

## XIX. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte

### Formen und Grenzen richterlicher Selbstbeschränkung in der Verfassungsgerichtsbarkeit

#### Landesbericht Österreich

Univ.-Prof. Dr. Michael Mayrhofer, Mitglied des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes

#### I. Nicht justiziable Angelegenheiten und Intensität richterlicher Selbstbeschränkung

##### 1. Was versteht man in Ihrem Land unter „richterlicher Selbstbeschränkung“?

Der Begriff „richterliche Selbstbeschränkung“ selbst findet sich in der Rechtsprechung des VfGH nicht. Dem Wesensgehalt richterlicher Selbstbeschränkung (*judicial self restraint*) gegenüber dem Gesetzgeber,<sup>1</sup> entspricht (heute) jedoch am ehesten die in der Judikatur des VfGH geläufige Figur des „*rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes*“, wenngleich (gerade) deren schrittweise Herausbildung ab Ende der 1970er-Jahre die Abkehr von der bis dahin starken Zurückhaltung der Grundrechtsjudikatur des VfGH gegenüber dem Gesetzgeber<sup>2</sup> bedeutete.<sup>3</sup>

Als rechtspolitischer Gestaltungsspielraum wird die einer gesetzgebenden Gebietskörperschaft innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen zukommende Gestaltungshoheit und eine daraus resultierende zurückgenommene gerichtliche Kontrollintensität bezeichnet.<sup>4</sup> Erste Konturen gab ihm der VfGH in einem Erkenntnis aus dem Jahr 1978:<sup>5</sup> Dem Gesetzgeber stehe – freilich nicht unbegrenzt – rechtspolitische Gestaltungsfreiheit zu. Diese Gestaltungsfreiheit bestehe sowohl in Ansehung der angestrebten Ziele als auch bezüglich der Auswahl der zur Zielerreichung einzusetzenden Mittel. Grundsätzlich stehe es dem Gesetzgeber frei, zu entscheiden, welche Instrumente er zur Zielerreichung geeignet erachtet und welches unter mehreren möglichen Mitteln er auswählt und einsetzt. Der VfGH könne dem Gesetzgeber nur dann entgegenreten, wenn er bei der Bestimmung der einzusetzenden Mittel die ihm von Verfassungs wegen gesetzten Schranken überschreitet.

---

<sup>1</sup> Dieser Bericht behandelt in erster Linie die Zuständigkeiten des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) zur Kontrolle von Gesetzen (Art. 140 Bundes-Verfassungsgesetz – B-VG) und von generell-abstrakten Rechtsakten von Verwaltungsbehörden (Verordnungen) (Art. 139 B-VG). Lediglich ausnahmsweise wird auf die Zuständigkeit des VfGH zur „Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit“, dh. zur Entscheidung über Beschwerde gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte (Art. 144 B-VG) eingegangen. Die sonstigen Zuständigkeiten des VfGH bleiben außer Betracht.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Heller*, *Judicial self restraint* in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes, ZÖR 1988, 89 (insb. 113 ff.); *Eberhard*, *Judicial activism und judicial self restraint* in der Judikatur des VfGH, in: Bernat/Grabenwarter et al. (Hrsg.), *Festschrift Christian Kopetzki zum 65. Geburtstag* (2019) 141 (143 ff.); siehe dazu auch unten 23 bis 25.

<sup>3</sup> Vgl. *Dopplinger/Mörth*, *Rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und Margin of Appreciation: zwei Seiten einer Medaille?*, JRP 2022, 240 (242 ff.).

<sup>4</sup> Vgl. *Dopplinger/Mörth*, *Gestaltungsspielraum* 242, 261.

<sup>5</sup> VfSlg. 8457/1978.

Die Figur des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums ist zwar im Kontext des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 7 Abs. 1 B-VG) entwickelt worden; sie ist mittlerweile gleichwohl für die Grundrechtsjudikatur des VfGH insgesamt prägend<sup>6</sup> und hat im Laufe der Zeit eine „*Dynamisierung*“ erfahren,<sup>7</sup> die unterschiedliche Stufen der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte (mit) hervorgebracht hat (dazu 2.).

2. Kennt Ihr Gerichtshof verschiedene Stufen der Kontrolldichte? Gibt es „unantastbare“ Bereiche oder Bereiche, in denen keine rechtliche Verantwortlichkeit besteht, oder Fragen, die als nicht justiziabel gelten (z.B. kontroverse moralische Fragen, politische Empfindlichkeiten, Kontroversen in der Gesellschaft, Verteilung knapper Mittel, erhebliche finanzielle Auswirkungen für den öffentlichen Haushalt usw.)?

a. Grundsätzlich gelten alle Teile der Verfassung als justiziabel. Damit korrespondiert die „*eminente demokratische Funktion*“ des VfGH, die Bindung des einfachen Gesetzgebers an einen „*Akt erhöhter demokratischer Legitimation*“, also an die Verfassung, zu effektuieren und zu kontrollieren.<sup>8</sup> Eine Beschränkung der Wahrnehmung der Funktionen des VfGH unter Hinweis auf die „*politische Dimension eines Verfassungsstreits*“ kann der Rechtsprechung nicht entnommen werden.<sup>9</sup> Der VfGH zieht sich – vor dem Hintergrund seiner demokratischen und rechtsstaatlichen Funktion – in seiner Rechtsprechung nicht auf die „*Überwachung unpolitischer Positionen*“ zurück und spart demnach „*politisch relevante Fragen*“ nicht aus seiner Kontrolle aus.<sup>10</sup> Die Judikatur des Gerichtshofes in den letzten Jahren behandelte demnach (auch) kontroverse moralische Fragen, etwa betreffend die Reproduktionsmedizin,<sup>11</sup> die Hilfe Dritter bei der Mitwirkung am Selbstmord<sup>12</sup> oder digitale Technologien (E-Voting,<sup>13</sup> Vorratsdatenspeicherung,<sup>14</sup> staatliche Überwachung mittels Trojanern<sup>15</sup>), familienrechtlich relevante Fragen, etwa betreffend die gleichgeschlechtliche Ehe,<sup>16</sup> die Eintragung eines „dritten Geschlechts“ in das Personenstandsregister<sup>17</sup> oder die Obsorge,<sup>18</sup> sowie Fragen von erheblichen

---

<sup>6</sup> Vgl. zur Entwicklung der Rsp. *Korinek*, Entwicklungstendenzen in den Grundrechtsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes (1991); *Dopplinger/Mörth*, Gestaltungsspielraum 243 ff; als Beispiele aus der Rsp. können VfSlg. 12.103/1989, 14.301/1995 und 20.483/2021, 20.509/2021 (zum rechtspolitischen Gestaltungsspielraum hinsichtlich Art. 8 EMRK), 14.263/1995, 20.0523/2021 und VfGH 20.6.2022, G 279/2021 (rechtspolitischer Gestaltungsspielraum im Kontext mit Art. 1 1. ZPEMRK) sowie 14.260/1995, 16.911/2003 und VfGH 8.3.2022, E 3120/2021 (jeweils bezogen auf den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum iVm Art. 10 EMRK) genannt werden.

<sup>7</sup> *Dopplinger/Mörth*, Gestaltungsspielraum 245.

<sup>8</sup> *Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Holoubek et al. (Hrsg.), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates, Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek (2002), 105 (106 f.); idS bereits *Korinek*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: *Korinek*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000), 243 (274).

<sup>9</sup> Vgl. *Oberndorfer*, Demokratie 106; jüngst *Eberhard*, Judicial activism 150: „Der VfGH sei „– oft auch gegen den Wortlaut – gewillt [...], klare gesetzliche Wertungen zu korrigieren, ein wohl eindeutiges Beispiel für judicial activism“; ähnlich bereits *Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz. 142.

<sup>10</sup> Vgl. *Korinek*, Verfassungsgerichtsbarkeit 274; *Oberndorfer*, Demokratie 106 f.

<sup>11</sup> VfSlg. 15.632/1999, 19.824/2013, und VfGH 30.6.2022, G 230/2021.

<sup>12</sup> VfSlg. 20.433/2020.

<sup>13</sup> VfSlg. 19.592/2011.

<sup>14</sup> VfSlg. 19.702/2012.

<sup>15</sup> VfSlg. 20.356/2019.

<sup>16</sup> VfSlg. 20.225/2017.

<sup>17</sup> VfSlg. 20.258/2018.

<sup>18</sup> VfGH 9.3.2023, G 223/2022.

finanziellen Auswirkungen auf den öffentlichen Haushalt, wie sie sich etwa im Zusammenhang mit den COVID-19-Finanzhilfen stellen.<sup>19</sup>

**b.** Der Prüfungsmaßstab und mit ihm die Kontrolldichte variiert zunächst je nach Zuständigkeit des VfGH (dazu noch 3.) und hängt wesentlich auch vom betroffenen Teil des Verfassungsrechts ab, zumal die Rechtsprechung des VfGH bei der Auslegung des Verfassungsrechts teils erhebliche Unterschiede aufweist.<sup>20</sup> Wenn im Folgenden insbesondere vom rechtspolitischen Gestaltungsspielraum die Rede ist, dann wird damit die Grundrechtsjudikatur in den Fokus genommen. Zu anderen Bereichen des Verfassungsrechts gesteht der VfGH dem Gesetzgeber keinen vergleichbaren Spielraum zu. So erfährt etwa das rechtsstaatliche Prinzip der Verfassung eine zunehmende Konkretisierung, die von der Frage, unter welchen rechtsstaatlichen Voraussetzungen vollständig automatisierte individuelle Verwaltungsakte (Bescheide) statthaft sind,<sup>21</sup> bis zum rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutz gegen behördliche Warnungen (namentlich im Finanzmarktrecht)<sup>22</sup> reichen.<sup>23</sup> Engmaschige verfassungsrechtliche Vorgaben leitet die Rechtsprechung auch beispielsweise aus den Wahlrechtsgrundsätzen ab,<sup>24</sup> nimmt dem Gesetzgeber dabei aber nicht jeden Spielraum.<sup>25</sup>

**c.** Die Weite des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums divergiert. Der Verfassungsgerichtshof gesteht dem Gesetzgeber in bestimmten Sachmaterien (nicht bloß einen Gestaltungsspielraum, sondern) ausdrücklich einen „*weiten Gestaltungsspielraum*“ zu, so beispielsweise im Dienst-, Besoldungs- und Pensionsrecht,<sup>26</sup> bei der Regelung des Finanzausgleiches zwischen den Gebietskörperschaften,<sup>27</sup> im Abgaben-<sup>28</sup> und im Beihilfenrecht<sup>29</sup> sowie auch in privatrechtlichen Materien (zB bisweilen im Familien- und Erbrecht<sup>30</sup> sowie im Mietrecht<sup>31</sup>). Die Gründe hierfür sind in der Eigenart des jeweiligen Regelungsgegenstands zu finden. Eine Rolle spielt etwa, ob der Staat „seine“ Angelegenheiten regelt, wie dies beim Recht des staatlichen Perso-

---

<sup>19</sup> Das Verfahren dazu ist im Zeitpunkt der Verfassung dieses Beitrags beim VfGH zur Zahl G 265/2022 anhängig.

