

Grundfragen der Grundrechtsdogmatik

Herausgegeben von

Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier

mit Beiträgen von

Constance Grewe, Michael Holoubek, Ferdinand Kirchhof,
Anna Leisner-Egensperger, Hans-Jürgen Papier,
Magdalena Pöschl und Karl-Peter Sommermann

2007



CFM

C.F. Müller Verlag
Heidelberg

Probleme des Gleichheitssatzes aus österreichischer Sicht*

Magdalena Pöschl

Übersicht

- I. Entwicklung
 1. Gleichheit – ein Mysterium?
 2. Die Anfänge der Judikatur
 3. Das „Zigarettenerkennnis“
 4. Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln
 5. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot
 6. Die Gleichheitsoffensive
 7. Gleichheit und Verhältnismäßigkeit
- II. Richterliche Zurückhaltung als Lösungsstrategie?
- III. Der personale Schutzzweck des Gleichheitssatzes
 1. Der Geltungsverlust spezieller Gleichheitssätze
 2. Das verlorene Auslegungspotential
- IV. Gleichheit und Verhältnismäßigkeit
 1. Durchschnittsbetrachtung, Verwaltungsökonomie und andere externe Zwecke
 - a) Durchschnittsbetrachtung und Verwaltungsökonomie
 - b) Externe Zwecke
 2. Gleichheitssatz und Freiheitsrechte
 - a) Gleichheitssatz als universales Freiheitsrecht?
 - b) Verhältnismäßige Eingriffe in ein Freiheitsrecht
 - c) Freiheitsbeschränkungen unterhalb der Eingriffsschwelle
 3. Gleichheitssatz und Rechtsstaat
 - a) Parteirechte
 - b) Rückwirkung
 - c) Wohlerworbene Rechtspositionen
- V. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot
 1. Komparative und nicht komparative Rechte
 2. Die Entpersonalisierung des Gleichheitssatzes

* Ausführlich zu Problemen des Gleichheitssatzes *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/1, § 192.

I. Entwicklung

1. Gleichheit – ein Mysterium?

Über „Probleme des Gleichheitssatzes aus österreichischer Sicht“ zu sprechen, ist kein leichtes Unterfangen. Denn aus österreichischer Sicht wirft der Gleichheitssatz nicht in erster Linie Probleme auf – er *ist* ein Problem. Dieses Image ist ihm in die Wiege gelegt und ins Stammbuch geschrieben, schon von *Kelsen*, dem Ahnherrn des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG), der das Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz für einen „Gemeinplatz des politischen Liberalismus“ hielt und dessen Bedeutung für „außerordentlich unklar“¹.

Dieser Befund ist bemerkenswert, nicht nur, weil sich Gemeinplätze im allgemeinen eher durch ihre Evidenz auszeichnen als durch ihre Unklarheit, sondern auch, weil kein Grundrecht im Bundes-Verfassungsgesetz einen prominenteren Platz erhalten hat als der allgemeine Gleichheitssatz: Nachdem die Aufnahme eines eigenständigen Grundrechtskataloges in das Bundes-Verfassungsgesetz im Jahr 1920 an ideologischen Differenzen gescheitert war, entschloß man sich zwar dazu, mit dem Staatsgrundgesetz 1867 den Grundrechtsbestand der Monarchie zu übernehmen². Und dieses Staatsgrundgesetz garantierte den Staatsbürgern auch schon in seinem zweiten Artikel die Gleichheit vor dem Gesetz. Dennoch hielt man in Art. 7 Abs. 1 B-VG neuerlich fest: „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich“. Zur näheren Präzisierung dieses Gebotes wurde überdies in einem zweiten Satz bestimmt: „Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen“³.

1 *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht, 1923, S. 50.

2 Das Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 (RGBl 142) über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder (StGG) gilt zufolge Art. 149 Abs. 1 B-VG ebenso als Verfassungsgesetz wie das Gesetz vom 27. Oktober 1862 (RGBl 88) zum Schutze des Hausrechts. Die Schöpfer des B-VG hielten die Übernahme dieser Gesetze für eine provisorische Lösung. Versuche, einen neuen Grundrechtskatalog zu schaffen, wurden in der Folge zwar unternommen, sind aber bislang gescheitert. Das StGG und das Gesetz zum Schutze des Hausrechts stehen dementsprechend bis heute in Geltung.

3 S. schon *Kelsen*, Staatsrecht, (FN 1) S. 221, nach dem der „schon im Art. 2 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger aufgestellte Grundsatz der Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz [...] ausdrücklich auch im Art. 7 [B-VG] ausgesprochen und insofern näher präzisiert [ist], als Vorrechte [...] ausgeschlossen werden“ (Hervorhebungen im Original); s. weiters *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, 1922, S. 74, denen zufolge der Grundsatz der Gleichheit durch Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG „näher interpretiert“ wird.

Wie sich aus den Materialien ergibt, verdankt der Gleichheitssatz diesen besonderen Platz im Bundes-Verfassungsgesetz dem Übergang Österreichs zu einer republikanischen Demokratie⁴. In diesem Sinn räumten auch *Kelsen*, *Froehlich* und *Merkl* in ihrer Kommentierung der neu geschaffenen Verfassung ein, daß Art. 7 B-VG „systematisch in den Katalog der Grund- und Freiheitsrechte“ gehöre. Da die Verfassung allerdings auf eine selbständige Kodifizierung dieser Rechte verzichtet habe, „empfahl es sich, das politisch wichtige Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, in dem die demokratischen Errungenschaften besonders zum Ausdruck kommen, nachdrücklich hervorzuheben und schon in die allgemeinen Bestimmungen aufzunehmen“⁵.

Diese Sonderstellung in der österreichischen Verfassung hat dem Gleichheitssatz freilich nichts an seiner Mysteriosität genommen. Zwar ist heute im Schrifttum kaum mehr zu lesen, das Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz sei ein Gemeinplatz. Zu einem Gemeinplatz geworden ist dafür die Feststellung, daß der Gleichheitssatz ein überaus problematisches Grundrecht sei: Seine Anwendung setze – weit mehr als jedes andere Grundrecht – die Vornahme von Wertungen voraus, über die der Gleichheitssatz selbst aber schweige. Diese Wertungen könnten dann, wie oftmals weiter angenommen wird, nur präpositiver Natur sein. Eine rational nachprüfbare Handhabung des Gleichheitssatzes sei daher praktisch kaum möglich und das Spannungsverhältnis zwischen demokratisch legitimiertem Gesetzgeber und dem zu seiner Kontrolle berufenen Verfassungsgericht bei der Gleichheitskontrolle besonders prekär⁶.

4 Laut Protokoll bemerkte der Vorsitzende des Verfassungsunterausschusses, daß diese Bestimmung „eigentlich nur eine Ausführung des Wortes demokratisch in Artikel 1 Abs. 1“ sei; *Felix Ermacora*, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920), 1967, S. 339.

5 *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 3), S. 74.

6 S. z.B. *Robert Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZVR 1979, S. 33 (37); s. auch *dens./Heinz Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2000, RN 1345: „eine kognitive Aussage über den Inhalt des Gleichheitssatzes ist nur in Grenzfällen möglich; in allen anderen Fällen erweist er sich als Einfallspforte für außerrechtliche Wertvorstellungen des jeweils zur Vollziehung des Gleichheitssatzes zuständigen Organs“; s. auch *Schäffer*, Die Interpretation, in: Herbert Schambeck (Hg.), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1980, S. 57 (76), nach dem sich mehr und mehr die Auffassung durchsetzt, daß die Formel der Sachlichkeit eine dynamische Verweisung für außerrechtliche Wertmaßstäbe sei; so wohl auch *Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 48 FN 203; s. aber auch noch FN 44.

2. Die Anfänge der Judikatur

Dem Verfassungsgerichtshof hingegen schien die Handhabung dieses Grundrechts zunächst kaum Probleme zu bereiten. Wohl aus Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber hat der Gerichtshof anfänglich sogar gezögert, dessen Bindung an den Gleichheitssatz überhaupt zu akzeptieren⁷. Im Jahr 1932 stellte er jedoch ohne weitere Umschweife fest: „Wenn der Beschwerdeführer behauptet, daß der Gleichheitsgrundsatz nicht nur für die Vollziehung ..., sondern auch für die Gesetzgebung Geltung hat, so ist ihm ... zuzustimmen. Wenn er ... vermeint, daß damit *jede* Differenzierung der Bundesbürger in den Gesetzen verboten sei, so irrt er“⁸. Der allgemeine Gleichheitssatz wende sich nur gegen Ungleichbehandlungen nach *subjektiven*, in der Person gelegenen *Merkmalen*, wie den in Artikel 7 exemplarisch aufgezählten Eigenschaften der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses⁹. Derartige Differenzierungen waren nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs zwar nicht absolut, aber doch grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise aus wichtigen Gründen erlaubt¹⁰. Knüpfte der Gesetzgeber hingegen an *objektive* Merkmale an, so sei dies von vornherein unbedenklich, Art. 7 Abs. 1 B-VG also, wie es schien, gar nicht anwendbar¹¹.

7 Der Verfassungsgerichtshof sprach sich dementsprechend in manchen Entscheidungen ausdrücklich gegen eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz aus (z.B. *VfSlg* 1226/1929, 1318/1930), in anderen Entscheidungen schien er eine solche Bindung implizit zu akzeptieren (z.B. *VfSlg* 216/1923, 1123/1928, 1396/1931, 1426/1931).

8 *VfSlg* 1451/1932 (Hervorhebung nicht im Original). Seither ist die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz in Judikatur und Lehre praktisch einhellig anerkannt; in der Zwischenzeit hat sie auch in der Verfassung selbst positiven Ausdruck gefunden: Zuzfolge Art. I Abs. 1 Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (BGBl 1973/390, im folgenden: BVG-RD), haben „Gesetzgebung und Vollziehung ... jede Unterscheidung aus dem alleinigen Grund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung oder der nationalen oder ethnischen Herkunft zu unterlassen“. Dieser Satz sollte den Materialien zufolge „klarstellen, daß das Diskriminierungsverbot nicht nur die Vollziehung, sondern auch die Gesetzgebung bindet. Er wiederholt damit einen Grundsatz, den in bezug auf Art. 7 B-VG die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes in Übereinstimmung mit der Lehre entwickelt hat“. Auch wenn dies im Wortlaut des Art. I BVG-RD kaum zum Ausdruck kommt, wollte der Verfassungsgesetzgeber durch diese Vorschrift überdies „den verfassungsgesetzlich garantierten Gleichheitssatz auf die Behandlung von Ausländern untereinander [ausdehnen]“ (RV 732 BlgNR 13. GP, 2).

9 Z.B. *VfSlg* 1318/1930, zum beispielhaften Charakter der Aufzählung in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG s. auch *VfSlg* 216/1923, 1123/1928, 1721/1948, 1914/1950, 1945/1950, 2014/1950, 2025/1950, 2055/1950, 2088/1951.

10 Besonders deutlich *VfSlg* 216/1923, 617/1926, 651/1926.

11 Z.B. *VfSlg* 1318/1930, 1335/1930, 1396/1931.

Dem Gleichheitssatz wurde damit der Sache nach ein abgrenzbarer Schutzbereich zugeschrieben: Er vermittelte dem Einzelnen ein *prima facie*-Recht, nicht aufgrund von Merkmalen benachteiligt zu werden, die in seiner Person gelegen sind, letztlich also ein Recht, als Person und als Individuum in seinem „So-Sein“ grundsätzlich anerkannt und respektiert zu werden. Man mag diese Deutung als zu eng und das beschriebene Recht als Banalität ansehen; außerordentlich unklar ist es aber nicht.

3. Das „Zigarettenerkennnis“

Eine erste, deutlich erkennbare Wende nahm diese Judikatur erst nach 1945 mit dem sogenannten „Zigarettenerkennnis“¹², in dem der Verfassungsgerichtshof eine Vorschrift anzuwenden hatte, die in der Nachkriegszeit Tabakwaren zwischen Männern und Frauen ungleich verteilte, Männern nämlich eine größere Menge zuteilte als Frauen – eine Ungleichbehandlung, die eindeutig an das Geschlecht anknüpfte, das wiederum als Differenzierungsmerkmal in Art. 7 B-VG ausdrücklich genannt war. Und doch konnte sich der Verfassungsgerichtshof nicht durchringen, diese Vorschrift aufzuheben, dies neuerlich unter Berufung auf den Wortlaut der Verfassung: Art. 7 Abs. 1 B-VG verbiete nicht jede Ungleichbehandlung nach dem Geschlecht, sondern nur „Vorrechte“ des Geschlechts. Derartige Vorrechte lägen erst vor, wenn sich eine Ungleichbehandlung auf willkürliche Erwägungen stützt. Die ungleiche Zuteilung von Tabakwaren beruhe hingegen auf objektiven Merkmalen, nämlich auf dem unterschiedlichen Rauchverhalten der Geschlechter, rauchten doch Männer in der Regel um ein Vielfaches mehr als Frauen.

Das Zigarettenerkennnis wird heute gern als Lehrbuchbeispiel dafür genannt, daß die „Vorstellungen über die Gleichheit von Mann und Frau den Wandlungen der Zeit unterworfen sind“¹³. Noch mehr als diesen Wandel dokumentiert das genannte Erkenntnis jedoch eine Trendwende in der Judikatur: Der Verfassungsgerichtshof versucht zwar, Kontinuität zu seiner bisherigen Rechtsprechung vorzuspiegeln, indem er weiterhin von einer Differenzierung nach „objektiven“ Merkmalen spricht; in Wahrheit ist die-

12 VfSlg 1526/1947.

13 S. etwa *Theo Öhlinger*, Verfassungsrecht, 2005, RN 779; ebenso *Walter Berka*, Die Grundrechte, 1999, RN 955. *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 6), RN 1349, meinen, es sei rational überhaupt nicht erkennbar, ob die ungleiche Verteilung von Tabakwaren zwischen Männern und Frauen dem Gleichheitssatz entspricht.

se Kontinuität aber abgerissen, denn der Begriff „objektiv“ hat einen neuen Bezugspunkt bekommen: Maßgeblich war für die Gleichheitskonformität einer Unterscheidung nun nicht mehr, an welches Kriterium sie anknüpft; entscheidend wurde, auf welchen Gründen sie beruht. Differenzierungen nach subjektiven, im Sinne von in der Person gelegenen Merkmalen waren damit nicht von vornherein suspekt; keine Rede war mehr davon, daß sie nur ausnahmsweise oder bloß aus wichtigen Gründen erlaubt wären. Sie waren im Gegenteil grundsätzlich zulässig, solange sie nur nicht aus subjektiven Gründen vorgenommen worden waren¹⁴. Mit diesen subjektiven Gründen war – wie auch die folgende Judikatur zeigte – *Willkür* gemeint, also das Fehlen eines Grundes oder ein ganz und gar unzureichender Grund, und diese Willkür hatte auch eine persönliche Färbung: Hinter ihr stand eine Art „böse Absicht“ des Gesetzgebers. Willkür war dementsprechend ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber sich um eine sachgerechte Regelung „bemüht“ hatte¹⁵.

Dieses neue Verständnis hatte mehrere Konsequenzen: Nachdem für die Gleichheitskonformität nicht mehr entscheidend war, an welches Merkmal der Gesetzgeber *anknüpft*, wurde der Weg frei für eine Ausdehnung des Gleichheitssatzes: Jede Differenzierung – nach welchem Kriterium auch immer – mußte nun grundsätzlich einer Überprüfung am Gleichheitssatz zugänglich sein. Diese Ausdehnung hatte freilich auch ihren Preis: Der Prüfungsmaßstab für Differenzierungen wurde erheblich herabgesetzt und zugleich nivelliert. Eine Ungleichbehandlung war – auch wenn sie nach persönlichen Merkmalen getroffen wurde – zulässig, solange ein willkürliches Vorgehen des Gesetzgebers nicht erwiesen werden konnte. Der Gleichheitssatz hat damit erstens in seinem Anwendungsbereich an Weite gewonnen, zweitens in seinem Prüfungsmaßstab an Schärfe eingebüßt; drittens lag die Argumentationslast nun bei demjenigen, der die Gleichheitswidrigkeit einer Vorschrift behauptete: Im Zweifel war also von der Gleichheitskonformität einer Regelung auszugehen. Dem Gleichheitssatz schien

14 Der Verfassungsgerichtshof meint dementsprechend in *VfSlg* 1526/1947, eine Gleichheitswidrigkeit könne in der Verteilungsnorm nur dann erblickt werden, wenn in Wahrheit nicht der nach allgemeinen Momenten geschätzte Bedarf, sondern andere in der Qualität der betreffenden – bevorzugten oder benachteiligten – Gruppe gelegene Momente *erwiesenermaßen* den Grund für die Differenzierung bilden würden. Nur „wenn die ungleiche Beteiligung der Männer und Frauen *erwiesenermaßen* nicht im Interesse einer möglichst gerechten Bedarfsdeckung, sondern aus anders gearteten Erwägungen erfolgt wäre“, bestehe überhaupt ein Anlaß, diese Normen von Amts wegen zu prüfen (Hervorhebungen nicht im Original); s. zu all dem auch *Sachs*, *Der Geltungsverlust des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG*, *ZÖR* 1985, S. 305 (315).

15 *Z.B. VfSlg* 2957/1956, 6438/1971.

bei all dem aber auch sein Schutzobjekt abhanden gekommen zu sein: Er ließ sich nicht mehr positiv über die Anerkennung des Einzelnen als Person und als Individuum definieren, sondern nur mehr negativ über die Willkür, die dem Gesetzgeber und der Vollziehung ganz allgemein untersagt sein sollte.

4. Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandeln

Daß der Gleichheitssatz in dieser Deutung „außerordentlich unklar“ geworden wäre, kann wohl nicht behauptet werden. Und auch der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum schien durch die Judikatur nicht ernsthaft gefährdet. Denn Willkür oder – wie es später hieß – ein „Exzeß“¹⁶ kann dem Gesetzgeber nur selten vorgeworfen werden. Tatsächlich schmettete der Verfassungsgerichtshof in den fünfziger und sechziger Jahren auch zahlreiche Beschwerden mit dem Argument ab, der Gesetzgeber habe nicht exzediert. Wenn er aber doch eine Vorschrift als gleichheitswidrig aufhob, dann bemerkenswerterweise nicht mit der Behauptung, es liege ein Exzeß vor, sondern mit der Begründung, der Gesetzgeber habe Personen in gleicher Lage ungleich behandelt – ob dies völlig grundlos oder gar in böser Absicht geschah, spielte dabei für gewöhnlich keine Rolle¹⁷. Damit war – in den fünfziger Jahren – die Formel geboren, daß der Gleichheitssatz gebiete, *wesentlich Gleiches gleich* zu behandeln, und dieser Formel trat alsbald die Forderung an die Seite, der Gesetzgeber müsse ganz *wesentlichen Unterschieden* im Tatsächlichen durch eine *entsprechend unterschiedliche Regelung* Rechnung tragen¹⁸. Tatsächlich Gleiches dürfe, wie es in der Judikatur nun auch immer wieder hieß, nicht *ohne sachliche Rechtfertigung* unterschiedlich behandelt werden. Das bedeute, „daß unterschiedliche Rechtsfolgen ihre jeweilige sachliche Rechtfertigung in *Unterschieden* im Bereich des *Tatsächlichen* finden müssen“¹⁹.

