerkennung von Ausbildungsnachweisen auch auf im EU-Ausland erworbene Ausbildungen); VfGH 3.3.2012, G 131/11 ua (Ausdehnung der für Heterosexuelle bestehenden Möglichkeit, jederzeit den Namen des Partners oder einen Doppelnamen anzunehmen, auch auf Eingetragene Partner).

⁵⁸ VfSlg 19.184/2010.

⁵¹ S. EuGH verb Rs 117/76 und 16/77, *Ruckdeschel und Ströh/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen bzw. Diamalt/Hauptzollamt Itzehoe*, Slg 1977, 1753.

⁵² S. EuGH verb Rs 117/76 und 16/77, *Ruckdeschel und Ströh/Hauptzollamt Hamburg-St. Annen bzw. Diamalt/Hauptzollamt Itzehoe*, Slg 1977, 1753; s. allerdings auch das aufgrund einer Nichtigkeitsklage gefällte Urteil EuGH Rs 300/86, *Van Landschoot/Mera*, Slg 1988, 3443, in dem der EuGH eine gleichheitswidrig zu eng gefasste Begünstigung für ungültig erklärte, aber in analoger Anwendung des Art 174 Abs 2 EWGV (= Art 264 Abs 2 AEUV) anordnete, dass die Begünstigung – erstreckt auf die gleichheitswidrig ausgeschlossene Gruppe – weiterhin anzuwenden sei; ebenso EuGH Rs 265/87, *Schröder/Hauptzollamt Gronau*, Slg 1989, 2237.

handlung – wie beim Pensionsalter von Männern und Frauen – nicht in Regel und Ausnahme, so wird im Allgemeinen jene Vorschrift aus dem Rechtsbestand ausgeschieden, die sich auf besondere Umstände stützt (im Pensionsfall: das frühere Nachlassen der Leistungskraft und die Doppelbelastung der Frau), wenn sich diese Umstände als unbegründet erweisen.⁵⁹ Bei manchen Ungleichbehandlungen lässt sich aber weder quantitativ noch qualitativ eine dominante Behandlung feststellen, an die die jeweils andere Behandlung anzupassen wäre; das war etwa der Fall, als der Steiermärkische Landesgesetzgeber für Hochhäuser, die überwiegend Wohnzwecken dienen, strengere Brandschutzmaßnahmen vorsah als für andere Hochhäuser: Keiner der beiden Brandschutzstandards war als vorherrschend zu erkennen. Dieses Beispiel zeigt auch, dass Regelungen nicht immer eindeutig begünstigend oder belastend, sondern manchmal beides zugleich sind: So belasten die strengen Brandschutzmaßnahmen zwar den Eigentümer des Hochhauses, zugleich begünstigen sie aber Personen, die sich in diesem Hochhaus aufhalten. Im konkreten Fall war auch die Legistik keine Entscheidungshilfe, denn rechtstechnisch ließ sich die strengere ebenso wie die mildere Brandschutzregel für alle Hochhäuser generalisieren. In einem solchen Fall muss schlicht eine Entscheidung getroffen werden. Der VfGH wählte die strengere Variante und qualifizierte es daher als gleichheitswidrig, den höheren Brandschutz „nur jenen Menschen zukommen zu lassen, die sich in einem Hochhaus aufhalten, das überwiegend Wohnzwecken dient“.⁶⁰ Gewährt der Gesetzgeber eine an sich unbedenkliche, ja sogar sozialpolitisch erwünschte Begünstigung, deren Adressatenkreis er aber zu eng fasst,⁶¹ kann der VfGH auch durchaus kreative Wege⁶² finden, um diese Begünstigung auf die fragliche Gruppe auszudehnen. So hat der Gerichtshof zB schon Inhaftierten die Möglichkeit verschafft, gleich wie Arbeitslose eine Bevorschussung von Pensionsversicherungsleistungen zu erhalten.⁶³

⁵⁹ VfSlg 12.568/1990; s auch VfSlg 19.522/2011 (Ausdehnung der Verfahrenshilfe auch auf juristische Personen).

⁶⁰ VfSlg 18.604/2008.