<sup>20</sup> *Grabenwarter*, § 102. Der österreichische Verfassungsgerichtshof, in Bogdandy/Grabenwarter/Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*. Band IV, Rz. 69 f.

<sup>21</sup> VfSlg. 11.590/1987 (Computerbescheid); dazu jüngst *Mayrhofer* in: *Mayrhofer/Parycek*, Digitalisierung des Rechts – Herausforderungen und Voraussetzungen, 21. ÖJT Band IV/1, 77 ff.

<sup>22</sup> VfSlg. 20.238/2018 (Warnpflichten der Finanzmarktaufsichtsbehörde).

<sup>23</sup> Vgl. ferner zB VfSlg. 12.683/1991 (vorzeitige Vollstreckbarkeit von Dienstnehmeransprüchen), 16.772/2002 (Rechtsmittelausschluss gegen Auslieferungen), 17.018/2003 (Verordnungsermächtigung zur Verlängerung von Anpassungsfristen von Deponien), 20.239/2018 (genereller Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bei Strafen), 20.345/2019 (ORF Übertragungsrechte).

<sup>24</sup> Vgl. VfSlg. 18.215/2007, 18.551/2008, 20.306/2019 (allgemeines Wahlrecht); VfSlg. 19.982/2015, 15.616/1999 (gleiches Wahlrecht); VfSlg. 10.412/1985, 14.440/1996, 19.893/2014, 20.071/2016 (persönliches Wahlrecht); VfSlg. 13.839/1994, 18.603/2008, 20.071/2016, 20.128/2016, 20.273/2018; VfGH 15.6.2023, W I 4/2023 (freies Wahlrecht); VfSlg. 8694/1979, 10.412/1985, 19.893/2014, 20.071/2016, 20.242/2018 (geheimes Wahlrecht); VfSlg. 8321/1978, 8700/1979, 19.782/2013, 19.820/2013, 20.417/2020, 20.439/2021; VfGH 1.3.2023, W I 12/2022; 15.6.2023, W I 1/2023 (Verhältniswahlrecht).

<sup>25</sup> Vgl. zum Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Verhältniswahlrechts VfGH 1.3.2023, W I 12/2022; 15.6.2023, W I 1/2023.

<sup>26</sup> Vgl. zB VfSlg. 9607/1983; VfGH 17.6.2022, G 397/2021; 1.7.2022, G 17/2022.

<sup>27</sup> Vgl. zB VfSlg. 12.505/1990, 19.032/2010, 19.562/2011, 19.984/2015; VfGH 26.9.2014, B 1504/2013 ua.; 23.2.2015, G 220/2015.

<sup>28</sup> Vgl. zB VfSlg. 19.411/2011, 19.984/2015, 20.287/2018, 20.462/2020, 20.518/2021.

<sup>29</sup> Vgl. zB VfSlg. 5972/1969, 8605/1979, 18.638/2008, 19.999/2015, 20.199/2017.

<sup>30</sup> Vgl. zB VfSlg. 12.103/1989, 14.301/1995, 20.018/2015, 20.032/2015, 20.130/2016, 20.496/2021.

<sup>31</sup> Vgl. zB VfSlg. 20.077/2016, 20.089/2016, 20.179/2017, 20.180/2017.

nals der Fall ist. Beim Finanzausgleich ist das notwendigerweise „kooperative“ Zustandekommen des Gesetzes, das das Einvernehmen der Gebietskörperschaften über die Mittelverteilung repräsentieren soll, ausschlaggebend.<sup>32</sup> In privatrechtlichen Materien ist der dem Gesetzgeber zur Aufgabe gemachte Ausgleich unterschiedlicher Interessen von Relevanz. So muss der Gesetzgeber etwa bei der Regelung des Mietrechts, insbesondere bei der Regelung des Mietzinses, „*teils widerstreitende wohnungs-, sozial- und stadtentwicklungspolitische Interessen zum Ausgleich bringen*“.<sup>33</sup> Zum Obsorgerecht betont der VfGH zusätzlich die notwendige wissenschaftliche Fundierung der gesetzlichen Regelungen; dieses sei ein „*Regelungsbereich, der häufig durch konfliktbeladene Entscheidungssituationen, ein besonderes Schutzbedürfnis beteiligter Minderjähriger und komplexe wissenschaftliche Einschätzungen auf dem Gebiet der (Kinder)Psychologie geprägt ist*“.<sup>34</sup>

Umgekehrt finden sich einzelne Entscheidungen, in denen der VfGH explizit festhält, dass dem Gesetzgeber kein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukomme. So heißt es in VfSlg. 20.433/2020 zur Verfassungswidrigkeit des (in § 78 des Strafgesetzbuches – StGB verankerten) strafrechtlichen Verbots jeglicher Hilfe eines Dritten bei der Mitwirkung am Selbstmord auf Grund Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts des Einzelnen auf freie Selbstbestimmung: „*Da die Regelung des § 78 (zweiter Tatbestand) StGB die existentielle Entscheidung über die Gestaltung des Lebens und Sterbens und damit ganz wesentlich das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen betrifft, besteht insoweit kein weiterer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.*“

Schließlich gibt es Konstellationen, in denen der VfGH je nach Konstellation einen kleineren oder größeren Gestaltungsspielraum annimmt. Insbesondere beim Grundrecht auf Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG) differenziert er idS zwischen der Regelung der Berufsausübung und der Regelung des Berufsantritts, wobei dem Gesetzgeber bei ersterer ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen stehe als bei zweiterer.<sup>35</sup>

**d.** Im Verordnungsprüfungsverfahren gemäß Art. 139 B-VG nimmt der VfGH einen weiten Ermessensspielraum der Verwaltungsbehörden bei der Erlassung von Verordnungen beispielsweise in folgenden Konstellationen an:

Der weite Ermessensspielraum kann einmal durch die Regelungstechnik des Gesetzgebers begründet sein. Der VfGH akzeptiert seit dem sogenannten Perchtoldsdorfer Erkenntnis<sup>36</sup> die spezifische Eigenart der Verwaltungsplanung, die sich weitgehend einer konditionalen gesetzlichen Programmierung entzieht, sondern bloß final, also nur im Hinblick auf bestimmte zu

---

<sup>32</sup> Vgl. VfSlg. 12.505/1990: „*Ein dem Gebot des § 4 [Finanz-Verfassungsgesetz - F-VG 1948] entsprechendes, sachgerechtes System des Finanzausgleiches setzt schon im Vorfeld der Gesetzgebung eine Kooperation der Gebietskörperschaften voraus, die durch politische Einsicht und gegenseitige Rücksichtnahme bestimmt ist. [...] Vor Erlassung des Finanzausgleichsgesetzes sind also entsprechende Beratungen zwischen den Vertretern der Gebietskörperschaften unabdingbar [...]. Führen diese Gespräche zumindest in den wesentlichen, grundsätzlichen Belangen zu einem Einvernehmen, so kann in aller Regel davon ausgegangen werden, daß eine dem Art 4 F-VG 1948 entsprechende Gesamtregelung getroffen wurde.*“

<sup>33</sup> VfSlg. 20.179/2017.

<sup>34</sup> VfSlg. 20.018/2015.

<sup>35</sup> VfSlg. 11.558/1987, 11.625/1988, 20.090/2016, 20.248/2018 uvam.

<sup>36</sup> VfSlg. 8280/1978.

erreichende Planungsziele determiniert werden kann.<sup>37</sup> Aus der (lediglich) finalen Programmierung von Planungsakten (in Gestalt von Verordnungen) der Verwaltungsbehörden resultiert ein größerer (Planungs-)Spielraum derselben. Damit ist allerdings keine Preisgabe der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, sondern eine andere Akzentuierung der Kontrolle verbunden, weil der VfGH vom Gesetzgeber eine genaue Regelung des Verfahrens der Verordnungserlassung verlangt („Legitimation durch Verfahren“) und dieses im Einzelfall besonders in den Blick nimmt.<sup>38</sup> Die beschränkte Kontrolle des Planes am materiellen Gesetz wird damit – in rechtsstaatlich gleichermaßen gebotener wie genügender Weise – durch eine Kontrolle der Einhaltung des Planungsverfahrens substituiert.<sup>39</sup>

Bedeutsam ist diese zum Raumordnungsrecht entwickelte Rechtsprechung<sup>40</sup> auch für andere Materien geworden, in denen die gesetzliche Vorzeichnung des Verwaltungshandelns aufgrund der Eigenart des Regelungsgegenstandes bloß final möglich ist.<sup>41</sup> Regelmäßig bedarf es in diesen Konstellationen einer umfassenden Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen der Verwaltungsbehörde. Der VfGH prüft, ob diese in hinreichender Weise – vor der Verordnungserlassung – erfolgt ist;<sup>42</sup> er hat gleichwohl in einem Verfahren zur Prüfung einer elektrizitätsrechtlichen Systemnutzungstarife-Verordnung ausgesprochen, dass es nicht seine Aufgabe sei, Sachverständigengutachten einzuholen oder fachliche Stellungnahmen im Detail nachzuprüfen oder sie gegeneinander abzuwägen.<sup>43</sup> In ähnlicher Weise geht der Gerichtshof bei der Prüfung von Verordnungen vor, die eine Abwägungsentscheidung des Ordnungsgebers auf einer sachverständigen Grundlage voraussetzen, wie dies etwa bei verkehrsbeschränkenden Maßnahmen im Straßenverkehrsrecht der Fall ist.<sup>44</sup>

Vor diesem Hintergrund kann allgemein in solchen Konstellationen von einem größeren Ermessensspielraum der Verwaltung ausgegangen werden, in denen die Normsetzung auf der Basis wissenschaftlicher bzw. sachverständiger Einschätzungen erfolgen muss. In diesem Sinn hat der VfGH dem Normsetzer im Besonderen bei der Regelung von Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie – zB Verbote zum Betreten von und zum Aufenthalt an bestimmten Orten, zum Verlassen der (eigenen) Wohnung oder zur Ausübung einer bestimmten (etwa auch Erwerbs-)Tätigkeit – einen grundsätzlich weiten Spielraum belassen:

Der Gesetzgeber habe, so der VfGH, dem Bundesminister für Gesundheit in an sich verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise einen „Einschätzungs- und Prognosespielraum“ übertragen, „ob und inwieweit er zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 auch erhebliche Grundrechtsbeschränkungen für erforderlich hält, womit der Ordnungsgeber

---

<sup>37</sup> Vgl. dazu näher *Leitl-Staudinger/Mayrhofer*, Innovation in der Verwaltungsrechtswissenschaft am Beispiel des Planungsrechts, in: Wirth et al. (Hrsg.), 50 Jahre Johannes Kepler Universität Linz (2017), 165 (168 ff.).