16 Der Ausdruck „Willkür“ wird in Österreich heute nur mehr für gleichheitswidriges Handeln der Vollziehung verwendet.

17 S z.B. *VfSlg* 1871/1949, 1954/1950; s. auch *Korinek*, Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: Heinz Schäffer (Hg.), *FS Melichar*, 1983, S. 39 (53).

18 Z.B. *VfSlg* 2956/1956, 2957/1956, 3334/1958, 3754/1960, 5727/1968, 8217/1977. Daneben hatte das „in der Person gelegene“ Differenzierungskriterium seine Bedeutung noch immer nicht verloren; es kam etwa zum Tragen, als der Verfassungsgerichtshof in *VfSlg* 5854/1968 eine Regelung zu prüfen hatte, die ein zum Großteil in Bundeseigentum stehendes Unternehmen privilegierte: Dieses Unterscheidungsmerkmal war, wie der Gerichtshof feststellte, „rein subjektiv, daher ist es unsachlich“.

19 *VfSlg* 10.001/1984 (Hervorhebungen nicht im Original), zuvor schon in diesem Sinn *VfSlg* 3754/1960, 5727/1968, 7059/1973, 8421/1978.

Der Prüfungsmaßstab, den der Verfassungsgerichtshof in diesen Fällen an eine Norm sub titulo Gleichheitssatz anlegte, war damit zum einen strenger, zum anderen aber auch unbestimmter. Denn die Schlüsselfrage der Gleichheitskontrolle war nun nicht mehr, ob ein – eindeutiger – Exzeß vorlag, sondern, ob zwei Personengruppen oder Sachverhalte wesentlich gleich oder wesentlich ungleich sind. Ein allgemeiner Maßstab für die Beurteilung dieser Frage ist aber nicht ersichtlich; sie ist kontextrelativ, hängt also vom Inhalt der Norm und von ihren Zielen ab, die in jedem Einzelfall zu ergründen sind.

5. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot

In Ansehung dieses strengeren, aber auch weniger klaren Maßstabs ist nicht weiter verwunderlich, daß die Exzeßjudikatur allmählich in den Hintergrund trat, ebenso die These, daß das Bemühen des Gesetzgebers die Gleichheitswidrigkeit einer Norm ausschließe²⁰. Es kommt, wie der Verfassungsgerichtshof nun festzustellen begann, für die Gleichheitskonformität einer Vorschrift nicht darauf an, was sich der Gesetzgeber subjektiv gedacht haben mag. Maßgeblich sei der *objektive Gehalt* einer Norm²¹. Der Gleichheitssatz wurde damit ein weiteres Mal „entpersonalisiert“: Der Vorwurf der Gleichheitswidrigkeit richtete sich nicht mehr gegen den Gesetzgeber als „Person“, sondern gegen das Gesetz als das Produkt seiner Tätigkeit²². An die Stelle des Exzeßverbotes trat das allgemeine Sachlichkeitsgebot, das der Verfassungsgerichtshof dem Gleichheitssatz seit den siebziger Jahren entnimmt: Diesem Gebot zufolge darf der Gesetzgeber nur sachlich „begründbare“²³ bzw. „gerechtfertigte“²⁴ Differenzierungen erlassen bzw. es ist ihm – wie es häufig auch heißt – verwehrt, „sachlich nicht begründbare *Regelungen*“ zu treffen²⁵.

20 Ausdrücklich aufgegeben in VfSlg 10.090/1984; zuvor schon VfSlg 5251/1966, 8457/1978, 9287/1981, 9750/1983, 10.001/1984.

21 Z.B. VfSlg 10.179/1984, 10.365/1985.

22 Besonders deutlich VfSlg 10.926/1986: „Die Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes ist ja nicht erst die Sanktion einer (bösen) Absicht des Gesetzgebers, sondern schon die Folge der unsachlichen Wirkung des Gesetzgebungsaktes“.

23 Z.B. VfSlg 7135/1973, 8169/1977, 8457/1978, 9121/1981; s. auch VfSlg 17.605/2005.

24 Z.B. VfSlg 8457/1978, 9144/1981.

25 S. z.B. VfSlg 11.369/1987 (Hervorhebung nicht im Original) unter Hinweis auf VfSlg 8457/1978, 10.064/1984, 10.084/1984, s. auch VfSlg 12.227/1989, 13.558/1993, 13.743/1994, 14.301/1995, 15.031/1997, 16.582/2002, 17.266/2004; s. zum Sachlichkeitsgebot allgemein *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, S. 72.

In der zuletzt genannten Formulierung kündigt sich bereits an, was immer wieder das Mißtrauen der Lehre wecken und ihre Skepsis nähren sollte²⁶: Der Gleichheitssatz wird – als allgemeines Sachlichkeitsgebot – nicht nur auf Gleich- und auf Ungleichbehandlungen angewendet; er wird auch herangezogen, um Regelungen *für sich* genommen als unsachlich zu verwerfen, ohne daß ein Vergleich mit anderen Regelungen gezogen wird. Bisweilen stellt der Verfassungsgerichtshof unter Berufung auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot auch bestimmte Grundsätze auf, von denen der Gesetzgeber nicht oder nur aus besonders triftigen Gründen abweichen darf²⁷. In manchen Fällen scheint die Funktion dieses Sachlichkeitsgebotes sogar weit über den Schutz des Einzelnen als Person hinauszugehen²⁸. Daß dem Gesetzgeber kein Exzeß nachgewiesen werden kann, sollte für die Gleichheitskonformität jedenfalls nicht mehr genügen.

Genuin politischen Entscheidungen wurde dabei aber weiterhin Respekt gezollt: Der Gesetzgeber ist, wie der Verfassungsgerichtshof bis heute betont, in der Wahl seiner Ziele und in der Auswahl der dafür eingesetzten Mittel grundsätzlich frei. Ob eine Regelung zweckmäßig, ob sie der optimale Weg zur Zielerreichung oder ob sie gar „gerecht“ ist, habe der Verfassungsgerichtshof nicht zu beurteilen²⁹. Der Gesetzgeber verletze das

26 Dazu noch näher unten V.

27 S. z.B. *VfSlg* 8726/1980: Dem Abgabepflichtigen dürfen nicht nur Verpflichtungen auferlegt werden, die eine Verkürzung seiner Abgabe verhindern; es muss vielmehr auch dafür gesorgt sein, daß die für die Abgabebemessung nach den materialrechtlichen Abgabenvorschriften maßgeblichen Umstände in objektiver Weise und daher auch zugunsten der Abgabepflichtigen festgestellt werden können; *VfSlg* 14.039/1995: Dem Rechtsschutzsuchenden darf die Anrufung der Behörde nicht unnötig erschwert werden; das wäre etwa der Fall, wenn ihn der Gesetzgeber mit weitreichenden, durch die Rechtssache nicht gebotenen Vorkehrungen als Voraussetzung für das Herantreten an die Behörde belastet oder wenn er ihm mehrere Belastungen auferlegt, die zwar einzeln betrachtet durchaus dem Zweck des späteren Verfahrens dienen (oder sogar dazu führen, dieses zu vermeiden), aber in ihrem Zusammenwirken den Weg zur alsbaldigen behördlichen Entscheidung mühsam machen und unnötig verlängern.

28 Besonders deutlich im Erkenntnis *VfSlg* 8215/1977, demzufolge der Gesetzgeber eine Selbstverwaltung „nur unter Beachtung des sich aus Art. 7 B-VG ergebenden Sachlichkeitsgebotes“ einrichten darf; welche Vorgaben dem Sachlichkeitsgebot in dieser Hinsicht zu entnehmen sind, wird in der genannten Entscheidung nicht näher ausgeführt. Jedenfalls sollten diese (ungenannten) Sachlichkeitskriterien dann aber auch für juristische Personen öffentlichen Rechts als Träger öffentlicher Verantwortung gelten; sie wurden damit, wie *Schäffer*, Kompetenzverteilung und Rücksichtnahmepflicht im Bundesstaat, *ZfV* 1985, S. 357 (365 FN 38), bemerkt hat, zu einer „allgemeinen Verfassungsdirektive“ gemacht.

29 *VfSlg* 6541/1971, 7885/1976, 11.369/1987, 12.227/1989, 12.416/1990, 13.558/1993, 14.301/1995, 15.031/1997, 16.582/2002; *VfGH* 4.10.2006, G 96/05.

Sachlichkeitsgebot aber etwa dann, wenn er zur Zielerreichung völlig untaugliche Mittel einsetzt oder wenn ein an sich taugliches Mittel – gleichsam als Nebenfolge – zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung führt³⁰.

6. Die Gleichheitsoffensive

Konstatiert wurde eine solche Unsachlichkeit zunächst gleichwohl nur selten: Der Verfassungsgerichtshof blieb – auch wenn er den Gleichheitssatz nun neu erläuterte – zurückhaltend, und zwar so sehr, daß in der Lehre immer häufiger Kritik laut wurde: Es könne doch nicht sein, meinen etwa 1975 *Kneucker* und *Welan*, daß der Gesetzgeber ein Gesetz nur fertigen muß, um es dann vom Verfassungsgerichtshof rechtfertigen zu lassen³¹. Ob es diese und andere Kritiker waren oder der Zug der Zeit, der Einfluß der Europäischen Menschenrechtskonvention oder eine neue Generation von Verfassungsrichtern – fest steht, daß der Verfassungsgerichtshof seit den achtziger Jahren in seiner Judikatur zum Gleichheitssatz deutlich offensiver geworden ist: Er begnügt sich oft nicht mehr damit, daß eine Vorschrift nicht völlig untauglich zur Zielerreichung ist, sondern mißt mit feinerer Elle nach³² und zögert auch nicht, Regelungen aufzuheben, die mit breitem politischen Konsens zustande gekommen sind.

Das hat dem Gerichtshof zunächst das Lob eines Teils der Lehre³³, dann aber immer häufiger auch Kritik eingetragen: Der Gerichtshof spiele sich, so heißt es in brisanten Fällen immer wieder, als „Übergesetzgeber“ auf, er sei zu einem politischen, rechtsschöpferischen Gericht geworden und täte gut daran, sich mehr zurückzuhalten³⁴. Einer „betrübliche[n] österreichi-

30 *VfSlg* 8457/1978, 11.369/1987, 12.227/1989, 12.486/1990, 16.582/2002.

31 *Kneucker/Welan*, Zur Entwicklung des Gleichheitsgrundsatzes in Österreich, ÖZP 1975, S. 5 (21).

32 *Novak*, Kommentar zu VfGH, 18.3.1982, B 452-480, 486-488, 510/81, ZAS 1982, S. 232 (234).

33 Die neue Judikatur im Grundsatz begrüßend etwa *Novak*, ZAS 1982 (FN 32), S. 234; *Klecatsky/Walzel von Wiesentreu*, Durchbruch zum Menschenrechtsstaat, in: Bernd-Christian Funk (Hg.), FS Adamovich, 1992, S. 210 (211 ff.).

34 Zur Kritik am „judicial activism“ allgemein s etwa *Rosenzweig*, in Heinz Schäffer (Red.), Salzburger Symposium zum Jubiläum 60 Jahre Bundesverfassung, 1980, S. 100 ff.; s. weiters *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, S. 216 (221 ff.); *Berchtold*, Der Gleichheitssatz in der Krise? In: Manfred Nowak u.a. (Hg.), FS Ermacora, 1988, S. 327 (343 ff.); s auch *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 6), Vorwort zur neunten Auflage.

sche[n] Eigenart³⁵ folgend setzt sich bisweilen sogar der Verfassungsgesetzgeber über die Judikatur hinweg und erläßt Vorschriften, die der Gerichtshof als gleichheitswidrig aufgehoben hat, im Verfassungsrang wieder oder beschließt eine Bestimmung von vornherein als Verfassungsgesetz, um sie dem Zugriff des Verfassungsgerichtshofs zu entziehen³⁶.

7. Gleichheit und Verhältnismäßigkeit

Besonders beeindruckt gezeigt hat sich der Gerichtshof weder von dieser Praxis noch von der Kritik der Literatur: Er setzte seine Judikatur fort, entwickelte sie weiter und formulierte den Gleichheitssatz bzw. das allgemeine Sachlichkeitsgebot in den neunziger Jahren ein weiteres Mal neu: Ungleichbehandlungen müssen, wie der Verfassungsgerichtshof diesem Gebot heute entnimmt, auf einem *vernünftigen Grund beruhen und dürfen nicht unverhältnismäßig* sein³⁷. Neben dieser Formel gilt weiterhin der Satz, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist³⁸. Auch daß Ungleichbehandlungen auf wesentlichen Unterschieden im Tatsächlichen beruhen müssen, gehört nach wie vor zum Formelrepertoire der Judikatur³⁹.

Auf seine Weise hat der Verfassungsgerichtshof aber auch auf den Vorwurf reagiert, er maße sich gesetzgeberische Kompetenzen an: Der Gerichtshof verzichtet heute häufiger als früher auf eine Normaufhebung mit dem Argument, die inkriminierte Vorschrift lasse sich *gleichheitskonform interpretieren*. Das schont scheinbar den Gesetzgeber, kann die Interpretations-

35 *Adamovich*, Die Effektivität der Grundrechte, in: Manfred Nowak u.a. (Hg.), FS Ermacora, 1988, S. 233 (241).

36 S. dazu mit Beispielen aus der Judikatur z.B. *Funk*, Wer schützt die Verfassung vor dem Verfassungsgesetzgeber? Plädoyer für ein anderes Verfassungsverständnis, JRP 1993, S. 91 ff.

37 Das ergibt sich aus der nunmehr ständigen Rechtsprechung zu Art. I Abs. 1 B-VG-RD (FN 8): Dieser enthalte über Art. 7 B-VG hinausgehend und diesen gleichsam erweiternd ein „– auch das Sachlichkeitsgebot einschließendes – Gebot der Gleichbehandlung von Fremden; deren Ungleichbehandlung ist ... also nur dann und insoweit zulässig, als hiefür ein vernünftiger Grund erkennbar und die Ungleichbehandlung nicht unverhältnismäßig ist“ (s. z.B. *VfSlg* 14.191/1995, 14.421/1996, 14.864/1997, 16.160/2001, 17.516/2005). Diese Formel gilt nicht nur für die Ungleichbehandlung zwischen Fremden; sie faßt vielmehr jenen Gleichheitsschutz zusammen, der vordem schon für Staatsbürger unter dem Titel des Art. 7 B-VG aus dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot abgeleitet wurde.

38 Z.B. *VfSlg* 13.725/1994, 16.635/2002, 17.091/2003.

39 Z.B. *VfSlg* 15.123/1998, 15.581/1999, 15.985/2000, 16.855/2003, 16.981/2003.

künste der Behörde im Einzelfall aber überanstrengen und der Norm einen Inhalt zusinnen, der sich vom wahren Willen des Gesetzgebers deutlich entfernt⁴⁰. Zudem schaltet diese Vorgangsweise das Risiko jeder Normaufhebung aus: daß der Gesetzgeber nämlich die beseitigte Vorschrift überhaupt nicht oder nicht in einer Weise saniert, die dem Verfassungsgerichtshof angezeigt erscheint.

Auch dem Verfassungsgesetzgeber hat der Verfassungsgerichtshof eine Rute ins Fenster gestellt: Er hielt in einer 1998 gefällten Entscheidung beiläufig fest, daß der Gleichheitssatz nicht zur beliebigen Disposition des „einfachen“ Verfassungsgesetzgebers stehe. Als wesentlicher Bestandteil der Grundrechtsordnung und des demokratischen Baugesetzes habe die Garantie der Gleichheit vor dem Gesetz vielmehr einen festen Kern, der nicht ohne Volksabstimmung nach Art. 44 Abs. 3 B-VG abänderbar sei⁴¹. Worin dieser Kern besteht und wann er angetastet wird, ist dabei allerdings offen geblieben, denn „ausgespielt“ hat der Verfassungsgerichtshof diese Baugesetzkarte bislang noch nicht.

II. Richterliche Zurückhaltung als Lösungsstrategie?

Die geschilderte Judikatur zum Gleichheitssatz wirft zweifellos eine Reihe von Fragen auf. Am wenigsten problematisch scheint mir allerdings schon dem Grunde nach zu sein, daß der Verfassungsgerichtshof im Laufe der Jahre strenger geworden ist und den Gesetzgeber häufiger in seine Schranken weist. Man kann gewiß über die eine oder andere Entscheidung geteilter Meinung sein⁴²; aber diese spektakulären Entscheidungen sind erstens so häufig nicht, zweitens muß auch bezweifelt werden, daß das Wertungs-

40 S. z.B. *VfSlg* 16.452/2002 und 14.863/1997, zur letztgenannten Entscheidung und allgemein zum Problem der verfassungskonformen Interpretation s. *Handstanger*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?, *ÖJZ* 1998, S. 169; *Jablonec*, Stufung und „Entstufung“ des Rechts, *ZÖR* 2005, S. 163 (173 ff.).

41 *VfSlg* 15.373/1998; zu dieser Entscheidung näher *Hiesel*, Gleichheitssatz, verfassungsrechtliche Grundordnung und das Erkenntnis *VfSlg* 15.373/1998, *ÖJZ* 2000, S. 281.

42 Besonders umstritten waren etwa das Politiker-Pensionserkenntnis *VfSlg* 11.309/1987 und das Heiratsgut-Erkenntnis *VfSlg* 11.368/1987; s die Reaktionen, wiedergegeben bei *Adamovich*, in: Manfred Nowak u.a. (Hg.), *FS Ermacora*, S. 240; *Berchtold* ebenda, S. 343 („Klassenjustiz“, „konservative Neben- und Gegenregierung“, „Mißbrauch des Gleichheitsgrundsatzes“); s. ebenso die heftige Kritik am sog. Familienbesteuerungserkenntnis *VfSlg* 12.940/1991, wiedergegeben bei *Korinek*, Betrachtungen zur österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bernd-Christian Funk (Hg.), *FS Adamovich*, 1992, S. 253 (267 f.), „rechte Politik“.

problem des Gleichheitssatzes mit dem oft pauschal eingeforderten „judicial self restraint“ befriedigend gelöst werden kann. Denn dieses Problem wird so nur auf die Frage verschoben, wann eine evident unsachliche Regelung vorliegt, – auch die Beantwortung dieser Frage ist aber von Wertungen abhängig. Dazu kommt, daß die Forderung nach richterlicher Zurückhaltung das Pferd wohl auch von hinten aufzäumt, denn ihr liegt die Annahme zugrunde, die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers müsse den Gleichheitssatz begrenzen. Richtigerweise ist es aber der Gleichheitssatz, der den Gesetzgeber beschränkt. Sein Gestaltungsspielraum kann also nicht die Prämisse aller Überlegungen sein, er ist erst die Konsequenz aus dem Fehlen verfassungsrechtlicher Gebote⁴³.

