

I. Einleitung

A. Ausgangspunkt

Seit 1. 1. 2015 sind Parteien zivilgerichtlicher Verfahren befugt, einen Antrag auf Normenkontrolle beim VfGH zu stellen.¹ Gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d entscheidet der VfGH seither nämlich auf Antrag von Parteien einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen.² Der Antrag muss aus Anlass eines Rechtsmittels gegen eine erstinstanzliche Entscheidung erhoben werden und die Bedenken gegen die angefochtene Norm im Einzelnen darlegen.³

* Aus den bereits im Vorwort genannten Gründen (insb der häufige Verweis auf höchstgerichtliche Entscheidungen, in denen das generische Maskulinum verwendet wird) wird für Personen aus dem Kreis der Anerb:innen, Betreiber:innen, Bürg:innen, Dienstgeber:innen, Dienstnehmer:innen, Dritten, Ehegatt:innen, Eigentümer:innen, eingetragenen Partner:innen, Empfänger:innen, Erb:innen, Erblasser:innen, Erklärenden, Ersitzenden, Geschädigten, Geschäftsunfähigen, Geschenknehmer:innen, Gläubiger:innen, Halter:innen, Kreditgeber:innen, Mieter:innen, Nachbar:innen, Pflichtteilsberechtigten, Schädiger:innen, Schuldner:innen, Übergeber:innen, Übernehmer:innen, Verbraucher:innen, Vermieter:innen, Verstorbenen, Vertragspartner:innen, Vertreter:innen und Wucherern im weiteren Text ausschließlich die männliche Form verwendet.

1 BGBl I 114/2013 (Verfassungsänderung); BGBl I 92/2014 (Ausführungsgesetze).

2 Zu den Voraussetzungen siehe im Einzelnen *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 140 Rz 30 ff; *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag Rz 18 ff; *Frank*, Gesetzesbeschwerde 55 ff; *Muzak*, B-VG⁶ Art 140 Rz 14 ff; *Walbert/Satek/E. Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag *passim*.

3 Nach Einführung der Gesetzesbeschwerde wurden in der Lit *de lege lata* zahlreiche Einzelfragen diskutiert, ohne Anspruch auf Vollständigkeit siehe dazu: *Bertel*, JRP 2013, 269; *Bierlein* in FS Holzinger 187; *Bußjäger*, JBl 2015, 149; *Klicka*, wobl 2015, 10; *Eberhard* in FS Holzinger 215; *Fink*, AnwBl 2014, 37; *Grabenwarter/Musger*, ÖJZ 2015, 551; *Harmoncourt*, ZfV 2015, 263; *Holoubek*, RZ 2017, 83; *Khakzadeh-Leiler*, ÖJZ 2015, 543; *Kneibs*, ZfV 2015, 35; *ders* in Baumgartner, Jahrbuch öffentliches Recht 2014, 225; *Morscher* in FS Holzinger 565; *Müller*, ecolex 2015, 30; *Pöschl*, RZ 2017, 56; *Rebisant*, ecolex 2015, 859; *Robregger*, AnwBl 2015, 188; *ders*, RZ 2017, 66; *Scholz*, ZZPInt 2014, 109; *Simon*, AnwBl 2015, 522; *Spending*, ÖJZ 2017, 640; *Stefula*, RZ 2017, 79; *ders*, Zak 2015, 5; *Stelzer* in FS Fuchs 557.

Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die Parteien eine Gesetzeskontrolle nur anregen⁴ und waren folglich darauf angewiesen, dass das Gericht die vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken teilt und einen „Gerichtsantrag“⁵ auf Normprüfung beim VfGH stellt. Die antragslegitimierten Gerichte⁶ waren allerdings mit der Anfechtung von Gesetzen relativ zurückhaltend.⁷

Seit mit dem Parteienantrag auf Normenkontrolle eine Antragsmöglichkeit auch in den Händen der Parteien liegt, sind dem VfGH demgegenüber auf einmal sehr viele Gesetze vorgelegt worden. Privatrechtliche Normen, die bislang nur insoweit verfassungsrechtlich „gesichert“⁸ waren, als die ordentlichen Gerichte von ihrem Antragsrecht Gebrauch machten,⁹ stehen durch die „Gesetzesbeschwerde“¹⁰ nunmehr wesentlich häufiger auf dem „Prüfstand der Verfassung“¹¹.

In den Jahren 2015–2021 wurden laut den Tätigkeitsberichten des VfGH insgesamt über 1.300 Parteienanträge durch den VfGH erledigt.¹² Auch wenn die allermeisten Erledigungen in Zurückweisungen¹³ oder Ablehnungen mangels Erfolgsaussicht¹⁴ bestanden und auch wenn in jenen Fällen, in denen der VfGH in eine Prüfung eingestiegen ist, keine einzige zivilrechtliche Norm¹⁵

4 Siehe zu den damit verbundenen Rechtsschutzdefiziten unten I.C.2.a).

5 Gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG sind die ordentlichen Gerichte bei Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes verpflichtet einen Gesetzesprüfungsantrag beim VfGH zu stellen.

