

Die Gleichheit von Mann und Frau in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes – Bestandsaufnahme und Ausblick

Dr. Alfred Grof

Das jüngst ergangene, teils auf Zustimmung, teils aber auch auf Ablehnung gestoßene Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes zum unterschiedlichen Pensionszugangsalter von Männern und Frauen¹ bietet Anlaß dafür, wieder einmal die Entwicklung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum **speziellen** Gleichheitsgrundsatz des Art. 7 Abs. 1 Satz 2, zweite Alternative B-VG („Vorrechte des Geschlechtes sind ausgeschlossen“) zu betrachten². Daß sich diese im Rahmen der Judikatur zum allgemeinen Gleichheitsgrundsatz entwickelt hat, erscheint selbstverständlich, sodaß auf letztere – als bekannt vorausgesetzt – im weiteren nicht näher eingegangen zu werden braucht. Vielmehr soll zunächst aufgezeigt werden, daß sich die eingangs angesprochene Entscheidung als eine konsequente Fortentwicklung der bisherigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes erweist und daher – von den in ihr enthaltenen rechtspolitischen Wertungen abgesehen – auch nicht unerwartet gekommen ist.

1. Die Entwicklung der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Verbot der Bevorrechtung der Geschlechter

Art. 7 des Bundes-Verfassungsgesetzes, der im ersten Satz des Absatz 1 den Gleichheitsgrundsatz zunächst in allgemeiner Weise positiviert, legt darüber hinaus in Abs. 1 Satz 2 u.a. fest, daß **Vorrechte des Geschlechtes** ausgeschlossen sind. Es ist daher den Normadressaten dieser Verfassungsbestim-

¹ G 223/88 ua. vom 6.12.1990 = JBl 1991, 372 ff.

² Siehe dazu auch M. Berger, Die Gleichheit von Frau und Mann in Österreich, EuGRZ 1983, 618 f.; C. Klemenž, Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Gleichheitssatz und zum Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, Graz 1987.

mung – und unter diesen in erster Linie dem einfachen Gesetzgeber – grundsätzlich verwehrt, nach dem Geschlecht diskriminierende Regelungen zu erlassen.

Diese Sondererscheinungsform des Gleichheitsprinzips war bislang nur relativ selten Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung. Der Verfassungsgerichtshof hatte sich bisher vornehmlich mit der allgemeinen – und damit der Frage der geschlechtsspezifischen Diskriminierung vorgelagerten Problematik zu befassen, was inhaltlich unter dem Begriff der „Gleichheit“ im Sinne dieser Norm zu verstehen ist.

Soweit ersichtlich spielte das spezifische Diskriminierungsverbot zwischen Mann und Frau in der Zweiten Republik erstmals in einer noch deren Gründungsjahren entstammenden Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes eine Rolle. In der dem Erkenntnis VfSlg. 1526/1947³ zugrundeliegenden Beschwerde machten die Antragstellerinnen geltend, dadurch in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt zu sein, daß eine Verordnungscharakter auf Frauen – Verteilungsvorschrift es ihnen allein aufgrund ihrer Eigenschaft als Frauen verwehre, die gleiche Menge von – insgesamt rationierten – Raucherartikeln zu beziehen als Männer. Der Verfassungsgerichtshof hat die offenbare⁴ Gesetzmäßigkeit der den Bescheiden (mündliche Verweigerung der Ausstellung einer dasselbe Quantum wie für Männer aufweisenden Raucherkarte) zugrundeliegenden Verordnung damals daraus abgeleitet, daß die verordnungserlassende Behörde in durchaus glaubwürdiger Weise die Ungleichheit der Beteiligung damit begründet hat, daß der Bedarf der Männer an Raucherartikeln nach dem allgemeinen Durchschnitt – im ganzen Bundesgebiet – gemessen ein Vielfaches von dem der Frauen beträgt. Dies – so der Gerichtshof – steht mit den **Erfahrungen des täglichen Lebens** durchaus im Einklang. Stützte die Behörde aber ihre Verteilungsregelung auf gemachte Lebenserfahrungen, so erweist sich diese nicht als willkürlich, sondern fußt auf **objektiven Merkmalen**; damit beinhaltet sie aber auch nicht die Einräumung eines Vorrechtes iSd Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG an das männliche Geschlecht. Der Verfassungsgerichtshof weiter wörtlich:

„Tatsächlich weist sowohl die Gesetzgebung als auch die Praxis in manchen Fällen ausdrücklich eine unterschiedliche Behandlung der Geschlechter auf, die bald diesem, bald jenem Geschlecht eine Begünstigung einräumt und, wenn sie in objektiven Merkmalen begründet ist oder [sich] aus der Natur und Eigenart des betreffenden Geschlechtes ergibt, keines Verfassungsgesetzes zu ihrer Rechtfertigung bedarf.“

³ Im Folgenden: „Raucherkarten“-Erkenntnis.

⁴ Dabei ist zu beachten, daß es sich nicht um ein formelles, sondern nur um ein „indirektes“ Gesetzesprüfungsverfahren (analog dem heutigen Art. 144 Abs. 1 erster Satz zweite Alternative B-VG) handelte.

Kernthese dieser Entscheidung war also, daß durch Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG die unterverfassungsgesetzlichen Normsetzungsorgane dann nicht gehindert sind, nach dem Geschlecht unterscheidende Regelungen zu erlassen, wenn diese Differenzierung in **objektiven Merkmalen** begründet ist bzw. sich diese aus der **Natur und Eigenart des betreffenden Geschlechtes** ergibt. Bemerkenswert ist auch, daß dieser Rechtssatz seiner Formulierung nach primär (noch) bloß als eine Berechtigung, nicht hingegen auch als eine Verpflichtung der staatlichen Organe zur Ungleichbehandlung aufzufassen war.

In der Folge ging es nun darum, die in der genannten Entscheidung gefundenen allgemeinen Kriterien („objektive Merkmale“ bzw. „Natur und Eigenart des betreffenden Geschlechtes“) im Wege der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung näher zu konkretisieren. Die im Anschluß daran ergangenen „Haushaltszulagen“-Erkenntnisse⁵ bilden nun zwar nicht insoweit, jedoch gleichsam in sich selbst betrachtet eine etwas uneinheitliche Erscheinung:

Zunächst sprach der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung VfSlg. 5589/1967 aus, daß einer nach dem Geschlecht differenzierenden Regelung des Gehaltsgesetzes, wonach weiblichen Beamten kein Anspruch auf Haushaltszulage zukommt, wenn der Ehemann einen bestimmten Mindestbetrag übersteigende Einkünfte bezieht, nicht der Vorwurf der Gleichheitswidrigkeit gemacht werden könne. Es sei nämlich nicht unsachlich,

„daß, wenn der Gatte als Beamter Einkünfte über die im Gesetz angegebene Grenze bezieht, seine Gattin, die Beamtin ist, nicht auch für ihre Person die Haushaltsquote erhält, in einem solchen Fall also die Haushaltsquote der Haushaltszulage nur einmal gewährt wird“.

Daß die Vermeidung eines Doppelbezuges ein sachlich legitimes Ziel der gesetzgeberischen Regelung verkörpert, erscheint unbestritten; offen blieb aber, welche objektiven bzw. welche in der Natur und Eigenart der Geschlechter begründeten Merkmale es rechtfertigen, daß gerade und nur für weibliche, nicht aber auch für männliche Beamte der Entfall der Haushaltszulage gesetzlich angeordnet ist.

Der Verfassungsgerichtshof hat diese Begründung gleichsam erst mit der Entscheidung VfSlg. 6219/1970 nachgeliefert, in der er ausführte, daß die als verfassungswidrig erachtete Bestimmung des Gehaltsgesetzes bloß formell nach dem Geschlecht differenzieren würde, diese Unterscheidung aber in Wahrheit einen anderen Grund hätte: Sie gehe nämlich auf die den §§ 91 und 92 ABGB in der damals geltenden Fassung

„entsprechenden gesellschaftlichen Vorstellungen zurück, daß der Ehegatte auch in den Fällen, in denen die Ehegattin berufstätig ist und Einkünfte erzielt, für die Kosten des Haushaltes aufzukommen hat. Es kann dem Gesetzgeber nicht unter

⁵ VfSlg. 5589/1967, 6219/1970 und 8147/1977.

dem Gesichtswinkel des Gleichheitssatzes entgegengetreten werden, wenn er unter Beachtung des hervorgehobenen Grundsatzes dem männlichen verheirateten Beamten eine Haushaltszulage ohne Rücksicht auf die Höhe der Einkünfte der Ehegattin gewährt. Die den verheirateten Beamten weiblichen Geschlechtes betreffende Regelung der Haushaltszulage stellt nur eine Konsequenz des gleichen Grundgedankens dar⁶.

Knappe sieben Jahre später hat der Verfassungsgerichtshof dann aber mit seinem Erkenntnis VfSlg. 8147/1977 die zuvor zweimal als unbedenklich erachtete Gesetzesbestimmung – unter ausdrücklichem Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung – wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz aufgehoben.

Doch nicht der Judikaturwandel an sich, sondern die diesen tragende Begründung ist es, die den Eindruck einer Uneinheitlichkeit entstehen läßt. Der Verfassungsgerichtshof rekurriert bei seiner Aufhebung nämlich nicht auf die – wie gezeigt – die eigentliche Begründung für seine bisherige Haltung abgebende Entscheidung VfSlg. 6219/1970; dies hätte sich sich umso mehr deshalb angeboten, weil zwischenzeitlich im Zuge der Familienrechtsreform der siebziger Jahre⁷ die primäre Unterhaltsverpflichtung des Mannes, mit der noch im Jahre 1970 die Bestimmung des Gehaltsgesetzes vom Verfassungsgerichtshof gleichheitsrechtlich gerechtfertigt wurde, durch den Grundsatz der partnerschaftlichen Ehe abgelöst worden war. Stattdessen führte der Verfassungsgerichtshof nur aus, daß die mit dem Gehaltsgesetz

„nach dem Geschlecht des Beamten getroffene Differenzierung ... sachlich nicht begründbar“

sei, denn das Gesetz hat in diesen

„Bestimmungen **nicht** ... darauf abgestellt, ob der andere Ehegatte als Beamter oder aus einem anderen Rechtstitel Einkünfte über die im Gesetz angegebene Grenze hinaus bezieht, sondern immer nur darauf, welchen Geschlechtes der Beamte selbst ist“⁷.

Eine echte Begründung findet sich damit – weil in Wahrheit bloß eine Feststellung getroffen wird, eine Subsumtion unter die Kriterien der objektiven bzw. der aus der Natur und Eigenart des betreffenden Geschlechtes resultierenden Merkmale hingegen unterbleibt – für die Aufhebung ebensowenig wie für die ursprüngliche (d.h. erstmalige) Unbedenklichkeitserklärung der unter Gleichheitsgesichtspunkten bedenklich erachteten Bestimmung des Gehaltsgesetzes.

