

## Auszug aus FORVM bei Context XXI

(<http://contextxxi.org/gleichheitsrecht-und-hochstgericht-4341.html>)

erstellt am: 17. Oktober 2019

Datum dieses Beitrags: April 1994

# Gleichheitsrecht und Höchstgericht

## Traktat übers gegenwärtige Legiferieren abseits des Normenmaterials

4. Teil: Auf der Suche nach dem Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes (1955 -1978)

■ ALFRED J. NOLL

### I. Personalkontinuität

Die bisher ausgewiesene Kontinuität in der Rechtsprechung des VfGH hat vornehmlich zwei Ursachen: Einerseits wurde verfassungsrechtlich nach 1945 an das B-VG 1920 (i.d.F. des Jahres 1929) angeknüpft (*Rechtskontinuität*), andererseits wurde durch die Besetzung des VfGH dafür gesorgt, daß teilweise diejenigen weitermachten, die schon vor 1938 die verfassungsrechtliche Judikatur im Bundesgerichtshof [1] besorgten (*Personalidentität*). Beispielhaft für letztere ist die Bestellung der neuen Präsidenten des VfGH:

- Zunächst wurde schon am 22.11.1945 *Ernst Durig* (geb. 29. Juni 1870; gest. 4. März 1965) [2] zum Präsidenten des wiedererrichteten VfGH ernannt. *Durig* war schon 1930 zum Nachfolger von *Paul Vittorelli* bestellt worden und blieb dies zunächst bis zum 14. Juli 1934 (an diesem Tage endigte gem. § 48 Abs. 3 des Verfassungsübergangsgesetzes vom 19. Juni 1934, BGBl. Nr. 75 die Tätigkeit der Mitglieder und Ersatzmitglieder des VfGH). Die Offensichtlichkeit des Verfassungsbruches konnte den honorigen Juristen nicht daran hindern, auch unter den Austrofaschisten mit „viel Freude“ (wie *Durig* später in seiner autobiographischen Darstellung schrieb) weiterzumachen:

Es gelang der Regierung Dr. Dollfuß, Dr. Durig unter Zusicherung verschiedener Begünstigungen, wie insbesondere des Zugeständnisses, daß er im Hinblick auf den Zustand seiner schwerkranken Frau seinen Wohnsitz in Innsbruck nicht aufzugeben und nur einen zweiten Wohnsitz in Wien mit einem ständigen Arbeitsquartier zu begründen brauche, zu bewegen, die Stelle eines Präsidenten des neuen Gerichtshofes des öffentlichen Rechts zu übernehmen. [3]

So wenig brauchte es damals. Auch nach dem 13. März 1938 blieb *Durig* „unangefochten auf seinem hohen Posten“, bis er im September 1938 seine Pensionierung beantragte, um — soweit es die Zeit erlaubte — in Ruhe seine neuerlich Berufung zum Präsidenten des VfGH durch Renner abzuwarten. [4] Infolge des Inkrafttretens der Bundesverfassung fand seine Tätigkeit mit 19. Juni 1946 (wegen Überschreitung der Altersgrenze von 70 Jahren) ein Ende.

- Auf *Durigs* zwanzig Jahre jüngeren Nachfolger *Ludwig Adamovich sen.* haben wir schon früher hingewiesen, [5] und deshalb an dieser Stelle nur soviel: *Adamovich*, über Vorschlag der ÖVP seit 19. Juni 1946 bis zu seinem Tod am 23. September 1955 Nachfolger von *Durig* als Präsident des VfGH, war von bewunderswerter Vielseitigkeit: Neben seinen Funktionen als Universitätslehrer und Präsident des VfGH war er gemeinsam mit dem von der KPÖ bestellten Verfassungsrichter *Johann Dostal* Vors-

tandsmitglied der *Österreichisch-Sowjetischen Gesellschaft (ÖSG)* und gemeinsam mit dem von der SPÖ bestellten Verfassungsrichter *Karl Wolff* Vorstandsmitglied der *Französisch-Österreichischen Gesellschaft* (in deren Vorstand u.a. auch *Ernst Fischer*, *Viktor Matejka* und *Erwin Scharf* saßen). [6] Der letzte Justizminister der 1. Republik war gleichzeitig verfassungsrechtlicher Berater *Renner* nach 1945 und für die gesamte Verfassungs- und Rechtsüberleitung „verantwortlich“: „Ohne Übertreibung kann gesagt werden“, so *Herbert Schambeck* in seiner Laudatio zur Wiederkehr des 100. Geburtstages, [7]

daß Ludwig Adamovich für unsere Heimat nach dem Zweiten Weltkrieg jene Bedeutung hatte, die Hans Kelsen nach dem Ersten Weltkrieg für Österreich besessen hatte.

- Ins Bild paßt auch die (ebenfalls über Vorschlag der ÖVP erfolgte) Bestellung des Grazer Rechtsanwaltes *Rudolph (Rolph) Trummer* (geb. 19. April 1890; gest. 17. September 1954) [8] zum Mitglied des VfGH: Dieser war schon in den zwanziger Jahren als Vertreter des Finanzbundes in der steirischen Handelskammer und in der Bundeshandelskammer sowie als Direktionsrat des Katholischen Preßvereins in der Steiermark tätig. 1930 eröffnete er seine eigene Rechtsanwaltskanzlei. Nachdem er bei Gründung der Landeshypothekenanstalt für die Steiermark am 30. Oktober 1934 zum Oberkurator ernannt wurde, agierte

er ab 1. November 1934 als Mitglied des neugebildeten Staatsrates; diese Funktion legte er erst nieder, als er am 3. März 1938 zum Landeshauptmann der Steiermark (und damit auch zum Mitglied im Länderrat und im Bundestag) ernannt wurde. Er sollte zu einer Einigung mit den Nationalsozialisten beitragen. Schon in der Nacht zum 12. März 1938 wurde er zur Niederlegung des Amtes als Landeshauptmann gezwungen, aller seiner Funktionen enthoben und in weiterer Folge auch von der Anwaltsliste gestrichen und mit Berufsverbot belegt. Erst 1939, nach seiner Übersiedlung nach Wien, konnte er seine Anwaltstätigkeit wiederaufnehmen, jedoch schon im November 1939 von der Gestapo verhaftet (Attentat im Bürgerbräukeller); im Jänner 1940 wurde er freigelassen. Nach 1945 war er wieder als Anwalt, und vor allem auch als Aufsichtsrat und Vorstand der Stölzle Glasindustrie AG, der Philips GmbH und der Mürtaler Holzstoff- und Papierfabriks AG tätig. *Trummer* — der bis zu seinem Tod am 17. September 1954 Mitglied des VfGH war — steht wie *Adamovich* und *Durig* für die Kontinuität zwischen Austrofaschismus und 2. Republik.

