

Welche Erwartungen darf der Gesetzgeber nicht enttäuschen?

Anmerkungen zum Thema: Vertrauensschutz durch Verfassungsrecht

Von a. Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn (Klagenfurt)

Gesetzesänderungen beeinträchtigen oft Erwartungen der Normadressaten. Fraglich ist dann, inwieweit solche Änderungen verfassungsrechtlich unzulässige Eingriffe in die Erwartungshaltungen sind. Der VfGH hat dazu in den letzten Jahren in mehreren, zum Teil aufsehenerregenden Entscheidungen Stellung genommen, zB betreffend Politikerpensionen, Ruhensbestimmungen für Beamte, Steuergesetze.¹⁾ Nunmehr hat Thienel, Dozent in Wien, eine Untersuchung zum Thema Verfassungsrecht und Vertrauensschutz vorgelegt.²⁾ Sie ist die erste österreichische Monographie zu diesem Thema. Sie verdient deshalb und wegen ihres Inhaltes besondere Beachtung — in Anbetracht der Bedeutung des Themas für das Sozialversicherungsrecht gerade auch bei den Lesern dieser Zeitschrift. Die Thesen Thienels bilden hier Anlaß wie Ausgangspunkt für die folgenden, als Rezensionsaufsatz konzipierten Anmerkungen und Überlegungen zum Thema Vertrauensschutz durch Verfassungsrecht.³⁾

Im ersten Hauptteil geht Thienel kritisch auf bisherige Judikatur und Lehre ein, die aus dem Gleichheitssatz Schranken für das Vertrauen beeinträchtigende Gesetzesänderungen abzuleiten sucht. Eingangs erhebt der Verfasser die Forderung, streng zwischen dem Problem des Vertrauensschutzes und dem Problem der Rückwirkung von Gesetzen zu unterscheiden (S 19 ff). Von Rückwirkung solle man nur sprechen, wenn das Gesetz vor seinem Inkrafttreten verwirklichte Sachverhalte anders beurteilt als vorher. Die Rückwirkung; gleichgültig ob begünstigend oder belastend, sei nur am Gleichheitssatz zu messen. Das Problem des Vertrauensschutzes stelle sich hingegen nur bei belastenden Gesetzen, dafür aber nicht nur bei rückwirkenden, sondern auch bei anderen, die bereits getroffene (etwa wirtschaftliche) Dispositionen der Bürger „bloß“ ab dem Inkrafttreten beeinträchtigen. Nur hierfür gelten die speziellen Regeln des Vertrauensschutzes. Ein rückwirkendes und überdies Erwartungshaltungen beeinträchtigendes Gesetz sei daher an zwei Maßstäben zu messen. Das ist wohl im Ansatz überzeugend, offen bleibt aber, ob die Kombination von Rückwirkung und Enttäuschung der Dispositionen dem Problem nicht doch besondere Akzente setzt, die sich auf den Prüfungsmaßstab des Vertrauensschutzes auswirken. Die Gleichheitswidrigkeit der Rückwirkung ergibt sich hier häufig erst aus der Enttäuschung der Erwartung.⁴⁾

Die weiteren Ausführungen des ersten Hauptteiles kritisieren zum Teil recht heftig die bisherigen Bemühungen von Judikatur und Lehre, im Rahmen des Gleichheitssatzes verfassungsrechtlich schutzwürdige von nicht schutzwürdigen Erwartungen zu unterscheiden. Thienel verwirft im Grunde alle vorgetragenen Kriterien, weil sie nicht aus „objektiven normativen Maßstäben“ ableitbar seien. Auch die vom VfGH wiederholt herangezogene „Schwere des Eingriffs“ ist für Thienel — hier noch — kein solcher Maßstab. Und auch das Erfordernis, Eingriffe in schutzwürdige Erwartungshaltungen müßten verhältnismäßig sein, insb in bezug zu den hinter dem Eingriff stehenden öffentlichen Interessen, entbehre im Rahmen des Gleichheitssatzes der dogmatischen Grundlage; das Verhältnismäßigkeitsgebot könne nämlich nicht aus dem Gleichheitssatz abgeleitet werden. Der Versuch einer „Destruktion“ des Bisherigen mündet in die Aussage, die bisherigen Überlegungen des VfGH „enden in einem rational nicht nachvollziehbaren Dezisionismus . . .“ (S 40).