6 Antragslegitimiert waren (seit der B-VG Novelle 1975) bislang die Gerichte zweiter Instanz sowie der OGH. Mit Einführung des Parteienantrages auf Normenkontrolle wurde zugleich die Antragsbefugnis auf die ordentlichen Gerichte erster Instanz erweitert.

7 Frank, Gesetzesbeschwerde 27 mwN; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 400; *Pöschl*, RZ 2017, 56 (59); *Rohregger*, RZ 2017, 66 (67); für die Jahre 1997 bis 2001 siehe *Holoubek in Merten*, Verfassungsgerichtsbarkeit 85 (106): „jährlich zwischen neun und 22 Anträge ordentlicher Gerichte“.

8 Frank, Gesetzesbeschwerde 17.

9 Abgesehen von Individualanträgen und den abstrakten Normenkontrollmöglichkeiten.

10 Zu dieser nicht ganz korrekten, weil sich auch gegen Verordnungen richtenden, aber durchwegs gebräuchlichen, Begrifflichkeit siehe *Fichtenbauer/Hauer*, Parteienantrag Rz 17; *Fink*, AnwBl 2014, 37 (38).

11 *Schoditsch*, *ecolex* 2015, 338 (341).

12 Darin sind sowohl von straf- als auch zivilgerichtlichen Verfahren ausgehende Anträge enthalten. In den Tätigkeitsberichten des VfGH (abrufbar unter vfgg.gv.at/downloads/taetigkeitsberichte) erfolgt keine gesonderte Auflistung, aus welchen Verfahren die Parteienanträge gestellt werden.

13 Ohne Verfahrenshilfe-Zurückweisungen: 427.

14 Ablehnungen weist der VfGH in diesem Zeitrahmen nur für die Jahre 2018–2021 extra aus. In diesem Zeitraum wurden 594 Parteienanträge erledigt, wovon 215 zurückgewiesen, 149 abgelehnt und 48 abgewiesen (Rest: Verfahrenshilfe Ab- oder Zurückweisungen). Drei Anträgen wurde stattgegeben (die Zahlen betreffen wiederum sowohl straf- als auch zivilgerichtliche Verfahren).

15 Dabei bleibt das Familienrecht auf Grund seiner spezifischen Situation ausgeklammert, vgl sogleich I.B.

aufgehoben wurde,¹⁶ ist diese Begegnung des bisher nur kursorisch verfassungsrechtlich hinterfragten Privatrechts mit der Verfassung nicht folgenlos geblieben.

Es werden Fragen virulent, die bislang aufgrund des geringeren Problembewusstseins auch geringere Beachtung fanden. Das betrifft grundrechts-, verfassungs- und privatrechtsdogmatische Fragen gleichermaßen, wie sich beispielhaft anhand der Eingriffsintensität von Privatrechtsgesetzen, Grundrechtsausgestaltung versus Grundrechtseingriff und zivilrechtlicher Prinzipienbildung als Maßstab der Gleichheitskonformität zeigen wird. Damit werden einerseits Systemzusammenhänge innerhalb des Zivilrechts und fachspezifische Methodenfragen verfassungsrechtlich aktualisiert, andererseits zeigen sich neue Akzentuierungen bei grundrechtlichen Schutzbereichen, Grundrechtseingriffen und Rechtfertigungsfragen.

Viele der genannten Punkte betreffen nicht zuletzt auch das Verhältnis zwischen VfGH und OGH. Eine verfassungskonforme Interpretation durch den VfGH ist für den OGH nicht bindend,¹⁷ aber zweifellos auch nicht unerheblich. Verharren die ordentlichen Gerichte in einer verfassungswidrigen Auslegung kann der VfGH die Regelung immer noch aufheben, weil die Auslegung dann „zu einem verfassungswidrigen Gesetzesinhalt führt.“¹⁸ Ein

16 Eine Aufhebung gab es allerdings die Vergütungsansprüche von Immaterialgüterrechten betreffend (VfSlg 20.294/2018 [Aufhebung einer Wortfolge in § 42b Abs 4 Z 8 UrhG]). In ungefähr 16 Fällen kam es betreffend zivilrechtlicher Regelungen zu Abweisungen: VfSlg 20.032/2015 (§ 11 AnerbenG), 20.130/2016 (§ 785 Abs 3 ABGB aF) = NZ 2017, 102 (krit Hofmann) = iFamZ 2017, 17 (Pesendorfer), 20.089/2016 (§ 16 MRG, § 2 RichtWG) = immolex 2016, 337 (Rainer) = wobl 2017, 79 (Weber), 20.155/2017 (§ 30 Abs 1 KSchG iVm § 25 Abs 3–7 UWG), 20.179/2017 (§ 16 MRG und RichtWG zur Gänze), 20.180/2017 (§ 1 Abs 4 Z 3 MRG), 20.188/2017 (§§ 279 Abs 3 2. Satz und 274 Abs 2 ABGB), 20.268/2018 (§§ 1, 3–5, 9, 10 GesAusG) = GesRZ 2018, 248 (Durstberger), 20.269/2018 (§ 725 ABGB), 20.294/2018, 20.314/2019 (§§ 28, 28a, 29 KSchG), 20.342/2019 (§ 1352 ABGB) = ÖBA 2020/57 (P. Bydlinski) = ecolex 2020/6 (Th. Rabl), 20.343/2019 (§ 10 Abs 2 WEG 2002); VfGH 23.6.2021, G 32/2021 (§ 364c ABGB); VfGH 5.10.2021, G 188/2021 (§ 788 ABGB); VfGH 25.9.2021, G 130/2021 (§§ 5 Abs 2 und 4, 14 Z 3 KMG); bereits 2022: VfGH 30.6.2022, G 279/2021 (§ 1105 ABGB).

