



universität
wien

DISSERTATION

„Das demokratische Prinzip als unabänderliches
Verfassungsrecht?“

Verfasser

Mag. Alexander Klingenbrunner

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 7. Juli 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Rudolf THIENEL
ao. Univ.-Prof. Dr. Dieter KOLONOVITS M.C.J.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	8
I. Einleitung	11
II. Grundlagen	12
A. Allgemeines	12
B. Gesamtänderung der Bundesverfassung	12
C. Grundprinzipien der Bundesverfassung und verfassungsrechtliche Grundordnung) ..	13
III. Inhaltliche Annäherung an die bundesverfassungsrechtlichen Strukturprinzipien	15
A. Allgemeines	15
B. Inhaltliche Bestimmung	15
C. Zeitpunkt der Bestimmung	16
1. Historisch erste Verfassung	16
2. Statische oder dynamische Ermittlung der Grundordnung?	18
a) Allgemeines	18
b) Historische Ansätze	18
c) Dynamische Auslegung	19
3. Die Judikatur der VfGH	21
D. Zwischenergebnis	24
IV. Demokratie	28
A. Demokratie als Herrschaftsordnung	28
B. „Wehrhafte“ Demokratie	30
C. Das demokratische Prinzip im B-VG	31
1. Rechtsetzung - Repräsentative Demokratie und Parlamentarismus	31
2. Politische Parteien	34
D. Vollziehung	36
E. Grundrechte mit Demokratiebezug	37
V. Unableitbarkeit eines unabänderlichen Verfassungskernes aus dem positiven Verfassungsrecht	39
A. Allgemeines	39
B. Die Lehre Pernthalers	39
1. „Schranken der Verfassungsdurchbrechung“	39
2. Absolute Unzulässigkeit materieller Verfassungsdurchbrechungen	40
C. Ewigkeitsgarantie für Volkssouveränität und pouvoir constituant insb der Länder	40
D. Willkürverbot für den Gesetzgeber	42
E. Historische Begründbarkeit eines unabänderlichen Verfassungskerns?	43
F. Dynamisches Verfassungsverständnis	43
G. Kritik	44
1. Positivrechtliche Verankerung der vollständigen Abänderbarkeit	44
2. Mangelnde Nachweisbarkeit der Prämissen	46

H.	Verfassungsrechtlich positiviert	Anknüpfungspunkte für die Möglichkeit	
	unabänderlichen Verfassungsrechts		48
	1.	Allgemeines	48
	2.	Art 7 StGG	48
	3.	BVG Neutralität	49
	4.	Art 44 Abs 3 B-VG	49
	5.	VfSlg 16.327/2001	51
	6.	Zwischenresümee	52
VI.	Völkervertragsrechtliche	Anknüpfungspunkte	54
	A.	Allgemeines	54
	B.	Gesamtänderung der Bundesverfassung durch Staatsverträge?	54
	C.	Der Rang der untersuchten Verträge	56
	D.	Art 8 StV von Wien	56
	1.	Regelungsinhalt	56
	2.	Vertragsbeendigung	57
	3.	Sanktionen bei Verletzung	58
	E.	Die EMRK	58
	1.	Rechtsnatur	58
	2.	Regelungsinhalt	58
		a) Art 10 EMRK	59
		b) Art 11 EMRK	60
		c) Art 3 1.ZPMRK	61
	3.	Vertragsbeendigung	62
	4.	Rechtsfolgen bei Verletzung	64
	5.	Urteilswirkungen	64
	F.	Ergebnis	65
VII.	Art 6 EUV – Norminhalt		67
	A.	Allgemeines	67
	B.	Entstehungsgeschichte	67
	C.	Inhalt	68
	1.	Homogenitätsklausel	68
	2.	Methode der Inhaltsbestimmung	69
		a) Allgemeines	69
		b) Anhaltspunkte in der Grundrechtsjudikatur des EuGH	70
		c) Anwendung auf Art 6 EUV	72
		d) Induktive oder deduktive Bestimmung?	73
		e) Zeitpunkt der Bestimmung	74
	3.	Der Demokratiebegriff des Art 6 Abs 1 EUV	76
		a) Allgemeines	76
		b) Ermittlung durch induktiven Rechtsvergleich	77
		c) Unterstützung durch Deduktion	81
		d) Ergebnis	83
VIII.	Sanktionsmechanismus nach Art 7 EUV und Art 309 EGV		84
	A.	Allgemeines	84
	B.	Vorverfahren und Feststellungsverfahren	84

C.	Anhalten und Schwere der Grundsatzverletzung.....	85
D.	Begründungspflicht.....	86
E.	Auswirkungen auf die Mitwirkungsrechte des betroffenen Staates.....	87
1.	Aussetzung von Rechten im EUV.....	87
2.	Aussetzung der Rechte im EGV.....	88
F.	Änderung und Ende der Maßnahmen.....	88
G.	Ergebnis.....	89
IX.	Die Rechtsnatur von Art 6 Abs 1 EUV.....	90
A.	Allgemeines.....	90
B.	Die Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts als Vorbild?.....	90
1.	Unmittelbare Wirkung und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts – Die Judikatur des EuGH.....	90
2.	Rechtsfortbildung durch den EuGH.....	92
a)	Kritik.....	92
b)	Die Sichtweise des EuGH.....	92
c)	Deutungen in der Lehre.....	93
d)	Ergebnis.....	94
3.	Grundsätzliche Übertragbarkeit auf das Unionsrecht?.....	96
4.	Eingeschränkte Jurisdiktion des EuGH als Gegenargument?.....	98
5.	Art 6 Abs 3 EUV als Korrektiv?.....	103
6.	Hinreichende Bestimmtheit von Art 6 Abs 1 EUV?.....	104
C.	Ergebnis.....	106
X.	Das österreichische und das unionsrechtliche Demokratieprinzip im Vergleich.....	108
XI.	Das Verhältnis zwischen EU-Recht und österreichischem Verfassungsrecht.....	111
A.	Allgemeines.....	111
B.	Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den EU-Beitritt Österreichs.....	111
1.	BeitrittsBVG und Folgegesetze.....	111
a)	Allgemeines.....	111
b)	Auswirkungen des EU-Beitritts auf die verfassungsrechtliche Grundordnung.....	113
2.	Einordnung des Unionsrechts in den Stufenbau der Rechtsordnung.....	114
a)	Allgemeines und Gemeinschaftsrecht.....	114
b)	Unionsrecht allgemein.....	115
c)	Offenheit für zukünftige Entwicklungen.....	116
d)	Art 6 Abs 1 EUV.....	119
C.	Gesamtänderung der Bundesverfassung durch spätere Änderungen von Art 6 Abs 1 EUV?.....	120
D.	Gesamtänderung durch Art 7 EUV?.....	121
1.	Allgemeines.....	121
2.	Anwendbarkeit und Maßstabsfunktion der WVK?.....	121
3.	Maßnahmen nach der WVK.....	123
4.	Ergebnis.....	124
XII.	Rechtswirkungen von Art 6 Abs 1 EUV auf das Bundesverfassungsrecht.....	125
A.	Allgemeines.....	125
B.	Positive Wirkungen.....	125

1.	Verpflichtung zu korrigierender Auslegung	125
2.	Maßnahmen zur Wahrung der Verfassungsgrundsätze des Art 6 Abs 1 EUV	126
C.	Negative Verpflichtungen des Gesetzgebers.....	127
1.	Allgemeines.....	127
2.	Unmittelbare Prüfung am Maßstab von Art 6 Abs 1 EUV	128
a)	Vorliegen eines Derogationsverhältnisses?.....	128
b)	Prüfung am Maßstab von Art 6 Abs 1 EUV?.....	130
3.	Subsidiär: Die Regeln des EUV als mittelbarer Maßstab des verfassungsmäßigen Zustandekommens.....	132
a)	Allgemeines.....	132
D.	Korrektive im Unionsrecht.....	136
E.	Ergebnis.....	136
XIII.	Vertragsbeendigung	138
A.	Allgemeines.....	138
B.	Völkerrechtliche Geltungsbeendigung.....	138
1.	Einseitige Beendigung.....	138
2.	Einvernehmliche Beendigung durch Vertrag.....	140
3.	Revision von Art 6 Abs 1 EUV.....	142
C.	Aufhebung der innerstaatlichen Genehmigungsgesetze	142
1.	Allgemeines.....	142
2.	Innerstaatliche Wirkung	143
D.	Notwendiger Rang der innerstaatlichen Rechtsakte.....	144
1.	Gesamtänderung der Bundesverfassung?.....	144
a)	Völkerrechtliche Ebene	144
b)	Aufhebung der Genehmigungsgesetze.....	147
2.	Exkurs: EU-Mitgliedschaft als bundesverfassungsrechtliches Grundprinzip?	148
a)	Der bisherige Meinungsstand.....	148
b)	Kritik	150
c)	Ergebnis.....	151
E.	Exkurs: Weitergeltung als Gewohnheitsrecht bzw allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts?	152
1.	Allgemeines.....	152
2.	Völkerrechtliche Grundsätze im B-VG.....	153
3.	Ergebnis.....	154
XIV.	Ausblick: Verfassungsvertragsentwurf, Reformvertrag von Lissabon und deren Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Grundordnung	156
A.	Allgemeines.....	156
B.	Neuformulierung des Prinzipienkatalogs	157
C.	Erweiterter bzw erstmaliger Anwendungsvorrang?.....	160
1.	Allgemeines.....	160
2.	Auflösung der Säulenstruktur.....	160
a)	Regelung in den Verträgen.....	160
b)	Konsequenzen	161
3.	Sonstige Unbeachtlichkeit der ausdrücklichen Vorrangklausel.....	162
4.	Stärkung der unionsrechtlichen Korrektive.....	163

a)	Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeit	163
b)	Achtungsverpflichtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten	163
c)	Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente	164
5.	Sanktionsverfahren	165
6.	Justiziabilität	165
D.	Revision der Verträge	166
1.	Neuregelung	166
2.	Auswirkungen	167
E.	Austrittsrecht	167
1.	Erstmalige Regelung eines Austrittsrechts	167
2.	Innerstaatliche Durchführung	168
F.	Gesamtänderung?	169
1.	Lehrmeinungen zum Verfassungsvertrag	169
2.	Reformvertrag von Lissabon	170
3.	Ergebnis	171
4.	Die neue Stellung der Homogenitätsklausel	173
5.	Gesamtänderung durch Austrittsrecht?	174
G.	Ergebnis	174
XV.	Schluss	176
A.	Thesen	176
B.	Schlussbetrachtung	179
Anhang	181
Literaturverzeichnis	181
Abstract – Deutsch	195
Abstract – English	196
Lebenslauf des Verfassers	197

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
aE	am Ende
aF	alte Fassung
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
Aufl	Auflage
AV	Vertrag von Amsterdam
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz 1920
BeitrittsBVG	Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BVerfG	(dt) Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des dt Bundesverfassungsgerichts
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVG	Bundesverfassungsgesetz
C	Curia (=Gerichtshof)
dgl	dergleichen
dh	das heißt
dt	deutsch(e/r/s)
DSt	„Der Staat“
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	„Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht“
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuR	„Europarecht“
EuZW	„(dt) Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“
FN	Fußnote
FS	Festschrift

G	Gesetz
GA	Generalanwalt
GelVerkG	Gelegenheitsverkehrsgesetz
gem	gemäß
gg	gegen
GG	deutsches Grundgesetz
GH	Gerichtshof
GOG-NR	Geschäftsordnungsgesetz 1975
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
Hvhbg	Hervorhebung
idF	in der Fassung
idZ	in diesem Zusammenhang
JAP	„Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung“
JB1	„Juristische Blätter“
JÖR	„Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“
JRP	„Journal für Rechtspolitik“
JZ	„(dt) Juristenzeitung“
KFG	Kraftfahrzeuggesetz
KonstNV	Konstituierende Nationalversammlung
lit	litera
Lit	Literatur
LV	Vertrag von Lissabon
mE	meiner Einschätzung
MR	„Medien&Recht“
MV	Vertrag von Maastricht
mwN	mit weiteren Nachweisen
ND	Neu-/Nachdruck
NJW	„Neue Juristische Wochenschrift“
Nr	Nummer
NV	Vertrag von Nizza
NVwZ	„(dt) Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht“
o	oder
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	„Österreichische Juristenzeitschrift“

passim	überall, da und dort
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
RB	Rahmenbeschluss
RL	Richtlinie
Rs	Rechtsache
Rz	Randzahl
Slg	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
sog	sogenannt(e)
StGBI	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz
StV	Staatsvertrag
T	Tribunal (Europäisches Gericht erster Instanz)
VAEU	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Amtliche Sammlung der wichtigsten Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
V-ÜG	Verfassungs-Überleitungsgesetz
VVE	Vertrag über eine Verfassung für Europa
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
Z	Ziffer
ZaöRV	„Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“
ZBJI	Zusammenarbeit in den Bereich Justiz und Inneres
ZfRV	„Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht“
ZfV	„Zeitschrift für Verwaltung“
ZÖR	„Zeitschrift für öffentliches Recht“

I. Einleitung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, ob und in welchem Umfang das bundesverfassungsrechtliche Demokratieprinzip neben seiner innerstaatlichen Bestandsicherung völker- und europarechtlich abgesichert ist. Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist die bundesverfassungsrechtliche Grundordnung.

Vor allem in den vergangenen zehn Jahren hat sich in der Wissenschaft ein von der Judikatur bislang nur am Rande gestreifter Disput um die Frage entwickelt, ob sich aus dem Bundesverfassungsrecht bzw der bundesverfassungsrechtlichen Grundordnung per se bereits gewisse unabänderliche Inhalte¹ ableiten lassen. Es ist daher im Sinne einer vollständigen Darstellung des Gegenstandes dieser Arbeit unumgänglich zu untersuchen, ob die Bundesverfassung unabänderliche Gehalte bzw über den Gesamtänderungstatbestand des Art 44 Abs 3 erster Fall B-VG hinaus geschützte Gehalte kennt, um in weiterer Folge auf völkerrechtliche und europarechtliche Struktursicherungsprinzipien einzugehen. Als europarechtliches Struktursicherungsprinzip ist an erster Stelle Art 6 EUV im normativen Kontext des Rechts der EU von Bedeutung, allerdings ist es geboten, auch Art 8 StV v Wien und Art 3 1. ZPMRK als zwar weniger stark in die staatliche Gestaltungsfreiheit eingreifende, aber ältere Bestimmungen in diese Untersuchung einzubeziehen, da auch sie eine wesentliche demokratisierende Aufgabe haben. Weitere ähnliche Bestimmungen des Völkerrechts – von denen allerdings keine in Verfassungsrang steht – müssen aus Gründen des Umfangs dieser Arbeit außer Betracht bleiben. Wenngleich noch nicht in Kraft getreten bzw gescheitert sind der VVE und der Reformvertrag (LV), als realistische Zukunftsperspektive werden sie im Rahmen dieser Arbeit dennoch ausblicksmäßig behandelt.

Die vorliegende Arbeit ist rechtsdogmatisch angelegt, ihr Gegenstand ist das positive Recht. Aus der Betrachtung werden daher jene dem Recht transzendenten Elemente ausgenommen, sofern sie nicht das positive Recht selbst für maßgeblich erklärt.² Die methodischen Grundlagen dieser Arbeit werden zu Beginn dargestellt, auf sich spezifisch im Zusammenhang mit speziellen Aspekten der Arbeit ergebende methodischen Fragen wird im Verlauf der Arbeit an der jeweiligen Stelle eingegangen.

¹ Ist in dieser Arbeit von nicht abänderbarem Verfassungsrecht die Rede, so ist damit immer die Unabänderlichkeit dieses Rechts unter gleichzeitiger Beibehaltung der rechtlichen Kontinuität zu verstehen. Auf revolutionärem Weg kann hingegen immer neues Recht geschaffen werden, vgl *Dreier in Dreier*, Grundgesetz II, Art 79 III GG Rz 11.

² *Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich, 20.

II. Grundlagen

A. Allgemeines

Jede Verfassung gründet sich auf gewisse Strukturprinzipien, welche die grundsätzlichen Determinanten der Ausgestaltung der konkreten Verfassung sind. Diese Prinzipien betreffen insb die Frage des Staatsaufbaus, der Staats- und Regierungsform, das Verhältnis zu anderen Staaten und grundlegende ideologische Fragen der Staatsgestaltung.³ Es steht außer Streit, dass die Systementscheidung eines Verfassungsgesetzgebers zu Gunsten einer demokratischen Staatsform diesen Strukturprinzipien zuzurechnen ist.

Nähert man sich der österreichischen Bundesverfassung unter dem Aspekt dieser Strukturprinzipien, stößt man vor allem auf drei Begriffe: Die „verfassungsrechtliche Grundordnung“, die „Grundprinzipien der Bundesverfassung“ und die „Gesamtänderung der Bundesverfassung“. Zumeist werden diese Begriffe in Relation zueinander verwendet, nicht selten dient einer der Begriffe als Ausgangspunkt zur Erklärung der jeweils anderen Begriffe.⁴

B. Gesamtänderung der Bundesverfassung

Der Begriff der „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ ist unter den drei genannten der einzige Rechtsbegriff und findet sich in Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG, wonach jede Gesamtänderung der Bundesverfassung vor Beendigung des Verfahrens gem Art 42 B-VG einer (obligatorischen) Volksabstimmung zu unterziehen ist, wohingegen eine Teiländerung der Bundesverfassung nur auf Verlangen eines Drittels der Mitglieder des Nationalrates oder des BR einer (diesfalls fakultativen) Volksabstimmung zu unterziehen ist.

Das B-VG enthält jedoch keine weiteren Anhaltspunkte, wo die Grenze zwischen einer bloßen Teiländerung und einer Gesamtänderung der Bundesverfassung zu ziehen ist, insb ist keine eigene Bezeichnung für teiländerungsfestes Verfassungsrecht vorgehen. Insbesondere die Frage, ob unter einer Gesamtänderung der Bundesverfassung eine Änderung in formell-quantitativer oder in materiell-qualitativer⁵ Hinsicht zu verstehen sei, veranlasste die Lit bereits früh zu der Aussage, dass der Begriff der Gesamtänderung der Bundesverfassung aus eben diesem Grund „in höchstem Maße problematisch“ sei.⁶ *Kelsen/Froehlich/Merkl*

³ *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 69 f, vgl auch *Merkl*, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in *Klecatsky*, Die Republik Österreich, 79.

⁴ Vgl etwa bei *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴, Art 44 B-VG II.2: „Eine Gesamtänderung liegt vor, wenn eine Änderung der verfassungsrechtlichen Grundordnung erfolgt.“

⁵ Vgl zu dieser Terminologie *Gamper*, Die verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem, 25 f.

⁶ *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich V, 124.

verstehen an der zitierten Stelle unter einer Gesamtänderung im materiellen Sinn eine Änderung des in den Verfassungsgesetzen niedergelegten Staatswesens, namentlich der Staatsform und der bundesstaatlichen Organisation. Im formellen Sinn hingegen sei eine Gesamtänderung in der Erlassung eines Gesetzes, durch das das B-VG in seiner Gesamtheit ersetzt werden soll, zu erblicken.⁷ Die Motive zur Entstehung des B-VG lassen diesbezüglich keinen klaren Willen des Verfassungsgesetzgebers erkennen.⁸

In der Folge setzte sich jedoch rasch ein materielles Verständnis des Gesamtänderungsbegriffs durch. Der VfGH äußerte sich erstmals im Jahr 1928 zu dieser Frage und sprach aus, dass der in Art 2 Abs 1 B-VG genannte Grundsatz der Bundesstaatlichkeit eines der für die Interpretation der Verfassung maßgeblichen leitenden Grundprinzipien ist.⁹ Die Folgerechtsprechung des VfGH lässt eindeutig erkennen, dass der Gerichtshof von einem materiellen Gesamtänderungsverständnis ausgeht.¹⁰ Auch die Literatur spricht sich nahezu einhellig für ein materielles Gesamtänderungsverständnis aus.¹¹

C. Grundprinzipien der Bundesverfassung und verfassungsrechtliche Grundordnung

Der soeben dargestellte materielle Gesamtänderungsbegriff speist sich somit aus gewissen Inhalten der Bundesverfassung, denen im verfassungsrechtlichen Gesamtgefüge eine tragende Rolle zukommt. Allgemeiner Konsens besteht hinsichtlich des Vorliegens zumindest dreier Grundprinzipien, nämlich jenes des demokratisch-republikanischen, des bundesstaatlichen und des rechtsstaatlichen Grundprinzips.¹² Die beiden erstgenannten Prinzipien finden ihren Ausdruck in den Fundamentalartikeln 1 und 2 B-VG, die ihrerseits zwar nicht die Leistung erbringen, Österreich als demokratisch-republikanischen Bundesstaat zu konstituieren,¹³ ihnen kommt jedoch normativer Charakter dahingehend zu, als sie Auslegungsmaximen des Verfassungsrechts darstellen.¹⁴

⁷ Kelsen/Froehlich/Merkel, Verfassungsgesetze V, 124.

⁸ Vgl hierzu eingehend Öhlinger, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG, 19 ff; Walter, Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung, 117 f.

⁹ VfSlg 1030/1928.

¹⁰ Vgl etwa VfSlg 2455/1952; 11.756/1988; 16.327/2001.

¹¹ Vgl Öhlinger, Aspekte, 23 ff mWn; aA Wiederin, Gesamtänderung, Totalrevision und Verfassungsgebung, in FS Schäffer, 961 (972 ff).

¹² Öhlinger, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 40.

¹³ Vgl Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 147.

¹⁴ Schäffer, Verfassungsinterpretation, 69 f; Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 5.

Neben diesem Grundprinzipienbegriff findet sich der von *Walter* geprägte Begriff der verfassungsrechtlichen Grundordnung, der als Überbegriff für die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien fungiert und überdies Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG umschließt.¹⁵ Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass Art 44 Abs 3 B-VG in doppelter Weise der verfassungsrechtlichen Grundordnung zuzurechnen ist: Zum einen als Ausdruck des demokratischen Prinzips,¹⁶ zum anderen aus dem der Rechtslogik zuzurechnenden Umstand, dass die Schutznorm bzw Revisionsnorm jedenfalls den gleichen Bestandschutz genießen muss wie der durch sie geschützte Normenbestand.¹⁷ Nach der zutreffenden Definition von *Rill/Schäffer*¹⁸ handelt es sich bei den Grundprinzipien der Bundesverfassung um eine nicht gekennzeichnete Schicht, ranghöhere Schicht innerhalb des Bundesverfassungsrechts. Ebenfalls gebräuchlich ist idZ der Begriff des Verfassungskerns,¹⁹ von der Verwendung dieses Begriffs als Synonym für die verfassungsrechtliche Grundordnung wird jedoch im weiteren Verlauf der Arbeit im Sinne der Zweckmäßigkeit Abstand genommen, da der Begriff des Verfassungskerns durch *Pernthalers* gleichnamige Monographie²⁰ eine Konnotation erfahren hat, die erheblich vom soeben erörterten Grundordnungsbegriff abweicht.

¹⁵ Vgl *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit, 17; *Hiermanseder*, Zum Thema: Gesamtänderung der Bundesverfassung – Eine Klarstellung, ÖJZ 1983, 179.

¹⁶ *Jablonek*, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 2001, 34 (42 f).

¹⁷ *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 17; *Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung, 261 ff.

¹⁸ *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 15.

¹⁹ Vgl *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 15.

²⁰ *Pernthaler*, Der Verfassungskern.

III. Inhaltliche Annäherung an die bundesverfassungsrechtlichen

Strukturprinzipien

A. Allgemeines

Die oben getroffenen begrifflichen Klarstellungen sagen grundsätzlich noch nichts Wesentliches über die Ausgestaltung der in ihnen enthaltenen bzw durch sie beschriebenen Verfassungsstrukturprinzipien aus, weshalb in einem zweiten Schritt das Erfordernis einer inhaltlichen Annäherung besteht, wobei in der Lehre über die konkret anzuwendende Methodik erhebliche Unterschiede bestehen.

Jede Lehrmeinung, die gegenüber der hL eine höhere Änderungsfestigkeit des B-VG bzw gewisser verfassungsrechtlicher Fundamentalprinzipien behauptet, baut auf einem bestimmten methodischen Fundament bzw Verfassungs(vor)verständnis auf. Die Nachvollziehbarkeit der Darstellung der jeweiligen Theorien würde ohne die Kenntnis der ihr jeweils zu Grunde liegenden Prämissen leiden, weshalb diese Prämissen im Sinne der Schlüssigkeit der Darstellung ebenfalls dargelegt werden. Vorauszuschicken ist überdies noch, dass die zu beschreibenden Ansätze zwar primär der verfassungsrechtlichen Grundordnung gewidmet sind, jedoch mutatis mutandis für die Verfassungsinterpretation überhaupt von Relevanz sind.

B. Inhaltliche Bestimmung

Nach herrschender Lehre ist der Inhalt der verfassungsrechtlichen Grundordnung aus jenen Verfassungsbestimmungen abzuleiten, die sich ihrem Sinngehalt nach als Ausdruck grundlegender politischer Ordnungsvorstellungen darstellen.²¹ Hierbei ist jedoch nicht auf grundlegende Ordnungskonzepte der Staats- bzw Verfassungslehre als solche zurückzugreifen, sondern sind die dem Grundprinzip zurechenbaren positiven Einzelbestimmungen des B-VG zu betrachten. Das jeweilige Grundprinzip kann schließlich durch eine Betrachtung der prägenden Grundzüge dieser Einzelbestimmungen erschlossen werden. Gleiches gilt mutatis mutandis für die nicht ausdrücklich proklamierten

²¹ Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 1 mwN.

Grundprinzipien.²² Es handelt sich bei diesem methodischen Vorgehen um einen induktiven Schluss vom Normengefüge des B-VG auf übergeordnete, allgemeine Prinzipien.²³

C. Zeitpunkt der Bestimmung

1. Historisch erste Verfassung

In der Lehre wurden im Wesentlichen zwei Zeitpunkte der Entstehung der verfassungsrechtlichen Grundordnung diskutiert, nämlich jener der Erlassung des B-VG am 1.10.1920, und jener der Unabhängigkeitserklärung vom 27.4.1945, die dessen schrittweise Wiederinkraftsetzung einleitete und mit der vollständigen Wiederinkraftsetzung des B-VG am 19.12.1945 endete. Unzweifelhaft ist die Unabhängigkeitserklärung vom April 1945 die historisch erste Verfassung der zweiten Republik, ihr Wortlaut lässt jedoch vermuten, dass sie ihrerseits bloß auf den Zeitpunkt der Erlassung des B-VG 1920 verweist. Fraglich erscheint hierbei der Gehalt der Formulierung, wonach die Republik „im Geist“ des B-VG 1920 idF 1929 wiedererrichtet wurde, somit nicht auf deren exakten Wortlaut abgestellt wird.²⁴

Die Unabhängigkeitserklärung vom 27.4.1945 ist jener Rechtsakt, der die Geltung der Rechtsordnung der zweiten Republik originär, dh revolutionär im juristischen Sinne, begründet hat.²⁵ Im Anschluss an diese Unabhängigkeitserklärung wurde das Verfassungsgesetz über das neuerliche Wirksamwerden des B-VG (V-ÜG)²⁶ erlassen, das die Bestimmungen des B-VG wieder in Kraft setzte, sofern diese nicht tatsächlich undurchführbar waren. An Stelle jener tatsächlich undurchführbaren Bestimmungen des B-VG traten

²² *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 2.

²³ *Thienel*, Der mehrstufige Verwaltungsakt, 42; *Thienel*, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht, 56; *Gamper*, Grundordnung, 20 f; *Hiesel*, Was ist eine Gesamtänderung der Bundesverfassung? Gedanken zur Auslegung eines unbestimmten Verfassungsbegriffs, JAP 2001/2002, 87 (90 f); *Janko*, Gesamtänderung, 165 bei FN 27 mwN; vgl auch *Antoniolli*, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in FS Merkl, 34 (40): „Aus allgemeinen Sätzen und unzähligen Einzelbestimmungen ergibt sich erst das wahre und vollständige Bild eines Baugesetzes“.

Die Induktionsmethode wurde von *Balthasar*, Die österreichische bundesverfassungsrechtliche Grundordnung unter besonderer Berücksichtigung des demokratischen Prinzips, 187 ff, mit der Begründung abgelehnt, dass nicht jedes generelle Strukturelement logisch zwingend auch Baugesetz sein müsse, außerdem würde eine solche Annahme jegliche Teiländerung der Induktionsbasis (dh der Bestimmungen des B-VG, Anm) verbieten. Diese Konsequenzen ließen sich bloß durch die von ihm abgelehnte Annahme dynamischer Veränderung der Induktionsbasis vermeiden. Dieser Argumentation ist mE entgegenzuhalten, dass durch die Annahme eines Kern- und eines Randbereichs der Grundordnung gerade diese Abgrenzungsfrage lösbar ist, bzw in zeitlicher Hinsicht das Verbot der schleichenden Gesamtänderung jenen letzten Schritt, nach dem eine Reihe von Teiländerungen zur Gesamtänderung wird, umfasst.

²⁴ Vgl *Morscher*, Über „unabänderliches“ Verfassungsrecht, in FS Perenthaler, 239 (248).

²⁵ *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht 22 ff.

²⁶ StGBI 1945/4.

einstweilen die Bestimmungen der vorläufigen Verfassung²⁷, wonach die Staatsregierung gemäß den §§ 18 ff leg cit zur Gesetzgebung bis zum Zusammentreten einer gewählten Volksvertretung berufen war. Dass die Durchführung einer Volksabstimmung über gesamtändernde BVG angesichts der im damaligen Zeitpunkt herrschenden Verhältnisse als tatsächlich unmöglich zu qualifizieren ist, bedarf angesichts der notorischen Umstände in den Nachkriegsmonaten keiner weiteren Erörterung.²⁸

Bis zum vollständigen Wiederinkrafttreten des B-VG am 19.12.1945²⁹ mussten auch solche Verfassungsänderungen, die als Gesamtänderungen zu qualifizieren gewesen wären, somit nicht im Verfahren nach Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG erlassen werden. Hieraus kann gefolgert werden, dass zumindest jene Änderungen, die zwischen der Unabhängigkeitserklärung und dem vollständigen Wiederinkrafttreten des B-VG erlassenen Verfassungsbestimmungen nicht der verfassungsrechtlichen Grundordnung widersprechen.³⁰ Dies bedeutet jedoch nichts anderes als die Möglichkeit einer nicht referendumspflichtigen und somit grundordnungskonformen Modifikation gewisser Grundprinzipieninhalte durch Sonderbestimmungen wie etwa das Verbotsg, die auf Grundlage der Bestimmungen des B-VG wohl als grundordnungswidrig anzusehen gewesen wären. Mithin ist der relevante Ausgangspunkt zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen Grundordnung zwar jener der Erlassung des B-VG 1920, diese Grundordnung erfuhr jedoch im Jahr 1945 gewisse Änderungen, die bei der Interpretation der bereits 1920 konstituierten Grundprinzipien mit zu berücksichtigen sind. Ob durch diese Änderungen eigenständige neue Prinzipien konstituiert wurden oder bloß eine Modifikation bestehender Prinzipien bewirkt wurde, ist unter Zugrundelegung der bereits beschriebenen Induktionsmethode zu ermitteln.³¹

²⁷ BGBl 1945/5.

²⁸ Vgl etwa *Morscher* in FS Perenthaler, 239 (249 f).

²⁹ Dieses Datum wird von der hL und der Rsp als Zeitpunkt des Inkrafttretens des B-VG angesehen. Abweichend wird von *Walter*, Bundesverfassungsrecht, 28, insb bei FN 23 die Ansicht vertreten, dass mangels Kundmachung des entsprechenden Gesetzesbeschlusses die vorläufige Verfassung gem Art 4 Abs 2 V-ÜG erst mit 19.6.1946 außer Kraft getreten sei und das B-VG bis zu diesem Zeitpunkt in paralleler Geltung zur vorläufigen Verfassung stand. Im strittigen Zeitraum wurden jedoch keine igZ interessierenden Gesetze erlassen, womit gegenständlicher Auffassungsunterschied für die vorliegende Arbeit keine Bedeutung hat.

³⁰ *Thienel*, Wehrlose oder streitbare Demokratie? JRP 2005, 163 (167 bei FN 38).

³¹ Vgl *Zeleny*, Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip? I, *juridikum* 2004, 182, *Zeleny*, Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip? II, *juridikum* 2005, 22 (23). Vgl auch *Kolonovits* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, Verbotsg Vorbemerkungen Rz 17 ff.

2. Statische oder dynamische Ermittlung der Grundordnung?

a) Allgemeines

Zu den zentralen Streitpunkten um den Inhalt der verfassungsrechtlichen Grundordnung zählt die Frage, ob die verfassungsrechtliche Grundordnung entstehungszeitlich oder geltungszeitlich zu ermitteln und interpretieren ist. *Hiesel*³² unterteilt die methodischen Ansätze zur zeitlichen Ermittlung in vier Gruppen. Die statischen Interpretationsansätze lassen sich demnach in den subjektiv- und den verfassungssystematisch orientierten historischen Ansatz untergliedern, die dynamischen Interpretationsansätze können ihrerseits wiederum in die gemäßigten und die radikal-evolutiven untergliedert werden. Die statischen Interpretationsansätze sind idZ darauf gerichtet, den Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, während die dynamischen Modelle diesen gesetzgeberischen Willen des Interpreten durch den „Willen des Gesetzes“³³ ersetzen und diesen zu erforschen suchen.³⁴

Zu betonen ist, dass in Folge lediglich die Frage behandelt wird, ob hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Grundordnung ein entstehungs- oder ein geltungszeitlicher interpretatorischer Ansatz zu wählen ist. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Interpretation eher auf die Erkenntnis des subjektiven historischen Willensaktes des Gesetzgebers oder dessen gleichsam objektivierter förmliche Äußerung abzielt.³⁵ IgZ ist lediglich die erste Frage maßgeblich.³⁶

b) Historische Ansätze

Der subjektiv-historische Ansatz versucht den Gehalt der verfassungsrechtlichen Grundordnung durch Ermittlung des Willens des historischen Verfassungsgesetzgebers zu gewinnen. Oftmals stößt ein derartiger Ansatz jedoch auf das Problem, dass sich der Wille des historischen Verfassungsgesetzgebers in den zur Verfügung stehenden Materialien nicht hinlänglich artikuliert.³⁷

Der systematisch orientierte historische Ansatz greift demgegenüber auf den normativen Kontext eines auszulegenden Verfassungstextes im Zeitpunkt seiner Erlassung zurück, was im Zusammenhang mit der Grundprinzipieninterpretation alle 1920 in Kraft gesetzten

³² *Hiesel*, JAP 2001/2002, 87 (89 ff).