⁶ Im folgenden kurz: „Familienrechtsreform 1975“, weil diese insbesondere durch das Gesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl. 412/1975, repräsentiert wird.

⁷ Hervorhebung im Original.

Insbesondere läßt sich aus dem Erkenntnis VfSlg. 8147/1977 wegen der darin – unverständlicherweise – fehlenden Bezugnahme auf VfSlg. 6219/1970 und auch auf die Familienrechtsreform 1975 weder der Gedanke ableiten, daß es (allein) die **gesetzliche** Änderung der die inkriminierte Regelung ursprünglich tragenden Überlegungen, noch der, daß es die aus dieser Änderung resultierende Modifikation in den **faktischen Umständen** (die sich wiederum zu **objektiven** Merkmalen im eingangs dargestellten Sinn verdichten) war, die den Verfassungsgerichtshof dazu bewogen hatten, seine Judikatur zu modifizieren.

Dieser Weg war jedoch bereits durch die noch vor der Familienrechtsreform ergangene Entscheidung VfSlg. 7461/1974 vorhergezeichnet worden, die sich auf den nach dem Schulpflichtgesetz nur Mädchen betreffenden Zwang zum Besuch der hauswirtschaftlichen Berufsschule bezog und wo der Verfassungsgerichtshof ausführte, daß er

„nicht den bedeutsamen Wandel der Stellung der Geschlechter in der Gesellschaft, der überkommene Vorstellungen von geschlechtsspezifischen Aufgaben in zunehmendem Maße in Frage stellt“,

verkenne; dessen ungeachtet aber sei

„die hauswirtschaftliche Tätigkeit eine Aufgabe, die auch heute noch überwiegend von Frauen ausgeübt wird. Wenn daher der Gesetzgeber zum Zwecke der Erhöhung des Bildungsangebotes für Mädchen den Besuch einer Schule, die nach ihrer Zielsetzung auch zur Einführung in die hauswirtschaftliche Tätigkeit bestimmt ist, nicht alle, sondern nur weibliche Jugendliche verpflichtet, so ist das in Ansehung des Art. 7 B-VG unbedenklich“.

Diese Entscheidung knüpft systematisch bescheiden unmittelbar an die im oben dargestellten (zweiten) „Haushaltszulagen“-Erkenntnis⁸ getroffenen Festlegungen an.

Konsequenterweise mußten daher in weiterer Folge im sog. „Witwenerkennnis“-Erkenntnis⁹ wegen der zwischenzeitlich durchgeführten Familienrechtsreform, die einen **gesetzgeberischen** Schlußstrich unter die bis dahin das Verhältnis zwischen Mann und Frau prägenden Traditionen zog, auch jene noch immer von den überkommenen Vorstellungen getragenen Regelungen vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben werden: Die patriarchale Ehe konnte fortan kein „objektives bzw. aus der Natur und Eigenart der Geschlechter resultierendes“ Merkmal mehr und in diesem Sinne eine sachliche Rechtfertigung für geschlechtsspezifisch differenzierende Regelungen bilden. Die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen sahen nämlich vor, daß die Witwe grundsätzlich einen Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung nach ihrem verstorbenen Ehegatten hatte, der Witwer hingegen nur dann, wenn die

⁸ VfSlg. 6219/1970.

⁹ VfSlg. 8871/1980.

verstorbenen Ehegatten seinen Lebensunterhalt überwiegend bestritten hatte und er im Zeitpunkt ihres Todes erwerbsunfähig und bedürftig war. Unverkennbar zeigte sich darin die Bezugnahme auf unterhaltsrechtliche Traditionen, wie sie vor der Familienrechtsreform 1975 prägend waren. Der Verfassungsgerichtshof hat daher im Erkenntnis VfSlg. 8871/1980 in diesem Zusammenhang ausgeführt:

„Der VfGH geht ... davon aus, daß die Hinterbliebenenpension die ausbleibenden Unterhaltsleistungen des Verstorbenen ersetzen soll ... Er hat ... in dem von der Bundesregierung herangezogenen Erk. VfSlg. 6219/1970 nur ausgesprochen, daß eine auf die Grundsätze des Unterhaltsrechts Bedacht nehmende und den hiernach Unterhaltspflichtigen begünstigende versorgungsrechtliche Regelung nicht unsachlich wird, wenn sie Mann und Frau verschieden behandelt.“

Nach Meinung des antragstellenden Gerichtes hat die Neuregelung des Unterhaltsrechtes die unverändert gebliebenen sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen verfassungswidrig gemacht, während nach Meinung der Bundesregierung die Änderungen im Bereich des Familienrechts für das Sozialversicherungsrecht bedeutungslos sind. Der VfGH kann weder den Überlegungen des antragstellenden Gerichtes noch der Auffassung der Bundesregierung uneingeschränkt folgen. Die Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Bestimmungen hängt nämlich weder unmittelbar von der Gestaltung des Unterhaltsrechts ab, noch kann sie völlig losgelöst von ihm beurteilt werden. Denn einerseits ist der Gesetzgeber durch die Verfassung nicht gehalten, die Hinterbliebenenpension allein am Unterhaltsrecht auszurichten, andererseits darf er aber die Wirkung einer Änderung der Einkommensverhältnisse auch nicht völlig unbeachtet lassen. Soweit nämlich Änderungen im Bereich eines Rechtsgebietes die für ein anderes Rechtsgebiet maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse ändern, ist bei Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung dieses anderen Rechtsgebietes auf die so geschaffenen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.

Der Gerichtshof hat daher nicht etwa zu prüfen, ob die Änderungen im Bereich des Familienrechts eine vorher verfassungsmäßige Regelung nunmehr verfassungswidrig machen, sondern vielmehr die Sachlichkeit einer unterschiedlichen sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von Mann und Frau unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse einschließlich der durch die Umgestaltung des Familienrechts geschaffenen Lage zu beurteilen. ...

Die Zahl der erwerbstätigen Frauen ist bereits jetzt beträchtlich (nach den im Verfahren vorgelegten Unterlagen waren 1978 38,9 % der verheirateten Frauen berufstätig, davon nur rund 20 % teilzeitbeschäftigt) und die im Familienrecht vollzogene Abkehr vom Modell der Hausfrauenehe begünstigt die Entscheidung für die Berufstätigkeit der Ehefrau. Wohl schlägt diese Entwicklung sich in der Hinterbliebenenversorgung erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung nieder (derzeit verfügen rund 5 % der Bezieher von Witwenpensionen über eigene Erwerbseinkommen und rund 17,5 % beziehen neben der Witwenpension eine eigene Alterspension), doch hat sie bereits ein Ausmaß angenommen, das ein Festhalten am früheren Rollenbild von Mann und Frau in der Ehe als dem allein maßgeblichen im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr rechtfertigt.

Der bestehende krasse Unterschied in der Behandlung von Mann und Frau läßt sich auch nicht etwa mit dem typischen Einkommensgefälle zu Lasten der Frau

begründen, weil eine auf die Unterhaltslage abstellende Regelung nach Art der in Prüfung stehenden Bestimmungen gerade den konkreten Einkommensunterschieden Rechnung tragen kann.

Ein Grund für die zumindest vorläufige Beibehaltung der gegenwärtigen Regelung könnte allerdings im Bestreben gefunden werden, erworbene Anwartschaften unberührt zu lassen und die Hinterbliebenenversorgung zugunsten des Mannes allmählich auszubauen; die erheblichen Kosten der Verwirklichung dieses Zieles und die technischen Schwierigkeiten einer sofortigen Angleichung auf niedrigerem Niveau könnten dann die vorübergehende Hinnahme einer Ungleichbehandlung nahelegen.

Solche Überlegungen führen aber im vorliegenden Fall nicht zum Ergebnis, daß der gegenwärtige Rechtszustand völlig unverändert beibehalten werden darf. Die aufgezeigte, schon länger andauernde Entwicklung im Bereich des tatsächlichen verstärkt nämlich die Ungleichbehandlung, weil die Beibehaltung der bisherigen Regelung immer neue Anwartschaften entstehen läßt. Es könnten indessen nur solche Ungleichbehandlungen (vorübergehend) sachlich sein, die wenigstens in der Richtung eines Abbaues der Unterschiede wirken würden. Hier ist das Gegenteil der Fall.

Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Überlegungen:

Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, die Witwenpension in allen Fällen zu gewähren oder die Witwenpension an die derzeit für die Witwenpension bestehenden Voraussetzungen zu binden, er muß aber auch nicht unbedingt eine für beide Geschlechter gleichermaßen geltende dritte Lösung finden. Unter den gegebenen Umständen könnte auch eine Gestaltung nicht als unsachlich angesehen werden, die sich unter Bedachtnahme auf die langfristigen Auswirkungen des Sozialversicherungswesens auf einen allmählichen Abbau der Ungleichbehandlung beschränkt. Die Beibehaltung der unterschiedlichen Voraussetzungen für die Ansprüche auf Witwenpension und jene auf Witwenpension in der gegenwärtigen Gestalt ist hingegen nicht zu rechtfertigen. ...“

Bei einer gemeinsamen Betrachtung dieser und der oben unmittelbar zuvor dargestellten Entscheidung zur Schulpflicht¹⁰ zeigt sich, daß es – wie im „Rauherkanten“-Erkenntnis¹¹ – zwar nach wie vor die „gemachten Erfahrungen“, also die **faktischen Lebensumstände** sind, an denen die Gleichheitskonformität einer spezifisch nach dem Geschlecht differenzierenden Regelung zu messen ist. Darüber hinaus machen die beiden hier in Rede stehenden Entscheidungen aber auch deutlich, daß einerseits eine **Änderung** dieser **faktischen Umstände**, andererseits aber auch eine **Modifikation** der diesen Umständen zugrundeliegenden **gesetzlichen Regelungen** jeweils solche „objektiven Merkmale“ sind, die fortan eine rechtliche **Neubeurteilung** der Gesamtsituation erforderlich macht. Explizit wird damit zum Ausdruck gebracht, daß diese „objektiven Merkmale“ auch für den Bereich, wo es um die Beurteilung der

¹⁰ VfSlg. 7461/1974.

¹¹ VfSlg. 1526/1947.

Gleichheitskonformität von nach dem Geschlecht differenzierenden Regelungen geht, keine absoluten Größen, sondern jeweils dynamische Kriterien verkörpern. Haben diese Modifikationen ihren Ursprung nur im Bereich des **Faktischen**, so ist der Gesetzgeber allein schon deshalb genötigt, seine Regelung entsprechend anzupassen – so zB. zutreffend geschehen durch die Familienrechtsreform 1975¹²; ändern sich hingegen die gesetzlichen Grundlagen und zieht dies wiederum eine Modifikation der faktischen Umstände nach sich, so gilt es demnach in gleicher Weise, im weiteren auch die übrigen damit in Zusammenhang stehenden Rechtsvorschriften dieser **faktischen und rechtlichen** Neuorientierung entsprechend anzupassen.