⁶¹ Sog „normatives Unterlassen“, dazu mit vielen Beispielen aus der Judikatur *Holoubek*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990) 197.

⁶² S zur „kreativen“ Gesetzesaufhebung allgemein *Holoubek*, Säumnis des Gesetzgebers, in: *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 247 (255 ff).

⁶³ VfSlg 10.936/1986; s auch das Erkenntnis VfSlg 11.574/1987, mit dem der VfGH die Anerkennung des Islam „nach hanefitischem Ritus“ durch die Aufhebung der genannten Wortfolge auf den Islam an sich erweitert hat. Richtig weist *Holoubek* (FN 61) 200 darauf hin, dass der VfGH hier auch die Anerkennung zur Gänze aufheben und dem Gesetzgeber eine Frist für die Reparatur einräu-

Es kann aber auch vorkommen, dass der VfGH ungerechtfertigte Begünstigungen zur Gänze beseitigt; das war etwa der Fall, als er die Befreiung der ÖBB von der Kommunalsteuer aufhob.⁶⁴ Bei all dem kann die Korrektur von Gleichheitswidrigkeiten für den Rechtsschutzsuchenden im Anlassfall günstig sein und ist es in der Praxis auch oft, aber – wie im Pensionsfall oder im Fall der Kommunalsteuer – nicht immer. Der VfGH gibt also Brot und, wenn es die Schonung des Rechtsbestandes erfordert, durchaus auch Steine.

Dieses Konzept vermeidet einerseits jene Probleme, die der EuGH bei seiner Korrekturlinie bewusst in Kauf nimmt: Die Beseitigung von Gleichheitswidrigkeiten schlägt im Allgemeinen keine allzu hohen Wellen, sie vermeidet scharfe Brüche ebenso wie den raschen Wechsel grundverschiedener Regelungskonzepte; muss der Rechtsbestand vom Gesetzgeber repariert werden, gewährt ihm der VfGH die dafür erforderliche Zeit. Gerade weil die Korrektur von Gleichheitswidrigkeiten durch den VfGH schonungsvoll erfolgt, hat sie andererseits auch keinen besonderen Disziplinierungseffekt. Sie passt daher für eine Rechtsordnung, in der die breite Masse der Gleichheitsverstöße nicht in böartigen Diskriminierungen besteht, sondern primär darin, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von Normen unsorgfältig abgrenzt, Regelungskonzepte nicht zu Ende denkt oder sie nicht konsequent genug durchführt.

Von dieser Grundlinie weicht der VfGH allerdings gelegentlich auch ab. Das ist zB bei der Grundsteuer und der Erbschaftssteuer geschehen, deren Regelungskonzept aus verschiedenen Gründen im Laufe der Jahre immer ungeschlüssiger und widersprüchlicher geworden war. So hätte die Beseitigung einzelner Bestandteile dieser höchst mangelhaften Rege-

men hätte können. Damit hätte der VfGH dem Gesetzgeber tatsächlich „die Möglichkeit gegeben [...], eine verfassungskonforme Ausgestaltung des persönlichen Geltungsbereichs des Islamgesetzes selbst zu treffen“. Doch hatte der Gesetzgeber diese Möglichkeit auch bei der vom VfGH gewählten Aufhebungsvariante: Er hätte diese Ausdehnung ebenso korrigieren können wie die Totalaufhebung; so gesehen sprachen unter dem Aspekt der Schonung des Rechtsbestandes wohl doch gute Gründe für die Vorgangsweise des VfGH.

⁶⁴ VfSlg 14.805/1997, s im Gefolge dessen auch VfSlg 15.267/1998 (Aufhebung der Befreiung der ÖBB von der Fremdenverkehrsabgabe), 15.271/1998 (Aufhebung der Gebührenbefreiung der ÖBB im BundesbahnG), 16.223/2001 (Aufhebung der Befreiung der ÖBB von der Körperschaftssteuer); s ferner VfSlg 19.270/2010 (Beseitigung der unsachlichen Privilegierung zweier Verbände, die allein mit Aufgaben nach dem SeeschiffahrtsG beliehen waren, was für sich unbedenklich, aber durch die Exklusivität gleichheitswidrig war), VfSlg 19.335/2011 (Aufhebung einer die Besteuerung von Grundstücken begünstigenden Regelung).