<sup>38</sup> Vgl. zB VfSlg. 12.687/1991, 14.941/1997, 17.854/2006, 19.126/2010, 19.985/2015, 20.251/2018, 20.357/2019.

<sup>39</sup> *Oberndorfer*, Strukturprobleme im Raumplanungsrecht, *Die Verwaltung* 1972, 257 (271 f.).

<sup>40</sup> Vgl. VfSlg. 8280/1978 sowie ferner zB VfSlg. 10.711/1985, 12.926/1991, 17.057/2003, 17.224/2004, 20.081/2016.

<sup>41</sup> Vgl. zB VfSlg. 17.348/2004, 18.453/2008, 19.700/2012 (jeweils zum Energierecht), VfSlg. 20.399/2020, (zum Epidemierecht), 17.101/2004 (zum Hochschulorganisationsrecht), 17.232/2004 (zum Krankenanstaltenrecht), 14.256/1995 (zum Medienrecht), VfSlg. 19.126/2010 (zum Straßenrecht) sowie 17.854/2006, 19.305/2011 (jeweils zum Umweltschutzrecht).

<sup>42</sup> Vgl. zB VfSlg. 11.972/1989, 17.161/2004, 20.095/2016, 20.398/2020.

<sup>43</sup> VfSlg. 17.517/2005.

<sup>44</sup> Vgl. zB VfSlg. 13.449/1993, 17.573/2005, 18.579/2008, 18.766/2009; VfGH 18.9.2014, V 38/2014; 24.11.2016, V 147/2015; 11.12.2019, V 74/2019; 14.12.2022, V 177/2022 ua; 28.2.2023, V 102/2022 ua.

*seine Entscheidung als Ergebnis einer Abwägung mit den einschlägigen grundrechtlich geschützten Interessen der betroffenen [Personen] zu treffen hat. Der Verordnungsgeber muss also in Ansehung des Standes und der Ausbreitung von COVID-19 notwendig prognosehaft beurteilen, inwieweit in Aussicht genommene [Verbote] zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geeignete [...], erforderliche [...] und insgesamt angemessene Maßnahmen darstellen.“* Der VfGH fordert gleichwohl vom Verordnungsgeber angesichts dessen „*inhaltlich weitreichender Ermächtigung*“, „*die Wahrnehmung seines Entscheidungsspielraums im Lichte der gesetzlichen Zielsetzungen insoweit nachvollziehbar zu machen, als er im Verordnungserlassungsverfahren festhält, auf welcher Informationsbasis über die nach dem Gesetz maßgeblichen Umstände die Verwaltungsentscheidung fußt und die gesetzlich vorgegebene Abwägungsentscheidung erfolgt ist*“. Der Gerichtshof prüft demnach, ob die Entscheidungsgrundlagen für die Regelung einer COVID-19-Maßnahme „*aktenmäßig*“ hinreichend dokumentiert sind,<sup>45</sup> er hinterfragt aber nicht die „Informationsbasis“ des Verordnungsgebers aus einer wissenschaftlich-fachlichen Perspektive.

3. Gibt es Faktoren, die ausschlaggebend dafür sind, wie und wann Ihr Gerichtshof Selbstbeschränkung übt (z. B. die Kultur und die Eigenheiten Ihres Landes; die historischen Erfahrungen Ihres Landes; der absolute oder besondere Charakter der fraglichen Grundrechte; der Gegenstand des Verfahrens; der Umstand, dass es um Fragen geht, die sich aus dem Wandel der Gesellschaft und der Anschauungen ergeben)?
4. Gibt es Situationen, in denen Ihr Gerichtshof aufgrund mangelnder institutioneller Zuständigkeit oder mangelnden Fachwissens Zurückhaltung geübt hat?

a. Der VfGH hat sich auf die ihm verfassungsrechtlich abschließend eingeräumten Zuständigkeiten (vgl. insbesondere Art. 137 bis 145 B-VG) zu beschränken.<sup>46</sup> Speziell für die Befugnis Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen,<sup>47</sup> ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der VfGH (ausschließlich) über die Verfassungswidrigkeit von formellen Bundes- und Landesgesetzen (Art. 140 Abs. 1 B-VG) erkennt. Nicht als Gesetze gelten etwa Berichtigungskundmachungen betreffend Druckfehler im Gesetzesblatt<sup>48</sup> oder „schlichte“ Parlamentsbeschlüsse wie beispielsweise Staatsvertragsgenehmigungsbeschlüsse<sup>49</sup> oder Beschlüsse auf Durchführung einer Volksabstimmung oder Volksbefragung.<sup>50</sup> Vergleichbares gilt für die Befugnis des VfGH zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit genereller Rechtsakte der Verwaltung (Verordnungen) gemäß Art. 139 Abs. 1 B-VG. Nicht der Normprüfung des Gerichtshofes unterliegen beispielsweise bloß „verwaltungsinterne“ Rechtsvorschriften (sogenannte „Verwaltungsverordnungen“ oder „Erlässe“),<sup>51</sup> jedenfalls soweit sie nicht (ausnahmsweise) nach außen wirken und daher (aus rechtsstaatlichen Erwägungen) als (Rechts-)Verordnungen iSd Art. 139 Abs. 1 B-VG qualifiziert werden.<sup>52</sup>

Gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG erkennt der VfGH über Beschwerden gegen Erkenntnisse (und Beschlüsse) der Verwaltungsgerichte, „*soweit der Beschwerdeführer durch das Erkenntnis in*

<sup>45</sup> VfSlg. 20.399/2020; ferner zB VfSlg. 20.458/2020, 20.521/2021; VfGH 29.6.2023, V 143/2021.

<sup>46</sup> Vgl. zu diesen im Einzelnen *Grabenwarter*, Verfassungsgerichtshof, Rz. 53 ff.

<sup>47</sup> *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>13</sup> (2022) Rz. 984.

<sup>48</sup> VfSlg. 16.327/2001.

<sup>49</sup> VfSlg. 18.576/2008.

<sup>50</sup> VfSlg. 8370/1978.

<sup>51</sup> Vgl. zB VfSlg. 12.581/1990, 13.635/1993; 13.784/1994; 17.644/2005, 18.929/2009.

<sup>52</sup> Vgl. zB VfSlg. 8647/1979, 8648/1979, 8807/1980, 9416/1982, 10.170/1984, 10.607/1985, 10.728/1985, 11.467/1987, 12.286/1990, 19.230/2010, 20.472/2021.

einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.“ Sein Prüfungsmaßstab ist im ersten Fall grundsätzlich darauf beschränkt, lediglich in die Verfassungssphäre reichende Mängel wahrzunehmen, während es dem Verwaltungsgerichtshof (VwGH) obliegt, grundsätzlich jedwede Rechtswidrigkeit wahrzunehmen.<sup>53</sup> Der VfGH beschränkt sich (abhängig von der Art des Grundrechts,<sup>54</sup> jedoch in aller Regel) auf eine Art „Grobprüfung“ und greift lediglich gravierende Rechtsverletzungen auf. Ob eine Entscheidung eines Verwaltungsgerichtes „in jeder Hinsicht dem Gesetz entspricht“ („Feinprüfung“), ist hingegen (in aller Regel) vom VwGH zu beurteilen.<sup>55</sup> Der VfGH lehnt demnach die Behandlung von Beschwerden gegen verwaltungsgerichtliche Erkenntnisse, die lediglich „einfachgesetzliche Fragen“ aufwerfen, regelmäßig ab.<sup>56</sup>

**b.** Allgemeine Faktoren, die „begrenzend“ für die verfassungsgerichtliche Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis wirken,<sup>57</sup> sind die grundsätzliche Einzelfallbezogenheit der Judikatur des VfGH<sup>58</sup> sowie die strenge verfahrensrechtliche Bindung des VfGH an „sein“ Verfahrensgesetz (VfGG<sup>59</sup>) und subsidiär (gemäß Art. 35 VfGG) an die Zivilprozessordnung (ZPO)<sup>60</sup>.

Eine Konsequenz dieser Bindung ist, dass (selbst) Normprüfungsverfahren als kontradiktorische Verfahren konstruiert sind, in denen nur entschieden werden soll, was in einem Parteiprozess abgehandelt wurde;<sup>61</sup> ein Umstand, aufgrund dessen sich der VfGH an die (in einem Normprüfungsantrag geäußerten oder von ihm selbst in einem Beschluss auf amtswegige Einleitung eines Normprüfungsverfahrens formulierten) Bedenken gebunden erachtet.<sup>62</sup> Sohin hat der Gerichtshof bei der Prüfung von Gesetzen und von generellen Rechtsakten der Verwaltung

---

<sup>53</sup> *Kneihls/Rohregger*, Art. 144 B-VG, in: Korinek/Holoubek et al. (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 13. Lfg. (2017) Rz. 5.