Im zweiten, gleichsam konstruktiven Hauptteil unternimmt es Thienel, bessere Lösungen vorzutragen. Zuerst umschreibt er den Vertrauenstatbestand: „Das Problem des Vertrauensschutzes stellt sich immer dann, wenn eine Person aufgrund einer bestimmten Rechtslage eine auf Dauer angelegte Disposition trifft, die dadurch frustriert wird, daß vor (vollständigem) Eintritt der ursprünglich vorgesehenen Rechtsfolgen die Rechtslage so verändert wird, daß der Erfolg nicht — oder nicht im vollen Umfang — eintritt“ (S 41, 65). Thienel plädiert — in Anlehnung an deutsches Vorbild — sodann für eine zweistufige Vorgangsweise: Zuerst ist zu prüfen, ob die betroffene Erwartungshaltung von einem speziellen Grundrecht geschützt ist; ist dies nicht der Fall, so ist zu untersuchen, ob ein Verstoß gegen den „allgemeinen“ Vertrauensschutz vorliegt. Dieser Ansatz bedeutet aber nicht nur ein Festmachen der Prüfung an verschiedenen Normen, er führt — jedenfalls bei Thienel — auch zu einem beträchtlich stärkeren Schutz jener Erwartungen, die von einem speziellen Grundrecht erfaßt sind!

Es ist klar, daß manche speziellen Grundrechte auch den Effekt haben, Verhaltenserwartungen zu schützen. Besonders deutlich ist das beim Grundrecht auf Eigentum, auch wenn man keine verfassungsrechtliche Entschädigungspflicht annimmt. Der vertrauensschützende Effekt dieses Grundrechts ist natürlich größer, wenn man den Schutzbereich auch auf öffentlich-rechtliche vermögensrechtliche Positionen ausdehnt, wofür Thienel plädiert (ohne den dann wohl erforderlichen Zusatz, daß die Position durch eigene Leistungen erworben sein muß). Als Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht qualifiziert er etwa die nachträgliche Einführung von Ruhensbestimmungen (S 82; der VfGH sah hier nur Gleichheitswidrigkeit) sowie das Auslaufen der Realapothekenkonzession.⁵⁾

¹⁾ Vgl zB VfGH 1987/VfSlg 11.308 (Politikerpension); 1988/VfSlg 11.665 (Ruhe von Beamtenpensionen); 1989/JBl 1990, 167 (rückwirkendes Steuergesetz).

²⁾ Rudolf Thienel, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht, Juristische Schriftenreihe Band 30, Österreichische Staatsdruckerei, 1990, 8S 215, —.

³⁾ Seitenangaben im Text beziehen sich daher auf das genannte Werk Thienels.

⁴⁾ So mE zB in VfGH 1989/JBl 1990, 167 zu § 23a EStG 1973. Vgl auch jüngst VfGH 6. 3. 1992, G 309/91 = Jusextra 1992/720 zur faktisch rückwirkenden Verringerung der Investitionsrücklage.

⁵⁾ Anders VfGH 1987/VfSlg 11.402 — ein sehr atypischer Fall.

Weitere Probleme bieten etwa die Rückwidmung ohne wirklichen Grund gewidmeten Baulandes oder jene — vom OGH jüngst angefochtene — Bestimmung des ÖIAG-FinanzierungsG, mit dem die Wertanpassung von VÖEST-Vertragspensionen für einige Jahre ausgesetzt wurde. Weiters mißt *Thienel* der Erwerbsfreiheit besondere Bedeutung für den Vertrauensschutz bei. Problematisiert wird hier etwa die nachträgliche Einführung neuer Qualifikationsanforderungen, die von bereits Berufstätigen nicht mehr erfüllt werden können, oder der Entzug von Berufsberechtigungen für Absolventen einer bestimmten Ausbildung. Diese und ähnliche Einschränkungen der Berufsfreiheit^{5a)} sind allerdings auch nach *Thienel* verfassungsgemäß, wenn sie verhältnismäßig sind. Verfassungswidrige Eingriffe in die Erwerbsfreiheit sieht der Verfasser (wiederum) in der nachträglichen Einführung von Ruhensbestimmungen und im Auslaufen der Realapothekenkonzession.