17 Eine vom VfGH aufgezeigte verfassungskonforme Interpretation ist für die Zivilgerichte nicht unmittelbar bindend: Muzak, B-VG⁶ Art 140 Rz 16; Robregger, RZ 2017, 66 (72); Stelzer, ZfV 2017, 40 (42).

18 *Holoubek* in Lepsius ea, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 89 (100); eine abermalige Anfechtung desselben Gesetzes ist allerdings nicht ohne weiteres möglich, zu den diesbezüglich bestehenden Anforderungen siehe ausführlich Robregger in Korinek/Holoubek ea, Art 140 B-VG Rz 270ff. Siehe dazu insb VfSlg 16.562/2002: „Wenn aber das vom VfGH angestrebte Ziel der Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes mit Hilfe der teleologischen Reduktion des § 12a FLAG angesichts der bei den Zivilgerichten entstandenen Judikaturdivergenz nicht erreicht werden kann, hält es der VfGH in Wahrnehmung seiner Rechtsbereinigungsfunktion für geboten, den verfassungsmäßigen Zustand durch Aufhebung der Norm selbst herzustellen.“

solches Kräfteressen der beiden Höchstgerichte ist zwar selten,¹⁹ aber auch nicht unerhört: Dabei handelt es sich um die Vorgeschichte der Aufhebung von § 268 ZPO über die Bindungswirkung von Strafurteilen.²⁰ Zwar ist damit keine Präjudizienbindung angesprochen, sodass die Gesetzesbeschwerde an der Gleichrangigkeit der Höchstgerichte aus formaler Sicht nichts verändert hat. Die materielle Überzeugungskraft, die eine Entscheidung des VfGH entfaltet, ist allerdings erheblich.

Insgesamt bringt schon die mit dem Parteiantrag einhergehende höhere Prüftätigkeit des VfGH im Privatrecht eine stärkere Einwirkung der Verfassung mit sich. Das zivilrechtliche Problembewusstsein für Verfassungsfragen ist ohne Zweifel gestiegen,²¹ bisweilen ist davon die Rede, dass jetzt ausgerechnet die Zivilrechtler:innen „*ibr Heil in der Verfassung suchen*“²².

B. Untersuchungsprogramm

Ziel dieser Arbeit ist daher, die aus den Parteianträgen resultierende Rechtsprechung des VfGH daraufhin zu untersuchen, ob es mit Blick auf das Privatrecht tatsächlich zu einer solchen stärkeren Einwirkung der Verfassung, und damit zu einer Konstitutionalisierung²³ des Privatrechts kommt.

Konstitutionalisierung beschreibt den Vorgang, „*nach dem immer mehr Gebiete des Gesetzesrechts vom Verfassungsrecht, in erster Linie von den Grundrechten erfaßt, bestimmt, dirigiert oder überformt werden.*“²⁴ Dahinter verbergen sich mehrere „Wirkmechanismen“²⁵: Die Anpassung der Rechtslage durch den (Reform)Gesetzgeber an verfassungsrechtliche Anforderungen, die Kontrolle bzw Aufhebung grundrechtswidriger Normen durch den VfGH sowie die Berücksichtigung der Grundrechte in Gestalt der verfassungskonformen Interpretation durch die ordentliche Gerichtsbar-

19 Für eine Übersicht zu Fällen von Judikaturdivergenzen zwischen OGH und VfGH siehe *Grabenwarter* in FS Bydlinski 295 (305 ff).

20 Der VfGH erkannte in VfSlg 12.504/1990 § 268 ZPO, der die Bindung der Zivilgerichte an verurteilende Strafurteile vorsah, für verfassungswidrig. Ein verstSen des OGH führte die Bindung „*durch die Hintertür*“ (*Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht § 268 ZPO Rz 1) wieder ein (OGH 1 Ob 612/95 = AnwBl 1995, 900 [*Strigl*]).