<sup>54</sup> Bei sog. Grundrechten mit Ausführungsvorbehalt (Vereins- und Versammlungsfreiheit) erachtete der VfGH in seiner Rsp. jede Verletzung des einfachgesetzlichen Ausführungsgesetzes als eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG. Beginnend mit seinem (zum Versammlungsrecht ergangenen) Erkenntnis VfSlg. 19.818/2013 ist der VfGH von dieser „Feinprüfungsjudikatur“ im dargestellten umfassenden Sinn abgegangen. Nach seiner jüngeren Rsp. fallen ausschließlich Entscheidungen, die den Kernbereich der Versammlungsfreiheit (zB die Untersagung oder die Auflösung einer Versammlung) oder der Vereinsfreiheit (zB VfSlg. 19.818/2013, 19.962/2015, 20.057/2016, 20.261/2018) betreffen, in seine ausschließliche Zuständigkeit. Darüber hinaus prüft er nicht (mehr), ob die angefochtene Entscheidung „in jeder Hinsicht dem Gesetz entspricht“ (vgl. idS zuletzt VfSlg. 19.994/2015, 20.117/2016). In derartigen Fragen besteht nunmehr eine Zuständigkeit des VwGH zur „Feinprüfung“ (VwGH 27.2.2018, Ra 2017/01/0105).

<sup>55</sup> Vgl. zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz. 728.

<sup>56</sup> Vgl. zB VfGH 23.6.2022, E 3691/2021; 13.12.2022, E 933/2022; 15.3.2023, E 3778/2021 ua.; 12.6.2023, E 96/2023.

<sup>57</sup> Vgl. dazu näher *Korinek*, Verfassungsgerichtsbarkeit 264 ff.

<sup>58</sup> Vgl. zB VfSlg. 17.121/2004, 17.547/2005, 19.657/2012, 20.035/2015, 20.135/2017, 20.341/2019.

<sup>59</sup> Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 – VfGG, BGBl. 85/1953 idF BGBl. I 88/2023.

<sup>60</sup> Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO), RGBl. 113/1895 idF BGBl. I 77/2023.

<sup>61</sup> *Korinek*, Verfassungsgerichtsbarkeit 265 f.

<sup>62</sup> Für Verfahren gemäß Art. 139 B-VG vgl. zB VfSlg. 11.580/1987, 14.044/1995, 16.674/2002; für Verfahren gemäß Art. 140 B-VG vgl. zB VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003, 20.356/2019 sowie VfGH 15.12.2021, G 233/2021 ua.

(Verordnungen) ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Norm aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig oder gesetzwidrig ist.<sup>63</sup> Dem VfGH ist es verwehrt, weitere Bedenken gegen ein Gesetz oder eine Verordnung auf Anregung oder von Amts wegen aufzugreifen. Dasselbe gilt für Bedenken, die von der antragstellenden Partei in einem späteren Verfahrensabschnitt vorgebracht werden.<sup>64</sup> Damit korrespondiert auch der dem Gerichtshof zugestandene Aufhebungsumfang. Gemäß Art. 140 Abs. 3 erster Satz und Art. 139 Abs. 3 erster Satz B-VG darf er eine Rechtsvorschrift bloß bis zu dem Umfang aufheben, der explizit beantragt wurde.

Keine derartige Bedenkenbindung nimmt der VfGH hingegen in Verfahren über Beschwerden gegen Erkenntnisse und Beschlüsse der Verwaltungsgerichte (Art. 144 B-VG) an. In diesen prüft der VfGH von Amts wegen, ob durch das angefochtene Erkenntnis oder den angefochtenen Beschluss (irgend) ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verletzt oder durch die Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes oder einer gesetzwidrigen Verordnung der Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt wurde.<sup>65</sup> Sohin ist der VfGH in Verfahren gemäß Art. 144 B-VG nicht an das Vorbringen des Beschwerdeführers gebunden.

c. Eine formelle Grenze seiner Prüfungsbefugnis nimmt der VfGH bei staatlichen Rechtsvorschriften an, die der Umsetzung von Unionsrecht (Richtlinien, ggf. auch Beschlüsse) dienen. Der Gerichtshof prüft solche Rechtsvorschriften nicht am Maßstab der (österreichischen) Verfassung, wenn und soweit sie durch Unionsrecht inhaltlich vollständig determiniert sind, der staatliche Gesetzgeber also keinen Umsetzungsspielraum besitzt:

*„[A]uf Grund des Vorrangs des Unionsrechtes auch vor nationalem Verfassungsrecht (vgl. VfSlg. 16.050/2000) [ist] die Aufhebung einer Bestimmung, die Unionsrecht umsetzt, unzulässig[,] wenn das Unionsrecht dem innerstaatlichen Gesetzgeber keinen Spielraum für die inhaltliche Gestaltung einräumt, sodass der Gesetzgeber keine Möglichkeit hat, eine Ersatzregelung zu schaffen, die sowohl dem Unionsrecht als auch dem innerstaatlichen Verfassungsrecht entspricht“.*<sup>66</sup>

Von Bedeutung ist diese Rechtsprechung sohin dann, wenn eine Richtlinie (oder allenfalls auch ein Beschluss eines Unionsorgans) eine Umsetzung mit einem unbedingt und eindeutig bestimmten Inhalt verlangt, dieser Inhalt aber im Widerspruch zum staatlichen Verfassungsrecht steht.<sup>67</sup> Bezweifelt der VfGH in einer solchen Konstellation die Rechtmäßigkeit (insbesondere die Konformität mit der GRC) des umgesetzten Unionsrechtsaktes, richtet er ein Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 AEUV an den EuGH.<sup>68</sup> Hierin zeigt sich u.a. das „*bemerkenswerte Dialogverhältnis*“,<sup>69</sup> in das der VfGH mit dem EuGH getreten ist.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> Für Verfahren gemäß Art. 139 B-VG vgl. zB VfSlg. 15.644/1999, 17.222/2004; für Verfahren gemäß Art. 140 B-VG vgl. zB VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003.

<sup>64</sup> ZB VfSlg. 9260/1981, 14.802/1997 mwN.

<sup>65</sup> VfSlg. 7370/1974.

<sup>66</sup> VfSlg. 20.070/2016 (Haftbefehl); idS bereits VfSlg. 18.642/2008; ferner VfSlg. 20.209/2017. In VfSlg. 19.702/2012 begründete der VfGH die Zulässigkeit seines Vorabentscheidungsersuchens (vom 28.11.2012) an den EuGH im Zusammenhang mit den Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung mit diesen Erwägungen.

<sup>67</sup> Vgl. *Holoubek*, Doppelte Bindung und Richtlinienumsetzung, ZÖR 2018, 603 (607).

<sup>68</sup> Vgl. VfSlg. 19.702/2012, sowie VfSlg. 19.892/2014 (Vorratsdatenspeicherung).

<sup>69</sup> *Eberhard*, Judicial activism 149.

<sup>70</sup> Zu diesem VfSlg. 15.450/1999, 16.050/2000, 16.100/2001, 19.702/2012.

5. Gibt es Fälle, in denen Ihr Gerichtshof Zurückhaltung geübt hat, weil die Gefahr eines Justizirrtums bestand?

Nein.

6. Gibt es Fälle, in denen Ihr Gerichtshof unter Hinweis auf die institutionelle oder demokratische Legitimation des Entscheidungsträgers Zurückhaltung geübt hat?
7. „Je mehr die Gesetzgebung die allgemeine Sozialpolitik gestaltet, desto weniger wird das Gericht bereit sein, einzugreifen“. Ist dies ein gültiger Maßstab für Ihren Gerichtshof? Teilt Ihr Gerichtshof die Auffassung, dass politische Fragen durch demokratische Verfahren entschieden werden sollten, da die Gerichte nicht gewählt sind und nicht über das demokratische Mandat verfügen, über Angelegenheiten der Politik zu entscheiden?

Österreich ist eine repräsentativ-parlamentarische Demokratie. Die Gesetzgebungsorgane sind auf Bundesebene der Nationalrat gemeinsam mit dem Bundesrat (Art. 24 B-VG) und auf Landesebene die Landtage (Art. 95 Abs. 1 B-VG).<sup>71</sup> Der Nationalrat wird vom Bundesvolk (Art. 26 B-VG) und die Landtage werden vom jeweiligen Landesvolk (Art. 95 Abs. 1 B-VG) nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Der Gerichtshof übt immer dann (auch) implizit im Hinblick auf die demokratische Legitimation dieser Gesetzgebungsorgane Zurückhaltung, wenn diesen nach seiner Rechtsprechung ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt.<sup>72</sup>

Bedenkenswert ist gleichwohl, dass Verfassungsgesetze (und Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen) einer Beschlussfassung mit qualifizierten Präsenz- und Konsensquoren bedürfen (Art. 44 Abs. 1 B-VG). In der österreichischen Lehre<sup>73</sup> wurde vor diesem Hintergrund deutlich gemacht, dass die erhöhte Bestandsgarantie, die Fragen rechtsinhaltlicher Art durch ihre Aufnahme in den Verfassungsrang erfahren, politisch gesehen eine Schutzfunktion der qualifizierten Minderheit gegenüber der bloß absoluten Mehrheit bedeute. Der VfGH dürfe sich daher seiner Aufgabe, die Einhaltung der justiziablen Normen der Verfassung zu überwachen, gerade aus demokratischen Gründen nicht entschlagen. Er würde seiner demokratischen und rechtsstaatlichen Funktion nicht gerecht, würde er sich – im Sinne eines falsch verstandenen *judicial self restraint* – auf die Überwachung unpolitischer Positionen zurückziehen.

Wesentlich für die Abgrenzung der Rolle des VfGH im Verhältnis zum parlamentarischen Gesetzgeber ist, dass der Gerichtshof lediglich als – in der Literatur<sup>74</sup> so bezeichneter – „negativer Gesetzgeber“ tätig werden kann. Es ist ihm also verwehrt, fehlende gesetzliche Regelungen

---

<sup>71</sup> Grabenwarter/Frank, B-VG (2020) Art. 1 Rz. 5.