Die Ausführungen zu den beiden erwähnten, aber auch zu den anderen vom Verfasser im Zusammenhang genannten Grundrechten — zB Achtung des Familienlebens, Vereinsfreiheit, Wohnsitzfreiheit — bleiben etwas blaß, weil *Thienel* die Bedeutung der Grundrechte für den Vertrauensschutz nur an wenigen Beispielen abhandelt. Gerade solche Fragen gewinnen aber erst am konkreten Beispiel Farbe, und erst am Beispiel zeigen sich Angemessenheit und Brauchbarkeit abstrakt formulierter Konzepte und Methoden. So wäre durchaus interessant zu erfahren, wie der Verfasser etwa den Abbau langjähriger Marktordnungen mit Abnahmegarantie, die Beseitigung von Studienzeiten als Ersatzzeiten,⁶⁾ den Eingriff in bestehende Mietverträge zu Lasten von Vermieter oder Mieter oder einen allfälligen Abbau von Wohnbauförderungen (zB durch einseitige Erhöhung der Rückzahlungsraten geförderter Kredite) im Hinblick auf die damit enttäuschten Erwartungshaltungen anhand „objektiver normativer Maßstäbe“ beurteilen würde. Grundrechtsdogmatisch ist noch festzuhalten, daß *Thienel* den vertrauensschützenden Gehalt der speziellen Grundrechte — durchaus zutreffend — im jeweiligen Grundrechtsinhalt selbst sucht bzw sieht und nicht etwa in einer zusätzlichen, gleichsam von außen kommenden Schranke für einfachgesetzliche Eingriffe (S 51 ff).

Danach folgen Ausführungen zum allgemeinen Vertrauensschutz. Es geht hier primär um jene Verhaltenserwartungen, die von keinem speziellen Grundrecht erfaßt sind. Zutreffend lehnt es der Verfasser ab, einen allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleiten. Auch *Thienel* sieht die Grundlage vielmehr im Gleichheitssatz. Nachdrücklich fordert er, daß (auch) die für den Vertrauensschutz hier erforderlichen Wertungen nur aus dem positiven Recht, und hier wiederum aus dem Verfassungsrecht (und nicht etwa aus dem System des einfachen Gesetzesrechts), gewonnen werden müßten. Bei der Suche nach verfassungsimmanenten Wertungen für den Vertrauensschutz im Rahmen des Gleichheitssatzes legt *Thienel* nun überzeugend dar, daß es hier um eine Frage des Differenzierungsgebotes gehe: Ungleiches ist ungleich

zu behandeln. Die Gleichheitswidrigkeit einer Gesetzesänderung, die Verhaltenserwartungen beeinträchtigt, „kann nur darin liegen, daß jene Personen, die bereits früher disponiert haben, solchen Personen gleichgestellt werden, die erst nach der Änderung disponieren“ (S 65). Das liegt schon einschlägigen Entscheidungen zugrunde. HA ist (auch), daß nur wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen den Gesetzgeber zu einer unterschiedlichen Regelung verpflichten (können). Die Diskussion um den näheren Gehalt des Differenzierungsgebotes hat allerdings jedenfalls in Österreich noch wenig Konkretes gebracht.

Hiezu entwickelt nun *Thienel* ebenso interessante wie beachtliche Thesen. Er füllt das Differenzierungsgebot mit Inhalt, indem er auf das liberale und das rechtsstaatliche Prinzip der Verfassung Bezug nimmt. Durch die Kombination dieser beiden Leitvorstellungen gewinnt er eine Schranke für die Beeinträchtigung von Erwartungshaltungen. Die Grundrechtsordnung und damit das liberale Prinzip zeigen, daß gerade die Selbstbestimmung bei den wesentlichen Lebensentscheidungen besonderem Schutz gegenüber staatlichen Eingriffen unterstellt ist. Und aus dem Rechtsstaatsprinzip folge, daß sich die Bürger auch bei diesen essentiellen Lebensentscheidungen an der Rechtsordnung orientieren sollen (sollen orientieren können). Ein Vertrauensschutz bei Änderung der Gesetzeslage ist danach dann, aber auch nur dann geboten, „wenn es um jene für die individuelle Lebensgestaltung wesentlichen Entscheidungen geht“, die im Leben des einzelnen nicht oder kaum revidierbar sind (S 68). Und „nur bei solchen Regelungen, durch die die ursprüngliche Entscheidung praktisch unterlaufen und ihrer intendierten Konsequenzen beraubt wird“, ist eine Differenzierung — und damit Vertrauensschutz — geboten. Darin ist auch die Aussage enthalten, daß das Differenzierungsgebot „nur bei ganz besonders schwerwiegenden Beeinträchtigungen von Erwartungshaltungen zum Tragen“ kommt (S 69). Der Gleichheitssatz schützt daher nach *Thienel* weitaus weniger Erwartungshaltungen als nach der Judikatur. So verstößt etwa die nachträgliche Einführung von Ruhensbestimmungen nach *Thienel* nicht gegen den Gleichheitssatz.