Damit ist die Frage, wo die Grenze zwischen Bindung und Freiheit verläuft, zugegebenermaßen noch nicht beantwortet. Und sie ist auch nicht befriedigend zu beantworten, solange man annimmt, die Wertungen, die bei einer Gleichheitsprüfung vorzunehmen sind, seien notwendig präpositiver Natur. Überzeugend ist diese Annahme allerdings nicht. Denn erstens kommt in jeder einfachgesetzlichen Norm eine Wertentscheidung zum Ausdruck, an der sich der Gesetzgeber messen lassen muß. Zweitens hat der Gleichheitssatz wie jede andere Norm eine Entstehungsgeschichte, einen Schutzzweck und ein systematisches Umfeld, das näheren Aufschluß über seine Bedeutung gibt⁴⁴.

43 S. speziell zur Frage der Selbstbindung des Gesetzgebers schon *Franz-Joseph Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 105 f.

44 Daß die Wertungen der einfachgesetzlichen Rechtsordnung und die Verfassung selbst die Anwendung des Gleichheitssatzes erleichtern und näher bestimmen, ist auch in der österreichischen Lehre durchaus anerkannt, s. z.B. *Antoniolli*, Gleichheit vor dem Gesetz, ÖJZ 1956, S. 646 (647); *Kneucker/Welan*, ÖZP 1975, S. 18 f; *Korinek*, in: FS Melichar (FN 17), S. 47; *Spielbüchler*, Grundrecht und Grundrechtsformel, Anmerkungen zur Praxis des Verfassungsgerichtshofes, Oswin Martinek (Hg.), FS Floretta, 1983, S. 289 (304 FN 50); *Korinek/Holoubek*, Gleichheitsgrundsatz und Abgabenrecht, in Wolfgang Gassner/Eduard Lechner (Hg.), Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht, 1991, S. 73 (85); *Grabenwarter*, Verfassungsfragen der Selbstanzeige nach § 29 FinStrG, in: Roman Leitner/Rudolf Zitta (Hg.), Die Darlegung der Verfehlung bei der Selbstanzeige nach dem FinStrG, 2001, S. 91 (100); s. für Deutschland grundlegend und m.w.N. *Christian Starck*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/ders., Kommentar zum Grundgesetz, I, ⁵2005, Art. 3 Abs. 1, RN 16 ff.; für die Schweiz *G. Müller*, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47 (1989), S. 37 (45 ff.). In Österreich wurde dieser Ansatz bislang aber noch kaum näher entfaltet, s. allerdings die Arbeiten von *Stolzlechner*, Gleichheitssatz, Rechtsstaatsprinzip, Umweltschutz – BVG und Parteistellung von Nachbarn im technischen Anlagenrecht, in: Heinz Mayer (Hg.), FS Walter, 1991, S. 665 (673 ff.), und *Rudolf Thienel*, Das Berufungsverfahren nach dem UOG 1993, 1996, S. 28 ff.

III. Der personale Schutzzweck des Gleichheitssatzes

1. Der Geltungsverlust spezieller Gleichheitssätze

Eine der wichtigsten Auslegungshilfen für den allgemeinen Gleichheitssatz ist das in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG statuierte Verbot der Vorrechte aufgrund der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses. Immerhin sind beide Bestimmungen „aus einem Guß“ entstanden und zueinander in unmittelbarem systematischen Zusammenhang gestellt⁴⁵. Wie gezeigt, hat dies zunächst auch der Verfassungsgerichtshof so gesehen und den Schutzbereich des allgemeinen Gleichheitssatzes über das spezielle Gleichheitsgebot des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG bestimmt⁴⁶. Zutreffend stellte er auch noch im „Zigarettenenerkenntnis“⁴⁷ fest, daß die Verfassung Ungleichbehandlungen nach dem Geschlecht nicht ausnahmslos verbiete⁴⁸. Daraus kann allerdings nicht der Schluß gezogen werden, daß

45 S. die Nachweise in FN 3.

46 S. oben I.2.

47 VfSlg 1526/1947.

48 Für diese Annahme spricht bereits der Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG, der nicht jede Ungleichbehandlung schlechthin, sondern nur „Vorrechte“ nach den dort genannten Kriterien verbietet. Auch die Materialien zum B-VG 1920 zeigen, daß Ungleichbehandlungen nach dem Geschlecht durch Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG nicht absolut ausgeschlossen werden sollten: Das im Zuge der Schaffung des B-VG erhobene Bedenken, durch Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG könnten Frauen „gewisse Privilegien, z. B. bei Vormundschaft und Geschworenenamts etc. verlieren“, schien der Verfassungsunterausschuß nämlich mehrheitlich für unbegründet zu halten, s. *Ermacora*, Quellen (FN 4), S. 472 f. *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung, (FN 3), S. 74 f., stellen dementsprechend zu Art. 7 Abs. 1 B-VG fest: „Die juristische Bedeutung dieses Artikels ist äußerst problematisch, da nach herrschender Auffassung ungeachtet der rechtlichen Gleichstellung in der Verfassung dennoch eine unterschiedliche Behandlung des Geschlechtes oder der anderen im Absatz 1 genannten Tatbestände im Wege des Gesetzes nicht ausgeschlossen ist (z.B. Befreiung der Frauen von der Geschworenspflicht oder einer allfälligen Wehrpflicht). ... Wie weit aber die Differenzierungsmöglichkeit trotz dieser verfassungsmäßig gleichen Stellung geht, läßt sich durch eine allgemeine Formel nicht ausdrücken“. Schließlich sprechen auch systematische Gründe gegen die Annahme, daß Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG jede Anknüpfung an das Geschlecht schlechthin verbietet, denn der 1998 eingefügte Art. 7 Abs. 2 B-VG erklärt Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern für zulässig. Wie sich aus den Materialien zu dieser Bestimmung ergibt, sollte diese Ergänzung nur „[klarstellen], daß durch diese Novelle – entgegen den Bedenken im Begutachtungsverfahren – der Gleichheitsgrundsatz keineswegs durchbrochen werden soll“ (AB 1114 BlgNR 20. GP, 1 [Hervorhebung nicht im Original]). Da derartige Förderungen nicht immer ohne Anknüpfung an das Geschlecht möglich sein werden und da die Zulässigkeit dieser Förderungen weiters in Art. 7 Abs. 2 B-VG nur „klargestellt“ werden sollte, muss angenommen werden, daß Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG eine Anknüpfung an das Geschlecht und auch an die anderen dort genannten Differenzierungsmerkmale nicht ausnahmslos verbietet.

derartige Unterscheidungen schon erlaubt sind, wenn sie nicht willkürlich vorgenommen werden, wenn für sie also irgendein Grund ins Treffen geführt werden kann. Denn auf irgendwelchen Gründen beruhen auch jene geschlechtsspezifischen Diskriminierungen, denen das B-VG ein Ende bereiten wollte. Wenn Frauen in der Monarchie vom Wahlrecht ausgeschlossen waren, dann nicht mit der tautologischen und damit fehlenden Begründung, daß sie Frauen sind, sondern, weil man ihnen die Eigenschaft zuschrieb, zu einfältig zu sein, um von diesem Recht einen sinnvollen Gebrauch zu machen⁴⁹.

Diskriminierungen werden praktisch nie grundlos vorgenommen, im Gegenteil: Die Rationalisierung ist die „Begleitmusik jeder Diskriminierung“⁵⁰, doch sie erzeugt Mißtöne, denn sie beruht regelmäßig auf Vorurteilen, Stereotypen oder groben Verallgemeinerungen. Wenn Art. 7 B-VG nun aus der unendlichen Masse denkbarer Differenzierungskriterien fünf hervorhebt, die in der Vergangenheit besonders häufig zum Anlaß für derart scheinrationale Benachteiligungen genommen worden sind, dann legt diese historische Erfahrung nahe, daß die Verfassung Ungleichbehandlungen nach solchen Kriterien mißtraut, sie also in Zukunft *grundsätzlich* verbieten und nur ausnahmsweise aus triftigen Gründen gestatten will.

Wie gezeigt, hat der Verfassungsgerichtshof zwar in seiner jüngeren Judikatur den Prüfungsmaßstab des Gleichheitssatzes allgemein angehoben⁵¹. Das in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG statuierte Verbot bestimmter Vorrechte hat jedoch im Gefolge des Zigarettenenerkenntnisses seine eigenständige Bedeutung verloren. Dieses spezielle Gleichheitsgebot wurde vom allgemeinen Gleichheitssatz gewissermaßen absorbiert: Geschlechtsspezifische Ungleichbehandlungen werden dementsprechend – so wie andere Ungleichbehandlungen auch – nur mehr am allgemeinen Gleichheitssatz über-

49 Vgl. exemplarisch die Debatte im Ausschuß des Reichsrates von Kremsier, als *Hein*, um seine Ablehnung des allgemeinen Wahlrechts zu bekräftigen, meinte: „Wollte man die Demokratie in jeder Beziehung durchführen, so müßte man auch die Frauen zur Wahl zulassen“ (*Anton H. Springer*, Protokolle des Verfassungs-Ausschusses im Oesterreichischen Reichstage 1848–1849, Leipzig 1885, S. 186), woraus *Brestel* scharfsinnig folgerte: „Wollte man die Weiber zulassen, weil sie an den Staatslasten Theil nehmen, so müßte man aus gleichem Grunde auch die Kinder und Narren zulassen“ (*Springer*, Protokolle, S. 187).

50 *Alexander Somek*, Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, 2001, S. 390.

51 S. oben I.4.–7.

prüft⁵². Ob sie dann sachlich gerechtfertigt sind, wird in manchen Fällen streng, in anderen Fällen aber auch nachgiebig beurteilt: Gleichheitswidrig war nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs z.B., daß für Frauen ein niedrigeres Pensionsantrittsalter galt als für Männer⁵³, gleichheitskonform hingegen das Nachtarbeitsverbot für Frauen⁵⁴. Im ersten Erkenntnis beanstandete der Verfassungsgerichtshof, daß der Gesetzgeber Frauen „als eine einheitliche Gruppe“ Männern gegenübergestellt hatte, im letztgenannten Erkenntnis⁵⁵ meinte er, Frauen, die des Schutzes vor Nachtarbeit nicht bedürfen, sei zuzumuten, „in Solidarität mit den Schutzbedürftigen auf Nacht-

52 Es ist wohl kein Zufall, daß ausgerechnet ein deutscher Autor erstmals mit aller Deutlichkeit auf den „Geltungsverlust des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG“ hingewiesen hat, zumal der mit Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG vergleichbare Art. 3 Abs. 2 und 3 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum allgemeinen Gleichheitssatz eine wichtige und durchaus eigenständige Bedeutung erlangt hat: *Sachs*, ZÖR 1985 (FN 14), S. 305.

53 *VfSlg* 12.568/1990, 12.660/1991. Die Bundesregierung rechtfertigte diese Differenzierung erstens mit dem Argument, die Arbeitskraft lasse bei Frauen früher nach als bei Männern, zweitens meinte sie, Frauen müsse für die bei ihnen typischerweise und nach wie vor bestehende Doppelbelastung ein Ausgleich verschafft werden. Beide Begründungen ließ der Verfassungsgerichtshof nicht gelten: Zum einen konnte die Bundesregierung nämlich nicht belegen, daß die Arbeitskraft bei Frauen generell früher nachlasse, zum anderen war evident, daß die Doppelbelastung zwar viele, aber doch nicht alle Frauen trifft. Frauen, die nicht durch Beruf und Obsorge für Angehörige belastet sind, profitierten daher „unverdient“ von dem niedrigen Pensionsantrittsalter, während jene Frauen, die tatsächlich doppelt belastet sind, davon in wesentlich geringerem Ausmaß Gebrauch machen konnten, weil ihnen die für einen vorzeitigen Pensionsantritt erforderlichen Versicherungszeiten regelmäßig fehlten. Die Festlegung eines unterschiedlichen Pensionsalters für Frauen und Männer war daher, wie der Verfassungsgerichtshof feststellte, „kein geeignetes Mittel ... , um den Unterschieden in der gesellschaftlichen Rolle der Frauen und Männer angemessene Rechnung zu tragen“.

54 *VfSlg* 11.774/1988, 13.038/1992. Dies, obwohl das Nachtarbeitsverbot, wie der Gerichtshof selbst zugestand, neben gewissen Vorteilen auch Nachteile mit sich brachte. Der Verfassungsgerichtshof meinte aber, diese Nachteile gegen die Vorteile abzuwägen, sei Aufgabe des Gesetzgebers. Zu diesem Ergebnis wäre er wohl nicht gelangt, wenn er ebenso streng wie beim ungleichen Pensionsalter geprüft hätte, ob das Nachtarbeitsverbot überhaupt geeignet ist, doppelt belastete Frauen vor Nachtarbeit zu schützen: Da das Nachtarbeitsverbot an der Doppelbelastung der Frauen nichts ändert, kann es nur dazu führen, daß jene Hausarbeiten, die vorher tagsüber erledigt wurden, soweit als möglich in die Nacht verlegt werden. Die „[konkrete] Gefahr einer Mehrbelastung durch die Nachtarbeit“ wird insofern durch ein Verbot der Nachtarbeit gerade *nicht* hintangehalten; die Nachtarbeit wird nur für die Öffentlichkeit unsichtbar gemacht. Jene Tätigkeiten, die (wie die Kinderbetreuung) nur untertags verrichtet werden können, müssen bei einem Nachtarbeitsverbot entweder einer anderen Person übertragen werden oder sie stehen – wenn eine solche Aufsichtsperson nicht vorhanden bzw. finanzierbar ist – einer Tagesarbeit der Frau überhaupt entgegen. In diesen Fällen hat das Nachtarbeitsverbot nur den Effekt, daß den betroffenen Frauen die Erledigung ihrer doppelten Aufgaben erschwert wird; an ihrer Doppelbelastung selbst ändert sich dadurch aber nichts.

55 *VfSlg* 13.038/1992.

arbeit zu verzichten“. Nicht zuletzt durch diese Entscheidungen hat sich der Verfassungsgerichtshof den Vorwurf zugezogen, mit zweierlei Maß zu messen: besonders streng dann, wenn Männer benachteiligt sind, besonders milde aber, wenn es um die Benachteiligung von Frauen geht⁵⁶.

Stellt man Pensionserkenntnis und Nachtarbeitserkenntnis einander gegenüber, kann dieser Eindruck tatsächlich entstehen. Betrachtet man die Judikatur als Ganzes, scheint dieser Vorwurf aber *so* nicht berechtigt zu sein. Für ein Gesamturteil müßte vielmehr auch veranschlagt werden, daß der Verfassungsgerichtshof bereits in zwei Fällen eine mittelbare Diskriminierung von Frauen gesehen und als gleichheitswidrig qualifiziert⁵⁷ und eine frauenbevorzugende Quotenregelung (ohne Öffnungsklausel) nicht in Prüfung gezogen hat, obwohl er dazu Gelegenheit gehabt hätte⁵⁸. Daß Männern im Gegensatz zu Frauen nur ein Karenzurlaub, nicht aber auch ein Karenzurlaubsgeld gewährt wurde, schien dem Verfassungsgerichtshof sogar so unbedenklich, daß er die Behandlung einer dagegen erhobenen Beschwerde ablehnte⁵⁹.

Ungeachtet dessen ist kaum zu bestreiten, daß die Judikatur im Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG schwankt und an geschlechtsspezifische Differenzierungen manchmal einen strengen und dann wieder einen milden Maßstab anlegt: Die beiden genannten Erkenntnisse zu Pensionsalter und Nachtarbeitsverbot markieren die zwei Extrempole, zwischen denen sich die Judikatur bewegt. Sie zeigen, daß die Beurteilung geschlechtsspezifischer Differenzierungen unter anderem entscheidend davon abhängt, ob dem Gesetzgeber eine Durchschnittsbetrachtung gestattet wird oder nicht. Die Durchschnittsbetrachtung ist freilich nichts anderes als eine Verallgemeinerung und Typisierung, die unversehens in ein Stereotyp und in ein Vorurteil umschlagen kann: so in die Annahme, die Arbeitskraft von Frauen lasse früher nach als die der Männer; Frauen bedürften eines paternalistischen Schutzes vor Nachtarbeit, den Männer nicht benötigen;

56 In diese Richtung z.B. *Siegmund-Ulrich*, Zur Ambivalenz des gleichen Rechts, ÖZP 1994, S. 151 (152 ff.).

57 S. *VfSlg* 13.558/1993 sowie den Prüfungsbeschuß zu *VfSlg* 15.368/1998.

58 S. *VfSlg* 14.368/1995 und 14.370/1995.

59 Auch die daraufhin erhobene Beschwerde an den *EGMR* blieb erfolglos: *EGMR*, Urt. v. 27.3.1998, *Petrovic J.* Österreich, ÖJZ 1998, S. 516. Zuzugestehen ist freilich, daß Frauen nur formal bevorzugt werden, wenn Männer vom Karenzurlaubsgeld ausgeschlossen bleiben. Denn dies wird zur Folge haben, daß Männer nicht oder in signifikant geringerem Ausmaß dazu bereit sind, Karenzurlaub zu nehmen; die Kinderbetreuung wird dann weiterhin mehrheitlich den Frauen überlassen bleiben, was sie in ihrem beruflichen Fortkommen zumindest bremst.

aber auch: Nur Frauen sind doppelt belastet, Männer sind das nie; sind sie es ausnahmsweise doch, so ist dies unbeachtlich. Selbst wenn sich hinter der Durchschnittsbetrachtung kein Stereotyp verbirgt, führt sie dazu, daß der Einzelne nicht als Individuum, sondern nur als Teil eines Kollektivs wahrgenommen und behandelt wird: Da viele Frauen angeblich Schutz vor Nachtarbeit benötigen, müssen sich alle Frauen so behandeln lassen, als benötigten sie einen solchen Schutz. Da die meisten Männer nur berufstätig sind, müssen sich auch Männer, die zusätzlich zu ihrem Beruf die Betreuung von Angehörigen und Haushalt übernehmen, so behandeln lassen, als wären sie nicht doppelt belastet. Wer den herkömmlichen Vorstellungen, wie eine Frau als Frau und wie ein Mann als Mann zu leben haben, nicht entspricht, wird also benachteiligt.

Sieht man den Schutzzweck des Art. 7 B-VG darin, daß sich der Einzelne frei von solchen Klischees und Rollenzuschreibungen entfalten können soll, dann ist bei Durchschnittsbetrachtungen, die an das Geschlecht anknüpfen, ganz allgemein größte Vorsicht geboten. Dogmatisch bedeuten sie für denjenigen, der nicht dem „Durchschnitt“ entspricht und dadurch das Nachsehen hat, einen Eingriff in sein durch Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG garantiertes Recht, nicht allein aufgrund seines Geschlechts benachteiligt zu werden. Gesteht man diesem Recht ein Schwellengewicht zu, dann ist ein solcher Eingriff nur erlaubt, wenn er zur Erreichung eines schwerwiegenden Zieles geeignet und erforderlich ist. Durchschnittsbetrachtungen beruhen nun aber zumeist auf der Überlegung, daß die Bedachtnahme auf den atypischen Fall für den Gesetzgeber zu kompliziert und für die Vollziehung zu aufwendig wäre.