<sup>72</sup> Zum (weiten) rechtspolitischen Gestaltungsspielraum im Agrarrecht vgl. zB VfSlg. 20.032/2015, im Asylrecht VfSlg. 20.286/2018, im Raumordnungsrecht VfSlg. 14.375/1995 sowie VfGH 18.9.2014, B 1311/2012, im Dienstrecht VfSlg. 16.176/2001, 17.452/2005, 20.073/2016, sowie VfGH 1.7.2022, G 17/2022, im Gesundheitsrecht VfSlg. 20.397/2020, im Personenstandsrecht VfSlg. 20.258/2018, im Sozialversicherungsrecht VfSlg. 16.007/2000 sowie VfGH 6.3.2023, G 296/2022, im Steuerrecht VfSlg. 19.598/2011, 19.933/2014 oder im Strafrecht VfSlg. 20.057/2016.

<sup>73</sup> Korinek, Verfassungsgerichtsbarkeit 274; Oberndorfer, Demokratie 126, jeweils mwN.

<sup>74</sup> Vgl. zB Bußjäger, Art. 140 B-VG, in: Kahl/Khazkzadeh/Schmid (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, 2021, Rz. 17; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz. 1002; Rohregger, Art. 140 B-VG, in: Korinek/Holoubek et. al., Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 6. Lfg., 2006, Rz. 14 mwN; Stöger zu OGH 31.8.2015, 6 Ob 147/15h, NZ 2015/113, 350

durch seine Entscheidungen zu ersetzen oder durch den Umfang seiner Aufhebung dem verbleibenden Gesetz einen (veränderten) Inhalt zu geben, der nicht mehr vom Willen des Gesetzgebers getragen erscheint.<sup>75</sup> Der VfGH betont dementsprechend in seiner Rechtsprechung immer wieder, dass er nicht „positiver Gesetzgeber“ sei. Diese Einsicht hat (im Besonderen) Auswirkungen für den Umfang der (inhaltlichen) Prüfung einer Norm und – im Fall der Rechtswidrigkeit der Norm – für den Umfang der Aufhebung durch den VfGH.<sup>76</sup> Damit korrespondiert die Unzulässigkeit von Anträgen auf Normenkontrolle, deren Anfechtungsumfang derart gestaltet (insbesondere zu eng gezogen) ist, dass die beantragte Aufhebung „einen unzulässigen Akt positiver Gesetzgebung durch den Verfassungsgerichtshof bedeuten [würde], da dem Gesetz durch die Aufhebung der angefochtenen Wortfolge ein dem Gesetzgeber nicht zusinnbarer Inhalt zukommen würde.“<sup>77</sup>

#### 8. Akzeptiert Ihr Gerichtshof einen allgemeinen Grundsatz der Selbstbeschränkung in An- gelegenheiten der Strafrechtspolitik?

Der VfGH räumt dem Gesetzgeber auf dem Gebiet des Strafrechts einen (in aller Regel weiten) rechtspolitischen Gestaltungsspielraum ein,<sup>78</sup> und zwar auch im Fall eingriffsintensiver Regelungen, wie sie für das Strafrecht geradezu typisch sind.<sup>79</sup>

Der VfGH eröffnete mit VfSlg. 20.231/2017 dem Gesetzgeber – in Abweichung von seiner bis dahin ständigen Rechtsprechung – eine weitere Gestaltungsmöglichkeit im Zusammenhang mit der im österreichischen Recht vorgesehenen Differenzierung zwischen dem gerichtlichen Strafrecht (auch „Justizstrafrecht“ oder „Kriminalstrafrecht“) und dem – in erster Instanz von Verwaltungsbehörden zu vollziehenden – Verwaltungsstrafrecht. In VfSlg. 20.231/2017 sprach der VfGH aus, dass – entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung – die Höhe der angeordneten Sanktion kein taugliches Mittel für die Abgrenzung des gerichtlichen Strafrechts und des Verwaltungsstrafrechts darstelle. Der Gesetzgeber besitzt damit einen (größeren) rechtspolitischen Gestaltungsspielraum bei der Übertragung der Zuständigkeit zur Verhängung von Strafen (entweder auf ordentliche Gerichte oder auf Verwaltungsbehörden).

Ein „allgemeiner Grundsatz der Selbstbeschränkung“ ist mit der Einräumung eines rechtspolitischen Gestaltungsspielraums gleichwohl nicht verbunden. Der VfGH hat speziell auch in jüngster Zeit mehrere straf(prozess)rechtliche Vorschriften in Prüfung gezogen und als verfassungswidrig aufgehoben.<sup>80</sup> Zuletzt hat er, wie erwähnt, bei der Prüfung des strafrechtlichen Verbotes der Hilfe Dritter an der Mitwirkung zum Selbstmord explizit ausgesprochen, dass dem Gesetzgeber in diesem Fall „gerade kein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum“ zukomme.<sup>81</sup>

---

<sup>75</sup> Vgl. *Oberndorfer/Wagner*, Gesetzgeberisches Unterlassen als Problem verfassungsgerichtlicher Kontrolle, Landesbericht Österreich für den XIV. Kongress der Europäischen Verfassungsgerichte (2008) 11 f.

<sup>76</sup> Vgl. zuletzt zB VfGH 6.12.2022, G 221/2022 (Aufhebung einer landesverfassungsgesetzlichen Bestimmung wegen Verstoßes gegen die Bundesverfassung).

<sup>77</sup> Vgl. zB VfSlg. 12.465/1990; VfGH 27.6.2023, G 123/2023.

<sup>78</sup> VfSlg. 19.960/2015, 20.057/2016, 20.156/2017, VfGH 18.6.2022, G 51/2022.

<sup>79</sup> VfSlg. 19.831/2013, 20.213/2017, 20.240/2018.

<sup>80</sup> Vgl. VfSlg. 20.082/2016 (Aussagebefreiung ehemaliger Ehepartner), VfSlg. 20.433/2020 (Tötung auf Verlangen); VfGH 1.12.2022, G 53/2022 („bedingt obligatorische“ Untersuchungshaft).

<sup>81</sup> VfSlg. 20.433/2020.

9. In engen Grenzen kann sich die Regierung veranlasst sehen, Informationen vor dem Gerichtshof geheim zu halten, insbesondere solche aus nachrichtendienstlichen Quellen. Hat Ihr Gerichtshof jemals aus Gründen der nationalen Sicherheit Selbstbeschränkung geübt?

Die Zuständigkeiten des VfGH sind verfassungsrechtlich abschließend geregelt (vgl. insbesondere Art. 137 bis 145 B-VG). Eine besondere Zuständigkeit etwa für nachrichtendienstliche Angelegenheiten oder Angelegenheiten, die dem Staatsschutz zuzurechnen sind, besteht nicht. Fragen die zB in Zusammenhang mit dem Polizeilichen Staatsschutzgesetz stehen, gelten grundsätzlich als justiziabel.<sup>82</sup> Für die nicht-öffentlichen Beratungen des VfGH selbst gilt ein Beratungsgeheimnis. Dazu kommt die Möglichkeit, bestimmte Akten oder Aktenbestandteile von der Akteneinsicht gemäß § 20 VfGG auszunehmen.<sup>83</sup> Personenbezogene Daten der Parteien eines vor dem VfGH geführten Verfahrens werden bei der Veröffentlichung der Entscheidung anonymisiert.

10. Sollten Verfassungsgerichte – als Hüter der Verfassung – einen strengeren Maßstab anlegen, wenn die Gesetzgebung bei der Umsetzung von Reformen zum Schutz der Grundrechte säumig ist?

Der VfGH differenziert in seiner Rechtsprechung grundsätzlich nicht nach der „Ursache“ für die (allfällige) Grundrechtswidrigkeit einer Norm. Nach seiner Rechtsprechung können auch erst im Zeitablauf (also möglicherweise aufgrund unterbliebener Reformen) eingetretene Unzulänglichkeiten einer Norm, zu deren Grundrechtswidrigkeit führen.<sup>84</sup>

Ein Unterlassen des Gesetzgebers kann sich allerdings – vor dem Hintergrund der Entscheidungsbefugnis des Gerichtshofes, die es ihm (lediglich) erlaubt, als verfassungswidrig erkannte formelle Gesetze aufzuheben (Art. 140 B-VG) – mitunter der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entziehen.<sup>85</sup> Der VfGH darf nicht selbst gesetzgebend tätig werden oder den Gesetzgeber zu einem Tätigwerden verpflichten, auch „wenn die Erlassung bestimmter Regelungen von Verfassungen wegen geboten wäre“.<sup>86</sup> (Ähnlich stellt sich das Problem einer „Untätigkeit“ des Verordnungsgebers im Licht der Verordnungsprüfungszuständigkeit des VfGH gemäß Art. 139 B-VG dar.<sup>87</sup>)

## II. Der Entscheidungsträger

11. Prüft Ihr Gerichtshof einen Akt der parlamentarischen Gesetzgebung mit größerer Zurückhaltung als einen Akt der Verwaltung? Stellt Ihr Gerichtshof bei der Prüfung von

---

<sup>82</sup> VfSlg. 20.213/2017.

<sup>83</sup> VfSlg 16.424/2002 mwN.

<sup>84</sup> ZB VfSlg. 12.568/1990 (unterschiedliches Pensionsalter von Mann und Frau), 13.917/1994 (Besuchspflicht einer Hauswirtschaftsschule nur für Mädchen), 19.936/2014 (Besetzung von Arztstellen), 20.340/2019 (Gesetzwidrigkeit einer Verordnung betreffend das Anschlagen von Druckwerken mangels Anpassung an die geänderten Verhältnisse); VfGH 14.12.2022, V 177/2022 ua. mwN (Gesetzwidrigkeit einer Geschwindigkeitsbeschränkungsverordnung auf Grund der Änderung der örtlichen Verhältnisse).

<sup>85</sup> Vgl. *Grabenwarter*, Verfassungsgerichtshof, Rz. 74; *Oberndorfer/Wagner*, Gesetzgeberisches Unterlassen.

<sup>86</sup> *Rohregger*, Art. 140 B-VG, Rz. 14.