21 Siehe etwa *P. Bydlinski*, JBl 2017, 345; *ders*, JBl 2018, 2 (14 ff); *ders*, wobl 2019, 427 (429); *ders*, ÖBA 2020, 274; *Deixler-Hübner/Etzelstorfer*, iFamZ 2020, 43 (45 f); *Grabenwarter* in FS Bydlinski 295; *P. Gruber*, ÖJZ 2017, 841 (843 ff); *ders*, EvBl 2018, 414 (418); *Th. Rabl*, ecolex 2020, 466 (467 f); *ders*, ecolex 2020, 21; *Spitzer*, Zak 2022, 44; *Stelzer*, ZfV 2017, 40.

22 *Perner/Spitzer* in *Bezemek*, Rechtsdogmatik (in Druck).

23 Zur Begriffsbildung kritisch *Wahl* in FS Brohm 191 (191 f); siehe zum Begriff auch insb *Pöschl*, Zukunft der Verfassung 13 ff; *Schulev-Steindl* in *Merten* ea, HGR VII/1² § 6 Rz 21; *Schuppert/Bumke*, Konstitutionalisierung 9 ff.

24 *Wahl* in FS Brohm 191 (193).

25 Dazu insb *Jarass* in *Wittreck*, 60 Jahre Grundgesetz 47 (50 ff).

keit.²⁶ All dies sind Wege, die zur Konstitutionalisierung der Rechtsordnung beitragen können.²⁷

Die vorliegende Arbeit nimmt ausweislich ihres Untertitels *die Gesetzesbeschwerde* zum Anlass, Fragen der Konstitutionalisierung des Zivilrechts zu stellen. Im Gefolge der breitflächigen Nutzung dieses neuen Wegs zum VfGH und der privatrechtlichen Sensibilisierung für Verfassungsfragen haben auch Gerichts- und Individualanträge stärkere Konjunktur.²⁸ Da die Normenkontrolle des VfGH unabhängig davon ist, auf welchem Weg der VfGH angerufen wurde, werden dementsprechend auch Gerichts- und Individualanträge in die Untersuchung mitaufgenommen. Nur so können auch Entwicklungen berücksichtigt werden, die auf Normenkontrollverfahren vor dem Parteiantrag zurückgehen.

Die Untersuchung konzentriert sich dabei auf für das allgemeine Privatrecht besonders bedeutsame verfassungsrechtliche Erfordernisse und Grundrechte. Das sind: die hinreichende Bestimmtheit von Gesetzen, der Gleichheitsgrundsatz sowie die Eigentumsgarantie. Ausgeklammert bleibt folglich das Familienrecht, das primär von Art 8 EMRK regiert wird. Zudem sind familienrechtliche Regelungen, die Verfassungsfragen aufwerfen, oftmals in besonderem Maße von weltanschaulichen und meist in entsprechend geringerem Ausmaß von rechtsdogmatischen Fragestellungen geprägt. Entscheidungen über die (Un)Gleichbehandlung nach dem Geschlecht, ehelichen und unehelichen Kindern oder gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren haben weniger mit dogmatisch „richtigen“ Lösungen und Systemkohärenz innerhalb des Zivilrechts als mit sich im Zeitablauf wandelnden gesellschaftlichen Wertungen zu tun.²⁹ Weitgehend ausgeklammert bleiben

26 Letzteres trifft auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit und den VfGH zu.

27 Vgl auch *Schuppert/Bumke*, Konstitutionalisierung 9 ff.

28 VfSlg 20.086/2016 (Gerichtsantrag betreffend § 933 Abs 1 ABGB), 20.114/2016 (Gerichtsantrag betreffend Paupertätseid), 20.209/2017 (Individualantrag betreffend § 4 FAGG) = JBl 2018, 170 (*Zöchling-Jud/Schamberger*) = ZIIR 2018, 55 (*Thiele*), 20.355/2019 (Individualantrag betreffend § 27d Abs 1 Z 6 KSchG); VfGH 5.3.2012, G 13/12 (Individualantrag betreffend Bestimmungen des GesAusG). Vermutlich wird auch im Rahmen des Kreditmoratoriums (§ 2 Abs 1 2. COVID-19-JuBG) durch Banken ein Individualantrag gestellt werden, müssten sie doch erst gegen eine Verbotsnorm verstoßen, um so einen Prozess zu provozieren, was nach der Rsp des VfGH kein zulässiger Umweg ist (siehe dazu noch unten I.C.2.b). Siehe zu verfassungsrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit dem Moratorium *Herndl*, VbR 2022, 80 (83); *Kellner/Liebel*, ÖJZ 2020, 629 (636 f); *dies* in Resch, Corona-HB^{1.06} Kap 17 Rz 91; *Koch*, ÖBA 2020, 330 (339); *ders.*, ÖBA 2022, 179 (183 ff); *Leupold/Gelbmann*, CuRe 2020/39; *Schett*, RdW 2022, 158 (160 f); *Riss*, JRP 2021, 10 (16 f); *Spitzer*, Zak 2022, 44 (47); *I. Vonkilch*, Zak 2022, 184 (186).