Derartige Zweckmäßigkeitserwägungen unbesehen als Rechtfertigung für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung zu akzeptieren, hieße, dem Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG jede Bedeutung zu nehmen. Denn die in dieser Bestimmung garantierte Anerkennung des Einzelnen als Person und Individuum hinge dann letztlich davon ab, ob sich der Staat diese Anerkennung leisten will oder nicht. Eine Benachteiligung des „atypischen Falles“ wird daher im Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG regelmäßig nicht in Kauf genommen werden können, mag die inkriminierte Differenzierung auch für den „Durchschnittsfall“ gerechtfertigt sein. Legt man diese Maßstäbe an, dann wäre die weit überwiegende Zahl der geschlechtsspezifischen Differenzierungen, die bislang beim Verfassungsgerichtshof bekämpft worden sind, als unzulässig zu qualifizieren gewesen, das ungleiche Pensionsalter also ebenso wie das Nachtarbeitsverbot für Frauen: Letzteres war bereits für die „typische“, also doppelt belastete Frau zur Ziel-

erreichung ungeeignet⁶⁰; umso weniger hätte dann aber die Benachteiligung der „atypischen“ Frau hingenommen werden dürfen.

Daß das Verbot bestimmter Vorrechte in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG seine Bedeutung in der Judikatur heute praktisch verloren hat, ist kein Einzelschicksal. Der Verfassungsgerichtshof tendiert ganz allgemein dazu, spezielle Gleichheitssätze in ihrer Eigenständigkeit abzuwerten. Es kommt durchaus vor, daß der Gerichtshof eine Norm zuerst am allgemeinen Gleichheitssatz prüft und für zulässig befindet, um dann festzustellen, daß sie gerade deshalb auch mit einem speziellen Gleichheitssatz, etwa mit Art. 5 7. ZP EMRK vereinbar sei⁶¹. Legt eine Behörde ein Gesetz so aus, daß es behinderte Menschen benachteiligt, so stellt der Verfassungsgerichtshof zwar fest: Die Benachteiligung Behinderter ist seit 1997 durch Art. 7 Abs. 1 Satz 3 B-VG ausdrücklich verboten. Aufgehoben wird der Bescheid dann aber doch mit der Begründung, er verletze den allgemeinen Gleichheitssatz⁶². Ganz ähnlich ist es auch dem Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ergangen⁶³: Es steht ganz im Schatten des allgemeinen Gleichheitssatzes⁶⁴ und tritt aus diesem nur dann hervor, wenn dem Ver-

60 S. dazu schon oben in FN 54.

61 S. z.B. *VfSlg* 13.661/1993, 14.301/1995; s. auch *Stolzlechner*, Art. 5 des 7. ZPMRK – Lediglich ein „Spezieller Gleichheitssatz“ oder ein positives Gleichbehandlungsgebot?, *ÖJZ* 1996, S. 361 ff.

62 *VfSlg* 16.350/2001; unklar in dieser Hinsicht auch *VfGH* 16.3.2006, G 85/05 u.a.

63 Die EMRK steht in Österreich in Verfassungsrang: Art. II Ziff. 7 des Bundesverfassungsgesetzes vom 4. März 1964, mit dem Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden (BGBl 1964/59 i.d.F. BGBl 1968/68).

64 So beantwortet der Verfassungsgerichtshof den Vorwurf einer Diskriminierung i.S.d. Art. 14 EMRK immer wieder mit Erwägungen zum allgemeinen Gleichheitssatz, aus denen dann auf die Vereinbarkeit der beanstandeten Maßnahme mit Art. 14 EMRK geschlossen wird (z.B. *VfSlg* 6755/1972). Manchmal stützt er seine gleichheitsrechtlichen Erwägungen sogar gleichzeitig auf Art. 2 StGG, Art. 7 B-VG und Art. 14 EMRK, so als wäre diesen Vorschriften der gleiche Prüfungsmaßstab zu entnehmen (z.B. *VfSlg* 7973/1976, implizit auch *VfSlg* 16.374/2001, s. dazu noch unten III.2., FN 80). Bisweilen verneint der Verfassungsgerichtshof die Anwendung des Art. 14 EMRK auch zu voreilig mit dem Argument, ein anderes Konventionsrecht sei nicht berührt, so, wenn er annimmt, Grundverkehrsbeschränkungen seien an Art. 14 EMRK nicht zu prüfen, weil die EMRK ein Recht auf freien Liegenschaftsverkehr nicht garantiere (z.B. *VfSlg* 12.704/1991; zuvor schon *VfSlg* 7138/1973, 7408/1974, 7581/1975), was in Ansehung der Eigentumsgarantie des Art. 11. ZP EMRK zweifelhaft erscheint (so der Sache nach wohl auch *VfSlg* 13.245/1992). In manchen Entscheidungen schien der Verfassungsgerichtshof sogar anzunehmen, daß die Anwendung des Art. 14 EMRK einen Eingriff oder gar die Verletzung eines Konventionsrechts voraussetze (s. z.B. *VfSlg* 10.915/1986). Der Judikatur der Straßburger Organe entspricht dies jedenfalls nicht, s. zu dieser m.w.N. z.B. *Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert*, EMRK-Kommentar, ¹⁹⁹⁶1996, S. 437.

fassungsgerichtshof ein Rückgriff auf Art. 7 B-VG nicht ohne weiteres möglich erscheint⁶⁵ oder wenn Art. 14 EMRK in einer praktisch gleichgelagerten Sache bereits vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angewendet worden ist⁶⁶.

2. Das verlorene Auslegungspotential

Mit dem Geltungsverlust der speziellen Gleichheitsgebote ist auch ein Auslegungspotential für den allgemeinen Gleichheitssatz verlorengegangen, das der Verfassungsgerichtshof am Beginn seiner Judikatur durchaus noch genutzt hat⁶⁷. Gewiß ist dieser Judikatur entgegenzuhalten, daß sich der allgemeine Gleichheitssatz nicht ausschließlich gegen Ungleichbehandlungen wenden kann, die an persönliche Merkmale anknüpfen, schon deshalb, weil jede Ungleichbehandlung, nach welchem Kriterium sie auch vorgenommen sein mag, *immer* Personenbezug hat⁶⁸. Der Grundgedanke dieser Judikatur war aber doch beachtlich, denn er extrapoliert ein zentrales Anliegen des Gleichheitssatzes: die Anerkennung des Einzelnen als Person und als Individuum, das ein Recht darauf hat, in seinem teils schicksalhaft vorgegebenen, teils frei gewählten „So-Sein“ respektiert und nicht bloß als Teil eines Kollektivs betrachtet und behandelt zu werden. Dieser personale, individualistische Schutzzweck kommt nicht nur im zweiten Satz des Art. 7 Abs. 1 B-VG zum Ausdruck, der den allgemeinen Gleichheitssatz „näher [präzisieren]“ sollte⁶⁹. Auch sonst wird unsere zersplitterte Verfassung nicht müde⁷⁰, an den unterschiedlichsten Stellen immer und immer wieder Differenzierungen nach persönlichen Merkmalen zu verpönen, die dem Einzelnen unabänderlich vorgegeben sind (z.B. Geburt, Rasse, Hautfarbe, Abstammung) oder die – wie Bekenntnis und politische Anschauung – zwar grundsätzlich veränderbar, aber, wenn man sie ernst nimmt, eben gerade

65 S. etwa *VfSlg* 14.863/1997: Aufenthaltsrechtliche Benachteiligung der Drittstaatsangehörigen eines Österreicherers im Verhältnis zu den Drittstaatsangehörigen anderer EWR-Bürger.

66 S. *EGMR*, Urt. v. 16.9.1996, *Gaygusuz .J.* Österreich, RJD 1996-IV, S. 1141, sowie *ÖJZ* 1996, S. 955, betreffend die Benachteiligung Fremder bei der Gewährung von Notstandshilfe, und dann *VfSlg* 15.129/1998, 15.506/1999.

67 S. oben I.2.

68 S. etwa *Günter Dürig*, in Theodor Maunz/ders., Grundgesetz, Art. 3 Abs. 1 RN 309.

69 S. die Nachweise in FN 3.

70 S. Art. 14 Abs. 2 StGG, Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918 (StGBI 1918/3 i.d.F. BGBl 1920/1), Art. 63 und 66 StV St. Germain, Art. 14 EMRK, Art. 14 Abs. 6 vorletzter und letzter Satz B-VG, Art. 1 Abs. 1 BVG-RD.

nicht ohne weiteres austauschbar sind, weil sie für die Identität eines Menschen fundamental prägend und gerade deshalb auch flankierend durch Freiheitsrechte geschützt sind⁷¹. Sieht man in diesen Diskriminierungsverboten den kleinsten gemeinsamen Nenner, dasjenige, was in gleichheitsrechtlicher Hinsicht jedenfalls außer Streit steht, dann müssen Differenzierungen, die ähnlich nahe wie die ausdrücklich verpönten Ungleichbehandlungen an die Person „heranrücken“, auch im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes prima facie unzulässig sein. Derartige Ungleichbehandlungen sind daher nur aus triftigen Gründen erlaubt; insbesondere ist auch hier sorgfältig zu prüfen, ob sie nicht bloß auf Verallgemeinerungen oder Vorurteilen beruhen: Typisierungen und Durchschnittsbetrachtungen, die an solche Merkmale anknüpfen, sind dem Gesetzgeber daher grundsätzlich verwehrt⁷².

Dieser personale und individualistische Schutzzweck des Gleichheitssatzes wird heute in der Judikatur nicht mehr expliziert. Der Sache nach blitzt er aber an verschiedenen Stellen auf, so etwa, wenn der Verfassungsgerichtshof annimmt, eine Benachteiligung unehelicher Kinder sei nur aus sehr gewichtigen Gründen zulässig⁷³, oder wenn er – viel allgemeiner, aber durchaus treffend – feststellt, daß es unsachlich sei, „wenn jemand verhalten wird, für etwas einzustehen, womit ihn nichts verbindet, ... also auch für Umstände, die außerhalb seiner Interessen- und Einflußsphäre liegen“⁷⁴. Wird jemandem eine Haftung für fremde Schulden auferlegt, so bedarf dies nach ständiger Judikatur folglich einer besonderen Rechtfertigung⁷⁵. Auf derselben Ebene liegt die Annahme des Verfassungsgerichtshofs, daß Normen, die ein Verhalten des Rechtsunterworfenen sanktionieren, die Schuld des Betroffenen nicht außer acht lassen dürfen, daß rechtlicher Tadel also individuelle Verantwortlichkeit voraussetzt: Sanktionen, die unabhängig vom Vorliegen einer Schuld verhängt werden oder die außer Verhältnis zur Schuld des Rechtsunterworfenen stehen, sieht der Verfassungsgerichtshof dementsprechend als unsachlich an⁷⁶. Gleiches gilt, wenn der Rechtsunter-

71 So durch die Bekenntnisfreiheit in Art. 14 StGG und Art. 9 EMRK und durch die Meinungsfreiheit in Art. 13 StGG und Art. 10 EMRK.

72 S. auch *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, 31999, S. 402 FN 35.

73 *VfSlg* 12.735/1991, s. auch *VfSlg* 10.036/1984, anders noch *VfSlg* 4678/1964.

74 *VfSlg* 5318/1966.

75 S. z.B. *VfSlg* 15.773/2000, 15.784/2000 m.w.N., sowie den Überblick über die (nicht ganz konsequente) Judikatur bei *Mayr*, Haftung für Abgabenverbindlichkeiten Dritter, *ÖZW* 2001, S. 102.

76 S. z.B. *VfSlg* 9901/1983, 10.597/1985, 10.926/1986, 11.587/1987, 12.240/1989, 15.200/1998, 15.216/1998, 17.077/2003.

worfene durch eine Norm zu einem Verhalten verpflichtet wird, das zu setzen ihm aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht möglich ist⁷⁷. In jedem dieser Fälle wird der Einzelne – nicht anders als bei diskriminierenden Vorschriften – für Umstände zur Verantwortung gezogen, über die er nicht oder nicht zumutbar disponieren kann.

Diesen Leitgedanken des Gleichheitssatzes einmal explizit zu machen, wäre lohnend, nicht zuletzt, um seine konsequente Verfolgung sicherzustellen. Keine zureichende Beachtung hat der Schutzzweck des Gleichheitssatzes bisher etwa bei Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Ausrichtung gefunden, die dem Einzelnen (wie das Geschlecht) unabänderlich vorgegeben ist und die den innersten Bereich seiner Person berührt: § 209 StGB a.F., der nur homosexuelle Handlungen mit Jugendlichen zwischen vierzehn und achtzehn Jahren unter Strafe stellte, heterosexuelle Handlungen also straffrei beließ, blieb dementsprechend jahrzehntelang unbeanstandet. Nachdem der Verfassungsgerichtshof zwei Anträge, diese Strafbestimmung als gleichheitswidrig aufzuheben, mit zweifelhafter Begründung zurückgewiesen hatte⁷⁸, erklärte er einen dritten Prüfungsantrag im Jahr 1989 für zulässig, sah ihn aber als unbegründet an. Der Annahme des Gesetzgebers, Jugendliche zwischen vierzehn und achtzehn Jahren müßten vor der Herausbildung einer „fehlgeleiteten“ Sexualität geschützt werden und könnten auch geschützt werden, weil sie in ihrer sexuellen Ausrichtung noch „prägnant“ seien, trat der Verfassungsgerichtshof nicht entgegen, obwohl die „Prägungstheorie“ zum damaligen Zeitpunkt bereits wissenschaftlich falsifiziert, also nur mehr ein Vorurteil war⁷⁹.

Im Jahr 2001 wurde § 209 StGB a.F. zum vierten Mal beim Verfassungsgerichtshof bekämpft; das antragstellende Oberlandesgericht berief sich dabei nicht nur auf den allgemeinen Gleichheitssatz, der im Vorerkenntnis angewendet worden war, sondern auch auf Art. 14 EMRK. Dennoch wurde sein Prüfungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, das antragstellende Gericht habe nicht deutlich genug dargelegt, warum der Verfassungsgerichtshof nun zu einer anderen Auffassung gelangen sollte als in seiner Vorentscheidung⁸⁰. Ein zweiter, nun detaillierter ausgeführter Normprü-

77 S. z.B. *VfSlg* 6694/1972, 8322/1978, 15.773/2000.

78 *VfSlg* 11.505/1987 und 12.182/1989 sowie EuGRZ 1992, S. 505; s. die Kritik an beiden Zurückweisungen bei *Wiederin*, EuGRZ 1992, S. 509 f.

79 S. auch dazu *Wiederin*, EuGRZ 1992, S. 510 f.

80 Implizit geht diese Zurückweisung davon aus, daß eine Norm, die mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar ist, auch Art. 14 EMRK nicht verletzen kann. Diese Annahme trifft jedoch nicht zu; denn eine Prüfung nach Art. 14 EMRK setzt auch einen Vergleich

fungsantrag desselben Oberlandesgerichtes veranlaßte den Verfassungsgerichtshof zwar dazu, § 209 StGB a.F. als gleichheitswidrig aufzuheben.

Der eigentlich wunde Punkt der Strafbestimmung, die Diskriminierung Homosexueller, blieb allerdings auch in dieser Entscheidung unausgesprochen⁸¹ und wurde erst vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte explizit gemacht⁸²: Nachdem die Prägungstheorie verworfen wurde und ein einheitliches Schutzalter zum europäischen Konsens geworden ist, kam, wie der Gerichtshof festhielt, in § 209 StGB a.F. nur mehr das *Vorurteil einer heterosexuellen Mehrheit gegenüber einer homosexuellen Minderheit* zum Ausdruck. Ein solches Vorurteil könne eine Ungleichbehandlung aber ebensowenig rechtfertigen wie entsprechende Vorurteile gegen eine bestimmte Rasse, Herkunft oder Hautfarbe eine rechtliche Unterscheidung begründen können⁸³. Eine derart deutliche Aussage hätte man sich auch

mit den Rechtsordnungen der anderen Konventionsstaaten voraus. Ein solcher Vergleich hätte aber gezeigt, daß die Vertragsstaaten der EMRK das Schutzalter für Homosexualität fast durchgehend an das allgemeine Schutzalter angeglichen haben (s. dazu *Homosexuelle Initiative Wien*, Strafrechtsvergleich. Bestimmungen zur Homosexualität in Europa, 2002, sowie den bei *Ebensperger/Murschetz*, Zur Legitimation des § 209 StGB, RZ 2002, S. 150 [152], angestellten Rechtsvergleich mit anderen EU-Staaten). Schon aus diesem Grund, dann aber auch in Ansehung der jüngeren Straßburger Judikatur, die für Benachteiligungen aufgrund der sexuellen Ausrichtung besonders schwerwiegende und überzeugende Gründe verlangt (s. m.w.N. *Christoph Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2005, S. 381, RN 15), hätte die Vereinbarkeit des § 209 a.F. StGB mit Art. 14 EMRK zweifelhaft erscheinen müssen. Daß der Verfassungsgerichtshof diese Strafbestimmung rund zwölf Jahre zuvor am allgemeinen Gleichheitssatz geprüft und für zulässig befunden hatte, änderte daran nichts und konnte einer Kontrolle dieser Norm an Art. 14 EMRK richtigerweise auch prozessual nicht im Wege stehen.

- 81 Beanstandet wurde nur, daß eine homosexuelle Beziehung zwischen männlichen Jugendlichen verschiedenen Alters nach § 209 StGB a.F. zunächst straffrei bleibe, sodann (sobald einer der beiden Partner das 19. Lebensjahr vollendet hat) strafbar werde, um mit Erreichen des 18. Lebensjahres des anderen Partners wiederum straffrei zu werden. Diese wechselnde Strafbarkeit im zeitlichen Verlauf sei „in sich“ unsachlich und verletze daher den allgemeinen Gleichheitssatz: *VfSlg* 16.565/2002.
- 82 Dieser hatte rund ein halbes Jahr nach der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs über mehrere Beschwerden betreffend § 209 StGB a.F. zu entscheiden. Die bekämpfte Bestimmung war zu diesem Zeitpunkt zwar schon durch den Verfassungsgerichtshof aus dem Rechtsbestand beseitigt worden, da diese Aufhebung aber weder ausdrücklich noch der Sache nach auf die Konventionswidrigkeit des § 209 StGB a.F. zurückzuführen war, betrachtete der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Beschwerdeführer weiterhin als „Opfer“ i.S.d. Art. 34 EMRK: *EGMR*, Urt. v. 9. 1. 2003, Appl. 45330/99, § 35; im Fall *EGMR*, Urt. v. 9. 1. 2003, Appl. 39392/98, 39829/98, § 43, ergab sich die Opfereigenschaft schon aus der Tatsache, daß die Beschwerdeführer nach § 209 StGB a.F. verurteilt worden waren.
- 83 *EGMR*, Urt. v. 9. 1. 2003, Appl. 45330/99, §§ 41 ff.; Urt. v. 9. 1. 2003, Appl. 39392/98, 39829/98, §§ 47 ff.

vom Verfassungsgerichtshof erwarten können, und zwar nicht nur unter dem Titel des Art. 14 EMRK, sondern nach der Falsifizierung der Prägungstheorie auch unter dem des Art. 7 B-VG. Seine Entscheidung zeigt, daß die Einebnung des gleichheitsrechtlichen Prüfungsmaßstabes auf *ein* Niveau („Ungleichbehandlungen bedürfen einer sachlichen Rechtfertigung“) dazu führen kann, daß offenkundige Diskriminierungen unausgesprochen bleiben und von anderen, weniger gravierenden Gleichheitsfragen verdrängt werden. Dies ist nicht nur rechtsdogmatisch bedenklich; für den Betroffenen ist auch keineswegs gleichgültig, mit welcher Begründung eine Norm als verfassungswidrig aufgehoben wird. Denn das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes zwingt den Gesetzgeber nur dazu, eine wechselnde Abfolge von Strafbarkeit und Strafflosigkeit innerhalb ein und derselben Beziehung zu vermeiden⁸⁴; vor der Wiedereinführung eines höheren Schutzalters für Homosexualität schützt diese Entscheidung nicht.