<sup>87</sup> Vgl. dazu jüngst VfGH 5.12.2022, E 394/2021 (Nitrat-Verordnung); zu einer möglichen Lösung des Problems in unionsrechtlichen Kontexten vgl. *Herbst/Mayrhofer*, Zur Untätigkeit des Verordnungsgebers bei Umsetzung unionsrechtlicher Verpflichtungen, in: Wagner et al. (Hrsg.), *Liber Amicorum* anlässlich des 60. Geburtstages von Wilhelm Bergthaler (im Erscheinen).

Rechtsakten darauf ab, welche demokratische Legitimation der Entscheidungsträger hat?

Nein. Unterschiede (und Gemeinsamkeiten) hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs und der Kontrolldichte sind ausschließlich in der (Ausgestaltung der) jeweiligen Zuständigkeit des VfGH begründet (siehe dazu oben 2., 3. und 4.).

12. Welche Bedeutung misst Ihr Gerichtshof der Entstehung eines Rechtsaktes bei? Welche rechtliche Bedeutung kann die parlamentarische Erörterung eines Rechtsaktes für dessen Prüfung am Maßstab der Grundrechte haben?
13. Prüft Ihr Gerichtshof, ob der politische Entscheidungsträger seine Entscheidung begründet hat oder ob die Entscheidung so gefallen ist, wie sie das Gericht selbst getroffen hätte, wenn es selbst politischer Entscheidungsträger wäre?
14. Achtet Ihr Gerichtshof darauf, inwieweit der Entscheidung oder Maßnahme eine umfassende Prüfung der Kompatibilität mit den Grundrechten vorausgegangen ist? Wie gründlich muss zum Beispiel die Analyse des Gesetzgebers sein, damit Ihr Gerichtshof ihr Bedeutung beimisst?
15. Achtet Ihr Gerichtshof darauf, ob vor der Verabschiedung einer Maßnahme die gegensätzlichen Standpunkte in der parlamentarischen Debatte umfassend zum Ausdruck gekommen sind? Reicht es aus, dass eine breite Debatte über den allgemeinen Inhalt der Rechtsvorschriften stattgefunden hat, oder muss den Auswirkungen auf die Rechte besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden?

a. Der VfGH prüft in Gesetzesprüfungsverfahren gemäß Art. 140 B-VG zwar nicht bloß mögliche materielle Verfassungswidrigkeiten, sondern auch ob bei der Erzeugung einer Bestimmung die Erzeugungsregeln eingehalten wurden.<sup>88</sup> Dabei hat der VfGH jeden Schritt des Gesetzgebungsprozesses zu prüfen.<sup>89</sup> Auch Verstöße gegen die Geschäftsordnung des Gesetzgebungsorgans, die geeignet sind, die freie Willensbildung im Parlament zu beeinträchtigen, führen zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes.<sup>90</sup> Maßnahmen, die von Organen, die in den Gesetzgebungsprozess eingebunden sind, freiwillig zur Entscheidungsfindung vorgenommen werden, entziehen sich ebenso der Prüfungsbefugnis des VfGH.<sup>91</sup> Die inhaltliche parlamentarische Erörterung eines Gesetzesvorhabens selbst besitzt ebenso keine rechtliche Relevanz für die Normenkontrolle. Ganz allgemein ist die „Qualität“ des parlamentarischen Verfahrens kein selbständiges Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes. Eine spezifische Ausnahme bilden „kooperative“ Verfahren, wie sie insbesondere für das Zustandekommen des Finanzausgleichsgesetzes als notwendig erachtet werden (siehe dazu oben 2.c.).

Eine Begründungspflicht des Gesetzgebers besteht nach der Rechtsprechung nicht. Die in den Gesetzesmaterialien aufgenommenen Überlegungen des Gesetzgebers (etwa zu deren Grundrechtskompatibilität) können freilich für den Gerichtshof von Interesse sein;<sup>92</sup> sie

---

<sup>88</sup> Rohregger, Art. 140 B-VG, in: Korinek/Holoubek et al., Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 6. Lfg. (2006) Rz. 75.

<sup>89</sup> Vgl. zB VfSlg. 4497/1963, 5996/1969, 8466/1978, 16.152/2001, 16.515/2001, 16.848/2003.

<sup>90</sup> VfSlg 16.151/2001

<sup>91</sup> Rohregger, Art. 140 B-VG Rz. 78.

<sup>92</sup> Vgl. VfGH 1.12.2022, G 53/2022.

hindern ihn jedoch nicht daran, (selbst) eine abstrakte Rechtfertigung für eine Regelung zu finden.

**b.** In Verordnungsprüfungsverfahren gemäß Art. 139 B-VG prüft der VfGH (insbesondere bei final determinierten Verordnungen) auch, ob das gesetzlich vorgesehene Verfahren zur Ermittlung hinreichender Entscheidungsgrundlagen eingehalten wurde, wobei es dem VfGH möglich sein muss, zu beurteilen, ob eine Verordnung auch den gesetzlich vorgesehenen Zielen entspricht (dazu oben 2.d.).<sup>93</sup> Im Zusammenhang mit Verordnungen, mit denen Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie gesetzt wurden, verlangt der VfGH, wie erwähnt (oben 2.d.), zur Gewährleistung der Kontrolle der die Behörde treffenden Ermittlungspflicht diese Umstände im Akt zu dokumentieren. Verletzt die Behörde diese Dokumentationspflicht, führt dies (allein) zur Gesetzwidrigkeit der Verordnung, ohne dass der VfGH deren Inhalte selbst in Prüfung zieht.<sup>94</sup>

**16.** Ist die Tatsache, dass die Entscheidung vom Gesetzgeber oder unter Beteiligung der Öffentlichkeit getroffen wurde, ein schlüssiger Nachweis für die demokratische Legitimität der Entscheidung?

Die demokratische Legitimität ist von der Rechtskonformität einer Entscheidung zu unterscheiden, deren Vorliegen, sofern es sich um Entscheidungen in Form formeller Bundes- oder Landesgesetze (Art. 140 Abs. 1 B VG) oder in Form von Verordnungen (Art. 139 Abs. 1 B-VG) handelt, dem VfGH zur Prüfung vorbehalten ist. Sonstige demokratisch legitimierte politische Entscheidungen sind hingegen kein Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.<sup>95</sup>

### **III. Schutzbereich der Rechte, Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit**

**17.** Hat Ihr Gerichtshof jemals bei der Bestimmung des Inhalts eines Rechts Zurückhaltung geübt, indem er sich die Auslegung oder Anwendung des Rechts durch die Regierung zu eigen gemacht hat?

Dem VfGH ist es schon von Verfassungs wegen verwehrt, sich die Auslegung oder Anwendung des Rechts etwa durch die Bundesregierung bedingungslos zu eigen zu machen. Gleichwohl kann deren Äußerung, ebenso wie eine Äußerung einer anderen Parteien des verfassungsgerichtlichen Verfahrens, im Normprüfungsverfahren von Interesse sein.<sup>96</sup> Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass sich der VfGH einer im Verfahren erstatteten Äußerung anschließt.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> VfSlg. 8280/1978; vgl. ferner zB VfSlg. 16.032/2000, 17.015/2003, 20.474/2021.

<sup>94</sup> Vgl. einerseits VfSlg. 20.399/2020, 20.521/2021; VfGH 14.6.2022, V 53/2022 (Verletzung der Dokumentationspflicht) und andererseits VfSlg. 20.458/2021; VfGH 13.6.2023, V 161/2022; 29.6.2023, V 143/2021 (hinreichende Dokumentation).

<sup>95</sup> So bereits *Korinek*, Verfassungsgerichtsbarkeit 257 mwN; dazu bereits oben 12. bis 15.a.

<sup>96</sup> Vgl. VfGH 16.6.2023, G 85/2021, V 116/2021; 13.6.2023, V 161/2022; 5.10.2022, G 141/2022; 29.9.2022, V 110/2022; vgl. auch oben 12. und 14.

<sup>97</sup> Vgl. VfGH 28.6.2023, G 299/2022 ua., V 20/2023 ua.; VfSlg. 20.412/2020, 17.967/2006, 14.260/1995.

- 18.** Ist die Kontrolldichte von der Eigenart des Grundrechts abhängig? Ist Ihr Gerichtshof der Ansicht, dass einige Rechte oder Aspekte von Rechten wichtiger sind und dass Eingriffe in ihre Ausübung daher strenger geprüft werden müssen als andere? Nach welchen Kriterien wird diese Einteilung vorgenommen?

Aus der strukturellen Eigenart des Grundrechts kann sich ebenso wie aus der Art und dem Inhalt des Eingriffs eine jeweils unterschiedliche Kontrolldichte ergeben.<sup>98</sup> Dies lässt sich für das Gesetzesprüfungsverfahren gut am Grundrecht auf Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG) illustrieren, bei dem der VfGH bei gesetzlichen Regelungen der Berufsausübung allgemein einen weiteren Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers annimmt als bei Regelungen des Berufsantritts (dazu oben 2.c.).

Bei der Prüfung, ob ein Erkenntnis (oder ein Beschluss) eines Verwaltungsgerichtes ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verletzt (Art. 144 B-VG), kann grundsätzlich zwischen einer „Grobprüfung“ als Regel und einer „Feinprüfung“ als Ausnahme unterschieden werden. Eine „Feinprüfung“ findet speziell im Kernbereich von Grundrechten mit Ausführungsvorbehalt statt (dazu oben Fn 54). Auch bei Verfahrensgrundrechten tendiert der Gerichtshof zu einer „Feinprüfung“.<sup>99</sup> Beim Grundrecht auf Schutz der persönlichen Freiheit nimmt der Gerichtshof zwar eine „Grobprüfung“ vor, die jedoch aufgrund der detaillierten verfassungsgesetzlichen Regelung dieses Grundrechts (im Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit) im Ergebnis häufig auf eine „Feinprüfung“ hinausläuft.<sup>100</sup> Dass die Kontrolldichte überdies materien- und weniger grundrechtsspezifische Besonderheiten aufweisen kann, wurde schon erwähnt (dazu 2.c.).

- 19.** Haben Sie einen Maßstab für die Klarheit bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes? Wie entscheiden Sie, wie klar ein Gesetz ist? Wann wenden Sie die Regel *In claris non fit interpretatio* an?