lungssysteme nur wieder neue Gleichheitswidrigkeiten zur Folge gehabt. Dass die Aufhebung einer Norm andere Verfassungswidrigkeiten hervorruft, hindert den VfGH zwar im Allgemeinen nicht an einer Aufhebung.⁶⁵ Hier verließ er diese Linie allerdings und hob, um neue Gleichheitswidrigkeiten zu vermeiden, in beiden Fällen den Steuergrundtatbestand auf,⁶⁶ erkennbar in der Absicht, den Gesetzgeber zu einer grundlegenden Reform dieser Steuern zu motivieren. Eine solche Reform hat im Fall der – politisch unbestrittenen – Grundsteuer auch tatsächlich stattgefunden und wird von Experten als sehr gelungen angesehen.⁶⁷ Die Reform der ideologisch umstrittenen Erbschaftssteuer steht indes bis heute aus; im Ergebnis hat die Aufhebung dieser Steuer damit jene Kräfte gestärkt, die die Erbschaftssteuer schon zuvor beseitigt wissen wollten, diese Position aber im politischen Prozess nicht durchsetzen konnten.⁶⁸ So erhält das Erbschaftsteuer-Erkenntnis zumindest ex post einen unangenehmen politischen Beigeschmack; doch muss man dem VfGH immerhin zugutehalten, dass er hier von seiner Korrekturlinie mit dem an sich akzeptablen Argument abgegangen ist, andere Gleichheitswidrigkeiten zu vermeiden. Hinzu kommt, dass durch die Aufhebung einer Steuer, mag man sie auch sozialpolitisch als wünschenswert ansehen, „nur“ ein Freiheitseingriff beseitigt wird.

Durch nichts zu rechtfertigen ist hingegen, wie der VfGH im Erkenntnis VfSlg 17.659/2005 vorgegangen ist: Gegenstand dieser Entscheidung war eine Regelung des ASVG, die Versicherten die Mitversicherung ihres Partners ermöglichte, allerdings nur, wenn dieser Partner „andersgeschlechtlich“ ist. Gestützt auf die Judikatur des EGMR, die eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung nur aus triftigen Gründen erlaubt, die hier erkennbar nicht vorlagen, erkannte der VfGH die Regelung als diskriminierend. Wie diese Gleichheitswidrigkeit zu korrigieren ist, war nach der Grundlinie des VfGH eindeutig: Das Wort „andersgeschlechtliche“ war aufzuheben, um auch der bislang diskriminierten Gruppe eine Mitversicherung zu ermöglichen. Das wäre nicht nur der geringste Eingriff in die Rechtsordnung gewesen, sondern hätte die Diskriminierung auch punktgenau beseitigt und zudem keine nennenswerten budgetären Konsequenzen nach sich gezogen, da die Versicherung ja durch Beiträge der Versicherten mitfinanziert wird und die neu einbezogene Gruppe überdies zahlenmäßig klein ist. Vergegenwärtigt man sich die

Erwägungen, die der Korrekturlinie des EuGH zugrunde liegen, ließe sich noch anfügen: Menschen nur aufgrund ihrer sexuellen Orientierung von einer Mitversicherung auszuschließen, ist nicht nur ein technischer Gleichheitsverstoß, sondern eine „echte“ Diskriminierung, die eine scharfe Reaktion verdient. Statt seiner eindeutigen Korrekturlinie zu folgen, hielt es der VfGH indes für angezeigt, die Möglichkeit der Mitversicherung zur Gänze aufzuheben, sie also auch allen anderen wegzunehmen. Begründend führte er aus, er wolle dem Gesetzgeber die Gelegenheit geben, die Mitversicherung grundlegend neu zu gestalten, sie zB, wie der VfGH eigens hinzufügte, auf Hausgemeinschaften mit Kindern einzuschränken.⁶⁹ Es liegt auf der Hand, dass diese intensive Rücksichtnahme auf die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit hier nicht erforderlich gewesen wäre. Auch wenn der VfGH die Mitversicherung im gebotenen Umfang ausgedehnt hätte, wäre es dem Gesetzgeber ja unbenommen geblieben, diese Begünstigung zurückzunehmen oder sie neu zu gestalten. Nur eines wäre bei einer Erstreckung der Mitversicherung unvermeidbar gewesen: dass zumindest der Beschwerdeführer im Anlassfall die Mitversicherung erhält, Brot also statt Steine.