29 Zugleich lässt sich für das Familienrecht beobachten, dass dort Grundrechte in besonders intensiver Weise bereits vor Einführung der Gesetzesbeschwerde auf das bürgerliche Recht einwirkten. Insofern kann in Bezug auf das Familienrecht schon bisher von

auch die Sonderprivatrechte Arbeits- und Unternehmensrecht sowie das Zivilverfahrensrecht.

C. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers

Eine Untersuchung, die sich den Auswirkungen der Gesetzesbeschwerde auf das Privatrecht widmet, muss notwendig die Frage der Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers ansprechen. Dahinter verbirgt sich eine früher intensiv geführte Diskussion, die seit langem als abschließend geklärt betrachtet werden kann: Die „*Verpflichtungskraft der Grundrechte [erstreckt sich] auf die Gesetzgebung im ganzen, demnach auch auf den Privatrechtsgesetzgeber.*“³⁰ Der VfGH prüft daher privatrechtliche Gesetze, „*ohne an ihrer zivilrechtlichen Natur Anstoß zu nehmen*“³¹ auf ihre Verfassungskonformität. Zu betonen ist, dass die Grundrechtsgebundenheit des Privatrechtsgesetzgebers nicht bedeutet, „*dass die Grundrechte auch Private zu grundrechtskonformem Handeln verpflichten.*“³² Inwiefern die Grundrechte das tun, muss hier auch nicht geklärt werden, weil das Drittwirkungsphänomen auf die Normenkontrolle keinen unmittelbaren Einfluss hat.³³

2. Kontrolle des Privatrechtsgesetzgebers

Im Bereich der Bindung des Privatrechtsgesetzgebers war die Kontrolltätigkeit des VfGH wegen der eingangs erwähnten Gründe nicht besonders eng-

einer stetigen Konstitutionalisierung gesprochen werden; dazu *Schoditsch*, Gleichheit *passim*.

30 *F. Bydlinski* in Rack, Grundrechtsreform 173 (174); *Novak*, EuGRZ 1984, 133 (136).

31 *Novak*, EuGRZ 1984, 133 (136).

32 *Kucsko-Stadlmayer* in Merten ea, HGR VII/1² § 3 Rz 47. Erstaunlich daher OGH 7 Ob 193/04i, wo eine unmittelbare Drittwirkung angenommen wird; krit dazu *Schauer*, Čpvp 1/2010, 17 (20): „*It means nothing less than the direct effectiveness of fundamental rights in private law, which doctrine and court practice generally refuse to accept.*“; auch krit *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1351. Vermutlich war es nicht die Intention des OGH damit in Österreich die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten zu etablieren. Es dürfte wohl gemeint gewesen sein (so wie im Hinweis auf die ältere Judikatur), dass der Gleichheitsgrundsatz die Guten-Sitten-Klausel dahingehend konkretisiert, dass die in Rede stehende Testamentsanordnung als nicht beigesetzt angesehen werden kann, weil sie sittenwidrig ist. Freilich wäre damit nur der Begründungsweg „berichtigt“, nicht jedoch das im Hinblick auf Privatautonomie und Testierfreiheit immer noch bedenkliche Ergebnis. Zu diesem Thema unter vielen *Kubasta*, JEV 2019, 159; *Perner*, EvBl 2019, 921; *Told*, JBl 2020, 748.

33 Mit Nachdruck betonte daher *F. Bydlinski* in Rack, Grundrechtsreform 173 (174), dass mit „*der Drittwirkungsproblematik im Sinne der einschlägigen Diskussion [...] die Grundrechtsbindung auch des Privatrechtsgesetzgebers wenig zu tun hat.*“

maschig. Durch den Parteiantrag auf Normenkontrolle kommen wesentlich mehr Privatrechtsnormen auf den Prüfstand der Verfassung. Die Gründe dafür zeigt eine Rekapitulation der bereits vor der Parteiantragsmöglichkeit implementierten Antragsmöglichkeiten.³⁴

a) Gerichtsantrag

Solange wie beim Gerichtsantrag (Art 89 B-VG) die Initiative vom Gericht ausgehen musste,³⁵ hatten die Parteien nur die Möglichkeit, auf verfassungsrechtliche Bedenken hinzuweisen. Die Vorlage an den VfGH konnte beim Gericht also nur angeregt werden, ein subjektives Antragsrecht ging damit gerade nicht einher.³⁶ In der Literatur wurde betont, dass die Zivilgerichte davon „in den Kernbereichen des Zivil[rechts][...] kaum Gebrauch machen“³⁷, sodass auch von einer „Krypto-Verfassungsrechtsprechung“³⁸ in der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Rede war.