³³ *Jablonek*, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in FS Schambeck, 441 (445); *Jablonek*, JRP 2001, 34 (37), der zutreffend darauf hinweist, dass sich dieser Wille des Gesetzes „genau genommen als Wille des Verfassungsinterpreten enthüllt“.

³⁴ *Pernthaler*, Verfassungskern, 8, spricht idZ von einer normativen Analyse der geltenden Verfassung.

³⁵ Vgl *Schäffer*, Kriterien juristischer Auslegung, in FS Rill, 595 (607).

³⁶ Vgl *Jablonek*, JRP 2001, 34 (36 ff).

³⁷ *Hiesel*, JAP 2001/2002, 87 (91).

Verfassungsbestimmungen sind.³⁸ Im Unterschied zur subjektiv-historischen Interpretation knüpft dieser Ansatz nicht an den Willen des Gesetzgebers, sondern an die sprachliche Äußerung des Gesetzgebers sowie die Stellung einer Norm im Gesamtgefüge der Rechtsordnung an.³⁹ Beiden Ansätzen ist gemein, dass nachträgliche Veränderungen in der Grundordnung nur durch Verfassungsänderungen gem Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG bewirkt werden können.

c) Dynamische Auslegung

(1) Gemäßigt-evolutiver Ansatz

Den gemäßigt-evolutiven Ansatz, der zwar von historischen Systementscheidungen ausgeht, jedoch später gemachte Erfahrungen und Änderungen der sozialen Realität in den Interpretationsvorgang einbezieht, vertritt *Hiesel*⁴⁰: Er geht grundsätzlich davon aus, dass die Frage der Offenheit bzw Starrheit einer Norm dem positiven Recht selbst zu entnehmen sei, und zwar der jeweils in concreto auszulegenden Norm, wobei der Normzweck mit zu berücksichtigen sei. IdZ sei die Offenheit einer Norm tendenziell umso größer, je höher ihr Abstraktionsgrad ist.⁴¹

Im Hinblick auf den Begriff der Gesamtänderung der Bundesverfassung in Art 44 Abs 3 B-VG führt *Hiesel* als Beleg statt einer abstrakten Auseinandersetzung das konkrete Beispiel des Frauenwahlrechts an, dessen Abschaffung im Jahr 1921 möglicherweise bloß als Teiländerung angesehen worden wäre,⁴² heute jedoch mit Sicherheit als Gesamtänderung der Bundesverfassung angesehen würde. Weiters stützt er sich auf die Überlegung, dass sowohl Art 1 als auch Art 2 B-VG im Präsens formuliert sind, was einen Bezug zur sozialen Realität – und damit Offenheit gegenüber deren Entwicklung – indiziere. Überdies sei es nicht möglich, bestehendes Verfassungsrecht durch die Abhaltung einer Volksabstimmung in den Rang eines Grundprinzips zu heben, was die Annahme der beschränkten Offenheit des B-VG gegenüber der sozialen Realität impliziere, da ansonsten bestehenden einfaches Bundesverfassungsrecht nie in den Rang der Grundordnung aufsteigen könnte.

Zur Beantwortung der Frage, nach welchen Kriterien die faktische Bedeutung einer Norm im Hinblick auf ihre Aufwertung zum Teil der Grundordnung zu beurteilen ist, zieht *Hiesel*

³⁸ Vgl *Hiesel*, JAP 2001/2002, 87 (91).

³⁹ *Hiesel*, JAP 2001/2002, 87 (89 bei FN 16), differenziert idZ begrifflich zwischen subjektiver und objektiver Auslegung.

⁴⁰ Vgl *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof, 56.

⁴¹ Vgl *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber, 57.

⁴² *Hiesel* stützt sich idZ auf *Kelsen*, Von Wesen und Wert der Demokratie², 17, wo es heißt, dass „[d]er Ausschluss der Sklaven und heute noch der Frauen von der politischen Berechtigung [...] durchaus nicht [hindert], eine Staatsordnung als Demokratie anzusprechen.“

mehrere Faktoren heran: Zu berücksichtigen seien die Zahl der von einer Norm betroffenen Personen, die Intensität dieser Betroffenheit sowie die allgemeine Akzeptanz der Wichtigkeit der durch die jeweilige Norm eingeräumten Rechtsposition. All diese Elemente müssen nach *Hiesels* Theorie über einen gewissen, nicht zu kurzen Zeitraum vorliegen.⁴³

An anderer Stelle⁴⁴ präzisiert *Hiesel* seinen Ansatz in Richtung der Grundrechtsauslegung: Die Anwendung der Versteinerungstheorie im Grundrechtsbereich sei sowohl in Lehre⁴⁵ als auch Rsp nicht als Auslegungsmaxime anerkannt, vielmehr seien Grundrechtsbestimmungen angesichts ihres hohen Abstraktionsgrades im Lichte der jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnisse auszulegen.⁴⁶

(2) Radikal-evolutiver Ansatz

Der radikal-evolutive Ansatz sieht die Grundprinzipien der Bundesverfassung als noch weiter gehend und damit nahezu schrankenlos durch geltungszeitliche Einflüsse wandelbar an. *Pernthaler*⁴⁷ meint, die Bundesverfassung sei 1945 als jener Torso bzw jenes Provisorium wieder in Kraft gesetzt worden, als der sie 1920 entstanden sei. Es sei daher unzulässig, dem historischen *pouvoir constituant* irgendwelche systematischen Ordnungsvorstellungen hinsichtlich der heutigen Gesamtverfassung zuzuschreiben. Man könne auch nicht behaupten, dass die seitherigen Entwicklungen ohne materielle Auswirkungen auf die grundlegenden Entscheidungen des Verfassungsgesetzgebers – die damals zum Teil noch überhaupt nicht getroffen gewesen seien (!) – geblieben seien. Vielmehr habe die Ermittlung des Verfassungskernes mittels normativer Analyse der geltenden Verfassung zu geschehen, eine gegenwartsbezogene Interpretation von Art 44 Abs 3 B-VG hätte zur Folge, dass nicht mehr ein Bündel historischer Systementscheidungen, sondern die Bundesverfassung in ihrer geltenden Fassung – unter Einbeziehung aller Veränderungen – als Grundlage zur Beurteilung einer Verfassungsänderung als gesamt- oder teiländernd heranzuziehen wäre.⁴⁸

⁴³ Vgl *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber, 62. Strukturell ähneln die von *Hiesel* definierten Kriterien jenen, die an die Beurteilung der Frage des Vorliegens einer Norm des Völkergewohnheitsrechts anzulegen sind. Vgl zu diesen Kriterien *Simma*, Das Völkergewohnheitsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts³ Rz 200 f.

⁴⁴ *Hiesel*, Neue Wege in der Grundrechtsinterpretation? Reflexionen zu methodologischen Positionen vom US Supreme Court Justice Antonin Scalia, ZfRV 2000, 53; *Hiesel*, Gedanken zur gerichtlichen Konkretisierung von Verfassungsrecht, in FS Öhlinger, 298 (308 ff).

⁴⁵ So *Hiesel* in FS Öhlinger, 298 (309 bei FN 22) unter Berufung auf *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 109 bei FN 151 und auf *Mayer*, Das Schulkreuz und die Grundrechte, JRP 1995, 222 (226).

⁴⁶ *Hiesel* in FS Öhlinger, 309 (311).

⁴⁷ *Pernthaler*, Verfassungskern, 8 f.

⁴⁸ *Pernthaler*, Verfassungskern, 27.

Ähnlich argumentiert *Öhlinger*, der den Verfassungsbegriff evolutiv deutet und diese Wandelbarkeit auch auf die prägenden Rechtsbegriffe der Verfassung überträgt.⁴⁹ Grundlage ist das Argument, dass dem B-VG ein historisch geprägtes Verfassungsverständnis zu Grunde liege, dessen zentraler Gehalt in der Idee der Autonomie der Menschen bestehe. Eine Verfassung sei nicht für eine Rechtsordnung jeden Inhalts logische Voraussetzung, sondern gründe sich auf den Gebrauch von Sprache, die nicht versteinert sei und nicht losgelöst vom Sprechenden existieren könne. Als Teil der menschlichen Kommunikation sei sie ständigem Wandel unterworfen, was direkt nicht nur auf die Verfassungsinterpretation, sondern auf die Verfassung selbst durchschlage.⁵⁰ Mit den Worten *Pernthaler* sei „Verfassungsrecht ein ständiger kommunikativer Prozess, der niemals stillsteht, solange die Verfassung angewendet wird“⁵¹. *Öhlinger* stützt sich idZ auf ein fiktives Beispiel: Die Erlassung der Maiverfassung 1934 sei zum damaligen Zeitpunkt nicht als Gesamtänderung aufgefasst worden, heute wäre sie jedoch unzweifelhaft als Gesamtänderung zu qualifizieren, was er als Beweis für die Veränderbarkeit der verfassungsrechtlichen Grundinhalte ansieht.⁵² *Janko*⁵³ geht von einer Trennung der Begriffe „Bundesverfassung“ und „Gesamtänderung“ in Art 44 Abs 3 B-VG aus. Den Begriff der Bundesverfassung – die er als das Schutzgut des Art 44 Abs 3 B-VG ansieht – abstrahiert er von den Grundprinzipien der Bundesverfassung und vertritt die Ansicht, hierunter sei die im Auslegungszeitpunkt geltende Verfassungsrechtslage in ihrer Gesamtheit zu verstehen.⁵⁴ Anknüpfend an dieses geltungszeitliche Verständnis meint *Janko* – auch hier unter Berufung auf teleologische Gesichtspunkte – dass eine Verfassungsänderung dann eine referendumauslösende Gesamtänderung sei, wenn im Erlassungszeitpunkt der aktuelle Verfassungskonsens in besonders gravierender Weise betroffen sei.⁵⁵

3. Die Judikatur der VfGH

Die frühe Rsp des VfGH zur verfassungsrechtlichen Grundordnung lässt kaum erkennen, auf Grund welcher methodischen Prämissen der Gerichtshof seine Entscheidungen traf. So ist in

⁴⁹ *Öhlinger*, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung, in FS *Pernthaler*, 273 (286).

⁵⁰ *Öhlinger* in FS *Pernthaler*, 273 (287); *Öhlinger*, Kann die Rechtslehre das Recht verändern? ÖJZ 1991, 721 (722 f). Hinsichtlich des Rechtsbegriffs ähnlich argumentiert auch *Funk*, Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft, in FS *Adamovich*, 111 (115 ff), der jedoch hieraus keinen konkreten Schluss in Richtung der hier relevanten (Nicht-)Abänderbarkeit des B-VG zieht.

⁵¹ *Pernthaler*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsreform in Österreich, in *Wieser/Stolz*, Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, 115 bei FN 259.

⁵² Vgl *Öhlinger* in FS *Pernthaler*, 273 (290).

⁵³ *Janko*, Gesamtänderung, 61.

⁵⁴ Vgl *Janko*, Gesamtänderung, 173.

⁵⁵ Vgl *Janko*, Gesamtänderung, 164 ff.

VfSlg 1030/1928 in Bezug auf das bundesstaatliche Prinzip lediglich die Rede vom „Grundsatz“ bzw der „Idee des Bundesstaates“, die den Geist der Verfassung bestimme, ohne hierauf jedoch weiter einzugehen. Im häufig zitierten Erk VfSlg 2455/1952 bediente sich der VfGH einer systematischen Interpretation, indem er zum einen die Bedeutung der Bestimmungen des positiven Rechts zur Ermittlung der Grundordnung betonte und zum anderen Art 2 und Art 44 Abs 3 B-VG in Verbindung miteinander brachte. Diesen Ansatz relativiert er jedoch wieder, um im selben Erk bundesstaatstypische Elemente rechtsvergleichend zu ermitteln und hieraus einen Rückschluss auf das bundesstaatliche Prinzip im B-VG zu treffen.⁵⁶

Erst die neuere Rsp, die sich va iZm der Figur der schleichenden Gesamtänderung⁵⁷ der Bundesverfassung herausbildete, lässt eine eingehendere methodische Befassung erkennen, wobei der VfGH angefochtene Verfassungsbestimmungen mehrmals mit der gleichen Begründung für grundordnungskonform befand:

„Diesen parlamentarischen Materialien ist – so nimmt der VfGH vorläufig an – die Absicht des Gesetzgebers zu entnehmen, eine dem wiederholt zitierten Erkenntnis⁵⁸ des VfGH entsprechende Neuregelung u.a. für die Verleihung von Taxikonzessionen zu treffen. Die Verfassungsbestimmung intendierte also anscheinend gerade nicht, dieses Erkenntnis zu unterlaufen; Art I Z 9 der Nov 1987 (mit der § 10 Abs 2 GelVerkG ergänzt wurde), ist anscheinend nicht etwa deshalb als Verfassungsbestimmung erlassen worden, um dadurch eine Aufhebung auch der neuen Bestimmungen wegen Verletzung der Erwerbsausübungsfreiheit durch den VfGH zu verhindern. Unabhängig davon, was einzelne Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften persönlich gemeint haben mögen, scheint sich diese objektiv erkennbare Absicht des Verfassungsgesetzgebers zum einen aus der oben wiedergegebenen Begründung des Initiativantrags zu ergeben, mit der sich der Ausschussbericht identifiziert haben dürfte.“⁵⁹

Relevant ist überdies das Erk VfSlg 11.500/1987, in dem sich der VfGH mit der Rsp des EGMR zu Art 6 EMRK, die dessen Anwendungsbereich immer weiter ausdehnte, befasste und in dem er in einem obiter dictum folgendes ausführte:

„Der VfGH möchte allerdings nicht versäumen darauf hinzuweisen, dass die dann anzunehmende Konventionswidrigkeit der österreichischen Rechtsordnung [...] nur das Ergebnis einer offenen

⁵⁶ Vgl krit *Gamper*, Grundordnung, 34.

⁵⁷ Vgl zu diesem Begriff *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht I Rz 10.011 ff.

⁵⁸ Es handelt sich um das Erk VfSlg 10.932/1986.

⁵⁹ VfSlg 11.756/1988, VfSlg 11.916/1988, VfSlg 11.972/1988.

Rechtsfortbildung durch die Konventionsorgane sein könnte und sich daher die – hier nicht zu beantwortende – Frage stellen, ob nicht die Übertragung einer rechtsfortbildenden Aufgabe auf verfassungsrechtlichem Gebiet an ein internationales Organ als Ausschaltung des Verfassungsgesetzgebers eine Gesamtänderung im Sinne des Art 44 Abs 3 B-VG wäre und daher einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes bedürft hätte.“

Erkennbar stellt der VfGH in beiden Fällen auf den Entstehungszeitpunkt der angegriffenen Bestimmungen ab.

Auf die Stammfassung des B-VG bzw der verfassungsrechtlichen Grundordnung stellte der Gerichtshof in zwei Erkenntnissen zum HabsburgerG⁶⁰ ab, in denen er erläuterte, dass Bestimmungen, die zeitgleich mit dem B-VG entstanden sind, nicht auf ihr verfassungsmäßiges Zustandekommen hin überprüft werden können.⁶¹ Zugleich lässt sich aus diesen Erkenntnissen die Einsicht gewinnen, dass auch der VfGH der hL folgt und die Grundordnung auf induktivem Wege ermittelt.⁶²

Zwei weitere Erkenntnisse aus jüngster Zeit sind an dieser Stelle zu erwähnen. In VfSlg 16.241/2001 bediente sich der VfGH va der Aussagen prominenter an der Entstehung des B-VG beteiligter Abgeordneter (ua stützte er sich ausdrücklich auf eine Rede des Abgeordneten *Seipel*), um daraus abzuleiten, dass das demokratische Prinzip die Einführung eines Vetoreferendums verbietet.

In VfSlg 16.327/2001, wo der VfGH erstmals eine Verfassungsbestimmung aufhob, ist hingegen wiederum ein objektiver Zugang zu erkennen. Entgegen den Mat, die lediglich in Richtung einer zeitlich befristeten Absicherung des damaligen status quo der Vergabekontrolle argumentieren,⁶³ hob der VfGH die angefochtene Bestimmung⁶⁴ als dem Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip⁶⁵ widersprechend auf. Die Bestimmung habe nämlich eine umfassende Freizeichnung eines Rechtsgebiets von den Grundprinzipien der Verfassung bewirkt, zu der der einfache Bundesverfassungsgesetzgeber nicht befugt sei.

⁶⁰ StGBI 1919/209, im Entscheidungszeitpunkt idF BGBl 1963/172.

⁶¹ VfSlg 11.888/1987, 12.223/1989. Vgl hierzu auch *Kolonovits* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, HabsbG Vorbemerkungen Rz 14; *Zellenberg* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/2, Art 140 B-VG Rz 89 ff.

⁶² *Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522 bei FN 15.

⁶³ EBRV 360 BlgNR 20. GP.

⁶⁴ Es handelte sich um § 126a BVergG 1997, BGBl I 2000/125, der folgenden Wortlaut hatte: „Die am 1. Jänner 2001 in Geltung stehenden landesgesetzlichen Bestimmungen betreffend die Organisation und Zuständigkeit von Organen, denen der Rechtsschutz hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Aufträge obliegt, gelten als nicht bundesverfassungswidrig.“

⁶⁵ Im Prüfungsbeschluss war hingegen lediglich die Rede von einem möglichen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.

Augenscheinlich bedient sich der VfGH in seiner Rsp des Zuganges entstehungsgeschichtlicher Interpretation, wobei eine klare Zuordnung dieser Rsp zu einem der beiden oben dargestellt methodischen Ansätze nicht eindeutig möglich ist.

D. Zwischenergebnis

Die vorliegende Arbeit folgt sowohl im Hinblick auf den Entstehungszeitpunkt der historisch ersten Verfassung im Hinblick auf den „Versteinerungszeitpunkt“ der verfassungsrechtlichen Grundordnung als auch hinsichtlich der Frage nach geltungs- oder entstehungszeitlicher Interpretation der hL. Während dies hinsichtlich des ersten Aspekts in der Lit hinreichend geklärt ist und keiner weiteren Begründung bedarf, muss die Festlegung hinsichtlich des zweiten Aspekts auf Grund der umfassenden und kontroversiellen literarischen Diskussion in den letzten Jahren näher begründet werden.

Hiesel mag zwar insoweit beizupflichten sein, als eine Norm über sich selbst verfügen kann, gegenüber späteren Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse offen zu sein. Dies muss ihr jedoch klar entnehmbar sein. Hingegen erscheint es kaum vertretbar, eine solche Annahme generell zu treffen und alleine aus dem Abstraktionsniveau einer Norm auf ihre Offenheit späteren tatsächlichen Veränderungen gegenüber zu schließen. Dies würde nämlich im Ergebnis eine Umkehr des Stufenbaus der Rechtsordnung bewirken: Auf Grund ihrer Funktion notwendigerweise abstrakt gefasste verfassungsrechtliche Bestimmungen, die erhöhten Bestandschutz genießen, könnten dann nämlich ohne Einwirkung des Gesetzgebers „geändert“ werden (dh einen anderen Inhalt erfahren), während niedrigerrangige und damit zumeist präzisere Bestimmungen keiner solchen Anpassung durch die soziale Realität offen stünden.

Im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Grundordnung kann eine solche positiviert Offenheit gegenüber Änderungen im tatsächlichen Bereich jedoch nirgends gesehen werden.⁶⁶ Auch *Hiesels* Berufung auf *Kelsen* vermag diese Ansicht nicht zu tragen, ist doch in der zit Stelle keinerlei Bezug zur österreichischen Verfassungsordnung zu erkennen, sondern setzt sich *Kelsen* in der zitierten Stelle doch vielmehr mit den allgemeinen Kriterien der Demokratie im historischen Kontext auseinander.⁶⁷

Auch das von *Hiesel* ins Treffen geführte Argument, eine einmal im einfachen Verfassungsrang erlassene Bestimmung könnte ohne Einbeziehung der Annahme der Offenheit dieser Bestimmung gegenüber der sozialen Realität nicht in den Rang eines

⁶⁶ Gegen diese Argumente *Hiesels* kann überdies ins Treffen geführt werden, dass das B-VG grundsätzlich die verhältnismäßig leichte Abänderbarkeit von Verfassungsrecht vorsieht; hierzu *Jabloner*, JRP 2001, 34 (36 bei FN 11); vgl auch *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 31 f.

⁶⁷ Vgl *Kelsen*, Wesen², 17 f.

Grundprinzips aufsteigen, trifft nicht zu. Der Verfassungsgesetzgeber könnte durchaus ein entsprechendes Bundesverfassungsgesetz erlassen und im Wege einer Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG in den Rang der Grundordnung heben.⁶⁸ Das B-VG stellt zwar keine Art 44 Abs 1 B-VG entsprechende Bezeichnungsmöglichkeit für gesamtänderndes Verfassungsrecht zur Verfügung, doch könnte eine solche Rangänderung etwa durch eine Art 149 Abs 1 B-VG entsprechende Rezeptionsbestimmung herbeigeführt werden oder bestimmt werden, dass eine Abänderung der in Rede stehenden Bestimmung nur im Verfahren nach Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG durchgeführt werden darf.

Ebenfalls nicht zu teilen vermag ich die von *Hiesel* angenommene These der Wandelbarkeit von Grundrechten und Gleichheitssatz. Es mag zwar zutreffen, dass sich im Lichte ihrer Anwendbarkeit Facetten von Grundrechten offenbaren, mit denen bei deren Erlassung nicht gerechnet werden konnte. Dies erklärt sich allerdings daraus, dass Grundrechte zumeist so offen formuliert sind, dass auch dem historischen Gesetzgeber nicht bekannte Phänomene hierunter subsumierbar sind. Der Gleichheitssatz hingegen normiert Relationsverhältnisse und weist so einen Bezug zur Gegenwart auf.⁶⁹ In beiden Fällen handelt es sich jedoch um Spezifika, die weder verallgemeinerungsfähig noch auf die verfassungsrechtliche Grundordnung übertragbar sind.

Die Befürworter radikal-evolutiver Grundordnungsauslegung stützten sich zum Einen auf die angeblich Untauglichkeit der Gesetzesmaterialien⁷⁰ und zum Anderen auf das teleologische Argument, dass jene Änderungen am „Schutzgut Bundesverfassung“ den höchsten Bestandschutz auslösen sollen, die im Moment der Verfassungsänderung den gesamtgesellschaftlichen Verfassungskonsens am intensivsten beeinträchtigen.⁷¹ Sieht man davon ab, dass die empirische Feststellbarkeit eines gesamtgesellschaftlichen Verfassungskonsenses auf wohl unüberwindbare Schwierigkeiten stößt,⁷² ist ein solcher Interpretationsansatz äußerst ideologiefähig und eröffnete dem einfachen Bundesverfassungsgesetzgeber die Möglichkeit, eine schleichende Gesamtänderung ohne Einbindung des Bundesvolkes durchzuführen.⁷³

Neben der grundlegenden methodischen Fragwürdigkeit bewirkt dieser Ansatz *Jankos* überdies eine Umkehr des teleologisch bezweckten, nämlich eines weiter gehenden Schutzes

⁶⁸ Vgl *Mayer*, Verfahrensfragen der direkten Demokratie, in FS Schambeck, 511 (518).

⁶⁹ Vgl *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 7 B-VG Rz 51.

⁷⁰ *Pernthaler*, Verfassungskern, 8; *Janko*, Gesamtänderung, 122.

⁷¹ *Janko*, Gesamtänderung, 164 ff, selbst.

⁷² So paradoxerweise *Janko*, Gesamtänderung, 168.

⁷³ Vgl *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 33, der darauf hinweist, dass eine derartig geisteswissenschaftlich-werthierarchische Auslegung, die zu einer fließenden Geltungsbildung des gesetzten Verfassungsrechts führt, geradezu eine Auflösung des Verfassungsgesetzes bewirkt.

der Minderheit vor dem einfachen Verfassungsgesetzgeber.⁷⁴ Auch der Versuch *Öhlingers*, die Verfassung bzw das Recht per se als bloßen und damit wandelbaren Sprach- bzw Bewusstseinsinhalt zu definieren muss auf ähnliche Bedenken stoßen.⁷⁵ Insbesondere verkennt der Ansatz *Öhlingers* den Unterschied zwischen dem ursprünglich vom Gesetzgeber gefassten Willensakt, dessen Sinn auf die Gestaltung menschlichen Handelns gerichtet ist (der Norm⁷⁶), und dem kundgemachten Gesetzestext als Sinnträger dieser Norm. Die Eigenständigkeit der Norm ergibt sich nämlich ausschließlich aus dem Willensakt des Gesetzgebers, auf den die Rezeption durch den Interpreten keinerlei Einfluss hat.

Im Wesentlichen ist sämtlichen dynamischen Interpretationsansätzen gemein, dass sie den Interpretationsvorgang vom Willen des Gesetzgebers zu abstrahieren versuchen, um auf diese Weise den ursprünglichen Sinn des vom Gesetzgeber getroffenen Willensaktes durch einen anderen Sinn zu ersetzen. Je nach Grad der Abstraktion sollen hier die später gemachte soziale Erfahrung, allgemeine Wertvorstellungen oder ein in der Wissenschaft oder der Allgemeinheit aktuell herrschender Verfassungskonsens zur jeweiligen Auslegungsmaxime der verfassungsrechtlichen Grundordnung erhoben werden. Neben der bereits dargestellten methodischen Problematik verkennen alle dynamisch orientierten Interpretationsansätze, dass durch ihre letztlich subjektivistische Betrachtungsweise die Hoheit zur Steuerung menschlichen Verhaltens vom hierzu legitimierten Gesetzgeber auf hierzu nicht berufene Subjekte übergeht.⁷⁷ In diesen Konstellationen geht die erhebliche Entscheidung nämlich gerade nicht vom Volk aus, sondern wird jenem Interpreten überlassen, dem aktuell die Deutungshoheit über die entsprechende Rechtsfrage zukommt. Ob es sich hierbei um das souveräne Volk handelt, hängt dabei alleine von den jeweiligen faktischen Gegebenheiten ab, genauso gut könnte diese Deutungshoheit jedoch auch einem Tyrannen zufallen. Wie dieser Widerspruch im Einklang mit dem in den hier kritisierten Theorien oft als theoretische

⁷⁴ Vgl idS *Hiesel*, JAP 2001/2002, 87 (95); treffend *Thienel*, JRP 2005, 163 (166 bei FN 33): „Methodisch fragwürdig ist die jüngst von *Janko* (...) vertretene „dynamische“ Sicht der verfassungsrechtlichen Grundordnung, wonach sich deren Inhalt nach dem jeweiligen Verfassungskonsens richte und daher – je nach dem aktuellen Verfassungskonsens – veränderlich sei. Diese Auffassung überspielt die im B-VG festgelegten formalen Regeln für eine Gesamtänderung und verlässt den Boden des positiven Rechts“.

⁷⁵ *Walter*, Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewusstseinsinhalt, ÖJZ 1992, 281; *Mayer*, Gibt es in Österreich unabänderliches Verfassungsrecht, in FS Schäffer, 473 (482 f); vgl auch treffend *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter, 363 (369): „Lediglich die Kombination von zeitgemäßer und subjektiver Interpretation ist (...) unzulässig, da es dabei nicht mehr um das Verstehen des Normtextes aus dessen objektivem Gehalt oder aus dem Willen des Normsetzers heraus, sondern darum geht, daß unter dem Vorwand einer Interpretation der Wille des Interpreten an die Stelle des zu ermittelnden Gehalts der vom Normsetzer gesetzten Rechtsvorschrift tritt.“

⁷⁶ *Rill*, Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes, in *Vetter/Potacs*, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 54 f.

⁷⁷ Vgl *Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung – demokratische und rechtsstaatliche Bedenken gegen eine scheinbare Selbstverständlichkeit, JRP 2001, 281 (282 ff).

Grundlage herangezogenen Grundsatz der Volkssouveränität in Einklang zu bringen sein soll, bleiben diese Theorien zu erklären schuldig.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass ein dynamischer Ansatz in der Grundprinzipieninterpretation nicht tauglich ist, um zu einem intersubjektiv überprüfaren Grundprinzipiengehalt zu gelangen, sondern die Ermittlung des Gehaltes der verfassungsrechtlichen Grundordnung weitest gehend den Prämissen des jeweiligen Interpreten überlassen würde.⁷⁸

⁷⁸ *Jablonek*, JRP 2001, 34 (37).

IV. Demokratie

A. Demokratie als Herrschaftsordnung

In seiner ursprünglichen Bedeutung meint der Begriff der Demokratie „Volksherrschaft“ im Sinne der unmittelbaren Rechtsetzung durch das Volk.⁷⁹ Nach dem heutigen (pragmatischen) Verständnis des Begriffes der Demokratie umfasst diese ursprüngliche Ausgestaltung der Volksherrschaft bloß noch einen geringen formellen Teil der Staatsform Demokratie, weshalb die Reduktion des Demokratiebegriffs auf diesen Aspekt als wenig zweckmäßig angesehen werden muss.

Der moderne, für die vorliegende Arbeit maßgebliche Demokratiebegriff geht von der Grundidee der „Identität von Herrschern und Beherrschten“ aus, die Demokratie soll durch diesen Ansatz Freiheit und Gleichheit für alle Bürger verwirklichen.⁸⁰ Aus praktischen Erwägungen kann die Idealvorstellung des Identitätsgedankens nicht vollständig umgesetzt werden, weshalb der Regelfall der Rechtsetzung durch das Volk im Wege der freien Wahl von zur Rechtsetzung berufenen Vertretern ist.⁸¹ Zur Verwirklichung der Chancengleichheit aller am politischen Prozess beteiligten Wettbewerber ist die periodische Abhaltung freier Wahlen ein weiteres zentrales Erfordernis.⁸² Neben diesem Aspekt der Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung spielt die Beteiligung des Volkes an der Rechtsverwirklichung eine zentrale Rolle, was bedingt, dass jeder vom Staat gesetzte Akt mittelbar auf die Legitimation des Volkes gestützt werden können muss.⁸³

Abseits dieser formellen Determinanten sind mehrere materielle Kriterien zu nennen, die zur Qualifikation eines Staatswesens als Demokratie erforderlich sind. Als wohl zentralster Aspekt sind die Grund- und Freiheitsrechte zu nennen, an oberster Stelle stehen hier das Recht auf persönliche Freiheit (Schutz vor willkürlicher Verhaftung)⁸⁴, das Recht auf individuelle Gleichheit,⁸⁵ das Recht auf freie Meinungsäußerung sowie das Recht, sich zu

⁷⁹ Vgl zB Brockhaus in drei Bänden I, Art „Demokratie“.

⁸⁰ Kelsen, *Wesen*², 3 f. Im Wesentlichen geht es dabei um die Balance dieser beiden grundlegenden Prinzipien.

⁸¹ Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, *Bundesverfassungsrecht I*, Art 1 B-VG Rz 11 f.

⁸² Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, *Bundesverfassungsrecht I*, Art 1 B-VG Rz 13.

⁸³ Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, *Bundesverfassungsrecht I*, Art 1 B-VG Rz 10; vgl auch Loebenstein, *Das verfassungswidrige Verfassungsgesetz*, in FS Walter, 437 (445).

⁸⁴ Kriele, *Einführung in die Staatslehre*⁶, 112 f.

⁸⁵ Oberndorfer in Korinek/Holoubek, *Bundesverfassungsrecht II/1*, Art 1 B-VG Rz 27 mwN.

versammeln und Vereinigungen zu gründen.⁸⁶ Zur näheren Ausgestaltung demokratischer Rechtsetzung wird überdies vertreten, dass das freie Mandat und die Existenz politischer Parteien zu den zentralen Kriterien der Demokratie zählen.⁸⁷ Unstrittig ist es in der Demokratie nötig, einmal getroffene Entscheidungen nach der Mehrheitsregel abändern zu können,⁸⁸ wobei die Mehrheitsregel, wie sogleich zu zeigen sein wird, diversen Beschränkungen und Modifikationen unterworfen sein kann.

Sieht man von diesen Aspekten der rechtlichen Ausgestaltung einer Demokratie ab, findet sich in der Konstituierung eines Staatswesens als Demokratie eine grundlegende Wertentscheidung wieder, die va im Hinblick auf die „Wehrhaftigkeit“ eines demokratischen Staatswesens wichtig ist, in der österreichischen Verfassungsdogmatik allerdings nur wenig beleuchtet wird. Diese Ausgestaltung basiert auf einer Entscheidung für eine offene, pluralistische, auf Heterogenität der Interessen gestützte Wertordnung, die den Menschen keine Ideologie aufoktroziert und keinen Absolutheitsanspruch stellt.⁸⁹ Im Wesentlichen zusammengefasst ist notwendige Voraussetzung dieser pluralistischen Staatsgestaltung Freiheit, die der Staat nicht bloß gewährt, sondern gewährleistet.⁹⁰

Augenscheinlich liegt diesem aktuell verbreiteten Demokratiebegriff somit das Verständnis der rechtsstaatlichen Demokratie bzw des demokratischen Rechtsstaats zu Grunde.⁹¹ Diese bedingt überdies ein gewisses Maß an Gewaltentrennung, in dem das Gesetz allgemein gültig ist und nicht als Individualgesetz in Erscheinung tritt.⁹²

⁸⁶ Müller, Das Verbotsgesetz im Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit, 63 ff; Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 14; Oberndorfer in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 1 B-VG Rz 24 spricht idZ von Grundrechtsdemokratie; Grabenwarter, Briefwahl und E-Voting. Rechtsvergleichende Aspekte und europarechtliche Rahmenbedingungen, JRP 2004, 70 (74); Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 148; Lachmayer/Thallinger, Conference Report - Widening the scope: Reflections on the Human Rights Law Session of the VXth Academy of European Law – European University Institute, Florence, July 2004, German Law Journal 2004, 1165 f.