In jedem Fall entsteht dabei aber das Problem, daß weil diese Adaption nicht schlagartig, sondern nur allmählich vor sich gehen kann (und darf) – Personen im Vertrauen auf die bisherige Gesetzes- oder Sachlage Rechtspositionen erworben haben, die mit der nunmehrigen Rechtslage nicht mehr vereinbar sind. Hier kommt in Entsprechung zur Judikatur des Verfassungsgerichtshofes¹³ **insbesondere Übergangsbestimmungen** die Aufgabe zu, entsprechende Härten im Interesse des Gutgläubenschutzes auszugleichen. Der Gerichtshof hat es im „Witwerpensions“-Erkenntnis dem Gesetzgeber erstmals ausdrücklich zur Pflicht gemacht, – etwa im Wege **spezieller** Übergangsvorschriften, nämlich nicht bloß solcher, die pauschal sämtliche in die Vergangenheit reichenden Sachverhalte in ihren Schutzbereich einbeziehen, sondern solcher, die unter vorübergehender Hinnahme der Ungleichbehandlung etappenweise auf deren Abbau hinwirken – dafür zu sorgen, daß die erworbenen Anwartschaften geschont werden. Die im Gleichheitsgrundsatz begründete sachliche Rechtfertigung für die – pointiert formuliert – „quasi-Beibehaltung“ des verfassungswidrigen Zustandes über die maximale Jahresfrist des Art. 140 Abs. 5 B-VG hinaus liegt also im Prinzip des Vertrauensschutzes begründet. Für das hier vorliegende Problem bedeutet dies, daß eine im Faktischen oder eine rechtlich bedingte Änderung in der Relation der Geschlechter zueinander erst **allmählich**, letztlich ab diesem gewissen Zeitpunkt **aber bestimmt** ihre Wirkung zeitigt. Mit dem „Witwerpensions“-Erkenntnis wurde daher zusätzlich zur bisherigen Linie der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowohl für den Gesetzgeber als auch für den Verfassungsgerichtshof selbst das Problem aufgeworfen, neben der Lösung des Problems der Konstatierung (bzw. Nichtkonstatierung) einer maßgeblichen Änderung der faktischen Verhältnisse oder der rechtlichen Grundlagen auch jeweils diesen **Zeitraumen** einer verfassungsrechtlich zulässigen Übergangsphase zu bestimmen.

¹² Der Gesetzgeber ist damit einer verfassungsgerichtlichen Aufhebung gleichsam zuvorgekommen; siehe dazu näher unten.

¹³ Vgl. insbesondere VfSlg. 11309/1987 (Politikerpensionen) und VfSlg. 11665/1988 (Ruhebestimmungen für Beamte).

Der Gesetzgeber ist mit der Familienrechtsreform 1975 einer später unausweichlichen Aufhebung des Modells der Hausfrauenehe durch den Verfassungsgerichtshof gleichsam zuvorgekommen, hatte doch der bereits im Erkenntnis zur Schulpflicht¹⁴ festgestellte „bedeutsame Wandel der Stellung der Geschlechter in der Gesellschaft, der überkommene Vorstellungen von geschlechtsspezifischen Aufgaben in zunehmendem Maße in Frage stellt“, einen unmißverständlichen Hinweis in diese Richtung erkennen lassen. Verschiedentlich wurde im Zuge dieser Reform aber auch gleichsam über das Ziel hinausgeschossen. Die beabsichtigte Gleichstellung der Frau durfte nämlich auf der anderen Seite nicht zu einer Benachteiligung des männlichen Geschlechts führen, es sei denn, diese wäre wiederum geschlechtsspezifisch bedingt¹⁵.

Dazu zählt aber offensichtlich nicht die Wahl des Familiennamens im Zuge der Eheschließung, weil dieser Vorgang in überhaupt keiner Beziehung zum jeweiligen Geschlecht der Ehepartner steht. Wenn es daher das erklärte Ziel der Familienrechtsreform war, Männer und Frauen gleich zu behandeln, d.h. mit den überkommenen patriarchalischen Strukturen zu brechen, dann gilt dieses Gleichstellungsprinzip in seiner strikten Form insbesondere für die Wahl des Familiennamens, weil insoweit eine Differenzierung nicht aus der Natur oder der Eigenart der Geschlechter heraus gerechtfertigt werden könnte. Deshalb ist es dem Gesetzgeber aber nicht verwehrt, bloß aus Gründen der Vereinfachung des Auswahlvorganges dabei noch auf traditionellen Vermutungen basierende Differenzierungen vorzusehen, wenn so im Ergebnis auch insoweit dennoch eine Gleichstellung zwischen Mann und Frau resultiert. Der Verfassungsgerichtshof hat dazu im Erkenntnis VfSlg. 10384/1985 im einzelnen ausgeführt:

„Gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 93 ABGB ist das Bedenken entstanden, daß es sich um den durch Art. 7 Abs. 1 B-VG ausdrücklich verpönten Fall eines Vorrechtes des Geschlechtes handelt, das weder aus Unterschieden in der Natur der Geschlechter ... noch durch sonstige Unterschiede im Tatsächlichen ... gerechtfertigt werden kann. ... Das zur Führung des Doppelnamens Anlaß gebende Bedürfnis scheint bei Männern ebenso objektiven Momenten zu entspringen wie bei Frauen. Auch die im zweiten Satz des Abs. 1 enthaltene Differenzierung dürfte im gegebenen Zusammenhang nicht von Bedeutung sein; diese Regelung scheint nämlich nicht etwa den künftigen gemeinsamen Familiennamen zu bestimmen, sondern bloß (unter Bedachtnahme auf die traditionsbedingte Wahrscheinlichkeit) die technische Vorgangsweise bei der gewiß in jedem Fall auf einem übereinstimmenden Willensentschluß beruhenden Auswahl des gemeinsamen Familiennamens festzulegen.“

¹⁴ VfSlg. 7461/1974.

¹⁵ Oder spezialverfassungsgesetzlich vorgeschrieben, wie zB die Wehrpflicht für männliche österreichische Staatsbürger (Art. 9a Abs. 3 B-VG) und die daran anknüpfende Zivildienstpflicht (§ 2 Abs. 1 ZDG).

... Die im Prüfungsbeschluß dargelegten Bedenken sind nicht zerstreut worden. Insbesondere kann der Gerichtshof den Ausführungen der Bundesregierung nicht beipflichten. Es ist wohl richtig, daß die Verlobten fast immer mit dem Familiennamen des Mannes als gemeinsamen Familiennamen einverstanden sind. Gerade deshalb wird aber der Erwerb des Mannesnamens für die Frau regelmäßig die Folge einer entsprechenden Willensübereinstimmung und nicht etwa eine „unbeeinflussbare und gesetzliche Folge“ der Eheschließung sein. Jedenfalls ist das in § 93 Abs. 2 verankerte Recht der Frau, ihren bisherigen Namen dem Ehenamen nachzustellen, nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß der Erwerb des Familiennamens des Mannes ihrem Wunsch widersprochen hat. Der VfGH wertet daher den zweiten Satz des ersten Absatzes des § 93 auch nicht als eine – des Ausgleichs zugunsten der Frau bedürftige – Bevorzugung des Mannes, sondern als die technisch einfachste Form, die von den Verlobten regelmäßig gewünschte Rechtsfolge eintreten zu lassen. Aus dieser Norm einen für die hier maßgebliche Frage entscheidenden Gegensatz zwischen der Lage der Frau und der Lage des Mannes abzuleiten, ist verfehlt.

Vielmehr ist davon auszugehen, daß die Verlobten entweder – und zwar in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle – den Mannesnamen oder – wenn gleich derzeit ganz selten – den Frauennamen als gemeinsamen Familiennamen einvernehmlich wählen. Nur ein solches Verständnis des § 93 Abs. 1 trägt auch der grundsätzlich gleichberechtigten Stellung der Ehepartner hinreichend Rechnung. § 93 Abs. 2 nimmt somit auf ein Bedürfnis Bedacht, das der infolge des Zwanges zur Einigung „Unterlegene“ jeweils in gleicher Weise hat. Im übrigen wäre auch nicht einzusehen, warum der Ausgleich für eine Bevorzugung des Mannes bei der Wahl des gemeinsamen Familiennamens dadurch stattfinden sollte, daß man jenen Männern, die ohnedies den Namen der Frau übernehmen, die Beifügung ihres früheren Namens verwehrt.

In eine ähnliche Kerbe schlägt auch die Aufhebung der durch § 36 Abs. 3 AVG und der darauf basierenden Notstandshilfeverordnung getroffenen Legaldefinition der „Notlage“ als Voraussetzung der Gewährung der Notstandshilfe durch das Erkenntnis vom 7.12.1988, G 73/88 ua. Die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals war bei arbeitslosen Frauen – während für arbeitslose Männer eine dementsprechende einschränkende Regelung fehlte – dann nicht anzunehmen, wenn deren Ehegatte bzw. Lebensgefährte im Vollverdienst stand, selbständig erwerbstätig war oder ein zur Befriedigung der notwendigen Lebensbedürfnisse hinreichendes Kapitaleinkommen hatte, außer es hätten besonders berücksichtigungswürdige Umstände (wie zB. größere Kinderzahl, Krankheit in der Familie oder geringer Verdienst trotz Vollarbeit) vorgelegen. Wiederum ließ sich kein Anhaltspunkt für objektive Merkmale finden, die eine derart geschlechtsspezifische Differenzierung hätten rechtfertigen können. Offensichtlich eingedenk der bereits zu dieser Frage ergangenen Vorekenntnisse führte der Verfassungsgerichtshof schließlich mit einem – allerdings sehr verkürzten – Hinweis auf die Familienrechtsreform 1975 hier nur mehr aus:

„*Funk* (Verfassungsrechtliche Probleme der Arbeitslosenversicherung, in: *Tomandl* [Hrsg.], Grundlegende Rechtsfragen der Arbeitslosenversicherung, 1981, 136) hat diese Regelung als gleichheitswidrig bezeichnet, „weil sie an der grundsätzlichen Symmetrie der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten vorbeugt“. In der Tat ist die unterschiedliche Behandlung von männlichen und weiblichen Antragstellern auf Gewährung von Nothilfe, wie sie in den angefochtenen Regelungen zum Ausdruck kommt, sachlich nicht zu rechtfertigen. Die Bedenken des Verwaltungsgerichtshofs, die dieser in Übereinstimmung mit in der Literatur vertretenen Auffassungen (vgl. *Dierschmid*, Arbeitslosenversicherungsrecht, 1980, 140, sowie *Funk*, aaO) geäußert hat, treffen daher zu. Die angefochtenen Bestimmungen sind somit, da sie – wie der Verwaltungsgerichtshof im Anschluß an *Funk* richtig darlegt – einer verfassungskonformen Interpretation ihres Wortlautes wegen nicht zugänglich sind, rechtswidrig.“