## II. Ein weiterer Neubeginn

Vieles spricht dafür, das Jahr 1955 als bedeutende Zäsur auch in der Geschichte der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit und bei der Rekonstruktion der auf den Gleichheitssatz bezogenen Judikatur des VfGH aufzufassen:

Zunächst sind mit dem Tod von *Trummer* (17. September 1954) und *Adamovich* (23. September 1955) — der dem VfGH durch über 25 Jahre angehörte! — die beiden Repräsentanten der Personalkontinuität weggefallen; die verbliebenen Mitglieder des VfGH kann man allesamt als unbelastet bezeichnen.

Mit dem Staatsvertrag vom 15. Mai 1955 wurde die Republik Österreich als souveräner Staat wiederhergestellt (Art. 1 StV 1955) und die Überlagerung der österreichischen Rechtsordnung durch das (rechtlich von Österreich nie anerkannte aber faktisch höchst wirksame

[9]) Übereinkommen über den Kontrollapparat in Österreich vom 28. Juni 1946 beendet (Art. 20 StV 1955); damit sind zahlreiche faktische Hindernisse der Durchsetzung der österreichischen Rechtsordnung weggefallen.

Mit Abschluß des Staatsvertrages wurde das Gleichheitsrecht selbst erweitert: Zu den schon bisher bestehenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen des Art. 2 StGG, des Art. 7 B-VG und der (gem. Art. 149 B-VG als Verfassungsbestimmungen geltenden) Art. 66 Abs. 1 und 2 und 67 des StV St. Germain tritt nunmehr Art. 6 Z. 2 StV 1955, der ergänzend ausführt:

Art. 6. 2. Österreich verpflichtet sich weiters dazu, daß die in Österreich geltenden Gesetze weder ihrem Inhalt noch in ihrer Anwendung zwischen Personen österreichischer Staatsangehörigkeit auf Grund ihrer Rasse, ihres Geschlechtes, ihrer Sprache oder ihrer Religion, sei es in Bezug auf ihre Person, ihre Vermögenswerte, ihre geschäftlichen, beruflichen oder finanziellen Interessen, ihre Rechtsstellung, ihre politischen oder bürgerlichen Rechte, sei es auf irgendeinem anderen Gebiete, diskriminieren oder Diskriminierungen zur Folge haben werden.

Anders als Art. 6 Z. 1 StV 1955, der davon spricht, daß Österreich alle erforderlichen Maßnahmen treffen wird, „um allen unter österreichischer Staatshoheit lebenden Personen“ den „Genuß der Menschenrechte“ zu sichern, beschränkt Z. 2 den Kreis der Personen, denen in Österreich das subjektive Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz zusteht, wiederum auf österreichische Staatsangehörige, [10] wie überhaupt der Rechtsprechung zufolge die in Art. 6 Z. 2 StV 1955 enthaltene nähere Beschreibung des Gleichheitsgrundsatzes über den durch die bisherige Rechtsprechung des VfGH festgestellten Inhalt dieses Grundsatzes nicht hinausreicht. [11] Die maßgeblichen Kommentare zu dieser Bestimmung — wir folgen hier *pars pro toto* wieder dem Lehrbuch von *Adamovich* [12] — bemühen sich zu betonen, daß die neue Gleichheitsnorm keine Veränderung der österreichischen Rechtslage bringt; daher:

Art. 6 Z. 2 des Staatsvertrages wird ... auch künftighin objektiv gerechtfertigte

unterschiedliche Behandlungen der Staatsbürger in der Gesetzgebung nicht im Wege stehen.

Allenfalls bietet diese neue „Verfassungsbestimmung“ [13] ein weiteres Argument dafür, daß der Grundsatz der Gleichheit auch den Gesetzgeber bindet, „indem dort ausdrücklich auch von einer Bindung hinsichtlich des *Inhalts der Gesetze* die Rede ist“.

Einige weitere Gründe sprechen dafür, die Zeit um 1955 als wichtige Zäsur zu sehen: In diesen Zeitraum fällt der Beginn der von *Felix Ermacora*, *Hans Klecatsky* und *Kurt Ringhofer* besorgten Übersichten über die Judikatur des VfGH, [14] es erscheint im Jahre 1956 mit *Felix Ermacoras* Buch „Der Verfassungsgerichtshof. Rechtsgrundlagen und kommentarmäßige Erläuterungen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechtes“ erstmals eine vollständige und systematische Darstellung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, und schließlich wurde 1956 vom späteren Präsidenten des VfGH, *Walter Antonioli*, erstmals versucht, die für den VfGH aus der „Gleichheit vor dem Gesetz“ sich ergebenden Probleme zusammenzufassen: [15]

Schon aus der allgemeinen (sc. Gleichheits-) Formel wird die Schwierigkeit des Problems klar. Art. 7 (1) B-VG kann nicht nach seinem Wortlaut verstanden werden. Ein dreijähriges Kind wird vom Gesetzgeber selbstverständlich anders behandelt als ein erwachsener Mensch; wer mehr verdient, zahlt mehr Steuern usw. Die ganze Rechtsordnung ist geradezu nichts anderes als eine Summe ‚ungleicher Behandlungen‘. Es muß also verschiedene ‚Ungleichheiten‘ geben, zulässige und unzulässige, verfassungsmäßige und verfassungswidrige. Die Unterscheidung wird von dem Maßstab abhängen, an dem wir das staatliche Handeln messen wollen. Die Rechtsprechung geht nämlich von der Vorstellung aus, daß es irgendeine wesentliche Ordnung gibt, die der Staat beachten muß, will er den Gleichheitssatz nicht verletzen [...] Er (sc. der Gesetzgeber) soll an das richtige Recht gebunden sein. Verstößt er dagegen, so verletzt er die Verfassung. Diese Zielrichtung des Gleichheitssatzes entspringt dem auch in der Demokratie immer lebendigen Mißtrauen gegen die gesetzgebende

Gewalt, gegen die Mehrheit. Der Gleichheitssatz soll gegen Exzesse des Parlaments schützen und ein Mittel zur Bändigung des Parlamentsabsolutismus sein. (I/S. 611)

*Antoniolli* bringt damit auf ganz unpräzise Weise die noch in Weimarer Republik widersprechenden Positionen auf einen Nenner: Der Gleichheitssatz müsse geradezu „wesensmäßig“ als gegen den Gesetzgeber gerichtet verstanden werden; gleichzeitig dürfe er nur gegen „Exzesse“ des Parlaments eingesetzt werden. Damit ist aber das Hauptproblem noch nicht gelöst:

Welche Zielrichtung des Gleichheitssatzes wir ins Auge fassen — Gleichheit der Rechtsanwendung oder Gleichheit der gesetzlichen Regelung —, immer taucht die Frage nach dem Maßstab auf, der es uns erlaubt, zulässige und unzulässige Differenzierungen zu unterscheiden [...] Einige sagen, der Satz ‚Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich‘ bedeute das Verbot willkürlicher Differenzierungen. Andere sagen, daß unsachliche Differenzierungen verboten seien. Aber was heißt denn willkürlich, unsachlich? Diese Ausdrücke können nicht einmal als unbestimmte Gesetzesbegriffe angesehen werden, solange der Maßstab nicht genannt ist, an dem gemessen etwas willkürlich oder unsachlich ist. (I/S. 611f.)