IV. Gleichheit und Verhältnismäßigkeit

Erkennt man an, daß der allgemeine Gleichheitssatz dem Einzelnen ein – durch Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG exemplarisch verdeutlichtes – *prima facie*-Recht vermittelt, nicht für Umstände benachteiligt zu werden, die sich seiner zumutbaren Disposition entziehen, dann ist einerseits durchaus plausibel, daß die Gleichheitskontrolle in bestimmten Fällen die Form einer Verhältnismäßigkeitsprüfung annehmen kann. Die in der neueren Judikatur entwickelte Formel, Ungleichbehandlungen müßten verhältnismäßig sein, scheint dann aber andererseits in dieser Allgemeinheit zu weit zu sein. Denn eine Verhältnismäßigkeitsprüfung kann sinnvoll nur durchgeführt werden, wenn ein Konflikt zwischen zwei Interessen besteht, von denen einem ein gewisses Schwellengewicht zukommt. Nur dann ist ja die Forderung berechtigt, daß dieses eine Interesse schonend behandelt, also nicht weiter beschränkt wird, als zur Erreichung eines anderen Zieles geeignet, erforderlich und i.e.S. verhältnismäßig ist⁸⁵. Daß der Gleichheitssatz nun *prima facie* die Gleichbehandlung eines jeden in jeder Hinsicht gebietet, so daß jede Ungleichbehandlung als „Eingriff“ in den Gleichheitssatz anzusehen und daher mit dem „Interesse an der Gleichbehandlung“ abzuwägen ist, kann jedoch nicht richtig sein:

84 S. FN 81; s. nun auch *VfGH* 10. 10. 2005, G 87/05 u.a.; 24.1.2006, G 87/05 u.a.

85 Eingehend dazu *Stefan Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 107 ff.

Gegen eine solche Annahme spricht erstens die Entstehungsgeschichte des Gleichheitssatzes, der sich nie – nicht in der Pillersdorff'schen Verfassung 1848, nicht im Kremser Grundrechtsentwurf 1848/49, nicht in der Märzverfassung 1849 oder im Sylvesterpatent 1851, nicht im Staatsgrundgesetz 1867 und auch nicht im Bundes-Verfassungsgesetz – gegen die Differenzierung *an sich* gewendet hat, sondern stets nur gegen ganz bestimmte Ungleichbehandlungen. Zweitens würde eine solche Annahme – konsequent zu Ende gedacht – zu unhaltbaren Ergebnissen führen: Erklärte die Verfassung nämlich schon die Differenzierung an sich für suspekt, dann müßte die gesamte Rechtsordnung unter dem Verdacht der Gleichheitswidrigkeit stehen, weil doch jede Norm notwendig differenziert und daher gleichheitsrechtlich immer schon an sich bedenklich sein müßte. Nun ist zwar der Glaube, der Gesetzgeber sei allein durch seine demokratische Legitimation ein zureichender Garant für die Gleichheit, im Laufe der Entwicklung immer mehr verlorengegangen⁸⁶. Aber die Erschütterung dieses Glaubens kann doch nicht so weit gegangen sein, daß der Gesetzgeber, sobald er tätig wird, schon in den Verdacht gerät, den Gleichheitssatz zu verletzen. Daß die Verfassung den Gesetzgeber einerseits zur Normsetzung und damit zur Differenzierung ermächtigt, ihm aber andererseits das Mißtrauen ausspricht, sobald er von dieser Ermächtigung Gebrauch macht, kann daher nicht unterstellt werden.

Tatsächlich liegt auch der Judikatur ein derart radikales Prinzipienverständnis nicht zugrunde. Der Verfassungsgerichtshof erläutert das allgemeine Sachlichkeitsgebot zwar dahin, daß Ungleichbehandlungen auf einem vernünftigen Grund beruhen müssen und nicht unverhältnismäßig sein dürfen. Aber er betrachtet keineswegs jede Differenzierung als suspekt und prüft dementsprechend auch nicht jede Ungleichbehandlung auf ihre Verhältnismäßigkeit. Bisweilen lehnt der Gerichtshof eine Gleichheitsprüfung sogar von vornherein mit der Begründung ab, zwei Sachverhalte seien gar nicht miteinander vergleichbar⁸⁷ oder doch verschiedenen „Ordnungssystemen“ zuzuordnen, die ihrerseits grundsätzlich nicht zueinander in Vergleich zu

86 S. allgemein zu diesem Vertrauensverlust *Starck*, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Christoph Link (Hg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von Gerhard Leibholz, 1982, S. 51 (52); *Huster* aaO., S. 17; *Berka*, Konkretisierung und Schranken der Grundrechte, ZÖR 1999, S. 31 (43).

87 S. z.B. *VfSlg* 10.064/1984 (Einkommensteuer einerseits und Schenkungs- und Erbschaftsteuer andererseits), *VfSlg* 10.284/1984 (Verfahren zur Durchführung einer Zwangsversteigerung und zur Durchführung einer freiwilligen Feilbietung), *VfSlg* 11.373/1987 (Detailregelungen der Haupt- und der Untermiete).

bringen sind⁸⁸. In drei Fallgruppen kommt es allerdings regelmäßig zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, und in einer der drei Gruppen war diese Prüfung der Sache nach schon etabliert, als in den Gleichheitsformeln von ihr noch keine Spur zu sehen war.

1. Durchschnittsbetrachtung, Verwaltungsökonomie und andere externe Zwecke

a) Durchschnittsbetrachtung und Verwaltungsökonomie

Der Verfassungsgerichtshof nimmt – wie wohl jedes andere Verfassungsgericht auch – in ständiger Rechtsprechung an, daß der Gesetzgeber bei der Normsetzung von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und typisieren darf⁸⁹. Derartige Vergrößerungen können aus legistischen Gründen unvermeidlich, aber auch aus verwaltungsökonomischen Erwägungen gerechtfertigt sein. Der dabei vernachlässigte atypische Fall wird dann freilich nicht deshalb gleich oder ungleich behandelt, weil er gleich oder ungleich *ist*, sondern weil seine Außerachtlassung unumgänglich oder doch immerhin praktisch und kostengünstig ist⁹⁰. Wesentlich Gleiches muß also – auch wenn die Judikaturformeln bisweilen anderes suggerieren – nicht jedenfalls gleich und wesentlich Ungleiches muß auch nicht zwingend ungleich behandelt werden; vielmehr darf von der eigentlich, prima facie gebotenen Gleich- oder Ungleichbehandlung auch aus bloßen Zweckmäßigkeits-erwägungen abgewichen werden.

Denjenigen, der bei einer solchen Vergrößerung benachteiligt wird, kann es freilich kaum zufriedenstellen, wenn er mit seinem Wunsch nach (Un-) Gleichbehandlung darauf verwiesen wird, daß er nicht dem Durchschnitt entspricht, sondern nur ein atypischer Fall ist, den zu berücksichtigen dem Staat zu aufwendig und zu kostspielig ist. Denn die in Art. 7 Abs. 1 B-VG anerkannte Gleichwertigkeit aller Bürger legt doch nahe, daß es jeder und damit auch der Atypische und Außenseiter dem Staat wert sein müßte, berücksichtigt zu werden. Klar ist aber auch, daß die Verfassung das Ver-

88 S. z.B. *VfSlg* 10.084/1984 (Disziplinargesetze für verschiedenartige Bundesdienstzweige), *VfSlg* 10.770/1986 (unterschiedliche Regelungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in verschiedenen Verfahrensgesetzen), *VfSlg* 13.829/1994 (Ansprüche aus der Sozialversicherung und aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis).

89 *VfSlg* 3595/1959, 4289/1962, 5318/1966, 7471/1971, 8457/1978, 8871/1980, 10.089/1984, 11.615/1988, 14.268/1995, 15.819/2000, 17.067/2003; *VfGH* 17. 3. 2006 V 24/05.

90 S. auch *Huster* (FN 85), S. 260.

sprechen, niemanden jemals zu übergehen, weder vorbehaltlos geben kann noch gibt: Wenn sie Gleichheit „*vor dem Gesetz*“ verspricht, dann eben nur im Rahmen dessen, was dem Gesetzgeber und der Vollziehung realistisch-möglich ist. Nur „vor dem Gesetz“ und das heißt: vor der ihm eigenen Tendenz zur Generalisierung sind daher alle Staatsbürger gleich⁹¹. So besehen ist auch der Gleichheitssatz ein Grundrecht, das unter Gesetzesvorbehalt steht. Auch er hat – nicht anders als die Freiheitsrechte – *ein* ganz grundlegendes Spannungsverhältnis zu bewältigen: Er muß zwischen Individuum und Kollektiv vermitteln, zwischen dem Bedürfnis des Menschen, in seiner Eigenheit nicht übergangen zu werden, seinem Interesse, nicht allein deshalb benachteiligt zu werden, weil er atypisch, über- oder unterdurchschnittlich ist, zwischen dem Wunsch nach Individualität und „Einzelfallgerechtigkeit“ einerseits und der Generalisierung, die mit der Allgemeinheit des Gesetzes und seiner effizienten Vollziehung notwendig einhergeht.

Bedenkt man dies, dann ist keineswegs verwunderlich, sondern sogar besonders plausibel, daß der Verfassungsgerichtshof die Frage, wie stark der Gesetzgeber bei der Normsetzung vergrößern darf, seit vielen Jahren mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung beantwortet: Das Ausmaß der bei einer Durchschnittsbetrachtung hinzunehmenden Härtefälle hängt nach der Judikatur nämlich unter anderem vom „Gewicht der angeordneten Rechtsfolgen“ ab⁹², und auch verwaltungsökonomische Überlegungen können nach ständiger Rechtsprechung nicht jede Art der Regelung rechtfertigen. Die erzielten Einsparungseffekte müssen vielmehr in einem „angemessenen Verhältnis zur damit in Kauf genommenen differenzierten Behandlung ihrer Adressaten stehen“⁹³. Der Sache nach behandelt der Verfassungsgerichtshof damit Abweichungen von dem Differenzierungsschema, das der Norm eigentlich zugrundeliegt, wie einen „Eingriff“ in den Gleichheitssatz⁹⁴. Dies kommt besonders klar zum Ausdruck, wenn der Gerichtshof

91 Gerade diese Generalisierung verspricht ja ihrerseits ein hohes Maß an Rechtsgleichheit (s. *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG, 72.005, Art. 3 Abs. 1, RN 7). Da das Gesetz Distanz nimmt vom Einzelfall, muß es auf Gründen beruhen, die verallgemeinerungsfähig sind, und das heißt auch: die die Zustimmung aller finden können.

92 *VfSlg* 8871/1980, 10.180/1984, 11.155/1986, 13.890/1994, 15.819/2000, 17.070/2003.

93 *VfSlg* 11.201/1986, 11.630/1988, s. auch *VfSlg* 16.534/2002: „dem Gesetzgeber [ist es] gestattet, eine einfache und leicht handhabbare Regelung zu treffen. Nun liegt es aber auf der Hand, daß nicht jede Regelung, die einfach und leicht handhabbar ist, damit schon vor dem Gleichheitssatz gerechtfertigt ist.“

94 Gleich schätzt auch *Huster* (FN 85), S. 261 ff., die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein.

feststellt: „der Gleichheitssatz [läßt es] zwar *an sich* zu, auf die Praktikabilität des Gesetzes Bedacht zu nehmen. Doch ist diese Erlaubnis *nicht schrankenlos*; sie findet ihre Grenze dort, wo anderen Überlegungen, die gegen die Regelung sprechen, *größeres Gewicht* beizumessen ist als den verwaltungsökonomischen Erwägungen“⁹⁵. Die Vernachlässigung eines atypischen Falles ist dementsprechend nicht gerechtfertigt, wenn seine Berücksichtigung legistisch ohne weiteres möglich und auch für die Vollziehung nicht mit einem höheren Verwaltungsaufwand verbunden wäre. Denn diesfalls fehlt es bereits an einem legitimen Ziel, um von der eigentlich gebotenen Gleich- oder Ungleichbehandlung abzugehen. Je höher die Zahl der vernachlässigten Fälle ist und je schwerer ihre Benachteiligung wiegt, desto größer müssen auf der anderen Seite auch die Einsparungseffekte für die Vollziehung bzw. die legistischen Schwierigkeiten sein, die eine Erfassung dieser Fälle bereiten würde⁹⁶.

b) Externe Zwecke

So plakativ und eingängig die Formel, wonach Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, also auch sein mag, so wenig darf sie nach dem bisher Gesagten beim Wort genommen werden. Nur die halbe Wahrheit ist auch die Formel, eine Ungleichbehandlung müsse durch wesentliche Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen bzw. durch wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen gerechtfertigt werden können: Denn die Ungleichbehandlung von Gleichem und die Gleichbehandlung von Ungleichen läßt sich auch durch „externe Zwecke“ rechtfertigen, die mit den Eigenschaften der Vergleichsgruppen nichts zu tun haben und folglich auch keine wesentlichen Unterschiede oder Gemeinsamkeiten zwischen ihnen begründen können⁹⁷.

Durchschnittsbetrachtung und Verwaltungsökonomie sind besonders prominente, aber nicht die einzigen Gründe hierfür: Auch wenn ein Staat Niederlassungsbewilligungen an Zuwanderer nur im Rahmen einer jährlich festgelegten Quote erteilt, behandelt er Personen in gleicher Lage ungleich:

95 *VfSlg* 13.726/1994 (Hervorhebungen nicht im Original), s. auch schon *VfSlg* 9524/1982.

96 Das Gewicht einer Benachteiligung ist dabei, wie bereits erwähnt (III.2.), besonders hoch zu veranschlagen, wenn eine Norm an persönliche Merkmale anknüpft, über die der Einzelne nicht oder nicht zumutbar disponieren kann.

97 Daß eine Ungleichbehandlung ihre Legitimation nicht nur aus den Eigenschaften der jeweils verglichenen Gruppen beziehen kann, sondern auch aus Gründen, die gewissermaßen „von außen“ kommen, hat *Huster* (FN 85), S. 47, mit Nachdruck deutlich gemacht.

Anträge, die vor Ausschöpfung der Quote bearbeitet werden, sind (wenn alle sonstigen Voraussetzungen vorliegen) zu bewilligen, Anträge, die nach diesem Zeitpunkt behandelt werden, können nicht positiv beschieden werden. Die Antragsteller werden also ungleich behandelt, *obwohl* zwischen ihnen kein wesentlicher Unterschied besteht, und ein solches System nimmt auch von vornherein nicht für sich in Anspruch, zwischen den Antragstellern zu differenzieren, *weil* sie sich voneinander unterscheiden. Es stützt sich vielmehr auf das – externe – öffentliche Interesse, die jährliche Einwanderung zu begrenzen. Gleiches gilt auch, wenn Arbeitsbewilligungen an Zuwanderer nur im Rahmen eines Kontingents vergeben werden: Ist das Kontingent noch offen, kann die Arbeitsbewilligung erteilt werden; ist das Kontingent erschöpft, wird der Antrag abgewiesen, und zwar auch dann, wenn sich der Antragsteller in nichts von einem Zuwanderer unterscheidet, dessen Antrag im noch offenen Kontingent bewilligt worden ist. Diese Ungleichbehandlung kann nur durch externe, nämlich arbeitsmarktpolitische Ziele gerechtfertigt werden.

Auch in Fällen wie diesen nimmt der Verfassungsgerichtshof der Sache nach eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor: Er hat etwa das Quotensystem im Fremdenrecht nicht dem Grunde nach beanstandet, aber verlangt, daß ein Antrag wegen erschöpfter Quote nicht endgültig abgewiesen wird; seine Behandlung sei vielmehr aufzuschieben, bis ein Quotenplatz zur Verfügung steht⁹⁸. In ähnlicher Weise hat der Verfassungsgerichtshof auch das Kontingentsystem im Ausländerbeschäftigungsrecht dem Grunde nach akzeptiert, sich aber gegen seine völlige Geschlossenheit gewandt: Für besonders berücksichtigungswürdige Fälle müsse es daher Ausnahmen geben⁹⁹. Hier wie dort wird die Ungleichbehandlung gleicher Fälle gestützt auf legitime externe Zwecke also zwar an sich gebilligt, zugleich aber abgeschwächt und gemildert auf das zur Zielerreichung erforderliche und i.e.S. verhältnismäßige Maß.

98 VfSlg 14.191/1995; s. allerdings auch das Erkenntnis VfSlg 17.013/2003, in dem der Verfassungsgerichtshof das im Fremdenrecht (FrG) 1997 festgelegte Quotensystem für den Familiennachzug nach Art. 8 EMRK geprüft und als unzulässig qualifiziert hat.

99 S. VfSlg 14.503/1996, wonach es „unverhältnismäßig und unsachlich“ ist, daß die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung bei Erreichen einer bestimmten absoluten und nicht weiter differenzierenden Höchstzahl ausnahmslos unmöglich ist und im Gesetz auch keine Vorkehrungen getroffen sind, die es der Behörde ermöglichen, innerhalb der Höchstzahl oder bei deren Überschreitung etwa nach der wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Bedeutung der beantragten Bewilligungen zu differenzieren, so daß die Erteilung beispielsweise auch dann nicht möglich ist, wenn die Beschäftigung im öffentlichen oder gesamtwirtschaftlichen Interesse geradezu erforderlich erscheint.

2. Gleichheitssatz und Freiheitsrechte

a) Gleichheitssatz als universales Freiheitsrecht?

Von diesen Fällen abgesehen nimmt der Verfassungsgerichtshof unter dem Titel des Gleichheitssatzes Verhältnismäßigkeitsprüfungen auffallend oft auch dann vor, wenn der Gesetzgeber in ein Freiheitsrecht eingreift. Ein nicht unerheblicher Teil dieser Entscheidungen setzt allerdings nur eine Rechtsprechung fort, die eigentlich schon überwunden sein sollte: Diese – aus heutiger Sicht ältere – Judikatur tendierte dazu, Freiheitsbeschränkungen nicht am direkt betroffenen Freiheitsrecht zu messen, sondern nur am allgemeinen Gleichheitssatz¹⁰⁰. War eine solche Beschränkung zur Zielerreichung ungeeignet, nicht erforderlich oder stand sie außer Verhältnis zum Regelungsziel, dann konstatierte der Verfassungsgerichtshof oft bloß eine Verletzung des „dem Gleichheitssatz immanenten allgemeinen Sachlichkeitsgebotes“¹⁰¹. Dem Befund der Unsachlichkeit ging in diesen Fällen regelmäßig kein Vergleich mit anderen Normen voran: Denn die Unsachlichkeit bestand ja nicht darin, daß Personen in gleicher Lage verschieden schwer belastet worden waren; die inkriminierte Belastung war vielmehr für sich genommen unsachlich. Diese Unsachlichkeit hätte sich daher auch nicht durch eine Ausdehnung der Belastung auf andere Personen sanieren lassen, im Gegenteil: Erst die Beseitigung der beanstandeten Belastung stellte einen verfassungskonformen Zustand her. Das Sachlichkeitsgebot leistete damit freilich nicht mehr, als das betroffene Freiheitsrecht hätte leisten können; in Wahrheit trat es an dessen Stelle.

