



Conférence des Cours constitutionnelles européennes
Conference of European Constitutional Courts
Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte
Конференция Европейских Конституционных Судов

GESETZGEBERISCHES UNTERLASSEN ALS PROBLEM VERFASSUNGSGERICHTLICHER KONTROLLE

Landesbericht Österreich
für den XIV. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte
in Vilnius, Litauen vom 2. bis 7. Juni 2008

Univ.-Prof. Dr. Peter Oberndorfer,
Mitglied des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs,
Dr. Britta Wagner,
Generalsekretärin im Österreichischen Verfassungsgerichtshof *

Die Gliederung des Beitrags folgt dem vom Verfassungsgericht der Republik Litauen erstellten Questionnaire, soweit nicht einzelne Fragestellungen nach österreichischem Rechtsverständnis obsolet erscheinen.

* Die Verfasser danken Herrn Dr. Michael Mayrhofer, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre der Universität Linz, für seine wertvolle Mitarbeit.

Inhaltsübersicht

1. Zur Problematik der Rechtslücke als methodische Grundlage für die Wahrnehmung und Abgrenzung „gesetzgeberischen Unterlassens">
 - 1.1. Die Rechtslücke als Voraussetzung analoger Rechtsanwendung
 - 1.2. Das Schließen einer Rechtslücke durch verfassungskonforme Rechtsauslegung und –anwendung
 - 1.3. Gesetzgeberisches Unterlassen durch nicht befolgte Verfassungsaufträge

2. Die Verankerung der Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes zur Untersuchung der Verfassungswidrigkeit von Rechtslücken
 - 2.1. Die Verfassung im nationalen Rechtssystem
 - 2.2. Der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfenen Rechtsakte
 - 2.3. Der Verfassungsgerichtshof als negativer Gesetzgeber
 - 2.4. Fehlende (unterlassene) gesetzliche Regelungen als Grund für die Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes
 - 2.5. Sonderprobleme

3. Gesetzgeberisches Unterlassen als Grund für die Aufhebung geltender Gesetze und Verordnungen durch den Verfassungsgerichtshof
 - 3.1. Die grundsätzliche Unüberprüfbarkeit des Gesetzgebers
 - 3.1.1. Punktuelle Verfassungswidrigkeit genereller Normen wegen Unterlassens des Gesetzgebers
 - 3.1.2. Das gleichheitswidrige Unterlassen gesetzlicher Übergangsbestimmungen
 - 3.1.3. Rechtsfolgen rechtswidrig unterlassener Verordnungen
 - 3.2. Die prozessuale Problematik gesetzgeberischen Unterlassens vor dem Verfassungsgerichtshof

4. Prüfung und Bewertung gesetzgeberischen Unterlassens aus rechts- und verfassungspolitischer Sicht

1. Zur Problematik der Rechtslücke als methodische Grundlage für die Wahrnehmung und Abgrenzung "gesetzgeberischen Unterlassens"

1.1. Die Rechtslücke als Voraussetzung analoger Rechtsanwendung

Der Begriff der Rechtslücke ist nach allgemeinem österreichischem Rechtsverständnis ein methodisches Instrument, Regelungsbedürfnisse, die in der Praxis der Rechtsanwendung auftreten, in korrekter Weise zu schließen. Das Regelungsbedürfnis kann lediglich rechtspolitisch begründet sein; die Rede ist dann von einer "unechten Lücke". Sie zu schließen ist Aufgabe des Gesetzgebers. Eine "echte Lücke", auch "planwidrige Lücke" genannt, liegt dann vor, wenn eine geltende Rechtsvorschrift unvollständig ist. Diese Unvollständigkeit, die beispielsweise darin bestehen kann, dass die in der Verfassung vorgesehene Anfechtung des Ergebnisses einer Volksbefragung vor dem Verfassungsgerichtshof (VfGH) zwar ausdrücklich zugelassen ist, die dafür notwendige Anfechtungsfrist aber zu regeln "vergessen" wurde.¹

Das Vorliegen einer echten Lücke ist in der Unzulänglichkeit einer Rechtsvorschrift begründet, ohne dass daraus in der österreichischen Doktrin auf deren Verfassungswidrigkeit geschlossen wird. Vielmehr ist die Lücke von dem zur Anwendung der Rechtsvorschrift berufenen Staatsorgan zu schließen, das dabei – dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 7 ABGB² folgend – im Wege der Analogie vorzugehen hat: Dies bedeutet, dass ähnliche Tatbestände, die eine ausdrückliche Regelung aufweisen, zur Schließung der Rechtslücke verwendet werden. Die Anwendbarkeit dieses auch als "Analogie" oder "analoge Rechtsanwendung" bezeichneten Verfahrens heilt gleichsam die durch das Unterlassen des Gesetzgebers

¹ Vgl. diese rechtliche Situation in VfGH 27.9.2007 W I-1/06.

² § 7 ABGB lautet: "Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden." Zur Methodik der Rechts- und Gesetzesanalogie vgl. ganz allgemein *Bydlinski* in: Rummel, ABGB, 3. Auflage, 2000, § 7 ABGB Rz. 3 ff.

entstandene Rechtslücke. Von einer Verfassungswidrigkeit kann diesfalls keine Rede sein.³

Lückenhaftigkeit in diesem Sinn kann jede Rechtsquelle aufweisen, das einfache Gesetzesrecht genauso wie auch das Verfassungsrecht. Eine Lückenschließung im Verfassungsrecht läuft auf eine Supplierung des Verfassungsgesetzgebers durch einen Verfassungsanwender, letztlich wohl den VfGH, hinaus. Diese ist nur dann zulässig, wenn die Ähnlichkeit eines geregelten verfassungsrechtlichen Tatbestandes mit einem ungeregelten eine derartige Intensität erlangt, dass jede abweichende Regelung des Verfassungsgesetzgebers als Wertungswiderspruch erschiene, wenn nicht gar die Unsachlichkeit einer von der analogen abweichenden Lösung anzunehmen wäre. Ein berühmtes Beispiel dafür bildet in der österreichischen Verfassung die Anwendung des Legalitätsprinzips: Art. 18 Abs. 1 B-VG⁴ wird, obwohl diese Bestimmung explizit nur die Verwaltung an das Gesetz bindet, analog auch auf die Gerichtsbarkeit angewandt.⁵

1.2. Das Schließen einer Rechtslücke durch verfassungskonforme Rechtsauslegung und -anwendung

Das Unterlassen einer notwendigen rechtlichen Regelung durch den einfachen Gesetzgeber wird vom VfGH häufig im Wege verfassungskonformer Interpretation festgestellt und gleichzeitig saniert: Ein vorerst unter dem Aspekt der Gleichheit lückenhaftes, also mangels einer hinreichenden ausdrücklichen Regelung verfassungswidriges Gesetz wird unter dem Titel und mit Hilfe "verfassungskonformer Interpretation" (richtig wohl "verfassungskonformer Rechtsschöpfung") per analogiam

³ Im beispielhaft zitierten Erkenntnis des VfGH zu W I-1/06 wurde die Notwendigkeit einer Anfechtungsfrist auch für diesbezüglich unregelte Anfechtungen von Volksbefragungen kraft allgemeiner Überlegungen zur Rechtssicherheit bejaht ("Rechtsanalogie") und in concreto die höchste, für ähnliche Anfechtungen vom Gesetzgeber des VfGG ausdrücklich vorgesehene Anfechtungsfrist, d. i. eine Frist von 6 Wochen, ("Gesetzesanalogie") angenommen.

⁴ "Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden."