Alle Varianten des Naturrechts lehnt *Antoniolli* aufs entschiedenste ab; vor allem würde die Heranziehung des Naturrechts zu einer Überhöhung der richterlichen Gewalt gegenüber dem Gesetzgeber führen und damit unser Staatsgefüge vollkommen verändern:

Der Verfassungsgerichtshof würde seine Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle der Gerechtigkeitsvorstellung des Gesetzgebers setzen. Das Naturrecht ist daher kein tauglicher Maßstab zur Prüfung von Gleichheitsverletzungen durch den VfGH ... Diese Einsicht zwingt uns, den Maßstab dem positiven Recht zu entnehmen. (I/S. 612)

Nicht das Naturrecht, so *Antoniolli* weiter, sondern die aus der Fülle der einzelnen Vorschriften

hervorleuchtenden allgemeinen Grundsätze, die unsere Rechtsordnung beherrschen, die Baugesetze des positiven

österreichischen Rechts, konkrete, höchst bestimmte Rechtssätze sind der Prüfungsmaßstab für ein Gesetz oder einen Verwaltungsakt. (ebd.)

Dies soll gewährleisten, daß das Naturrecht als Maßstab der Gleichheitsprüfung ausscheidet und gleichzeitig der allgemeine Gleichheitssatz „dem primitiven Positivismus des nackten Wortes ent(rissen)“ wird (ebd.). Was soll das heißen?

*Antoniolli* fordert Lehre und Rechtsprechung auf, „bestimmte Rechtssätze“ zu kreieren. Diese „Rechtssätze“ müßten einerseits vom konkreten Verfassungstext verschieden sein (sonst brächten sie ja keinen Gewinn in der Auffüllung des allgemeinen Gleichheitssatzes) und sie müßten andererseits den herrschenden Verfassungskonsens zum Ausdruck bringen; sie müssen mit *Antoniolli*s Worten

jene Ordnung ausdrücken, die ihre Wurzel in unserer Kultur, Geschichte und in den Bedingungen unseres sozialen Lebens hat und aus jeder einzelnen Bestimmung der österreichischen Rechtsordnung hervorleuchtet. (ebd.)

Hinter dieser Konzeption steht das phantastisch-irreale „reine Bild der richtigen Ordnung unserer Gemeinschaft“ (1/613), das sich durch die geltende Rechtsordnung Ausdruck verschafft hätte. Was wird damit auf den Weg gebracht?

### III. Kontextabhängige Objektivität

Von Otwin *Massing*, einem der scharfsinnigsten Kritiker Karlsruher Spruchweisheiten, [16] stammt der Versuch, [17] den zwischen gesellschaftlichen Subjekten hergestellten Konsens „als ein Gemachtes, Fremdes, Abgeleitetes, kurz, als produziertes Produkt, d.h. als Artefakt des gesellschaftlichen Prozesses selber zu begreifen“. Er wendet sich mit dieser Beschreibung und dem resümierenden Begriff einer „kontextabhängigen Objektivität“ gegen Versuche eines sozialen Objektivismus, dem zufolge „eine gegebene und begrifflich noch keineswegs ‚entschiedene‘ soziale Realität als eine schon ‚im Konsens seiende‘ hypostasiert wird“. [18]

Die von *Antoniolli* postulierte Suche

nach „bestimmten Rechtssätzen“ ist die Suche nach genau jener „kontextabhängigen Objektivität“. Die gefundenen Formeln, die sich zur Realitätsdeutung eignen, sind freilich nicht einfach aus dem Gesetzesmaterial „geschöpft“ (wie § 19 Abs. 1 VfGG meint), sondern sind — selbst wenn sie vor und hinter den Türen als Formelkompromisse ausgehandelt werden — die höchst vermittelten

Produkte eines sozialen Interaktionsprozesses, in dessen Verlauf hinsichtlich der in Frage stehenden Realität [...] Verständigung und Einverständnis erarbeitet und deren semantisch-symbolische Präsentation in gezielten Verlautbarungskampagnen an die entsprechenden Adressatenkreise vermittelt werden muß. [19]

Die vom VfGH als einer (zum damaligen Zeitpunkt: noch auf dem Weg befindlichen) sinnstiftenden Vermittlungsagentur „geschöpften“ Normative, Sinn vorgebenden Appelle sind freilich auf ähnliche oder identische Einschätzungen und Überzeugungen angewiesen, die schon im Umlauf sind:

Um so wichtiger wird die Frage nach den tonangebenden, den Verhältnissen die Tanzmelodie vorspielenden Anführern, Meinungsmachern, Interessenten und Steigbügelhaltern der erwünschten gesellschaftlichen Entwicklung, kurz, nach den Vorstellungen und Interessen der herrschenden ‚classe politique‘.

So weit, so gut.

Für unseren Zusammenhang wichtiger als der bloße Hinweis, daß die vom VfGH „geschöpften“ Rechtssätze das Produkt bestimmter ideologisch-politischer Hegemonialverhältnisse [20] sind, ist aber folgendes:

Dem Charakter der von *Antoniolli* gesuchten Rechtssätze entspricht es, daß diese nicht moralische Verpflichtungen, sondern juristische Urteile (bzw. gesetzliche Verpflichtungen) zum Ausdruck bringen sollen. Weil nun aber einerseits offensichtlich ist: „So far as the judge’s arbitrium extends, there is no law“, [21] es dem VfGH aber andererseits nicht zukommen soll, als Gesetzgeber aufgrund außerrechtlicher Maßstäbe neues Recht zu schaffen, muß eine plausible, vermittelnde Lösung empfohlen wer-

den. Der für den Gleichheitssatz anempfohlene Umgang mit einer interpretationsbedürftigen, „offenen“ Rechtsnorm besteht darin, aus der Rest-Rechtsordnung *Prinzipien* zu gewinnen. Diese Prinzipien sind aber — streng positivistisch gesehen — nicht Recht:

Im Offenheitsbereich des positiven Rechts kann definitionsgemäß nicht aufgrund des positiven Rechts entschieden werden, denn wenn aufgrund des positiven Rechts entschieden werden könnte, befände man sich nicht im Offenheitsbereich. Da nur das positive Recht Recht ist, muß der Richter deshalb im Offenheitsbereich, also in allen zweifelhaften Fällen anhand von nicht- oder außerrechtlichen Maßstäben entscheiden. [22]

Genau dies bestreitet der Positivist *Antonilli* aber: Die Rest-Rechtsordnung binde den Richter auch im „Offenheitsbereich“ des positiven Rechts, und zwar auf eine Weise, die einen Rekurs auf die Moral (bzw. das Naturrecht) *unnotwendig* mache. Das aber geht nicht.