IV. Kann der VfGH von anderen Gerichten lernen?

A. Korrektur verfassungswidriger Diskriminierungen

Von den drei beschriebenen Korrekturkonzepten erscheint jenes des BVerfG zwar auf den ersten Blick plausibel, bei näherem Hinsehen kann es jedoch nicht überzeugen. Für die Korrekturlinie des EuGH und für jene des VfGH lassen sich hingegen gleichermaßen gute Gründe finden, und beide passen auch für die Masse der Problemfälle, für die sie jeweils entwickelt wurden. Das schließt nicht aus, dass beide Gerichte voneinander lernen. So wäre denkbar, dass der EuGH zunehmend mit technischen Gleichheitsverstößen zu tun hat und dass in seinen Verfahren „echte“ Diskriminierungen allmählich zurücktreten; dann könnte auch er überlegen, harmlose Gleichheitsverstöße schonender zu korrigieren. Umgekehrt könnte der VfGH bei

⁶⁵ Sehr deutlich zB VfSlg 8533/1979.

⁶⁶ VfSlg 11.190/1986 (Grundsteuer), 18.093/2007 (Erbschaftssteuer).

⁶⁷ Lang (FN 55) 285.

⁶⁸ Darauf weist Lang (FN 55) 286 f hin.

⁶⁹ Der Gesetzgeber ist diesem Rat dann auch gefolgt; seine Ersatzregelung hat der VfGH wenig überraschend als gleichheitskonform qualifiziert: VfSlg 18.214/2007. Den damit (nur eben mittelbar) bewirkten Ausschluss homosexueller Lebenspartner von der Mitversicherung hielt der Gesetzgeber aber wenig später selbst für „unbillig“ (RV 197 BlgNR XXIV. GP 4) und öffnete daher 2009 die Mitversicherung für Personen, die mit jemandem in einer mindestens zehntonatigen Haushaltsgemeinschaft leben und unentgeltlich den gemeinsamen Haushalt führen (3. Sozialrechts-Änderungsgesetz 2009, BGBl I 84/2009).

„echten“ Diskriminierungen, die an ihn selten, aber doch nach wie vor herangetragen werden, Rechtsschutzsuchende im Zweifel, dh bei einem Patt der Argumente, für ihren Beitrag zur Rechtsbereinigung belohnen. Zumindest sollte der VfGH sich aber bei diesen Diskriminierungen an seine eigene Korrekturlinie halten; von ihr just bei den gravierendsten Gleichheitsverstößen zum Nachteil des Rechtsschutzsuchenden abzugehen, ist unvertretbar und übrigens auch diskriminierend.

B. Korrektur charta-widriger Diskriminierungen

Eine andere Frage ist, ob der VfGH punktuell auch verpflichtet ist, sich die Korrekturlinie des EuGH zu eigen zu machen. Dass der VfGH eine innerstaatliche Norm an einem unionalen Gleichheitssatz prüft, kam bisher nur in Ausnahmesituationen vor, ist das Unionsrecht doch nach ständiger Judikatur kein Maßstab der verfassungsgerichtlichen Rechtskontrolle. Mit dem am 14. März 2012 beschlossenen Charta-Erkenntnis⁷⁰ könnte sich das allerdings ändern. Bekanntlich kündigt der VfGH in dieser Entscheidung an, Bescheide, Urteile des AsylGH und generelle Normen künftig auch am Maßstab jener Charta-Garantien zu prüfen, die „in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten [...] gleich[en]“ (Rz 35). Der allgemeine Gleichheitssatz des Art 20 GRC und das Diskriminierungsverbot des Art 21 GRC erfüllen diese Voraussetzungen wohl. Was das im Einzelnen bedeutet, ist noch unklar.