Beachtenswert sind auch die Ausführungen des Verfassers zum Übergangsrecht. Entgegen einer verbreiteten Auffassung, die stets „abfedernde“ Übergangsbestimmungen fordert (Postulat allgemeiner „Übergangsgerechtigkeit“), vertritt *Thienel* die Auffassung: Verhaltenserwartungen schützende Übergangsbestimmungen sind nur dort erforderlich, wo die gesetzliche Regelung ohne Übergangsbestimmung verfassungswidrig wäre (S 76). Auch hier kann er auf gleichsinnige Judikatur verweisen. Fraglich bleibt allerdings, ob man die Erforderlichkeit von Übergangsbestimmungen wirklich so scharf von der Frage nach der Verfassungskonformität des neuen Rechts trennen kann. So liegt es ja durchaus nahe, bei der von *Thienel* selbst herangezogenen Schwere des Eingriffs in die essentiellen Dispositionen auch darauf abzustellen, wie vom alten zum neuen Recht übergeleitet wird.

Thienels Werk trägt ohne Zweifel dazu bei, die zu Fragen des Vertrauensschutzes erforderlichen Überlegungen zu systematisieren und damit die richtigen Fragen zu stellen. Seine Ausführungen sind allerdings

^{5a)} Vgl dazu jetzt den Einleitungsbeschluß VfGH vom 2. 10. 1991, ecolex 1992, 209 zur Arbeitskräfteüberlassung.

⁶⁾ Billigend VfGH 1991/ecoex 1991, 576.

nicht immer so klar und verständlich, wie es möglich und wünschenswert wäre. Störend ist, daß seine Kritik am Bisherigen im ersten Hauptteil mit dem zweiten Hauptteil nicht optimal zusammenpaßt. Vor allem kehren so manche der im ersten Teil kritisierten Überlegungen später bei *Thienel* selbst wieder — wie das Kriterium der Eingriffsschwere. Aber auch die Frage, ob das geänderte Gesetz befristet oder unbefristet war, und ob in einem Rechtsgebiet häufig oder nur selten Wesentliches geändert wird, müßte in *Thienels* eigenem Konzept relevant sein. Er stellt ja wesentlich darauf ab, daß die Bürger sich bei wichtigen Lebensentscheidungen an der geltenden Rechtslage orientieren (können) müssen. Bei häufiger Änderung von Wesentlichem können die Bürger nämlich schon faktisch nicht auf das Beibehalten des gerade Geltenden vertrauen; man müßte dann gleichsam auf zweiter Ebene prüfen, ob die häufige Änderung von Wesentlichem selbst verfassungskonform war, anstatt die letzte Konstellation als Basis für Vertrauensschutz herauszugreifen. Im Lichte der späteren Ausführungen erweist sich auch das im ersten Hauptteil wiederholt vorgetragene Argument als verfehlt, die Verfassung unterscheide bei der „Bestandskraft“ bzw „Rechtskraft“ von Gesetzen nicht nach den von Judikatur und Lehre bisher verwendeten Kriterien. Natürlich unterscheidet die Verfassung nicht (ausdrücklich) danach — aber schon deshalb nicht, weil sie eine Bestandskraft oder Rechtskraft von Gesetzen weder ausdrücklich noch vom Inhalt her kennt. Begründungsbedürftig ist eben nicht die Zulässigkeit, sondern die Unzulässigkeit von Gesetzesänderungen. Und schutzwürdig ist allenfalls das Vertrauen auf das Weiterbestehen, nicht aber in diesem Zusammenhang schon das Vertrauen auf das Bestehen der geltenden Rechtslage (das Gegenteil ist entgegen S 25 alles andere als naheliegend).

Dies führt zur Grundthese *Thienels* zurück: Die relativ scharfe Differenzierung beim Vertrauensschutz zwischen durch spezielle Grundrechte geschützten Erwartungen bzw Positionen und anderen Interessen, die gegen Gesetzesänderungen allein durch den Gleichheitssatz geschützt werden. Nach *Thienel* ist der Vertrauensschutz bei der erstgenannten Gruppe von Interessen tendenziell größer als der vom VfGH (durch den Gleichheitssatz) gewährte, während der Gleichheitssatz allein nach *Thienel* eindeutig weniger Vertrauensschutz gewährt als nach der Judikatur des VfGH. Kern dieser dogmatischen Differenz ist wohl die Frage, ob der Gleichheitssatz ähnliche Anforderungen enthält wie das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Der VfGH bejaht das im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz, *Thienel* lehnt dies hingegen ab (S 36 ff). Das Verhältnismäßigkeitsgebot läßt sich nach *Thienel* nicht aus dem Gleichheitssatz ableiten, weil es bei der Gleichheit um einen wertenden Fallvergleich, bei der Verhältnismäßigkeit hingegen um eine Bewertung der Rechtsfolgen im Einzelfall gehe. Die an sich zutreffende These, der Gleichheitssatz erfordere einen wertenden Fallvergleich, läßt sich aber nun beim Vertrauensschutz nicht in der üblichen Weise verwirklichen. Auszugehen ist wie gesagt davon, daß Vertrauensschutz durch Gleichheitssatz beim Differenzierungsgebot ansetzt: Wenn es einen zureichenden Grund für die Gebotenheit einer Ungleichbehandlung gibt, dann ist eine Ungleichbehandlung geboten. Im vorliegenden Zusammenhang ist nun aber nicht zu