⁵ VfSlg. 12.185/1989; vgl auch *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Auflage, 2007, Rz. 572; *Mayer*, Das österreichische Bundesverfassungsrecht – Kurzkomentar, 4. Auflage, 2007, 133.

umgedeutet; d.h. die verfassungs-, etwa gleichheitswidrige Unvollständigkeit wird im Wege der Analogie geschlossen und behoben. Die festgestellte "Rechtslücke" mündet in die Behebung des legislativen Mangels derart, dass das Versagen der Gesetzgebung in Anwendung eines Verfassungsmaßstabes, meist des Gleichheitssatzes, mit Hilfe der Analogie korrigiert wird, sodass auf diesem Wege der Fehler des Gesetzgebers gleichsam "ausgebessert" erscheint. Ergibt sich sohin die Annahme einer Rechtslücke aus Gründen des Gleichheitssatzes, so verlangt der methodische Grundsatz des verfassungskonformen Rechtsverständnisses eine gleichheitskonforme Deutung der Rechtslage, durch welche die potentielle Annahme der Verfassungswidrigkeit gesetzgeberischen Unterlassens geheilt wird.⁶

Am Beispiel des Erkenntnisses VfSlg 10.612/1985 soll der abstrakt geschilderte methodische Grundgedanke kurz erläutert werden: Der VfGH sprach aus, es wäre verfassungs- weil gleichheitswidrig, die behördliche Vorschreibung gesetzlich vorgesehener Verkehrserschließungsbeiträge für mittlerweile wiederum abgebrochene Gebäude zwar zu verneinen, für (gar) nicht errichtete Gebäude Beiträge aber vorzuschreiben. Der zweite, vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich (und daher insgesamt lückenhaft) geregelte Fall ist genauso zu betrachten, wie der hinsichtlich der reduzierten Beitragspflicht vom Gesetzgeber geregelte erste Fall. Ausdrücklich sagt daher der VfGH:

"Eine verfassungskonforme, dem Gleichheitssatz Rechnung tragende Interpretation der ... (angewandten Gesetzesbestimmung) ... erfordert es, diese Lücke im Wege der Analogie zu schließen."⁷

Kann eine unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes unvollständige gesetzliche Regelung als "Rechtslücke" verstanden und - wie gezeigt -

⁶ *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, aaO, Rz. 135.

⁷ Weitere Beispiele für Erkenntnisse auf gleicher methodischer Basis einer mit Hilfe verfassungskonformer, auf dem Gleichheitssatz gestützten Auslegung, die auf der Annahme eines lückenhaften Gesetzes beruht, bilden etwa VfSlg. 10.720/1985, 13.486/1993, 13.786/1994, 13.796/1994, 13.822/1994, 15.197/1998.

durch Analogie geschlossen werden, so ist insoweit per se eine Verfassungswidrigkeit ausgeschlossen.

- 1.3. Gesetzgeberisches Unterlassen durch nicht befolgte Verfassungsaufträge
Ausnahmsweise und relativ selten (wenn auch in der konstitutionellen Praxis zunehmend anzutreffen) sind verfassungsrechtliche Vorschriften, die als "Verfassungsaufträge"⁸ bezeichnet werden. Entweder werden damit als "Staatszielbestimmungen" allgemeine, politische Anliegen festschreibende, eher Aufgaben und Ziele bezeichnende, verfassungsrechtliche Anweisungen bzw. Normierungsaufträge, die primär an den einfachen Gesetzgeber gerichtet sind, angesprochen. Oder der Verfassungsauftrag – wie üblich auf die Ergänzung gesetzlicher Regelungen gerichtet – ist derart eindeutig, dass seine Befolgung durch den Gesetzgeber im Wege der Verfassungsgerichtsbarkeit dadurch sichergestellt wird, dass die ergänzungsbedürftigen gesetzlichen Normen als verfassungswidrig aufgehoben werden, weil dem Verfassungsauftrag nicht gefolgt wird.

Als Beispiel für einen relativ konkreten Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber sei die verfassungsrechtliche Bezeichnungspflicht für die im eigenen Wirkungsbereich von der Gemeinde zu vollziehenden hoheitlichen Verwaltungsaufgaben genannt (Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz B-VG). Dieser Verfassungsauftrag verpflichtet den einfachen Gesetzgeber, eine Verwaltungsaufgabe, die bestimmten abstrakten verfassungsrechtlichen Kriterien genügt ("ausschließliches und überwiegendes Interesse der örtlichen Gemeinschaft" und Eignung, "durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden") als zum eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde gehörig zu bezeichnen. Die Nichtbefolgung eines derartigen verfassungsrechtlichen Gebots lässt damit im Zusammenhang stehende Gesetze verfassungswidrig werden. Regelt mithin der Gesetzgeber eine Verwaltungsaufgabe, auf welche die genannten verfassungsrechtlichen Kriterien des Art. 118 Abs. 2 B-VG

⁸ Zum Begriff vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 7. Auflage, 2007, Rz. 90.

zutreffen, so hat er nicht nur die Gemeinden damit zu betrauen, sondern er muss diese Gemeindeaufgabe auch in den sie regelnden Gesetzen ausdrücklich als im eigenen Wirkungsbereich von der Gemeinde zu erledigen bezeichnen. Fehlt es an dieser ausdrücklichen Bezeichnung durch den Gesetzgeber – liegt also insoweit ein Unterlassen des Gesetzgebers vor –, so ist die gesetzliche Regelung der Verwaltungsaufgabe als solche verfassungswidrig und verfällt im Anfechtungsfalle der Aufhebung durch den VfGH.⁹

Schwieriger ist die verfassungsrechtliche Situation bei den allgemeinen, als Staatszielbestimmungen formulierten Verfassungsaufträgen. Mit diesen programmatischen Verfassungsvorschriften soll künftiges staatliches Handeln und Verwalten in eine bestimmte Richtung hingelenkt oder im Hinblick auf ein Ziel festgelegt werden, wie es nach österreichischem Verfassungsrecht für die dauernde Neutralität, den Umweltschutz oder für den Schutz der Volksgruppen der Fall ist¹⁰. Es erhebt sich die Frage, welches bereits bestehende Gesetz durch das Unterlassen des Gesetzgebers bei der weiteren Verfolgung des Staatszieles verfassungswidrig wird. Falsch wäre es, einfache Gesetze, etwa im Zeichen und in Verwirklichung des Umweltschutzes erlassene Umweltverträglichkeitsgesetze, als verfassungswidrig aufzuheben, weil sie gleichsam den Idealzustand des Staatszieles "Umweltschutz" (noch) nicht verwirklichen. Das Ergebnis wäre nämlich ein noch gravierenderer Mangel bei der Verfolgung des Staatszieles!

Das Unterlassen des Gesetzgebers muss sohin bei der Verfolgung der Staatsziele weitgehend sanktionslos bleiben: Lediglich dem Staatsziel eindeutig zuwiderlaufende gesetzliche Bestimmungen können als verfassungswidrig gebrandmarkt und vom VfGH im Anfechtungsfalle

⁹ VfSlg. 8155/1977, 9811/1983, 11.633/1988, 12.891/1991 und 13.568/1993; dazu *Oberndorfer*, Allgemeine Bestimmungen des Gemeinderechts – 1. Teil, in: Klug/Oberndorfer/Wolny (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht, 2008, Rz. 66 f.

¹⁰ Vgl. weitere Staatszielbestimmungen bei *Öhlinger*, aaO, Rz. 91 ff.

aufgehoben werden. Das eigentliche gesetzgeberische Unterlassen, also das Fehlen weiterer gesetzlicher Schritte auf dem Weg zur Verwirklichung des Staatszieles (wie etwa des "umfassenden Umweltschutzes") lässt sich durch den VfGH im Wege der Aufhebung eines Gesetzes nicht bereinigen.

2. Die Verankerung der Zuständigkeit des Verfassungsgerichtes zur Untersuchung der Verfassungswidrigkeit von Rechtslücken

2.1. Die Verfassung im nationalen Rechtssystem

Die Lehre vom „Stufenbau der Rechtsordnung“ als erkenntnisleitendes Prinzip des österreichischen Verfassungsverständnisses ist ihrer Herkunft nach eine rechtstheoretische Lehre.¹¹ Sie wird aber von der österreichischen Verfassung vorausgesetzt und spiegelt sich auch in der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes¹².