⁸⁷ Wieser in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht IV, § 1 ParteienG Rz 11; Theuerkauf, Parteiverbote und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1.

⁸⁸ Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, Art 1 B-VG Bundesverfassungsrecht I, Rz 18; vgl auch Oberndorfer in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 1 B-VG Rz 26.

⁸⁹ Vgl Riedel, Der gemeineuropäische Bestand von Verfassungsprinzipien zur Begründung von Hoheitsgewalt – Legitimität und Souveränität, in Müller-Graff/Riedel, Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 93. Riedel zieht in dieser Formulierung Poppers Entwurf einer offenen Gesellschaft als Vorbild heran.

⁹⁰ Tillmans, Wehrhaftigkeit durch Werthaftigkeit, in Thiel, Wehrhafte Demokratie, 26 ff.

⁹¹ Vgl zum Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat noch unten IV.C.

⁹² Vgl Adamovich, Demokratie und Rechtsstaat, in FS Rosenzweig, 27 (31 f).

B. „Wehrhafte“ Demokratie

Neben den soeben dargestellten Aspekten ist eine der zentralen Fragen, ob die Demokratie offen gegenüber ihren „Feinden“ sein muss, dh jenen Personen, die auf eine Abschaffung der demokratischen Ordnung hinarbeiten. Hierbei müssen zwei Varianten unterschieden werden. *Communis opinio* besteht dahingehend, dass es jedem demokratischen System offen steht, sich gegen Versuche der gewaltsamen Abschaffung seiner selbst zur Wehr zu setzen.

Weniger eindeutig fällt die Darstellung der Meinungen hinsichtlich jener „Demokratiefeinde“ aus, die versuchen, die Demokratie auf verfassungsmäßigem Wege abzuschaffen. *Kelsen* etwa vertrat noch die Ansicht, dass die Abschaffung der Demokratie auf demokratischem Wege (gleichsam als ultimative Verwirklichung des demokratischen Ideals) im demokratischen System zu tolerieren sei.⁹³ *Popper* hat dies bestritten: Die Demokratie als Garantin der Sicherung stabiler Verhältnisse hat nach dieser Meinung sehr wohl das Recht, sich gegen die Machtübernahme von Systemen zur Wehr zu setzen, denen diese Gewährleistungen nicht innewohnen.⁹⁴

In der Tat steht sowohl die indifferente als auch die wehrhafte Demokratie vor einem Paradoxon: Erstere ermöglicht durch ihre Indifferenz die Abschaffung der Werte, die sie selbst zur Verfügung stellt, im Wege der demokratischen Mehrheitsregel, zweitere hingegen beschränkt die durch sich selbst geschaffenen Freiheiten schon von Anfang an selbst.⁹⁵ Verfassungstheoretisch sind jedoch Beschränkungen der demokratisch gewährten Freiheiten zum Schutz der Demokratie dadurch zu legitimieren, dass die dauerhafte Etablierung einer freiheitlich-demokratischen Ordnung (dem Wesen einer solchen Wertentscheidung entsprechend) nicht die Möglichkeit vorsehen muss, sich selbst abzuschaffen.⁹⁶

*Dreier*⁹⁷ differenziert idZ zwischen Prinzip und Methode demokratischer Ordnungsgestaltung. Das demokratische Prinzip ist nach diesem Schema die Idee personaler Freiheit im gesellschaftlichen System, während die zur Abschaffung der Demokratie benötigte Mehrheitsregel als bloße Modalität nicht gegen das tragende Sinnprinzip eingesetzt werden kann. Überdies führt *Dreier* ins Treffen, dass sich eine nach dem Mehrheitsprinzip getroffene Entscheidung nur auf die Stimmen der aktuellen Mehrheit stützen kann, eine

⁹³ *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, Blätter der Staatspartei 1932, 97 f.

⁹⁴ Vgl *Thienel*, JRP 2005, 163 (164 f).

⁹⁵ Vgl *Morlok*, Parteiverbot als Verfassungsschutz – ein unauflösbarer Widerspruch? NJW 2001, 2931.

⁹⁶ Vgl *Morlok* in *Dreier*, Grundgesetz II, Art 21 GG Rz 136. Art 21 GG regelt zwar lediglich die Grundlagen der politischen Parteien und die Voraussetzungen, unter denen politische Parteien verboten werden können, die an der zit Stelle geäußerten Gedanken sind jedoch verallgemeinerungsfähig.

⁹⁷ *Dreier*, Grenzen demokratischer Ordnung im Verfassungsstaat, JZ 1994, 750; vgl auch *Thienel*, JRP 2005, 163.

Abschaffung der Demokratie würde jedoch späteren Generationen die Möglichkeit nehmen, auf gleiche Weise mitbestimmen zu können, auch die Möglichkeit zur Selbstkorrektur bliebe einer Demokratie, die sich aus „freien Stücken“ abschafft, verwehrt.

Die Offenheit der Demokratie ihren Feinden gegenüber ist somit kein ihr zwingend inhärentes Gebot, sie muss vielmehr an Hand der Mittel, die die positive Rechtsordnung der jeweiligen Demokratie zur Verfügung stellt, beurteilt werden.⁹⁸ Jedenfalls darf auch eine wehrhafte Demokratie, um Demokratie zu bleiben, Schutzmaßnahmen gegen Demokratiefeinde nur im Rahmen ihrer eigenen Verfasstheit setzen.⁹⁹ Auch in demokratischen Staaten, die den Wehrhaftigkeitsgrundsatz in ihrer Verfassungsordnung verankert haben, kann dieser nicht als pauschale Ermächtigung zur Bekämpfung jeglicher Gefahren für die demokratische Grundordnung verstanden werden, von der auch über die konkreten Schutzbestimmungen – die in den meisten Fällen Grundrechtseingriffe bewirken – hinaus Gebrauch gemacht werden dürfte.¹⁰⁰ Als geradezu exemplarisch können an dieser Stelle die Eingriffsvorbehalte der EMRK (insb die Abs 2 der Art 8 bis 11) angeführt werden, die Eingriffe für zulässig erklären, wenn sie „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sind.¹⁰¹

C. Das demokratische Prinzip im B-VG

1. Rechtsetzung - Repräsentative Demokratie und Parlamentarismus

Wenngleich der normative Gehalt von Art 1 B-VG für sich besehen verhältnismäßig gering ist,¹⁰² so legt er doch fest, dass Träger der Rechtsetzung der Republik Österreich das Volk ist.¹⁰³ Die Ausfüllung dieses Ausdrucks ist in weiterer Folge nach der oben dargestellten induktiven Methode vorzunehmen.

Lehre und Rsp gehen davon aus, dass der Verfassungsgesetzgeber im Jahr 1920 eine Systementscheidung zu Gunsten eines repräsentativ-demokratischen Systems mit einer

⁹⁸ Thienel, JRP 2005, 163 (165).

⁹⁹ Nicht zu teilen vermag ich die Ansicht von *Hinterauer*, Das demokratische Prinzip der Bundesverfassung der Republik Österreich, in FS Adamovich, 181 (182), wonach in einer Demokratie, die ihren Fortbestand durch ihre Wehrhaftigkeit sichern muss, bereits „etwas schief gelaufen“ sein müsse, während in einer idealen Demokratie Kompromissbereitschaft und Toleranz als Fundamente der Demokratie genügen würden. Diese Ansicht verkennt nämlich, dass eine ideale Demokratie einen vollständigen und permanenten Grundkonsens benötigen würde, während in der praktischen, „gelebten“ Demokratie ein solch vollständiger Fundamentalkonsens nicht erreicht werden kann.

¹⁰⁰ Vgl *Thiel*, Zur Einführung: „Wehrhafte Demokratie“ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung, in *Thiel*, Demokratie, 14 ff.

¹⁰¹ Vgl *Grawert*, Die Demokratische Gesellschaft der Union, DSt 2006, 33 (38 f).

¹⁰² Vgl etwa *Walter*, System, 105; *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 69 f.

¹⁰³ Vgl zur normativen Reichweite dieses zweiten Satzes *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Verfassungsgesetze V, 65; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 148.

dominanten Stellung des Nationalrates getroffen hat.¹⁰⁴ Zentrale Bestimmung ist idZ Art 26 Abs 1 B-VG, der die Wahlrechtsgrundsätze für Wahlen zum Nationalrat festlegt. Demnach wird der Nationalrat vom Bundesvolk auf Grund des gleichen, unmittelbaren, geheimen und persönlichen Wahlrechtes der Männer und Frauen gewählt, die zum Stichtag das 16. Lebensjahr vollendet haben.¹⁰⁵ Wenngleich nicht explizit genannt, drückt diese Bestimmung das allgemeine Wahlrecht aller Staatsbürger aus.¹⁰⁶ Die Wählbarkeit zum Nationalrat besitzen alle Männer und Frauen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ein Ausschluss vom Wahlrecht und von der Wählbarkeit kann nur die Folge einer gerichtlichen Verurteilung sein.¹⁰⁷ In historischer Betrachtung zeigt sich, dass mit Fortschreiten der Zeit der Kreis der Wahlberechtigten in nicht unbedeutender Weise erweitert worden ist: In der Stammfassung des B-VG lag die Altersgrenze für das aktive Wahlrecht noch bei 20, das passive Wahlrecht bei 24 Jahren.¹⁰⁸ Die genannten Grundsätze zählen nach übereinstimmender Auffassung zum Kernbestand des demokratischen Grundprinzips und sind somit nur im Verfahren nach Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG abänderbar.¹⁰⁹

Art 26 Abs 1 B-VG legt überdies die Verhältniswahl (im Gegensatz zum Mehrheitswahlrecht) als Wahlrechtsgrundsatz fest, deren Zugehörigkeit zum Kern des demokratischen Prinzips und damit zur verfassungsrechtlichen Grundordnung umstritten ist. *Poier*¹¹⁰ lehnt die Zurechnung zur verfassungsrechtlichen Grundordnung mit dem Argument ab, dass wohl die Ausgestaltung des Wahlsystems nach den Grundsätzen der Allgemeinheit des Wahlrechts und der Mittelbarkeit der Demokratie zum Kernbestand des demokratischen Prinzips zählen, die Verhältniswahl sieht er hingegen eher als bloße Ausgestaltungsvorschrift. Die mE zutreffende gegenteilige Ansicht sieht hingegen in der Frage, ob ein Wahlsystem nach Proportional- oder nach dem Mehrheitswahlsystem ausgestaltet ist, eine allgemeine Grundsatzentscheidung, und rechnet das Verhältniswahlsystem der verfassungsrechtlichen Grundordnung zu.¹¹¹ ME kann diese Ansicht auch auf den „Antwortcharakter“ des B-VG¹¹² auf die Wahlordnung der

¹⁰⁴ Vgl *Mayer*, Plebiszitäre Elemente in der staatlichen Willensbildung, in FS 75 Jahre B-VG, 341 (347) mwN; VfSlg 16.241/2001.

¹⁰⁵ Vgl zu diesen Grundsätzen eingehend *Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 26 B-VG Rz 32 ff.

¹⁰⁶ *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht⁴, Art 26 B-VG I.2.

¹⁰⁷ § 22 NRWO präzisiert diese Bestimmung dahingehend, dass der Ausschluss vom Wahlrecht bei Verurteilung zu einer mehr als einjährigen Haftstrafe wegen einer Vorsatztat eintritt.

¹⁰⁸ *Nowak/Strejcek* sprechen daher von einer „Demokratisierung des Wahlrechts“; vgl *Nowak/Strejcek*, Das Wahl- und Stimmrecht, in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich III, 18.

¹⁰⁹ *Poier*, Minderheitenfreundliches Mehrheitswahlrecht, 253.

¹¹⁰ *Poier*, Mehrheitswahlrecht, 252 ff.

¹¹¹ *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 43.

¹¹² Vgl zu diesem „Antwortcharakter“ allgemein *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 30 f.

Monarchie, die ein Einer- bzw Mehrheitswahlrecht vorsah,¹¹³ gestützt werden. Die Deutlichkeit dieses Antwortcharakters Antwort geht noch stärker aus Art 9 des Gesetzes vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich¹¹⁴ hervor, wo bestimmt wird, dass die konstituierende Nationalversammlung von allen Staatsbürgern *ohne Unterschied des Geschlechts* (Hvhbg von mir) zu wählen ist, was als deutliche Abhebung vom bisherigen reinen Männerwahlrecht zu verstehen ist.

Zu erwähnen ist im Zusammenhang mit dem repräsentativ-demokratischen Prinzip überdies noch der Grundsatz des in Art 56 Abs 1 B-VG normierten freien Mandats, wonach die Mitglieder des Nationalrates und des BR in Ausübung ihres Amtes an keine Weisung gebunden sind. Auf Grund seiner Nähe zu diesem Prinzip ist der Grundsatz des freien Mandates Teil des Kernbereichs des demokratischen Prinzips und somit teiländerungsfest.¹¹⁵

Neben diesen innerstaatlichen Rechtsquellen ist im hier vorliegenden Zusammenhang auch Art 3 1. ZPMRK, der als verfassungsändernd bzw -ergänzend genehmigt wurde, von Bedeutung. Trotz seiner prima vista objektiv scheinenden Formulierung wohnt dieser Bestimmung das subjektive Recht der Bürger, in angemessenen Abständen gesetzgebende Körperschaften zu wählen bzw für selbige zu kandidieren inne, garantiert also das aktive und passive Wahlrecht.¹¹⁶ Auch Art 8 StV von Wien, der bestimmt, dass Österreich eine demokratische, auf geheime Wahlen gegründete Regierung haben wird und allen Staatsbürgern ein freies, gleiches und allgemeines Wahlrecht einräumt, ist idZ zu erwähnen.¹¹⁷

Neben der Festlegung der Wahlrechtsgrundsätze und der Bestimmung des Kreises der Wahlberechtigten nehmen sich die Bestimmungen über die unmittelbare (dh nicht durch eine gesetzgebende Körperschaft mediatisierte) Demokratie verhältnismäßig bescheiden aus. Im für die vorliegende Arbeit bedeutsamen Zeitpunkt fanden sich im B-VG lediglich die Institute der obligatorischen und der fakultativen Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG über Verfassungsbestimmungen bzw Art 43 Abs 4 B-VG über einfache BG sowie das Volksbegehren nach Art 41 Abs 2 B-VG, das bereits in der Stammfassung des B-VG enthalten war, jedoch durch die B-VG-Nov 1988¹¹⁸ dahingehend erweitert wurde, dass

¹¹³ Vgl *Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung, 23.

¹¹⁴ StGBI 1918/5.

¹¹⁵ *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 32; *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 56 B-VG Rz 9 f.

¹¹⁶ Vgl *Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 26 B-VG Rz 103 mwN.

¹¹⁷ Vgl *Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 26 B-VG Rz 102 mwN.

¹¹⁸ BGBl 685.

Volksbegehren nicht mehr zwingend in Gesetzesform zu stellen sind.¹¹⁹ Das Institut der Volksbefragung, dem für die Gesetzgebung keine direkte Bedeutung zukommt, wurde mit der gleichen B-VG-Nov geschaffen, es existierte vorher gar nicht.

Art 44 Abs 3 B-VG zählt auf Grund seiner zentralen Stellung im Bereich grundlegendster Verfassungsänderungen jedenfalls zum demokratischen Grundprinzip der Bundesverfassung.¹²⁰ Weniger eindeutig ist die Stellung des Volksbegehrens nach Art 41 Abs 2 B-VG zu beurteilen. Zwar ist die Überantwortung der Gesetzgebungsinitiative direkt an den Souverän als Korrektiv zur Beherrschung und Mediatisierung der Politik durch die politischen Parteien jedenfalls ein bedeutendes Element demokratischer Staatswillensbildung, doch ist dieses Korrektiv durch die nachfolgende Anwendung des „gewöhnlichen“ Weges der Bundesgesetzgebung nach Art 42 ff B-VG abgeschwächt und wäre überdies eine Bindung des Nationalrates an ein ausreichend unterstütztes Volksbegehren nicht nur sinnlos¹²¹, sondern überdies nach der Rechtsprechung des VfGH auch nicht in Einklang mit dem (repräsentativ-) demokratischen Grundprinzip der Bundesverfassung zu bringen.¹²² Sieht man jedoch den Zweck des Volksbegehrens in der Möglichkeit des Volkes, seinen Willen gegenüber dem Repräsentanten zu artikulieren,¹²³ wird davon auszugehen sein, dass die Einräumung einer Möglichkeit der Gesetzesinitiative grundsätzlich (dh ohne Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung) Teil des demokratischen Grundprinzips ist, soweit nicht der repräsentative Charakter des demokratischen Prinzips dadurch ausgehöhlt wird.

Die Zurechnung des Instituts der Volksbefragung zu demokratischen Grundprinzip ist bereits auf Grund des Datums seiner Aufnahme nicht denkbar, weshalb eine weitere Befassung mit dieser Frage in Folgenden unterbleiben kann.

2. Politische Parteien

Im Alltag demokratischer Willensbildung spielen die in den gesetzgebenden Körperschaften vertretenen politischen Parteien eine zentrale Rolle, sie fungieren gleichsam als Vermittler zwischen Bürgern und Staat und sind somit Garanten der praktischen Verwirklichung eines demokratischen Staatswesens.¹²⁴ Mehrere Rechtsquellen spielen idZ eine Rolle, dem B-VG

¹¹⁹ Vgl ausführlich *Mayer* in FS Schambeck, 511 (513 ff).

¹²⁰ *Jabloner*, JRP 2001, 34 (43). Neben dieser Zurechenbarkeit zum demokratischen Prinzip ist Art 44 Abs 3 B-VG auch aus Gründen des Umgehungsschutzes der verfassungsrechtlichen Grundordnung zuzurechnen, vgl *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber, 71 f; *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 17; *Janko*, Gesamtänderung, 261 ff.

¹²¹ So *Merli* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 41/2 B-VG Rz 10.

¹²² VfSlg 16.241/2001.

¹²³ Vgl *Bußjäger* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 41 B-VG Rz 46.

¹²⁴ Vgl *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung, 14 f.

selbst war der Begriff der politischen Partei in seiner Stammfassung fremd, erst 1929 fand er Eingang in die Unvereinbarkeitsbestimmung des Art 147 Abs 4 B-VG.¹²⁵ Das ParteienG 1975¹²⁶ ist die zentrale Rechtsquelle, die die Stellung politischer Parteien regelt. Die Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 1 leg cit bestimmt in Abs 1 unter Verweis auf Art 1 B-VG, dass Existenz und Vielfalt politischer Parteien wesentlicher Bestandteil der demokratischen Ordnung der Republik Österreich sind. Abs 2 leg cit bestimmt, dass zu den Aufgaben der politischen Parteien die Mitwirkung an der politischen Willensbildung gehört.

§ 1 Abs 1 ParteienG legt durch seinen Verweis auf Art 1 B-VG nahe, einen Bezug zum demokratischen Prinzip zu haben. Problematisch scheint auf den ersten Blick, dass das ParteienG als einfaches Bundesverfassungsgesetz, das 30 Jahre nach der (maßgeblichen) Festlegung der verfassungsrechtlichen Grundordnung erlassen wurde, nicht die Aufgaben und den Bestand politischer Parteien auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Grundordnung festlegen kann.

Dieses Problem ist jedoch nur ein scheinbares: Die einhellige Lehre geht davon aus, dass die Existenz politischer Parteien vom Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1920 für so unproblematisch und rechtlich selbstverständlich gehalten wurden, dass eine ausdrückliche Verankerung im Wortlaut des B-VG nicht für nötig befunden worden war. Zwar divergieren die Lehrmeinungen im Einzelnen hinsichtlich der Indizien, auf die sich diese Lehre stützt, leicht, doch haben diese Stimmen insgesamt jedenfalls hinreichendes Gewicht, um davon ausgehen zu können, dass der Bestand politischer Parteien vom Verfassungsgesetzgeber 1920 vorausgesetzt und als Teil des demokratischen Prinzips angesehen wurde, § 1 ParteienG somit lediglich den in Art 1 B-VG gelegenen Norminhalt explizit macht.¹²⁷

§ 1 Abs 3 ParteienG normiert die Freiheit der Gründung politischer Parteien, sofern bundesverfassungsrechtlich nichts anderes bestimmt ist, ihre Tätigkeit darf durch besondere Rechtsvorschriften nicht beschränkt werden. Neben dem VerbotsG kommen als weitere Tatbestände, die als Grundlage von Parteiverboten (sowohl Gründungs- als auch Betätigungsverbote) fungieren können, Art 4 Z 2 (Anschlussverbot) und Art 9 (Auflösung nazistischer Organisationen) StV von Wien¹²⁸ in Frage. *Wieser* verweist darauf, dass der durch Art 9 StV von Wien geschaffene Parteiverbotstatbestand jedoch nicht alleine auf

¹²⁵ *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, § 1 ParteienG Rz 4.

¹²⁶ BGBl 404 idF I 1997/130.

¹²⁷ *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, § 1 ParteienG Rz 16, vgl auch Rz 1ff; *Oberndorfer* in *Korinek/Holoubek*, Art 1 B-VG Rz 17; *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 33; *Zeleny*, *juridikum* 2004, 182 (183).

¹²⁸ Sämtliche genannte Bestimmungen stehen gem Art II Z 3 der B-VG-Nov BGBl 1964/59 rückwirkend im Rang einfachen Bundesverfassungsrechts.

nazistische Organisationen Anwendung zu finden hat, sondern Art 9 Z 2 StV von Wien Österreich verpflichtet, Organisationen aufzulösen, die irgendeine den Vereinten Nationen feindliche Tätigkeit entfalten oder welche die Bevölkerung ihrer demokratischen Rechte zu berauben bestrebt sind. *Wieser* versteht den ersten Tatbestand dieser Formulierung so, dass Organisationen verboten sind, die eine objektiv zu beurteilende konkrete feindliche Handlung gegen einen Mitgliedstaat der Vereinten Nationen setzen. Den zweiten Tatbestand legt er dahingehend aus, dass alle Gruppierungen verboten sind, die der Bevölkerung ihre Mitwirkung am Prozess der Staatswillensbildung nehmen wollen. Die Einschränkung von Grundrechtsgewährleistungen sieht *Wieser* jedoch nicht von Art 9 Z 2 StV von Wien umfasst¹²⁹, er geht also in dieser Hinsicht von einem engen, formellen Demokratiebegriff aus. Dem von *Wieser* vertretenen Ansatz, aus Art 9 Z 2 zweiter Satz StV von Wien ein allgemeines Verbot solcher Parteien abzuleiten, sind *Rill/Schäffer*¹³⁰ mit dem zutreffenden systematischen Argument entgegengetreten, dass sich aus der Überschrift von Art 9 StV von Wien („Auflösung nazistischer Organisationen“) ergebe, dass nur nationalsozialistische Gruppierungen von diesem Verbot umfasst seien.

§ 1 Abs 3 ParteienG ist jedoch nicht als schrankenlose Ermächtigung zur Schaffung von Parteiverboten durch den einfachen Bundesverfassungsgesetzgeber zu verstehen, vielmehr müssen sich solche Verfassungsgesetze am demokratischen Grundprinzip messen lassen.¹³¹

Den Rechtsbegriffen der Wahlpartei und der Parlamentspartei kommt eine derartig herausragende Stellung im Rahmen des demokratischen Prinzips nicht zu, sie haben eher technische Bedeutung im Wahlverfahren und in den Geschäftsordnungen der gesetzgebenden Körperschaften.

D. Vollziehung

Nicht nur der Rechtsetzung, sondern auch der Ausgestaltung der Vollziehung kommt in der Demokratie eine wichtige Rolle zu, was sich vor allem im Bereich der Organkreation und dem Prinzip der Herrschaft des Gesetzes manifestiert, die eine Rückbindung der Vollziehung an das Gesetz sicherstellen sollen.¹³² Zentrale Bestimmung ist idZ das in Art 18 B-VG normierte Legalitätsprinzip¹³³, sowie die Abhängigkeit der obersten Organe vom Nationalrat

¹²⁹ *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, § 1 ParteienG Rz 64.

¹³⁰ *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 35 bei FN 105.

¹³¹ *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, § 1 ParteienG Rz 55; *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, 1 B-VG Rz 35; vgl auch *Thienel*, JRP 2005, 163 (164 bei FN 11).

¹³² *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 1 B-VG Rz 44.

¹³³ So *Weichselbaum*, Das Legalitätsprinzip als Nahtstelle zwischen den Grundprinzipien der Bundesverfassung, in FS Öhlinger, 640.

(Art 74 B-VG) und deren Verantwortlichkeit diesem gegenüber (Art 52 B-VG), wozu im weitesten Sinn auch das in Art 20 Abs 1 B-VG genannte Weisungsprinzip zu zählen ist.¹³⁴

Während es mE keine Probleme bereitet, die Verantwortlichkeit der obersten Organe sowie deren Abhängigkeit vom Nationalrat dem demokratischen Prinzip zuzuordnen, kann die Zuordnung des Legalitätsprinzips zum rechtsstaatlichen oder demokratischen Prinzip nicht trennscharf vorgenommen werden.¹³⁵ Der VfGH geht in seiner Rsp davon aus, dass das rechtsstaatliche Prinzip verlangt, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und letzten Endes mittelbar in der Verfassung begründet sein müssen.¹³⁶ In seiner neueren Rsp hat der VfGH dieses Verständnis dahingehend weiterentwickelt, dass es dem rechtsstaatlichen Prinzip widerspricht, der verfassungsrechtlichen Grundordnung durch einfaches Bundesverfassungsrecht ihre Maßgeblichkeit auch nur für Teilbereich der Rechtsordnung zu nehmen.¹³⁷ Im gleichen Erk führt der Gerichtshof jedoch auch aus, dass eine solche Regelung wohl auch dem demokratischen Prinzip widerspräche, da eine solche Teilsuspendierung der Maßgeblichkeit des Verfassungsrechts darauf hinauslaufe, dem Volk einen Teil seiner verfassungsgebenden Gewalt zu entziehen.

Die in diesem Erk zwar nur hinsichtlich des Verhältnisses von Grundordnung und einfachem Bundesverfassungsrecht angestellten Überlegungen lassen sich jedoch mE auf alle im Stufenbau der Rechtsordnung in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zueinander stehenden Rechtsakte übertragen, insbesondere auch auf Akte der Vollziehung, da auch jeder der Vollziehung zurechenbare Rechtsakt eine Konkretisierung des in der Verfassung grundgelegten Volkswillens darstellt.¹³⁸ Damit ist das Legalitätsprinzip im Überschneidungsbereich des demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzips angesiedelt und beiden Prinzipien gleichermaßen zuzurechnen.¹³⁹

E. Grundrechte mit Demokratiebezug

Die Bedeutung von Grund- und Freiheitsrechten für das demokratische Grundprinzip wurde oben bereits in abstracto erörtert. Allgemein sind es neben der freiheitssichernden Funktion der demokratischen Willensbildung va die kommunikativen Freiheitsrechte, denen

¹³⁴ Vgl *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 20 B-VG Rz 6; *Grabenwarter*, Die demokratische Legitimation weisungsfreier Kollegialbehörden, in FS Winkler, 271 (279 ff).

¹³⁵ Vgl hierzu *Thienel*, Verwaltungsakt, 40 bei FN 127, der davon ausgeht, dass eine Trennung zwischen den einzelnen Grundprinzipien letztlich rechtlich irrelevant ist, da die entscheidende Frage im Umstand zu erblicken ist, ob eine Verfassungsbestimmung der Grundordnung als solcher zuzuordnen ist.

¹³⁶ VfSlg 2455/1952.

¹³⁷ VfSlg 16.327/2001.

¹³⁸ Vgl *Mayer* in FS 75 Jahre B-VG, 341 (345 f) mwN.

¹³⁹ Treffend daher die von *Weichselbaum* in FS Öhlinger, 640 verwendete Bezeichnung als „Nahtstelle“ zwischen den Grundprinzipien; vgl auch *Gamper*, Staat und Verfassung, 199 f.

wesentliche Bedeutung im demokratischen Prozess zukommt.¹⁴⁰ Von konkreter Relevanz für die österreichische bundesverfassungsrechtliche Grundordnung sind idZ die in Art 12 und 13 StGG sowie in Art 10 und 11 EMRK garantierte Freiheit der Meinungsäußerung sowie die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit.¹⁴¹ Im Besonderen hervorzuheben ist noch der Beschluss der provisorischen Nationalversammlung vom 30.10.1918¹⁴², der jede Vorzensur verbietet, was nach den Bestimmungen des StGG und der EMRK nicht grundsätzlich der Fall ist, wenngleich auch nach diesen Bestimmungen die Vorzensur einer besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen wäre.¹⁴³

¹⁴⁰ *Pauly*, Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes, EuR 1998, 242 (243).

¹⁴¹ *Grabenwarter*, JRP 2004, 70; *Müller*, Verbotsgesetz, 93 ff.

¹⁴² StGBI 3.

¹⁴³ *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ § 23 Rz 36.

V. Unableitbarkeit eines unabänderlichen Verfassungskernes aus dem positiven Verfassungsrecht¹⁴⁴

A. Allgemeines

Das B-VG enthält keine ausdrückliche Anordnung, die gewisse Teile des Bundesverfassungsrechts der Abänderbarkeit auch durch die höchste zur Rechtsetzung berufene Autorität entzieht, wie dies etwa Art 79 Abs 3 GG bestimmt. Dieser Umstand legt den Schluss nahe, dass auch die verfassungsrechtliche Grundordnung im Wege des durch Art 44 Abs 3 B-VG vorgegebenen Verfahrens zur Gesamtänderung beliebig verändert werden darf.

In den vergangenen Jahren haben sich jedoch die Stimmen zu mehrern begonnen, die trotz des Fehlens der Positivierung einer „Ewigkeitsklausel“ das Bestehen von selbst im Wege des Art 44 Abs 3 B-VG nicht abänderbaren Verfassungsinhalten zu begründen versucht haben. Diese Diskussion hat insbesondere auf Grund des Umstandes, dass der VfGH obiter zumindest die Möglichkeit der Existenz nicht abänderbaren Verfassungsrechts angedeutet hatte¹⁴⁵ einiges an Brisanz gewonnen. Wenngleich ich die dahingehenden Ansichten dieser Autoren nicht teile, ist eine Auseinandersetzung mit deren Begründungsversuchen als Grundlage der weiteren Untersuchung zweckmäßig: Ist nämlich ein gewisser Verfassungsinhalt bereits auf innerstaatlicher Ebene durch eine Ewigkeitsklausel geschützt, wäre eine weiter gehende Befassung mit völker- und europarechtlichen Garantien nicht mehr notwendig.

B. Die Lehre Pernthalers

1. „Schranken der Verfassungsdurchbrechung“

Der Begriff der Verfassungsdurchbrechung bildet den Dreh- und Angelpunkt von *Pernthalers* Lehre vom Verfassungskern. Er versteht hierunter eine besondere Art der Verfassungsänderung, Verfassungsumgehung oder Aufhebung der normativen Qualität der

¹⁴⁴ Die im Folgenden dargestellten Lehrmeinungen beziehen sich nicht ausdrücklich auf das demokratische Prinzip, sondern allgemeiner auf die verfassungsrechtliche Grundordnung bzw verfassungsrechtliche Strukturprinzipien, weshalb bei der Darstellung der entsprechenden Lehrmeinungen im folgenden Kapitel nicht vom demokratischen Prinzip, sondern von nicht abänderbarem Verfassungsrecht allgemein die Rede ist.

¹⁴⁵ VfSlg 16.327/2001.

Verfassung im Einzelfall.¹⁴⁶ *Pernthaler* differenziert in weiterer Folge zwischen formaler und materieller Durchbrechung der Verfassung, wobei er zutreffend festhält, dass aus Art 44 Abs 1 und 2 B-VG (arg „in einfachen Bundesgesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen“) die Zulässigkeit formaler Verfassungsdurchbrechungen (dh außerhalb des Textes der Verfassungsurkunde angesiedelte Verfassungsänderungen) abzuleiten ist. Das Gegenstück hierzu bildet die inhaltliche Verfassungsdurchbrechung, die sich nach *Pernthaler* in Form der zeitlichen Verfassungssuspendierung oder der sachlichen bzw persönlichen Ausnahme von der allgemeinen Geltung der Verfassungsnormen manifestiert.¹⁴⁷

2. Absolute Unzulässigkeit materieller Verfassungsdurchbrechungen

In diesen Maßnahmen durch die Verfassungsgesetzgebung erblickt *Pernthaler* nicht bloß eine Änderung der verfassungsrechtlichen Grundordnung, sondern eine Verfassungsverletzung, zu der auch der gesamtändernde Verfassungsgesetzgeber nicht befugt sei. Eine solche Verfassungsdurchbrechung richte sich nämlich unmittelbar gegen den normativen Charakter der Verfassung und ihre Funktionen. Auch die positivierten Ermächtigungen zur Grundrechtssuspendierung (Art 15 EMRK, Art 142 B-VG) seien an eng umschriebene Voraussetzungen gekoppelt, genauso seien die Habsburgergesetze und die NS-Gesetzgebung als Verfassungsdurchbrechungen nur auf Grund ihrer Nähe zur (Wieder-)Errichtung des demokratisch-republikanischen Österreich zulässig. Als qualifizierten Fall der Verfassungsdurchbrechung sieht *Pernthaler* die Durchbrechung (dh die individuelle, sachlich nicht rechtfertigbare Suspendierung) von Grundrechten an, die wegen deren allgemeiner Gewährleistung immer eine Wesensgehaltsverletzung darstellen würde.