beurteilen, ob zwei gleichzeitig verwirklichte Sachverhalte bei wertender Betrachtung so verschieden sind, daß der Gesetzgeber sie ungleich behandeln müsse. Im Zusammenhang mit Vertrauensschutz ist vielmehr problematisch, ob der in der Nichtberücksichtigung bestehender Erwartungen liegende *Eingriff* in diese Erwartungen so beschaffen ist, daß er verlangt, jene Bürger anders zu behandeln, in deren Erwartungen eingegriffen wird, als jene Bürger, die bei Inkrafttreten des Gesetzes noch keine einschlägigen Erwartungen haben. Solch eine Konzentration der gleichheitsrechtlichen Beurteilung auf einen Eingriff finden wir aber wohl nur beim Thema Vertrauensschutz. Das rechtfertigt wie erfordert es mE dann, auch beim Vertrauensschutz durch Gleichheitssatz ähnliche Überlegungen anzustellen wie bei der verfassungsrechtlichen Prüfung von Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen, also insb Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit. Und die für den Vertrauensschutz relevanten Fragen und Kriterien lassen sich durchaus in der Terminologie der Verhältnismäßigkeit formulieren: Ist der Eingriff in die Erwartungen geeignet und ist er erforderlich, öffentliche Interessen zu verwirklichen, und ist der Eingriff auch verhältnismäßig i.e.S. Das Schergewicht der Prüfung wird sicher beim dritten Element liegen. Hier sind primär die Bedeutung des für die Gesetzesänderung ins Treffen geführten öffentlichen Interesses mit der Bedeutung der von der Änderung beeinträchtigten Erwartungen (Schwere des Eingriffs) abzuwägen; eine Rolle wird dabei überdies spielen, wie rasch und überraschend die Änderung Platz greift und inwieweit die betroffenen Bürger ihre bisherigen Erwartungen durch neue Dispositionen „retten“ können.

Sowohl die Bedeutung wie die Anwendung der eben genannten Kriterien scheinen nun aber weitgehend unabhängig davon zu sein, ob die betreffende Erwartung gerade durch ein spezielles Grundrecht erfaßt ist oder nicht. Deutlich wird das etwa am Schutz öffentlich-rechtlicher Ansprüche (zB Pensionen aus der Sozialversicherung). Kann das Ausmaß des Vertrauensschutzes hier wirklich davon abhängen, ob man auch öffentlich-rechtliche Ansprüche von der Eigentumsgarantie erfaßt sein läßt? ME ist das sehr zu bezweifeln. Damit wird aber auch die anderslautende Grundthese *Thienels* zweifelhaft. *Thienel* versucht seine Unterscheidung (auch) mit systematischen Überlegungen zu stützen. Es ist nun aber sicher nicht so, daß bei gleich starkem Vertrauensschutz grundrechtlich erfaßter und anderer Erwartungen die besonderen Grundrechtsgewährleistungen überflüssig wären (anders *Thienel*, S 89), schon weil die Grundrechte nicht bloß Erwartungen gegenüber Gesetzesänderungen schützen. Aber auch die schwächere Fassung des systematischen Arguments (S 70) überzeugt wohl nicht. Der Schutz für grundrechtlich nicht besonders erfaßte Erwartungen muß mE nicht schon deshalb geringer sein, weil die Verfassung diese Interessen nicht ausdrücklich schützt. Auch die neue Regelung (nach der Änderung), die ein grundrechtlich geschütztes Gut (zB Erwerbsfreiheit) regelt, hat ja im Hinblick auf das Grundrecht verfassungskonform zu sein. Es bedürfte daher erst des Nachweises, daß die speziellen Grundrechte für die Überleitung von altem zu neuem Recht und damit für die Frage des Vertrauensschutzes besondere Anforderungen enthalten, die über jene Krite-

rien hinausgehen, die sich — wie gesagt — aus dem Gleichheitssatz ergeben. Bei den meisten speziellen Grundrechten scheint dafür wenig zu sprechen.