Eine der wesentlichsten Einsichten dieser Lehre geht dahin, dass jede untere der „Stufen“ der Rechtsordnung eine Konkretisierung der jeweils übergeordneten Stufe darstellt. Dass die Erlassung von gerichtlichen Urteilen und Verwaltungsakten eine Konkretisierung von einfachen Gesetzen darstellt, ist nichts Neues. Eine neue Einsicht der genannten Lehre ist es aber, dass auch die einfache Gesetzgebung ihrerseits Konkretisierung, nämlich Konkretisierung der Verfassungsordnung darstellt. Zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass diese Rolle der einfachen Gesetzgebung als Konkretisierung der Verfassungsordnung diese dann als „lex imperfecta“ erscheinen lässt, wenn keine Sanktionierung fehlerhaften Vorgehens der einfachen Gesetzgebung besteht. Diese Sanktionierung findet sich insbesondere in der Kompetenz eines

¹¹ *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz, JBl 1917, 425 ff; *ders.*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917, wieder abgedruckt in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, hrsg. von Klecatsky/Marcic/Schambeck, 1968, 1167 ff; vgl. auch *Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, 1931, ebendort, 1311 ff.

¹² Ihr zufolge gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden. Siehe zB VfSlg. 11.196/1986.

Verfassungsgerichtes, die Verfassungsmäßigkeit von einfachen Gesetzen zu überprüfen. Diese Kompetenz eines Verfassungsgerichtes macht die Verfassung in Bezug auf die Gesetzgebung (erst) zur „lex perfecta“.¹³

Diese Prüfungszuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes bedeutet freilich nicht, dass der Verfassungsgerichtshof jeden denkbaren Mangel der Gesetzgebung wahrzunehmen hätte. Man kann an einem Akt der einfachen Gesetzgebung vieles kritisieren, insbesondere kann man ihn als ungerecht, unvollständig und unbillig bezeichnen. Es kann gesetzgeberisches Unterlassen durchaus ein vom Verfassungsgerichtshof wahrzunehmender verfassungsrechtlicher Mangel des Gesetzes sein. Es kann sich aber ebenso um einen rechtspolitisch oder allgemein politisch kritisierbaren Fehler handeln, der nicht zu einer vom Verfassungsgerichtshof wahrzunehmenden Verfassungswidrigkeit führt. Die Grenzziehung zwischen dem einen und dem anderen Phänomen bedeutet eine äußerst sensible und mitunter diskussionswürdige Frage. Generell lässt sich dazu sagen, dass Unterlassen des Gesetzgebers nach der österreichischen Verfassungsrechtsordnung für sich allein betrachtet in der Regel nicht zur Verfassungswidrigkeit des als unvollständig erachteten Gesetzes führt, dass es aber Konstellationen geben kann, in denen sehr wohl eine Verfassungswidrigkeit vorliegt. Eine solche Konstellation ergibt sich insbesondere dann, wenn die Unvollständigkeit entweder die Verletzung eines ausdrücklichen Verfassungsauftrages oder die Verletzung eines Grundrechts darstellt.

Man nennt die positivrechtlichen Bestimmungen, nach denen einzelne Fehler das Entstehen eines Rechtsaktes als solchen nicht ausschließen, Fehlerkalkül. Die Lehre vom Fehlerkalkül ist von Kelsen und Merkl entwickelt worden. Das Fehlerkalkül ist – wie schon angedeutet – von der Rechtsordnung festzulegen; den entsprechenden Bestimmungen ist zu entnehmen, ob ein Fehler unbeachtlich ist oder zur Vernichtbarkeit des so

¹³ Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVdStRL 39, 1981, 36.

entstandenen Aktes führt.¹⁴ Das Fehlerkalkül umfasst daher die in der dargestellten „Stufenleiter“ angegebenen Möglichkeiten von Fehlerfolgen, mit Ausnahme der absoluten Nichtigkeit. Die absolute Nichtigkeit entzieht sich in der Regel der positivrechtlichen Normierung; ausnahmsweise findet eine solche dennoch statt, z.B. im Art. 67 Abs. 2 der österreichischen Bundesverfassung, wonach alle Akte des Bundespräsidenten grundsätzlich zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Bundeskanzlers oder der zuständigen Bundesminister bedürfen.

Die österreichische Bundesverfassung hat dieses Fehlerkalkül für Gesetze und Verordnungen dahin festgelegt, dass sie auch im Fall der Rechtswidrigkeit so lange in Geltung bleiben, als sie nicht durch eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes aufgehoben worden sind. Es kann freilich auch bei solchen generellen Normen Fälle der absoluten Nichtigkeit geben, so z.B. wenn ein Gesetz nicht gehörig kundgemacht ist. Die Frage der gehörigen Kundmachung von Gesetzen haben auch die ordentlichen Gerichte zu überprüfen, denen eine inhaltliche Überprüfung von Gesetzen grundsätzlich verwehrt ist.¹⁵

2.2. Der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfenen Rechtsakte

Die Zuständigkeit des österreichischen VfGH, generelle Rechtsakte auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, umfasst folgende Typen von Rechtsnormen: Im Zentrum seiner Tätigkeit (auch aus staatspolitischer Sicht) steht die Prüfung der formellen Bundes- oder Landesgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit (Art. 140 B-VG). Der VfGH ist aber auch berufen, die von einer Bundes- oder Landesbehörde erzeugten generellen Normen, das sind die Verordnungen, auf ihre Rechtmäßigkeit, das bedeutet primär auf ihre Gesetzmäßigkeit, aber auch auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen (Art. 139 B-VG). Geringe praktische Bedeutung genießt die

¹⁴ Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1996, 561 f.

¹⁵ Art. 89 Abs. 1 B-VG: „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.“

Zuständigkeit des VfGH gemäß Art 140a B-VG, völkerrechtliche Verträge auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Der Vollständigkeit halber sei schließlich darauf hingewiesen, dass der VfGH (nach Art. 138a B-VG) auch die Zuständigkeit besitzt, das Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Bund und Ländern oder zwischen mehreren Ländern untereinander festzustellen und zu überprüfen, ob die aus einem derartigen Vertrag resultierenden Verpflichtungen erfüllt wurden. Von der Prüfung einer nicht erlassenen Norm ist auch im Zusammenhang mit den Prüfungsobjekten keine Rede.

2.3. Der VfGH als negativer Gesetzgeber

Von besonderer Bedeutung für die Ahndung verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassens durch ein Verfassungsgericht ist die Entscheidungsbefugnis, die das Verfassungsgericht aufgrund der jeweiligen nationalen Verfassungsordnung besitzt.

Die Entscheidungsbefugnis des österreichischen Verfassungsgerichtshofes beschränkt sich sowohl bei der Gesetzesprüfung nach Art. 140 B-VG als auch bei der Verordnungskontrolle gemäß Art. 139 B-VG auf die Aufhebung der als rechtswidrig erkannten Normen. Normen, seien es parlamentarisch beschlossene, formelle Gesetze, seien es von Verwaltungsbehörden erlassene Verordnungen, dürfen vom VfGH nicht erlassen werden. Der VfGH darf auch dann nicht gesetzgebend tätig werden, "wenn die Erlassung bestimmter Regelungen von Verfassungs wegen geboten wäre."¹⁶ Fehlende gesetzliche Regelungen durch seine Entscheidung zu ersetzen, ist dem VfGH daher überhaupt verwehrt.¹⁷ Ganz allgemein wird der Verfassungsgerichtshof daher in der Literatur¹⁸ als – lediglich – negativer Gesetzgeber bezeichnet, dem jedwede positive

¹⁶ Rohregger in: Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht II/2, Art 140 B-VG Rz. 14.

¹⁷ Öhlinger, aaO, Rz. 1007.

¹⁸ Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVdStRL 5, 1929, 30 (56); erneut veröffentlicht in: Kojas (Hrsg.), Hans Kelsen oder Die Reinheit der Rechtslehre, 1988, 113 (133); Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, 193 ff; weitere Nachweise bei Rohregger, aaO, Fn. 41.

Normierungsbefugnis abgeht. Dieser Grundgedanke umreißt die Reichweite verfassungsgerichtlicher Kontrolle in Österreich und damit die Rolle des Verfassungsgerichtshofs im Verhältnis zum parlamentarischen ("formellen") Gesetzgeber in aller Schärfe. Er bedeutet, dass die Konsequenz aus der Wahrnehmung verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassens nur in der Aufhebung geltender, mit dem Unterlassen zusammenhängender Gesetze, oder von bloßen Teilen dieser Normen, ja möglicherweise auch nur von einzelnen in ihnen enthaltenen Wortfolgen oder einzelnen Wörtern besteht.