Für diese Zurückhaltung der ordentlichen Gerichte bei der Antragstellung wurden in der Literatur verschiedene Gründe genannt, die nicht unbedingt rechtlicher, sondern eher rechtssoziologischer Natur waren.³⁹ Angesichts der in den letzten Jahren zunehmenden Sensibilisierung der ordentlichen Gerichte für Grundrechtsfragen und des mittlerweile konstatierten „Kooperationsverhältnisses“⁴⁰ zwischen OGH und VfGH können die genauen Gründe allerdings dahingestellt bleiben. Nicht ganz unschuldig könnte indes auch der VfGH selbst gewesen sein: In Bezug auf die Zulässigkeit von Normprüfungsanträgen verfolgt der VfGH eine äußerst strenge Linie.⁴¹ Das Risiko einer Zurückweisung des Antrages ist dementsprechend hoch und wird von den antragstellenden Gerichten vielleicht nur ungern in Kauf genommen.⁴² Für Abweisungen trifft dasselbe zu: Ficht der OGH an und weist der VfGH den Antrag als unbegründet ab, mag das am Selbstverständnis des anfechtenden Gerichts rütteln, das „ja mit der

34 Die abstrakte Normenkontrolle kann aufgrund ihrer geringen Bedeutung im Bereich des Privatrechts ausgeklammert werden.

35 Art 140 Abs 1 Z 1 lit a iVm Art 89 Abs 2 B-VG.

36 *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 400; *Muzak*, B-VG⁶ Art 89 Rz 8; *Zußner* in Kahl ea, Art 89 B-VG Rz 1.

37 *Holoubek* in *Merten*, Verfassungsgerichtsbarkeit 85 (105); so auch *Berka*, RZ 2008, 114 (119).

38 Diesen plakativen Ausdruck verwendet *Funk* (in FS Klecatsky 287 [311]) aufgrund des Umstandes, dass die Gerichte selten von ihrem Antragsrecht Gebrauch machten; ebenso *Schoditsch*, Grundrechte und Privatrecht Fn 1177.

39 Für eine eingehende Analyse siehe *Frank*, Gesetzesbeschwerde 27.

40 *Holoubek* in *Kodek*, Zugang 83 (92); *Schoditsch*, ÖJZ 2018, 381 (382).

41 *Frank*, Gesetzesbeschwerde 29 mwN; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 400.

42 Insb die Judikatur zur Eingrenzung des Anfechtungsgegenstandes wurde dabei in der Lehre als zu streng kritisiert; siehe dazu *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 400.

*angefochtenen Bestimmung und ihrem rechtlichen Umfeld besonders vertraut*⁴³ ist.

Die Gefahr, die mit einer zurückhaltenden Antragstätigkeit einhergeht, ist, dass die ordentlichen Gerichte verfassungsrechtliche Zweifelsfragen in Form einer „eigenständigen“ Prüfung⁴⁴ oder einer extensiven Anwendung der verfassungskonformen Interpretation selbst „lösen“.⁴⁵ Beide Möglichkeiten sind im Hinblick auf das Normverwerfungsmonopol des VfGH und die Verpflichtung, zweifelhafte Normen dem VfGH vorzulegen, nicht unbedenklich, wobei auch der VfGH selbst teilweise sehr extensiv verfassungskonform interpretiert.⁴⁶

b) Individualantrag

Legte das ordentliche Gericht, bei dem die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Norm deponiert wurden, das Gesetz nicht dem VfGH vor, weil es die Bedenken nicht teilte, bot auch der Individualantrag auf Normenkontrolle keine Abhilfe. Ein Individualantrag kann nämlich nur dann gestellt werden, wenn das angefochtene „*Gesetz ohne Fällung einer gericht-*

43 Walter, RZ 1999, 58 (60).

44 Zwar ist nicht zu leugnen, dass die ordentlichen Gerichte eine Norm, gegen die verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, zunächst selbst „vor-prüfen“ (siehe Frank, Gesetzesbeschwerde 29 und Haller, Prüfung 155). Das ordentliche Gericht darf allerdings nicht „*ausführliche, die verfassungsgerichtliche Prüfung praktisch supplierende Begründungen*“ (Schäffer, Verfassungsinterpretation 179; vgl zB OGH 4 Ob 101/89, 2 Ob 156/15b, 1 Ob 183/16t; weitere Bsp bei Bezemek, JRP 2007, 303; dazu auch Fister, in Grabenwarter ea, Verfassungsgerichtsbarkeit 211 [218]) geben, warum die Norm verfassungskonform sei, da es sich sonst verfassungsgerichtliche Kompetenzen anmaßen würde (Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit 126; zu diesbezüglichen Fällen siehe Wimmer, ZöR 2013, 417 [432 ff]). Grabenwarter in FS Bydliniski 295 (309) verneint jedenfalls den pauschalen Vorwurf, der OGH würde in das Normenkontrollmonopol des VfGH eingreifen (zum diesbezüglichen Vorwurf siehe Schoditsch, Grundrechte und Privatrecht 217 ff).

45 Wendet ein ordentliches Gericht die verfassungskonforme Auslegung gegen den Wortlaut des Gesetzes an, maß es sich Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers an, was unterschiedslos auch für den VfGH gilt (siehe dazu auch die nachfolgende Fn). Wenden die ordentlichen Gerichte die verfassungskonforme Interpretation demgegenüber *extensiv* an, um dadurch Bedenken gegen die Verfassungswidrigkeit einer Norm auszuräumen, wird dadurch der „*Normerhaltung Vorrang vor der Normbereinigung*“ (Khakzadeh-Leiler, Grundrechte 402) eingeräumt. Siehe dazu auch Frank, Gesetzesbeschwerde 28 und Jabloner, ÖJZ 1998, 161.