Ob eine Bestimmung einer Auslegung zugänglich ist oder nicht, prüft der VfGH im Einzelfall. Dabei sind in Ermittlung des Inhalts des Gesetzes alle zur Verfügung stehenden Auslegungsmöglichkeiten auszuschöpfen. Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens ist, verletzt die Bestimmung die rechtsstaatlichen Anforderungen.<sup>101</sup> So hat der VfGH etwa in VfSlg. 12.420/1990 die Aufhebung einer Ordnungsbestimmung als gesetzwidrig wie folgt begründet: „*Nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben kann überhaupt verstanden werden, welche Anordnungen hier getroffen werden sollen.*“

Die *acte clair*-Doktrin als solche besitzt bei der Gesetzesprüfung (nur) dann Relevanz, wenn der Widerspruch einer österreichischen Rechtsvorschrift zu einer (unmittelbar anwendbaren) unionsrechtlichen Norm im Sinne dieser offenkundig ist. Die Konsequenz kann (muss nicht)

---

<sup>98</sup> Vgl. zB *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz. 734.

<sup>99</sup> VfSlg. 19.960/2015, 19.970/2015, 20.183/2017, 20.271/2018, 20.314/2019, 20.454/2021; VfGH 24.11.2017, E 2845/2017; 6.10.2021, E 3811/2020 ua.

<sup>100</sup> *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz. 855; VfSlg. 13.893/1994, 13.914/1994, 17.891/2006, 18.058/2007, 18.081/2007, 19.968/2015.

<sup>101</sup> VfSlg. 8395/1978, 11.639/1988, 14.644/1996, 15.447/1999, 16.137/2001, 20.070/2016.

sein, dass die staatliche Rechtsvorschrift nicht präjudiziell im Sinne des Art. 140 Abs. 1 B-VG ist und demnach nicht Gegenstand des Gesetzesprüfungsverfahrens sein kann.<sup>102</sup>

**20. Wie intensiv prüft Ihr Gerichtshof, ob eine Maßnahme einem legitimen Ziel dient?**

Bei der Prüfung, ob eine Regelung im öffentlichen Interesse liegt, beschränkt sich der VfGH idR auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle.<sup>103</sup> Der Gerichtshof räumt den gesetzgebenden Gebietskörperschaften insofern einen relativ weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum ein. Der VfGH hat insbesondere nicht zu beurteilen, ob die Verfolgung eines bestimmten Zieles etwa aus wirtschaftspolitischen oder sozialpolitischen Gründen zweckmäßig ist. Er kann dem Gesetzgeber nur entgegentreten, wenn dieser Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind.<sup>104</sup>

**21. Welche Verhältnismäßigkeitsprüfung wendet Ihr Gerichtshof an? Wendet Ihr Gericht alle Schritte der klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung an (d. h. Angemessenheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)?**

**22. Prüft Ihr Gerichtshof alle Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung?**

Der VfGH wendet alle Schritte der „klassischen“, von der Judikatur des deutschen Bundesverfassungsgerichts und vom EGMR geprägten Verhältnismäßigkeitsprüfung an. Als eine Art Wendepunkt in der Judikatur des VfGH gilt insofern das Erkenntnis VfSlg. 10.179/1984 zum Schrottenkungsgesetz, das am Beginn der Entwicklung der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den VfGH steht.<sup>105</sup> Grundrechtsbeschränkungen sind nach der damit begonnenen Rechtsprechung nur dann zulässig sind, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen, zur Erreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich sind und zwischen dem öffentlichen Interesse und der verkürzten Grundrechtsposition eine adäquate Relation besteht.<sup>106</sup> Die vom VfGH zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit entwickelten, in ständiger Rechtsprechung wiedergegeben Formeln folgen diesem Schema, sie weisen gleichwohl grundrechtspezifische Besonderheiten auf. Zur Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 10 EMRK) verwendet der VfGH, um ein Beispiel im Zusammenhang mit einem Konventionsrecht zu nennen, beispielsweise folgende Formel:

*„Ein verfassungsrechtlich zulässiger Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung muss sohin, wie auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ausgesprochen hat (s. zB EGMR 26.4.1979, Fall Sunday Times, EuGRZ 1979, 390; 25.3.1985, Fall Barthold, EuGRZ 1985, 173), gesetzlich vorgesehen sein, einen oder mehrere der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten rechtfertigenden Zwecke verfolgen und zur Erreichung dieses Zweckes oder dieser Zwecke ‚in einer demokratischen Gesellschaft notwendig‘ sein.“<sup>107</sup>*

---

<sup>102</sup> Vgl. VfSlg. 15.368/1998, 16.293/2001; VfGH 12.12.2018, G 104/2018 ua.; zum Verordnungsprüfungsverfahren gemäß Art. 139 Abs. 1 B-VG vgl. VfSlg. 17.560/2005.

<sup>103</sup> Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rz. 716; vgl. auch die Antworten zu 4., 12. und 14.

<sup>104</sup> VfSlg. 9911/1983, 12.094/1989, 19.933/2014, 20.285/2018.

<sup>105</sup> Vgl. Grabenwarter, Verfassungsgerichtshof, Rz. 118.

<sup>106</sup> Zum öffentlichen Interesse vgl. zB VfSlg. 12.094/1989, 20.032/2015, 20.089/2016, 20.268/2018; zur Eignung vgl. zB VfSlg. 13.725/1994, 20.202/2017; VfGH 27.6.2023, E 1517/2022; zur Erforderlichkeit vgl. zB VfSlg. 17.817/2006, 19.722/2012, 20.073/2016, 20.475/2021; zur Adäquanz vgl. zB VfSlg. 11.853/1988, 18.115/2007, 20.398/2020.

<sup>107</sup> VfSlg. 20.014/2015; VfGH 24.2.2021, E 607/2021; 27.9.2021, E 4337/2020; 8.3.2022, E 3120/2021; 19.9.2022, V 183/2021.

23. Gibt es Fälle, in denen Ihr Gerichtshof annimmt, dass die angefochtene Maßnahme einen oder mehrere Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung erfüllt, auch wenn es offensichtlich keine ausreichenden Beweise gibt, um dies zu belegen?

Nein. Der VfGH gliedert seine Begründung jedoch nicht immer nach dem „klassischen“ Schema, sondern „überspringt“ mitunter einzelne Prüfungsschritte.<sup>108</sup> Vereinzelt stellt er pauschal fest, dass eine Regelung verhältnismäßig sei.<sup>109</sup>

24. Fällt die Einführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung Ihres Gerichtshofs mit der Entfaltung des Grundsatzes der richterlichen Selbstbeschränkung zusammen?

25. Hat die Rechtsprechung des EGMR die Haltung Ihres Gerichtshofs in Bezug auf die Frage richterlicher Selbstbeschränkung beeinflusst? Entspricht der vom EGMR anerkannte „margin of appreciation“ der Konventionsstaaten im innerstaatlichen Bereich dem Beurteilungsspielraum, den Ihr Gerichtshof dem politischen Entscheidungsträger einräumt? Wenn nicht, wie oft überschneiden sich die Erwägungen des EGMR zum Ermessensspielraum der Konventionsstaaten mit den Erwägungen Ihres Gerichtshofs zum rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers?

28. Hat Ihr Gerichtshof seine Kontrolldichte im Lauf der Zeit zurückgenommen?

„Die Auseinandersetzung mit der EMRK und mit der Rechtsprechung des EGMR ist im europäischen Vergleich in Österreich in einem Höchstmaß gegeben“.<sup>110</sup> Dafür ist zunächst die Stellung der EMRK in der österreichischen Rechtsordnung ausschlaggebend, zumal diese als Teil des Verfassungsrechts unmittelbarer Prüfungsmaßstab des VfGH ist.<sup>111</sup> Die Konventionsrechte können als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte im Sinne des B-VG vor dem VfGH geltend gemacht werden.<sup>112</sup> Der Gerichtshof zeigt in seiner Rechtsprechung zudem eine hohe Bereitschaft zur Berücksichtigung der Straßburger Rechtsprechung.<sup>113</sup>

Ende der 1980er-Jahre begann der VfGH, den in der Spruchpraxis der Organe der EMRK entwickelten *margin of appreciation* als Gestaltungsspielraum zu übernehmen<sup>114</sup> und setzt diese Rezeption bis heute fort.<sup>115</sup> Der VfGH betont immer wieder, dass der rechtspolitische Gestaltungsspielraum und der *margin of appreciation* synonym zu verstehen seien.<sup>116</sup> Teilweise erstreckt er den *margin* auch auf nationale Grundrechte.<sup>117</sup> Diese Vorgangsweise mag aufgrund des Verfassungsrangs der EMRK in Österreich nahe liegen; sie ist aber angesichts der jeweils unterschiedlichen dogmatischen Konzepte keineswegs selbstverständlich, weil der rechtspolitische Gestaltungsspielraum vom Ausmaß der verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers abhängt, während sich der *margin of*

---

<sup>108</sup> Mit diesem Befund *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz. 717; vgl. zB VfSlg. 19.624/2012, 20.181/2017, 20.261/2017.

<sup>109</sup> Vgl. zB VfSlg 13.330/1993, 13.659/1993.

<sup>110</sup> *Grabenwarter*, Verfassungsgerichtshof, Rz. 123; dazu näher *ders*, Europäische Grundrechte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, JRP 2012, 298 (298 ff.).

<sup>111</sup> *Grabenwarter*, Verfassungsgerichtshof, Rz. 123.

<sup>112</sup> *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>7</sup> (2021) § 3 Rz. 2.

<sup>113</sup> Vgl. aus jüngster Zeit zB VfSlg. 20.394/2020, 20.509/2021; VfGH 7.12.2022, E 2303/2021; 14.12.2022, E 1487/2022 ua.; 29.6.2023, V 143/2023.

<sup>114</sup> *Dopplinger/Mörth*, Gestaltungsspielraum 241, 244.

<sup>115</sup> Vgl. VfSlg. 12.103/1989, 19.904/2014, 20.258/2018, 20.286/2018, 20.334/2019.

<sup>116</sup> VfSlg 20.179/2017, 20.180/2017; vgl. VfSlg 16.911/2003, 20.089/2016.

<sup>117</sup> Vgl. VfSlg. 20.089/2016, 20.179/2017, 20.180/2017.