Die Aufhebung von bloßen Teilen eines Gesetzes, ja im Extremfall lediglich die Aufhebung einzelner Wörter des Gesetzes durch den VfGH, um den verfassungsgemäßen Zustand herzustellen, bietet die Möglichkeit, unvollständige und deshalb verfassungswidrige Gesetzesbestimmungen dadurch inhaltlich zu ergänzen, dass einschränkende Rechtsfolgen aufgehoben und dadurch die ursprüngliche Einschränkung etwa des personellen Geltungsbereiches des Gesetzes beseitigt wird. So ist etwa durch das "Islamgesetz"-Erkenntnis des VfGH¹⁹ im Wege der verfassungsgerichtlichen Aufhebung einer verfassungswidrigen, der Freiheit der Religionsgesellschaften nach Art 15 StGG widersprechenden Beschränkung des personellen Geltungsbereiches des Gesetzes (das ursprünglich lediglich für die "Hanefiten" galt), das Islamgesetz für einen größeren Personenkreis (nämlich für alle "Moslems") vom VfGH in seinem persönlichen Geltungsbereich ausgeweitet worden²⁰: Damit wurde der Islam insgesamt in Österreich eine anerkannte Religionsgesellschaft. Eine derartige Gerichtspraxis durchbricht oder missachtet uU das Verfassungsverbot, durch Richterspruch einen positiven Gesetzgebungsakt zu setzen. Werden doch durch eine erfindungsreiche verfassungsrechtliche

¹⁹ VfSlg 11.574/1987. Vgl. dazu die scharfe Kritik *Schimas*, Das Islamgesetz und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1989, 545.

²⁰ Die Folgen der Aufhebung der gesetzlichen Beschränkung der Anerkennung auf den hanefitischen Ritus war nicht nur die erweiterte Geltung des Gesetzes (nunmehr für alle "Moslems"), sondern auch der legistisch unbefriedigende Zustand, dass der – vom VfGH unkorrigierte – Titel des Gesetzes in Widerspruch zum Inhalt des Gesetzes steht.

Aufhebungstechnik²¹ Rechtsnormen im Wege der bloßen Teilaufhebung inhaltlich derart verändert, dass der nach Aufhebung verbleibende Gesetzesrest inhaltlich nicht mehr vom Willen des Gesetzgebers getragen erscheint. Dies veranlasste etwa den VfGH²², eine sozialversicherungs- (genauer krankenkassen-)rechtliche Vorschrift, die gleichgeschlechtliche haushaltsführende Lebensgefährten dadurch diskriminierte, dass sie diese von der Mitversicherung ausschloss, zur Gänze und nicht nur soweit aufzuheben, als die gesetzliche Beschränkung auf verschiedengeschlechtliche Haushaltspartner betroffen war.

Die Beschränkung des VfGH auf die Funktion des negativen Gesetzgebers hat ihren guten demokratischen Sinn: Was rechtens ist, soll das Volk bzw. sollen seine Repräsentanten im Parlament bestimmen, nicht ein Gericht, das der unmittelbaren demokratischen Legitimation entbehrt.

Diese Einsicht ist auch für die Ahndung verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassens von wesentlicher Bedeutung. Die eigentliche Korrektur gesetzgeberischen Unterlassens – gleichgültig ob dadurch eine Verfassungswidrigkeit geheilt oder lediglich eine rechtliche Unzulänglichkeit beseitigt werden soll –, obliegt dem formellen Gesetzgeber, dem Parlament, das mit dem entsprechenden demokratischen Mandat ausgestattet ist.

Nach Aufhebung eines Gesetzes durch den VfGH entsteht daher vielfach ein Regelungsbedarf für die Gesetzgebung: Notwendig ist die so genannte "Reparatur" des Gesetzes durch den parlamentarischen Gesetzgeber. Dieser wird sich dabei sinnvoller Weise am Spruch und an der Begründung des aufhebenden Erkenntnisses des VfGH bei seiner Ersatzregelung orientieren. Üblicherweise besitzt der Gesetzgeber, was den Inhalt der Reparatur anlangt, nicht unerhebliche Entscheidungsspielräume.

²¹ Rohregger, aaO, spricht von "kreativen Aufhebungstechniken".

²² VfSlg. 17.659/2005.

Der VfGH hat in seiner früheren Entscheidungspraxis eher eine minimalistische Funktion ausgeübt, was die Aufnahme von Direktiven für zukünftige (Ersatz-)Gesetze anlangt. Sein Rollenverständnis war von großer Zurückhaltung geprägt.²³ Vor allem unter dem Eindruck der Judikatur des EGMR, aber auch bedingt durch eine allgemein anwachsende, an den Grundrechten orientierte wertmateriale Betrachtung der europäischen Verfassungsordnungen trat eine wesentliche Änderung der Verfassungsauslegung ein: Seit Ende der siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts bildet sich – auch in Österreich – ein verfassungsgerichtlicher Prüfungsstil heraus, der an materiellen Prinzipien und Werthaltungen orientiert ist.²⁴

Diese auf inhaltlichen Wertvorstellungen aufbauende Grundrechtsjudikatur wird noch verstärkt durch eine relativ intensive verfassungsgerichtliche Nutzung der so genannten Baugesetze des österreichischen Staatswesens (Demokratische Republik, Rechtsstaatlichkeit und Bundesstaatlichkeit). Im Wege der baugesetzkonformen Interpretation des sonstigen Verfassungsrechts durchdringen jene grundlegenden Rechtsgedanken die Rechtsordnung insgesamt, aber vor allem die verfassungsrechtlichen Normen mit der Folge, dass in vermehrtem Umfang etwa die Rechtsstaatlichkeit und der demokratische Gleichheitssatz auch bei (verfassungswidrigem) Unterlassen des Gesetzgebers, also beim "Schweigen" des Gesetzgebers, eine stark normprägende Struktur erlangen.

Sowohl das Rechtsstaatsprinzip als auch die von der Sache her notwendigen gesetzlichen Regelungen kraft des Gleichheitssatzes, der ein demokratisches Staatswesen trägt, zeigen das Bild einer gerechtigkeitsorientierten, allgemeinen Rechtsprinzipien folgenden Rechtsprechung. Vielfach dienen beide verfassungsrechtliche

²³ Vgl. *Oberndorfer*, EuGRZ 1988, 198 f.

²⁴ Als „Initialzündung“ wird für Österreich gerne das 1. Schrottlenkungserkenntnis VfSlg. 10.179/1984 genannt.

Kernprinzipien dazu, den Gesetzgeber zum Handeln zu veranlassen und so manche Lücke in der positiven Rechtsordnung zu schließen: Etwa die Notwendigkeit, eine Partei nicht einseitig mit den Lasten ihres Rechtsschutzgesuches und -verfahrens zu bedenken, also die verfahrensrechtliche Notwendigkeit vorläufigen oder einstweiligen Rechtsschutzes, wurde vom VfGH²⁵ aus dem Rechtsstaatsprinzip auch für jene Verfahren abgeleitet, bei denen besagter vorläufiger Rechtsschutz nicht oder nur unzureichend gesetzlich vorgesehen ist.

Insgesamt führt der Versuch, diese Baugesetze in der verfassungsgerichtlichen Judikatur durchzusetzen und weiterzudenken, geradezu zwangsläufig dazu, dass gesetzgeberisches Unterlassen ein wichtiges Problem für eine rechtsstaatliche und demokratische Verfassungsordnung wurde, dem der VfGH im Rahmen seiner Entscheidungsmöglichkeiten bereit ist, abzuhelfen.

Zusammenfassend sei festgehalten: Eine ausdrücklich festgesetzte Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes, verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Rechtslücken zu entscheiden, gibt es nicht, wohl aber kann sich eine solche Kompetenz bei Wahrnehmung der Zuständigkeiten des Verfassungsgerichtshofes ergeben.²⁶ Dabei besteht ein äußerst differenziertes Bild.²⁷

Wenn der Gesetzgeber bestimmte Rechtsgebiete ungeregelt lässt – was als unbillig empfunden werden kann –, ist dies keine Angelegenheit, die in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes fällt, es sei denn, es gäbe einen ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Auftrag, bestimmte einfachgesetzliche Regelungen zu erlassen.²⁸

²⁵ Vgl. VfSlg. 11.196/1986, 12.683/1991, 13.003/1992, 13.305/1992.