In der jüngeren Judikatur haben sich zwar viele Freiheitsrechte grundsätzlich vom Gleichheitssatz emanzipiert. Noch immer erläutert der Verfassungsgerichtshof aber bestimmte Freiheitsrechte in gleichheitsrechtlicher Terminologie. So trägt etwa die Grundrechtsformel des Art. 6 StGG, wie *Novak* treffend bemerkt hat, „die Eierschalen des Gleichheitssatzes noch

100 S. schon *Korinek*, in: FS Melichar (FN 17), S. 42, nach dem der Gleichheitsgrundsatz gegenüber der inhaltlich weitgehend zurückhaltenden Grundrechtsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs gleichsam eine gewisse „Surrogat-Funktion“ übernommen hatte, sowie den Befund *Öhlingers*, in: EuGRZ 1982 (FN 34), S. 225, daß der Gleichheitsgrundsatz in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs nicht nur alle anderen Grundrechte quantitativ überragt, sondern geradezu verdrängt; s. auch *Berka*, ZÖR 1999, S. 31 (43).

101 Die völlige Untauglichkeit einer Regelung zur Zielerreichung war sogar einer der ersten Fälle, die der Verfassungsgerichtshof als Beispiel für eine Verletzung des allgemeinen Sachlichkeitsgebotes nannte, s. dazu oben I.5.

auf dem Kopf“¹⁰², wenn der Verfassungsgerichtshof meint, ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit müsse durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, dieser adäquat „und auch sonst sachlich zu rechtfertigen“ sein¹⁰³. In grundsätzlich gleicher Weise nimmt der Gerichtshof an, daß Eigentumsbeschränkungen nur angeordnet werden dürfen, „wenn sie sachlich gerechtfertigt sind, also dem Gleichheitsgrundsatz entsprechen“¹⁰⁴ bzw., wenn sie im öffentlichen Interesse liegen und „nicht unverhältnismäßig und unsachlich“ sind¹⁰⁵. Priorität räumt der Gerichtshof dem Gleichheitssatz nach wie vor im Verhältnis zu der in Art. 4 Abs. 1 StGG gewährten Freizügigkeit ein, die nach ständiger Rechtsprechung nur „im Rahmen der Rechtsordnung“ gewährt ist, während vor unsachlichen Beschränkungen der Gleichheitssatz schützen soll¹⁰⁶.

Diese Grundrechtsformeln erwecken den Eindruck, das eigentliche Bollwerk gegen übermäßige Freiheitsbeschränkungen sei der Gleichheitssatz. Richtigerweise resultiert aber aus dem Freiheitsrecht selbst die – für die Verhältnismäßigkeitsprüfung entscheidende – Wertung, daß ein bestimmter Handlungsspielraum prima facie schützenswert und daher schonungsbedürftig ist. Soweit der Verfassungsgerichtshof im Fall einer Freiheitsverletzung weiterhin einen Widerspruch zum allgemeinen Sachlichkeitsgebot konstatiert, ist dies eine überflüssige, wenn auch unschädliche Verdoppelung des Grundrechtsschutzes¹⁰⁷. Problematisch wird der Rekurs auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot allerdings dann, wenn er das Freiheitsrecht verdrängt, sei es, daß dieses Freiheitsrecht bei der Gesetzesprüfung überhaupt nicht herangezogen wird¹⁰⁸, sei es, daß der Verfassungsgerichtshof

102 Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in: Bernhard Raschauer (Hg.), FS G. Winkler, 1989, S. 39 (58).

103 Z.B. VfSlg 10.179/1984, 10.932/1986, 11.276/1987, 12.383/1990, 12.677/1991, 13.955/1994, 15.700/1999, 16.688/2002, 17.312/2004; VfGH 5. 10. 2006, G 39/06, V 26/06.

104 VfSlg 11.689/1988 (Hervorhebung nicht im Original); s. auch VfSlg 16.957/2003.

105 S. z.B. VfSlg 14.503/1996, 15.771/2000, 16.636/2002.

106 S. m.w.N. Pöschl, in: Karl Korinek/Michael Holoubek (Hg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Loseblattausg. 1999 ff. (2005), hier: 5. Lfg., Bd. III, Art. 4 StGG, RN 43.

107 Nicht selten werden Gleichheits- und Freiheitsprüfung auch gar nicht formal voneinander getrennt, sondern gemeinsam durchgeführt, s. z.B. VfSlg 15.700/1999 (Konkurrenzschutz für Skischulen – Verletzung der Erwerbsfreiheit und des allgemeinen Sachlichkeitsgebotes).

108 S. z.B. VfSlg 13.011/1992, wonach die Verlängerung der Dauer der praktischen Verwendung bei einem Rechtsanwalt als Voraussetzung für die Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte von fünf auf sechs bzw. sieben Jahre gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße, weil es für diese Verschärfung der Berufsvoraussetzung keine sachliche Rechtfertigung gebe; zu demselben Ergebnis wäre man gelangt, wenn die inkriminierte Ver-

eine Norm zuerst am allgemeinen Sachlichkeitsgebot prüft, als zulässig qualifiziert und aus diesem Befund dann auf die Vereinbarkeit der Norm auch mit dem Freiheitsrecht schließt¹⁰⁹. Eine solche, in der Judikatur zum Teil auch heute noch anzutreffende Vorgangsweise deutet nicht nur den Gleichheitssatz in ein universales Freiheitsrecht um, das alle ausdrücklichen Freiheitsgarantien überflüssig erscheinen läßt. Sie unterwandert auch die Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers, nur *bestimmte* Lebenssachverhalte unter den besonderen Schutz der Verfassung zu stellen. Daß die Verfassung an die Zulässigkeit von Freiheitsbeschränkungen differenzierte Anforderungen stellt, je nachdem, ob eine Freiheit speziell garantiert ist oder nicht, kann dann nicht mehr zureichend berücksichtigt werden, weil der Prüfungsmaßstab durch das *allgemeine* Sachlichkeitsgebot auf *ein* Niveau eingeebnet wird, das in manchen Fällen zu hoch, in anderen hingegen zu niedrig sein kann.

Kein Gleichheits-, sondern ein Freiheitsproblem liegt daher vor, wenn zu prüfen ist, ob ein Eingriff in ein Freiheitsrecht zu weit reicht, weil er für alle Normadressaten oder für einen Teil von ihnen unverhältnismäßig schwer wiegt: Diesfalls läßt sich zwar sagen, die unverhältnismäßig schwer belastete Personengruppe unterscheide sich wesentlich von den anderen Personen, deren Freiheit beschränkt worden ist; sie sei daher ungleich zu behandeln. Die wesentlichen Unterschiede zwischen diesen beiden Vergleichsgruppen bestehen dann aber stets in jenen Umständen, die den Eingriff für die eine Gruppe verhältnismäßig und für die andere unverhältnismäßig machen. Bezogen auf *diese* Differenzierung kann die Gleichheitsprüfung nie zu einem anderen Ergebnis führen als die Freiheitsprüfung, weil das Verhältnismäßigkeitsgebot des Freiheitsrechtes im Rahmen der Gleichheitsprüfung

wendungsdauer als Eingriff in die – primär betroffene – Erwerbsfreiheit auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft worden wäre (anders dann aber *VfSlg* 13.575/1993, wo die Verwendungsdauer sowohl am Gleichheitssatz als auch an Art. 6 StGG geprüft wurde); s. auch das Erkenntnis *VfSlg* 13.363/1993, in dem der Verfassungsgerichtshof ein Prostitutionsverbot am allgemeinen Gleichheitssatz überprüft und im Hinblick auf die festgestellte Eignung und Adäquanz der Regelung zur Zielerreichung dahinstehen läßt, ob die Prostitution überhaupt ein von Art. 6 StGG geschützter Erwerbszweig ist.

109 S. z.B. *VfSlg* 16.292/2001 (Beseitigung des atypisch frühen Anfalles von Politikerpensionen gleichheitskonform; die dafür maßgeblichen Gründe rechtfertigen auch einen allfälligen Eingriff in Art. 1 1. ZP EMRK; gleichsinnig auch *VfSlg* 16.923/2003, betreffend die Anhebung des Pensionsantrittsalters); s. auch *VfSlg* 16.582/2002, wonach das als Reaktion auf die BSE-Krise angeordnete Erlöschen der Bestellung eines Amtstierarztes zum Fleischuntersuchungsorgan sachlich gerechtfertigt ist; aus den Erwägungen zur Unbedenklichkeit der Regelung im Lichte des Gleichheitssatzes ergebe sich auch ihre Vereinbarkeit mit der Erwerbsausübungsfreiheit.

als relatives *Differenzierungsgebot* wirkt, eben als Gebot, bei der Vornahme eines Eingriffes zwischen verhältnismäßig und unverhältnismäßig schwer wiegenden Belastungen zu unterscheiden¹¹⁰. Greift eine Norm in ein Freiheitsrecht ein, dann muß die Grundrechtsprüfung also zweckmäßigerweise beim direkt betroffenen Freiheitsrecht beginnen; nur so kann auch sichergestellt werden, daß das eigenständige Gewicht des jeweils geschützten Freiheitsinteresses entsprechend veranschlagt wird.

b) Verhältnismäßige Eingriffe in ein Freiheitsrecht

Aus dem bisher Gesagten folgt weder, daß der Gleichheitssatz im Schutzbereich eines Freiheitsrechts überhaupt nicht zur Anwendung kommen könnte, noch, daß dabei eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stets ausgeschlossen wäre. Eigenständige Bedeutung hat der Gleichheitssatz im Schutzbereich der Freiheitsrechte zunächst dann, wenn der Gesetzgeber einem sozial unverträglichen Freiheitsgebrauch nur in bestimmten Fällen verhältnismäßige Schranken zieht, so daß vergleichbare Formen des Freiheitsgebrauches unbeschränkt bleiben oder doch weniger schwer beeinträchtigt werden. Zu denken ist etwa an eine Regelung, die Allgemeinmedizinern im Interesse einer optimalen Patientenbetreuung verbietet, in einem zweiten medizinischen Fach tätig zu werden, Ärzten eines anderen Faches aber eine Mehrfachtigkeit erlaubt¹¹¹. In solchen Konstellationen liegt nicht notwendig eine Freiheitsverletzung vor, möglicherweise aber eine Gleichheitswidrigkeit. Sie hat allerdings eine freiheitsrechtliche Implikation: Träfe nämlich der Eingriff im genannten Beispiel die bislang begünstigten (in ihrer Erwerbsfreiheit nicht beschränkten) Ärzte unverhältnismäßig schwer, dann könnte es gleichheitsrechtlich nicht geboten sein, den Eingriff auf sie auszudehnen, sie also gleich zu behandeln wie die bereits belasteten Allgemeinmediziner. Ist der Eingriff in die Freiheit der zuletzt genannten Ärzte umgekehrt verhältnismäßig, dann können sie nicht verlangen, den Begünstigten gleichgestellt, von dem Eingriff also ausgenommen zu werden, denn gerade zur Differenzierung zwischen verhältnismäßigen und unverhältnismäßigen Eingriffen ermächtigt ja der Gesetzesvorbehalt des Freiheitsrechts: Diese Erlaubnis kann folglich durch den Gleichheits-

110 S. z.B. das Erkenntnis *VfSlg* 16.688/2002, in dem ein Verbot unerbetener Werbeanrufe zunächst als vereinbar mit Art. 6 StGG qualifiziert und dann der sub titulo Gleichheitssatz erhobene Vorwurf, das Verbot reiche zu weit (sei also zu wenig differenziert), als unbegründet verworfen wurde.

111 S. dazu *VfSlg* 14.167/1995.

satz nicht wieder rückgängig gemacht werden. Der Gleichheitssatz findet insofern an den Freiheitsrechten eine systematische Schranke; soll sie gewahrt werden, so schließt die Gleichheitskontrolle in Fallkonstellationen wie diesen zwangsläufig eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ein.

c) *Freiheitsbeschränkungen unterhalb der Eingriffsschwelle*

Eigenständige Bedeutung hat der Gleichheitssatz neben den Freiheitsrechten weiters dann, wenn eine staatliche Maßnahme den Schutzbereich eines Freiheitsrechts zwar berührt, aber unterhalb der Eingriffsschwelle bleibt. Auch in solchen Fällen kommt nur der allgemeine Gleichheitssatz zur Anwendung; aus dem Freiheitsrecht resultierende Wertungen können dabei aber in die Gleichheitsprüfung einfließen. Indem die Verfassung nämlich ein Freiheitsrecht garantiert, bringt sie zum Ausdruck, daß die dem Schutzbereich dieser Freiheit unterfallenden Handlungen im Verhältnis zueinander grundsätzlich gleichwertig sind: Wenn Art. 17 a StGG das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst und deren Lehren für frei erklärt, so gibt es vor der Verfassung und damit auch vor dem Gesetz grundsätzlich keine gute oder schlechte und schon gar keine „entartete“ Kunst, ebenso wie es wegen Art. 17 StGG keine prima facie erwünschte oder unerwünschte Wissenschaft, wegen Art. 13 StGG keine falsche oder richtige Meinung, wegen Art. 14 StGG kein gutes und kein schlechtes Bekenntnis, wegen Art. 6 StGG keinen anständigen oder unanständigen Erwerb, wegen Art. 8 EMRK keine naturgewollte oder fehlgeleitete Lebensführung gibt – alles, was man als Kunst, Wissenschaft, als Meinung, Bekenntnis, Erwerbstätigkeit, individuellen Lebensstil oder sonst als freigestellt ansprechen kann, ist nach der Verfassung *grundsätzlich* ohne Unterschied gleich schützenswert¹¹².

Die Besonderheiten, die in dieser Hinsicht zwischen den Menschen bestehen oder durch die Inanspruchnahme der Freiheit gerade entstehen können, werden damit anerkannt und respektiert, so daß auch die Andersartigkeit einer Minderheit „im Grundsatz ertragen“ werden muß¹¹³. Das

112 So auch *Michael Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 50 f, der von internen Differenzierungsverboten bzw. -erschwernissen spricht; s. weiters *Stettner*, Der Gleichheitssatz, BayVbl. 1988, S. 545 (551), sowie *Starck*, in v. Mangoldt/Klein/ders., GG, Art. 3 Abs. 1 RN 19 ff.

113 So für die Bekenntnisfreiheit *Dieter Grimm*, Multikulturalität und Grundrechte, in: Rainer Wahl/Joachim Wieland (Hg.), Das Recht des Menschen in der Welt, 2002, S. 135 (142).

aus dem allgemeinen Gleichheitssatz resultierende Recht des Einzelnen, anders zu *sein*, findet damit in den Freiheitsgarantien seine Fortsetzung: Sie stellen dem Recht, nicht wegen indisponibler Eigenschaften diskriminiert zu werden, das Recht an die Seite, nicht aufgrund einer Disposition benachteiligt zu werden, welche die Verfassung dem Einzelnen ausdrücklich freistellt. Gleichheit und Freiheit ergänzen einander insofern und gehen zum Teil sogar ineinander über, so etwa, wenn die Verfassung durch Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG und Art. 14 EMRK Differenzierungen nach dem Bekenntnis verpönt, das zu wählen dem Einzelnen zugleich durch Art. 14 StGG und Art. 9 EMRK freigestellt ist, dann aber auch, wenn Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG Mann und Frau davor schützt, in der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit durch geschlechtsspezifische Klischees und Rollenzuschreibungen beschränkt zu werden¹¹⁴.

Diese innere Verbindung zwischen Gleichheitssatz und Freiheitsrechten darf bei der Anwendung des Gleichheitssatzes nicht außer acht gelassen werden. Sie verschafft dem Einzelnen „flankierenden Freiheitsschutz“¹¹⁵ auch dann, wenn eine Maßnahme zwar nicht im technischen Sinn in ein Freiheitsrecht eingreift, wohl aber in ein Differenzierungsverbot, das sich aus diesem Recht ergibt. Zu denken ist etwa an den der Erwerbsfreiheit zugrundeliegenden Gedanken der Wettbewerbsneutralität, der eine Ungleichbehandlung konkurrierender Unternehmer prima facie verbietet; an die der Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) entspringende Wertung, daß Familienstand, Verwandtschaft oder Bekanntschaft eines Menschen prinzipiell nicht zu seinem Nachteil ausschlagen dürfen; an den Leitgedanken der Freizügigkeit, daß eine Differenzierung zwischen Einheimischen und Zuziehenden grundsätzlich verboten ist¹¹⁶. Gewährt der Staat bestimmten Unternehmen Beihilfen, verhängt er sozialversicherungsrechtliche Nachteile über Verheiratete oder stellt er den Zuziehenden steuerrechtlich schlechter als den Einheimischen, so mag dies zwar nicht in die Erwerbsfreiheit, die Achtung des Privat- und Familienlebens oder in die Freizügigkeit eingreifen. Ungeachtet dessen nimmt der Gesetzgeber aber eine Differenzierung vor, die im Lichte des Gleichheitssatzes prima facie

114 Besonders deutlich in diesem Sinn für Art. 3 Abs. 2 und 3 GG auch *Sachs*, Gleichberechtigung und Frauenquoten, NJW 1989, S. 553 (556): „Das Ziel heißt also Befreiung, Eröffnung von Freiheit, von Handlungsalternativen, die jeder Mann und jede Frau gleichermaßen soll wahrnehmen können, ohne daß dabei die Zugehörigkeit zum einen oder anderen Geschlecht im Wege steht“.

115 *S. Osterloh*, Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz – Entwicklungslinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2002, S. 309 (311).

116 *S. auch Dettlef Merten*, Über den Inhalt des Freizügigkeitsrechts, 1969, S. 38, 66 ff.

bedenklich ist und daher einer besonderen Rechtfertigung bedarf: Als zulässig dürfte sie nur dann angesehen werden, wenn die aus dem Freiheitsrecht resultierende Vermutung, daß die ungleich behandelten Personengruppen wesentlich gleich sind, im Einzelfall widerlegt werden kann oder wenn sich sonst ein legitimes (externes) Ziel finden läßt, zu dessen Erreichung die Differenzierung geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist.