Fest steht jedenfalls, dass das Unionsrecht auf Grundrechtsverstöße ganz anders reagiert als das nationale Verfassungsrecht: So dürfen generelle Normen, die gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstoßen, ab sofort auf keinen Fall mehr angewendet werden, grundsätzlich auch nicht auf Sachverhalte, die in der Vergangenheit liegen. Eine „nur“ verfassungswidrige Norm bleibt hingegen bis zu ihrem Außerkrafttreten anwendbar, und selbst nach ihrem Außerkrafttreten ist sie auf Sachverhalte, die in der Vergangenheit liegen, mit Ausnahme des Anlassfalles weiterhin anzuwenden (Art 139 Abs 6, Art 140 Abs 7 B-VG). Der VfGH kann diese Wirkungen zwar teilweise modifizieren, er kann etwa anordnen, dass die Norm auch auf Sachverhalte nicht mehr anzuwenden ist, die sich vor der Normaufhebung ereignet haben (Art 139 Abs 6, Art 140 Abs 7 B-VG). Auf Fälle, die bereits rechtskräftig entschieden sind, kann der VfGH aber keinen Einfluss nehmen; und er kann auch nicht verhindern, dass die verfassungswidrige Norm auf Sachverhalte angewendet wird, die nach der Normaufhebung, aber vor der Kundmachung dieser Aufhebung ver-

wirklicht werden. Ob und wie diese unterschiedlichen Korrekturgeschwindigkeiten des Unionsrechts und des Verfassungsrechts aufeinander abgestimmt werden können, wenn der VfGH Charta-Rechte behandelt als wären sie Verfassungsrecht, ist eine offene Frage, die sich freilich für jedes Charta-Recht stellen wird.

Beim Gleichheitssatz kommt noch das Problem hinzu, dass der VfGH komparative Gleichheitsverstöße anders und für den Rechtsschutzsuchenden im Anlassfall manchmal auch ungünstiger korrigiert als der EuGH und, wie im vorliegenden Zusammenhang zu ergänzen ist, auch ungünstiger als der VwGH und der OGH, die bei der Wahrnehmung von Unionsrechtsverstößen der Korrekturlinie des EuGH folgen.⁷¹ Das zwingt wohl auch den VfGH, die Korrektur unionaler Gleichheitsverstöße an der Grundlinie des EuGH auszurichten, um nicht einen schlechteren Rechtsschutz zu gewähren als alle anderen österreichischen Gerichte. Müsste das aber nicht zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen auf die Korrektur rein verfassungsrechtlicher Gleichheitsverstöße zurückwirken, weil eine unterschiedliche Korrektur wesentlich gleicher Fälle nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen wäre? Oder kann der VfGH dem ausweichen, indem er, wie in Rz 44 des Charta-Erkenntnisses anklingt, die Norm allein am verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz prüft, soweit dessen Anwendungsbereich dem des Charta-Gleichheitssatzes entspricht? Und wenn ja: Kann es dabei wirklich auf den Anwendungsbereich ankommen? Sollte nicht jenes Grundrecht durchschlagen, das günstiger ist?

Wie gut, dass der Jubilar, dem dieser Beitrag gewidmet ist, in Gleichheitsfragen bestens versiert, Mitglied des VfGH und vor allem noch so jung ist: So bleibt genug Zeit, diese und viele andere Rätsel, die das Charta-Erkenntnis aufgibt, für das geneigte Publikum zu lösen!

Korrespondenz: Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien; magdalena.poeschl@univie.ac.at

⁷⁰ VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua.

⁷¹ S zB OGH 15.3.2012, 6Ob250/11z (Ausdehnung des nach dem GlückspielG bloß Inländern gegenüber zu wählenden Spielerschutzes auch auf Unionsbürger); VwGH 29.1.2005, 99/17/0135 (Ausdehnung einer bis dahin nur bestimmten Banken zugestandenen Begünstigung auch auf andere Banken); für den Hinweis auf die zuletzt genannte Entscheidung danke ich HR Dr. Zorn vom VwGH.