²⁶ Mit diesem Ergebnis etwa VfSlg. 7407/1974; vgl. auch VfGH 14.6.2007, G 213/06.

²⁷ Vgl. unten 3.

²⁸ VfSlg. 16.389/2001.

Eine besondere Problematik kann sich im Zusammenhang mit der Ausführung von Gemeinschaftsrecht ergeben, ebenso im Zusammenhang mit der Durchführung von Staatsverträgen durch die Länder.²⁹

Keine der eingangs genannten Kompetenzen ermächtigt wie gesagt den VfGH, rechtswidrig fehlende generelle, also Gesetzes- oder Verordnungsregelungen ausdrücklich und direkt zum Gegenstand seiner Entscheidung zu machen. Weder ist ihm gestattet das (im materiellen Sinn) gesetzgeberische Verhalten des Rechtsetzungsorganes (des formellen Gesetzgebers, also des Parlaments, bzw. – bei Verordnungen – der Verwaltungs- einschließlich der Regierungsbehörden) inhaltlich zu supplieren, geschweige denn die rechtswidrig fehlende Vorschrift durch seinen eigenen Rechtsspruch zu korrigieren und in diesem Sinn Gesetzgeber zu werden.

Es fehlt also in der österreichischen Verfassungsordnung nicht nur an einer ausdrücklichen Verankerung einer Entscheidungsbefugnis des VfGH für den Fall rechtswidrigen Unterlassens einer generellen Norm. Sondern es ist vorerst dem österreichischen VfGH geradezu verwehrt, das Fehlen einer bestimmten generellen Regelung, eines Gesetzes oder einer Verordnung, zum Gegenstand seiner Entscheidung zu machen. Sowohl von der Bezeichnung des Prüfungsgegenstandes durch die Verfassung, d. s. geltende Gesetze und Verordnungen sowie Gesetze und Verordnungen, die in der Vergangenheit gegolten haben (und noch anzuwenden sind), als auch von der Regelung der Entscheidungsbefugnis des VfGH her betrachtet, die immer nur in der Aufhebung eines als rechtswidrig erkannten, formellen Gesetzes oder einer rechtswidrigen Verordnung (ausnahmsweise auch in der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer mittlerweile außer Kraft getretenen Norm) besteht, ergibt sich bereits eine prinzipielle

²⁹ Siehe unten 2.4.

Unzuständigkeit der Judikative, über das Fehlen einer Gesetzes- oder Verordnungsnorm bestimmten Inhalts zu entscheiden.

2.4. Fehlende (unterlassene) gesetzliche Regelungen als Grund für die Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes

Speziell unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes, also des Grundrechts auf Gleichheit vor dem Gesetz, zeigt sich ein bedeutsames Umdenken in der Judikatur des VfGH. Während in älteren Erkenntnissen des VfGH davon ausgegangen wird, dass der Gleichheitssatz den Gesetzgeber nicht zu einem positiven Tun verpflichtet und eine Untätigkeit des Gesetzgebers nicht unter Berufung auf dieses Grundrecht bekämpft werden kann,³⁰ ist der VfGH seit Mitte der 70er Jahre partiell anderer Meinung: Seit den Erkenntnissen des VfGH VfSlg. 7947/1976 und 8017/1977 setzt sich zunehmend die Einsicht durch, dass eine Gleichheitswidrigkeit durch ein – partielles – Unterlassen einer gesetzlichen Regelung bewirkt werden kann. Soll heißen, dass das Fehlen einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift, in diesem Sinn die Untätigkeit des Gesetzgebers, zur Verfassungswidrigkeit einer anderen, vom Gesetzgeber tatsächlich erlassenen Vorschrift führt. Prüfungsgegenstand ist und bleibt zwar das vom formellen Gesetzgebungsorgan tatsächlich erlassene Gesetz. Die Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes kann sich jedoch unter Umständen aus dem Unterlassen einer gesetzgeberischen Tätigkeit ergeben und wird vom VfGH mit der Folge festgestellt, dass er das – sozusagen vom Gesetzgeber unvollständig erlassene – Gesetz aufhebt.

Es ist die Konstellation denkbar und kommt auch immer wieder vor, dass der Gesetzgeber innerhalb einer bestimmten Norm einem bestimmten Kreis von Rechtsträgern Begünstigungen gewährt, einem anderen vergleichbaren Kreis von Rechtsträgern aber nicht. In einem solchen Fall kann ein Verstoß

³⁰ VfSlg. 3160/1957, 5854/1968, 7407/1974; ferner *Berka*, Die Grundrechte, 1999, Rz. 914 mit weiteren Judikaturhinweisen.

gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen, der zur Aufhebung von Gesetzesbestimmungen wegen Verfassungswidrigkeit führt.³¹

Wenn zur Wirksamkeit gesetzlicher Bestimmungen die Erlassung einer Verordnung im Gesetz vorgeschrieben wird, diese Verordnung aber dann nicht erlassen wird, kann dies zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Bestimmung führen.³²

Die Notwendigkeit, die im partiellen Unterlassen einer gesetzlichen Regelung liegende Gleichheitswidrigkeit eines Gesetzes durch die Aufhebung des dann verfassungswidrigen „Teiles“ der Regelung zu ahnden, hat der VfGH damit begründet, dass es ansonsten von legislativen Zufälligkeiten abhängt, ob der VfGH in die Lage kommt, eine Gesetzesstelle auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Der Gesetzgeber kann nämlich ein und denselben Regelungsinhalt auf verschiedene rechtstechnische Weise zum Ausdruck bringen. Er kann etwa für alle in Betracht kommenden (sachlichen, persönlichen, zeitlichen) Anwendungsbereiche verschiedene – positiv oder negativ formulierte – Regelungen nebeneinander erlassen oder explizit von einer allgemeinen Regel Ausnahmen vorsehen, oder nur für einen bestimmten Anwendungsbereich eine ausdrückliche Regelung treffen und damit implizit für andere gleichartige Bereiche eine gegenteilige Regelung erlassen“.³³

In ihrer Konsequenz beschränkt diese Judikatur des VfGH zum Gleichheitssatz die Normierungssouveränität des Gesetzgebers nicht unerheblich. Der Gesetzgeber hat es nicht mehr in der Hand, Privilegierungen vorzunehmen. Verfassungswidrig und aufzuheben ist nicht nur das Gesetz, das in sachlich nicht gerechtfertigter Weise *expressis verbis* einzelne oder eine Gruppe unsachlich benachteiligt, also

³¹ ZB VfSlg. 15.054/1997, 17.306/2004.

³² Vgl. VfSlg. 17.604/2005.

³³ So VfSlg. 8017/1977.

diskriminiert. Aufgehoben kann vielmehr auch die begünstigende Norm werden, wenn und weil der Gesetzgeber es unterlassen hat, die betreffende Begünstigung dem von der Sache her gebotenen umfassenderen Personenkreis zuzuwenden, wenn und weil anders der Gesetzgeber im Ergebnis gleichheitswidrige Diskriminierungen nicht vermeiden kann.

2.5. Sonderprobleme

2.5.1. Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet den nationalen Gesetzgeber in näher geregelter Weise zu seiner Durchführung.³⁴ Wird dies unterlassen, kann sich daraus ein Fall der Staatshaftung ergeben. Der Verfassungsgerichtshof hat sich für zuständig erachtet, über die auf Staatshaftung gegründeten Rechtsansprüche im Rahmen seiner besonderen Zuständigkeit zur Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche gegenüber Gebietskörperschaften (Art. 137 B-VG) zu entscheiden.³⁵

2.5.2. Die österreichische Bundesverfassung bestimmt, dass die Länder verpflichtet sind, in ihrem Wirkungsbereich Maßnahmen zur Durchführung von Staatsverträgen zu treffen (Art. 16 Abs. 4 B-VG). Kommt ein Land dieser Verpflichtung nicht rechtzeitig nach, so geht die Zuständigkeit zur Setzung von Durchführungsmaßnahmen (insbesondere der notwendigen Gesetze) vorläufig auf den Bund über. Auch in diesem Zusammenhang kann sich eine Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes zur Gesetzesprüfung ergeben; ein derartiger Fall ist aber bisher nicht vorgekommen.