Bei *Antonilli* heißt es im Jahre 1967:

Der Gerichtshof hebt ein Gesetz wegen Verstoßes gegen das Gleichheitsgebot dann auf, wenn es unsachlich differenziert. Als unsachlich gilt eine Differenzierung, wenn sie Grundgedanken (sic!) der gesamten Rechtsordnung widerspricht. Diese Rechtsanwendung ist stabilisiert. Die Anwendung im Einzelfall kann oft sehr schwierig sein. Es will scheinen, daß der Gerichtshof im Laufe der Zeit aus guten Gründen mit der Aufhebung von Gesetzen wegen Verstoßes gegen das Gleichheitsgebot immer vorsichtiger wird. Das Gleichheitsgebot darf nicht einem allgemeinen Gerechtigkeitsgebot gleichgesetzt werden. Wer die Rechtsprechung unter dieser unrichtigen Annahme betrachtet, wird immer enttäuscht werden ... Das Verhältnis Regel und Ausnahme bietet im Hinblick auf den Gleichheitssatz große Schwierigkeiten. (11/230)

„Sachlichkeit“ heißt nach der damaligen Judikatur, daß die differenzierenden Rechtsfolgen an *objektiv bestimmte Merkmale* anknüpfen und selbst im öffentlichen Interesse *sachlich begründet* sein müssen; die Unterscheidungsmerkmale und die daran geknüpften Rechtsfolgen haben zueinander in einer in-

haltlichen Beziehung zu stehen. Die Frage aber, was sachlich gerechtfertigt ist, ob also eine im Bereich der Rechtsordnung bestehende Differenzierung von der Sache (vom Sein) her eine Rechtfertigung erfährt, läßt sich mit dem Recht allein nicht beantworten. *Ermacora* [23] hat im Jahre 1963 die Probleme folgendermaßen zusammengefaßt:

Der VfGH steht in jedem Falle, in dem er ein Gesetz am Gleichheitssatz mißt, vor der Notwendigkeit, präpositive Maßstäbe heranzuziehen. Das bedeutet aber, daß er auf ein Wertsystem zurückgreifen muß. Welche Schwierigkeiten sich dabei ergeben können, davon legen seine Erkenntnisse beredtes Zeugnis ab. In vielen Erkenntnissen bricht die Argumentation ab, bevor die Verbindung mit Wertbegriffen hergestellt ist, so daß ihre die Schlußsicherheit fehlt. Das ist zum Teil verständlich, wenn man sich den pluralistischen Charakter unserer Gesellschaft vor Augen hält. Der VfGH kann seine Maßstäbe nur an Hand der gemeinsamen Werte dieser Gesellschaft gewinnen. Eine Ausgangsbasis (sic!) hierfür bietet die Verfassungsrechtsordnung, in der ja bestimmte Wertevorstellungen deutlich zum Ausdruck kommen. Freilich ist es hier notwendig, das Bleibende vom Transitorischen, den Grundsatz von der Ausnahme zu unterscheiden.

Deutlich wird daran, wie dringend der Bedarf nach Gleichförmigkeit der gesellschaftlichen mit der judikativen Entwicklung empfunden wird. Dem VfGH wird viel eher die Rolle des Situationsdeuters und Sinnstifters in als prekär empfundenen gesellschaftlichen Situationen zugedacht, als die Streitlösung im Einzelfall. Ist der Gleichheitssatz erst einmal durch die stete Bezugnahme auf „Sachlichkeit“ in beliebiger Hinsicht mit außerrechtlichen Wertmaßstäben aufladbar (und so die scheinbar verfassungsgebundene Durchsetzung politischer Überzeugungen jederzeit ausweisbar), dann verliert sich — begründet durch die „Offenheit“ des Gleichheitssatzes — jede Linie. [24] Damit ist zunächst für ausreichende „sachliche Unbestimmtheit“ gesorgt, um das jeweilige soziale Substrat und politische Stimmungsumgebung beliebig in die Verfassungsrechtsprechung einfließen zu lassen.

Bleibt nur noch, auch für die „zeitliche Unbestimmtheit“ zu sorgen: Beginnend mit dem Erkenntnis VfSlg. 5854/1968 hat der VfGH entschieden, daß der Gleichheitssatz in einem dynamischen Sinne zu verstehen sei; es ließe sich „ohne weiteres aus dem Text des Art. 7 B-VG und des Art. 2 StGG“ ableiten, daß nicht der Zeitpunkt der Erlassung eines Gesetzes, sondern der Zeitpunkt der Entscheidung für die Beurteilung, ob ein Gesetz dem Gleichheitssatz entspricht, maßgeblich sei: „Gesetze müssen stets dem Gleichheitssatz entsprechen.“ Die Argumentation bedarf wiederum der „Sachlichkeit“: Die Kriterien, denen entsprechend eine Differenzierung als „sachlich gerechtfertigt“ erscheint, können sich nach Erlassung eines Gesetzes ändern; jede gesetzliche Differenzierung unterliegt aber der Überprüfung mithilfe der jeweils aktuellen Wertkriterien, die den Inhalt der „Sachlichkeit“ ausmachen: Die Maßstäbe für die Sachbezogenheit einer Regelung können sich im Laufe der Zeit ändern, eine Regelung somit unter Umständen durch die Nichtanpassung an geänderte „sachliche Erfordernisse“ verfassungswidrig werden. Rechtlich läßt sich dies nur dann begründen, wenn jeweils (das heißt: bei genügend gesellschaftlichem Bedarf) die „geänderten sachlichen Erfordernisse“ kontinuierlich Inhalt der Verfassungsordnung werden. [25]

Damit ist zweierlei erreicht: Zum einen wird dem Gesetzgeber genügend Frei- raum gewährt, um ihm in allen Fällen wirtschaftspolitischer Problemstellungen attestieren zu können, er sei „frei“; [26] zum anderen erhält der allgemeine Gleichheitssatz dadurch eine Surrogatfunktion (*Korinek*) für andere Grundrechte. Ist der Gleichheitssatz zum allgemeinen Sachlichkeitsgebot umgewandelt, ist die Berufung auf andere Grundrechte in der Tat entbehrlich. Der Gleichheitssatz ist dann vollends zum Einfallstor metajuristischer Kriterien geworden. Wie kein anderes „Recht“ eignet sich dann die „Gleichheit“ zur Legitimierung politischer Entscheidungen.