C. Ewigkeitsgarantie für Volkssouveränität und pouvoir constituant insb der Länder

Der älteste, jedoch bis vor kurzem am wenigsten elaborierte Ansatz zur Begründung der Unabänderlichkeit dieser Elemente wurde erstmals von *Pernthaler/Esterbauer*¹⁴⁸ bereits 1973 vertreten. Die genannten Autoren gehen im Wesentlichen davon aus, dass die Entstehung der Republik Österreich auf einen Zusammenschluss mehrerer souveräner Entitäten, der Länder, zu Stande gekommen ist und im Zuge dieses Entstehungsaktes die Länder ihre Qualität als originäre und in ihrem Bereich höchste, dem Bund gleichgeordnete Hoheitsgewalten nicht aufgeben haben, woraus die Unmöglichkeit der Beseitigung dieser Qualität geschlossen

¹⁴⁶ *Pernthaler*, Verfassungskern, 78.

¹⁴⁷ *Pernthaler*, Verfassungskern, 80.

¹⁴⁸ *Pernthaler/Esterbauer*, Die Entstehung des österreichischen Bundesstaates als geschichtlicher Vorgang und staatstheoretisches Problem, 128.

wird. Die Gründung des Bundesstaates bedeutet nach dieser Lesart bloß eine temporäre Beschränkung der Verfassungsautonomie der Länder.¹⁴⁹ Mithin wäre nach dieser Auffassung eine Beschränkung der Verfassungsautonomie der Länder auch im Wege des Art 44 Abs 3 B-VG nicht möglich.¹⁵⁰

Strukturell ähnlich, jedoch nicht auf die Verfassungsautonomie der Länder bezogen argumentieren *Oberndorfer*¹⁵¹ und *Janko*¹⁵². *Oberndorfer* knüpft an die Formulierung von Art 1 B-VG an, in dessen Formulierung er die Manifestation der Volkssouveränität als materielle Grundnorm des Bundesverfassungsrechts sieht. Die sich an dieser Stelle manifestierende verfassungsgebende Gewalt des Volkes bilde die dauerhafte rechtliche Existenzgrundlage des Staatswesens der Republik Österreich. Aus diesem Gehalt von Art 1 B-VG iVm Art 44 Abs 3 B-VG erschließt sich nach Ansicht *Oberndorfers* die auf verfassungsmäßigem Weg unabänderliche verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Hieraus lasse sich in der Folge ableiten, dass das in Art 44 Abs 3 B-VG normierte Volksabstimmungsgebot keine Ermächtigung zur auf diesem Wege vollzogenen Selbstzerstörung der verfassungsgebenden Gewalt zur Verfügung stelle.

Janko sieht in der Verankerung der Unabänderlichkeit der Volkssouveränität ein Korrektiv zu dem von ihm vertretenen Ansatz der jederzeitigen Wandelbarkeit der verfassungsrechtlichen Grundordnung als Ausfluss des jeweils aktuellen Verfassungskonsenses. Er begründet dies damit, dass die verfassungsrechtliche Möglichkeit, die Demokratie auf demokratischem Weg (durch Gesamtänderung nach Art 44 Abs 3 B-VG) abzuschaffen, eine Perversion des Gedankens der Volkssouveränität darstellen würde.

Neben diesem Argument sieht *Janko* in der Grundnorm, die die konstituierende Nationalversammlung zur Erlassung des B-VG ermächtigt hat,¹⁵³ die Volkssouveränität in der Weise verankert, dass dem Gesamtänderungstatbestand des Art 44 Abs 3 B-VG kein Inhalt zugesonnen werden könne, der eine Abschaffung dieses Prinzips auf demokratischem Wege ermöglichen würde. Überdies – hier beruft sich *Janko* auf den bereits geschilderten Ansatz von *Oberndorfer* sowie auf *Morscher*¹⁵⁴ – erblickt *Janko* in der Unabhängigkeitserklärung

¹⁴⁹ Vgl *Weber*, Kriterien des Bundesstaats, 84.

¹⁵⁰ Vgl *Gamper*, Grundordnung, 189.

¹⁵¹ *Oberndorfer* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 1 B-VG Rz 10.

¹⁵² *Janko*, Gesamtänderung, 150 ff.

¹⁵³ Diesem Argument liegt das von *Kelsen* entwickelte Bild der Grundnorm als Voraussetzung der Rechtsgeltung zu Grunde, was jedoch insofern nicht stringent ist, als nach *Kelsens* Theorie in der Grundnorm „kein dem positiven Recht transzendeter Wert bejaht“ wird, sondern der Grundnorm nur die Anordnung innewohnt, man solle sich der jeweiligen Verfassung entsprechend Verhalten; vgl *Kelsen*, Reine Rechtslehre², 204.

¹⁵⁴ Zur Kritik an diesen Ansätzen sogleich unten V.E.1.

vom 27.4.1945 einen normativen Anhaltspunkt für die Verankerung der Volkssouveränität als unabänderliches Verfassungsprinzip.

Einen weiteren Begründungsversuch in diese Richtung hat jüngst *Bußjäger*¹⁵⁵ unternommen. Er versteht Art 2 Abs 3 B-VG, gem dem Änderungen im Bestand der Länder und der in Art 3 B-VG vorgesehenen Mitwirkungsrechte der Länder korrespondierender verfassungsgesetzlicher Regelungen dieser Länder brauchen. Vor der B-VG-Nov 2008¹⁵⁶ hatte das B-VG keine derartige Bestimmung enthalten. Bereits aus der Stammfassung des Art 3 Abs 2 B-VG leitet *Bußjäger* ab, dass dessen Änderung vor der B-VG-Nov 2008 neben einem Verfahren gem Art 44 Abs 3 B-VG auch paktierter Verfassungsgesetze der Länder bedurft hätte. Diese Ansicht gründet er im Wesentlichen darauf, dass Art 3 Abs 2 B-VG aF das Verfahren für seine eigene Abänderung festlegte, und eine Umgehung dieses Verfahren nicht zulässig sein sollte.¹⁵⁷ Nach der B-VG-Nov 2008 sieht *Bußjäger* diese Überlegung durch das positive Recht bestätigt: Nach seiner Argumentation stellt Art 2 Abs 3 B-VG neu nunmehr eine *lex specialis* zu Art 44 Abs 3 B-VG dar, neben einer Gesamtänderung der Bundesverfassung wären zur Aufhebung von Art 2 Abs 3 B-VG somit jedenfalls verfassungsgesetzlichen Bestimmungen der Länder nötig.

D. Willkürverbot für den Gesetzgeber

*Janko*¹⁵⁸ lehnt die von *Pernthaler* vertretene Ansicht der Unzulässigkeit von Verfassungsdurchbrechungen mit Blick auf den Wortlaut von Art 44 Abs 1 B-VG ab.¹⁵⁹ Er schlägt jedoch vor, die von *Pernthaler* entwickelte Figur der Verfassungsdurchbrechung durch ein qualifiziertes Willkürverbot zu ersetzen, das er aus dem Gleichheitssatz und dem darauf gestützten Erk des VfGH VfSlg 15.373/1998¹⁶⁰ ableitet. Weiters führt er die Ansicht *Korinek*¹⁶¹ ins Treffen, nach der in einer Gesamtschau der Rechtsordnung keinem repräsentativen Rechtsetzungsorgan willkürliche Rechtsetzung eingeräumt sei.

¹⁵⁵ *Bußjäger*, Grenzänderung und Bundesstaat, ZÖR 2009, 115.

¹⁵⁶ BGBl I 2008/2.

¹⁵⁷ *Bußjäger* stützt sich dabei im Wesentlichen auf die Argumentation, dass die Revisionsnorm zumindest den gleichen Bestandschutz haben muss wie der von ihr geschützte Normenbestand, und verweist dabei auf Art 44 Abs 3 B-VG. Zu dieser Argumentation vgl bereits oben II.C.

¹⁵⁸ *Janko*, Gesamtänderung, 283 ff.

¹⁵⁹ Vgl hierzu unten V.F.1.

¹⁶⁰ Der VfGH äußerte sich in diesem Erk zu der rückwirkenden Beseitigung der begünstigten Möglichkeit der steuermindernden Abschreibung von Assanierungen durch das StrukturanpassungsG 1996. Dort wird der Gleichheitssatz als wesentlicher Bestandteil der Grundrechtsordnung und des demokratischen Baugesetzes bezeichnet; vgl *Janko*, Gesamtänderung, 289 bei FN 79.

¹⁶¹ *Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassische Diskriminierung, in FS Rill, 183 (191).

Janko selbst räumt ein, dass auf dem Boden der hL eine derart als willkürlich zu beurteilende Verfassungsänderung als zulässig anzusehen sei. Auf Basis der von ihm vertretenen These, dass das österreichische Staatswesen unverrückbar demokratisch zu gestalten sei, käme der von ihm entwickelten Figur allerdings ein weitaus höherer Stellenwert zu, ähnlich jenem des von *Pernthaler* entwickelten Verbots der Verfassungsdurchbrechung, jedoch ohne wie *Pernthaler* eine neue Rechtsfigur zu schaffen, die in der positiven Rechtsordnung keinen Niederschlag gefunden habe.

E. Historische Begründbarkeit eines unabänderlichen Verfassungskerns?

Anders als die bisher geschilderten Ansichten orientiert sich die Ansicht *Morschers*¹⁶² näher am positiven Verfassungsrecht und der hL. Er geht im ersten Schritt seiner Überlegungen davon aus, dass das B-VG jedenfalls keine Bestimmung enthalte, die ausdrücklich festlegt, dass es unabänderliches Verfassungsrecht nicht geben soll. In weiterer Folge soll nach dieser Ansicht die Unabhängigkeitserklärung vom 27.4.1945 eine Ewigkeitsgarantie gewisser Verfassungsinhalte beinhalten. Die mangelnde Nennung eines solchen Prinzips begründet *Morscher* mit dem an vielerlei Hinsicht erkennbaren „Antwortcharakter“¹⁶³ des B-VG.

Das dieser Theorie entgegengehaltene Fehlen entsprechender historischer Nachweise für einen derartigen Inhalt der Unabhängigkeitserklärung begründet er mit den widrigen Umständen der damaligen Zeit, die aus der Zeit stammenden Dokumente ließen jedoch einen entsprechenden Willen des damaligen Verfassungsgesetzgebers erkennen.¹⁶⁴

F. Dynamisches Verfassungsverständnis

*Öhlinger*¹⁶⁵ baut seinen Ansatz zur Begründung unabänderlichen Verfassungsrechts unter Zugrundelegung seiner bereits oben erörterten methodischen Prämissen auf den dem B-VG zu Grunde liegenden Verfassungsbegriff auf, den er induktiv aus den im B-VG verankerten Grundprinzipien ableitet. Da *Öhlinger* von einer dynamischen Wandelbarkeit dieser Prinzipien durch diverse Faktoren ausgeht, trifft er konsequenterweise die gleiche Annahme für den bei ihm maßgeblichen Verfassungsbegriff. Diesem Verfassungsbegriff wohnt nach *Öhlinger* ein die Unabänderbarkeit der die Verfassungsstaatlichkeit Österreichs

¹⁶² *Morscher*, Lebendiges oder gerade noch lebendiges Verfassungsrecht – Soll das B-VG seinen 80. Geburtstag erleben? in *Wieser/Stolz*, Verfassungsrecht, 121; *Morscher*, Über „unabänderliches“ Verfassungsrecht, in FS *Pernthaler*, 239.

¹⁶³ Zum Antwortcharakter des B-VG siehe oben IV.C.I.

¹⁶⁴ *Morscher* in FS *Pernthaler*, 239 (250).

¹⁶⁵ *Öhlinger* in FS *Pernthaler*, 273 (286 ff).

ausmachender, rechtlich unabänderlicher Kern inne.¹⁶⁶ Begründend führt *Öhlinger* die weitgehende Verdichtung des Maßstabes der Grundrechtsprüfung durch den VfGH va in den 1980er Jahren sowie Einführung der ständisch-autoritären Verfassung im Jahr 1934 an, die zum damaligen Zeitpunkt von der Wissenschaft nicht als Gesamtänderung der Bundesverfassung qualifiziert wurde, heute jedoch jedenfalls als solche anzusehen wäre.¹⁶⁷ Auch *Gamper*¹⁶⁸ äußert die Idee, dass unter Zugrundlegung eines bestimmten Verfassungsvorverständnisses argumentiert werden könne, dass die dem B-VG vorgelagerte Systementscheidung für ein liberales und demokratisches Verfassungssystem eine Änderungssperre des B-VG normiert, Änderungen folglich nur so weit zulässig sein sollen, als nach der Änderung noch von einer Verfassung im Sinne des zu Grunde liegenden Verfassungsbegriffs gesprochen werden könne. Den Gehalt dieses Verfassungsbegriffes (die Verfassung und ihre wesentlichen Voraussetzungen) leitet *Gamper* dabei primär mit Hilfe einer normativen Methode aus der konkreten Verfassung ab, wobei sie allerdings selbst einräumt, dass selbst diese Ableitung ohne Rückgriff auf Erkenntnisse der allgemeinen Staats- und Verfassungslehre kaum möglich sei.

G. Kritik

1. Positivrechtliche Verankerung der vollständigen Abänderbarkeit

Der von *Pernthaler* vertretenen Ansicht ist *Hiesel*¹⁶⁹ mit dem Argument entgegengetreten, dass Art 44 Abs 3 B-VG ausdrücklich davon spricht, dass jede Gesamtänderung der Bundesverfassung einer Volksabstimmung durch das Bundesvolk zu unterziehen ist. Aus diesem Wortlaut leitet *Hiesel* ab, dass bei Einhaltung des entsprechenden Verfahrens jede beliebige Verfassungsänderung zulässig sein muss. Überdies führt er ins Treffen, dass die Konsequenz der Annahme unabänderlicher Verfassungsinhalte im Umstand läge, dass der VfGH dazu berufen wäre, eine gem Art 44 Abs 3 B-VG verabschiedete Gesamtänderung der Bundesverfassung aufzuheben. Auch sei nach *Hiesels* Ansicht davon auszugehen, dass der Verfassungsgesetzgeber von 1920 bzw 1945, hätte er eine derart bedeutende verfassungspolitische Entscheidung wie die Verankerung unabänderlichen Verfassungsrechts im B-VG treffen wollen, dies jedenfalls ausdrücklich getan hätte, und somit *Morschers* Ansatz, der sich va auf historische, zT nicht einmal in unmittelbarem Zusammenhang mit der

¹⁶⁶ Zustimmend *Hammer*, EU-Verfassungsvertrag, Gesamtänderung der Bundesverfassung und pouvoir constituant, *juridikum* 2004, 112 (115).

¹⁶⁷ *Öhlinger* in FS *Pernthaler*, 273 (290).

¹⁶⁸ Vgl *Gamper*, Verfassungsrevision und „Bewahrung“ der Verfassung, *ZÖR* 2005, 207, unter Berufung auf den soeben dargelegten Ansatz *Öhlingers*.

¹⁶⁹ *Hiesel*, Gibt es in Österreich unabänderliches Verfassungsrecht? *ÖJZ* 2002, 121 (124).

Unabhängigkeitserklärung stehende „Materialien“ stützt, nicht trägt. Dieser Kritik hat *Morscher*¹⁷⁰ wiederum entgegengehalten, dass das B-VG auch keine Vorschrift enthält, die die Möglichkeit jeglicher Abänderung im B-VG festlegt und die Argumentation *Hiesels* somit eine *petitio principii* darstellen würde. Umfasse nämlich der Begriff der Gesamtänderung der Bundesverfassung absolut unzulässige Verfassungsänderungen nicht, würde der Wortlaut von Art 44 Abs 3 B-VG hierüber auch nichts aussagen.

Hierauf kann jedoch wiederum entgegnet werden, dass der historische Verfassungsgesetzgeber selbst die Erlassung von sowohl formell als auch materiell verfassungsdurchbrechendem Verfassungsrecht vor Augen hatte, als er in Art 44 Abs 1 B-VG den Begriff der Bundesverfassung durch die Wendung „Verfassungsgesetze und in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen“ ersetzte und somit bewusst die Möglichkeit der formellen und materiellen Verfassungsdurchbrechung geschaffen hat.¹⁷¹ Auch ist davon auszugehen, dass ein Gesetz lediglich dann abänderbar ist, wenn hierfür durch die Verfassung ein entsprechendes Verfahren bestimmt wird.¹⁷²

Auch aus der B-VG-Nov 2008 lässt sich hinsichtlich dieses Aspekts kein anderes Ergebnis ableiten. *Bußjäger* übersieht in seiner Argumentation nämlich grundlegend, dass die B-VG-Nov 2008 lediglich im Rang einfachen Bundesverfassungsrechts beschlossen wurde. Dass auf diesem Wege eine *lex specialis* zu Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG beschlossen werden sollte, ist daher schon stufenbautheoretisch nicht begründbar (diesfalls wäre die Novelle nämlich verfassungswidrig) und scheint in der Folge auch dem Verfassungsgesetzgeber, der mit dieser Novelle eine Verfassungsbereinigung¹⁷³ durchführen wollte, kaum zusinn- bzw unterstellbar. Dass es nicht der Wunsch des einfachen Verfassungsgesetzgebers war, den Streit zwischen Innsbrucker und Wiener Schule zu entscheiden,¹⁷⁴ folgt daraus logisch. Auch dass Art 3 B-VG aF das Verfahren zu seiner eigenen Abänderung ähnlich Art 44 Abs 3 B-VG geregelt hätte, ist nicht erwiesen. Der zu Grunde liegende Gedanke bezieht sich lediglich auf Normen, die das Verfahren zur Durchführung einer Derogation regeln. Gerade dies tat Art 3 B-VG aF nicht, sondern regelte lediglich die Erfordernisse von Grenzänderungen. In der Konsequenz stellt sich *Bußjägers* Argumentation damit lediglich als ein Versuch dar, das bundesstaatliche Prinzip (das in Art 2 B-VG unzweifelhaft seinen Ausdruck findet) über die anderen

¹⁷⁰ *Morscher* in FS Pernthaler, 239 (246 f).

¹⁷¹ *Janko*, Gesamtänderung, 282 f.

¹⁷² Dies betonte bereits *Merkl*, Die Unabänderlichkeit von Gesetzen, JBl 1917, 97 (98).

¹⁷³ 314 BlgNR 23. GP 1,2 und passim. Vor diesem Hintergrund kann auch mit der Aussage, dass die in Art 3 B-VG genannten Mitbestimmungsrechte einer einseitigen Änderung entzogen werden (314 BlgNR 23. GP 6) lediglich als Einschränkung der Befugnisse des einfachen Bundesverfassungsgesetzgebers gedeutet werden.

¹⁷⁴ So sinngemäß *Bußjäger*, ZÖR 2009, 115 (121).

Grundprinzipien zu stellen, was auch mit der Systematik von Art 44 Abs 3 B-VG und der Lehre, die das Bestehen gleichrangiger Grundprinzipien annimmt, nicht vereinbar und entbehrt eines entsprechenden Nachweises.¹⁷⁵

2. Mangelnde Nachweisbarkeit der Prämissen

Neben dem soeben erörterten Argument wird in der Lit ins Treffen geführt, dass ein Nachweis für die Prämissen der Ansichten, die behaupten, es könne in Österreich unabänderliches Verfassungsrecht geben, von eben jenen Autoren nicht erbracht wurde. Der von *Öhlinger* gebrauchte dynamische, psychologistisch geprägte Verfassungsbegriff¹⁷⁶ ist – neben seiner „erkenntnistheoretischen Fragwürdigkeit“¹⁷⁷ – nicht geeignet, das Recht als objektive Gegebenheit¹⁷⁸ in seiner Funktion als verlässliche Ordnung nachvollziehbar zu beschreiben.¹⁷⁹

Im Wesentlichen gleich kann die Kritik an *Gampers* und *Pernthalers* Ansichten begründet werden. Die Zugrundelegung eines bestimmten theoretischen Verfassungs(vor)verständnisses, für dessen Existenz bzw dessen Einbeziehung in das B-VG kein Nachweis vorliegt¹⁸⁰ und wohl auch nicht erbracht werden kann, muss dazu führen, dass jede darauf aufgebaute These Spekulation bleiben muss.¹⁸¹

Grundsätzlich ähnlich¹⁸², doch im Detail differenzierter fällt die Kritik an jenen Meinungen aus, die der Volkssouveränität bzw der Verfassungsautonomie der Länder Unabänderlichkeit oder zumindest einen höheren Bestandschutz als jenen, der durch Art 44 Abs 3 B-VG gewährt wird zuschreiben. Versteht man hierunter eine bloß faktische, dem positiven Recht

¹⁷⁵ Vgl dazu auch *Rill*, Die österreichische Bundesstaatlichkeit, in FS Schäffer, 717 (732), der erläutert, dass Art 3 Abs 2 B-VG aF und die in Art 2 Abs 2 B-VG genannten Bundesländer ihren Bestandschutz in Art 44 Abs 3 B-VG erfahren. *Rill* meint, dass auch angenommen werden könnte, dass Art 3 Abs 2 B-VG nur im Wege paktierter Verfassungsgesetze des Bundes und Länder aufgehoben werden könnte, was „freilich jedoch mit dem traditionellen Auslegungsinstrumentarium nicht so leicht begründbar [...], aber dennoch vertretbar“ sei. Eine Kumulation beider Varianten nimmt *Rill* jedoch nicht an.

¹⁷⁶ So *Walter*, Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewusstseinsinhalt, ÖJZ 1992, 281.

¹⁷⁷ *Mayer*, Gibt es unabänderliches Verfassungsrecht? in FS Schäffer, 473 (482).

¹⁷⁸ Vgl hierzu insb *Walter*, ÖJZ 1992, 281.

¹⁷⁹ Vgl *Mayer* in FS Schäffer, 473 (483).

¹⁸⁰ Vgl *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 10.

¹⁸¹ Vgl *Hiesel*, Gleichheitssatz, verfassungsrechtliche Grundordnung und das Erkenntnis VfSlg 15.373/1998, ÖJZ 2000, 281 (285 bei FN 41): „ (...) Dazu sei angemerkt, dass wohl jedes legitimes Verfassungsverständnis aus der Verfassung heraus begründbar sein muss. Gerade dies ist *Pernthaler* mit seinen Ausführungen aber nicht gelungen.“; *Mayer* in FS Schäffer, 473 (479 bei FN 53); vgl auch *Antonolli* in FS Merkl, 34 (40 f): „Verfassungen sind keine theoretischen Einsichten und Aussagen, sondern Willensakte einer Verfassungsgebers, der die Wirklichkeit gestalten will, so gestalten und nicht anders. [...] Unternehmen wir es, den Baugesetzen ihren *wahren!* Inhalt zu unterstellen, dann haben wir den Bereich der Rechtsdogmatik verlassen“ (Hvhbg jeweils im Original).

¹⁸² *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 11.

vorgelagerte Autorität des Volkes, deren tatsächliche Hoheitsmacht sich (als *pouvoir constituant*) in der Etablierung einer neuen Verfassungsordnung manifestiert,¹⁸³ so mag dies insoweit zutreffen, als sich der *pouvoir constituant* als faktisches Phänomen einer normativen Fassbarkeit weitestgehend entzieht.¹⁸⁴ Mithin ist allerdings auch die Annahme, es wäre unzulässig, dieses Phänomen verfassungsrechtlich zu verbieten, wenig zielführend. Die bloße Frage des Effektivwerdens einer neuen Verfassungsordnung auf revolutionärem – dh nicht von der zuvor effektiven Verfassung abgeleitetem – Wege ist rechtsdogmatisch nicht fassbar. Dies hat in gleicher Weise für die Verfassungsautonomie der Länder zu gelten. Im Rahmen der vom B-VG errichteten bundesstaatlichen Ordnung ist die Ermächtigung der Länder zur Erlassung von Landesverfassungsrecht jedenfalls von der Bundesverfassung abgeleitet und durch diese beschränkt.¹⁸⁵

Will man jedoch in der Volkssouveränität die normative Denkform der modernen Staatlichkeit sehen, auf der der Staat beruhen soll,¹⁸⁶ lässt sich hieraus wiederum keine Aussage über das positive österreichische Verfassungsrecht treffen. Aus der beweisbedürftigen Beobachtung, dass die meisten europäischen Rechtsordnungen eine Prägung durch die Idee der Volkssouveränität aufweisen,¹⁸⁷ kann kein Rückschluss auf die konkrete verfassungsrechtliche Grundordnung der Republik Österreich in ihrem Entstehungszeitpunkt getroffen werden.¹⁸⁸

Selbst wenn man die Einbindung des Bundesvolkes in das Verfahren zur Gesamtänderung der Bundesverfassung gem Art 44 Abs 3 B-VG als Bezugnahme auf die Volkssouveränität verstehen wollte,¹⁸⁹ ist damit keine normative Festlegung der Volkssouveränität als unabänderlich getroffen, sondern lediglich eine Ausprägung des demokratischen Prinzips im Rahmen der verfassten Gewalt.

¹⁸³ *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 56; vgl auch *Koja*, Allgemeine Staatslehre, 112, *Koja*, Die Verfassung, in FS Walter, 349 (356 f); *Kriele*, Staatslehre⁶, 124 f.

¹⁸⁴ Vgl *Starck* in von *Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz I⁴, Präambel Rz 14.

¹⁸⁵ Vgl *Rill* in FS Schäffer, 717 (719).

¹⁸⁶ *Pernthaler*, Bundesstaatsrecht, 56.

¹⁸⁷ *Pernthaler*, Verfassungskern, 83 und passim; *Öhlinger* in FS *Pernthaler*, 273 (289 f).

¹⁸⁸ Vgl idS auch *Mayer*, Im Dilemma zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht, in FS Adamovich, 430 (435).

¹⁸⁹ Die Entstehung von Art 44 Abs 3 B-VG als Gegenmodell zu einem Vetoreferendum nach Schweizer Modell spricht jedoch eher gegen das Vorliegen eines Willens des historischen Verfassungsgesetzgebers, die Volkssouveränität zu weit gehend im B-VG manifest zu machen; vgl *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 11.

H. Verfassungsrechtlich positivierte Anknüpfungspunkte für die Möglichkeit unabänderlichen Verfassungsrechts

1. Allgemeines

Den bisher referierten Ansichten ist gemein, dass sie kaum Bezug zu den positiven Bestimmungen des B-VG aufweisen, sondern sich stark auf der Bundesverfassung vorgelagerte Elemente oder allgemeine Prinzipien der Staatslehre stützen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass auch das positive Verfassungsrecht an mancher Stelle die Unabänderlichkeit gewisser Regelungen zumindest andeutet. Die entsprechenden Bestimmungen sollen in der Folge dargestellt werden.

2. Art 7 StGG

Art 7 StGG erster Satz bestimmt, dass [j]eder Untertänigkeits- und Hörigkeitsverband *für immer* aufgehoben [ist].¹⁹⁰ Der bloße Wortlaut dieser Bestimmung könnte daher die Vermutung nahe legen, dass sie einer Abänderung nicht zugänglich sein könnte. Die ältere Lehre vertrat mit Bezug auf das Verfassungsrecht Österreich-Ungarns auch tatsächlich die Ansicht, dass der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1867 eine Änderung des ersten Satzes der *leg cit* nicht zulassen wollte. *Kelsen* qualifiziert diesen Satz in Widerspruch zu Art 15 Abs 2 StGG RGBI 1867/141, der die Änderungsquoten für die Staatsgrundgesetze festlegt, und sieht sie damit als Änderungsfest an.¹⁹¹

In der jüngeren Lit haben sich zwei einander diametral entgegenstehenden Ansichten herausgebildet, wobei die ältere Ansicht davon ausgeht, dass der Wendung „für immer“ in Art 7 StGG durch Art 149 Abs 1 B-VG derogiert wurde.¹⁹² Die neuere Ansicht geht davon aus, dass mangels Identität des Gegenstandes eine Derogation nicht eingetreten ist.¹⁹³ Nach dieser Ansicht stellt die besagte Formulierung bloß eine „pathetische Distanzierung“ vom überkommenen Feudalsystem dar und statuiert das zukünftige Verbot, neuerlich Untertänigkeits- oder Hörigkeitsverbände zu begründen, aber kein positiviertes Abänderungsverbot der Bestimmung selbst.

ME vermag diese von *Zellenberg* vertretene Ansicht für sich genommen nicht zu überzeugen, da sie dem historischen Gesetzgeber zusinnt, normativ Bedeutungsloses bestimmt zu haben, was insbesondere auf Grund des Umstandes, dass das StGG an anderer Stelle keine ähnliche

¹⁹⁰ Hvhbg von mir.

¹⁹¹ *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht, 54. Vgl hierzu auch *Morscher* in FS Pernthaler, 239 (241).

¹⁹² *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 199, erklärt, dass *Kelsens* Ansicht nach der „verfassungsrechtlichen Neuordnung (dh die Erlassung des B-VG 1920, Anm) nicht mehr haltbar“ sei.

¹⁹³ *Zellenberg* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht III, Art 7 StGG Rz 9.

Formulierung aufweist, nicht schlüssig wäre. Allerdings ist dies insofern nicht weiter von Bedeutung, als im Fall der Annahme, dass der Wendung „für immer“ normativer Gehalt im Sinne einer „Ewigkeitsklausel“ zukommt, jedenfalls der Ansicht *Ermacoras* beizupflichten ist, dass mit der Rezeption des StGG qua Art 149 Abs 1 B-VG Art 44 B-VG auch auf Art 7 StGG zur Anwendung gelangt und eine Änderung nach diesem Verfahren möglich ist.¹⁹⁴

3. BVG Neutralität

Ähnlich wie Art 7 StGG legt auch der Wortlaut von Art 1 des BVG Neutralität¹⁹⁵ die Annahme eines Verbots der Abänderbarkeit dieser Bestimmung in zwei Wendungen nahe, nämlich jener der „immerwährenden Neutralität“ in Abs 1 und der „Sicherung dieser Zwecke¹⁹⁶ in aller Zukunft“. *Öhlinger*¹⁹⁷ tritt dieser Auslegung mit Vehemenz entgegen: „Die Antwort auf die Frage [nach der Unabänderbarkeit, Anm] kann selbstverständlich nur nein lauten“. Er begründet dies damit, dass das BVG Neutralität lediglich im Verfahren gem Art 44 Abs 1 B-VG beschlossen wurde und somit eine weiter gehende Erschwernis der Abänderbarkeit dieser Bestimmung nicht in Frage komme, der leg cit würde andernfalls ein verfassungswidriger Inhalt unterstellt. Mit gleicher Begründung kommt *Öhlinger* zu dem Schluss, dass das BVG Neutralität auch der durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützten verfassungsrechtlichen Grundordnung nicht zugehört.¹⁹⁸

4. Art 44 Abs 3 B-VG

Wenngleich der Wortlaut des Gesamtänderungstatbestandes keine eindeutigen Hinweise für die Unzulässigkeit von dessen Abänderung erkennen lässt, wurde dies dennoch angenommen und damit begründet, bei Art 44 Abs 3 B-VG handle es sich um die „initial hypothesis“ des österreichischen Verfassungsrechts, von der sich die Geltung allen weiteren Rechts ableite.¹⁹⁹ Fluchtpunkt dieser Theorie ist der Ansatz von *Ross*, nach dem sich eine Aussage nicht auf sich selbst beziehen kann.²⁰⁰ Dem entsprechend könne Art 44 Abs 3 B-VG auch nicht über seine eigene Abänderbarkeit verfügen.

¹⁹⁴ Ob diese Änderung eine Teil- oder Gesamtänderung der Bundesverfassung wäre, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

¹⁹⁵ BGBl 1955/211.

¹⁹⁶ Es handelt sich um Österreichs Unabhängigkeit, die Unverletzlichkeit seines Territoriums und seine Neutralität.

¹⁹⁷ *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BVG Neutralität Rz 4.

¹⁹⁸ *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BVG Neutralität Rz 5.

¹⁹⁹ *Kramer*, Art 44 B-VG als „initial hypothesis“ der österreichischen Rechtsordnung, in FS Hellbling, 351 (358).

²⁰⁰ „A proposition cannot refer to itself“, vgl *Ross*, On law and Justice, 80, hier zit nach *Kramer* in FS Hellbling, 351 (358).

Die mE zutreffende Kritik hält dieser Ansicht entgegen, dass deren logischer Ausgangspunkt lediglich auf Sätze der Aussagenlogik, nicht aber auf Rechtsnormen zutrifft.²⁰¹ Einigkeit besteht jedoch darüber, dass Art 44 Abs 3 B-VG selbst bei Änderung seines Normtextes im Wege des von ihm selbst normierten Verfahrens als Meta- bzw Meta-Metanorm Geltungsgrund der folgenden Normen ist, so lange nicht eine Diskontinuität der Rechtsordnung auftritt.²⁰² Auf den Inhalt der auf Grundlage von Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG erzeugten Norm hat dies jedoch keine Auswirkungen.

Denkbar wäre allenfalls noch, aus dem Wortlaut von Art 44 Abs 3 B-VG abzuleiten, dass nach einer Gesamtänderung der Bundesverfassung nach wie vor eine Bundesverfassung bestehen muss.²⁰³ Nach dieser Ansicht muss nach einer Gesamtänderung noch ein Bundesstaat bestehen (arg „Bundesverfassung“), der die Elemente eines modernen Verfassungsstaates aufweist (arg „Bundesverfassung“).²⁰⁴ Gamper meint hinsichtlich der zweiten Kategorie, dass es schwierig sein dürfte, im Rahmen der anerkannten Auslegungsmethoden herauszufinden, welche Elemente den modernen Verfassungsstaat derart charakterisieren, die nach dieser Ansicht nur theoretisch, aber nicht positivrechtlich festgemacht werden könnten. Sie verwirft auch den Bezug auf Art 6 Abs 1 EUV, da die dort aufgezählten Grundsätze zwar dem theoretischen Konzept des Verfassungsstaates entsprechen dürften, ihre Tiefendimension allerdings ungeklärt sei.²⁰⁵

Auch dieser Ansatz muss jedoch auf Kritik stoßen. Kern dieser Kritik ist, dass der Begriff „Bundesverfassung“ in Art 44 Abs 3 B-VG den Gegenstand iS des Ausgangspunktes der Teil- bzw Gesamtänderung der Bundesverfassung meint, jedoch nichts über den Endpunkt des Normsetzungsprozesses aussagt. Dies zeigt sich bereits bei Betrachtung von Öhlingers Argumentation, der meint, dass ein „Endprodukt“ einer Gesamtänderung nur noch dann als Bundesverfassung iSd B-VG bezeichnet werden könnte, wenn es dem Verfassungsbegriff des B-VG (der nach dieser Ansicht ua demokratische Repräsentation, Gewaltenteilung, Grundrechte und rechtsstaatliche Kontrolleinrichtungen voraussetzt) genüge, andere Änderungen seien von diesem im B-VG grundgelegten Verfassungsbegriff nicht gedeckt. Da dieses Vorverständnis jedoch nicht eindeutig nachweisbar ist, stellt sich die weitere

²⁰¹ Hiermanseder, ÖJZ 1983, 179 (180).