2.5.3. Eine dem unter Punkt 2.5.2. zitierten Art. 16 Abs. 4 B-VG entsprechende Regelung enthält Art. 23d Abs. 4 B-VG für Maßnahmen der Länder, die in ihrem selbständigen Wirkungsbereich zur Durchführung von Rechtsakten im Rahmen der europäischen Integration erforderlich werden.

³⁴ Vgl. *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht, 3. Auflage, 2006, 108 ff.

³⁵ VfSlg. 17.002/2003, 17.576/2005.

Im – vom EuGH festgestellten – Unterlassungsfall³⁶ geht die diesbezügliche Kompetenz auf den Bund über.

3. Gesetzgeberisches Unterlassen als Grund für die Aufhebung geltender Gesetze und Verordnungen durch den Verfassungsgerichtshof

3.1. Die grundsätzliche Unüberprüfbarkeit der Untätigkeit des Gesetzgebers

Wenn im nachfolgenden einzelne Fälle oder Fallgruppen beschrieben werden, bei denen das gesetzgeberische Unterlassen den Grund für die Aufhebung geltender Gesetze und Verordnungen durch den Verfassungsgerichtshof bildete, so ist von vornherein zu beachten, dass es sich dabei stets um besondere Fallkonstellationen handelt. Stets sind es Ausnahmen vom Prinzip der Unüberprüfbarkeit gesetzgeberischen Unterlassens als solchen.

Besonders gut gelangt dieses Prinzip in einem Fall zum Ausdruck, in dem die Zulassung zum Betrieb eines (regionalen) Fernsehsenders verweigert wurde.³⁷ Nachdem vom VfGH (dem Urteil des EGMR im Fall *Informationsverein Lentia*³⁸ entsprechend) der Ausschluss der Veranstaltung terrestrischen Fernsehens durch private Anbieter als unverhältnismäßiger Eingriff in die durch Art 10 EMRK gewährleistete Rundfunkfreiheit qualifiziert worden war, bestand an der Verfassungswidrigkeit der neuerlichen Verweigerung der Bewilligung zum Betrieb eines regionalen Fernsehsenders im Erkenntnis VfSlg. 14.453/1996 kein Zweifel. Dennoch musste der VfGH die Beschwerde in Ermangelung jeglicher Rechtsgrundlage für die angestrebte Genehmigung abweisen. Der VfGH wies darauf hin, dass die Unzulässigkeit der Verbreitung von terrestrischem Fernsehen (für andere Veranstalter als den staatlichen Österreichischen Rundfunk [ORF]) eine Ursache in der „Untätigkeit des

³⁶ So zB bei der Umsetzung der Natura 2000-Richtlinie 92/43/EWG (EuGH 10.5.2007, Rs C-508/04).

³⁷ VfSlg 14.453/1996.

³⁸ EGMR 24.11.1993, ÖJZ 1994, 32.

Gesetzgebers“ hat. Zwar könne eine solche – wie im Kabelfernseh-Fall³⁹ – auf „ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden, wenn es sich bloß um partielles Unterlassen handelt“, wenn also eine Norm als „Bezugspunkt für die Auswirkungen“ besteht, die „dieses gesetzgeberische Unterlassen nach sich zieht“. Da es in dem geschilderten Fall an dieser Bedingung fehlte, musste die Beschwerde abgewiesen werden: Ein „gänzlich Untätigbleiben des Gesetzgebers“ kann vom VfGH „nicht aufgegriffen werden“; dieser ist nicht befugt, „den Gesetzgeber zu einem Gesetzgebungsakt zu verpflichten“.

3.1.1. Punktuelle Verfassungswidrigkeit genereller Normen wegen Unterlassens des Gesetzgebers

Abweichend vom dargestellten Grundprinzip gibt es mehr oder minder feststehende Fallgruppen, in denen die Judikatur immer wieder das Unterlassen gesetzlicher Anordnungen zum Anlass nimmt, eine damit im Zusammenhang stehende, geltende Gesetzesnorm wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben. Dies gelangt etwa im Erkenntnis VfSlg. 10.705/1985 im Zusammenhang mit der Kandidatur einer dem (nationalsozialistische Wiederbetätigung verbotenden) Verbotsgesetz 1947⁴⁰ widersprechenden Partei bei den Hochschülerschaftswahlen zum Ausdruck. Obwohl jeder Hinweis auf die Unzulässigkeit der Wahlwerbung einer derartigen Gruppe im Hochschülerschaftsgesetz fehlt, hat der VfGH in VfSlg. 10.705/1985 ausdrücklich erkennen lassen, dass auch eine „Nichtregelung“ im Zusammenhang mit geltenden gesetzlichen Regelungen eine implizit getroffene normative Regelung darstellen kann.

Der VfGH verweist dazu auf seine bereits in VfSlg. 8017/1977 vertretene Auffassung, wonach eine Gesetzesbestimmung, die ausdrücklich notwendige Regelungen über einen bestimmten Gegenstand (dort: die Anrechnung von Haftzeiten) nicht trifft, damit gleichzeitig bestimmt, dass

³⁹ VfSlg. 14.258/1996.

⁴⁰ StGBI. 1945/13 idF BGBl. 1992/148.

die nicht geregelten Aspekte nicht berücksichtigt werden dürfen. „Insofern stellt sich eine ‚Nichtregelung‘ als eine – zwar nur implizit getroffene, aber doch – normative Regelung dar. Der VfGH hat diese Ansicht auch in weiteren Entscheidungen beibehalten (vgl etwa VfSlg 8.533/1979, 8.806/1980, 10.384/1985)“.

Relativ häufig ist die rechtliche Situation, dass aus einer Regelungslücke eines Gesetzes seine Gleichheitswidrigkeit resultiert. Zu verweisen ist insbesondere auf das Erkenntnis VfSlg. 17.659/2005 zu krankenversicherungsrechtlichen Regelungen, die zwar eine Mitversicherung zugunsten haushaltsführender Hausgenossen vorsahen, gleichzeitig aber in diskriminierender Weise gleichgeschlechtliche haushaltsführende Hausgenossen von einer derartigen Mitversicherung ausschlossen. Zu einer Erweiterung des Leistungsanspruchs führte die Unterlassung einer Dotation männlicher Personen vom Bezug einer Teilzeitbeihilfe in Höhe des halben Karenzurlaubsgeldes für den Zeitraum der Unterbrechung der selbständigen Berufungstätigkeit zwecks Betreuung des Kindes. Durch die Aufhebung der Worte „weibliche“ und „die Mutter“ weitete der VfGH den Leistungsanspruchs auch auf Väter aus.⁴¹

Leistungsansprüche, die bei Unterlassen des Gesetzgebers kraft Gleichheitssatz einzuräumen sind, werden⁴² als „derivative Leistungsansprüche“ bezeichnet. Solche derivativen Leistungsansprüche sind nicht nur kraft Gleichheitssatz zu gewähren, sondern auch auf Grund anderer Grundrechte mit der Wirkung zu bejahen, dass sie zur Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung führen, die diese Ansprüche vernachlässigt hat. Entsprechende Schutz- und Gewährleistungsansprüche werden im zunehmenden Ausmaß aus verschiedenen Grundrechten abgeleitet, die ursprünglich als lediglich staatsgerichtete Abwehrrechte gedacht waren, nunmehr aber in

⁴¹ VfSlg. 15.054/1997.

⁴² Von *Berka*, aaO, Rz. 915.