Die Kardinalfrage, ob in bezug auf eine bestimmte Problemlage die Kriterien eines „objektiven“ bzw. eines „in der Natur oder in der Eigenart der Geschlechter gelegenen“ Merkmals im Hinblick auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung jeweils gegeben sind oder nicht, hatte der Verfassungsgerichtshof im „Raucherkarten-Erkenntnis“¹⁶ noch und allein gleichsam aus **eigenem Selbstverständnis** heraus entschieden; es kam ausschließlich darauf an, ob bzw. daß es **nach seiner Auffassung** als eine Erfahrungstatsache anzusehen war, daß der Bedarf der Männer an Rauchwaren ein Vielfaches von dem der Frauen betrüge; diese subjektive Sichtweise findet sich auch noch in der „Schulpflicht“-Entscheidung¹⁷. Sie wurde aber seit dem „Witwenpensions-Erkenntnis“¹⁸ erkennbar in die Richtung einer **Objektivierung** modifiziert. Dort findet sich nämlich an entscheidender Stelle eine Bezugnahme auf im Verfahren vorgelegte (statistische) **Unterlagen**. Es ist zwar aus dem Erkenntnis nicht ersichtlich, ob diese schon damals über Auforderung des Verfassungsgerichtshofes vorgelegt wurden; Tatsache ist aber, daß der Gerichtshof heute zum Nachweis bestehender bzw. nicht bestehender faktischer Umstände regelmäßig derartige Belege von den zur Verteidigung der Gleichheitskonformität einer Regelung berufenen Stellen einholt. Dies in der Regel in Form von **statistischem Material**, aber nicht ausschließlich:

So wurde zB. im Erkenntnis vom 30.6.1988, B 806/87¹⁹, der – nur Frauen erfassende – Schutz vor den schädlichen Auswirkungen der Nacharbeit in Bäckereien ua. insbesondere auch im Hinblick auf die **Entstehungsgeschichte**

¹⁶ VfSlg. 1526/1947.

¹⁷ VfSlg. 7461/1974.

¹⁸ VfSlg. 8871/1980.

¹⁹ In dem es sich nicht um ein formelles, sondern nur um ein „indirektes“ Gesetzesprüfungsverfahren im Sinne des Art. 144 Abs. 1 erster Satz zweite Alternative handelte.

dieser Norm und auf bestehende **internationale Vereinbarungen** als gleichheitskonform erachtet:

„Die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften macht deutlich, daß das Nachtarbeitsverbot für Bäckerarbeiterinnen als solches nicht etwa auf die Eigenarbeit der in Bäckereien anfallenden Arbeiten, sondern auf den allgemeinen Schutz der Frauen vor Nachtarbeit zurückzuführen und insofern nur Teil eines **allgemeinen** Verbotes der Frauennachtarbeit ist, das in unterschiedlichen Vorschriften verwirklicht wird. ... Es wäre daher verfehlt zu fragen, ob gerade in Bäckereibetrieben ein Nachtarbeitsverbot erforderlich ist. In Frage stehen kann nur, ob etwa das **allgemeine** Verbot der Frauennachtarbeit, das **auch** in § 9 BäckarbG zum Ausdruck kommt, als unsachlich zu werten ist, ob allenfalls irgendwelche besonderen Umstände eine **Ausnahme** vom allgemeinen Verbot **gerade** für Bäckereien verlangen, und schließlich, ob im Hinblick auf die im Gesetz enthaltenen Ausnahmen vom Frauennachtarbeitsverbot **auch** die Bäckerarbeiterinnen ausgenommen wären.

... In der Tat sind Zweifel möglich, ob ein Nachtarbeitsverbot gerade für Frauen ohne jede Rücksicht auf die Schwere der Arbeit gerechtfertigt ist. Es ist zwar unbestritten, daß die Nachtarbeit ungünstige Auswirkungen hat. Ob aber die Nachtarbeit **als solche** für Frauen nachteiliger ist als für Männer, steht nicht eindeutig fest. Zumindest ist einzuräumen, daß es auch beachtliche Gründe gegen eine solche Beschränkung der Erwerbstätigkeit von Frauen gibt. Andererseits sind Frauen aber bei den gegenwärtigen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt doch (noch) häufig besonderem Druck zur Übernahme von Nachtarbeit ausgesetzt, da es ihnen diese ermöglicht, sich tagsüber häuslichen Angelegenheiten zu widmen. Die einschlägigen internationalen Übereinkommen von 1906 bis 1948 zeigen, daß die beteiligten Kreise das Verbot der Nachtarbeit zum Schutz der Frauen vor unerwünschten Folgen wirtschaftlicher Zwänge für dringend notwendig gehalten haben und noch halten. Die Vorteile dieses Schutzes gegen die Nachteile des Verbotes abzuwägen ist aber die wesentliche Aufgabe des Gesetzgebers. Er darf dabei insbesondere den Bestand internationaler Abkommen und die möglichen Auswirkungen ihrer Nichterfüllung oder Kündigung, auch im Hinblick auf die internationalen Bemühungen im Interesse der Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes in anderen Ländern mit in Betracht ziehen. Es ist daher nicht unsachlich, wenn er dem international anerkannten Schutzbedürfnis der Frauen Rechnung trägt.“²⁰

Die gleichheitsrechtliche Unbedenklichkeit der nur für Personen männlichen Geschlechts unter Strafsanktion gestellten gleichgeschlechtlichen Unzucht²¹ wurde vom Verfassungsgerichtshof demgegenüber – in Wahrheit ausschließlich – mit dem Hinweis auf **Expertenmeinungen** gerechtfertigt. Der Gerichtshof führt dazu im Erkenntnis vom 3.10.1989, G 227/88, 2/89, aus:

„Die Fortentwicklung der Strafrechtsordnung in den letzten Jahrzehnten zeigt nun, daß der Gesetzgeber das Justizstrafrecht – in Verfolgung seiner unter dem Über-

²⁰ Hervorhebungen im Original.

²¹ §§ 209 und 210 StGB.

begriff „Entkriminalisierung“ bekannt gewordenen kriminalpolitischen Bestrebungen – deutlich restriktiver als zuvor einzusetzen trachtet, Straftatbestände also nur dann bestehen läßt oder neu schafft, wenn eine derartige Pönalisierung sozial-schädlichen Verhaltens auch nach strengsten Kriterien unbedingt geboten und unerlässlich ist. Die angefochtene Strafnorm zählt zu jener Gruppe von Unrechts-tatbeständen, die dem Schutz des heranreifenden jungen Menschen vor sexueller Fehlentwicklung – im unumgänglich befundenen Umfang – dient ... So betrachtet kann dem Strafgesetzgeber aber nach Überzeugung des Verfassungsgerichtshofs unter dem Aspekt des Gleichbehandlungssatzes der Art. 7 Abs. 1 B-VG und 2 StGG nicht mit Grund entgegengetreten werden, wenn er – unter Berufung auf maßgebende Expertenmeinungen in Verbindung mit Erfahrungstatsachen den Standpunkt einnehmend, daß eine homosexuelle Einflußnahme männliche Heranreifende in signifikant höherem Grad gefährde als gleichaltrige Mädchen – auf dem Boden und in Durchsetzung seiner Wertvorstellungen mit Beachtung der eingeschränkten, maßhaltenden Ziele der vorherrschenden Strafrechtspolitik (bei sorgsamer Abwägung aller vielfältigen Vor- und Nachteile) ableitet, es sei mit einer strafrechtlichen Ahndung homosexueller Handlungen an jungen Menschen männlichen Geschlechts, wie in § 209 StGB festgelegt, das Auslangen zu finden. Denn es handelt sich hier – alles in allem genommen – um eine Differenzierung, die auf Unterschieden im Tatsachenbereich beruht und deswegen aus der Sicht des Art. 7 Abs. 1 B-VG iVm Art. 2 StGG verfassungsrechtlich zulässig ist.“

Den vorläufigen Abschluß der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Gleichheit der Geschlechter bildet das bereits eingangs angesprochene Erkenntnis vom 6.12.1990, G 223/88 ua., mit dem einige Bestimmungen des ASVG über das für Männer und Frauen unterschiedliche Pensionszugangsalter aufgehoben wurden. Diese Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes erweist sich mit Blick auf das bisher Dargelegte als eine konsequente Weiterführung seiner bisherigen Judikatur. Sie knüpft daher auch in ihrem Aufbau vollständig an das „Witwerpensions“-Erkenntnis²² an: Ausgehend von der Konstatierung einer **Änderung** der faktischen Verhältnisse, die ihre Grundlage sowohl in gesetzlichen Modifikationen als auch im Tatsachenbereich hat, läßt sich heute eine sachliche Rechtfertigung für die – ursprünglich allenfalls gegebene Verfassungskonformität des unterschiedlichen Pensionsalters nicht mehr finden. Diese Änderungen zwingen – da auch sonstige Gründe für eine geschlechts-spezifische Unterscheidung nicht erkennbar sind – den Gesetzgeber dazu, von seiner bisherigen **schematischen** Ungleichbehandlung abzugehen und eine Regelung zu treffen, die von einer grundsätzlichlichen Gleichbehandlung ausgehend – allenfalls hinsichtlich konkreter Detailfragen differenzierende Abweichungen von diesem Prinzip vorsteht. Zwischenzeitlich erworbene Ansprüche können dabei durch Übergangsregelungen auch über die Jahresfrist des Art. 140 Abs. 5 B-VG hinaus gesichert werden²³.

²² VStG. 8871/1980.

²³ Siehe dazu näher unten.

Zusammenfassend führt der Verfassungsgerichtshof dazu aus:

„Es fällt in den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, unterschiedliche Belastungen von Personen oder Personengruppen im Arbeitsleben bei [der] Gestaltung des Leistungsrechtes der Pensionsversicherung entsprechend zu berücksichtigen.“

Die angefochtenen Regelungen, die allgemein bloß nach dem Geschlecht unterscheiden und Frauen als eine einheitliche Gruppe Männern gegenüberstellen, berücksichtigen in Wahrheit nicht jene Besonderheiten, die zu ihrer Rechtfertigung dienen sollen. Sie kommen vorwiegend jenen Frauen zugute, deren Rollenbild sich von jenem der Männer nicht unterscheidet, während jene Frauen, die durch Haushaltsführung und Obsorge für Angehörige besonders belastet sind, von solchen Regelungen in wesentlich geringerem Maße Gebrauch machen können. Das unterschiedliche Maß der Belastung von Frauen und die tatsächliche körperliche Beanspruchung findet in derart undifferenzierten Regelungen keinen Niederschlag: Solche Regelungen sind daher ungeeignet, den aufgezeigten faktischen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber kann allerdings, ohne gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen, von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehend Nachteile, die Gruppen von Personen im Arbeitsleben etwa durch erhöhte physische oder psychische Belastung typischerweise erleiden, durch eine entsprechende Gestaltung des Leistungsrechtes und dabei etwa auch durch Festlegung eines niedrigeren Pensionsanfallsalters abgleichen.