²⁰² Zagler, Zur normlogischen Interpretation von Art 44 B-VG, JBl 1972, 604.

²⁰³ Öhlinger in FS Pernthaler, 273 (284).

²⁰⁴ So Gamper, Die Rolle der Bauprinzipien in der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, JÖR 2007, 537 (553) (Hvhbg im Original). Gamper argumentiert diesbezüglich vorsichtig und meint, dass es bezüglich unabänderlicher Gehalte im B-VG wenige Anhaltspunkte gibt, der Wortlaut von Art 44 Abs 3 B-VG wäre jedoch ein möglicher Anknüpfungspunkt.

²⁰⁵ Zu den in Art 6 Abs 1 EUV genannten Grundsätzen und der Möglichkeit einer Inhaltsbestimmung vgl unten VII.C.

Argumentation als *petitio principii* dar. Die darauf aufbauende Ausdifferenzierung der Wortlautes in Gampers Argumentation stellt sich in weitere Folge bloß als eher manieristischer Versuch dar, diesem Verfassungsvorverständnis noch weitere Inhalte zuzuschreiben, leidet jedoch an demselben grundlegenden Mangel.

Art 44 Abs 3 B-VG kann außerdem schwerlich hinsichtlich eines Teiles seines Inhaltes einen höheren Bestandschutz genießen, als er ihn selbst anordnet. Eine darüber hinaus angenommene höhere Bestandsgarantie entspricht dem Ansatz, Art 44 Abs 3 B-VG hinsichtlich gewisser Elemente (unausgesprochen) als „initial hypothesis“ zu begreifen, was gerade nicht zutrifft. Darüber hinaus scheint es nicht sinnvoll, den Wortlaut des Gesamtänderungsbegriffes derart material anzureichern, als ein Verständnis, das den Begriff Gesamtänderung als Verweis auf die entsprechenden positivrechtlichen Bestimmungen wesentlich näher liegt.

Zum Weiterbestand des Bundesstaates kann nämlich kaum angenommen werden, dass Art 44 Abs 3 B-VG zwar eine Gesamtänderung wegen einer wesentlichen Änderung des bundesstaatlichen Prinzips ermöglicht, darüber hinaus aber die Abschaffung des Bundesstaates verbieten soll. Eine solche Wertentscheidung – nämlich die Höherrangigkeit des Bundesstaates gegenüber anderen Grundprinzipien – müsste jedenfalls deutlich zum Ausdruck kommen, um angenommen werden zu können. Hinsichtlich der Werte, die das Verfassungsstaatskonzept charakterisieren sollen, kann die Annahme, Art 44 Abs 3 B-VG speise sich diesbezüglich aus den Mindeststandards des modernen Verfassungsstaates, nur auf Grund einer (mE unzulässigen) dynamischen Auslegung gewonnen werden. Bei einer statisch-historischen Betrachtung ist das Ergebnis, der historische Verfassungsgesetzgeber habe die konzeptuellen Elemente des modernen Verfassungsstaates in Art 44 Abs 3 B-VG „verpacken“ wollen, wenig plausibel.²⁰⁶

5. VfSlg 16.327/2001

Wenngleich nicht als Beweis, so wurde das Erk des VfGH, in dem die Verfassungsbestimmung des § 126a BVergG 1997 als verfassungs- bzw grundordnungswidrig aufgehoben wurde, doch als Indiz für das Existenz nicht abänderlichen Verfassungsrechts ins Treffen geführt.²⁰⁷ In der Tat könnte das entsprechende obiter dictum

²⁰⁶ Für eine solche Vorgehensweise jedoch *Öhlinger* in FS Pernthaler, 273 (284), der jedoch den Nachweis dieser Annahme nicht erbringt.

²⁰⁷ So *Morscher* in FS Pernthaler, 239 (253).

des VfGH²⁰⁸ prima vista diesen Eindruck erwecken, sofern man es dahingehend deuten wollte, dass der VfGH § 126a BVergG wegen Verstoßes gegen über der verfassungsrechtlichen Grundordnung angesiedelten unabänderlichen Verfassungsrechts hätte aufheben können.²⁰⁹

Sieht man davon ab, dass eine Interpretation dieses Erkenntnisses in einer Richtung, wie sie *Morscher* trifft, höchst spekulativ ist, lässt sich hiergegen überdies noch die (nicht vollkommen unbedenkliche) Praxis des VfGH, in Prüfung gezogene Bestimmungen gleichsam unmittelbar am Maßstab der im Stufenbau der Rechtsordnung am höchsten angesiedelten Norm zu prüfen, ins Treffen führen.²¹⁰ Gäbe es tatsächlich unabänderliche Verfassungsinhalte und wären sie derart ausgestaltet wie an den vom VfGH zit Stellen, wäre es als zumindest verwunderlich anzusehen, dass der VfGH seine Erkenntnisbegründung lediglich auf zwei Grundprinzipien gestützt hat.

6. Zwischenresümee

Nach den vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass – trotz der sich in jüngerer Zeit mehrenden anders lautenden Lehrstimmen – unabänderliche Verfassungsinhalte aus dem positiven Verfassungsrecht nicht abgeleitet werden können. Wenngleich diese Meinungen durchaus unterschiedliche Inhalte als auch im Wege der Gesamtänderung der Bundesverfassung nach Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG als nicht abänderbar erachten, so ist dennoch erkennbar, dass die jeweiligen Autoren im ersten Interpretationsschritt das positive Verfassungsrecht transzendieren und zu einem diesem nicht nachweisbar entnehmbaren Zwischenergebnis gelangen.

²⁰⁸ „Der Verfassungsgerichtshof braucht in diesem Zusammenhang nicht zu untersuchen, ob eine Verfassungssuspendierung in einem Verfahren nach Art 44 Abs 3 B-VG überhaupt erfolgen könnte, was – mit je unterschiedlicher Begründung – etwa von *Pernthaler* (a.a.O) und *Oberndorfer* (a.a.O) verneint wird; jedenfalls steht sie als dem demokratischen und dem rechtsstaatlichen Prinzip widersprechend nicht zur Disposition des Verfassungsgesetzgebers im Sinne des Art 44 Abs 1 B-VG.“ Bei den vom VfGH zit Stellen handelt es sich um *Pernthaler*, Verfassungskern und *Oberndorfer* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 1 B-VG Rz 10.

Vgl kritisch zu diesem obiter dictum *Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht (2001), JBl 2003, 894 (896): „So geht es nicht, und keinesfalls Kraft Rechtsprechung. Es wäre den doch ein gewagtes Unterfangen, in ein und demselben Erk dem („einfachen“) Verfassungsgesetzgeber – mit einleuchtender Begründung – eine Gesamtänderung der Bundesverfassung vorzuwerfen und die Gesamtänderung durch Richterspruch anzubahnen. Man sollte getrost dabei bleiben, dass das Schicksal des demokratischen Rechtsstaates im Ernstfall nicht von der Druckerschwärze des Verfassungstextes abhängt, auch nicht von der Autorität dieses Verfassungsgerichts, sondern von Mut und Opferbereitschaft der Bürger.“

²⁰⁹ Vgl sinngemäß *Hiesel*, ÖJZ 2002, 121 (122). Zu bedenken ist überdies, dass im Fall der Annahme von über der verfassungsrechtlichen Grundordnung angesiedeltem unabänderlichem Verfassungsrecht auch der Beitritt Österreichs zur EU trotz Durchführung einer Volksabstimmung verfassungsrechtlich nicht zur Gänze abgesichert wäre; vgl hierzu *Winkler*, Integrationsverfassungsrecht, 53.

²¹⁰ Vgl hierzu *Thienel*, Verwaltungsakt, 42 ff.

In einem zweiten Schritt wird versucht, aus diesem verfassungstranszendenten Ergebnis zu einer Aussage über das positive Verfassungsrecht zu gelangen. Die entsprechenden Lehrmeinungen sind offenbar davon geleitet, dass es auf Grund des momentan sicherlich gefestigten demokratischen Systems Österreichs schwer vorstellbar ist, dass das positive demokratische Staatswesen Österreichs durch Gesamtänderung der Bundesverfassung beseitigt werden könnte.²¹¹ Dies mag subjektiv nachvollziehbar sein, wie jedoch bereits ausführlich dargestellt wurde, kann eine solche Betrachtungsweise dem Gegenstand Verfassungsrecht nicht gerecht werden, da auf einer solchen methodischen Grundlage jedenfalls keine präzise intersubjektiv überprüfbare Aussage über den Untersuchungsgegenstand getroffen werden kann.²¹²

Es kann daher vorläufig festgehalten werden, dass auf Grundlage des innerstaatlichen Verfassungsrechts sämtliche positiven Bestimmungen des B-VG im Verfahren nach Art 44 Abs 3 B-VG abgeändert werden können und dabei keine höherrangigen Abänderungsverbote derartige Verfassungsänderungen verbieten würden. Wie jedoch bereits oben angedeutet wurde, ist die österreichische Verfassungsordnung kein für sich selbst stehender monolithischer Block, sondern zeichnet sich durch eine weit gehende Verzahnung mit dem Völker- und dem Gemeinschaftsrecht aus. Gegenstand der folgenden Kapitel ist somit die Untersuchung jener und völker- und europarechtlicher Normen, die Österreich international zur Erhaltung demokratischer Standards verpflichten.

²¹¹ Vgl etwa *Stelzer*, Innerparteiliche Demokratie, in FS Schäffer, 779 (784).

²¹² Vgl *Korinek* in FS Walter, 363 (369).

VI. Völkervertragsrechtliche Anknüpfungspunkte

A. Allgemeines

Bevor die Untersuchung völkerrechtlicher Anknüpfungspunkte in diesem Kapitel in Angriff genommen wird, ist auf Grund der Vielzahl von völkerrechtlichen Bestimmungen, die Demokratiebezüge aufweisen, eine doppelte Eingrenzung nötig. Zum Einen wird in diesem Kapitel nicht auf das später noch ausführlich zu behandelnde Recht der Europäischen Union eingegangen, außerdem werden nur jene Bestimmungen behandelt, die innerstaatlich als verfassungsändernd bzw verfassungsergänzend genehmigt wurden. Es handelt sich hierbei um Art 8 StV von Wien und die EMRK, wobei hinsichtlich der EMRK insb die Art 10 und 11 sowie Art 3 des 1. ZPMRK von Relevanz sind.

B. Gesamtänderung der Bundesverfassung durch Staatsverträge?

Um zu beurteilen, wie weit der dem demokratischen Prinzip durch die hier relevanten Bestimmungen gewährte Schutz reicht, ist zu untersuchen, welcher Rang ihnen im Stufenbau der Rechtsordnung zukommt. Das Ausgangsproblem liegt hier darin, dass die frühere Fassung von Art 50 Abs 3 B-VG hinsichtlich der Genehmigung rang- bzw verfassungskoordinierter StV²¹³ zwar auf Art 44 Abs 1 B-VG verwiesen hatte, nicht aber auf Art 44 Abs 3 B-VG, woraus die Frage resultiert war, ob gesamtändernde StV überhaupt zulässig waren oder aber im Gegenteil zulässig, aber keiner Volksabstimmung zu unterziehen waren. Dieses Problem wurde zwar mittlerweile durch die Neufassung von Art 50 B-VG²¹⁴ gelöst, die Genehmigung der Verträge ist allerdings noch nach dessen alter Fassung zu beurteilen.

Hinsichtlich dieses Problems werden mehrere Lösungsansätze vertreten, nämlich, dass eine Gesamtänderung der Bundesverfassung durch StV auch ohne Volksabstimmung möglich gewesen sein soll,²¹⁵ dass gesamtändernde StV nicht zulässig sind²¹⁶ oder aber, dass Art 44 Abs 3 B-VG auch auf die Genehmigung gesamtändernder StV Anwendung findet.²¹⁷ Erstere Auffassung sieht in dem in Art 50 Abs 3 aF B-VG fehlenden Verweis auf Art 44 Abs 3 B-VG eine Freizeichnung gesamtändernder StV vom Volksabstimmungsgebot, während die zweite genannte Meinung aus diesem fehlenden Verweis die Unzulässigkeit gesamtändernder StV

²¹³ Vgl zu diesem Begriff *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 50 B-VG Rz 55.

²¹⁴ BGBl I 2008/2.

²¹⁵ *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Verfassungsgesetze V, 137.

²¹⁶ *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Art 44 B-VG, Bundesverfassungsrecht I, Rz 12.

²¹⁷ *Öhlinger*, Verfassungsfragen, 56 f.

ableitet. Die dritte Ansicht geht davon aus, dass der Verweis zur sinngemäßen Anwendung von Art 44 Abs 1 B-VG nötig sei, um den Unterscheid zwischen den dort ausdrücklich genannten Verfassungsgesetzen oder in einfachen Verfassungsgesetzen enthaltenen Verfassungsbestimmungen und den in Art 50 aF B-VG genannten Staatsverträgen durch die Anordnung sinngemäßer Anwendung von Art 44 Abs 1 B-VG zu kompensieren, während sich ein Verweis auf Art 44 Abs 3 B-VG erübrigen würde, da dort von jeder Gesamtänderung der Bundesverfassung die Rede sei, was sowohl Änderungen durch Verfassungsgesetz als auch durch StV umfasse. Der Umstand, dass Gesetze vom BPräs gem Art 47 Abs 1 B-VG zu beurkunden sind, StV hingegen nach Art 65 B-VG vom BPräs abgeschlossen werden, hat nach dieser Ansicht angesichts der weitgehenden funktionellen Gleichwertigkeit dieser Instrumente keine Bedeutung.

ME erscheint die Ansicht, nach der eine Gesamtänderung der Bundesverfassung durch StV auch nach der mittlerweile historischen Rechtslage nicht zulässig ist, am plausibelsten. Gegen die Meinung *Öhlingers* spricht die Andersartigkeit des Gesetzgebungsverfahrens nach Fassung des entsprechenden Beschlusses durch den Nationalrat, und der bloßen funktionale Gleichheit von Beurkundung und Ratifikation kommt kein hinreichendes Gewicht zu, um den Wortlaut des B-VG auf diese Weise „kompensatorisch“ interpretieren zu können. Gegen die Meinung, eine Gesamtänderung der Bundesverfassung könne durch StV ohne Abhaltung einer Volksabstimmung durchgeführt werden, können systematische, historische und prinzipielle Argumente ins Treffen geführt werden. Systematisch deutet der fehlende Verweis auf Art 44 Abs 3 B-VG am ehesten darauf hin, dass der Verfassungsgesetzgeber kein Verfahren zur Gesamtänderung der Bundesverfassung festlegen wollte, woraus folgt, dass eine derartige Änderung durch einen Staatsvertrag nicht zulässig sein sollte, andernfalls hätte der Verfassungsgesetzgeber wohl einen derartigen Verweis in Art 50 Abs 3 B-VG in dessen Stammfassung²¹⁸ aufgenommen. Aus dem historischen Kontext kann geschlossen werden, dass der Verfassungsgesetzgeber von 1920 wohl kaum die Intention gehabt haben kann, die innerstaatliche Grundordnung durch einen völkerrechtlichen Vertrag dermaßen grundlegend zu ändern.²¹⁹

²¹⁸ Das Genehmigungsregime völkerrechtlicher Verträge wurde mit der B-VG-Nov BGBl I 2008/2 grundlegend verändert, was jedoch auf die folgenden Ausführungen keinen Einfluss hat, da mit Ausnahme des LV sämtliche hier relevante Verträge nach der zuvor geltenden Rechtslage abgeschlossen wurden

²¹⁹ Vgl paradigmatisch *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Verfassungsgesetze V, 75, die vom Primat der innerstaatlichen Rechtsordnung vor dem Völkerrecht ausgehen.

C. Der Rang der untersuchten Verträge

Hinsichtlich beider untersuchter Rechtsquellen ist zu bemerken, dass ihr Verfassungsrang nicht durch ihre Genehmigung durch den Nationalrat konstituiert wurde, sondern durch Art II der B-VG-Nov 1964²²⁰ rückwirkend ab Genehmigung fingiert wurde, die vorstehenden unter B. getroffenen Aussagen somit auf StV von Wien und EMRK nicht unmittelbar anwendbar sind.²²¹ Diese Konstruktion war auf Grund der Rsp des VfGH erforderlich geworden, der sowohl den StV von Wien als auch die EMRK samt dem 1. ZPMRK als nicht in Verfassungsrang stehend und in der Folge auch nicht unmittelbar anwendbar qualifizierte.²²² Weder Art 8 StV von Wien noch die EMRK und das ZP wurden jedoch in dieser Nov als gesamtändernd qualifiziert, auch eine Volksabstimmung über die B-VG-Nov 1964 fand nicht statt,²²³ weshalb sowohl die EMRK als auch Art 8 StV von Wien nicht Teil der bundesverfassungsrechtlichen Grundordnung geworden sind.²²⁴ Somit wäre innerstaatlich jederzeit die Entkleidung des Verfassungsranges dieser Bestimmungen ohne Durchführung einer Volkabstimmung mit *contrarius actus* zur Genehmigung zulässig. Hiervon sind jedoch die völkerrechtlichen Konsequenzen, die bei Verletzung dieser Bestimmungen drohen, zu trennen.

D. Art 8 StV von Wien

1. Regelungsinhalt

Art 8 StV von Wien bestimmt, dass Österreich eine demokratische, auf geheime Wahlen gegründete Regierung haben (wird), und verbürgt allen Staatsbürgern ein freies, gleiches und allgemeines Wahlrecht sowie das Recht, ohne Unterschied von Rasse, Geschlecht, Sprache

²²⁰ BGBl 59.

²²¹ Relevant ist die Frage nach Gesamtänderungen durch Staatsverträge dennoch, da sie im Zusammenhang mit dem EU-Beitritt Österreichs nicht unerhebliche Schwierigkeiten aufgeworfen hat.

²²² VfSlg 4049/1961, 4127/1961, 4213/1962. Vgl auch *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 50 B-VG Rz 5 f mwN. Ursächlich für diese Rsp war die Praxis des Nationalrates, entsprechende StV zwar unter Anwendung der erhöhten Quoren nach Art 44 Abs 1 B-VG zu genehmigen, sie jedoch nicht entsprechend dieser Bestimmung als verfassungsändernd oder verfassungsergänzend zu bezeichnen.

²²³ Unzutreffend ist die Ansicht *Balthasars*, Grundordnung, 93 f, wonach der StV von Wien als historisch erste Verfassung den höchsten Rang im Stufenbau der Rechtsordnung einnehmen würde. *Balthasar* leitet dies aus dem Umstand ab, dass erst mit Abschluss des StV von Wien die Souveränität Österreichs wieder hergestellt wurde. Nicht nur ist diese Ansicht mit der zutreffenden hL unvereinbar, sie unterstellt überdies der B-VG-Nov 1964 damit im Ergebnis eine rangmäßige Herabstufung der durch diese Nov in Verfassungsrang gehobenen Bestimmungen des StV von Wien. Damit würde jedoch in weiterer Folge Art II Z 7 der B-VG-Nov 1964 unterstellt, sie wäre verfassungswidrig, denn eine rangmäßige Herabstufung des StV von Wien hätte unter den genannten Prämissen wohl einer Volksabstimmung bedurft.

²²⁴ Vgl hinsichtlich der Rangfrage der EMRK die Ausführungen des VfGH in VfSlg 11.500/1987.

und Religion oder politische Meinung zu einem öffentlichen Amt gewählt zu werden.²²⁵ Zwar nicht als verfassungsändernd genehmigt, aber dennoch in engem Zusammenhang mit Art 8 StV von Wien ist Art 1 StV von Wien zu sehen, in dem die Signatarstaaten des StV von Wien die Wiederherstellung Österreichs als demokratischen Staat anerkennen. Auch die Präambel des Vertrags bedient sich dieser Formulierung. Nach der Rsp des VfGH kommt Art 8 StV von Wien unmittelbar Anwendbarkeit zu.²²⁶

Nach *Ringhofer*²²⁷ ist durch Art 8 StV von Wien der Bestand entsprechender Bestimmungen, die das Wahlrecht in der dort normierten Weise garantieren, für die Dauer der Geltung dieser Bestimmung der Disposition des nationalen (Verfassungs-)gesetzgebers entzogen.²²⁸ Eine exakte Umschreibung der Rechtswirkungen dieser Verpflichtung des Verfassungsgesetzgebers findet sich bei *Ringhofer* Stellen allerdings nicht.

2. Vertragsbeendigung

Der StV von Wien enthält selbst keine Bestimmungen über seine eigene Kündigung oder Suspendierung, weshalb hinsichtlich seiner Beendigung die Bestimmungen des allgemeinen Völkerrechts zur Anwendung gelangen, wie dies Art 56 WVK bestimmt.²²⁹ Dem entsprechend ist eine einseitige Vertragsauflösung unzulässig, wenn nicht feststeht, dass die Vertragsparteien die Kündigung oder den Rücktritt vom Vertrag zulassen wollen oder sich ein Recht auf einseitige Vertragsauflösung nicht aus der Natur des Vertrags ergibt. Aus dem Vertragstext ergibt sich diesbezüglich kein eindeutiger Anhaltspunkt, Streitigkeiten ua über die Frage nach der Zulässigkeit einer Vertragskündigung sind daher im Verfahren nach Art 35 StV von Wien zu klären, wonach primär die Missionschefs der Alliierten Staaten gemeinsam mit der österreichischen Regierung zur Lösung der Frage zusammenkommen. Führt dies zu keinem Ergebnis, wird die Streitfrage an eine Kommission überwiesen, die aus Vertretern jeder Vertragspartei sowie einem weiteren, im Einvernehmen bestellten Mitglied besteht. Sollte auch diese Kommission zu keinem Ergebnis gelangen, kommen die allgemeinen Mittel

²²⁵ Der Begriff „Regierung“ ist idZ weit zu verstehen und umfasst neben der Bundesregierung auch den Bundespräsidenten und wohl auch das Parlament; vgl *Balthasar*, Grundordnung, 570.

²²⁶ VfSlg 8694/1979.

²²⁷ *Ringhofer*, Bundesverfassung, 16.

²²⁸ Vgl idS auch *Mayer*, B-VG⁴, Art 1 B-VG Anm I.

²²⁹ Art 56 WVK findet zwar gemäß Art 4 WVK keine Anwendung auf StV, die vor In-Kraft-Treten der WVK geschlossen wurden, womit der StV von Wien nicht direkt von der Geltung de Art 56 WVK umfasst ist. Allerdings ist davon auszugehen, dass Art 56 WVK bestehendes Völkergewohnheitsrecht kodifizierte und somit auf den StV von Wien mittelbar anwendbar ist. Vgl hierzu *Kolonovits in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht III, Art 7 Z 2 – 4 StV Wien, Rz 7 FN 55 mwN.

der friedlichen Streitbeilegung nach Art 33 UN-Satzung zur Anwendung.²³⁰ Eine Lösung dieser Rechtsfrage ist somit erst im Wege der Rechtsanwendung möglich.

3. Sanktionen bei Verletzung

Der StV von Wien macht keine Vorgaben, auf welchem Weg Rechtsverletzungen zu sanktionieren sind. Somit stehen den Vertragsparteien des StV von Wien mangels eines wirksamen Rechtsdurchsetzungsmechanismus zur Durchsetzung ihrer Ansprüche aus der Verletzung dieses StV nur die Sanktionen des allgemeinen Völkerrechts (Retorsion, Schutzmaßnahme und Repressalie)²³¹ zur Verfügung. Die tatsächliche Durchsetzung von sich aus dem StV von Wien ergebenden Rechten und Pflichten hängt somit von mehreren rechtlich nicht fassbaren Faktoren, insb dem politischen Gewicht des in seinen Rechten verletzten Staates und der politischen Opportunität der Rechtsdurchsetzung ab. Jedenfalls lässt sich hieraus bloß ein faktischer Zwang ablesen, der jedoch keine Rückschlüsse auf bundesverfassungsrechtliche Pflichten erlaubt.

E. Die EMRK

1. Rechtsnatur

Wie beim StV von Wien handelt es sich auch bei der EMRK um einen völkerrechtlichen Vertrag, allerdings weist das Regelungsregime der EMRK eine wesentliche Verdichtung gegenüber „klassischen“ völkerrechtlichen Verträgen auf. Zu nennen sind an dieser Stelle die aus der Konvention selbst resultierende Einräumung von subjektiven Rechten an Einzelmenschen sowie die Einrichtung einer obligatorischen Individualbeschwerdemöglichkeit vor den Organen der Konvention.²³² Neben diesen Besonderheiten ist die Verknüpfung der EMRK-Mitgliedschaft mit der Mitgliedschaft im Europarat und mit der Mitgliedschaft in der EU hervorzuheben. Auf beide Aspekte wird unten noch näher einzugehen sein.

2. Regelungsinhalt

Die EMRK weist an mehreren Stellen einen Demokratiebezug auf. So ist bereits in ihrer Präambel die Rede davon, dass die Aufrechterhaltung der Grundfreiheiten der EMRK wesentlich auf einem wahrhaft demokratischen politischen Regime beruht. Neben diesem grundlegenden Bekenntnis interessieren va die klassischen politischen Grundrechte der Art 10

²³⁰ Vgl hierzu *Neuhold*, Zwischenstaatliche Grundregeln, in *Neuhold/Humme /Schreuer*, Handbuch³ Rz 1787 ff.

²³¹ Vgl *Zemanek*, Verantwortlichkeit und Sanktionen, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch³ Rz 2531 ff.

²³² Vgl *Grabenwarter*, EMRK³ § 2 Rz 1.

und 11 EMRK sowie Art 3 1. ZPMRK. Überdies findet sich eine Bezugnahme auf das demokratische Prinzip in den materiellen Eingriffsvorbehalten der Abs 2 der Art 8 bis 11 EMRK, wonach Grundrechtseingriffe „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sein müssen. Diese Wendung wird allgemein dahin verstanden, dass sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen festlegt.²³³ Der EGMR hat in seiner Rsp mehrfach ausgeführt, dass das Regulationssystem der EMRK ein fundamentales Merkmal der europäischen öffentlichen Ordnung sei und die demokratische Staatsform die einzige mit diesem System vereinbare Staatsform sei.²³⁴ Sein Demokratieverständnis legte der EGMR in seinem Urteil *Chassagnou ua gg Frankreich* offen, wo er in Auslegung von Art 10 Abs 2 EMRK ausführt, dass obwohl Einzelinteressen gelegentlich denen einer Gruppe untergeordnet werden müssten, Demokratie nicht einfach bedeute, dass die Anschauungen einer Mehrheit immer vorherrschen müssten; vielmehr müsse ein Ausgleich angestrebt werden, der eine faire und korrekte Behandlung von Minderheiten gewährleistet und jeglichen Missbrauch einer beherrschenden Stellung vermeidet, um so einen Ausgleich zwischen Mehrheit und Minderheit zu garantieren.²³⁵

a) Art 10 EMRK

Art 10 EMRK schützt das Recht auf freie Meinungsäußerung, die insbesondere die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen einschließt. Damit ist zum einen die Freiheit, sowohl Tatsachen als auch Werturteile in welcher Form auch immer zu kommunizieren,²³⁶ als auch, sich eine entsprechende Meinung ohne staatliche Indoktrination zu bilden.²³⁷ Der Schutzbereich von Art 10 EMRK ist mithin ausgesprochen weit reichend, lediglich krass rassistische Äußerungen hat der EGMR in einem – so weit ersichtlich – später nicht mehr aufgegriffenen obiter dictum als nicht vom Schutzbereich von Art 10 EMRK umfasst gesehen.²³⁸

Nachdem Pluralismus und der Wettstreit von Meinungen unabdingbare Voraussetzungen für die freie Äußerung des Wählerwillens sind,²³⁹ ist das Recht auf Freiheit der

²³³ Vgl *Grabenwarter/Marauhn*, Grundrechtsschutz und Schranken, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG Rz 40; vgl jedoch *Grawert*, DSt 2006, 33 (38 f).

²³⁴ EGMR 13.2.2003, *Refah Partisi gg Türkei*, 41340/98 ua.

²³⁵ EGMR 29.4.1999, *Chassagnou gg Frankreich*, ÖJZ 2000, 113.

²³⁶ Vgl *Grabenwarter*, EMRK³ § 23 Rz 2 f.

²³⁷ Vgl *Frowein* in *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention², Art 10 EMRK Rz 3 f.

²³⁸ EGMR *Jersild gg Dänemark*, Serie A 298 Rz 35 aE; mE zutreffend krit *Grabenwarter*, EMRK³ § 23 Rz 4. Würde man dem EGMR folgen, hätte dies zur Konsequenz, dass auch ansonsten selbst krass unverhältnismäßige Eingriffe in das Recht auf Meinungsäußerung zulässig wären, da eben keine Eingriffsprüfung nach Art 10 Abs 2 EMRK stattzufinden hätte.

²³⁹ Vgl *Thienel*, JRP 2005, 163 (164).

Meinungsäußerung als rahmendes politisches Recht gleichfalls unabdingbar für freie Wahlen.²⁴⁰ Die Rolle der Meinungs- und insbesondere der Pressefreiheit hat der EGMR immer wieder betont, insbesondere hat er die Presse als „public watchdog“ in demokratischen Gesellschaften bezeichnet.²⁴¹ Der EGMR hat in seiner Rsp die zulässige Strenge der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Eingriffen nach dem Ausmaß des öffentlichen Interesses an einer geäußerten Meinung differenziert,²⁴² wobei bei politischer Meinungsäußerung der dem Staat zukommende Beurteilungsspielraum von Eingriffen weitaus geringer ist.²⁴³

Ob man Art 10 EMRK darüber hinaus auf Grund der Formulierung des Eingriffsvorbehaltes in Art 10 Abs 2 EMRK einen spezifischen normativ verankerten Demokratiebezug zuschreiben kann,²⁴⁴ scheint mE zweifelhaft, da der dort gebrauchten Wendung der „demokratischen Gesellschaft“ primär die Funktion eines Maßstabes der Verhältnismäßigkeitskontrolle zukommt. Überdies ist dieser Eingriffsvorbehalt nicht alleine auf Art 10 EMRK bezogen, sondern findet sich nahezu wortgleich so in den Vorbehalten zu den Art 8,9 und 11 EMRK, während andere Grundrechte der EMRK ohne Bezug zur demokratischen Gesellschaft formuliert sind.

b) Art 11 EMRK

Art 11 EMRK verbürgt das Recht der Menschen, sich friedlich zu versammeln und sich mit anderen zusammenzuschließen. Im hier interessierenden Zusammenhang kann die Versammlungsfreiheit außer Betracht bleiben, die weitere Darstellung bezieht sich auf den Schutz, den politische Parteien auf Grund von Art 11 EMRK genießen. Nach der Rsp des EGMR lässt sich aus Art 11 EMRK das Recht eines Individuums auf Betätigung in einer politischen Partei ableiten²⁴⁵, außerdem schützt Art 11 EMRK das Recht, Parteien zu gründen und erlaubt Parteien, als Instrument der kollektiven Willensbildung und Meinungsäußerung am politischen Leben teilzunehmen, weshalb der EGMR Art 11 EMRK in seiner Judikatur zu Parteiverboten auch im Lichte von Art 10 EMRK auslegt.²⁴⁶

Der EGMR hat wiederholt ausgesprochen, dass Parteien gerade wegen dieser besonderen Bedeutung für das Funktionieren der Demokratie in den Schutzbereich von Art 11 EMRK

²⁴⁰ Richter, Das Recht auf freie Wahlen, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG Rz 26, 85.

²⁴¹ So grundlegend EGMR *Sunday Times gg Vereinigtes Königreich*, Serie A 30; zuletzt EGMR 29.3.2005, *Ukrainische Mediengruppe gg Ukraine*, 72713/01; EGMR 11.10.2005, *Savitchi gg Moldawien*, 11039/02 .

²⁴² Vgl etwa die grundlegenden Entscheidung EGMR 24.6.2004, *von Hannover gg Deutschland*, 59320/00.

²⁴³ So grundlegend EGMR *Lingens gg Österreich*, Serie A 103.

²⁴⁴ So *Grote/Wenzel*, Die Meinungsfreiheit, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG Rz 70.

²⁴⁵ EGMR *Glaser gg Deutschland*, Serie A 104; vgl auch *Theuerkauf*, Parteiverbote, 114.