So ist in dieser Zeit der weitaus überwiegende Teil von Gesetzesaufhebungen wegen Verletzung eines Grundrechtes einer (angeblichen) „Unsachlichkeit“ der Regelung geschuldet. Beispiele dafür sind die vom VfGH entwickelte

„Sonderopfertheorie“ (derzufolge es mit dem Gleichheitssatz unvereinbar sei, wenn durch eine entschädigungslose Enteignung mehreren Personen zwar gleiche Vorteile, nicht aber auch gleiche Vermögenseinbußen entstehen [27]) und die in weiterer Folge entwickelte Ermittlungsmethode dafür, ob der sog. „Wesensgehalt“ eines Grundrechts durch eine generelle Norm verletzt worden sei: Ausgehend davon, daß verschiedene verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte unter allgemeinem oder eingeschränktem Gesetzesvorbehalt stehen, d.h. daß ein einfaches Gesetz aufgrund der verfassungsrechtlichen Ermächtigung das betreffende Grundrecht einschränken kann, [28] muß der „unverletzliche Kernbereich“ des Grundrechts ermittelt werden. Aufbauend auf der sog. „Wesensgehaltssperre“ (derzufolge ein das Grundrecht einschränkendes Gesetz lediglich keine gänzliche Aufhebung des Grundrechts bewirken dürfe) ist der in unserem Beobachtungszeitraum entwickelten Theorie zufolge der Gesetzgeber „dem Wesensgehalt des Grundrechts entsprechend [...] an die sachlichen Grenzen der Materie gebunden“, [29] so daß nur sachlich gerechtfertigte Grundrechtseinschränkungen zulässig sind. Solange der VfGH im unreflektierten Banne gesetzgeberischer Freiheit gestanden ist, wirkt zweiteres (nämlich den Kernbereich des Grundrechtes derart herauszuschälen, daß es aller einfachgesetzlichen sachlichen Einschränkungen entkleidet wird) verstärkend: Da beinahe alle gesetzgeberischen Erwägungen — wenn sie nur nicht exzessiv sind — „sachlich gerechtfertigte Differenzierungen“ zum Ergebnis haben, bleibt der „Kern des Grundrechtes“ eben entsprechend klein. Sobald sich aber die Kriterien dafür, was als „sachlich“ anerkannt ist, ändern, ändert sich damit — wie in kommunizierenden Gefäßen — auch der Umfang des jeweiligen Grundrechts.

Gerhard Leibholz [30] — der schon in der Weimarer Republik maßgeblichen Einfluß auf die Entwicklung des Gleichheitssatzes nehmen konnte — hat dies im Jahre 1955 auf eine programmatische Formel gebracht: Man müsse

die Normen und die von ihnen verwendeten Begriffe in steigendem Maße von der Wirklichkeit her zu begreifen und in-

haltlich zu bestimmen suchen. Dies bedeutet, daß ein Wandel der Verfassungswirklichkeit die Auslegung des Verfassungsrechts maßgeblich affizieren kann. Man denke z.B. an den Bedeutungswandel, den der Satz der Gleichheit aller vor dem Gesetz erfahren hat [...] In der Praxis der Verfassungs- und Verwaltungsgerichte spielt die angebliche oder wirkliche Verletzung des Gleichheitssatzes durch den Gesetzgeber daher heute nicht zufällig eine überragende Rolle. So können Verfassungsnormen, ohne daß sich deren Wortlaut zu ändern braucht, die sich wandelnde politische Wirklichkeit inhaltlich in sich aufnehmen und hierdurch eine Änderung ihrer bisherigen Auslegung notwendig machen.

Unschwer läßt sich darin das vielfach zu Ehren gekommene Gerede von „Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit“ erkennen; eine Formel, die meist von denjenigen in den Mund genommen wird, die damit — aus welchen Gründen auch immer — ihren Unwillen über normative Hindernisse der „Verfassungswirklichkeit“ zum Ausdruck bringen. An dieser Stelle brauchen wir nicht weiter zu rekonstruieren, wie die in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik hochgekommene, besonders von *Rudolf Smend* unter dem Rubrum „Integrationslehre“ verbreitete und dann für die Bedingungen der BRD von *Wilhelm Henning* angepaßte Lehre vom Vorrecht der politischen Wirklichkeit gegenüber dem Verfassungsrecht [31] in den Gleichheitssatz Eingang gefunden hat; wichtig ist das Ergebnis derartiger Konzepte, denen allen die (zumeist unausgesprochene) Vorstellung zugrunde liegt, daß das als Verfassungstext fixierte „Verfassungsrecht“ erst durch die volle An- und Aufnahme in der Wirklichkeit zur „Verfassung“ wird. Damit wird die „Verfassungswirklichkeit“ zur Quelle von „Verfassungsrecht“ gemacht, zumindest gleichrangig neben das Verfassungsrecht gestellt, das Postulat der Verfassungsverwirklichung wird durch den permanenten Rekurs auf die jeweils rechts vom Verfassungstext stehende Verfassungswirklichkeit ersetzt:

Juristen, die keine ‚Paragraphenreiter‘ oder ‚lebensfremde Positivisten‘ sein, sondern ‚rechtssoziologisch aufgeklärt‘, ‚mit der Zeit gehen‘ wollen, sprechen — und

schreiben — dann zunächst von der ‚echten Spannung zwischen geschriebener und gelebter Verfassung‘. Damit ist der rechtsstaatliche ‚Vorrang‘ der demokratischen Verfassung angebohrt. Es entsteht ein manipulationsfähiges ‚Spannungsverhältnis‘, wobei unterdrückt wird, daß die verfassungsmäßigen Verfassungswirklichkeiten ja gar keine ‚Spannung‘ schaffen können, mithin im Rahmen dieser Gegenüberstellung ‚Verfassungswirklichkeit‘ nur die — nobilitierte -Verfassungs(rechts)widrigkeit ist. Die ‚Lösung‘ des ‚Spannungsverhältnisses‘ erfolgt in den justiziellen und fachliterarischen Hervorbringungen vielfach zunächst in der Mitte zwischen den beiden Polen von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, womit die Verfassungswirklichkeit Raum für ihre Weiterentwicklung nach ‚rechts‘ gewonnen hat [...] Fassen wir zusammen: An Stelle der Rechtsanwendung auf die Wirklichkeit tritt — stärker als je zuvor im Verlauf der letzten hundert Jahre — die Wirklichkeit-sanwendung auf das Recht, wobei eben nur ein Fragment der Wirklichkeit zum Zuge kommt; denn — ‚die im Dunklen sieht man nicht‘. [32]