Leistungsansprüche münden. Primär aufgerufen und befugt, derartige Leistungsansprüche zu verbürgen, ist selbstverständlich der einfache Gesetzgeber. Sofern dieser Gesetzgeber es unterlässt, die grundrechtlich verbürgte Leistung zu konkretisieren und festzumachen, versucht der VfGH entsprechende Leistungsansprüche aus dem Grundrecht abzuleiten.⁴³ Beispiele für direkte Leistungsansprüche, die aus den Grundrechten hergeleitet werden, um ein entsprechendes Unterlassen gesetzlicher Regelungen auszugleichen, bietet im Bereich der politischen Rechte das geheime Wahlrecht. Dieses verpflichtet den Gesetzgeber, durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen, dass das Wahlgeheimnis gewahrt bleibt.⁴⁴ Eine unmittelbare administrative Schutzpflicht, wird aus dem Versammlungsrecht abgeleitet.⁴⁵ Danach darf eine Versammlung nicht deshalb untersagt werden, weil andere Gruppen Gegendemonstrationen ankündigen; vielmehr hat die Behörde die Verpflichtung, die Gegendemonstration soweit zu unterbinden, dass die ursprünglich angemeldete Versammlung stattfinden kann.⁴⁶

Besonders deutlich wurde der verfassungsrechtlich abgeleitete Leistungsanspruch trotz Unterlassens einer näheren einfachgesetzlichen Regelung bei der Bestimmung eines „angemessenen“ Verpflegsgelds für Zivildienstler. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Ableistung des Wehersatzdienstes gemäß Art. 9a Abs. 3 B-VG gewährleistet auch die Versorgung der zur Dienstleistung verpflichteten Staatsbürger für die Dauer des Dienstes⁴⁷. Zwar obliegt es grundsätzlich dem Gesetzgeber das Ausmaß und die Form der Versorgung der Zivildienstleistenden – unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben – zu regeln. Unterlässt er jedoch eine der Sicherstellung einer existenziell notwendigen Grundversorgung des Zivildienstlers genügende Rechtsgrundlage, so ergibt sich eine entsprechende

⁴³ Vgl dazu ganz allgemein *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997.

⁴⁴ VfSlg. 10.412/1985.

⁴⁵ VfSlg. 6850/1972, 8609/1979.

⁴⁶ Vgl. auch VfSlg. 12.509/1990.

⁴⁷ VfSlg. 16.389/2001.

Verpflichtung des Staates direkt aus der Verfassung.⁴⁸ Diese Erkenntnisserie des VfGH zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer angemessenen Verpflegung für Wehersatzdiener, die primär vom einfachen Gesetzgeber zu präzisieren ist, im Falle des Unterlassens entsprechender gesetzlicher Regelungen jedoch direkt aus der Verfassung abgeleitet wird, könnte zum Vorbild für eine umfängliche Verankerung sozialer Grundrechte im österreichischen Grundrechtskatalog, wie er gegenwärtig diskutiert wird⁴⁹, werden.

3.1.2. Das gleichheitswidrige Unterlassen gesetzlicher Übergangsbestimmungen

Findet eine Änderung der Rechtslage zum Nachteil der Gesetzesadressaten statt, so verlangt der Gleichheitssatz entsprechende Übergangsvorschriften. Werden diese vom Gesetzgeber unterlassen, so ist die geänderte Vorschrift verfassungswidrig. Mag es auch im Prinzip im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegen, einmal geschaffene Rechtspositionen auch zu Lasten der Betroffenen zu verändern, so verletzt er den Gleichheitssatz, wenn er plötzlich und intensiv in erworbene Rechtspositionen eingreift. Dies gilt insbesondere im Pensionsrecht.⁵⁰ Diese Intensität des Eingriffs zieht insbesondere dann die Unsachlichkeit und damit Gleichheitswidrigkeit nach sich, wenn der Gesetzgeber es unterlassen hat, die Rechtsänderung durch entsprechende Übergangsbestimmungen abzumildern.

So sprach der VfGH in VfSlg. 12.568/1990, nachdem er das unterschiedliche Pensionsalter von Mann und Frau wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz aufgehoben hatte, zugleich aus, dass es der Gleichheitssatz verlange, Übergangsregelungen zu schaffen, die einen allmählichen Abbau der bloß geschlechtsspezifischen Unterscheidung

⁴⁸ In VfSlg. 17.685/2005 wird der Rechtsbegriff der „angemessenen“ Verpflegung aus verfassungsrechtlicher Sicht des näheren erläutert, nachdem in VfSlg. 16.588/2002 der Verpflichtung zur „angemessenen“ Verpflegung eine hinreichende Determinierung der daraus erfließenden staatlichen Obliegenheit abgeleitet wurde.

⁴⁹ Vgl. unten 4.

⁵⁰ VfSlg. 11.288/1987, 11.665/1988, 12.568/1990.

bewirken. Und bei Pensionskürzungen für Notare führte der VfGH⁵¹ aus, dass Leistungskürzungen unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes umso stärker ins Gewicht fallen, je näher die Betroffenen dem Pensionsalter stehen. Wollte der Gesetzgeber eine gleichheitskonforme Regelung schaffen, so wäre er verhalten gewesen, mit der (nach Maßgabe des Alters) zunehmenden Intensität des Eingriffs entsprechende Übergangszeiträume vorzusehen.⁵²

3.1.3. Rechtsfolgen rechtswidrig unterlassener Verordnungen

Ebenso wie der VfGH das Unterlassen des Gesetzgebers nicht direkt auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüfen darf, sondern nur vorhandene gesetzliche Regelungen in Folge ihres Zusammenhaltes mit der nicht erlassenen gesetzlichen Norm entsprechend beurteilt, äußert auch die gesetzwidrig unterlassene Verordnung entsprechend der vom Gesetzgeber intendierten Wirkung unterschiedliche Rechtsfolgen. Wenn der Gesetzgeber die Wirkungen eines Gesetzes von der Erlassung einer Verordnung abhängig macht, so kann der Eintritt eines verfassungswidrigen Zustandes nicht nur dem – warum immer – säumigen Verordnungsgeber, sondern auch dem Gesetz selbst zur Last fallen, das diesen Zustand herbeiführte.⁵³ So kann eine gesetzliche Regelung, deren Inkrafttreten von der Erlassung einer Verordnung abhängig ist, verfassungswidrig werden. In diesem Sinn sprach der VfGH im „Süßstofferkenntnis“⁵⁴ aus, dass eine verfassungsrechtlich nur als Übergangsregelung tolerierbaren Rechtslage mit dem Verstreichen der höchstzulässigen Übergangsfrist verfassungswidrig wird. „Nicht die Säumigkeit des Verordnungsgebers [macht] das Gesetz verfassungsrechtlich bedenklich ..., sondern nur der – wodurch immer

⁵¹ VfSlg. 17.254/2004.

⁵² VfSlg. 17.254/2004.

⁵³ VfSlg. 11.632/1988, 13.177/1992 und 13.890/1994.

⁵⁴ VfSlg. 11.632/1988.

bedingte – überlange Fortbestand des nur für eine Übergangszeit tolerierbaren Effekts einer gesetzlichen Regelung“.⁵⁵

Für besondere Probleme sorgte die Untätigkeit des Verordnungsgebers im Zusammenhang mit dem so genannten „Ortstafelstreit“ in Kärnten. Art. 7 Z 3 zweiter Satz des Staatsvertrages von Wien legt ua. fest, dass in den Verwaltungs- und Gerichtsbezirken Kärntens mit slowenischer oder gemischter Bevölkerung die Bezeichnungen und Aufschriften topographischer Natur sowohl in slowenischer Sprache als auch in Deutsch zu verfassen sind. Ein Gebiet mit gemischter Bevölkerung wurde vom VfGH⁵⁶ dann angenommen, wenn eine Ortschaft, über einen längeren Zeitraum betrachtet, einen Minderheitenprozentsatz von mehr als 10% aufweist. Sodann liegt ein Verwaltungsbezirk mit gemischter Bevölkerung im Sinne des Art. 7 Z 3 zweiter Satz Staatsvertrag von Wien vor. Da das Volksgruppengesetz (in seinem § 2 Abs. 2 Z 1) die Anbringung zweisprachiger topografischer Bezeichnungen erst in Gebietsteilen vorsah, in denen eine „verhältnismäßig beträchtliche Zahl (ein Viertel)“ der dort wohnhaften österreichischen Staatsbürger der Volksgruppe angehört,⁵⁷ wurde diese Bestimmung des Volksgruppengesetzes wegen Widerspruchs zu Art 7 Z 3 zweiter Satz Staatsvertrag von Wien als verfassungswidrig aufgehoben. Der Verfassungsgerichtshof hat daraufhin mit näherer Begründung festgestellt, dass Art. 7 Z 3 zweiter Satz des Staatsvertrages von Wien auch ohne Dazwischentreten eines Gesetzes, also bei Unterlassen des Gesetzgebers, die Verwaltungsbehörden unmittelbar verpflichtet, entsprechende zweisprachige Ortsbezeichnungen in Gebieten mit einem mehr als zehnpromzentigen slowenisch sprechenden Bevölkerungsanteil zu verordnen. Das Unterlassen dieser Verpflichtung durch den