²⁴⁶ EGMR 13.2.2003, *Refah Partisi gg Türkei*, 41340/98 ua.

fallen.²⁴⁷ Entsprechend streng prüft der Gerichtshof die Beschränkung der Vereinigungsfreiheit von politischen Parteien, lediglich ein dringendes soziales Bedürfnis („pressing social need“) kann ein Verbot grundsätzlich rechtfertigen.²⁴⁸ Dem Staat kommt hier so gut wie kein Ermessen zu, ein Parteiverbot sieht der EGMR nur dann als gerechtfertigt an, wenn die Partei ihre Ziele nicht mit rechtmäßigen und demokratischen Mitteln verfolgt oder diese Ziele nicht mit grundlegenden demokratischen Prinzipien vereinbar sind.²⁴⁹

Eine exakte Definition dieser grundlegenden demokratischen Prinzipien formuliert der EGMR in seiner Rsp zwar nicht,²⁵⁰ doch scheint das in Art 17 EMRK normierte Rechtsmissbrauchsverbot zumindest einige Anhaltspunkte zu bieten: Demnach wäre eine Partei, die auf die Abschaffung eines Konventionsrechtes hinwirkt, jedenfalls nicht mehr von Art 11 EMRK geschützt bzw wäre demnach auch ein Verbot unter den in Art 11 Abs 2 EMRK festgelegten Prämissen zulässig. Die gleichen Anforderungen stellt der EGMR in seiner Rsp an Beschränkungen der Gründungsfreiheit von Parteien²⁵¹ sowie an temporäre Betätigungsverbote²⁵² von Parteien.

c) Art 3 1. ZPMRK

Neben den bereits beschriebenen Konventionsrechten kommt auch Art 3 1. ZPMRK hinsichtlich des demokratischen Prinzips eine herausragende Bedeutung zu. Diese Bestimmung normiert ihrem Wortlaut nach die Verpflichtung der Konventionsparteien, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen abzuhalten, die die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Organe zu gewährleisten.²⁵³ Trotz dieser objektiven Formulierung gewährleistet diese Bestimmung nicht nur das aktive und passive Wahlrecht der Bürger, sondern setzt überdies die Existenz einer gesetzgebenden Körperschaft voraus.²⁵⁴ Hinsichtlich der Regelungen von Einzelheiten dieser Wahlen kommt den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum zu,²⁵⁵ insbesondere lässt Art 3 1. ZPMRK offen, ob das Wahlergebnis im Wege der Verhältnis- oder des Mehrheitswahlrechts

²⁴⁷ EGMR 30.1.1998, Vereinigte Kommunistische Partei der Türkei gg Türkei, 19392/92.

²⁴⁸ EGMR 13.2.2003, *Refah Partisi gg Türkei*, 41340/98 ua.

²⁴⁹ EGMR 13.2.2003, *Refah Partisi gg Türkei*, 41340/98 ua.

²⁵⁰ *Bröhmer*, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG Rz 98.

²⁵¹ EGMR 5.10.2004, Präsidentschaftspartei Mordowiens gg Russland, 65656/01.

²⁵² Vgl hierzu EGMR 14.2.2006, Christdemokratische Volkspartei gg Moldawien, 28793/02.

²⁵³ Vgl *Richter*, Wahlen, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG, Rz 36 ff.

²⁵⁴ Vgl *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention², Art 3 1. ZP Rz 3.

²⁵⁵ Vgl etwa die grundsätzliche Zulässigkeit, die Sprachkenntnisse von Kandidaten zu prüfen (EGMR 9.4.2002, *Podkolzina gg Lettland*, 46726/99) oder die Verpflichtung von Kandidaten, ihre Vermögensverhältnisse offen zu legen (EGMR 11.1.2007, *Partei der russischen konservativen Unternehmer [ÜdV]*, 55066/00). Solche Anforderungen dürfen jedoch nach der Rsp des EGMR nicht schikanös sein oder die Rechtssicherheit des Wahlverfahrens beeinträchtigen.

ermittelt wird, auch der Ausschluss gewisser Personen vom Wahlrecht sowie die Einführung von Sperrklauseln ist nach Art 3 1. ZPMRK zulässig.²⁵⁶ Der EGMR hat in diversen Entscheidungen betont, dass Art 3 1. ZPMRK ein zentrales Charakteristikum einer effektiven politischen Demokratie darstellt.²⁵⁷

3. Vertragsbeendigung

Anders als der StV von Wien stellt die EMRK in Art 58 den Vertragsparteien die Möglichkeit zur Verfügung, die Mitgliedschaft in der EMRK zu kündigen. Abs 1 bindet die Kündigung an die Voraussetzung der zumindest fünfjährigen Mitgliedschaft und die Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist. Art 58 Abs 2 EMRK bestimmt, dass zum Zeitpunkt der Kündigung bestehende Verpflichtungen der kündigenden Vertragspartei bestehen bleiben. Ein Mitgliedstaat kann sich somit für in der Vergangenheit begangene Konventionsverstöße nicht durch Kündigung der EMRK aus seinen Verpflichtungen befreien.

Das Ende des Weiterbestehens dieser Rechte könnte allenfalls durch ein separates BVG, mit dem den aus Art 58 EMRK erwachsenden Verpflichtungen derogiert würde, angeordnet werden. Ein derartiges BVG stünde allerdings in einem Spannungsverhältnis mit dem rechtsstaatlichen und dem demokratischen Prinzip, wobei verfassungsrechtlicher Maßstab jene Aspekte des Gleichheitssatzes sind, die der verfassungsrechtlichen Grundordnung zugehören. Hier stellt sich jedoch das Abgrenzungsproblem, wo die Grenze zwischen einfach-verfassungsgesetzlicher und grundordnungszugehöriger Gleichheitsverbürgung zu lokalisieren ist. Die Rsp des VfGH ist diesbezüglich nicht eindeutig, der Gerichtshof führt im entsprechenden Erk lediglich folgendes aus:

„Wenngleich dem Verfassungsgesetzgeber am Sinn des Art 44 Abs 1 B-VG der Gleichheitssatz nicht zur beliebigen Disposition steht, weil er als ein wesentlicher Bestandteil des demokratischen Baugesetzes einen nicht ohne Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG abänderbaren festen Kern hat, bleibt nämlich doch ein gewisser Spielraum zu seiner (verfassungsgesetzlichen) Konkretisierung oder – wie hier – zu einer punktuellen Durchbrechung in besonderen Sachlagen.“²⁵⁸

Wann jedoch die nach der Rsp des VfGH umschriebene Intensität des Eingriffs erreicht ist, um die Gesamtänderungsschwelle zu erreichen, bleibt jedoch hinsichtlich des

²⁵⁶ Vgl Richter, Wahlen, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG, Rz 66 ff; 73.

²⁵⁷ Vgl für viele EGMR 18.2.1999, *Matthews gg Vereinigtes Königreich*, 24833/94 Rz 42.

²⁵⁸ VfSlg 15.373/1998.

Gleichheitssatzes genauso unklar²⁵⁹ wie hinsichtlich der ähnlich gelagerten Fälle der Durchbrechung der Gesetzesprüfungskompetenz durch Erlassung von Verfassungsbestimmungen.²⁶⁰ An dieser Stelle muss daher die Feststellung genügen, dass die hier aufgeworfene Frage in letzter Konsequenz eine Wertungsfrage ist und an Hand des jeweiligen Einzelfalls zu beantworten ist.²⁶¹ Nach dem Verständnis *Pernthalers* läge in der hier angenommenen Konstellation zwar eine absolut unzulässige Verfassungsdurchbrechung vor, dieses Verständnis findet jedoch – wie bereits erörtert – im B-VG keine Deckung.

Art 58 Abs 3 EMRK ordnet an, dass ein Mitgliedstaat, der aus dem Europarat ausscheidet, nach derselben Maßgabe aus der EMRK ausscheidet. Vice versa ist das *Procedere* etwas komplizierter. Art 3 der Satzung des Europarates²⁶² normiert die Verpflichtung der Mitgliedstaaten des Europarates, die Herrschaft des Gesetzes und den Grundsatz, dass jeder Mensch im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll, anzuerkennen. Auf Grund der engen sachlichen und zeitlichen Verbindung der Satzung des Europarates zur EMRK liegt es nahe, dies als Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Achtung der in der EMRK verbürgten Rechte zu deuten.²⁶³

Die Achtung dieser Verpflichtung ist gem Art 4 der Satzung Voraussetzung der Aufnahme in den Europarat. Nach Art 8 der Satzung kann einem Mitgliedstaat, der sich einer schweren Verletzung der in Art 3 der Satzung ausgezählten Grundsätze schuldig macht, sein Recht auf Vertretung vorläufig entzogen werden und kann der Staat aufgefordert werden, seinen Austritt aus dem Europarat zu erklären. Leistet der Staat dieser Aufforderung nicht Folge, kann er aus dem Europarat ausgeschlossen werden.

Auf Grund der soeben dargestellten Verflechtung zwischen Europarats- und EMRK-Mitgliedschaft liegt es nahe, den Austritt aus der EMRK zugleich als schwer wiegenden Verstoß gegen die in Art 3 der Satzung des Europarats festgelegten Grundsätze anzusehen, der die Beendigung der Mitgliedschaft im Europarat nach sich zieht. Nachdem jedoch der Europarat keine unmittelbar in den Mitgliedstaaten wirksamen Akte setzen kann, zieht die Beendigung der Mitgliedschaft auf dieser Ebene keine weiteren als die bereits dargestellten innerstaatlichen Rechtsfolgen nach sich.

²⁵⁹ Vgl *Hiesel*, ÖJZ 2000, 281 (285 f, 292 f); *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 7 B-VG Rz 12.

²⁶⁰ Vgl exemplarisch VfSlg 11.756/1987, 11.916/1987.

²⁶¹ *Hiesel*, ÖJZ 2000, 281 (292 f) stellt idZ auf die Intensität der Grundrechtsdurchbrechungen(en) in qualitativer und quantitativer Hinsicht ab, auch führt er als Bewertungskriterium die Reichweite der Aushöhlung des Gleichheitssatzes an.

²⁶² BGBl 1956/121 idF III 2007/69.

²⁶³ Vgl hierzu *Meyer-Ladewig*, EMRK² Einleitung Rz 1.

4. Rechtsfolgen bei Verletzung

Die EMRK bestimmt in Art 55, dass primär das in der EMRK festgelegte Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten zur Regelung von Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Konvention zur Durchführung zu gelangen hat. Somit hat der EGMR für den Bereich der EMRK ein Auslegungsmonopol für Streitigkeiten.²⁶⁴ Beschwerden sind als Individualbeschwerden nach Erschöpfung des nationalen Instanzenzuges gem Art 34 EMRK an den EGMR zu richten, Art 33 räumt den Mitgliedstaaten ein Beschwerderecht an den Gerichtshof wegen Verletzungen der Konvention durch einen anderen Mitgliedstaat ein.

Der EGMR hat in beiden Fällen, sofern die Beschwerde zulässig ist und keine gütliche Einigung zu Stande kommt, mit Urteil gem Art 41 EMRK zu entscheiden. Sieht der Gerichtshof eine Konventionsverletzung, hat er dies in seinem Urteil festzustellen.²⁶⁵ Darüber hinaus kann der Gerichtshof, wenn das mitgliedstaatliche Recht keine hinreichende Wiedergutmachung vorsieht und er dies für erforderlich hält, dem Beschwerdeführer eine angemessene Entschädigung zusprechen.²⁶⁶ Auf Grund der unmittelbaren Anwendbarkeit kann diese Entschädigung durch den in seinen Rechten verletzten Beschwerdeführer gerichtlich geltend gemacht werden, hierfür steht die Klage nach Art 137 B-VG zur Verfügung.²⁶⁷ Der völkerrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung kann sich ein Mitgliedstaat wie bereits dargestellt auf Grund der ex nunc-Wirkung eines Austritts aus der EMRK auch nicht durch die bloße Geltungsbeendigung der EMRK entziehen.

5. Urteilswirkungen

Art 46 Abs 1 EMRK normiert die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Urteile des Gerichtshofes zu befolgen, Abs 2 überträgt dem Ministerkomitee des Europarates die Überwachung der Durchführung der Urteile. Die aus Art 46 Abs 1 EMRK erwachsende Verpflichtung bindet den Staat grundsätzlich nur im Rahmen der personellen, sachlichen und zeitlichen Grenzen des Streitgegenstandes.²⁶⁸ Der Staat, der sich einer Konventionsverletzung schuldig gemacht hat, hat hierfür grundsätzlich nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts die Konventionsverletzung abzustellen bzw Entschädigung zu leisten.

²⁶⁴ *Frowein/Peukert* in *Frowein/Peukert*, Menschenrechtskonvention², Art 62 EMRK.

²⁶⁵ Vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK², Art 41 EMRK Rz 1,3. Eine kassatorische oder gar meritorische Entscheidungskompetenz kommt dem Gerichtshof nicht zu.

²⁶⁶ Diese Bestimmung ist auf Individualbeschwerden zugeschnitten, kann aber dann bei Staatenbeschwerden zur Anwendung kommen, wenn der Staat für einen Betroffenen Beschwerde erhebt. Vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK², Art 41 EMRK Rz 4.

²⁶⁷ *Okresek* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht III, Art 41 EMRK Rz 32.

²⁶⁸ *Meyer-Ladewig*, EMRK², Art 46 EMRK Rz 12 ff.

Dennoch hat die Feststellung einer Konventionsverletzung durch einen Mitgliedstaat Auswirkungen über den Einzelfall hinaus, was von Bedeutung ist, wenn die Konventionsverletzung auf Grund einer unmittelbar konventionswidrigen nationalen Rechtslage zu Stande gekommen ist. In diesem Fall wird eine aus der Konvention erfließende Verpflichtung des Mitgliedstaates angenommen, die konventionswidrige Rechtslage anzupassen.²⁶⁹

Auf Grund der verfassungskooordinierten Stellung der EMRK in Österreich reicht diese Verpflichtung weiter als eine bloße völkerrechtliche Pflicht. Unterverfassungsgesetzliches Recht ist am Maßstab der EMRK auf seine Verfassungskonformität hin zu überprüfen und gegebenenfalls vom VfGH als verfassungswidrig aufzuheben. Die Grenze dieser Bindung ist dort zu ziehen, wo die EMRK (und damit notwendigerweise ihre Auslegung durch den EGMR) im Widerspruch zur staatsrechtlichen Organisation Österreichs steht. Diesfalls kann der VfGH Widersprüche nicht aufgreifen.²⁷⁰ Reagiert der Verfassungsgesetzgeber jedoch nicht auf Verurteilungen durch den EGMR, kann lediglich der in Art 8 der Satzung des Europarates festgelegte Sanktionsmechanismus zum Tragen kommen.

F. Ergebnis

Wie gezeigt wurde, bestehen auf völkerrechtlicher Ebene Regelungen, die eine Verpflichtung des österreichischen Verfassungsgesetzgebers bewirken, nicht von den Grundsätzen der Demokratie abzuweichen. Die dargestellten Bestimmungen stehen innerstaatlich lediglich im Rang einfacher Bundesverfassungsgesetze, weshalb das Ende ihrer innerstaatlichen Geltung durch bloßen *contrarius actus* herbeigeführt werden kann.

Dennoch kann eine gewisse Verdichtung der Verpflichtungen des Verfassungsgesetzgebers über die innerstaatliche Geltung dieser Bestimmungen hinaus beobachtet werden.²⁷¹ Diese folgt in erster Linie aus der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 8 StV von Wien und der EMRK. Der EMRK kommt insofern höhere Bedeutung zu, als sie ihrem Wesen nach darauf ausgerichtet ist, subjektive Rechte zu gewähren und klare Regeln hinsichtlich deren Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit bestehen, während Art 8 StV von Wien eine objektivere, staatsgerichtete Stoßrichtung aufweist.

Hinsichtlich der EMRK ist festzuhalten, dass möglicherweise dann eine Gesamtänderung der Bundesverfassung vorliegen könnte, wenn der Verfassungsgesetzgeber rückwirkend bereits durchsetzbar gewordene Rechte nach der EMRK durchbricht. Den gesamtändernden

²⁶⁹ EGMR 16.6.1979, *Marckx gg Belgien*, Serie A 31.

²⁷⁰ VfSlg 11.500/1987.

²⁷¹ Vgl hierzu *Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 351 f mwN.

Bundesverfassungsgesetzgeber kann diese möglicherweise bestehende Schranke der einfachen Bundesverfassungsgesetzgebung allerdings nicht binden. Spätestens an diesem Punkt müssten daher die allgemeinen Sanktionen des Völkerrechts zur Anwendung gelangen, wobei hier die Rechtsdurchsetzung primär von tatsächlichen Gegebenheiten abhängt.

VII. Art 6 EUV – Norminhalt

A. Allgemeines

Unter dem Titel „Grundlagen der Union, nationale Identität, Menschenrechte und Mittelausstattung“ finden sich in Art 6 Abs 1 bis 3 EUV neben den in Art 1 EUV festgelegten Grundsätzen der Europäischen Union die zentralen Verfassungsprinzipien der EU.²⁷² Art 6 Abs 1 EUV bestimmt, dass die Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit beruht. In Abs 1 Satz 2 wird festgelegt, dass diese Grundsätze allen Mitgliedstaaten der Union gemeinsam sind. Art 6 Abs 2 EUV normiert die Verpflichtung der Union zur Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, wie sie sich aus der EMRK und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts ergeben. Gleichsam als Gegenpol zu Abs 1 bestimmt Art 6 Abs 3 EUV, dass die Union die Identität der Mitgliedstaaten zu achten hat. Im folgenden Kapitel der Arbeit wird dargestellt, welchen Inhalt die in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Verfassungsprinzipien der EU haben. Hierbei wird primär das Demokratieprinzip dargestellt, wobei – genau wie hinsichtlich der österreichischen bundesverfassungsrechtlichen Grundordnung – Überschneidungen mit den anderen Grundsätzen ebenfalls unvermeidbar und daher darzustellen sind, als sie dem dieser Arbeit zu Grunde liegenden weiten, nicht auf bloße staatliche Willensbildung beschränkten, Demokratiebegriff zurechenbar sind.

B. Entstehungsgeschichte

Erstmals fanden die in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Prinzipien 1986 in der Präambel der EEA Erwähnung, in der die Mitgliedstaaten ihre Entschlossenheit bekunden, gemeinsam für Demokratie einzutreten. Dabei stützen sie sich auf die in den Verfassungen und Gesetzen der Mitgliedstaaten, in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und die in der Europäischen Sozialcharta anerkannten Grundrechte, insbesondere Freiheit, Gleichheit und soziale Gerechtigkeit.

Wenige Jahre später fand eine ähnliche Wendung Eingang in die des MV, mit dem die EU begründet wurde. Dort heißt es, dass die Vertreter der Mitgliedstaaten den Vertrag in Bestätigung ihres Bekenntnisses zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit abschließen.

²⁷² Vgl. Calliess in Calliess/Ruffert, EUV/EGV³, Art 1 EUV Rz 1.

Darüber hinaus äußern sie den Wunsch, Demokratie und Effizienz in der Arbeit der Organe weiter zu stärken. Neben diesen Bekenntnissen findet sich in Art F EUV die Verankerung dieser Prinzipien auch im Vertragstext selbst wieder. Dort wird bestimmt, dass die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, deren Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen beruhen, achtet. Ein Sanktionsverfahren war im MV nicht vorgesehen, die Erfüllung des in Art F EUV vorgesehenen Kriteriums war ebenfalls nicht als Beitrittsvoraussetzung vorgesehen.

Seine heutige Fassung erhielt Art 6 Abs EUV durch den AV, mit dem zugleich das Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV eingeführt wurde und die Achtung der in Art 6 Abs 1 genannten Grundsätze in Art 49 EUV zum Beitrittskriterium für neue Mitgliedstaaten erklärt wurde. Eine wesentliche Änderung seines Gewährleistungsinhalts erfuhr Art 6 Abs 1 EUV hierdurch nicht, da die nunmehr separat formulierten Prinzipien allesamt bereits unter den früheren Wortlaut subsumierbar waren, worauf überdies auch die Formulierungen in den Präambeln der jeweiligen Rechtsakt hindeuten.²⁷³ Der NV brachte iZm mit dem materiellen Regelungsgehalt von Art 6 EUV keine wesentlichen Änderungen,²⁷⁴ das Sanktionsverfahren in Art 7 wurde hingegen durch den neuen Abs 1 um einen Monitoringstatus erweitert, blieb in der Substanz jedoch unverändert.

C. Inhalt

1. Homogenitätsklausel

*Schorkopf*²⁷⁵ beschreibt Art 6 Abs 1 EUV als die Homogenitätsklausel des Unionsverfassungsrechts, der im Wesentlichen die Aufgabe zukommt, horizontale und vertikale Gleichartigkeit zwischen den Akteuren der EU zu sichern, und ordnet ihm mehrere hieraus resultierende Funktionen zu. Die Konsensfunktion soll dazu dienen, Gemeinsamkeitselemente zu definieren, auf die die Integration aufbauen soll. Die Legitimationsfunktion bezieht sich in ihrer juristischen Form auf die Existenz einer hinreichenden Basis für die Ausübung von Hoheitsgewalt, während die sozial-empirische Seite dieser Funktion auf eine faktische gesellschaftliche Akzeptanz der Rechtsunterworfenen abzielt. Die Integrationsfunktion soll schließlich einen gemeinsamen Orientierungsrahmen schaffen, der den Wesensgehalt für eine europäische Rechtskultur sichert. Am wichtigsten ist

²⁷³ Vgl hierzu unten VI.C.

²⁷⁴ Zur Vorgängerbestimmung vgl *Beutler* in *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag I⁵, Art F EUV Rz 14, der bereits dort davon spricht, dass die Mitgliedstaaten „rechtsstaatliche Demokratien“ sind, was die spätere Formulierung von Art 6 Abs 1 gleichsam vorwegnimmt.

²⁷⁵ *Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union Rz 25 ff.

jedoch die Sicherungsfunktion, die Differenzen zwischen den verschiedenen Entitäten der Union sicherstellen soll.

Seinem Wortlaut nach hat Art 6 Abs 1 EUV zwei Normadressaten.²⁷⁶ In seinem ersten Halbsatz wendet er sich an die Union selbst, die auf den aufgezählten Prinzipien²⁷⁷ beruht.²⁷⁸ Dies impliziert, dass auf Grund der unterschiedlichen Charakteristik dieser Normadressaten (einerseits die als Staatenverbund mit gewissen supranationalen Befugnissen ausgestattete Union, auf der anderen Seite „klassische“ Nationalstaaten) der Regelungsinhalt von Art 6 EUV je nach Anwendungsfall durchaus unterschiedlich ausgeprägt sein kann. Im hier relevanten Zusammenhang interessiert allerdings lediglich die zwischen den Mitgliedstaaten bestehende horizontale Homogenität, die der zweite Halbsatz von Art 6 Abs 1 EUV anordnet. Es handelt sich bei diesem zweiten Halbsatz um eine Bestimmung des Unionsprimärrechts, die den Mitgliedstaaten vorschreibt, wie sie gewisse innere Angelegenheiten zu regeln haben.²⁷⁹

2. Methode der Inhaltsbestimmung

a) Allgemeines

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass den Mitgliedstaaten der EU durch die in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze gewisse Regelungsstandards auf dem Gebiet des materiellen Verfassungsrechts vorgegeben sind. Auf Grund der weitest gehenden Unbestimmtheit dieser Grundsätze bedarf es einer interpretativen Annäherung an den Gehalt der Prinzipien. Als Ausgangspunkt hierfür bietet sich an, auf die Judikatur des EuGH zu den ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechten zurückzugreifen, da auch hier an Hand höchst allgemein gehaltener bzw gar nicht positiver Prinzipien eine starke materielle Verdichtung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsbestandes stattgefunden hat.²⁸⁰ Überdies kann als Argument für die Zweckmäßigkeit einer derartigen Annäherung der enge systematische Zusammenhang zwischen Art 6 Abs 1 und 2 EUV ins Treffen geführt werden.

²⁷⁶ *Huber-Kowald in Mayer*, EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art 6 EUV Rz 4; *Schorkopf*, Homogenität, Rz 37 ff spricht idZ von horizontaler Homogenität zwischen den Mitgliedstaaten und vertikaler Homogenität zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.

²⁷⁷ Die Begriffe Grundsatz oder Prinzip werden in den verschiedenen Fassungen des EUV synonym gebraucht; vgl *Schorkopf*, Homogenität Rz 89.

²⁷⁸ Diese Formulierung ist trotz ihrer Formulierung im Indikativ normativ zu verstehen, vgl *Huber-Kowald in Mayer*, EUV/EGV, Art 6 EUV Rz 3.

²⁷⁹ *Huber-Kowald in Mayer*, EUV/EGV, Art 6 EUV Rz 5.

²⁸⁰ *Calliess/Kingreen in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 6 EUV Rz 32.

b) Anhaltspunkte in der Grundrechtsjudikatur des EuGH

Die Methode des EuGH im Hinblick auf die inhaltliche Bestimmung dieser Grundrechte ist aus dessen Judikatur nicht ohne weiteres deduzierbar, da der Gerichtshof seine methodischen Prämissen in seinen Entscheidungen kaum offenlegt. In der Rs *Stauder*, seinem ersten Urteil mit Grundrechtsbezug, sprach der Gerichtshof noch allgemein von den Grundrechten, die in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts vorhanden sind und die bei dessen Anwendung zu beachten seien.²⁸¹ Wenig später erläuterte der EuGH in der Rs *Internationale Handelsgesellschaft*, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählen, die der Gerichtshof zu wahren berufen ist. Inhaltlich müssten diese Grundrechte zum einen von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen werden, sich aber auch in Struktur und Ziele der Gemeinschaft einfügen.²⁸²

In seinem Urteil in der Rs *Nold* bekräftigte der EuGH diese Aussage.²⁸³ Später weitete der Gerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend aus, als er zusätzlich zu den mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen auch völkerrechtliche Verträge als Erkenntnis- und Deduktionsquelle gemeinschaftsrechtlicher Grundrechte heranzog.²⁸⁴ In der jüngeren Grundrechtsjudikatur des EuGH ist eine stärkere Hinwendung zur EMRK als Quelle der Gemeinschaftsgrundrechte zu beobachten.²⁸⁵

In der Lit ist die Herleitung der Grundrechte für das Gemeinschaftsrecht nicht ohne Kritik geblieben, wobei vor allem ins Treffen geführt wird, dass der EuGH zwar grundsätzlich auf die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten rekurriert, ohne allerdings eine konkrete rechtsvergleichende Darstellung dieser Quellen zu leisten.²⁸⁶ Gegen diese Kritik wurde ins Treffen geführt, dass eine derart eingehende Untersuchung zu aufwandsintensiv sei.²⁸⁷ Dies trifft mE aber nicht zu, da der EuGH als Grenzorgan dazu verpflichtet ist, mit dem Ziel der Erzielung größtmöglicher Rechtsrichtigkeit zu entscheiden. Hierbei handelt es sich um eine Anforderung, die nicht mit dem pragmatischen Wunsch nach größerer Verfahrensökonomie aufgewogen werden kann.

²⁸¹ EuGH Rs 29/69, *Stauder*, Slg 1969, 419.

²⁸² EuGH Rs 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125.

²⁸³ EuGH Rs 4/73, *Nold*, Slg 1973, 491.

²⁸⁴ EuGH Rs 44/79, *Hauer*, Slg 1979, 3727.

²⁸⁵ Vgl etwa Rs C-380/03 v 12.12.2006, *Deutschland gg Rat und Parlament*; Rs C-112/00, *Schmidberger*, Slg 2003, 5659; Rs C-368/95, *Familiapress*, Slg 1997, 3689.

²⁸⁶ Vgl etwa die Nachweise bei *Lazarus*, Die Bedeutung der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und der EMRK für die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft, 93 mwN.

²⁸⁷ Vgl *Wetter*, Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes, 42 ff.

In Anknüpfung an diese Rechtsprechung des EuGH haben sich mehrere Ansätze entwickelt, nach denen sich die Ermittlung des Gehalts der Gemeinschaftsgrundrechte orientieren soll.²⁸⁸

Nach der Methode des variablen Grundrechtsschutzes ist der Grundrechtsstandard nach dem Niveau des jeweiligen Herkunftsstaates maßgeblich, was allerdings weder mit der durch die Art 220 ff EGV festgeschriebene einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts noch mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot gem Art 12 EGV in Einklang zu bringen ist.

Nach der Methode des gemeinsamen Standards müssen die anzuwendenden Grundrechte in allen oder zumindest den meisten Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anerkannt sein, wogegen im Wesentlichen vorgebracht wird, eine solche summarische Prüfung werde dem Wesen der Rechtsvergleichung nicht gerecht. Die sollte nämlich nicht nach der quantitativ überwiegenden, sondern der „besten“ gemeinschaftsadäquaten Lösung suchen.

Nach der Methode des maximalen Grundrechtsstandards hat der höchste in einem Mitgliedstaat vorhandene Grundrechtsschutz zur Anwendung zu gelangen. Gegen den höchsten Standard kann zwar nicht ins Treffen geführt werden, dass ein derart hoher Standard dem primär wirtschaftlichen Zweck der Gemeinschaften nicht adäquat sei,²⁸⁹ wohl aber, dass der jeweilige Maximalstandard per se überschießend wäre, als er in den meisten Fällen über den Standard eines großen Teils der anderen Mitgliedstaaten hinausreichen würde. Hinsichtlich des Mindeststandards ist zu kritisieren, dass er zu einer negativen Nivellierung des Grundrechtsschutzes führen würde, was va in Bezug auf grundrechtliche Günstigkeitsklauseln unzulässig sein dürfte.

Die Methode der wertenden Rechtsvergleichung, der die Vorgehensweise des EuGH am ehesten entsprechen dürfte,²⁹⁰ sucht unter Einbeziehung sämtlicher Gesichtspunkte jene Lösung zu finden, die sich als die „beste“ für die Gemeinschaft herausstellt.²⁹¹ Wie jedoch bereits bei der Darstellung der Judikatur bereits angedeutet wurde, lässt sich diese „beste“ Lösung kaum generell-abstrakt vorzeichnen, sondern ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel der diversen Faktoren im Einzelfall.²⁹²

²⁸⁸ Vgl zu diesen Methoden *Lazarus*, Verfassungstraditionen, 80 ff und *Wetter*, Grundrechtscharta, 42 ff.

²⁸⁹ Diese von *Wetter*, Grundrechtscharta, 45, vorgetragene Kritik kann mE spätestens seit der Vergemeinschaftung des Titels IV EGV mit dem AV nicht mehr ins Treffen geführt werden. Dieser Titel regelt unter der Überschrift „Asyl, Visa, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ vornehmlich Bereiche, die zum größten Teil nicht der Wirtschaftspolitik, sondern der inneren bzw Sicherheitspolitik zuzurechnen sind.

²⁹⁰ *Wetter*, Grundrechtscharta, 53.

²⁹¹ Vgl *Lenz* in *Lenz/Borchardt*, Art 220 EGV Rz 28; *Wegener* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 220 EGV Rz 38.

²⁹² *Wegener* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 220 EGV Rz 38.

c) Anwendung auf Art 6 EUV

Der soeben dargestellte Ansatz bedarf jedoch angesichts des Umstandes, dass Adressatin der Gemeinschaftsgrundrechte lediglich die Union bzw die Gemeinschaften sind, einer gewissen Modifikation. Dem Wortlaut von Art 6 Abs 1 zweiter Halbsatz EUV entsprechend müssen für Standards, die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind, jene Ansätze ausscheiden, die einen an Hand eines einzigen Staates definierten Maximalstandard festlegen. Genauso würde ein Abstellen auf einen konkreten Staat ohne Bezugnahme auf andere Mitgliedstaaten die durch Art 6 Abs 1 EUV intendierte horizontale Homogenität konterkarieren.

Im Ergebnis bleiben somit lediglich die Methoden des gemeinsamen Minimalstandards und jene der wertenden Rechtsvergleichung²⁹³ als zur Präzisierung der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze geeignet übrig. Der Wortlaut von Art 6 Abs 1 zweiter Halbsatz EUV deutet darauf hin, dass an dieser Stelle nur der den Mitgliedstaaten gemeinsame Standard von Bedeutung sein kann. Das dort bestimmte Erfordernis der Gemeinsamkeit der Verfassungsgrundsätze deutet darauf hin, dass ein im jeweiligen Einzelfall zu bestimmender „Standard“ – und nichts anderes ist der Ansatz der wertenden Rechtsvergleichung im Ergebnis – abstrakt zu wenig bestimmbar ist, um alleine von Art 6 Abs 1 EUV gemeint sein zu können. Untermauern lässt sich dieses Rechtssicherheitsargument mit einem Verweis auf die gravierenden Rechtsfolgen, die ein Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EUV für einen Mitgliedstaat nach sich ziehen kann (Stimmrechtsverlust, Verlust sonstiger Rechte in allen Bereichen der Verträge)²⁹⁴. Für diese gravierenden Rechtsfolgen muss ein hohes Maß an Vorhersehbarkeit gegeben sein,²⁹⁵ wie es lediglich im Wege materiell statischer Auslegung erzielt werden kann.

Das in Art 1 Abs 2 EUV festgeschriebene Subsidiaritätsprinzip²⁹⁶ stützt diese Argumentation und deutet darauf hin, dass es sich bei den in Art 6 Abs 1 EUV festgeschriebenen Verfassungsgrundsätzen um einen minimalen Standard handelt, den die Mitgliedstaaten nicht unterschreiten dürfen. Legt man den Grundsatz der Subsidiarität an, wonach die Union nur in jenen Bereichen bzw Fällen tätig werden darf, in denen gewisse Ziele auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend umgesetzt werden können, kommt man zu dem Schluss, dass der EUV auch die Lösung von grundsätzlichen Problemen im Bereich demokratischer

²⁹³ Für die Anwendung der Methode wertender Rechtsvergleichung, jedoch ohne nähere Begründung hierfür *P. Huber*, Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene, EuR 1999, 579 (584 f).

²⁹⁴ Vgl hierzu unten VIII.

²⁹⁵ *Schorkopf*, Homogenität Rz 182.

²⁹⁶ In Art 1 Abs 2 EUV ist zwar lediglich von „Bürgernähe“ die Rede, doch ist dies in Verbindung mit der Präambel des EUV sowie Art 5 EGV als Normierung des Subsidiaritätsprinzips zu verstehen; vgl *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 1 EUV Rz 41.