Weitere Überlegungen sind aber nicht nur zur eben erörterten Grundthese *Thienels*, sondern auch zu anderen Grundfragen des Vertrauensschutzes erforderlich. Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz setzt bei den einfachgesetzlich geregelten Lebensumständen an. Man darf nun nicht übersehen, daß dieser Ansatz notwendigerweise selektiv ist (außer alle relevanten Lebensumstände wären staatlich geregelt — Planwirtschaft). So werden bei diesem Ansatz etwa die Erwartungshaltungen öffentlich Bediensteter notwendig besser gegen Veränderungen ihrer arbeitsrechtlichen Situation geschützt als die vergleichbaren Erwartungen der Arbeitnehmer (AN) privater Arbeitgeber (AG) (auch wenn dort ein Kollektivvertrag Unkündbarkeit vorsieht) — eben weil nur die Arbeitsverhältnisse der ersten Gruppe umfassend gesetzlich geregelt sind. Beim privaten AG setzt überdies stets der Konkurs bzw dessen Möglichkeit die Grenze, während die öffentlichen Kassen — und damit die Belastbarkeit der Steuerzahler — von manchen bekanntlich als unerschöpflich angesehen werden. Dieselbe Selektivität finden wir auch innerhalb (!) grundrechtlich geschützter Interessen, wie zB bei den Berufsvoraussetzungen. Wer einen gesetzlich streng regulierten Beruf ausübt, genießt (nach *Thienel*) gegen spätere Verschärfungen der Qualifikationsanforderungen verfassungsrechtlichen Schutz. Erwartungen jener, die einen gesetzlich nicht näher geregelten Beruf ausüben, bleiben hingegen schutzlos, wenn die Kunden später zu besser qualifizierten Konkurrenten abwandern — obwohl gerade die erste Gruppe stets vor Augen hat, daß die Allgemeinheit an die Qualifikation für ihren Beruf besondere Anforderungen stellt. Die Tatsache, daß bestimmte Lebensumstände gesetzlich näher geregelt sind, belegt also nicht zwingend, daß die Erwartungen der Adressaten hier schützenswerter sind als bei Fehlen einer Regelung.⁷⁾

Weiters ist wohl zu bedenken, inwieweit es überhaupt möglich ist bzw wäre, die grundlegenden Lebensentscheidungen auch nur für einen Großteil der Staatsbürger wirklich abzusichern. Gerade in einer Gesellschaft, die in großen Bereichen auf Privatautonomie und Marktwirtschaft gründet, gehört die Enttäuschbarkeit von Erwartungen auch in wichtigen Fragen zu den konstituierenden Merkmalen des Systems (und in einer Planwirtschaft ist es nur zum Schein anders). Sicherheit ist also gesamtgesellschaftlich kein beliebig vermehrbares Gut, und dies sowohl aus ökonomischen Gründen wie aus Gründen der Freiheitssicherung. Jede über ein gewisses, generalisierbares Grundaussmaß hinausgehende Absicherung der einen erhöht daher wohl notwendig die Unsicherheit der anderen; diese müssen dann die verlagerte Unsicherheit zusätzlich tragen. Beispiele dafür lassen sich leicht finden: Je mehr AN auf Lebenszeit unkündbar gestellt werden, desto schwerer wird für die anderen die Suche nach einem Arbeitsplatz. Und die staatliche Absicherung einiger Eigentümer gegen ökonomische Risiken belastet die anderen (Steuerzahler) zusätzlich mit diesem Risiko; so ist es etwa bei Staatsgarantien für Bankeinlagen oder wenn den Tankstellenbe-

treibern an einer Bundesstraße bei Verlagerung des Verkehrs auf die neue Autobahn Entschädigung gezahlt wird (ein Teil der Lehre bejaht hier sogar eine verfassungshohe Entschädigungspflicht). Gerade dem liberalen Baugesetz unserer Verfassung ist aber wohl immanent, daß zu Eigentum und Erwerbsfreiheit auch die entsprechenden (angemessenen) Risiken gehören — „Die liberale Ideologie enthält ein verdecktes Programm für die Umstellung der Gesellschaft auf Risiken.“⁸⁾