Den angefochtenen – bloß nach dem Geschlecht differenzierenden – Regelungen fehlt jedoch die sachliche Rechtfertigung. Sie verletzen den Gleichheitsgrundsatz und waren daher aufzuheben. ...

Der Gesetzgeber ist jedoch durch den Gleichheitsgrundsatz keineswegs gehalten, sogleich und schematisch für Männer und Frauen das gleiche Pensionsalter festzusetzen. Eine sofortige schematische Gleichsetzung des gesetzlichen Pensionsalters für Männer und Frauen wäre dem Gesetzgeber sogar verwehrt, weil er damit den Schutz des Vertrauens in eine im wesentlichen über Jahrzehnte geltende gesetzliche Differenzierung verletzen würde. Dem Vertrauensschutz kommt aber gerade im Pensionsrecht besondere Bedeutung zu.

Der Gesetzgeber muß bei Schaffung einer alle verfassungsrechtlichen Aspekte berücksichtigenden einfachgesetzlichen Rechtslage den Abbau der Unsachlichkeit der bisherigen Regelung einerseits und den Vertrauensschutz andererseits gegeneinander abwägen. Diese Abwägung fällt in seinen rechtspolitischen Gestaltungsfreiraum. Er kann für jene Personen, die dem Pensionsalter nahe sind, im Sinne des Vertrauensschutzes auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechtes die bisherigen Unterschiede im Pensionsalter aufrecht erhalten, **wenn – und nur wenn – er gleichzeitig** Regelungen schafft, die einen allmählichen Abbau der bloß geschlechtsspezifischen Unterscheidung bewirken.“²⁴

²⁴ Hervorhebungen nicht im Original.

2. Exkurs: Artikel 4 der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)²⁵

Von rechtswissenschaftlicher Seite wurde dem Verfassungsgerichtshof im Zusammenhang mit diesem „Pensionsalter-Erkenntnis“ gelegentlich auch zum Vorwurf gemacht, sich darin nicht mit Art. 4 CEDAW auseinanderzusetzen, diese Bestimmung nicht in seine Betrachtungen miteinbezogen zu haben.

In diesem Zusammenhang ist zunächst in prozessualer Hinsicht darauf hinzuweisen, daß sich der Verfassungsgerichtshof nach seiner ständigen Rechtsprechung²⁶ in den nach Art. 140 Abs. 1 B-VG über **Antrag** durchzuführenden Verfahren bei der Gesetzesprüfung inhaltlich an das Vorbringen der Prozeßparteien gebunden erachtet; im vorliegenden Fall wurde aber weder von den antragstellenden Gerichten noch von der die angegriffenen Gesetzesbestimmungen verteidigenden Bundesregierung – wie sich aus den im Erkenntnis wiedergegebenen Schriftsätzen ergibt – auf Art. 4 CEDAW rekurriert.

Aber selbst im Falle einer derartigen Bezugnahme hätte der Gerichtshof wohl zu keinem anderen Vorgehen als der Nichtberücksichtigung dieser Bestimmung kommen können:

Ist es schon in inhaltlicher Hinsicht sehr fraglich, ob ein früheres Pensionsanfallsalter zugunsten der Frau als eine „vorübergehende Sondermaßnahme zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau“ im Sinne des Art. 4 CEDAW angesehen werden kann, so gilt es jedenfalls zu beachten, daß diese den Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG

²⁵ BGBl. 443/1982; diese Bestimmung lautet im Kontext:

„1. Der Abschluß des nachstehenden Staatsvertrages, dessen Artikel 1 bis 4 verfassungsändernd sind, samt Vorbehalten wird verfassungsmäßig genehmigt.“

2. Gemäß Artikel 50 Absatz 2 B-VG ist dieser Staatsvertrag durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen.

...
Artikel 4

1. Vorübergehende Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau gelten nicht als Diskriminierung im Sinn dieser Konvention, dürfen aber keinesfalls die Beibehaltung ungleicher oder gesonderter Maßstäbe zur Folge haben; diese Maßnahmen sind aufzuheben, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind.

2. Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zum Schutz der Mutterschaft, einschließlich der in dieser Konvention angeführten Maßnahmen, gelten nicht als Diskriminierung.“

²⁶ Vgl. § 62 Abs. 1 Satz 2 VerfGG und dazu zB VStlG. 8253/1978, 9185/1981 und 9287/1981.

spezifizierende²⁷ Bestimmung unter einem ausdrücklichen Erfüllungsvorbehalt steht. Durch diese Normsetzungstechnik der „speziellen Transformation“²⁸ hat der Gesetzgeber bewirkt, daß nicht die staatsvertragliche Regelung, nämlich Art. 4 CEDAW selbst, sondern **nur** die allenfalls in Ausführung des dieser Bestimmung beigefügten Erfüllungsvorbehaltes bereits ergangenen oder noch zu erlassenden Gesetze als Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung anzusehen sind. Die Anordnung des Art. 4 CEDAW wendet sich demgegenüber nur als eine völkerrechtliche, nicht aber auch als eine innerstaatlich durchsetzbare Verpflichtung an den einfachen Gesetzgeber und bildet damit aber – als zwar in diesem Sinne in Österreich **geltende**, von den übrigen Organen aber **nicht anwendbare** Norm²⁹ – insbesondere auch **keinen** vom Verfassungsgerichtshof im Rahmen der Normenkontrolle gemäß Art. 140 B-VG heranzuziehenden **Prüfungsmaßstab**, weil der Gesetzesvorbehalt des Art. 145 B-VG dies nach wie vor hindert. Die besagte Spezifikation des Gleichheitsgrundsatzes ist demgemäß seit dem Jahr 1982 nur aus völkerrechtlicher Sicht und nur gegenüber dem einfachen Gesetzgeber eingetreten und kann vom einzelnen – mangels Ableitbarkeit einer subjektiven Rechtsposition und auch mangels entsprechender prozeduraler Garantien zu seinen Gunsten aus dem hier in Rede stehenden Staatsvertrag – auch auf dieser Ebene nicht geltendgemacht werden. Bei diesem Ergebnis liegt der Sinn dieser Konstruktion auf der Hand: Der Gesetzgeber wollte sich nur völkerrechtlich gegenüber den anderen Vertragsstaaten, nicht aber auch innerstaatlich binden.

3. Geändertes Selbstverständnis des Verfassungsgerichtshofes über seine Funktion im Staat (?)

Die eingangs angesprochene Kritik, die an diesem „Pensionsalter“-Erkenntnis über die Medien in die Öffentlichkeit getragen wurde³⁰, ist auch von einem unvorhergesehenen Mißfallen dahingehend, daß der Verfassungsgerichtshof die

²⁷ Art. 4 CEDAW wird vom Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich als eine verfassungsändernde Norm im Sinne des Art. 50 Abs. 1 B-VG, also als eine Bestimmung, die direkt – und nicht nur allenfalls und auch dann nur mittelbar, wie im Falle der Verfassungsergänzung im Wege der Zusammenschau mit dem bereits vorhandenen Rechtsbestand – eine inhaltliche Modifikation des status quo ante bewirkt, qualifiziert.

²⁸ Vgl. dazu allgemein R. Walter – H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 6. Auflage, Wien 1988, RN 239.

²⁹ Vgl. dazu allgemein R. Walter – H. Mayer (FN 28), RN 241.

³⁰ Vgl. dazu – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – etwa: „Gerecht?“ (Neue Zeit vom 30.11.1990); „SPO-Frauen schwören ihre Partei auf ungleiches Pensionsalter ein“ (Neues Volksblatt vom 1.12.1990);

ihm von Verfassungs wegen zugeordnete Position im Staat einer Wandlung unterzogen habe, und zwar derart, daß er seine verfassungsmäßige Funktion schon im Grunde verkenne, begleitet: Von einer unzulässigen Einmischung in die Politik, nämlich in die Agenden der Gesetzgebung bzw. der Bundesregierung war die Rede³¹, wobei dieser Vorwurf letztlich gleichsam in der offenen „Drohung“ des Präsidenten des Nationalrates mündete, die auf die Kontrolle der Verfassungskonformität von Normen bezügliche Judikatur des Verfassungsgerichtshofes von der Wissenschaft auf ihre Grenzen hin überprüfen zu lassen³².

Die rechtswissenschaftliche Literatur hat nun in der Tat einen nicht zu überschenden Wandel im Vorverständnis³³ des Verfassungsgerichtshofes bei der Verfassungsinterpretation, insbesondere am Beispiel seiner Grundrechtsjudikatur, konstatiert³⁴. Diese wohl in der Übernahme der MRK wurzelnde und sich merklich an einer Hinwendung von einem formalen zu einem materiellen Verfassungsverständnis orientierende Umkehrung wird auch vom Verfassungsgerichtshof selbst bzw. von dessen Repräsentanten nicht in Abrede

Fortsetzung von Fußnote 30, Seite 76:

„Josef Cap: Frühere Pension für Frauen muß bleiben“ (Neue Zeit vom 1.12.1990); „Ungleich behandelt und später pensioniert“ (Volksstimme vom 8./10.12.1990); „Die Leiden der Frau“ (Kleine Zeitung vom 11.12.1990); „Der Krampf mit der Frauenpensionierung“ (Courage vom 14.12.1990); „Gleichberechtigt ab 60? – Frauen kontra Höchstgericht“ (Neues Volksblatt vom 21.12.1990); „Frauen-Kritik an Höchstgericht: An der Wirklichkeit vorbei“ (Neues Volksblatt vom 5. 2. 1991); „Pensionsalter – VGH-Erkenntnis geht an gesellschaftlicher Realität vorbei“ (Angebot Journal 1/1991); „Pensions(un)recht – Ausgebremst“ (Frau und Politik 1/1991); „Gleiches Recht schafft Unrecht“ (Impuls 1/1991); „Pensionsrecht: Der männliche Blick“ (Stimme der Frau 2/1991).

³¹ Vgl. zB „Recht und Politik“ (Volksstimme vom 7.12.1990); „Die Judikatur als zweiter Gesetzgeber“ (Salzburger Nachrichten vom 17.12.1990); „Zankapfel Pensionsreform“ (Die Presse vom 27.12.1990); „Mantel des Schweigens – Die 14 Verfassungsrichter vollziehen einen Wandel hin zur politischen Instanz“ (Wochenpresse vom 3.1.1991).