Grundprinzipien vor allem den Mitgliedstaaten selbst – und dort wohl vordringlich den Verfassungsgerichten – zur Lösung übertragen will. Lediglich gravierende, auf der nationalen Ebene nicht mehr bewältigbare Unterschreitungen des durch Art 6 Abs 1 EUV normierten Standards, die sich vom Standpunkt der Union aus als gravierende Homogenitätsverstöße darstellen, sollen durch Art 6 EUV und das Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV verhindert werden.

Dennoch sollte mE die Methode der wertenden Rechtsvergleichung nicht zur Gänze außer Acht gelassen werden, da bei jeder Anwendung von Art 6 Abs 1 EUV eine erhebliche Präzisierung der dort aufgezählten Grundsätze vonnöten ist. Bei dieser Präzisierung kommt den handelnden Organen ein nicht unbeachtlicher Ermessensspielraum zu. Innerhalb dieses Ermessensspielraums wird unter Beachtung des Einzelfalls jener Auslegung der Vorzug zu geben sein, der am ehesten zum jeweils „besten“ Ergebnis für das gesamte Unionsgefüge führt. Auf Grund der Weite des möglichen Ermessens wird jedenfalls eine eingehende Begründung nötig sein, um das jeweilige Ergebnis nachvollziehbar zu machen.

d) Induktive oder deduktive Bestimmung?

Zur weiteren Konkretisierung schlägt *Schorkopf* zwei Methoden der positiven Inhaltsbestimmung der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze vor, nämlich jene der Induktion und jene der Deduktion.²⁹⁷ Der induktive Ansatz vergleicht die in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten vorhandenen Rechtsgrundsätze zum einen auf ihre Übereinstimmung mit den Prinzipien, auf denen die Union beruht, sowie zum anderen auf ihre Übereinstimmung untereinander, basiert also im Wesentlichen auf im Wege der Verfassungsvergleichung gewonnenen Ergebnissen.²⁹⁸ Der deduktive Ansatz hingegen stellt nicht direkt auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen ab, sondern auf die von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge, in denen sich die Unionsprinzipien manifestieren.

Schorkopf gibt zwischen diesen beiden Ansätzen dem deduktiven den Vorzug, was er im Wesentlichen damit begründet, dass diese auf Grund der wachsenden Anzahl von Mitgliedstaaten, Rechtsordnungen und Amtssprachen eine Ermittlung von Rechtsgrundsätzen, die allen Mitgliedstaaten gemein sind, nicht zu einem verwertbaren Ergebnis führen würde. Im Bereich der von den Mitgliedstaaten geschlossenen Verträge hätten die Staaten die

²⁹⁷ *Schorkopf*, Homogenität Rz 104 ff; vgl allgemein zur Methode der induktiven Prinzipienermittlung oben III.B.

²⁹⁸ Vgl *Kassner*, Unionsaufsicht, 85; s für einen solchen Verfassungsvergleich auch *Bleckmann*, Das europäische Demokratieprinzip, JZ 2001, 53 (54 ff), der eine deduktive Ermittlung des Inhaltes des Demokratieprinzips offenbar gar nicht in Erwägung zieht.

entsprechende rechtsvergleichende Vorarbeit bereits geleistet, aus ihnen gehe daher hervor, wie die Mitgliedstaaten als Vertragsgeber die in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Verfassungsgrundsätze verstanden wissen wollen.²⁹⁹

Gegen die deduktive Methode sprechen jedoch dogmatische Einwände, die das von *Schorkopf* ins Treffen geführte Zweckmäßigkeitsargument erschüttern. Am wohl gewichtigsten zu werten ist der Umstand, dass durch die Anwendung einer deduktiven Methode eine weitere Ebene im Interpretationsprozess eingeführt wird, die zwischen dem Unionsrecht und den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten liegt. Nun mag zwar typischerweise eine weit gehende Übereinstimmung zwischen den mitgliedstaatlichen Verfassungsgrundsätzen und den von diesen Staaten geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen bestehen, zwingend ist diese Übereinstimmung allerdings nicht. Überdies ist die Wechselwirkung zwischen Völkervertragsrecht und mitgliedstaatlichem Verfassungsrecht nicht unwesentlich davon abhängig, welchen Zugang zum Völkerrecht die jeweilige mitgliedstaatliche Verfassung normiert. Damit führt die Ermittlung der Grundsätze durch Deduktion jedenfalls zu vermeidbaren Unschärfen. Das ebenfalls vorhin dargestellte Zweckmäßigkeitsargument *Schorkopfs* geht überdies von der Prämisse aus, dass die Induktionsbasis für Art 6 Abs 1 EUV durch jede Veränderung im Mitgliederstand der EU verändert würde. Da dies jedoch, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht zutrifft, kann davon ausgegangen werden, dass der Inhalt der in Art 6 Abs 1 EUV genannten Grundsätze primär auf Basis der induktiven Methode zu ermitteln ist.

e) Zeitpunkt der Bestimmung

Die Ansicht, dass sich die Verfassungsgrundsätze der Union durch jeden Beitritt³⁰⁰ ändern würden, klammert die in Art 49 EUV zum Ausdruck kommende statische Dimension aus. Nach dieser Bestimmung kann jeder europäische Staat, der die in Art 6 Abs 1 EUV genannten Grundsätze achtet, beantragen, Mitglied der EU zu werden. Dieser Antrag ist vom Rat einstimmig nach Anhörung der Kommission anzunehmen, weiters bedarf die Annahme dieses Antrags der Zustimmung des Parlaments. Neben diesem Unionsverfahren ist wesentlichster Bestandteil des Beitrittes der Abschluss eines Beitrittsvertrags zwischen den EU-Staaten und dem Beitrittskandidaten, der Aufnahmebedingungen und allfällige Anpassungen der Verträge zu regeln hat. Der Ratsbeschluss, mit dem ein Beitrittsantrag angenommen wird, ist einstimmig zu fassen. Daraus kann abgeleitet werden, dass die prinzipielle Annahme eines

²⁹⁹ *Schorkopf*, Homogenität Rz 106 f.

³⁰⁰ Zur Frage, ob und wie ein Austritt vor sich gehen könnte und welche Konsequenzen dies hätte vgl unten XIII.

Beitrittsgesuches durch den Rat zu erfolgen hat, während die Beitrittsmodalitäten durch die von den Mitgliedstaaten abzuschließenden Verträge festzulegen sind.³⁰¹

Art 49 EUV unterliegt gem Art 46 lit f EUV der Jurisdiktion des EuGH, was bewirkt, dass dem EuGH die Prüfung eines Ratsbeschlusses nach Art 49 Abs 1 EUV zukommt.³⁰² Damit wird die Einhaltung der Achtung der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze hinsichtlich des Beitrittes eines Mitgliedstaates zur Union zur justiziablen Tatbestandsvoraussetzung von Art 49 Abs 1 EUV. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Frage, ob einem Mitgliedstaat die Aufnahme in die Union gewährt wird, vom Rat nicht nach freiem politischem Ermessen beantwortet werden kann,³⁰³ sondern dass den Rat die Verpflichtung trifft, die Erfüllung der Verfassungsgrundsätze der Union durch den Beitrittswerber zu prüfen, wobei diese Prüfung auf die Erfüllung der Grundsätze im Beitrittszeitpunkt gerichtet sein muss.³⁰⁴ Justiziabel ist somit die Ratsentscheidung nicht hinsichtlich der tatsächlichen Erfüllung der Grundsätze nach Art 6 Abs 1 EUV im Beitrittszeitpunkt (ab diesem Zeitpunkt ist das Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV maßgeblich), sondern ob der Rat im Rahmen der von ihm bei der Beschlussfassung zu treffenden Prognoseentscheidung das ihm zukommende (gebundene) Ermessen³⁰⁵ in vertretbarer Weise ausgeübt hat. Notwendige Voraussetzung für die Durchführung eines

³⁰¹ *Vedder in Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union I, Art 49 EUV Rz 35; aA *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 49 EUV Rz 4, der aus der bisherigen Beitrittspraxis folgert, dass dem Ratsbeschluss eine lediglich unionsinterne und somit untergeordnete Relevanz zukommen soll.

³⁰² Vgl *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 46 EUV Rz 16; *Sarcevic*, EU-Erweiterung nach Art. 49 EUV: Ermessensentscheidungen und Beitrittsrecht, EuR 2002, 461 (472 ff). Die Meinung, Art 49 EUV sei per se justiziabel, wird von *Nettesheim*, EU-Beitritt und Unrechtsaufarbeitung, EuR 2003, 36 (63), abgelehnt, der ins Treffen führt, dass ein entsprechendes Anfechtungsverfahren, wie es Art 230 EGV im Bereich der ersten Säule vorsieht, für die Schlussbestimmungen des EUV nicht existiert.

Gegen die Anwendung von Art 230 EGV bringt *Nettesheim* vor, dass auch in den anderen Gemeinschaftsverträgen eigene Verfahren vorgesehen sind und somit eine „analoge“ Anwendung von Art 230 EGV im EUV nicht in Frage käme. Dieser Ansicht kann jedoch mE der Wortlaut von Art 46 EUV entgegengehalten werden, wonach die Bestimmungen des EGV (...), dh die Bestimmungen der Art 220 ff EGV, für die in Art 46 EUV genannten Bereiche gelten, dh auf sie Anwendung zu finden haben (vgl auch *Krück in von der Groeben/Schwarze*, Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft I, Art 46 EU Rz 20). Überdies unterstellt diese Ansicht dem EUV, mit Art 49 EUV eine *lex imperfecta* geschaffen zu haben. Außerdem würde durch eine derartige Argumentation der *effet-utile*-Grundsatz unterlaufen werden.

³⁰³ Nach Ansicht von *Nettesheim*, EuR 2003, 36 (61), handelt es sich bei der Aufnahme eines neuen Staates um eine genuin verfassungsgeberische Entscheidung und somit um mehr als die bloße Prüfung verfassungsstaatlicher Standards durch die Mitgliedstaaten. Vielmehr hätten sich die entscheidenden Amtsträger am europäischen Gemeinwohl zu orientieren und hierbei auch den aus der allfälligen Nichtaufnahme eines Staates resultierenden Schaden zu berücksichtigen. Dem ist entgegenzuhalten, dass Art 6 Abs 1 EUV einen rechtserheblichen Wertmaßstab eines „europäischen Gemeinwohls“ festlegt, weitere über diese Bestimmung hinausgehende Kriterien werden hingegen nicht festgelegt. Überdies würde eine solche Auslegung von Art 49 EUV dessen Justiziabilität unterminieren.

³⁰⁴ *Nettesheim*, EuR 2003, 36 (39).

³⁰⁵ Vgl hierzu *Sarcevic*, EuR 2002, 461 (473 f).

Beitritts ist somit die erstmalige Definition eines Standards, auf Grund dessen der Rat seine Entscheidung treffen kann. Hierfür kommen zwei Zeitpunkte in Frage, nämlich jener des Inkrafttretens des MVnd jener des Inkrafttretens des AV. ME sprechen die besseren Gründe für den AV, da erst in jenem Zeitpunkt die Erfüllung der Kriterien des Art 6 Abs 1 EUV als verbindliche Aufnahmevoraussetzung in Art 49 EUV³⁰⁶ aufgenommen und mit Art 7 EUV ein Verfahren zur Sanktionierung von Verstößen gegen Art 6 Abs 1 EUV geschaffen wurde, somit an die Achtung und Befolgung von Art 6 Abs 1 EUV erstmals Rechtsfolgen – diese jedoch von beachtlichem Gewicht – geknüpft wurden.

Weitere Änderungen der Induktionsbasis sind auf Grund dieses erstmalig festgelegten Standards lediglich durch eine Änderung des Primärrechts möglich, was den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ grundsätzlich zustünde und eine Frage der Umsetzung entsprechender rechtspolitischer Interessen wäre. Eine ausdrückliche Änderung von Art 6 Abs 1 EUV ist jedoch bislang nicht vorgenommen worden. Allenfalls denkbar wäre eine Änderung der Induktionsbasis durch eine implizite Änderung des Norminhaltes von Art 6 Abs 1 EUV im Zuge einer Vertragsrevision. Für eine solche implizite Änderung müssten jedoch gewisse Indizien vorliegen, wie etwa, dass ein Beitrittsvertrag entgegen einem anders lautenden Beschluss des Rates (im Hinblick auf die Einhaltung von Art 48 EUV) abgeschlossen wurde oder andere erhebliche Umstände auf einen entsprechenden Willen der Vertragsparteien schließen lassen würden. Derartiges ist bislang jedoch nicht vorgekommen, es handelt sich hier auch um eine Konstellation, die praktisch wohl kaum jemals auftreten wird. Für die weitere Betrachtung kann somit von der Verfassungsrechtslage jener 15 Staaten ausgegangen werden, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AV Mitglieder der EU waren.

3. Der Demokratiebegriff des Art 6 Abs 1 EUV

a) Allgemeines

Auf Basis des Wortlautes von Art 6 Abs 1 EUV ist davon auszugehen, dass zur Sinnermittlung der dort aufgezählten Prinzipien ein Rechtsgrundsatzvergleich der Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten im relevanten Zeitpunkt anzustellen ist. Dies bedeutet in weiterer Folge, dass ein Detailvergleich jener mitgliedstaatlichen Verfassungsbestimmungen, die diese Prinzipien jeweils ausgestalten, unterbleiben kann. Die weitere Inhaltsbestimmung an Hand der beschriebenen Methode wird sich in der Folge an den

³⁰⁶ Art O EUV in der Maastrichter Fassung legte als Beitrittskriterium lediglich fest, dass der Beitritt zur Union allen europäischen Staaten offen steht.

oben³⁰⁷ dargestellten allgemeinen Kriterien der Demokratie als Herrschaftsordnung orientieren. Es wird, wie ebenfalls bereits oben³⁰⁸ dargestellt, zu einigen Überschneidungen der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Prinzipien kommen, da eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den Prinzipien Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten nicht gezogen werden kann.³⁰⁹

b) Ermittlung durch induktiven Rechtsvergleich

(1) Rechtsetzung und Wahlsysteme

Allen genannten Mitgliedstaaten ist gemeinsam, dass die grundlegende Gesetzgebung durch ein gewähltes Parlament im Wege der Repräsentation ausgeübt wird.³¹⁰ Hinsichtlich der institutionellen Ausgestaltung dieser Parlamente bestehen jedoch erhebliche Unterschiede, die vor allem auf die unterschiedliche Ausgestaltung der Staatsorganisation zurückzuführen sind. In manchen Staaten übt eine Kammer alleine die gesamte Gesetzgebung aus.³¹¹

In Staaten, die ein Zweikammernparlament haben, ist die Stellung der zweiten Kammer höchst verschieden ausgestaltet. So sind in manchen Staaten die zweiten Kammern als Vertretungen von föderalen Untereinheiten wie Provinzen oder Bundesländern ausgestaltet,³¹² wobei die Intensität der Mitwirkung am Gesetzgebungsprozess stark variiert, in anderen Staaten kommt der zweiten Kammer lediglich beratende Funktion zu³¹³. Ähnlich verschieden gestaltet sich die Organkreation der gesetzgebenden Kammern. Die ersten Kammern werden allesamt direkt, allgemein, frei und gleich³¹⁴ gewählt.

³⁰⁷ Vgl oben IV.

³⁰⁸ Vgl oben IV.D.

³⁰⁹ Vgl *Kassner*, Unionsaufsicht, 94 f.

³¹⁰ Vgl *Violini*, Der gemeineuropäische Bestand von Gegenständen mit Verfassungsrang, in *Müller-Graff/Riedel*, Verfassungsrecht, 42 f.

³¹¹ So etwa in Griechenland, Art 51 ff der griechischen Verfassung, und in Schweden, Kap 3 der schwedischen Verfassung.

³¹² Etwa Österreich, Art 34 B-VG, in den Niederlanden, Art 50 ff der niederländischen Verfassung, Spanien, Art 69 der spanischen Verfassung, Deutschland, Art 50 ff GG.

³¹³ Etwa dem luxemburgischen Staatsrat, vgl hierzu *Iral*, Handbuch, Art Luxemburg, 3, oder dem britischen Oberhaus.

³¹⁴ Unter der Gleichheit dieser Wahlen ist der Zählwert der Stimmen, nicht jedoch der reale Erfolgswert gemeint (vgl zu dieser Unterscheidung *Holzinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 26 B-VG Rz 40), da der Erfolgswert der Stimme durch Sperrklauseln oder Mehrheitswahl verglichen zum Zählwert starken Schwankungen unterliegen kann.

Die wahlarithmetische Ermittlung der Mandate ist hingegen sehr unterschiedlich ausgestaltet. Zwar hat die Mehrzahl der hier erheblichen Mitgliedstaaten ein Verhältniswahlrecht, doch weisen mit Frankreich und Großbritannien zwei der größten Mitgliedstaaten ein Mehrheitswahlrecht auf.³¹⁵ Ähnlich vielfältig sind jene Bestimmungen ausgestaltet, die eine prozentuelle Eintrittsschwelle für das gesetzgebende Organ festlegen. Noch unterschiedlicher sind die Kurationsmodi der zweiten Kammern gestaltet, hier sind so gut wie alle Bestellungsformen von der Direktwahl³¹⁶ über die Entsendung durch die föderalen Untereinheiten³¹⁷ bis hin zur Ernennung³¹⁸ oder gar der Erbllichkeit³¹⁹ des Amtes möglich, wobei auch Mischsysteme existieren³²⁰. Im Hinblick auf die gesetzgebenden Körperschaften ist überdies noch festzuhalten, dass der Grundsatz des freien Mandats in den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten durchgehend anerkannt ist.³²¹

Auch die Intensität der direkt-demokratischen Mitwirkung des Volkes an der Gesetzgebung variiert, wobei in keinem der gegenständlichen Staaten eine reine Volksgesetzgebung ohne oder gegen das Parlament zulässig ist.³²² Daran anknüpfend kann auch festgehalten werden, dass die Volkssouveränität als eigenständiges Verfassungsprinzip keinen gemeinsamen Standard darstellt.³²³

Starke Ähnlichkeiten sind hingegen bei den Bestimmungen zu beobachten, die die Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts festlegen. So ist in jedem Staat eine feste Altersgrenze für die Ausübung des Wahlrechts vorgesehen, die sich hinsichtlich des hier vor

³¹⁵ In beiden Staaten wird in Einerwahlkreisen gewählt. Frankreich weist das etwas moderatere System auf, bei dem im ersten Wahlgang die absolute Mehrheit entscheidet, im zweiten Wahlgang genügt die relative Mehrheit, vgl *Iral*, Handbuch, Art Frankreich, 3. In Großbritannien entscheidet bereits im ersten Wahlgang die relative Stimmenmehrheit, vgl *Morison/Morrow/Xanthaki*, Royaume-Uni, in *Pantélis/Koutsoubinas*, Les Régimes Electoraux des Pays de l'Union Européenne, 497.

³¹⁶ So zB der größte Teil der italienischen Senatoren, vgl *Volpi/Oliveiro*, Italie, in *Pantélis/Koutsoubinas*, Régimes, 399 ff.

³¹⁷ So zB in Österreich, Art 34 B-VG und in Deutschland, Art 51 GG.

³¹⁸ Etwa zT in Luxemburg, vgl *Iral*, Handbuch, Art Luxemburg und in Irland, vgl *Nohlen*, Irland, in *Sternberger/Vogel*, Die Wahl der Parlamente, 686.

³¹⁹ So etwa im britischen House of Lords, vgl *Nuscheler*, Großbritannien, in *Sternberger/Vogel*, Wahl, 645. Die Erbllichkeit des Mandats wurde jedoch im Jahre 1999 durch den House of Lords Act (<http://www.verfassungen.de/gb/gb1999.htm>) abgeschafft.

³²⁰ So etwa in Belgien, wo manche Senatoren direkt gewählt werden, andere wiederum von den Regionalparlamenten gewählt werden, vgl *Delpérée/Renders*, Belgique, in *Pantélis/Koutsoubinas*, Régimes, 94 f.

³²¹ *Kluth* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 190 EGV Rz 12.

³²² Selbst in der Schweiz, die ihrem Staatsvolk wohl unbestritten die am weitesten gehenden direkt-demokratischen Mitwirkungsrechte einräumt, kennt keine rein plebiszitäre Normsetzung ohne parlamentarische Beteiligung; vgl zum Rechtsetzungsprozess in der Schweiz *Häfelin/Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht⁴ Rz 936 ff.

³²³ *Riedel*, Bestand, in *Müller-Graff/Riedel*, Verfassungsrecht, 86 f

allem bedeutsamen aktiven Wahlrechts zwischen 16³²⁴ und 18 Jahren³²⁵ bewegt. Auch die Wahlausschlussgründe ähneln einander stark, va hinsichtlich des Ausschlusses von strafrechtlich verurteilten Personen.

(2) Politische Parteien

Die Tätigkeit politischer Parteien in den Mitgliedstaaten ist unterschiedlich geregelt. Während einige Staaten spezielle Rechtsgrundlagen in ihren Verfassungsordnungen haben, wird die Gründung und Betätigung politischer Parteien in anderen Mitgliedstaaten lediglich durch die allgemeine Vereinigungsfreiheit geschützt³²⁶, die jedoch ihrerseits gemeineuropäischer Standard ist. Sofern ein eigenes Parteienrecht besteht, steht dieses in einem Spezialitätsverhältnis zur Vereinigungsfreiheit, womit die Gründung und Betätigung politischer Parteien aus dem Titel der Versammlungsfreiheit vom Demokratieprinzip der EU umfasst sind.³²⁷

(3) Grundrechte und Gesetzesbindung

Sind im Hinblick auf Gesetzgebung und Wahlsysteme weit reichende Divergenzen zwischen dem Mitgliedstaaten der EU festzustellen, ist hinsichtlich des Bestandes an Grundrechten in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten weit gehend Konvergenz zu beobachten. So erklärt *Häberle*³²⁸, dass auf dem Gebiet der klassischen Grundrechte ein gesicherter Bestand an allgemeinen Grundätzen und speziellen Ausformungen vieler Ebenen und Quellen vorliegt, die es erlauben, Europa als Grundrechts- und Rechtsstaatsgemeinschaft zu bezeichnen.³²⁹ *Funk*³³⁰ spricht daher zutreffend davon, dass hier ein einheitlicher gemeinsamer Standard besteht.

³²⁴ So in Österreich gem Art 26 Abs 1 B-VG.

³²⁵ Dies ist der Regelfall. In Italien beträgt das aktive Wahlalter zum Senat gem Art 58 der italienischen Verfassung 25 Jahre, da es sich beim Senat allerdings um die zweite Kammer handelt, ist dieses ungewöhnlich hohe Wahlalter hier nicht von Bedeutung.

³²⁶ Vgl zur ersten Gruppe *Schneider*, Deutschland, 171 ff; *Fromont*, Frankreich, 226; *Papadimitrou*, Griechenland, 271 f; *Lanchester*, Italien, 381 f; *De Sousa*, Portugal, 603 ff; *Puente-Egido*, Spanien, 649 f; hinsichtlich der zweiten Gruppe *Suetens*, Belgien, 39; *Vesterdorf*, Dänemark, 86 ff; *Kelly*, Irland, 347 f; *Wivenes*, Luxemburg, 445; *Elzinga*, Niederlande, 515; zur Sonderstellung Großbritanniens mangels einer einheitlich kodifizierten Verfassungsurkunde vgl *Smith*, Großbritannien, 314 f; alle in *Tsatsos/Schefold/Schneider*, Parteienrecht im europäischen Vergleich. Zur Rechtslage in Österreich vgl oben IV.C.2.

³²⁷ Vgl auch *P.Huber*, EuR 1999, 579 (584 f); *Violini*, Bestand, in *Müller/Graff*, Verfassungsrecht, 37.

³²⁸ Vgl *Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in *Bieber/Widmer*, Der europäische Verfassungsraum, 388 f.

³²⁹ Vgl hierzu auf die einzelnen Grundrechte eingehend *Violini*, Der gemeineuropäische Bestand von Gegenständen mit Verfassungsrang, in *Müller-Graff/Riedel*, Verfassungsrecht, 36 f mwN.

³³⁰ *Funk*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in *Bieber/Widmer*, Verfassungsraum, 402.

Dieser Standard bezieht sich allerdings lediglich auf die materiellen Grundrechtsgarantien, während den Mitgliedstaaten die formelle Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes weitgehend überlassen bleibt, sofern die Wirksamkeit der materiellen Garantien hinreichend gesichert ist.

(4) Gewaltenteilung

Alle europäischen Regierungssysteme sind im Kern parlamentarischer Natur, dh die Regierungen bedürfen zumindest zur Aufnahme ihrer Tätigkeit eine entsprechende parlamentarische Mehrheit und in der Folge des Vertrauens des Parlaments, außerdem steht es der Regierung nicht alleine frei, das Parlament aufzulösen, sondern sie bedarf hierzu der Mitwirkung des Staatsoberhauptes.³³¹

Ebenfalls als gemeineuropäischer Standard kann die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit bezeichnet werden, die sich in der Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit der dort tätigen Richter manifestiert.³³² Gleiches gilt für den hiermit eng zusammenhängenden Grundsatz der Bindung der Ausübung der Staatsgewalt an die Gesetze.³³³

(5) Föderalismus?

Art 6 Abs 1 EUV nennt das Prinzip des Föderalismus nicht als Verfassungsprinzip der EU. Bereits bei oberflächlicher Vornahme eines induktiven Rechtsvergleichs, der auf die zentrale oder föderale Organisation der Mitgliedstaaten zeigt, dass in dieser Hinsicht keinerlei Gemeinsamkeiten zu konstatieren sind, diesbezüglich kann auf oben stehende Ausführungen zu der Organisation der mitgliedstaatlichen Parlamente verwiesen werden.

Wenngleich die EU auf der Ebene ihrer zentralen Verfassungsgrundsätze gleichsam „föderalismusblind“³³⁴ ist, besteht die Möglichkeit, dass die föderale Organisation eines Mitgliedstaates im Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV die Rolle eines negativen Korrektivs zu den Verfassungsgrundsätzen spielen kann, und zwar insofern, als Art 6 Abs 3 EUV ein Achtungsgebot der nationalen Identitäten der Mitgliedstaaten durch die Union normiert.³³⁵

³³¹ *Violini*, Bestand, in *Müller-Graff/Riedel*, Verfassungsrecht, 36 f.

³³² Vgl *Violini*, Bestand, in *Müller-Graff/Riedel*, Verfassungsrecht, 47 f; *Lorz*, Der gemeineuropäische Bestand von Verfassungsprinzipien zur Begrenzung der Ausübung von Hoheitsgewalt – Gewaltenteilung, Föderalismus, Rechtsbindung, in *Müller-Graff/Riedel*, Verfassungsrecht, 36 f.

³³³ *Violini*, Bestand, in *Müller-Graff/Riedel*, Verfassungsrecht, 36.

³³⁴ Vgl hierzu *Epiney*, Gemeinschaftsrecht und Föderalismus, EuR 1994, 301 (304) mwN, die den von *Ipsen* geprägten Begriff der „Landes-Blindheit“ benutzt, mE ist jedoch das begriffliche Abstellen auf den Föderalismus zweckmäßiger, weil begrifflich weniger mehrdeutig.

³³⁵ Vgl hierzu ausführlich unten IX.B.5.

c) Unterstützung durch Deduktion

(1) EMRK und EGV

Zieht man nach dem induktiven Rechtsvergleich die EMRK als einschlägigen völkerrechtlichen Vertrag heran, zeigt sich eine nahezu flächendeckende Konvergenz der Ergebnisse des induktiven Vergleichs mit den Grundrechtsgarantien der EMRK sowie Art 3 1.ZPMRK, die alle EU-Mitgliedstaaten im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AV ratifiziert hatten.

Die EMRK enthält ebenfalls sämtliche politisch relevanten Grundrechte, wobei die Meinungsfreiheit in Art 10 EMRK geschützt wird und das Recht auf Gründung und Betätigung von Parteien durch die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit in Art 11 EMRK garantiert ist.³³⁶ Art 191 EGV als Grundlage der Betätigung politischer Parteien auf europäischer Ebene (dh im Europäischen Parlament) kommt hier keine wesentliche Rolle zu, als diesen Parteien strukturell eine vollkommen andere Rolle zukommt, va insofern, als es sich bei ihnen zumeist um Dachverbände nationaler Parteien und Interessengruppen handelt.³³⁷

Der von Art 3 1.ZPMRK an die Parlamente und Wahlsysteme der Mitgliedstaaten gerichtete Anspruch entspricht ebenfalls dem induktiv ermittelten gemeinsamen Standard,³³⁸ nämlich der Garantie des Bestandes einer gesetzgebenden Parlamentskammer, zu der sämtliche Bürger, die nicht gewisse eng umgrenzte Ausnahmetatbestände erfüllen, wahlberechtigt sind.³³⁹ Lediglich eine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gewaltenteilung lässt sich aus der EMRK nicht ausdrücklich ableiten, wenngleich Art 6 Abs 1 EMRK zumindest die Unabhängigkeit der Gerichte vorschreibt und das Bekenntnis zur Demokratie in der Präambel der EMRK eine ähnliche Indizwirkung aufweist.

Die Freiheit des Mandats von Abgeordneten findet sich weder in der EMRK noch im Primärrecht ausdrücklich verankert, doch bestimmt Art 4 Abs 1 des Direktwahlaktes³⁴⁰, dass die Abgeordneten weder an Aufträge noch an Weisungen gebunden sind.

Hinsichtlich der Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes bietet das durch Art 13 EMRK garantierte Recht auf wirksame Beschwerde einen gemeinsamen Orientierungsrahmen, wonach die behauptete Verletzung in einem Grundrecht vor einem Organ bekämpfbar sein

³³⁶ Vgl hierzu oben VI.E.2.

³³⁷ Vgl *Kluth* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 191 EGV Rz 2.

³³⁸ Vgl *Hilf/Schorkopf* in *Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 6 EUV Rz

³³⁹ Vgl hierzu oben VI.E.2.

³⁴⁰ ABl 1976, L 278/1.

muss, dem eine hinreichende Kognitionsbefugnis im Tatsachen- und im Rechtsbereich möglich ist.³⁴¹

(2) Grundrechtecharta der EU

Obzwar die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (noch) keinen verbindlichen Rechtsbestand darstellt,³⁴² kann auch ihr bei der Ermittlung des Gehaltes des unionsrechtlichen Demokratieprinzips eine gewisse Relevanz beigemessen werden, als ihr eine Abbildungsfunktion des in der bisherigen Rsp des EuGH entwickelten Grundrechtsstandards zukommt. Diese Funktion wird auch dadurch manifest, dass sich der EuGH in seinen Urteilsbegründungen hilfsweise auf in der Charta genannte Grundrechte stützt.³⁴³

Inhaltlich decken sich die hier relevanten Gewährleistungen der Grundrechtecharta im Wesentlichen mit den bereits dargestellten Ergebnissen. So garantiert Art 11 GrCH die Freiheit der Meinungsäußerung sowie die Informationsfreiheit, Art 12 GrCH schützt die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, wobei sie in Abs 1 inhaltlich Art 11 Abs 1 EMRK nachgebildet ist, anders als die EMRK nennt Art 12 Abs 2 GrCH außerdem ausdrücklich die politischen Parteien³⁴⁴. Hinsichtlich des freien Wahlrechts nennt die Charta in Art 39 und 40 lediglich jene Gewährleistungen, die mit der Unionsbürgerschaft verbunden sind, nämlich die Teilnahme an Wahlen zum Europäischen Parlament sowie das Kommunalwahlrecht im Wohnsitzstaat, was jedoch nicht schadet, als weiter reichende wahlrechtliche Gewährleistungen nicht in der Zuständigkeit der EU liegen und somit ohnehin keinen Anwendungsbereich hätten.

Die Garantie wirksamen Grundrechtsschutzes regelt Art 47 GrCH, der Art 13 EMRK nachgebildet ist, allerdings über Art 13 EMRK hinaus noch vorschreibt, dass dieser Grundrechtsschutz bei einem Gericht gewährleistet werden muss.³⁴⁵

³⁴¹ Vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK², Art 13 EMRK Rz 10 ff.

³⁴² Vgl *Vranes*, Der Status der Grundrechtecharta der Europäischen Union, JBl 2002, 630.

³⁴³ Vgl hierzu *Kraus*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG Rz 17 mwN.

³⁴⁴ Die Formulierung von Art 12 Abs 2 GrCH ist zwar identisch mit jener der für den hier angestellten Rechtsvergleich nicht ergiebigen Formulierung in Art 191 EGV, auf Grund der systematischen Stellung im Text der Charta kann ihr hier jedoch mehr Bedeutung beigemessen werden.

³⁴⁵ Der hier verwendete Gerichtsbegriff orientiert sich an jenem, den Art 6 Abs 1 EMRK gebraucht, vgl *Klingenbrunner/Raptis*, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, 139 (144 f).

d) Ergebnis

Summa summarum zeigt sich, dass die Verfassungsordnungen der hier relevanten Mitgliedstaaten der EU im Hinblick auf ihre demokratischen Grundstrukturen und die dem demokratischen Prinzip zumindest auch zurechenbaren Institute (wie zB Grundrechte) weit gehende Ähnlichkeiten aufweisen. Dass im Detail zum Teil erhebliche Unterschiede bestehen, überrascht wenig, genauso wenig schadet es aber dem grundsätzlichen gemeineuropäischen Bestand dieser Prinzipien.

Die materiellen Schutzgüter von Art 6 Abs 1 EUV in den Mitgliedstaaten sind daher deren vom jeweiligen Staatsvolk innerhalb angemessener Intervalle gewählte Parlamente, denen die Funktion des Gesetzgebers zukommt und denen die Regierungen dieser Staaten verantwortlich sind. Flankiert wird diese Ausgestaltung der staatlichen Institutionen durch die entsprechenden Grundrechte, die sowohl in den Mitgliedstaaten als auch in der EMRK verankert sind und deren Durchsetzung im Wege gerichtlichen Rechtsschutzes möglich ist. Eine strenge begriffliche Trennung zwischen den einzelnen Grundsätzen in Art 6 Abs 1 EUV ist angesichts dieses Ergebnisses nicht möglich, da die aufgezählten Elemente des Demokratiebegriffs mit den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit und der Achtung der Grundrechte und Grundfreiheiten eng verzahnt sind.