Die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Judikatur zum Gleichheitssatz seit 1955 kann gezeichnet werden als zunehmende „Wirklichkeitsanwendung auf das Recht“, welche freilich durch stete Betonung, es handle sich bei verfassungsgerichtlichen Judikaten bloß um Rechtsanwendung — oder wie es neuerdings schönfärberisch heißt, um das gewissenhafte Streben, „die Rechtsordnung im Sinne eines lebendigen Verfassungsrechtes zu interpretieren“ [33] —, zu entschärfen versucht wird. Unter dem Titel des „lebendigen Verfassungsrechtes“ setzt sich der VfGH ins Recht, sich in jeder Entscheidung künftig abweichende oder entgegengesetzte Wertungen nach Umständen und Sachlagen vorzubehalten. Das so gehandhabte Verfassungsrecht verliert damit ganz grundsätzlich die Fähigkeit, noch als Maßstab zu dienen — die Funktionsimperative politischer Apparate und ökonomischer Machtkomplexe fluten ungehindert in die Verfassungsjudikatur. Das im juristischen Schrifttum der Judikatur des VfGH mal voraushinkende, mal hinterhereilende Rechtsprechungspostulat einer verstärkten Materialisierung der als

allzu formal wahrgenommenen Grundrechtsjudikatur führt im Ergebnis dazu, daß dem VfGH nicht mehr die Garantie der Verfahrensbestimmungen der Verfassung, sondern in immer größer werdendem Ausmaß die inhaltliche Grundrechtsjudikatur zur Aufgabe gemacht wird. Damit wird die Aufgabe der Gerichtsbarkeit im bürgerlichen Rechtsstaat definitiv verkehrt: Während in den Rechtsstaatskonzeptionen des 19. Jahrhunderts (*Gneist, Bähr, Mayer*) die strikte Bindung aller Verwaltungsbehörden (der sog. Verwaltung und der Gerichtsbarkeit) gleichermaßen als Verwirklichung (bzw. Umsetzung) des souveränen gesetzgebenden Volkswillens wie als Sicherung der Freiheitsrechte gedacht war, entwickelt sich die an inhaltlichen Grundrechten orientierte Verfassungsgerichtsbarkeit zum Zensor demokratischer Rechtsentscheidungsprozesse; Kontrollmaßstab wird nunmehr ein in seinem Umfang und seiner Reichweite jeweils unter tagespolitischen Opportunitätsgründen ermittelte „substantialisierte Grundrecht“, dessen Inhalt leicht der eigenmächtigen situativen Bestimmung durch den VfGH unterliegt. [34]

Es ist ein herausragendes Verdienst von *Ingeborg Maus*, das Ergebnis dieser Entwicklung mit wünschenswerter Deutlichkeit auf den Begriff gebracht zu haben:

Hatte Kant, wie auch Rousseau, nicht die Gesetze (oder die Verfassung), sondern die gesetz- bzw. verfassungsgebende Gewalt zum Angelpunkt des demokratischen Rechtsstaats erklärt und so alle Rechts- und Verfassungsinnovationen an der gesellschaftlichen Basis monopolisiert, so wird gegenwärtig im Zeichen justizstaatlicher Entwicklung alles bestehende Recht gegen jeden Änderungsdruck von unten befestigt, aber zum Zwecke innovativen Gebrauchs durch die Staatsapparate interpretativ dynamisiert. Diese Funktion übernimmt vor allem die Verfassungsjustiz. In Zeiten, zu denen in fast allen ehemals parlamentarischen Systemen der bekannte Satz gilt: ‚Wir haben eine Verfassung, aber der Supreme Court sagt uns, was die Verfassung ist‘, kann die Verfassung nicht mehr als ein vom Volk erlassenes Dokument fungieren, sondern wird umgekehrt das Volk bei jeder spontanen, rechtsinnovativen Aktion drohend auf die je autoritär in-

terpretierte Verfassung verpflichtet, während die Staatsapparate nicht mehr der Verfassung, sondern nur noch ihren eigenen Verfassungsinterpretationen zu entsprechen haben. [35]

[1] Zum Bundesgerichtshof vgl. Hellbling, *Die Einrichtung und das Verfahren des Bundesgerichtshofes*, *VerwBl.* 1934, S. 270f. und S. 300ff.; Merkl, *Das Bundesgerichtshofgesetz*, *JBl.* 1934, S. 421ff.; Kamitz — Fröhlich, *Der Bundesgerichtshof (1935)*; Spanner, *Der österreichische Bundesgerichtshof*, *ZÖR* 1935, S. 195ff.

[2] Zu *Person und Werk* von Ernst Durig vgl. seine autobiographische Darstellung in: Grass (Hrsg.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen (1952)*, S. 55ff., sowie Gschließer, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Ersten Republik*, in: Ermacora — Klecatsky — Marcic (Hrsg.), *Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit — Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich (1968)*, S. 21ff. m.w.N.; Zigeuner, *Zehn Jahre Verfassungsgerichtshof in der Zweiten Republik*, *JBl.* 1956, S. 629ff. (S. 631)

[3] Gschließer, a.a.O., S. 39. — Zum Übergang vom VfGH der Ersten Republik auf den Bundesgerichtshof siehe auch die Darstellungen bei Frisch, *Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes*, *VwArch* 1933, S. 232ff.; Spanner, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit (1951)*, S. 8 bis 18; Kafka, *Der gesetzgebende Richterspruch. Grundprobleme der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle in Österreich (1967)*, S. 12 bis 68; Huemer, *Sektionschef Robert Hecht und die Zerstörung der Demokratie in Österreich. Eine historisch-politische Studie (1975)*, S. 178ff. — *Das letzte Erkenntnis des VfGH vom 24. März 1933 betraf übrigens ein Gleichheitsproblem (VfSlg. 1519/1933)*

[4] Gschließer, a.a.O., S. 40f. — Auch in der Ernennung Durigs zum Präsidenten des VfGH zeigt sich, in welch ungeheurem Ausmaß Renner „stellvertretend für das unvermittelte, widersprüchliche Nebeneinander an sich nicht zu vereinbarende historische Wahrheiten (steht)“ (so zurecht Pelinka, *Karl Renner zur Einführung [1989]*, S. 108f.).

[5] *FORVM Juli-Sept. 1992*, S. 54f. (Fn. 63).

[6] Oberleitner, *Politisches Handbuch der Republik Österreich 1945-1960 (1960)*, S. 13, 110 und 118. — *Mehr als viele Worte illustrieren diese Funktionen das konsensuale Klima zu Beginn der 2. Republik.*

[7] *Wiener Zeitung*, Ausgabe v. 28. April 1990.

[8] Alle Angaben nach Enderle-Burcel-Kraus, *Christlich-Ständisch-autoritär: Mandatare im Ständestaat 1934-1938 (1991)*, S. 248f.