³² „Neues Volksblatt“ und „AZ“ vom 21.12.1990.

³³ Vgl. zum Begriff des „Verfassungsvorverständnisses“ L. K. Adamovich – B.C. Funk, Österreichisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Wien 1985, 40.

³⁴ Vgl. schon L. K. Adamovich – B.C. Funk (FN 33), 41; B. Binder, Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art. 6 StGG) – Überlegungen zur neuen Judikatur des VfGH, ÖZW 1988, 1 ff.; R. Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in: FS Winkler, Wien 1989, 59 ff.; M. Holoubek, Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: R. Machacek – W. Pahr – G. Stadler (Hrsg.), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Österreich, Kehl 1991, 43 ff.

gestellt³⁵. Greift man hier die obige Anregung des Präsidenten des Nationalrates auf, so erhebt sich also an diesem Punkt die Frage, ob dabei etwa verfassungsrechtliche Grenzen überschritten wurden.

Die Verfassung bindet jedenfalls auch den nach der Systematik des B-VG nicht der Staatsfunktion „Vollziehung“ (und innerhalb dieser der „Gerichtbarkeit“ – Drittes Hauptstück des B-VG), sondern der der „Garantien der Verfassung und Verwaltung“ (dh der „Rechtmäßigkeitskontrolle“ oder der „Gerichtbarkeit des öffentlichen Rechtes“ – Sechstes Hauptstück des B-VG) zuzuordnenden Verfassungsgerichtshof, jedoch im Vergleich zur Verwaltung und Gerichtsbarkeit in besonderer Weise: Während Art. 18 Abs. 1 B-VG für die Behörden und Gerichte stets eine einfachgesetzliche Norm als Basis für deren Handeln bedingt und die Verfassung für diese in der Folge regelmäßig nur als eine **Richtlinie zur Auslegung** jener die **Entscheidungsgrundlage** oder den **Prüfungsmaßstab** bildenden **einfachen Gesetze** fungiert³⁶, bildet sie im Gegensatz dazu für den Verfassungsgerichtshof kraft der expliziten verfassungsgesetzlichen Anordnung des Art. 140 B-VG – und damit als **lex specialis** zu Art. 18 Abs. 1 B-VG – in der Regel einen **unmittelbaren Prüfungsmaßstab**. Dh aber: Wie der Gesetzgeber hat somit auch der Verfassungsgerichtshof die Verfassung unmittelbar und **ohne dazwischentreifendes einfaches Gesetz anzuwenden**; dies bedeutet weiters, daß die mit Art. 18 Abs. 1 B-VG generell verfügte Unterordnung der Vollziehung hinsichtlich des Verfassungsgerichtshofes aufgehoben, er also den Gesetzgebungsorganen schon aus systematischer Sicht grundsätzlich **ebenbürtig** ist. Im einzelnen ist schließlich nach den verschiedenen Arten von Gesetzgebungsorganen zu differenzieren, sodaß der Verfassungsgerichtshof dem Bauprinzipiengeber zwar zweifellos unter-, dem einfachen Gesetz- und dem normalen Verfassungsgesetzgeber dagegen aber als grundsätzlich übergeordnet erscheint. Davon ausgehend sind daher in der Folge bei einer Gegenüberstellung zwischen den Kompetenzen dieser beiden letztgenannten Verfassungsorgane einerseits und der Gesetzesprüfungskompetenz des Verfassungsgerichtshofes nach Art. 140 B-VG auf der anderen Seite diese **Zuständigkeiten** schon von Verfassungs wegen als eine Art dau-

³⁵ Vgl. zB L. K. Adamovich, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltentrennung, in: FS Zeitler, Bd. I, Berlin 1987, 290 ff.; R. Machacek, Werden und Wandel der Grundrechte in Österreich und in Europa, in: R. Machacek – W. Pahr – G. Stadler (Hrsg.), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Europa, Kehl 1991, 744 ff.; P. Oberndorfer, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, EuGRZ 1988, 193 ff.

³⁶ Je nachdem, ob die Behörde normsetzend oder bloß normkontrollierend tätig wird, während bei Gerichten regelmäßig nur letzteres in Frage kommt; vgl. dazu näher A. Grof, Zur Schutzrichtung (Bindungswirkung) der Grundrechte, in: R. Machacek – W. Pahr – G. Stadler (Hrsg.), 70 Jahre Republik – Grund- und Menschenrechte in Österreich, Kehl 1991, 132 ff.

erndes, (mit unterschiedlichen Mitteln) der wechselseitigen Kontrolle dienendes **Spannungsverhältnis** konzipiert: In Auslegung der Verfassung kann der Gesetzgeber materiell-rechtspolitisch **gestaltend** den Inhalt der Gesetze bestimmen; diesen hat der Verfassungsgerichtshof – ebenfalls in Interpretation der Verfassung – auf seine Vereinbarkeit mit dieser bzw. mit den Bauprinzipien hin zu überprüfen, er kann jedoch im Falle des Widerspruches die beanstandete Gesetzesstelle nur **kassieren**; die inhaltlich-rechtspolitische **Neugestaltung** obliegt dann wieder und ausschließlich dem einfachen Gesetzgeber.

Das vom einfachen Gesetzgeber bzw. von der Bundesregierung geflogene Argument, sie habe – als ein demokratisches Organ – grundsätzlich **über** dem Verfassungsgerichtshof zu stehen, erweist sich somit schon aus diesem Blickwinkel, aber auch aufgrund folgender Überlegung als bereits im Ansatz verfehlt:

Die gemäß Art. 147 Abs. 2 B-VG vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung, des Nationalrates und des Bundesrates aus dem Kreis der Richter, Verwaltungsbeamten, Universitätsprofessoren und sonstigen Berufsständen, für die die Vollendung des rechtswissenschaftlichen Studiums gesetzlich vorgeschrieben ist, zu ernennenden Mitglieder des Verfassungsgerichtshofes sind auf diese Weise jedenfalls **mittelbar demokratisch legitimiert**. Das untersteht den Verfassungsgerichtshof ganz wesentlich von den anderen beiden Höchstgerichten, wo das Vorschlagsrecht jeweils dem Gerichtshof selbst zukommt³⁷. Diese **gradueller** durchaus etwa der Bundes- oder einer Landesregierung bzw. dem Bundesrat **adäquate demokratische Legitimation** läßt den Verfassungsgerichtshof von der ihm durch das B-VG zugedachten **systematischen Funktion** her besetzen **nicht ausschließlich** – wenngleich natürlich vorrangig – als ein **richterliches**, sondern **zugleich** auch als ein **rechtspolitisches** – wenngleich durch die in der Folge gegebene Unabhängigkeit (Weisungsfreiheit, Unabsetzbarkeit, Unversetzbarkeit) besonders qualifiziertes – Organ erscheinen³⁸; die rechtspolitische Dimension tritt dabei jeweils nach Kompetenz divergierend unterschiedlich stark in den Vordergrund, sie ist jedoch zweifellos gerade für das zuvor dargestellte Verhältnis des Verfassungsgerichtshofes zum – einfachen – Gesetzgeber (Art. 140 B-VG) am ausgeprägtesten.

Dem Verfassungsgerichtshof ist damit also schon von Verfassungs wegen **aufgegeben**, auch rechtspolitische Überlegungen in seine Entscheidungen ein-

³⁷ Sog. „Recht der Selbstergänzung“; vgl. Art. 134 Abs. 2 B-VG bzw. Art. 86 B-VG iVm § 32 Abs. 4 RDG.

³⁸ Vgl. dazu jüngst K. Heller, Funktion und Grenzen der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat (Referat für den 11. ÖJT), Wien 1991, in Druck; H. Mayer, Funktion und Grenzen der Gerichtsbarkeit im Rechtsstaat (Gutachten für den 11. ÖJT), Wien 1991, 56 ff.

fließen zu lassen. Eine exklusive Stellung kommt ihm dabei vornehmlich in Gestalt jener **rechtspolitischen Wertentscheidungen**, die im Zuge der **unmittelbaren** Auslegung der – nicht mehr durch höherrangige Normen determinierten – **Verfassungsbestimmungen selbst** zu treffen unumgänglich sind, zu. Sowohl der Gesetzgeber und die Bundesregierung einerseits als auch der Verfassungsgerichtshof selbst auf der anderen Seite als auch darüber hinaus die Wissenschaft³⁹ haben daher davon auszugehen, daß der Verfassungsgerichtshof im Zuge der Verfassungsinterpretation in letzter Konsequenz **autonome** – weil und soweit materiell nicht mehr durch eine höherstufige Norm determinierte, sondern nur mehr aus eigener Interpretation heraus erschließbare – und prozessual von keinem anderen Organ mehr rechtlich überprüfbare rechtspolitische Wertentscheidungen zu treffen hat. Die Besonderheit dieser im Grunde auch den Behörden und den anderen Gerichten zukommenden⁴⁰ politischen Gestaltungsbefugnis liegt hier – um dies nochmals zu betonen – eben darin, daß diese Wertung nicht bereits vom Gesetzgeber dem Grunde nach vorherbestimmt ist und von diesem – mangels bestehendem Subordinationsverhältnis – auch nicht determiniert werden kann.

Dies darf andererseits nicht zu dem Schluß verleiten, daß der Verfassungsgerichtshof gleichsam rechtspolitisch „freier“ als der Gesetzgeber wäre: Er ist vielmehr wie dieser der **Verfassung unterworfen**, sodaß zB der Gleichheitsgrundsatz prinzipiell beiden Organen in derselben Weise eine unsachliche Entscheidung verwehrt. Allerdings liegt es natürlich auf der Hand, daß hier dem Verfassungsgerichtshof als dem – zumindest in letzter Konsequenz – **exklusiv** zur Auslegung des Gleichheitsgrundsatzes berufenen Organ eine gewisse Vorrangstellung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber zukommt. Doch hat sich hier als ein zwar nicht institutionalisiertes, aber **faktisch gleichmaßen wirksames** Instrument der (rechtspolitischen) Kontrolle und damit der Effektivität der Rechtsstaatlichkeit auch in diesem Bereich die **wissenschaftliche Lehre** etabliert⁴¹, was sich zum einen aus der verfassungsmäßig vorgesehenen Repräsentanz von Vertretern der Wissenschaft im Verfas-

³⁹ Siehe zu deren Rolle gleich näher unten.

⁴⁰ ZB in Form der Subsumtion, des Ermessens und des Beurteilungsspielraumes.