46 Die im „Doppelresidenz-Erkenntnis“ (VfSlg 20.018/2015 = EF-Z 2016, 35 [krit Khakzadeh-Leiler]) vom VfGH vorgenommene verfassungskonforme Interpretation wurde etwa von Beck, iFamZ 2015, 264 (267) als Auslegung über den äußersten Wortsinn hinaus und daher als Anmaßung gesetzgeberischer Kompetenzen kritisiert. Das Erkenntnis hat in der Lit überwiegend Kritik erfahren: Fischer-Czermak, EF-Z 2019, 250 (252); Schoditsch, ÖJZ 2019, 801 (802).

lichen Entscheidung [...] für diese Person wirksam geworden ist.“⁴⁷ Der Individualantrag bietet daher Verfahrensparteien zivilgerichtlicher Verfahren keine Möglichkeit, die verfassungsrechtlichen Bedenken an den VfGH dennoch heranzutragen, da ein Individualantrag unzulässig ist, wenn bereits ein gerichtliches Verfahren anhängig ist (oder anhängig war), das den Betroffenen Gelegenheit bietet (bzw bot), eine amtswegige Antragstellung an den VfGH anzuregen.⁴⁸

Auch außerhalb eines anhängigen Verfahrens trägt der Individualantrag nur bedingt zur Kontrolle der Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an die Verfassung bei:⁴⁹ Der Individualantrag ist nur dann zulässig,⁵⁰ wenn ein anderes gerichtliches Verfahren, im Rahmen dessen ein Antrag auf Normprüfung angeregt werden kann, fehlt oder ein bestehender Rechtsweg unzumutbar ist.⁵¹ Solange Antragsteller:innen also ein ordentliches Gericht anrufen, dort ihre verfassungsrechtlichen Bedenken äußern und so darauf hinwirken können, dass das Gericht beim VfGH einen Antrag auf Aufhebung des Gesetzes stellt oder die Parteien selbst einen Parteiantrag stellen können, ist der Antrag daher unzulässig.⁵² Die dadurch entstehende „Lücke“ im verfassungs-

47 Art 140 Abs 1 Z 1 lit c.

48 ZB VfSlg 13.871/1994, 15.786/2000, 17.110/2004, 17.276/2004, 18.370/2008; siehe auch *Schäffer/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG Rz 57.

49 Siehe aber etwa die durch Individualanträge initiierten Normenkontrollverfahren zu § 4 FAGG (VfSlg 20.209/2017 = JBl 2018, 170 [*Zöchling-Jud/Schamberger*] = ZIIR 2018, 55 [*Thiele*]; dazu noch unten im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot II.D.2.), § 27d Abs 1 Z 6 KSchG (VfSlg 20.355/2019) und zu Bestimmungen des Ges-AusG 2012 (VfGH 5.3.2012, G 13/12).

50 Zu den Voraussetzungen siehe etwa *Muzak*, B-VG⁶ Art 139 Rz 8ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ Rz 1019ff.

51 Unzumutbar ist es nach der Rsp allerdings, erst durch das Setzen eines rechtswidrigen Verhaltens einen Prozess provozieren zu müssen: VfSlg 11.853/1988 (Provokation eines Verwaltungsstrafverfahrens bzw eines Wettbewerbsprozesses unzumutbar), 12.379/1990 (kein zumutbarer Umweg über Zuwiderhandeln gegen eine Verbotsnorm), 13.659/1993 (keine Zumutbarkeit der Beschreitung des Klagsweges durch rechtswidriges Verhalten), 13.725/1994 (Setzung von verbotenem Verhalten unzumutbar); VfGH 9.10.2015, G 164/2014 (Verstöße gegen die verwaltungsstrafrechtlich sanktionierten §§ 4 Abs 1 und 14 FAGG nicht zumutbar; ident VfGH 14.3.2017, G 14/2016); VfSlg 20.285/2018 („§§ 4 Abs 2 und 4a VZKG sind für sich genommen zwar nicht verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Es besteht allerdings kein zumutbarer Weg darin, bewusst gegen die angefochtenen Bestimmungen zu verstoßen [...], um damit ein Zivilverfahren auf Grund der Klage eines Verbrauchers oder eines Verbraucherschutzverbandes nach § 28a KSchG zu provozieren.“), 20.355/2019 („Insbesondere ist es nicht zumutbar [...] eine Verbandsklage gemäß §§ 28a iVm 29 KSchG zu provozieren.“); siehe dazu auch *Schäffer/Kneibs* in *Kneibs/Lienbacher*, Art 140 B-VG Rz 57.