[9] Vgl. VfSlg. 3194 und 3523/1957 sowie EvBl. 1957/199 und VwSlgNF 5524 A/1961. — *In der Regierungsvorlage zum Staatsvertrag 1955 war die Rede davon, daß das Kontrollabkommen „in der österreichischen Rechtsordnung grundsätzlich als Tatsache einer höheren Gewalt gewertet (wurde). Österreich hat wiederholt und in sehr eindringlicher Weise gegen die Fortdauer der Besetzung, die jeder völkerrechtlichen Grundlage entbehrte, protestiert.“ (EB zur RV — Bes. Teil, 517 BlgNR VII. GP).*

[10] *So die einhellige Judikatur: VfSlg. 5059, 5159/1965, 7307/1974, 7581/1975 etc. — Der VfGH gestattet aber seit jeher einen Umweg: Seit VfSlg. 4245/1962 hält er daran fest, daß es zwar keine gesetzlichen Anhaltspunkt dafür gebe, daß der Gleichheitsgrundsatz auch für Ausländer gelte. Ein Ausländer könne sich jedoch darauf berufen, daß ein Gesetz selbst den Gleichheitsgrundsatz verletze, und aus diesem Grund verfassungswidrig sei; denn bei Anwendung des Gesetzes habe der VfGH von Amtswegen zu prüfen, ob ein Gesetz gegen die Verfassung verstoße; vgl. dazu Torggler, *Ausländer und Gleichheitsgrundsatz*, *NBl. d. österr. RA* 1967, Blg. 287, XII Sp. 289f.*

[11] Vgl. VfSlg. Anh. 4/1957, 3292/1957.

[12] Jetzt als „*Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*“ in 5. Aufl., bearbeitet und ergänzt von Hans Spanner (1957); die nachstehenden Zitate von S. 435.

[13] *Nach heute geltender Rechtslage (Art. II Z 3 des BVG v. 4. März 1964, BGBl. Nr. 59) steht Art. 6 StV 1955 nicht im Verfassungsrang; dies hat der VfGH seither laufend bestätigt: VfSlg. 6240/1970,*

6762/1972, 6919/1973, 7374/1974 etc. Spanner war offensichtlich der Auffassung, daß Art. 6 StV im Verfassungsrang steht!

[14] Vgl. Ermacora — Klecatsky — Ringhofer, *Die Rechtsprechung des VfGH im Jahre 1954. Eine kritische Würdigung*, ÖJZ 1956, S. 617ff.; dies., *Die Rechtsprechung des VfGH im Jahre 1955. Eine kritische Würdigung*, ÖJZ 1957, S. 598ff. und S. 617ff.; dies., *Die Rechtsprechung des VfGH im Jahre 1956. Eine kritische Würdigung*, ÖJZ 1959, S. 1ff. und 29ff.; dies. — Weiler, *Die Rechtsprechung des VfGH im Jahre 1957. Eine kritische Würdigung*, ÖJZ 1960, S. 169ff. und S. 197ff.; dies., *Die Rechtsprechung des VfGH im Jahre 1958. Eine kritische Würdigung*, ÖJZ 1961, S. 187ff. und S. 230ff. Von Heinrich Neisser, Gernot Schand und Manfred Welan (u.a.) sind in den Jahren 1968 bis 1979 „Betrachtungen und Bemerkungen zur Judikatur des VfGH“ erschienen (erstmalig in ÖJZ 1968, S. 57ff. und S. 89ff., betreffend die Rechtsprechung des Jahres 1965, und letztmalig in ÖJZ 1979, S. 113ff., betreffend die Rechtsprechung des VfGH in Rundfunkangelegenheiten), die insgesamt zum klügsten zählen, das die österreichische Verfassungsrechtslehre bis dato zuwege gebracht hat. — Angeregt durch die Arbeiten von Ermacora, Klecatsky und Ringhofer hat dann der am 26. Jänner 1991 verstorbene Hans Spanner seit 1959 (betreffend VfSlg. 1957) ebenfalls eine fortlaufende Besprechung der Erkenntnisse des VfGH unternommen, die seit 1990 (JBl. 1990, S. 621ff., betreffend die Rechtsprechung des Jahres 1986) von Richard Novak fortgesetzt wird. Daneben gibt es heute die von Michael Holoubek und Michael Lang seit 1990 in der Zeitschrift „ealex“ betriebene „Rechtsprechungsübersicht Verfassungsgerichtshof“.

[15] Gleichheit vor dem Gesetz (Vortragsbericht), JBl. 1956, S. 611ff. (I); vgl. auch ders., *Probleme der Gesetzesprüfung*, JBl. 1967, S. 226ff. (II); die Seitenangaben im Text beziehen sich auf diese beiden Texte (I/Seite; II/Seite).

[16] Vgl. vor allem folgende Arbeiten: Massing, *Recht als Korrelat der Macht? Überlegungen zu Status und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Schäfer (Hrsg.), *Der CDU-Staat. Studien zur Verfassungsentwicklung der Bundesrepublik* (1967), S. 123ff.; ders., *Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer*

*Kontrolle*, in: Tohidipur (Hrsg.), *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik* (1976), S. 30ff.; ders., *Rechtsstaat und Justizherrschaft*, in: ders., *Verfluchte Verhältnisse* (1987), S. 114.

[17] Massing, *Identität als Mythopoem. Zur politischen Symbolisierungsfunktion verfassungsgerichtlicher Spruchweisheiten*, in: Voigt (Hrsg.), *Symbole und Rituale in der Politik* (1989), S. 235ff. (gekürzt auch abgedruckt in: *StuR* 1989, S. 145f-f.).

[18] Wer, wie Otwin Massing, seine Leserinnen und Leser mit dem vom BVerfG entwickelten „apotropäischen Zauber der demiurgischen Konstruktion“ (ebd., S. 254) verwöhnt, der riskiert, mißverstanden zu werden; soweit ich ihn verstehe, geht die Argumentation wie folgt: Verfassungsgerichtsbarkeit ist „social construction of reality“; es geht um die Herstellung von verbindlichen Deutungsmustern. Dies werde vom Verfassungsgericht dadurch geleistet, daß er entlang einem entwickelten Methodenkanon und unter Beachtung der von ihm sanktionierten Argumentationsregeln für Selbstinszenierung Sorge. „Die Angst, daß durch unverstellte Offenlegung der juristischen Zunftgeheimnisse, vom ‚wissenschaftlichen‘ Hexeneinmaleins nicht länger besprochen und also gebannt, die Zauberkraft ihres normierenden Schamanentums schwinden könnte, muß ebenso abgewehrt werden, wie die Grenze zum ‚Voodoo‘ nicht überschritten werden darf.“ (ebd., S. 248)