⁴¹ Vgl. L. K. Adamovich, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, in: FS Zeitler, Bd. I, Berlin 1987, 289: „Diese nicht ganz erfreuliche Konstellation hat insofern ihr Gutes, als sie für eine sehr lebendige Beobachtung der Judikatur in Fachkreisen sorgt: Begreiflicherweise sind es gerade die ‚Außensteier‘, die einen besonders strengen Maßstab an diese Judikatur anlegen. Diese Kritik ist auch das wirksamste Korrektiv gegenüber der potentiell gegebenen Gefahr, der Verfassungsgerichtshof könnte sich durch eine allzu eigenwillige Rechtsprechung zu einem unkontrollierbaren Machtfaktor eigener Art entwickeln und somit zu einer eigenen ‚Gewalt‘, die durch das Zusammenspiel der anderen ‚Gewalten‘ nicht ausreichend gebändigt werden kann.“

sungsgerichtshof erklärt; zum anderen bringt es die Eigenschaft der verfassungsgerichtlichen als einer höchstinstanzlichen und (zufolge ihrer Rechtskraftwirkung auch gegenüber dem Verfassungsgerichtshof selbst) damit – insbesondere bei Gesetzesprüfungen – faktisch „**Verfassungsrang**“ aufweisen den Entscheidung⁴² mit sich, daß sie in ihrem Gehalt – wenn gleich vorrangig fallbezogen, aber jedenfalls insoweit – den an wissenschaftliche Abhandlungen gestellten Anforderungen in bezug auf die **Überzeugungskraft der Begründung** entsprechen soll und will.

Wenn der Verfassungsgerichtshof daher in jüngster Zeit insbesondere in Gesetzesprüfungsverfahren verstärkt die rechtspolitische Komponente seiner Entscheidungsbefugnis in den Vordergrund stellt, so kann ihm dies – als eine von Verfassungs wegen legitime Befugnis – solange (ohne gleichsam bloß moralisch, weil eine entsprechende prozessuale Legitimation nicht gegeben ist) nicht zum Vorwurf gemacht werden, als seine Auslegung noch mittels zulässiger Interpretation methodisch nachvollziehbar erscheint; seine Funktion hat damit der Verfassungsgerichtshof aber gewiß nicht verkannt.

4. Verfassungskonformität der Vorschläge für eine Neuregelung des Pensionszugangsalters

Der Spruch des „Pensionsalter“-Erkenntnisses, der im Ergebnis eine Senkung des Pensionsalters der Männer auf 55 Jahre für die vorzeitige Alterspension bei langer Versicherungsdauer und umgekehrt bei der Wartezeitregelung eine erhöhende Angleichung des Anfallsalters (als Bezugspunkt für den Stichtag) der Frauen an jenes der Männer bewirkt, zwingt den einfachen Gesetzgeber vornehmlich aus verfassungsrechtlichen Gründen⁴³, insbesondere aber auch aus finanzpolitischen Rücksichten, eine Neuregelung des Gesamtkomplexes „Lebensalter als Anfallsvoraussetzung für Leistungen aus der Pensionsversicherung“ vorzunehmen. Im folgenden sollen nun die darauf bezüglichen, über die Medien der Öffentlichkeit präsentierten Vorschläge im Hinblick auf ihre Konkordanz mit den in der verfassungsgerichtlichen Entscheidung an eine Neugestaltung gestellten Anforderungen untersucht werden.

⁴² Dies gilt somit nicht nur – wenn gleich dort explizit – im Falle des Art. 138 Abs. 2 B-VG iVm § 56 Abs. 4 VfGG.

⁴³ Insbesondere im Hinblick darauf, daß sich im ASVG hinsichtlich anderer Pensionsarten und darüber hinaus auch in sonstigen Sozialversicherungsgesetzen gleichlautende Regelungen finden, deren Aufhebung bereits beim Verfassungsgerichtshof beantragt ist (G 252/89 ua.; G 174,177/90).

1.1 „Sanierung“ durch Verfassungsgesetz

Bereits unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung vor dem Verfassungsgerichtshof, insbesondere aber im Anschluß an die mündliche Verkündung des Erkenntnisses wurde von verschiedenen maßgeblichen Repräsentanten die Forderung aufgestellt, jedenfalls die vom Verfassungsgerichtshof aufgebogene Regelung bezüglich des niedrigeren Pensionsanfallsalters für Frauen in den Rang eines Verfassungsgesetzes zu erheben und vermeintlich auf diese Art der Jurisdiktionsgewalt des Gerichtshofes zu entziehen⁴⁴. Die rechtstaatlichen Bedenken, die gegen eine derartige Vorgangsweise sprechen, wurden in der Literatur jüngst wiederholt aufgezeigt⁴⁵. Deshalb und auch, weil die allfällige Realisierung dieses „Lösungsvorschlages“ – obwohl er in den maßgeblichen politischen Kreisen zunächst überwiegend auf Ablehnung gestoßen war⁴⁶ – inhaltlich keine nennenswerten neuen verfassungsrechtlichen Probleme mit sich brächte, erübrigt es sich hier, weiter auf diesen einzugehen.

1.2 Niedrigeres Pensionsalter für Männer

Auf noch heftigeren Widerspruch stieß die Überlegung, dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes einfach spruchgetreu Rechnung zu tragen und es bei

⁴⁴ Vgl. zB: „Pensionsalter muß bleiben“ (Neue Zeit vom 21.11.1990); „SPÖ-Frauen schwören ihre Partei auf ungleiches Pensionsalter ein“ (Neues Volksblatt vom 1.12.1990; „Josef Cap: Frühere Pension für Frauen muß bleiben“ (Neue Zeit vom 1.12.1990); „Sollen die Frauen ungleich bleiben?“ (Kleine Zeitung vom 5.12.1990).

⁴⁵ Vgl. zuletzt die Zusammenfassung bei B. C. Funk, Formnenmißbrauch und Verfassungsumgehung durch die Legislative, in: Recht als Aufgabe und Verantwortung (FS Klecatsky), Wien 1990, 68 ff. sowie J. Hengstschläger, Totaländerung der Verfassung durch Gesetzesänderung?, in: Staatsrecht in Theorie und Praxis (FS Walter), Wien 1991, 215 ff.

⁴⁶ Vgl. zB: „Ungleiches Pensionsalter vom VGH aufgehoben“ (Neues Volksblatt vom 7.12.1990); „Übergangslösung gesucht“ (Kleine Zeitung vom 7.12.1990); „Pensionsalter: Fakten und Fiktionen“ (Finanznachrichten Nr. 51/52 vom 20.12.1990); „Unterschiedliches Pensionsalter: Verfassungsgesetz wäre sachlich falsch“ (HK – Die Zeitung für Burgenlands Wirtschaft vom 9.1.1991); siehe aber dagegen zB „Für Taxler recht, für Frauen billig“ (Oberösterreichische Nachrichten vom 22. 4. 1991); „Dohnal: Änderung der Verfassung“ (Kleine Zeitung vom 23.4.1991); „Gleiches Pensionsalter nicht vor dem Jahr 2030?“ (Die Presse vom 1/2.6.1991); „Dohnal will VP-Hilfe bei Verfassungsgesetz für ungleiches Pensionsalter“ (Der Standard vom 1/2.6.1991); „Alle Frauen wollen Gesetz zum Pensionsalter biegen“ (Kleine Zeitung vom 7.6.1991); „Verschiedenes Pensionsalter vorläufig in die Verfassung“ (Salzburger Nachrichten vom 25.6.1991); und „Das Frauen-Pensionsalter soll in die Verfassung“ (Kurier vom 25.6.1991).

der dadurch bewirkten Angleichung des Pensionsalters für Männer an jenes – niedrigere – für Frauen zu belassen: Die Akzeptanz der Überlegung, daß diese Lösung aus finanzpolitisch-budgetären Erwägungen heraus schlicht unrealisierbar ist⁴⁷, dominiert bei näherem Hinsehen auch bereits das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes selbst.

1.3 Einheitliches Pensionsalter von 62 Jahren

Aus demselben Grund wurde auch der gelegentlich erhobenen Forderung, die derzeit unterschiedlichen Altersregelungen einander gleichsam auf halbem Weg anzugleichen⁴⁸, keine Chance auf rechtspolitische Realisierung zuteil: Denn selbst die Festlegung eines einheitlichen Pensionsanfallsalters von 62 Jahren ließe sich aus budgetären Gründen de facto nicht verwirklichen.

1.4 Höheres Pensionsalter für Frauen

Der Forderung des Verfassungsgerichtshofes nach Gleichbehandlung, dessen Entscheidung – wie gezeigt – im Ergebnis eine Herabsetzung des Pensionsanfallsalters für Männer auf jenes für Frauen bewirkt, kann somit rechtspolitisch sinnvoll nur dadurch Rechnung getragen werden, daß **umgekehrt** das Pensionsalter für Frauen jenem für Männer angeglichen, erstere Altersgrenze also hinaufgesetzt wird. Allein damit ist es jedoch nicht getan, hat doch der Verfassungsgerichtshof ua. auch ausgesprochen, daß um erworbene Ansprüche zu schonen – jedenfalls eine sofortige, bloß schematische Gleichschaltung insoweit nicht in Betracht kommt. Es gilt also, in diesem Zusammenhang eine Reihe von zusätzlichen „Bedingungen“ zu beachten, sodaß die – von den politischen Parteien offensichtlich grundsätzlich akzeptierte – Überlegung der Erhöhung des Pensionsanfallsalters für Frauen (sog. „**Anrechnungsmodell**“) nur den Ausgangspunkt für weiterführende Lösungsvorschläge bilden kann. Die Ansichten darüber, mit welchen politischen „Ausgleichsforderungen“ die Erhöhung des Pensionsalters für Frauen zu verknüpfen ist, um eine insgesamt sachadäquate Lösung zu erzielen, divergieren hingegen teilweise erheblich.

Etappenregelung

Einigkeit besteht im Grundsatz darüber, daß bei einer Anhebung des Pensionsalters für Frauen dafür Sorge zu tragen ist, daß in bestehende Anwart-

⁴⁷ Vgl. zB: „Frauen langfristig an Männer angleichen“ (Kammernachrichten Linz vom 14.12.1990); „Pensionsalter“ (AZ vom 20.12.1990); „Unterschiedliches Pensionsalter: Verfassungsgesetz wäre sachlich falsch“ (HK Burgenland vom 9.1.1991).

⁴⁸ Vgl. „Pensionsalter 62 Jahre für alle“ (Volksstimme vom 4.1.1991).

schaften möglichst schonend eingegriffen werden soll⁴⁹, dies jedoch nicht in Form von (**echten**) **Übergangsbestimmungen**, die ein Anknüpfen an die bestehende Regelung und damit deren unveränderte Aufrechterhaltung über den 30. November 1991 hinaus zur Voraussetzung hätten. Damit wäre nämlich dem Spruch des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes, der die allfällige Beibehaltung der aufgehobenen Regelung nur unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt, nicht Rechnung getragen. An die Stelle von Übergangsbestimmungen kann sohin lediglich die Lösung treten, die neue Rechtslage selbst bereits ab dem 1. Dezember 1991 wirksam werden zu lassen, wenn diese dann auch nicht unmittelbar, sondern im Interesse des Schutzes erworbener Ansprüche bloß – allerdings mit diesem Tage bereits einsetzend – schrittweise ein Wirksamwerden der Neuregelung vorsieht (sog. „**Etappenregelung**“).