Das führt zu der Einsicht, daß gerade auch beim verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz jene Gründe stark berücksichtigt werden müssen, die für die Gesetzesänderung streiten — und zwar über das bei *Thienel* verbal zum Ausdruck kommende Maß hinaus. Mangels besseren Ausdrucks wird man diese Gründe als öffentliches Interesse oder Staatsinteresse bezeichnen. Bedeutung hat das naheliegenderweise (entgegen weitverbreiteter Lehre) auch und besonders für die Eigentums-garantie. Kann wirklich ein Unternehmer, der eine gentechnologische Fabrik mit behördlicher Bewilligung errichtet hat, später Entschädigung verlangen, wenn diese Fabrik aufgrund einer Gesetzesänderung geschlossen werden muß, weil die Fabrik und deren Produkte nun als für die Allgemeinheit besonders gefährlich erkannt werden — während ein Unternehmer, dessen Investition mangels interessierter Käufer sich als Fehlschlag erweist, das Risiko selbst tragen muß? Ist die Sozialisierung des Unternehmerrisikos im ersten Fall vergleichsweise wirklich gerechtfertigt?⁹⁾ Aber auch bei Änderungen von Gesetzen, die staatliche Leistungen vorsehen, hat das den Eingriff tragende öffentliche Interesse große Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung. Das läßt auch die Judikatur des VfGH immer wieder erkennen. Im Falle einer schwerwiegenden Finanzkrise des Staates wird ja selbst ein noch so starker verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz nicht vor gravierenden Einbußen im Pensionssystem schützen können — eben weil Sicherheit nicht beliebig vermehrbar ist (zumal nüchterne Betrachtung ja schon seit langem festhalten muß, daß Beiträge zur gesetzlichen Pensionsversicherung niemals für die eigene Pension bezahlt wurden, sondern damit immer nur die laufenden Pensionszahlungen finanziert wurden).

Hervorzuheben ist hier noch ein weiterer Aspekt: Das gesamte Konzept des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes soll wie gesagt das Vertrauen auf die einfachgesetzliche Rechtslage schützen. Das stößt sich nun schon etwas mit dem — auch von *Thienel* vertretenen — Postulat, die Kriterien des Vertrauensschutzes müßten aus der Verfassung selbst stammen. Jedenfalls der Inhalt des jeweils Geschützten stammt ja doch unzweifelhaft vom einfachen Gesetzgeber. Daraus wird aber deutlich, daß über den Weg des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes die einfache Parlamentsmehrheit einer bestimmten Wahlperiode in die Lage versetzt wird, erst später gewählte Parlamente und deren Mehrheiten (nicht bloß faktisch, sondern) rechtlich zu beeinflussen! Das Parlament der früheren

⁸⁾ L u h m a n n, Soziologie des Risikos (1991) 80.

⁹⁾ Wegweisend dazu die beiden Entscheidungen des VfGH zum Nachtfahrverbot: JBl 1991, 307; ecolex 1992, 130: Erst die vom Staat selbst „empfohlene“ Anschaffung lärmarmer LKW bewirkte eine Vertrauenslage, die nicht mehr übergangen werden durfte. In JBl 1991, 307 (309) auch eindeutige Aussagen zum Zurücktreten des Vertrauensschutzes bei Gefahren für die Allgemeinheit.

⁷⁾ Das zeigt zB das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung; vgl FN 5a).

Wahlperiode schafft Gesetze, an denen sich dann spätere Parlamente von Verfassungen wegen zu orientieren haben, obwohl es sich dabei nicht um Verfassungsgesetze handelt. Damit gerät der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz in ein Spannungsverhältnis zum demokratischen Prinzip der Verfassung (ähnliches gilt auch für starke Staatsverschuldung). Liberales und rechtsstaatliches Prinzip, die *Thienel* in Anspruch nimmt, gehen dem demokratischen Prinzip aber sicher nicht automatisch vor. Die genannten Prinzipien sind vielmehr gemeinsam zur Geltung zu bringen. Ergebnis des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes darf daher nicht eine Bindung des späteren Parlaments an den Inhalt des früher beschlossenen einfachen Gesetzes sein, sondern nur die Pflicht des späteren

Gesetzgebers, die vorgefundene Rechtslage ausreichend zu berücksichtigen.

Zu manchen, wenn nicht vielen dieser hier nur andeutbaren Überlegungen lassen sich in der Judikatur des VfGH Entscheidungsgründe finden, die in deren Richtung weisen. Da der VfGH aber sinnvollerweise das jeweils anstehende Problem löst und nicht Konzepte entwickelt, handelt es sich eben nur um Ansätze für solch ein Konzept. Aufgabe insb der Lehre ist es auch, diese Ansätze zu „rekonstruieren“. Wie auch *Thienel* betont, könnte aber selbst ein klares verfassungsdogmatisches Konzept die richtige Entscheidung im Einzelfall nicht exakt vorherbestimmen (S 70). *Thienel* hat ohne Zweifel einen wichtigen Beitrag zur Erarbeitung solch eines Konzeptes geleistet.