3. Gleichheitssatz und Rechtsstaat

Neben (Un-)Gleichbehandlungen, die nur durch die legitime Notwendigkeit einer Durchschnittsbetrachtung, durch Erwägungen der Verwaltungsökonomie oder durch andere externe Zwecke gerechtfertigt werden können, und Regelungen im Schutzbereich eines Freiheitsrechts gibt es noch eine dritte Gruppe von Fällen, in denen der Verfassungsgerichtshof im Rahmen des Gleichheitssatzes regelmäßig eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt: Dies sind Fälle, die eine rechtsstaatliche Dimension haben. Auch in diesem Bereich entnimmt der Verfassungsgerichtshof dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot – zum Teil unter ausdrücklicher Berufung auf das rechtsstaatliche Prinzip, zum Teil auch ohne explizit auf dieses zu rekurrieren – bestimmte Grundsätze und prima facie-Rechte, deren Durchbrechung nur zugelassen wird, wenn sie verhältnismäßig ist.

a) Parteirechte

Der Gerichtshof geht unter Berufung auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot etwa davon aus, daß „die Zuerkennung subjektiver Rechte [*in aller Regel*] auch die Zuerkennung von *Parteirechten* erfordern [wird]“. Je nach dem Zweck des Verfahrens und der Eigenart und Bedeutung der berührten Rechtsposition könne aber auch die Versagung einer Parteistellung sachgerecht sein, wenn das Verfahren in der Hauptsache die Interessen eines anderen wahren soll¹¹⁷. Grundsätzlich muß daher z.B. der Nachbar einer

¹¹⁷ *VfSlg* 11.934/1988. Daß der zur Leistung einer Abgabe Herangezogene danach im Abgabeverfahren Parteistellung haben muß, ist nach *VfSlg* 13.646/1993 *offenkundig*. Diese Annahme korrespondiert mit der auf Art. 18 B-VG gestützten Ansicht des Verfassungsgerichtshofs, daß ein vom Gesetz eingeräumter Anspruch auch rechtlich durchsetzbar sein muß, s. z.B. *VfSlg* 5240/1966 (einem objektiv-rechtlichen Konzessionserfordernis muß bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch ein subjektives Recht

baulichen oder gewerblichen Anlage am bau- bzw. gewerbebehördlichen Bewilligungsverfahren beteiligt werden und darauf drängen können, daß die Behörde die zu seinem Schutz erlassenen Vorschriften auch wirklich einhält. Von der Mitwirkung an einem solchen Verfahren darf er nur dann ausgeschlossen werden, wenn dies geeignet und erforderlich zur Erreichung eines legitimen Zieles ist, das zu den Interessen des Nachbarn zudem nicht außer Verhältnis steht. Die Verfahrensbeschleunigung allein (und damit das Ziel der Verwaltungsökonomie) rechtfertigt den Ausschluß der Parteistellung nach der Judikatur noch nicht¹¹⁸. In „Bagatellfällen“, also bei Anlagen, die im Regelfall ohnedies genehmigungsfähig sind und die die Schutzinteressen der Nachbarn kaum berühren, akzeptiert der Verfassungsgerichtshof aber, daß der Nachbar im Interesse einer Verfahrensabkürzung von der Mitwirkung am Bewilligungsverfahren ausgeschlossen wird¹¹⁹. *Ob* die Voraussetzungen für ein derart vereinfachtes Verfahren vorliegen, darf dann allerdings nicht ohne Mitwirkung des Nachbarn entschieden werden¹²⁰. Denn sonst käme es, wie der Verfassungsgerichtshof meint, zu einer unsachlichen Ungleichbehandlung gleicher Fälle, „nämlich jener Nachbarn, die im Rahmen eines ordentlichen Genehmigungsverfahrens Parteistellung besitzen, einerseits und jener, die diese Parteistellung nur deswegen nicht besitzen, weil die Behörde zu Unrecht die Voraussetzungen eines vereinfachten Verfahrens angenommen oder behauptet hat, andererseits“¹²¹.

Diese Erläuterung versucht, die Frage der Parteistellung in die vertraute Formel einzufangen, daß wesentlich Gleiches gleich behandelt werden muß. Das ist suggestiv, verschleiert jedoch das eigentliche Problem: Bestünde dieses tatsächlich in der Ungleichbehandlung gleicher Fälle, dann müßte der Ausschluß der Parteistellung nämlich unbedenklich sein, wenn die Behörde die Voraussetzungen eines vereinfachten Verfahrens nicht nur in

auf Konzessionserteilung entsprechen), *VfSlg* 11.931/1988 (ein gesetzlich eingeräumter Anspruch auf Anerkennung als Religionsgesellschaft muß bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen rechtlich durchsetzbar sein), bestätigt und zusätzlich auf Art. 13 EMRK gestützt in *VfSlg* 13.134/1992.

118 S. z.B. *VfSlg* 15.360/1998, 15.581/1999, anders noch *VfSlg* 10.605/1985.

119 *VfSlg* 14.512/1996.

120 *VfSlg* 16.103/2001.

121 Daß eine Mitsprache der Nachbarn in der Frage der Voraussetzungen des vereinfachten Verfahrens das Ziel der *Verfahrensbeschleunigung* beeinträchtigt und daß die Nachbarn ihre Rechte mißbräuchlich in Anspruch nehmen könnten, rechtfertigte ihren Ausschluß von der Parteistellung nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs nicht: Die Voraussetzungen für das vereinfachte Verfahren könnten nämlich in der Regel ohne aufwendige Ermittlungen beurteilt werden; zudem würden den Nachbarn bei rechtswidriger Durchführung eines vereinfachten Verfahrens die Parteirechte vollkommen entzogen.

manchen, sondern in *allen* Fällen zu Unrecht bejaht. Daß diesfalls alle Nachbarn gleich behandelt würden, beseitigt die Bedenken jedoch keineswegs; im Gegenteil, es setzt nur eine größere Zahl von Personen dem gesetzwidrigen Vorgehen der Behörde aus. Nicht die Ungleichbehandlung ist also das Problem, sondern die *Gesetzwidrigkeit*, welcher der Einzelne *wehrlos* gegenübersteht. Ob ihm Parteirechte zu gewähren sind, scheint damit auf den ersten Blick keine Gleichheitsfrage mehr zu sein.

Anders liegen die Dinge aber, wenn man bedenkt, wie eng die Gleichheit vor dem Gesetz von jeher mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden ist: Schon die historisch erste Gleichheitsgarantie bestimmte, daß die „Wirkksamkeit des Gesetzes ... gleich [ist] für alle Staatsbürger“ und daß „keiner ... gegen seinen Willen seinem ordentlichen Richter entzogen werden [kann]“¹²². Jeder sollte nun unter dem Gesetz und niemand mehr über ihm stehen. Dieser Forderung ist nicht schon Genüge getan, wenn das Gesetz für niemanden – also für alle gleichermaßen nicht – verbindlich ist, sondern erst, wenn das Gesetz verbindlich ist, und zwar für jeden. Die Gleichheit der Bürger entsteht damit als Effekt der Allgemeingültigkeit des Gesetzes; sie ist Bedingung und Folge des Rechtsstaates zugleich¹²³.

Das zentrale Anliegen des Rechtsstaates, den Rechtsunterworfenen als ein Subjekt und nicht bloß als ein Objekt staatlichen Wohlwollens zu behandeln, korrespondiert denn auch direkt mit dem Kerngedanken des Gleichheitssatzes: der Anerkennung des Einzelnen als Person. Dieses Anliegen kann nur realisiert werden, wenn der Rechtsunterworfenen an die Behörde alles herantragen kann, was seinen individuellen Rechtsstandpunkt stützt und wenn sich die Behörde umgekehrt mit diesem Vorbringen auseinandersetzt¹²⁴. Gerade die Anhörung der Partei und die Würdigung ihres Vorbringens stellt ja sicher, daß die Behörde ihre Entscheidung unparteilich und nicht nach sachfremden Kriterien trifft. Dies gilt keineswegs nur, aber in besonderer Weise auch für das Mehrparteienverfahren, in dem divergie-

122 § 25 der sog. Aprilverfassung vom 25. April 1848, PGS 1848/49, wiedergegeben bei *Reiter*, Texte zur österreichischen Verfassungsentwicklung, 1997, S. 1 (3). Daß auch das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter der Gleichbehandlung aller Rechtsunterworfenen dient, ist in Österreich anders als in Deutschland zunehmend in Vergessenheit geraten.

123 Ähnlich *Paul Kirchhof*, Objektivität und Willkür, in: Hans J. Faller/ders./Ernst Träger (Hg.), FS Geiger, 1989, S. 82 f.

124 Nicht von ungefähr qualifiziert der Verfassungsgerichtshof einen Bescheid daher auch als willkürlich, wenn die Behörde das Parteivorbringen ignoriert, wenn sie sich also über den Rechtsunterworfenen – und damit auch über das Gesetz – hinwegsetzt, s. z.B. *VfSlg* 10.163/1984, 10.549/1985, 14.848/1997.

rende Interessen verschiedener Personen aufeinanderprallen: Soll die Behörde zwischen diesen Interessen einen ausgewogenen Ausgleich finden und nicht einem Teil einseitig den Vorzug geben, wird sie alle Seiten hören müssen. Die Mitwirkung als Partei soll den Rechtsunterworfenen damit vor behördlicher Willkür schützen und eine sachliche, unparteiliche Entscheidung der Behörde sicherstellen. Sie ist daher schon durch den Gleichheitssatz geboten, der insofern einen Kerngedanken des Rechtsstaates konkretisiert und mit einem subjektiven Recht bewehrt.

Dieses Recht ist nicht komparativ und wird dementsprechend in der Judikatur, wenn auch nicht konsequent, so doch immer wieder auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot gestützt: Die Parteistellung des einen leitet sich ja nicht aus den Parteirechten ab, die einem anderen gewährt worden sind; sie ist grundsätzlich, *prima facie* geboten, um dem Rechtsunterworfenen die Durchsetzung jener Gesetze zu ermöglichen, die zum Schutz seiner Interessen erlassen worden sind. Soweit diese Interessen freilich nicht bloß einfachgesetzlich, sondern schon verfassungsrechtlich durch ein Freiheitsrecht geschützt sind, folgt die Parteistellung bereits aus der jeweils betroffenen Freiheitsgarantie selbst, die dem Einzelnen subjektive, also durchsetzbare Rechte verschafft. Daß der Verfassungsgerichtshof Parteirechte auch in solchen Fällen in der Regel nur auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot stützt¹²⁵, entspricht der bereits beschriebenen Tendenz der Judikatur, Freiheitsprobleme nicht am direkt betroffenen Freiheitsrecht zu beurteilen, sondern nur am allgemeinen Gleichheitssatz¹²⁶.

b) Rückwirkung

Strenger als mit Normen, die dem Einzelnen Parteirechte verwehren, verfährt der Verfassungsgerichtshof mit Vorschriften, die rückwirkend in Geltung gesetzt werden¹²⁷. In manchen Entscheidungen ist sogar zu lesen, daß

125 S. beispielhaft *VfSlg* 13.646/1993 (FN 117 – Eigentum); s. demgegenüber noch das Erkenntnis *VfSlg* 5240/1966 (FN 117), das sich nicht nur auf Art. 18 B-VG, sondern auch auf Art. 6 StGG stützt.

126 S. oben IV.2.a.

127 S. für einen Überblick über die Judikatur m.w.N. *Holoubek*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, in: Rudolf Machacek/Willibald P. Pahr/Gerhard Stadler (Hg.), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich. Bd. III: Wesen und Werte, 1997, S. 795 (805 ff.); *Ruppe*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz und rückwirkende Abgabengesetze, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hg.), Vertrauensschutz im Abgabenrecht, 2004, S. 203 ff.

dem Gleichheitssatz ein *Rückwirkungsverbot* zu entnehmen sei¹²⁸. Das ist überschießend formuliert; gemeint ist, daß die Rückwirkung unter *bestimmten* Voraussetzungen *prima facie* verboten und nur dann erlaubt ist, wenn sie einem gewichtigen Interesse dient: Wie der Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung annimmt, verstoßen Vorschriften, die (nachträglich) an früher verwirklichte Tatbestände Rechtsfolgen knüpfen, durch welche die Rechtsposition des Betroffenen für die Vergangenheit verschlechtert wird, dann gegen den Gleichheitssatz, wenn der Normunterworfenen „durch einen Eingriff von erheblichem Gewicht in einem berechtigten Vertrauen auf die Rechtslage enttäuscht [wird] und nicht etwa besondere Umstände diese Rückwirkung verlangen ... Ob und inwieweit im Ergebnis ein sachlich nicht gerechtfertigter und damit gleichheitswidriger Eingriff vorliegt, hängt also vom Ausmaß des Eingriffes und vom Gewicht der für die Rückwirkung sprechenden Gründe ab“¹²⁹.

Daß der Verfassungsgerichtshof hier von einem „Eingriff“ spricht, die für und wider diesen Eingriff sprechenden Gründe abwägt und auf einen Normenvergleich verzichtet, zeigt, daß er die Rückwirkung unter den beschriebenen Voraussetzungen *an sich* für suspekt und damit für rechtfertigungsbedürftig hält. Dem ist zuzustimmen. Rückwirkende Vorschriften knüpfen Rechtsfolgen an ein Verhalten, das sich der Disposition des Einzelnen (retrospektiv) schlechthin entzieht. In dieser Unausweichlichkeit liegt das gleichheitsrechtliche Problem der Rückwirkung¹³⁰, nicht so sehr darin, daß sie Personen, die nach der geänderten Rechtslage disponieren können, gleich behandelt wie Personen, denen diese Dispositionsmöglichkeit fehlt¹³¹. Verortete man das gleichheitsrechtliche Bedenken nämlich in der Tatsache, daß diese Personen in ungleicher Lage gleich behandelt werden, dann müßte die Rückwirkung plötzlich unbedenklich sein, wenn eine Norm nur zurückwirkt, für zukünftige Sachverhalte aber keine Geltung hat. Tat-

128 S. z.B. *VfSlg* 14.779/1997.

129 S. z.B. *VfSlg* 12.688/1991, 13.020/1992, 14.149/1995, 15.060/1997, 17.311/2004, sowie das diese Judikatur einleitende Erkenntnis *VfSlg* 12.186/1989. Das Recht, keiner Rückwirkung unterzogen zu werden, hat ein beträchtliches Schwellengewicht; Erfordernisse der Rechtssicherheit oder der Verwaltungsvereinfachung ließ der Verfassungsgerichtshof in *VfSlg* 14.861/1997 als Rechtfertigung nicht gelten. Gerechtfertigt werden kann eine Rückwirkung nach *VfSlg* 12.186/1989, 12.322/1990, 14.149/1995 aber etwa dann, wenn sie notwendig ist, um andere Gleichheitswidrigkeiten zu vermeiden.

130 S. zur Benachteiligung aufgrund von Umständen, die sich der (zumutbaren) Disposition des Einzelnen entziehen, schon oben III.2., IV.1.

131 So eine Deutung der Lehre, s. etwa *Ruppe*, Verfassungsrechtliche Schranken der Gesetzgebung im Steuerrecht, in: Österreichische Juristenkommission (Hg.), Rechtsstaat, Liberalisierung und Strukturreform, 1998, S. 119 (129 f.).

sächlich ist die Rückwirkung allerdings nicht deshalb bedenklich, weil sie diesen trifft und jenen nicht; sie ist an sich bedenklich, weil sie den Rechtsunterworfenen in eine ausweglose Lage bringt. Die Rückwirkung ist damit ein weiteres Beispiel für die begrenzte Leistungskraft der Formel, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Und sie zeigt neuerlich, daß aus dem Gleichheitssatz nicht nur komparative, sondern auch prima facie-Rechte resultieren.

c) Wohlerworbene Rechtspositionen

Ähnlich, nur weniger entschlossen als bei rückwirkenden Normen verfährt der Verfassungsgerichtshof, wenn der Gesetzgeber in „wohlerworbene Rechtspositionen“ eingreift¹³². Nach ständiger Judikatur ist es dem Gesetzgeber zwar nicht grundsätzlich verwehrt, in bereits entstandene Rechtspositionen rechtsmindernd einzugreifen, weil keine Verfassungsvorschrift den Schutz wohlerworbener Rechte gewährleiste. Im Prinzip falle es daher in den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, eine einmal geschaffene Rechtsposition auch zu Lasten des Betroffenen zu verändern¹³³. Die Aufhebung oder Abänderung von Rechten, die der Gesetzgeber zunächst eingeräumt hat, müsse aber „sachlich begründbar sein ...; ohne eine solche Rechtfertigung würde der Eingriff dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz widersprechen“¹³⁴. Ob dies der Fall ist, prüft der Verfassungsgerichtshof regelmäßig am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹³⁵.

Warum ein Eingriff in wohlerworbene Rechte überhaupt ein Gleichheitsproblem darstellt, erläuterte der Verfassungsgerichtshof erstmals in einem Erkenntnis aus dem Jahr 1987¹³⁶, in dem über eine plötzliche Kürzung von Politikerpensionen zu befinden war. Es verletze, wie der Verfassungsge-

132 S. für einen Überblick etwa *Holoubek*, in Machacek/Pahr/Stadler III (FN 127), S. 795 ff.; *Kucsko-Stadlmayer*, Der Schutz von auf öffentlich-rechtlicher Grundlage entstandenen Anwartschaften vor gesetzlichen Eingriffen, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hg.), Vertrauensschutz im Abgabenrecht, 2004, S. 93 ff.

133 Vgl. z.B. *VfSlg* 3665/1959, 3768/1960, 3836/1960, 11.309/1987, 11.665/1988, 14.846/1997, 14.960/1997, 15.269/1998, 15.936/2000, 17.254/2004.

134 Z.B. *VfSlg* 11.665/1988, 14.846/1997, 14.960/1997, 15.936/2000, 16.764/2002.

135 S. z.B. *VfSlg* 11.665/1988, 14.864/1997, 15.269/1998, 16.292/2001, 16.764/2002, 16.923/2003, sowie die Einschätzung von *M. Lang*, Die Rückwirkung von Abgabengesetzen, RdW 1989, S. 401 (403); *Rudolf Thienel*, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht, 1990, S. 19; *Holoubek*, in Machacek/Pahr/Stadler III (FN 127), S. 804; *Berka*, Grundrechte (FN 13), RN 973 f.; *Kucsko-Stadlmayer*, in: Holoubek/Lang (FN 132), S. 110.

136 *VfSlg* 11.309/1987.

richtshof damals meinte, den Gleichheitssatz, „denjenigen Amtsträger, der sein öffentliches Amt langjährig im *Vertrauen* darauf ausübt, daß er die Anwartschaft auf einen an seinem Amtseinkommen orientierten Ruhebezug erwirbt ..., plötzlich einem strengen ... Kürzungssystem zu unterwerfen. Er würde dadurch nämlich einem solchen Amtsträger völlig *gleichgestellt*, der entweder überhaupt schon im vorhinein oder zumindest während eines nicht unbeträchtlichen Zeitraumes seiner Amtsausübung ... *Kenntnis* davon hat, daß sein späterer Ruhebezug einem rigorosen Kürzungssystem unterliegen wird“¹³⁷.