In diesem Zusammenhang gilt es jedoch den Aspekt des Vertrauensschutzes gegen den Umstand abzuwägen, daß immer wieder neue solcher schützenswerter Ansprüche entstehen, solange die bestehende Rechtslage im Wege einer bloß schrittweisen Angleichung faktisch weiter aufrechterhalten wird. Damit erhebt sich aber zwangsläufig die Frage nach der Angemessenheit des zeitlichen Ausmaßes der Möglichkeit der Beibehaltung der bestehenden Rechtslage. Mehrfach verlaute in diesem Zusammenhang die Forderung, daß die Neuregelung erst für die Geburtsjahrgänge ab 1960 und jünger, also erst im Jahr 2020 zum Tragen kommen soll⁵⁰. Dies verzögert im Effekt die Wirksamkeit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung um 30 Jahre. Wenn nun der Verfassungsgerichtshof im Falle der gesetzlichen Neugestaltung der Regelungen über die Witwenpension einen vierzehnjährigen Übergangszeitraum offensichtlich bloß „gerade noch“ toleriert hat⁵¹, so könnte aber wohl die vor-

⁴⁹ Vgl. zB: „Pensionsalter: SPÖ gegen Benachteiligung der Frauen“ (Kärntner Tageszeitung vom 1.12.1990); „Ö. VP gegen Verschlechterung des Pensionsalters für Frauen“ (Neues Volksblatt vom 4.12.1990); „Kampf für ‚echte‘ Gleichstellung“ (Wiener Zeitung vom 22.12.1990); „Für ‚zukunftsweisende‘ und ‚gerechte‘ Pensionsregelung“ (Kathpress vom 7.12.1990).

⁵⁰ Vgl. zB: „Josef Cap: Frühere Pension für Frauen muß bleiben“ (Neue Zeit vom 1.12.1990); „Sollen die Frauen ungleich bleiben?“ (Kleine Zeitung vom 5.12.1990); „Verfassungsgericht läßt Politikern Zeit für neues Pensionsrecht“ (Oberösterreichische Nachrichten vom 7.12.1990); „Keine Pensionsänderung für Frauen bis zum Jahr 2000“ (Kärntner Tageszeitung vom 8.12.1990); „Geppert berichtigt Frauen: ‚Änderungen erst ab 2000‘“ (Kleine Zeitung vom 8.12.1990); „Ungleich behandelt und später pensioniert“ (Volksstimme vom 8./10.12.1990); „Neue Pensionsregeln für Frauen unter 30“ (Tiroler Tageszeitung vom 10.12.1990); „Gleichheit mit Privileg“ (Der Standard vom 17.12.1990); „Industrie ürgiert Pensionsreform: ‚Gesundarbeiten statt Totreden‘“ (Der Standard vom 29./30.12.1990).

⁵¹ Vgl. VfGH vom 3.10.1989, B 1436/88, sowie die jüngst ergangene Entscheidung zu G 36/90 vom 15.3.1991.

gesehene dreißigjährige Übergangsfrist Anstoß erregen. Jedenfalls wird der Gesetzgeber gute Gründe – solche wurden zumindest bislang in der Öffentlichkeit nicht erörtert – vorbringen müssen, damit eine Regelung, die die Zäsur gerade beim Geburtsjahrgang 1960 einsetzen läßt, keine verfassungsrechtlichen Bedenken hervorruft.

Ausgleich nur für tatsächlich mehrfachbelastete Frauen
Für die Gruppe jener nicht unter die Übergangsbestimmungen und damit nicht mehr unter die bestehende, sondern bereits unter die (dann echte) Neuregelung fallenden Frauen reicht es auch nicht hin, diese hinsichtlich des Pensionsalters **schematisch** den Männern gleichzustellen. Denn auf diese Weise würde wiederum den vom Gleichheitsgrundsatz her sachlich gebotenen Differenzierungen nicht entsprechtend Rechnung getragen; insbesondere fehlte es in diesem Fall – worauf der Verfassungsgerichtshof mit der hier in Rede stehenden Entscheidung nachdrücklich hingewiesen hat – an dem sozialversicherungstechnisch erforderlichen **Ausgleich** zugunsten der durch familiäre Verpflichtungen mehrfach belasteten Frauen gegenüber jenen, deren Berufsweg sich nicht von dem der Männer unterscheidet.

Als ein derartiger Ausgleich wird – soweit ersichtlich unbestritten – die Überlegung angesehen, solchen Zeiten, in denen Frauen aus Gründen der **Kindererziehung** und **Haushaltsführung** nicht berufstätig und damit nicht pflichtversichert sind, dennoch den Charakter von anspruchsbegründenden Versicherungsmonaten zuzuerkennen: Sie sollen in vollem Umfang bis zu einem Höchstausmaß von vier Jahren pro Kind auf die Versicherungsdauer anzurechnen sein⁵². Auch in diesem Zusammenhang findet sich allerdings keine nähere Begründung für diese Vierjahresgrenze, die zumindest auf den ersten Blick keinen signifikanten sachlichen Bezug zu der durch sie bewirkten Sonderstellung aufweist.

Im übrigen divergieren die Meinungen darüber, ob dem allein den Haushalt führenden Ehe- oder Lebensgemeinschaftspartner auch für die **Pflege von sonstigen Familienangehörigen**⁵³ und/oder für die **Betreuung des berufs-**

⁵² Vgl. zB: „Gleitzeit-Pension oder Verfassungsgesetz“ (Neues Volksblatt vom 30.11.1990); „Gerecht?“ (Neue Zeit vom 30.11.1990); „SPÖ-Frauen schwören ihre Partei auf ungleiches Pensionsalter ein“ (Neues Volksblatt vom 1.12.1990); „Sollen die Frauen ungleich bleiben?“ (Kleine Zeitung vom 5.12.1990); „Neue Erkenntnisse zum Pensionsalter“ (Kärntner Tageszeitung vom 8.12.1990); „Pensionen und Kindererziehung“ (Neue Vorarlberger Tageszeitung vom 11.12.1990); „Frauen 2000“ (Solidarität 2/1991).

⁵³ Vgl. zB: „Familienverband für zukunftsweisende und gerechte Pensionsregelung“ (St. Pöltener Kirchenzeitung vom 16.12.1990); „Die Pensionsreform wird auf 1993 verschoben“ (Tiroler Tageszeitung vom 18.12.1990).

tätigen Partners⁵⁴, auch derart anrechnungsfähige Ersatzzeiten zuerkannt werden sollen bzw. ob nicht über diese Anrechnung hinaus noch weitere Maßnahmen erforderlich wären⁵⁵, um einen echten Ausgleich zu bewirken. Dazu ist festzuhalten, daß der einfache Gesetzgeber aus gleichheitsrechtlicher Sicht in erster Linie dafür Sorge zu tragen hat, daß der mehrfach belastete Ehepartner überhaupt eine gesetzliche Sonderstellung erfährt, deren konkrete Ausgestaltung steht hingegen insoweit zur rechtspolitischen Disposition des einfachen Gesetzgebers, als diese nicht wiederum einen exzessiven Charakter annimmt.

1.5 Zusammenfassende Würdigung

Da den bisherigen Lösungsvorschlägen insbesondere für den Detailbereich eine spezifische Begründung (zB für die dreißigjährige Übergangsfrist bzw. für die Anrechnung einer Ersatzzeit von vier Jahren pro Kind) fehlt, läßt sich derzeit auch nicht prognostizieren, ob sie jeweils den im „Pensionsalter“-Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes gestellten Anforderungen entsprechen.

Hingegen läßt die bisherige Diskussion jede Auseinandersetzung mit der Aufforderung des Verfassungsgerichtshofes, den mit dem Gleichbehandlungsgesetz bzw. mit dem Betriebspensionsgesetz – infolge selbstgewählter Unterwerfung – einmal eingeschlagenen Weg nun konsequent fortzusetzen und daher auch die künftige Neuregelung der Sozialversicherungsgesetze **mit dem EG-Recht zu akkordieren**, vermissen. Vom Befund dieser – aus gleichheitsrechtlicher Sicht: – „Selbstbindung“ des einfachen Gesetzgebers ausgehend, wird man aber nicht umhin können, die Grundsätze der **gesetzlichen** mit den Prinzipien der **privaten** Pensionsversicherung abzustimmen⁵⁶ und damit

⁵⁴ Vgl. „Dohnal: Anrechnung der Männerbetreuung“ (AZ vom 11.1.1991).

⁵⁵ Vgl. die Petition Nr. 2 aus der Parlamentskorrespondenz vom 22.1.1991 (Nr. 15): „Eine von Abgeordneter Seiler (SP) überreichte Petition listet die Massnahmen auf: gleiche Aufstiegs- und Einkommenschancen, Schaffung und Ausbau familienergänzender Einrichtungen, Förderung der Wiederaufnahme des Berufs nach der Kindererziehung, Sicherung der Arbeitsplätze älterer Arbeitnehmerinnen und Berücksichtigung der Familienarbeit. Bei Nichterfüllung dieser Forderungen rechtfertige die Doppel- und Mehrfachbelastung berufstätiger Frauen, ihre Benachteiligung beim Zugang zu Spitzenjobs sowie die ungleiche Verteilung von Erwerbseinkommen und Pensionen die Beibehaltung eines früheren Pensionseintritts ...“.

⁵⁶ Vgl. in diesem Sinne jüngst auch OGH vom 19.12.1990, 9 Ob A 219/90; danach verstoßen ungleiche vertragliche Regelungen der Witwer- und Witwenpension in einer Pensionsordnung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn der Arbeitgeber die Witwenpension nicht in jenem Maß gewährt, mit dem sie der Gesetzgeber in Beachtung des Gleichheitsgebotes in der gesetzlichen Sozialversicherung eingeführt hat.

eine insgesamt harmonische Lösung zu erzielen. Dies bedingt einerseits jedenfalls die Festlegung eines **einheitlichen** Pensionsalters (bevorzugt damit also das „Anrechnungsmodell“), erfordert aber darüber hinaus auch, daß bei dessen Konkretisierung – also insbesondere bei der Festlegung jener Tatbestände, die als Ersatzzeiten gelten – die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen⁵⁷ in Rechnung gestellt werden.

⁵⁷ ZB Ausbildungsdefizit; Kündigungsschutz; Vorwirkungen der potentiellen Mutterrolle.