Aus der Rechtsprechung

Entscheidungsbesprechungen

38.

§§ 115 Abs 1 u 3, 116, 117 Abs 1 ArbVG; § 863 ABGB

1. Den Mitgliedern des Betriebsrates (BR) ist iSd § 116 ArbVG die zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten erforderliche Freizeit unter Fortzahlung des Entgelts zu gewähren. Die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts richtet sich danach, was das BR-Mitglied hätte verdienen können, wenn es während der auch nur teilweisen Freistellung in vollem Umfang gearbeitet hätte (Ausfallprinzip). Dem BR-Mitglied ist somit der mutmaßliche Verdienst zu ersetzen, also das, was es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge — mit anderen Worten: mit überwiegender Wahrscheinlichkeit — bezogen hätte, wenn es die vertraglich vereinbarte Arbeit verrichtet hätte.

2. Dieses Ausfallprinzip gilt auch für variable Entgeltbestandteile (wie Entgelt für Überstunden oder Akkordarbeit), die allerdings dann nicht mehr weiterzuzahlen sind, wenn die Umstände, unter denen sie gewährt wurden, weggefallen sind.

3. Es kommt nicht darauf an, ob das BR-Mitglied gerade wegen seiner BR-Tätigkeit jeweils nicht zu Mehrleistungen hätte herangezogen werden können. Die Unmöglichkeit, weitere Überstunden zu verrichten, kann ihre Ursache in der Tatsache haben, daß gerade wegen der BR-Tätigkeit eine Einteilung zu Überstunden im Hinblick auf die hierfür erforderliche Zeit nicht erwartet werden kann.

4. Andererseits verbieten die zwingenden Bestimmungen der §§ 115—117 ArbVG, einem Mitglied des BR die zur Erfüllung seiner Obliegenheiten zu gewährende Freizeit günstiger zu vergüten als seine Arbeitszeit. Soweit dennoch davon abweichende Vereinbarungen getroffen werden oder sich eine entsprechende faktische Übung eingebürgert hat, die im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung gedeutet werden kann, handelt es sich um unzulässige und daher ungültige Rege-

lungen. Der Betriebsinhaber (BI) darf daher, selbst wenn er Mehrleistungen erbracht hat, künftige Leistungen auf das gesetzliche Maß herabsetzen.

5. Sollte eine sogenannte „Funktionszulage“ (auch) als Überstundenpauschale dienen — eine derartige Vereinbarung wäre grundsätzlich zulässig —, ist zu prüfen, ob dieser behaupteten Pauschale auch eine angemessene, durch die BR-Tätigkeit nicht mehr erbrachte durchschnittliche Überstundenleistung zugrunde lag. Dabei ist es belanglos, ob das BR-Mitglied zur Gänze oder nur zum Teil freigestellt war.

6. Haben allerdings andere Arbeitnehmer (AN), die ebenso wie das BR-Mitglied Überstunden verrichteten, trotz des Nichtanfalls von Überstunden eine Pauschale erhalten, stünde dies auch dem BR-Mitglied als Fortzahlungsanspruch zu.

7. Wurde in zulässiger Weise eine Überstundenpauschale vereinbart, hätte mangels eines entsprechenden Vorbehalts des Widerrufs selbst eine Reduzierung der BR-Tätigkeit keinen Einfluß auf die Höhe des Pauschales.

Oberster Gerichtshof vom 15. Jänner 1992, 9 Ob A 227/91
OLG Linz vom 19. September 1991, 13 Ra 36/91
LG Salzburg vom 11. Jänner 1991, 20 Cga 164/90

Der Kläger (Kl) trat am 7. 3. 1960 als Arbeiter in den Betrieb der damaligen SAG, Niederlassung S, ein. Im Herbst 1977 wurde er zum Vorsitzenden des Arbeiter-BR gewählt. Mit 1. 1. 1986 übernahm die S-H GesmbH und mit 1. 3. 1990 die Beklagte (Bekl) sein Arbeitsverhältnis jeweils mit allen Rechten und Pflichten. Er ist nach wie vor Vorsitzender des Arbeiter-BR. Obwohl er nie freigestellt war, erhielt er im Zusammenhang mit seiner BR-Tätigkeit eine sogenannte „Funktionszulage“ von zuletzt S 3.470.— brutto monatlich. Die Bekl stellte die Zahlung der „Funktionszulage“ unmittelbar nach der Übernahme des Arbeitsverhältnisses ein.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kl die