⁵⁵ Vgl. zum selben Grundgedanken VfSlg. 17.604/2005, dem zufolge die gesetzwidrige Untätigkeit des bei der Erlassung des – für die Erteilung einer Baubewilligung vorausgesetzten – allgemeinen und ergänzenden Bebauungsplanes aus welchen Gründen auch immer säumigen Verordnungsgebers nach Ablauf einer angemessenen Frist die Verfassungswidrigkeit der die Erteilung der Baubewilligung hindernden gesetzlichen Bestimmungen bewirkt.

⁵⁶ VfSlg. 15.970/2000; in diesem Erkenntnis ging es um die Zulassung des Slowenischen als Amtsprache.

⁵⁷ Vgl. VfSlg. 16.404/2001.

Verordnungsgeber bewirkte die Gesetzwidrigkeit zahlreicher Ortstafelverordnungen.⁵⁸

3.2. Die prozessuale Problematik gesetzgeberischen Unterlassens vor dem VfGH

Die österreichische Bundesverfassung kennt sowohl die abstrakte als auch die konkrete Normenkontrolle. Normen in diesem Sinn sind einfache Gesetze, Staatsverträge und Verordnungen; wenn es um die behauptete Verletzung von Grundprinzipien der Bundesverfassung (demokratisches, rechtsstaatliches, bundesstaatliches und liberales Prinzip) geht, bedürfen auch „einfache“ Verfassungsgesetze der Übereinstimmung (Widerspruchsfreiheit) mit diesen Prinzipien.⁵⁹

Die abstrakte Gesetzesprüfung steht nicht in Zusammenhang mit einem bestimmten konkreten Rechtsfall. Zur Antragstellung berechtigt sind die Bundesregierung gegen Landesgesetze, die Landesregierungen gegen Bundesgesetze sowie je ein Drittel der Abgeordneten zum Nationalrat und zum Bundesrat gegen Bundesgesetze und – wenn die Landesverfassung es vorsieht – auch ein Drittel der Mitglieder eines Landtages gegen Landesgesetze.

Die konkrete Gesetzesprüfung findet statt auf Antrag des Obersten Gerichtshofes, des Verwaltungsgerichtshofes, eines Gerichtes zweiter Instanz sowie eines Unabhängigen Verwaltungssenates oder des Bundesvergabeamtes, dies immer unter der Voraussetzung, dass die Antrag stellende Institution das Gesetz oder die Gesetzesbestimmung in einem konkreten Fall anzuwenden hätte.

Sowohl bei der abstrakten als auch bei der konkreten Normenkontrolle scheidet das Unterlassen des Normsetzers, mag es auch verfassungswidrig

⁵⁸ Vgl. zB VfSlg 16.404/2001; VfGH 26.6.2006 V 20/06 ua., 13.12.2006 V 51/06.

⁵⁹ Und können im Konfliktfall sogar der Aufhebung durch den VfGH verfallen: VfSlg. 16.327/2001.

sein, als prozessual zulässiges Bedenken im Prinzip aus. Der Antrag wäre diesbezüglich zurückzuweisen. Wenn jedoch, wie eben mehrfach dargetan, die Verfassungsmäßigkeit einer geltenden Regelung davon abhängt, dass kein damit in Zusammenhang stehendes verfassungswidriges Unterlassen vorliegt, so kann indirekt auch dieses Unterlassen prozessual zum Thema, ja zum Streitgegenstand schlechthin gemacht werden.

Sehr wichtig und – wie die Rechtsvergleichung zeigt, keineswegs selbstverständlich – ist die Verpflichtung des Verfassungsgerichtshofes, von Amts wegen ein Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes oder einer Gesetzesbestimmung einzuleiten, wenn der Verfassungsgerichtshof selbst das Gesetz oder die gesetzliche Bestimmung in einem bei ihm anhängigen sonstigen Verfahren anzuwenden hat. Dies kann bei sämtlichen Kompetenztypen in Betracht kommen, die die Verfassung – abgesehen von Gesetzesprüfungsverfahren – vorsieht. Eine besondere Rolle spielt allerdings die amtswegige Prüfung im Fall von Beschwerden von Einzelpersonen, die sich gegen eine letztinstanzliche Entscheidung einer Verwaltungsbehörde richten (Art. 144 B-VG). In einer solchen Beschwerde kann behauptet werden, dass das angewendete Gesetz verfassungswidrig sei und dass diese Verfassungswidrigkeit im Unterlassen einer ergänzenden Regelung⁶⁰ ihren Ursprung hat.

Besonders wichtig ist es zu betonen, dass auch im Fall der amtswegigen Prüfung immer eine Initiative „von außen“ vorliegen muss. Dem Verfassungsgerichtshof ist es verwehrt, aus eigener Initiative die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, geschweige denn gesetzgeberisches Unterlassen zu prüfen, wenn nicht ein in seine Zuständigkeit fallendes Verfahren vorliegt, in dem die Gesetzesbestimmung anzuwenden wäre.

Zusammenfassend sei zur Prozesssituation vor dem VfGH vermerkt, dass es mangels einer ausdrücklichen Kompetenz des Verfassungsgerichtshofs,

⁶⁰ ZB für ein erforderliches Übergangsrecht, vgl. dazu oben 3.1.

gesetzgeberisches Unterlassen zu sanktionieren, höchstens mittelbar möglich ist, das Unterlassen einer Regelung im Verfahren zu rügen und als Grund für die Verfassungswidrigkeit einer bestehenden geltenden Norm prozessual heranzuziehen.

4. Prüfung und Bewertung gesetzlichen Unterlassens aus rechts- und verfassungspolitischer Sicht:

Wenn der Verfassungsgerichtshof gesetzliche Bestimmungen immer nur entweder aufheben oder nicht aufheben kann (ein Feststellungserkenntnis dahingehend, dass eine Lücke besteht, fällt nach der derzeitigen Verfassungsrechtslage nicht in seine Kompetenz), so bewegen sich doch die rechts- und verfassungspolitischen Trends in die Richtung einer erweiterten, auch das Unterlassen des Gesetzgebers umfassenden Zuständigkeit des VfGH.

Vor allem im Zusammenhang mit der zur Diskussion stehenden Schaffung von "sozialen" Grundrechten (solche gibt es nach dem geltenden Verfassungsrecht nicht im Verfassungsrang) ergibt sich die vorhin dargestellte Problematik in einer besonderen Weise. Bei der Schaffung sozialer Grundrechte wird es in den meisten Fällen unvermeidlich sein, dem einfachen Gesetzgeber den Auftrag zu erteilen, bestimmte verfassungsrechtliche Programmsätze auszuführen. Wenn dies geschieht, wird zweifellos an die Schaffung einer Kompetenz des Verfassungsgerichtshofes zur Feststellung zu denken sein, ob und in Gestalt welcher Regelungskomplexe der einfache Gesetzgeber einen solchen verfassungsrechtlichen Programmsatz nicht ausgeführt hat. Es ist zu erwarten, dass eine entsprechende verfassungsrechtliche Regelung im Lauf des nächsten Jahres von der Bundesregierung als Regierungsvorlage dem Parlament zugeleitet werden wird. Der so genannte "Österreich-Konvent", der 2003 mit dem Ziel der Vorbereitung einer umfassenden Neugestaltung des Bundesverfassungsrechts eingesetzt worden ist, hat konkrete Vorschläge für die Gestaltung einer solchen Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes erstattet.