Die Notwendigkeit, diesen ambivalenten Zustand zu erhalten, führe dazu, Selbstverteidigungsaussagen zu kreieren; das beständige versichern, es gehe alles mit rechten Dingen zu, sichere die Gefolgschaft der Öffentlichkeit: „Amt und Gefolgschaft sind also über Symbolresonanzen wechselseitig aufeinander bezogen.“ (ebd.) Dennoch ergebe sich unweigerlich die Frage, ob die Ergebnisse der Verfassungsgerichtsbarkeit „gerechtfertigt“ seien. In Bezug auf die so charakterisierte „Wahrheit“, „Richtigkeit“, „Begründetheit“ etc. gibt es nicht nur so etwas wie „Begründungsobjektivität“ (die die automatische Folge davon sei, daß man sich an die anerkannten Ermittlungs- und Konstruktionsverfahren, an die „Regeln der Kunst“ gehalten habe, wodurch die Resultate der Forschung dadurch über privatsemanantische Codes und Evidenzen hinaus auch intersubjektiv kommuniziert werden können, mit der Möglichkeit ihrer An-

nahme oder Ablehnung bzw. Kritik), sondern auch „Konsensobjektivität“ (der Ausdruck stammt von Hermann Lübke). Massing allerdings wandelt diesen Begriff in „Referenz- bzw. Kontextobjektivität“, da „Konsensobjektivität“ und „dessen idealistische Spitze m.E. allzu unvermittelt gegen den Begriff der Parteilichkeit gekehrt wird“.

[19] Dieses und das nächste Zitat: ebd., S. 249f.

[20] Im strengen Sinne von Gramsci; vgl. Kebir, *Gramscis Zivilgesellschaft. Alltag, Ökonomie, Kultur, Politik* (1991), S. 74ff. und S. 187ff.

[21] Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*<sup>5</sup> (1885), S. 664, zit. nach Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), S. 119

[22] Alexy, a.a.O., S. 118

[23] Ermacora, *Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte* (1963), S. 70

[24] Wir brauchen an dieser Stelle nicht die gesamte Judikatur zum Gleichheitssatz Revue passieren lassen; stellvertretend sei auf die Arbeit von Klemenz, a.a.O., S. 59ff. und 72ff. und die dort angeführte Rechtsprechung und Literatur verwiesen. Zusammenfassend hat Mayer, *Entwicklungstendenzen in der Rechtsprechung des VfGH*, ÖJZ 1980, S. 337ff. (S. 343) festgestellt, daß „eine Betrachtung dieser Jud(ikatur) nur ganz wenige Grundlinien erkennen (läßt)“.

[25] Mayer, a.a.O., hat zurecht darauf aufmerksam gemacht, daß es völlig ungeklärt ist (und wohl auch bleiben muß!), wann eine solche „Anpassung“ erfolgen muß; im Erkenntnis VfSlg. 7461/1974 hatte der VfGH gemeint, eine solche Anpassung müsse nicht „sofort“ erfolgen, und tolerierte eine „Nichtanpassung“ selbst nach mehr als fünfzig Jahren. „Dies“, so Mayer, a.a.O., „macht sehr deutlich, daß sich der VfGH durch den Gleichheitssatz in seinem Entscheidungsspielraum nicht ernsthaft als beschränkt betrachtet.“

[26] Tenor unzähliger Entscheidungen: „Maßgebend ist [...], ob die vom Gesetzgeber getroffene Differenzierung in irgendwelchen Gründen ihre sachliche Rechtfertigung findet“ (so VfSlg. 5862/168 [Hervorhebung von mir, AJN]). Bei grober Durchsicht eignen sich in dieser Phase der Gleichheitsjudikatur beinahe alle

Wirtschafts und finanzpolitischen Erwägungen dazu, eine Regelung als sachlich gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Zwar hängt die Sachlichkeit einer Norm nicht von dem subjektiven Verhalten des Gesetzesgebers ab, sondern von ihrem objektiven Gehalt (VfSlg. 5251/1966), aber sobald auch nur Ansätze einer „politischen Erwägung“ zu entdecken sind, heißt die Formel: „Der Gesetzgeber ist bei der Verfolgung rechtspolitischer Ziele frei.“ (z.B. 5972/1969, 6071/1969) Der Gleichheitssatz erlaubt in dieser Sicht unter keinen Umständen, „dem Gesetzgeber wegen der Wahl wirtschaftspolitischer oder finanzpolitischer Ziele entgegenzutreten“ (so VfSlg. 6030/1969)

[27] Vgl. statt aller die Nachweise bei Walter — Mayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*<sup>7</sup> (1992), Rz 1375

[28] Beispiel: „Art. 5 StGG. Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt.“

[29] Vgl. z.B. VfSlg. 4163/1962, 7304/1974

[30] Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* (1955), in: ders., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*<sup>3</sup> (1974), S. 277ff., hier S. 278

[31] Vgl. Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen* (1955), S. 119ff., bes. S. 187ff.; Hennis, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* (1968)

[32] Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes* (1975), S. 18f.; vgl. auch ders., *Die neueren Entwicklungen des „Rechtsstaats“*, in: FS Klenner (1987), S. 116ff. (bes. S. 123ff. ); ders., *Gedanken zum Tabu Rechtsstaat*, in: *plädoyer H.* 2/1989, S. 24ff.

[33] So der ständige Referent des VfGH, Peter Jann, „Mir wern an Richter brauchen“. Von Heizkosten über Lifte bis Pornos — *Der Alltag eines Verfassungsrichters*, in: *Wiener Zeitung EXTRA*, Blg. zur Ausgabe v. 2. Oktober 1992, S. 3; Jann vergißt nicht hinzuzufügen: „Zu dieser interpretativen — nicht mit Schöpfung neuen Rechts zu verwechselnden — Aufgabe wird man den Richter immer brauchen.“

[34] Vgl. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie* (1992), S. 235ff., 243ff. und 298ff.

[35] Ebd., S. 235f. — An dieser Stelle kann das Zitat von Maus nur den Charakter einer Behauptung haben; der Nachweis für die von mir für richtig gehaltene These müßte in einer — bis dato nicht vorliegenden — empirischen Arbeit über die Tätigkeit des VfGH erst noch erbracht werden.

Die ersten drei Teile erschienen im FORVM Mai (1887—1918), Juli (1818 -1938) und November 1992 (1946 -1955); ein fünfter Teil folgt im nächsten Heft.

**Alfred J. Noll:** Geboren 1960, lebt in Wien als Rechtsanwalt. Vater zweier erwachsener Töchter, von einer derselben zum Großvater geadelt.

Lizenz dieses Beitrags  
Copyright

© Copyright liegt beim Autor / bei der Autorin des Artikels