*appreciation* vor allem auch aus der Zuständigkeitsverteilung zwischen dem EGMR und den Organen des Konventionsstaates ergibt.<sup>118</sup>

Die Kontrolldichte des VfGH hat in den letzten Jahrzehnten speziell in der Grundrechtsjudikatur nicht ab-, sondern deutlich zugenommen.<sup>119</sup> Verantwortlich dafür sind gerade auch die Einflüsse der Grundrechte der EMRK (und ihrer Zusatzprotokolle) und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR.<sup>120</sup> Die eng mit der Straßburger Judikatur verwobene Etablierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Rechtsprechung des VfGH fällt sohin in Österreich nicht mit der Entfaltung des Grundsatzes der richterlichen Selbstbeschränkung zusammen, sondern ist wesentlicher Teil einer Judikaturentwicklung, die seit Anfang der 1980er-Jahre von einem restriktiv gelebten *judicial self restraint* weggeführt hat.<sup>121</sup> So hat der Gerichtshof im Zeitraum zwischen der Wiederaufnahme seiner Tätigkeit 1947 bis Ende 1979 lediglich in 113 Fällen auf die Verletzung eines Grundrechtes im Rahmen des Gesetzesprüfungsverfahrens festgestellt.<sup>122</sup> Seither, also in den vergangenen 43 Jahren hat der VfGH hingegen in etwa 700 Fällen eine Grundrechtsverletzung erkannt.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass der VfGH – letztlich – sogar der bis in die 1990er-Jahre hinein geübten Praxis des Verfassungsgesetzgebers entgegen getreten ist, Vorschriften, die im Rang einfacher Gesetze standen und vom VfGH als verfassungswidrig erkannt wurden, als Verfassungsbestimmungen neu zu erlassen.<sup>123</sup> In einer Entscheidung zu einer vergaberechtlichen Bestimmung, die solcherart verfassungsrechtlich immunisiert und der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen worden war,<sup>124</sup> erachtete der Gerichtshof diese verfassungsgesetzliche Bestimmung, konkret deren Zustandekommen ohne eine in diesem Fall einer sogenannten „Gesamtänderung“ der Verfassung obligatorische Volksabstimmung (Art. 44 Abs. 3 B-VG) als Verstoß gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip der Bundesverfassung.<sup>125</sup> Geklärt ist seit dieser Entscheidung, dass der VfGH nicht bloß einfache Gesetze, sondern auch (Bundes-)Verfassungsrecht in Prüfung ziehen kann und dann, wenn es entgegen den Erzeugungsbedingungen der Verfassung zustande gekommen ist, als verfassungswidrig aufhebt.<sup>126</sup>

Die durch den Beitritt Österreichs zur EMRK im Jahr 1958 beginnende Transformation speziell der Grundrechtsjudikatur intensivierte sich mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Jahr 1995 und dem damit beginnenden, später mit dem Primärrechtsrang der GRC

---

<sup>118</sup> Vgl. *Dopplinger/Mörth*, Gestaltungsspielraum 261.

<sup>119</sup> Vgl. nur den aktuellen Befund von *Eberhard*, *Judicial activism* 150.

<sup>120</sup> Vgl. für die ersten Jahrzehnte insbesondere *Novak*, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, *Festschrift für Günther Winkler* (1989) 39 ff.

<sup>121</sup> Vgl. *Eberhard*, *Judicial activism* 148 f.; *Rohregger*, Art. 140 B-VG, Rz. 7.

<sup>122</sup> *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, *EuGRZ* 1982, 216 (244). *Korinek* hielt noch im Jahr 1980 fest, dass dem VfGH zwar in der Literatur regelmäßig vorgeworfen werde, sich insbesondere bei inhaltlichen Fragen der Verfassungsinterpretation zu stark zurückzuhalten – sohin eine ausgeprägte *judicial self restraint* zu praktizieren; in seiner jüngsten Judikatur würden sich jedoch Beispiele für eine stärker inhaltlich betonte Verfassungsgerichtsbarkeit zeigen (*Verfassungsgerichtsbarkeit* 262).

<sup>123</sup> Vgl. *Grabenwarter*, *Verfassungsgerichtshof*, Rz. 102.

<sup>124</sup> Die Verfassungsbestimmung des § 126a des Bundesvergabegesetzes, *BGBI. I 56/1997 idF BGBI. I 125/2000*, erklärte sämtliche am 1.1.2001 in Geltung stehenden landesgesetzlichen Bestimmungen über Vergaberechtsschutzorgane als „nicht bundesverfassungswidrig“.

<sup>125</sup> *VfSlg.* 16.327/2001; vgl. auch *VfSlg.* 15.888/2000.

<sup>126</sup> Zur Bundesverfassungswidrigkeit von Landesverfassungsrecht vgl. VfGH 6.12.2022, G 221/2022.

verbreiterten und vertieften „Dialog“ zwischen dem VfGH und dem EuGH.<sup>127</sup> Einen Meilenstein dieser Entwicklung, die zu einer weiteren Fokussierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Lasten des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums beiträgt,<sup>128</sup> ist die Anerkennung von GRC-Rechten als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte und damit als Prüfungsmaßstab (auch) des VfGH.<sup>129</sup> Eine Schlüsselrolle für die Auslegung der Chartarechte, für die sich der VfGH als Auslegungshilfe der Rechtsprechung des EGMR bedient, spielt in diesem Zusammenhang der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser ist für die Charterrechte bekanntermaßen in Art. 52 Abs. 1 GRC in spezifischer Weise positiviert. Der VfGH nutzt, wie VfSlg. 19.632/2012 eindrucksvoll zeigt, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gleichsam als Pforte für die Rechtsprechung des EGMR, anhand der er (im konkreten Fall) im Ergebnis die Verhältnismäßigkeit von Beschränkungen der Durchführung mündlicher Verhandlungen prüft.<sup>130</sup>

Die zunehmende Anerkennung und Ausdifferenzierung einer „Aufgabenteilung“ der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund steht jedoch gleichzeitig auch für eine gegenläufige Entwicklung, die an anderer Stelle dieses Berichts bereits dargestellt wurde (oben 19.). Der VfGH ist in den ersten Jahren nach dem EU-Beitritt noch von einer umfassenden „*doppelten Bindung*“ des nationalen Gesetzgebers – nämlich einerseits an Unionsrecht und andererseits an das österreichische Verfassungsrecht – ausgegangen,<sup>131</sup> was in der Lehre sogar als „*eindeutiger Hinweis auf [...] judicial activism*“ bezeichnet wird.<sup>132</sup> Diesen Grundsatz der doppelten Bindung hat der Gerichtshof mittlerweile – entscheidend – relativiert und die Relevanz der Verfassung und damit seine Rolle in den Fällen zurückgenommen, in denen eine unionsrechtliche Vorschrift die sie umsetzende staatliche Rechtsvorschrift inhaltlich vollständig determiniert.<sup>133</sup>

**26.** Ist Ihr Staat jemals vom EGMR verurteilt worden, weil Ihr Gerichtshof in einem bestimmten Fall richterliche Zurückhaltung geübt hat und das Rechtsmittel an Ihren Gerichtshof dadurch unwirksam geworden ist?

Nein. Im Urteil vom 7.12.2006, Bsw. 37.301/03, *Hauser-Sporn gg. Österreich*, sprach der EGMR auf das Wesentliche zusammengefasst zwar aus, dass dem Beschwerdeführer in einem Verwaltungsstrafverfahren entgegen Art. 13 EMRK kein innerstaatlicher Rechtsbehelf, auch nicht eine auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde an den VfGH zur Verfügung gestanden sei, mit Hilfe dessen das Recht auf eine Entscheidung in angemessener Frist effektiv hätte durchgesetzt werden können. Die Ablehnung der Beschwerdebehandlung durch den VfGH erfolgte gleichwohl nicht aus „*richterlicher Zurückhaltung*“.

---

<sup>127</sup> Eberhard, Judicial activism 149; Grabenwarter, Verfassungsgerichtshof, Rz. 125 ff.

<sup>128</sup> Rohregger, Art. 140 B-VG Rz. 7.

<sup>129</sup> Grundlegend VfSlg. 19.632/2012; vgl. ferner VfSlg. 20.394/2020 sowie VfGH, 28.2.2023, G 241/2022; 15.3.2023, E 4001/2021.

<sup>130</sup> Vgl. Grabenwarter, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, Juristen Zeitung 2010, 857 ff, zur ähnlichen Vorgangsweise des deutschen BVfGr bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes.

<sup>131</sup> VfSlg. 14.863/1997, 17.967/2006, 18.642/2008, 19.529/2011.

<sup>132</sup> Eberhard, Judicial activism 149.

<sup>133</sup> Vgl. zB VfSlg. 18.642/2009, 19.702/2012, 20.070/2016, 20.209/2017, 20.522/2021 sowie VfGH 14.12.2022, G 287/2022 ua.

#### **IV. Andere Gesichtspunkte**

**29.** Hängt die gerichtliche Selbstbeschränkung von der Anzahl der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssachen ab?

Nein.

**30.** Kann Ihr Gerichtshof seine Entscheidungen auf Gründe stützen, die von den Parteien nicht vorgebracht wurden? Kann Ihr Gerichtshof die geltend gemachten Gründe auf eine andere als die vom Antragsteller angegebene Verfassungsbestimmung stützen?

Siehe oben 11.

**31.** Kann Ihr Gerichtshof die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes auf ein anderes Gesetz ausdehnen, das vom Antragsteller nicht angefochten wurde, das aber für die Situation des Antragstellers relevant ist?

Im Erkenntnisprüfungsverfahren (Art. 144 B-VG) hat der VfGH Bedenken gegen eine Rechtsvorschrift auch dann von Amts wegen wahrzunehmen, wenn diese Rechtsvorschrift vom Beschwerdeführer zwar nicht angefochten wurde, die Bedenken jedoch im Rahmen des von ihm initiierten Verfahrens entstanden sind. In besonderen verfahrensrechtlichen Konstellationen kann sich der Gerichtshof auch in auf Antrag eingeleiteten Normenkontrollverfahren in die Lage versetzt sehen, eine nicht angefochtene Rechtsvorschrift von Amts wegen in Prüfung ziehen zu müssen.<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Vgl. zB VfSlg. 7382/1974, 14.709/1996.