52 *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 140 Rz 46; VfGH 11.6.2019, G 42/2019. Darüber hinaus fordert der VfGH einen unmittelbaren Eingriff in die Rechtssphäre. Sowohl die unmittelbare Eingriffswirkung als auch die Umwegsunzumutbarkeit werden vom VfGH zudem restriktiv gehandhabt (*Frank*, Gesetzesbeschwerde 31; *Jabnel* in *Merten* ea, HGR VII/1² § 22 Rz 39).

gerichtlichen Rechtsschutzsystem im Bereich der Justiz wurde schließlich durch den Parteiantrag auf Normenkontrolle geschlossen.⁵³

c) „Schlussstein“ Gesetzesbeschwerde?

Auch wenn die Gesetzesbeschwerde als „Schlussstein“ der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle bezeichnet wird,⁵⁴ bleibt zu betonen, dass es in Österreich keine umfassende „Verfassungsbeschwerde“ gibt. Eine verfassungsgerichtliche Kontrolle von Entscheidungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit („Urteils-Verfassungsbeschwerde“ nach deutschem Vorbild), deren Für und Wider hier nicht weiter diskutiert werden muss,⁵⁵ wollte der Gesetzgeber explizit nicht und entschloss sich daher nur für die Gesetzesbeschwerde.⁵⁶

Damit unterscheiden sich die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Akte der ordentlichen Gerichtsbarkeit markant von jenen der Verwaltung(sgerichtsbarkeit), wo es eine Entscheidungsbeschwerde gibt.⁵⁷ Schon deshalb ist die Einwirkungsintensität der Verfassung auf das Privatrecht geringer. Ein zweiter Grund ist, dass die im Rahmen der „Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit“ vorgebrachten Rechtsfragen dem VfGH immer wieder Anlass geben, aus eigenem, also inzident Normprüfungsverfahren einzuleiten. Auch diese im Rahmen der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit entstehende „Beschaffungsmöglichkeit“ von überprüfbarem Normmaterial gibt es für das Privatrecht nicht. Die Einwirkungsmöglichkeit der Verfassung auf das Privatrecht ist damit nach wie vor eingeschränkter als im öffentlichen Recht.

3. Gang der Untersuchung

Die weitere Untersuchung gliedert sich in drei Teile. Zunächst wird das verfassungsrechtliche Erfordernis ausreichender Bestimmtheit zivilrechtlicher Gesetze erläutert (II.). In Teil III. wird das Verhältnis von Gleichheits-

53 Zur teilweise heftig geführten Diskussion vor Einführung des Parteiantrages siehe etwa *Benn-Ibler*, JRP 2008, 8; *Bezemek*, ÖJK, Staatsreform 64; *Jablonek* in FS Machacek/Matscher 218; *Jestaedt*, JRP 2013, 110; *Kodek*, ÖJZ 2008, 216; *Robrer/Kuras*, ÖJZ 2012, 529; *Schröder*, RZ 2012, 157.

54 Bericht über den Vortrag des Präsidenten des VfGH *Holzinger* auf dem ÖJT (ÖJZ 2012, 481); *Frank*, Gesetzesbeschwerde 16; *Pöschl*, RZ 2017, 56 (58); *Rohregger*, RZ 2017, 66 (66); ausdrücklich dagegen *Robrer/Kuras*, ÖJZ 2012, 529.

55 Siehe dazu *Frank*, Gesetzesbeschwerde 189 ff; vgl allerdings VfSlg 20.085/2016, wo der VfGH explizit die Verfassungskonformität einer Rechtsprechungslinie des OGH (analoge Anwendung von § 21 ZPO) bejaht und auch in den Spruch aufnimmt.

56 Der Grundrechtsschutz bleibt damit weitgehend den ordentlichen Gerichten überantwortet. Letztinstanzliche Entscheidungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterliegen somit keiner weiteren innerstaatlichen Kontrolle, sondern nur mehr der Überprüfung durch den EGMR.

57 Art 144 Abs 1 B-VG.

grundsatz und Privatrecht untersucht, in Teil IV. wird die für das Privatrecht zentrale Eigentumsgarantie thematisiert. Die Gliederung anhand der verfassungsrechtlichen Kategorien anstelle von privatrechtlichen Untermaterien⁵⁸ ist aus Sicht des Privatrechts nicht unbedingt naheliegend, sie führt aber dazu, die Strukturfragen besser auch aus der Perspektive des öffentlichen Rechts betrachten zu können. Der „*Vorrang der Verfassung*“ und die „*Eigenständigkeit des Privatrechts*“⁵⁹ kommen so am besten zur Geltung. Der Einbezug des gesamten vom VfGH geprüften privatrechtlichen Normmaterials stellt zudem sicher, dass die Frage nach der Konstitutionalisierung des Zivilrechts konkreter Gestalt annimmt. Im letzten Teil der Arbeit (V.) werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst.

58 Konstitutionalisierung des Schuldrechts, Sachenrechts, Erbrechts, etc.

59 So der (vollständige) Titel von *Ruffert*, *Vorrang passim*.