Der Verfassungsgerichtshof stützt den Schutz pensionsrechtlicher Ansprüche also auf die geläufige Formel, daß wesentlich Ungleiches nicht gleich behandelt werden dürfe. So sehr diese Argumentation auf den ersten Blick einleuchten mag, so wenig kann sie bei näherer Betrachtung überzeugen. Denn sie begründet die Schutzwürdigkeit wohlervorbener Rechtsansprüche nicht mit dem – an sich naheliegenden – Umstand, daß der Rechtsunterworfenen diese Ansprüche in der Tat „wohl“, nämlich durch eigene Beiträge erworben hat, die ihn zu einer entsprechenden Gegenleistung berechtigen, sondern mit dem *Vertrauen* des Rechtsunterworfenen, daß er eine solche Gegenleistung erhalten werde. Das greift einerseits zu kurz, weil es dem Gesetzgeber dann – konsequent zu Ende gedacht – erlaubt sein müßte, dem Rechtsunterworfenen die ihm gebührende Leistung nach einer entsprechenden Vorankündigung doch zu verweigern. Andererseits geht der vom Verfassungsgerichtshof eingeschlagene Begründungsweg aber auch zu weit, weil er ein *prima facie*-Recht auf den unveränderten Fortbestand der Rechtslage konstruiert: Wäre das *Vertrauen* in den Fortbestand der Rechtslage schon an sich schützenswert, dann stünde es dem Gesetzgeber aber nicht mehr prinzipiell frei, eine Rechtsänderung vorzunehmen, er hätte sich dafür im Gegenteil stets zu rechtfertigen – ein Ergebnis, das nicht nur mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar ist, sondern auch mit der vom Verfassungsgerichtshof selbst aufgestellten Ausgangsthese, daß die Änderung einer einmal geschaffenen Rechtsposition „im Prinzip“ in den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers falle¹³⁸.

Nicht zuletzt verdeckt die Argumentation des Verfassungsgerichtshofs aber auch die wohl eigentlich entscheidende Frage, wie es nämlich zu rechtfertigen ist, daß eine Generation zwar hohe Beiträge leisten muß, um bestehen-

137 *VfSlg* 11.309/1987 (Hervorhebungen nicht im Original); s. auch *VfSlg* 11.308/1987 und 11.310/1987.

138 S. die Nachweise in FN 133.

de Pensionen zu finanzieren, daß ihr aber, wenn sie selbst auf derartige Leistungen angewiesen ist, eine entsprechende Pension verwehrt bleibt. Die Finanzierung fremder Pensionen und die Inanspruchnahme der eigenen Pension fallen zwar zeitlich auseinander; dies ändert jedoch nichts daran, daß hier einem Teil der Bevölkerung zunächst eine besondere Belastung auferlegt, dann aber ein entsprechender Ausgleich zu einem späteren Zeitpunkt verwehrt wird¹³⁹. Diese besondere Belastung bedarf einer Rechtfertigung, die durch die bloße Ankündigung der Belastung selbst nicht geliefert werden kann. Sonst müßte ja ganz allgemein jedes „Sonderopfer“ schon zulässig sein, wenn der Gesetzgeber nur rechtzeitig anmeldet, daß er zu einem späteren Zeitpunkt auf das Vermögen eines Rechtsunterworfenen zugreifen will. Erkennt man an, daß pensionsrechtliche Anwartschaften auch durch das Grundrecht auf Unversehrtheit des Eigentums geschützt sind¹⁴⁰, dann kann die Zulässigkeit eines Eingriffes in derartige Rechtspositionen ebenso gut wie am Gleichheitssatz auch an Art. 1 1. ZP EMRK gemessen werden¹⁴¹. Hier wie dort stellt sich, wenn auch aus verschiedener Perspektive, dieselbe Frage, ob nämlich der Eingriff in diese Rechtsposition zur Erreichung eines legitimen Zieles geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist¹⁴².

139 S. auch *Franz-Joseph Peine*, Systemgerechtigkeit, S. 264.

140 Am Beginn der Vertrauensschutzjudikatur hat der Verfassungsgerichtshof dies noch nicht anerkannt und angenommen, Art. 5 StGG und Art. 1 1. ZP EMRK schützten nur vermögenswerte Privatrechte, nicht jedoch Ansprüche, die im öffentlichen Recht wurzeln (s. z.B. *VfSlg* 9329/1982, 10.588/1985). Diesen in der Literatur seit langem kritisierten Standpunkt hat der Verfassungsgerichtshof nunmehr im Erkenntnis *VfSlg* 15.129/1998 für Art. 1 1. ZP EMRK zu Recht aufgegeben. Zu einer entsprechenden Revision der Judikatur zu wohlverworbenen Rechten ist es in der Folge aber nicht gekommen: In *VfSlg* 15.193/1998 ließ der Verfassungsgerichtshof vielmehr „auf sich beruhen“, ob sozialversicherungsrechtliche Pensionsansprüche und -anwartschaften durch Art. 1 1. ZP EMRK geschützt sind (s. zuvor schon *VfSlg* 14.871/1997, 14.872/1997, 15.052/1997). In *VfSlg* 16.292/2001 prüfte er eine Bestimmung des BezügeG, die zum Zweck des Privilegienabbaus in Pensionsrechte eingriff, nur im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes und stellte zwar ergänzend fest, daß eine Anwartschaft und ein Anspruch auf Ruhebezug auch dem Art. 1 1. ZP EMRK unterfallen könnten; die Vereinbarkeit dieses Eingriffes mit dem Grundrecht auf Eigentum sei aber bereits durch die Erwägungen zur Gleichheitskonformität der betreffenden Regelung erwiesen; gleichsinnig auch *VfSlg* 16.923/2003 betreffend die Anhebung des Pensionsantrittsalters.

141 S. etwa *Tomandl*, Entscheidungsbesprechung, ZAS 1987, S. 178; *Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Schranken der Gesetzgebung im Sozialrecht, in: Österreichische Juristenkommission (Hg.), Rechtsstaat – Liberalisierung und Strukturreform, 1998, S. 153 (163); *Manfred Stelzer*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Eingriffes in Rechte oder Vertragsverhältnisse, DRdA 2001, S. 508 (511).

142 Im Regelfall werden dies Interessen an der Sanierung des Staatshaushaltes, dann aber auch durch demographische Änderungen notwendig gewordene Kürzungen sein; denkbar ist auch, daß der Gesetzgeber bislang bestandene Privilegien beseitigen will. Die

V. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot

1. Komparative und nicht komparative Rechte

Die österreichische Lehre hat zum Teil zwar irritiert, daß der Verfassungsgerichtshof unter dem Titel des Gleichheitssatzes neuerdings ausdrücklich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt¹⁴³. Bei weitem mißtrauischer macht das Schrifttum aber, daß der Gerichtshof bei der Anwendung des Sachlichkeitsgebotes bisweilen auf einen Vergleich zwischen gleich oder ungleich behandelten Personen verzichtet. Ein Gleichheitsurteil könne nämlich, so die in Österreich wohl herrschende Ansicht, wenn überhaupt, dann nur durch eine vergleichende Prüfung rational nachvollziehbar begründet werden. Dementsprechend lehnen manche das allgemeine Sachlichkeitsgebot rundweg ab¹⁴⁴; andere monieren, der Gleichheitssatz werde durch dieses Gebot „seiner inneren gedanklichen Struktur“ entgrenzt¹⁴⁵; wieder andere kommen dem Verfassungsgerichtshof mit dem Argument zu Hilfe, zumindest theoretisch könne stets ein Vergleich gezogen werden, nämlich mit der gesamten übrigen Rechtsordnung¹⁴⁶, mag ein solcher Vergleich auch, wie bald klarstellend hinzugefügt wurde, in der Praxis regelmäßig nicht gezogen werden¹⁴⁷. Zum Teil beruhigt man sich dann zwar mit der Vorstellung, der Verfassungsgerichtshof überspringe bei der Anwendung des Sachlichkeitsgebotes oft nur einzelne Prüfungsschritte der vergleichenden Gleichheitsprüfung¹⁴⁸.

Kürzung muß jedenfalls zur Erreichung dieser Ziele geeignet und erforderlich sein und sie darf zu ihnen nicht außer Verhältnis stehen: Je dringender ein Eingriffsziel verwirklicht werden muß, desto kürzere Übergangsfristen wird der Einzelne hinnehmen müssen; für ein Ziel, das ohne Schaden auch zu einem späteren Zeitpunkt realisiert werden kann, ist hingegen ein plötzlicher Eingriff nicht erforderlich.

143 Für einen Überblick über die in der Lehre vertretenen Positionen s. *Pöschl*, Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JBl 1997, S. 413 ff.

144 Z.B. *Alfred J. Noll*, Sachlichkeit statt Gleichheit?, 1996, S. 192.

145 *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 13), RN 767; ähnlich auch *Berka*, Grundrechte (FN 13), RN 912, nach dem der Gleichheitssatz „im Prinzip auf Gleichbehandlung, d.h. auf ein Vergleichen, angelegt ist und nicht auf die Gewährleistung von Sachlichkeit schlechthin“.

146 Erstmals *Gassner*, Gleichheitssatz und Steuerrecht, in: Institut für Finanzwissenschaft und Steuerrecht, Heft Nr. 64, 1970, S. 1 (3).

147 *Korinek*, in: FS Melichar (FN 17), S. 49.

148 Z.B. *Gassner*, Gleichheitssatz (FN 146), S. 3; *Korinek* aaO., S. 49; *Holoubek*, ÖZW 1991 (FN 25), S. 80, der betont, daß das Vergleichen – wenn auch auf sehr abstrakter Stufe – immer erfolgen müsse, wenn man das Verständnis des Gleichheitsgrundsatzes als „Relationsbegriff“ nicht aufgeben will; s. auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 13), RN 767.

Übereinstimmung dürfte allerdings darüber bestehen, daß es durch diese Form der Sachlichkeitsprüfung „zu einer Vergrößerung des nicht oder nur sehr bedingt rationalisierbaren und nachprüfaren Wertungsspielraumes des Verfassungsgerichtshofes kommt“¹⁴⁹, daß „die Frage, ob es für eine gesetzliche Regelung sachliche Gründe gibt oder nicht, (...) letztlich die entscheidende rechtspolitische Frage [ist], die sich jeder Gesetzgeber in erster Linie selbst zu stellen hat und die in einer Demokratie auch dem Gesetzgeber überantwortet ist“¹⁵⁰, oder noch schärfer: „Ein auf diese Weise seiner inneren gedanklichen Struktur entgrenzter Gleichheitssatz wird zu einem Prüfungsmaßstab, der dem Verfassungsgerichtshof nahezu jede beliebige Entscheidung erlaubt: Gleichheitswidrig ist eine Regelung, wenn sie der Mehrheit der Richter des Verfassungsgerichtshofs unvernünftig, unplausibel oder auch nur unnötig erscheint“¹⁵¹. Selbst dem Verfassungsgerichtshof scheint die vergleichsfreie Sachlichkeitsprüfung mitunter nicht ganz geheuer zu sein; denn er versucht, wie gezeigt¹⁵², Rechte, die er zuvor als prima facie bestehend akzeptiert hat, flankierend (und nicht ohne Verwerfungen) aus der vertrauten Gleichheitsformel herzuleiten, die allseits als die einzig „richtige“ Erläuterung des Gleichheitssatzes angesehen wird.

Die Leistungsfähigkeit der Formel, daß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden muß, ist allerdings ebenso begrenzt wie die These unrichtig ist, daß eine Ungleichbehandlung *nur* durch Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen gerechtfertigt werden kann. Denn Ungleichbehandlungen lassen sich, wie gezeigt, auch durch externe Zwecke legitimieren, die mit den Eigenschaften der Vergleichsgruppen gar nichts zu tun haben¹⁵³. Stützt sich eine rechtliche Differenzierung von vornherein nicht auf Unterschiede „im Tatsächlichen“, dann macht ein Vergleich zwischen den ungleich behandelten Gruppen wenig Sinn: Er zeigt nur, was ohnehin evident ist, daß die Vergleichsgruppen sich nämlich *nicht* voneinander unterscheiden; er zeigt also nur, daß ein Gleichheitsproblem vorliegt. Lösen läßt sich dieses Problem durch einen Vergleich aber gerade nicht, sondern nur durch die Frage, ob es externe Gründe gibt, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Das allerdings macht die Gleichheitsprüfung noch nicht irrational. Wenn der Verfassungsgerichtshof beurteilt, ob die Ungleichbehandlung zwischen Bewilligungswerbern in gleicher Lage ge-

149 *Korinek* aaO., S. 49.

150 *Berka*, Grundrechte (FN 13), RN 912.

151 *Z.B. Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 13), RN 767.

152 IV.3.a. und c.

153 S. oben IV.1.

eignet und erforderlich ist¹⁵⁴, um ein schwerwiegendes Ziel zu erreichen, dann ist das nicht weniger rational als die Prüfung, ob ein Eingriff in ein Freiheitsrecht verhältnismäßig ist.

Nichts anderes gilt, wenn es auf einen Vergleich nicht einmal auf der Tatbestandsebene ankommt, so bei Rechten, die sich gerade nicht aus einem anderen Recht herleiten, sondern die für sich genommen schützenswert sind (Parteirechte), bzw. dann, wenn eine bestimmte Vorgangsweise des Gesetzgebers an sich bedenklich ist, also unabhängig davon, ob ihr neben dem Betroffenen auch noch andere Personen ausgesetzt sind (Rückwirkung). Auch in diesen Fällen kann die Zulässigkeit der inkriminierten Norm am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geprüft werden; die Gleichheitsprüfung ist dann nicht weniger rational als jede andere Grundrechtsprüfung.

2. Die Entpersonalisierung des Gleichheitssatzes

Der Gleichheitssatz ist nach all dem zu komplex und Gleichheitsprobleme sind zu vielfältig, um sich über *einen* Kamm scheren zu lassen. Das allgemeine Sachlichkeitsgebot ist eine Reaktion auf diese Komplexität, es „paßt“ durch sein hohes Abstraktionsniveau praktisch auf jeden Gleichheitsfall. Wenn der Gerichtshof in seiner jüngeren Judikatur feststellt, daß Ungleichbehandlungen auf einem vernünftigen Grund beruhen müssen und – wie zu ergänzen ist: gegebenenfalls – nicht unverhältnismäßig sein dürfen, dann erfaßt er damit komparative Rechte ebenso wie *prima facie*-Rechte des Gleichheitssatzes.

Die uferlose Weite des allgemeinen Sachlichkeitsgebotes verleitet allerdings auch dazu, Probleme aufzugreifen, die mit dem Gleichheitssatz gar nichts zu tun haben. Der Verfassungsgerichtshof erliegt dieser Versuchung z.B., wenn er in Betracht zieht, eine Vorschrift als unsachlich aufzuheben, weil sie einen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand verursacht¹⁵⁵. Damit wird der Gleichheitssatz geradezu auf den Kopf gestellt: Er dient dann nicht mehr dem Schutz des Individuums, sondern der Durchsetzung des *kollektiven* Interesses an einer sparsamen Verwaltung. Darin besteht die Funktion des allgemeinen Gleichheitssatzes nun aber gewiß nicht; der

154 S. *VfSlg* 14.191/1995 und 14.503/1996 sowie oben IV.1.b.

155 S. den Prüfungsbeschluß zu *VfSlg* 11.190/1986.

Anspruch auf Gleichbehandlung mag im Einzelfall aus Gründen der Verwaltungsökonomie zurückstehen müssen. Daß die im öffentlichen Interesse gelegene Effizienz der Verwaltung aber den Schutzgegenstand eines individuellen Rechts bildet, ist keinesfalls anzunehmen. Ähnlich abgelöst vom Gleichheitssatz wird das Sachlichkeitsgebot auch dann, wenn der Verfassungsgerichtshof annimmt, Ausgliederungen müßten, um zulässig zu sein, dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot genügen, das dann mit dem Gebot der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Verwaltung identifiziert wird¹⁵⁶. Dieses Gebot ist nicht von ungefähr in der Verfassung an ganz anderer Stelle ausdrücklich und überdies nur durch eine Norm des objektiven Rechts statuiert¹⁵⁷. Denn eine ineffiziente Maßnahme behandelt weder Bürger in gleicher Lage ungleich noch behandelt sie Personen gleich, obwohl zwischen ihnen ein wesentlicher Unterschied besteht; sie greift aber auch nicht in nichtkomparative Rechte des Einzelnen ein, sondern beeinträchtigt bloß kollektive Interessen: Deren Schutz ist aber nicht das Anliegen des allgemeinen Gleichheitssatzes, der ein Individualrecht ist, kein Zweckmäßigkeitsprinzip¹⁵⁸.

In manchen Entscheidungen hat der Verfassungsgerichtshof auch angenommen, eine Norm, die so unbestimmt ist, daß sie auf ihre Gleichheitskonformität nicht überprüft werden kann, sei selbst gleichheitswidrig¹⁵⁹. Das ist ein Widerspruch in sich und überfordert den Gleichheitssatz: Nicht er, sondern das objektiv-rechtliche Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG verpflichtet den Gesetzgeber, hinreichend bestimmte Vorschriften zu erlassen. Bleibt nach Ausschöpfung aller Interpretationsmethoden unklar, welchen Inhalt eine Norm hat, dann ist auch offen, ob sie dem Gleichheitssatz entspricht – diese Frage kann also voraussetzungsgemäß weder bejaht noch verneint werden. Problematisch ist schließlich auch, wenn der Verfassungsgerichtshof Freiheitsbeschränkungen nicht am eigentlich betroffenen Grundrecht prüft, sondern auf den Gleichheitssatz ausweicht, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt und dann meint, im Hinblick auf die

156 S. zunächst die Entscheidungen *VfSlg* 14.473/1996 und 16.400/2001, die Sachlichkeitsgebot und Effizienzgebot noch trennen, dann aber *VfSlg* 17.023/2003, wonach das „Effizienzprinzip eine besondere Ausprägung des Sachlichkeitsgebotes“ sei; in diese Richtung auch schon der Prüfungsbeschuß zu *VfSlg* 11.190/1986.

157 Art. 126 b Abs. 5, Art. 127 Abs. 1 und Art. 127 a Abs. 1 B-VG.

158 S. in bezug auf Ausgliederungen schon *Wiederin*, Öffentliche und private Umweltverantwortung – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Österreichischer Wasser- und Abfallwirtschaftsverband (ÖWAV, Hg.), Staat und Privat im Umweltrecht, Österreichische Umweltrechtstage 2000, 2000, S. 75 (83 f.).

159 *VfSlg* 13.492/1993, 15.785/2000.

festgestellte Gleichheitskonformität könne „dahinstehen“, ob ein Eingriff in das Freiheitsrecht überhaupt vorliegt. Das ist eine Botschaft, die man schwer versteht: Kann es wirklich gleichgültig sein, ob ein bestimmtes Verhalten unter den besonderen Schutz der Verfassung gestellt ist oder nicht?

Der Gleichheitssatz wird auf diese Weise zu einer „Superverfassungsnorm“, die alles kann und auf jede Frage eine Antwort weiß, die Freiheitsrechte verblassen läßt, das Legalitätsprinzip ersetzt und im Vorbeigehen auch noch für eine effiziente Vollziehung sorgt. Daß es überhaupt soweit gekommen ist, daß der Gleichheitssatz also seinen Charakter als Individualgrundrecht mit personalem Schutzzweck verloren hat, ist möglicherweise dem „Zigarettenerkennnis“ zu verdanken, vielleicht aber auch nur der Tatsache, daß Frauen im Jahr 1947 weniger geraucht haben als Männer: Das war gut für die Gesundheit, aber – schlecht für die Dogmatik.