VIII. Sanktionsmechanismus nach Art 7 EUV und Art 309 EGV

A. Allgemeines

Um untersuchen zu können, welche Rechtswirkungen Art 6 Abs 1 EUV auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entfaltet, ist es neben einer materiellen Analyse dieser Bestimmung nötig, die Rechtsfolgen, die eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EUV nach sich ziehen kann, darzustellen, insbesondere, als zu zeigen sein wird, dass diese Rechtsfolgen in einem nahezu untrennbaren Zusammenhang mit der Rechtsnatur von Art 6 Abs 1 EUV stehen.

Der in Art 7 EUV für den Fall drohender oder tatsächlicher Verletzungen der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze festgelegte Sanktionsmechanismus wurde mit dem AV geschaffen und mit dem NV geringfügig angepasst, er hat nunmehr drei Stufen, in denen jeweils die Schwere des Verstoßes eine entsprechend korrelierende Sanktion findet. Verfahrensmäßig ähneln die Möglichkeiten der Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art 226 und 227 EGV.³⁴⁶ In sämtlichen Stufen des Sanktionsverfahrens bleibt die Stimme des Vertreters des betroffenen Staates im Rat gem Art 7 Abs 5 EUV unberücksichtigt.

B. Vorverfahren und Feststellungsverfahren

Die erste Stufe des Verfahrens nach Art 7 Abs 1 EUV setzt voraus, dass ein Drittel der Mitgliedstaaten, das EP oder die Kommission einen begründeten Vorschlag an den Rat richten, dieser möge feststellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwer wiegenden Verletzung der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze durch einen Mitgliedstaat besteht. Der Rat kann in der Folge mit Vier-Fünftel-Mehrheit feststellen, dass eine derartige Gefahr besteht und entsprechende Empfehlungen zur Beendigung dieser Gefahr an den betroffenen Staat richten.³⁴⁷

Vor dieser Feststellung hat der Rat den betroffenen Mitgliedstaat zu hören, er kann auch nach demselben Verfahren unabhängige Beobachter in den entsprechenden Staat entsenden. Hat der Rat das Vorliegen einer derartigen Gefahr festgestellt, ist er zur regelmäßigen Überprüfung verpflichtet, ob die Voraussetzungen, die zur Feststellung der Gefahr einer Verletzung der Grundsätze in Art 6 Abs 1 EUV geführt haben, noch vorliegen.

³⁴⁶ Vgl *Schorkopf*, Homogenität Rz 227.

³⁴⁷ Zum Problem der rechtlichen Tragweite der Empfehlungen des Rates nach Art 7 Abs 1 EUV und der Feststellungen nach dessen Abs 2 siehe unten IX.B.6.

Rechtlich unabhängig von der Durchführung eines Vorverfahrens nach Abs 1 kann das Feststellungsverfahren nach Abs 2 eingeleitet werden, die Einleitung der zweiten Stufe des Verfahrens setzt nicht die Durchführung des Überwachungsverfahrens nach Abs 1 voraus.³⁴⁸

Das Parlament ist in diesem Verfahren nicht mehr vorschlags-, sondern bloß hinsichtlich der Verfahrenseinleitung zustimmungsberechtigt.

Der Rat kann schließlich in der dritten Stufe feststellen, dass eine schwer wiegende und anhaltende Verletzung der in Art 6 Abs 1 EUV genannten Grundsätze durch den im Vorschlag bezeichneten Mitgliedstaat vorliegt. Die Regierung des betroffenen Staates ist davor zu einer Stellungnahme aufzufordern.

C. Anhalten und Schwere der Grundsatzverletzung

Von der bloßen Ermittlung des Inhalts der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Verfassungsgrundsätze ist die Verletzung dieser Grundsätze als Tatbestandsvoraussetzung von Sanktionen nach Art 7 EUV zu unterscheiden. Wohl ist jede Beeinträchtigung dieser Grundsätze³⁴⁹ seitens eines Mitgliedstaates eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EUV, Voraussetzung der Verhängung von Sanktionen ist jedoch die „anhaltende und schwerwiegende“ Grundsatzverletzung. Die nicht schwerwiegende oder nicht anhaltende Verletzung der Grundsätze nach Art 6 Abs 1 EUV durch einen Mitgliedstaat genügt alleine nicht,³⁵⁰ sie wäre somit allenfalls im Vertragsverletzungsverfahren nach Art 226 und 227 EGV zu relevieren. Hier kann allerdings lediglich eine in die Gemeinschaftszuständigkeit fallende Grundsatzverletzung aufgegriffen werden.

*Schorkopf*³⁵¹ greift zur Bestimmung der sanktionserheblichen Schwelle einer Grundsatzverletzung auf Art 297 EGV zurück, der den Mitgliedstaaten die Erlaubnis gibt, in Fällen gewisser schwer wiegender innerstaatlicher Störungen Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zu begehen. Aus dem Umstand, dass eine schwerwiegende Störung vonnöten ist, um einem Mitgliedstaat Abweichungen von den Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu gestatten, kann in einem ersten Schritt lediglich gefolgert werden,

³⁴⁸ Vgl. *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 7 EUV Rz 7; *Schmidt von Sydow* in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag I, Art 7 EU Rz 53; differenzierend, doch letztlich unklar *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 7 EUV Rz 41.

³⁴⁹ Zwar verwendet Art 7 Abs 1 EUV den Plural „Grundsätze“, doch reicht bereits die Verletzung eines einzigen Grundsatzes aus, um den Mechanismus nach Art 7 EUV in Gang zu setzen; vgl. *Schmitt von Sydow* in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag I, Art 7 EU Rz 15. Anzumerken ist hier überdies, dass die bloße Verletzung eines einzigen Grundsatzes wegen der Überschneidungen zwischen diesen Prinzipien in der Praxis kaum vorkommen wird.

³⁵⁰ Vgl. *Schmitt von Sydow* in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag I, Art 7 EU Rz 25.

³⁵¹ *Schorkopf*, Homogenität Rz 237.

dass ein derart qualifizierter Ausnahmetatbestand enger auszulegen ist als etwa jene Tatbestände, die Beschränkungen der Grundfreiheiten zulassen.³⁵²

Als positive Kriterien für die Annahme einer schwerwiegenden Verletzung definiert *Schmitt von Sydow* allgemein das Schutzobjekt der Verletzung, das Ergebnis der Verletzung, die Intensität des Verstoßes und schließlich das Verhalten des Täters.³⁵³ Die Schwere dieser Elemente hat schließlich der zur Entscheidung über das „Ob“ und das „Wie“ der entsprechenden Sanktionen berufene Rat im Rahmen des ihm zukommenden Ermessens abzuwägen.³⁵⁴ Wesentlich wird hier überdies noch sein, wie der Verstoß des betroffenen Mitgliedstaates am ehesten abgestellt werden kann. Ein wesentliches Indiz für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art 7 EUV wird die Einleitung eines Sanktionsverfahrens nach Art 8 der Satzung des Europarates sein.

Gleichfalls unbestimmt ist der Begriff des anhaltenden Verstoßes gegen die Grundsätze der Union. Jedenfalls abzuleiten ist aus dieser Tatbestandsvoraussetzung, dass die Verletzung im Zeitpunkt der Verhängung von Sanktionen nach andauern muss.³⁵⁵ Dies kann auch e contrario aus Art 7 Abs 1 EUV abgeleitet werden, der als Voraussetzungen für Vorfeldmaßnahmen lediglich die Gefahr einer schwer wiegenden Verletzung fordert. Neben dieser Voraussetzung kann das Anhalten einer Verletzung an Hand der Dringlichkeit der Wiederherstellung des erwünschten Zustandes gemessen werden, auch die Fähigkeit des betroffenen Staates zur Wiederherstellung dieses Zustandes sowie die im Vorfeld an den Staat gerichteten Warnungen sind zu berücksichtigen.³⁵⁶ Auch hier kommt dem Rat ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zu.

D. Begründungspflicht

Dem bloßen Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen nach sind lediglich die Einleitungsvorschläge des Vorfeldverfahrens nach Art 7 Abs 1 EUV zu begründen, während die weiteren Maßnahmen nicht ausdrücklich von einer Begründungspflicht umfasst sind. Nach der Rsp des EuGH wird jedoch eine Begründungspflicht auch in diesen Fällen anzunehmen sein: Auch der die Begründungspflicht von Gemeinschaftsrechtsakten regelnde Art 253 EGV begrenzt seinem Wortlaut nach die Begründungspflicht auf die dort genannten Rechtsakte (Verordnung, Richtlinie, Entscheidung). Der Gerichtshof hat jedoch ausgeführt, dass es sich bei der Begründungspflicht um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt und

³⁵² Vgl *Schmitt von Sydow* in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag I, Art 7 EU Rz 24.

³⁵³ *Schmitt von Sydow* in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag I, Art 7 EU Rz 26 ff.

³⁵⁴ Vgl *Schorkopf*, Homogenität Rz 257 ff.

³⁵⁵ Vgl *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 7 EUV Rz 26; *Schorkopf*, Homogenität Rz 240.

³⁵⁶ Vgl *Schmitt von Sydow* in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag I, Art 7 EU Rz 35 ff.

so die Reichweite der Begründungspflicht aus rechtsstaatlichen Erwägungen über den Wortlaut von Art 253 EGV hinaus ausgedehnt, va im Hinblick auf die Möglichkeit effektiver nachprüfender Kontrolle.³⁵⁷ Es ist daher davon auszugehen, dass im gesamten Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV sämtliche Akte der beteiligten Organe zu begründen sind.

E. Auswirkungen auf die Mitwirkungsrechte des betroffenen Staates

1. Aussetzung von Rechten im EUV

Hat der Rat einen Feststellungsbeschluss nach Art 7 Abs 2 EUV gefasst, kann er alleine (dh ohne auf den Vorschlag eines anderen Organs angewiesen oder daran gebunden zu sein)³⁵⁸ nach Art 7 Abs 3 EUV mit qualifizierter Mehrheit beschließen, bestimmte Rechte des betroffenen Mitgliedstaates, die sich aus dem EUV herleiten, auszusetzen. Sanktionsfähig sind nach der Formulierung nur einzelne Rechte, ein Pauschalentzug von Rechten ist somit nicht zulässig.³⁵⁹

Der Rat hat hierbei die möglichen Auswirkungen seiner Maßnahmen auf die Rechte natürlicher und juristischer Personen zu berücksichtigen, er hat daher im Rahmen seines Ermessens jedenfalls zuerst jene Maßnahmen zu treffen, die nicht in diese Rechte eingreifen, sofern das angepeilte Ziel auch ohne deren Beeinträchtigung erreicht werden kann, maW den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu achten. Dies kann auch aus der Formulierung abgeleitet werden, wonach der Rat mit seinem Beschluss bestimmte Rechte aussetzen kann, die sich aus dem EUV für den Mitgliedstaat herleiten.³⁶⁰ Von der Aussetzung der Rechte bleiben gem Art 7 Abs 3 letzter Satz EUV die Pflichten des Staates unberührt, was dem Staat die Möglichkeit nehmen soll, sich gegen die Sanktionen auf rechtmäßigem Wege (zB durch völkerrechtlich möglicherweise sonst legitime Gegenmaßnahmen) zur Wehr zu setzen.³⁶¹ Diese Feststellung ist jedoch insofern deklaratorisch³⁶², als sich dieser Umstand bereits aus der allgemeinen Loyalitätspflicht ergibt.

Gewisse sich aus dem EUV ergebende Rechte sind jedoch nicht aussetzbar. So kann dem sanktionsunterworfenen Staat nicht die Mitwirkungsbefugnis bei der Vertragsänderung entzogen werden, ebenso wenig entfällt das Ratifikationsanfordernis bei der Neuaufnahme von Mitgliedstaaten. Gleiches gilt für die Ratifikationsanfordernisse nach Art 17 Abs 1 und Art 34

³⁵⁷ EuGH Rs 43, 45 und 46/60, *Lachmüller*, Slg 1960, 965.

³⁵⁸ *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 7 EUV Rz 18.

³⁵⁹ Vgl *Schorkopf*, Homogenität Rz 274.

³⁶⁰ Vgl *Schorkopf*, Homogenität Rz 273.

³⁶¹ *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 7 EUV Rz 41.

³⁶² So *Thun-Hohenstein*, Der Vertrag von Amsterdam, 24

Abs 2 lit d EUV, da diese Bestimmungen keine Rechte des Mitgliedstaates, sondern Erzeugungsbedingungen für Unionsrechtsakte festlegen. Auch der Ausschluss von für die Union tätigen Staatsangehörigen des betroffenen Mitgliedstaates ist nicht zulässig.³⁶³ Genauso wenig kann der sanktionierte Staat aus der Union ausgeschlossen werden.³⁶⁴ Grenzen gesteckt sind auch der Einschränkung der Klagerechte des betroffenen Staates.³⁶⁵ Insbesondere wird es nicht zulässig sein, dem Mitgliedstaat das Recht zu entziehen, mit Klage gem Art 46 lit e EUV gegen die im Verfahren nach Art 7 EUV gefassten Maßnahmen vorzugehen.

2. Aussetzung der Rechte im EGV³⁶⁶

Nach Art 309 Abs 1 EGV gilt die Aussetzung der Stimmrechte nach Art 7 Abs 3 EUV auch für die dem Staat im EGV zukommenden Rechte. Diese ex lege-Aussetzung der Stimmrechte kann vom betroffenen Staat nicht vor dem EuGH bekämpft werden, da hierfür kein nach Art 230 EGV relevantes Tätigwerden der entsprechenden Organe nötig ist, sich die Nichtigkeitsklage jedoch nur gegen Organakte richtet.³⁶⁷ Rechtsschutz hierfür kann der Staat lediglich durch eine Anfechtung des Beschlusses nach Art 46 lit e EUV erlangen, ansonsten können alle weiteren Akte, die die Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane nach den Bestimmungen des EGV erfordern, mit Nichtigkeitsklage bekämpft oder durch Untätigkeitsklage erzwungen werden.³⁶⁸

Darüber hinaus kann der Rat, sofern ein Feststellungsbeschluss nach Art 7 Abs 2 EUV vorliegt, nach Art 309 Abs 2 EGV die Aussetzung von Rechten, die sich aus dem EGV ergeben, beschließen, wobei er auch hier die Auswirkungen auf natürliche und juristische Personen zu prüfen hat und die sich aus dem EGV ergebenden Vertragspflichten des mit Sanktionen belegten Staates weiterhin aufrecht bleiben.

F. Änderung und Ende der Maßnahmen

Sowohl Art 7 Abs 4 EUV als auch Art 309 Abs 3 EGV bestimmen, dass der Rat zu einem späteren Zeitpunkt mit qualifizierter Mehrheit beschließen kann, gegen den betroffenen Mitgliedstaat verhängte Maßnahmen abzuändern oder aufzuheben, wenn sich die Lage, die

³⁶³ *Schorkopf*, Homogenität Rz 289 f.

³⁶⁴ Vgl *Kassner*, Unionsaufsicht, 219 ff.

³⁶⁵ Vgl *Winkler*, Der Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Sanktionierung eines EU-Mitgliedstaats wegen Verletzung europäischer Grundwerte und gegen die Maßnahmen der „EU-14“, JRP 2000, 308 (311).

³⁶⁶ Für die EAG bestimmt Art 204 EAGV das Gleiche wie Art 309 EGV, der EGKSV enthielt in Art 96 ebenfalls eine derartige Bestimmung. Auf diese Bestimmungen wird an dieser Stelle allerdings nicht näher eingegangen.

³⁶⁷ Vgl *Schorkopf*, Homogenität Rz 294.

³⁶⁸ Vgl *Kassner*, Unionsaufsicht, 175 ff, 194 f.

zur Verhängung von Sanktionen geführt hat, geändert hat, was entsprechend zu einer Verschärfung oder zu einer Lockerung der Maßnahmen führen kann. Die Kann-Bestimmungen der hier behandelten Normen werden jedoch dahingehend auszulegen sein, dass eine der jeweiligen Lage entsprechende Verpflichtung des Rates besteht. Dies folgt aus dem Umstand, dass ein entsprechendes Handeln des Rates durch eine Untätigkeitsklage erzwungen werden kann.³⁶⁹ Ändert sich an der Lage jedoch nichts, bleiben die Sanktionen in gleicher Weise aufrecht.

G. Ergebnis

Das in Art 7 EUV geregelte Sanktionsverfahren gegen einen Mitgliedstaat, der die Verfassungsgrundsätze der EU verletzt, ist eine ausgesprochen scharfe Waffe, insbesondere im Hinblick auf den demokratischen Legitimationszusammenhang des EU-Rechts. Die Möglichkeit der Aussetzung der Stimmrechte des betroffenen Staates, die sich auf alle Bereiche der Unionsrechtssetzung bezieht, bewirkt nämlich, dass im betroffenen Staat alle Rechtssubjekte weiterhin an das zT auch unmittelbar verbindliche Unionsrecht gebunden sind, und zwar auch an jene Rechtsakte, die während der aufrechten Stimmrechtsaussetzung erlassen werden. Je länger dieser Zustand andauert, umso größer wird die Diskrepanz zwischen jenen Rechtsakten, an die die entsprechenden Rechtssubjekte gebunden sind, und jenen, die sie im Wege demokratischer Willensbildung – wenngleich mehrfach mediatisiert – legitimiert haben.³⁷⁰

Es handelt sich hierbei um eine Dimension, die die hL mE übersieht, wenn sie davon ausgeht, dass das Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV rein oder überwiegend politischen Charakter hat.³⁷¹ Diese Dimension ist jedoch von elementarer Bedeutung für die Frage nach der Justiziabilität von Art 6 Abs 1 und 7 EUV sowie deren rechtlicher Tragweite, wie im folgenden Kapitel zu zeigen sein wird.

³⁶⁹ *Hatje*, Die institutionelle Reform der Europäischen Union – der Vertrag von Nizza auf dem Prüfstand, EuR 2001, 243.

³⁷⁰ Vgl zu dieser mittelbaren Legitimation *Calliess in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 6 EUV Rz 15.

³⁷¹ Vgl etwa *Schorkopf*, Homogenität Rz 257; *Palermo*, Annäherungen an den „Verfassungskern“ der Europäischen Union. Die Homogenitätsklauseln im integrierten Verfassungsrecht des Europäischen Verfassungsraumes, in FS Pernthaler, 295 (312).

IX. Die Rechtsnatur von Art 6 Abs 1 EUV

A. Allgemeines

Eine der für den weiteren Verlauf dieser Untersuchung elementaren Fragen ist jene nach der Rechtsnatur von Art 6 Abs 1 EUV, insbesondere im Hinblick auf die Rechtswirkungen dieser Bestimmung auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Die heute wohl als hL anzusehende Meinung sieht im Unionsrecht und damit auch in Art 6 EUV bloß „klassisches“ Völkerrecht, das sich auf Grund seines intergouvernementalen Charakters bloß an die Mitgliedstaaten richtet und Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, nicht aber von einzelnen Personen begründet,³⁷² sofern nicht das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten dem Unionsprimärrecht eine höhere Relevanz einräumt.³⁷³ Es mehren sich jedoch die Anzeichen, dass auch das Unionsrecht sich in Richtung des supranationalen Gemeinschaftsrechts entwickeln könnte, vor allem die neuere Rsp des EuGH und daran anknüpfend einige jüngere Stimmen in der Lit weisen in diese Richtung. Im folgenden Kapitel soll daher untersucht werden, wie stark die Wirkungen von Art 6 Abs 1 EUV auf das innerstaatliche Verfassungsrecht sind bzw sein können.

B. Die Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts als Vorbild?

1. Unmittelbare Wirkung und Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts – Die Judikatur des EuGH

Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt dem Gemeinschaftsrecht autonome Geltung, unmittelbare Wirkung sowie Anwendungsvorrang gegenüber staatlichem Recht zu.³⁷⁴ Ausgangspunkt dieser bahnbrechenden Judikatur des EuGH war die Entscheidung in der Rs *Van Gend&Loos*.³⁷⁵ In dieser Entscheidung führt der Gerichtshof aus, dass das Ziel des EWG-Vertrages die Schaffung eines gemeinsamen Marktes sei, dessen Funktionieren die der Gemeinschaft angehörigen Personen unmittelbar betreffe. Hieraus schließt der EuGH, dass der Vertrag mehr sei als ein Abkommen, der bloß wechselseitige Verpflichtungen der

³⁷² Vgl exemplarisch *Annacker*, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht, 193, S. *Huber*, Die Rechtsakte der „Dritten Säule“ im nationalen Recht, ÖJZ 2007, 404 (405).

³⁷³ *Potacs*, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJT, 134.

³⁷⁴ An dieser Stelle wird lediglich auf den gemeinschaftsrechtlichen Standpunkt eingegangen, der dem an dieser Stelle dargelegten Standpunkt der EuGH entspricht. Zum Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen vgl unten XI.

³⁷⁵ EuGH Rs 26/62, *Van Gend&Loos*, Slg 1963, 3.

Mitgliedstaaten begründet. Hierbei stützt er sich auch auf die Präambel des Vertrages, die sich neben den Regierungen der Mitgliedstaaten auch an die Völker der Gemeinschaft richtet und diesen unmittelbar subjektive Rechte und Pflichten zuweist. Der Gerichtshof führt weiters ins Treffen, dass die Mitgliedstaaten Hoheitsrechte auf die Organe der Gemeinschaft übertragen haben.

Conclusio dieser Argumentation des Gerichtshofes ist, dass die Mitgliedstaaten mit Abschluss des EWG-Vertrages eine neue Rechtsordnung geschaffen haben, die für die Rechtsunterworfenen unmittelbar maßgeblich ist. Weitere Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung von Primärrecht ist, dass die entsprechende Bestimmung rechtlich vollkommen, also ohne weitere Konkretisierung vollziehbar ist.³⁷⁶ Dieses Bestimmtheiterfordernis ist jedoch weniger streng zu sehen als jenes, das Art 18 B-VG an die unmittelbare Vollziehbarkeit von StV richtet.³⁷⁷

Diese grundlegende Aussage verfeinerte der EuGH in seiner weiteren Judikatur. In der Rs *Costa/ENEL* leitete der EuGH aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts einen Anwendungsvorrang gegenüber Gemeinschaftsrecht entgegenstehendem staatlichem Recht ab.³⁷⁸ Dies begründete der Gerichtshof unter Rückgriff auf die Argumentation in der Rs *Van Gend&Loos* damit, dass es mit dieser Natur des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar wäre, wenn es den Mitgliedstaaten möglich wäre, sich unter Berufung auf ihr nationales Recht ihren Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht zu entziehen. Darüber hinaus führte der Gerichtshof die unbegrenzte Geltungsdauer der Verträge ins Treffen, die eine dauerhafte Souveränitätsbeschränkung der Mitgliedstaaten bewirkt habe, was in der Folge die supranationale Natur des Gemeinschaftsrechts mit begründet habe. Auf diese Argumentation stützt sich heute die ständige Judikatur des EuGH³⁷⁹, nach der dem Gemeinschaftsrecht ein umfassender Anwendungsvorrang vor entgegenstehendem mitgliedstaatlichem Recht – und damit auch Verfassungsrecht – zukommt.

Aus dieser Judikatur lassen sich einige Kriterien destillieren, die der EuGH als Voraussetzung für die unumschränkte unmittelbare Wirkung von Gemeinschaftsrecht sowie dessen Anwendungsvorrang annimmt. Wesentlich sind hierbei die Übertragung von Hoheitsgewalt von den Staaten auf die Gemeinschaft als übergeordnete Entität, die abstrakte Eignung dieses neu geschaffenen Rechts, subjektive Rechte und Pflichten von Rechtsunterworfenen zu schaffen bzw zu berühren sowie der sich ua in der Präambel des Vertrages manifestierende

³⁷⁶ *Streinz*, Europarecht⁸ Rz 407.

³⁷⁷ Vgl *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 43, 47.

³⁷⁸ EuGH Rs 6/64, *Costa/ENEL*, Slg 1964, 1253.

³⁷⁹ Vgl etwa EuGH Rs 106/77, *Simmenthal II*, Slg 1978, 629.

normative Gesamtkontext des Gemeinschaftsrechts. Zwar in diesen Entscheidungen nicht ausdrücklich erwähnt, aber dennoch von grundlegender Bedeutung ist idZ das in Art 10 EGV normierte umfassende Loyalitätsgebot („Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“) der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft gegenüber.³⁸⁰ Der EuGH hat Art 10 EGV jedoch in seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit von RL³⁸¹ sowie zur Staatshaftung³⁸² als Grundlage seiner Entscheidungen herangezogen, beide Rechtsfiguren sind nach der Judikatur des EuGH flankierende Ergänzungen, um die Wirksamkeit der grundlegenden Rechtswirkungen des Gemeinschaftsrechts praktisch wirksam abzusichern. Die Loyalitätspflicht ist demnach ein wesentlicher Pfeiler der Struktur des Gemeinschaftsrechts.

2. Rechtsfortbildung durch den EuGH

a) Kritik

Diese Rsp ist nicht ohne Kritik geblieben, dem EuGH wurde va vorgeworfen, er habe den Boden des Vertragstextes verlassen und sei rechtsfortbildend tätig geworden,³⁸³ was in der Lit sogar zu der Aussage geführt hat, die vom Gemeinschaftsrecht entfalteten Rechtswirkungen basierten im Wesentlichen auf „Rechtsschöpfungen“ des EuGH,³⁸⁴ gemeint wohl in dem Sinn, dass erst die Rechtsprechung des EuGH die Systematik des Gemeinschaftsrechts konstituiert habe.

b) Die Sichtweise des EuGH

Der Gerichtshof selbst hat in seiner Rsp nie eine entsprechende Befugnis zur generellen Rechtsetzung im Wege der Rechtsprechung angenommen. Vielmehr führt der EuGH in seinem Urteil in der Rs *Interfood*³⁸⁵ sogar aus, dass es nicht Sache des Gerichtshofes sei, bei unbefriedigenden oder lückenhaften Regelungen für Abhilfe zu sorgen und im Wege der Auslegung den Inhalt der im einen oder anderen Falle anwendbaren Vorschriften zu ändern, da hierfür ausschließlich der Gemeinschaftsgesetzgeber zuständig sei. Die Relevanz der Praxis der Unionsorgane hinsichtlich der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH hingegen ausnahmslos verneint.

In sämtlichen von der Lit als unzulässig rechtsfortbildend angesehenen hier relevanten Urteilen argumentiert der Gerichtshof vielmehr auf Basis des Vertrags, die von ihm angenommenen Konsequenzen begründet er auf Grundlage einer sehr weit reichenden

³⁸⁰ Vgl *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 10 EGV Rz 7 f.

³⁸¹ EuGH Rs 8/81, *Becker*, Slg 1982, 53.

³⁸² EuGH Rs C-6 u 9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357; Rs 91/92, *Faccini Dori*, Slg 1994, I-3325.

³⁸³ Vgl *Potacs*, Auslegung in öffentlichen Recht, 277 ff.

³⁸⁴ So *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 41.

³⁸⁵ EuGH Rs 92/71, *Interfood*, Slg 1972, 242.

teleologischen Interpretation aus dem Vertrag selbst,³⁸⁶ jedoch nicht auf Grund einer Interpretation der seiner Rechtsprechungstätigkeit zu Grunde liegenden Kompetenzbestimmungen des EGV, er schreibt sich also aus dem Vertrag keine Kompetenz zur Rechtsfortbildung zu.

c) Deutungen in der Lehre

Die in der Lehre anzutreffenden Deutungsansätze dieser vom EuGH angenommenen Prämissen sind ausgesprochen vielschichtig. Überwiegend findet sich in der Lit die Feststellung, die Rsp des EuGH finde im Vertragstext keine hinreichende Deckung, sondern sei jenseits der Grenzen reiner Rechtsanwendung zu finden.³⁸⁷ In den meisten Fällen wird in diesem Zusammenhang nicht versucht, doch eine Deckung der vermeintlich rechtsfortbildenden Rsp im Vertrag zu finden, sondern eine anderweitige Rechtfertigung für die Rechtsfortbildung gesucht.

Wohl am nächsten an der Rsp des EuGH ist jener Rechtfertigungsansatz gelegen, der davon ausgeht, dass eine dynamische Rechtsordnung wie das Gemeinschaftsrecht, die auf eine Vertiefung der Integration abzielt, den Gerichtshof befugt, Lücken in der Gemeinschaftsrechtsordnung zu schließen.³⁸⁸ Stärker am Vertragstext orientiert ist jener Erklärungsansatz, der die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH aus dem Wortlaut von Art 220 EGV ableitet: Gem Art 220 EGV ist der Gerichtshof zuständig zur Sicherung der Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsvertrages. Der Begriff „Wahrung des Rechts“ in Art 220 EGV sei idZ nicht in einem streng gesetzespositivistischen, sondern einem wesentlich weiteren Sinn zu deuten, der unter Rechtswahrung auch die Entwicklung des Rechts versteht,³⁸⁹ was sich auch aus im der im Wortlaut von Art 220 EGV festgehaltenen Differenzierung zwischen dem „Vertrag“ und dem „Recht“ ableiten lasse.³⁹⁰

Andere Meinungen greifen auf Grund der Ablehnung von auf dem EGV selbst basierenden Erklärungsversuchen auf die Regelungen des allgemeinen Völkerrechts zurück, wobei sich die Ansätze hier noch weiter verzweigen.³⁹¹ So wird die Ansicht vertreten, die

³⁸⁶ Zutreffend spricht *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, 929 (931) auch davon, dass sich der EuGH oftmals bloß einer weit gehenden teleologischen Auslegung bedient. Die diesbzgl Grenze zur Rechtsfortbildung sei daher fließend und kaum trennscharf zu ziehen.

³⁸⁷ Vgl etwa *Potacs*, Auslegung, 277.

³⁸⁸ Vgl *Calliess*, NJW 2005, 929 (930); von *Bogdandy* in *Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 10 EGV Rz 2 lokalisiert eine Befugnis zu richterlicher Rechtsfortbildung in Art 10 EGV.

³⁸⁹ Vgl *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 92.

³⁹⁰ Vgl *Calliess*, NJW 2005, 929 (929 f).

³⁹¹ Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Prinzipien im Bereich des Gemeinschaftsrechts vgl unten XI.D.2.

Verbindlichkeit der vom EuGH ausjudizierten Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sei von den Mitgliedstaaten mangels ausdrücklicher Korrektur bei nachfolgenden Vertragsrevisionen stillschweigend akzeptiert worden.³⁹² Eine andere Ansicht nimmt an, dass die vom EuGH unzulässigerweise in Anspruch genommene Rechtsfortbildungskompetenz im Wege der Berücksichtigung der späteren Vertragspraxis nach Art 31 Abs 3 lit b WVK rückführbar und der EuGH auf diese Weise legitimiert sei, rechtsfortbildend zu judizieren.³⁹³ Ebenfalls vertreten wird die Meinung, dass jede rechtsfortbildende Entscheidung des EuGH einen Akt *ultra vires* darstellen würde, der jeweils erst durch einen Einredevorbehalt der Mitgliedstaaten Verbindlichkeit erlangen habe können.³⁹⁴ Das BVerfG nimmt eine Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH an und erklärt diese im Wesentlichen mit einer gemeineuropäischen Tradition, nach der der Richter nicht bloß das Gesetz im Einzelfall zu sprechen habe; es bestehe kein Zweifel, dass die Mitgliedstaaten den EuGH und dessen Kompetenzen entgegen dieser Idee konzipiert haben könnten.³⁹⁵

d) Ergebnis

Die verschiedenen Standpunkte zur Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH lassen sich im Wesentlichen auf materielle und formelle Deutungsschemata zurückführen: Nach der materiellen Deutung liegen die Wirkungen des Gemeinschaftsrechts im Primärrecht selbst begründet; der EuGH habe diese Wirkungen demnach lediglich judikativ releviert und präzisiert. Die formellen Deutungen leiten entweder die Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH aus dem Vertrag ab oder folgern aus nachträglich gesetzten Akten der Mitgliedstaaten, diese hätten eine dem EuGH ursprünglich nicht zukommende Kompetenz akzeptiert.

ME erklärt sich die heute nahezu umfassend anerkannte Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts aus einer Zusammenschau sämtlicher Aspekte, wobei das Hauptaugenmerk auf der materiellen Komponente der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts liegt. Eine Rechtsordnung, die ihrem Wesen nach nicht zu unmittelbarer Wirkung im Stande ist, kann wohl bloß durch echte gerichtliche Rechtsschöpfung auf einen derartigen Entwicklungsstand gebracht werden, wie ihn das Gemeinschaftsrecht heute aufweist. Der Rechtsprechungsauftrag des Art 220 EGV kann aber keinesfalls so weit verstanden werden, dass er dem EuGH die Entwicklung einer supranationalen Rechtsordnung gestatten würde; vielmehr sind die vom EuGH in seiner

³⁹² Vgl hierzu *Mittmann*, Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 237.

³⁹³ Vgl *Hammer*, *juridikum* 2004, 112 (112 f).

³⁹⁴ So *Mittmann*, Rechtsfortbildung, 389 f. Diese Ansicht beruht jedoch auf der (mE verfehlten) Prämisse, das Gemeinschaftsrecht sei bloßes Völkerrecht; vgl *Mittmann*, Rechtsfortbildung, 180.

³⁹⁵ BVerfGE 75, 223.

Rsp genannten materiellrechtlichen Gesichtspunkte des Primärrechts der Ausgangspunkt von unmittelbarer Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang.

Hinzu tritt, dass der EuGH wie andere Höchstgerichte als Grenzorgan tätig wird und damit die Befugnis hat, Entscheidungen zu treffen, die an der Grenze zwischen noch vertretbarer Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung liegen,³⁹⁶ und an dieser Judikatur grundsätzlich auch festhält. Dass die Urteile des EuGH eher als rechtsfortbildend wahrgenommen werden als die Urteile mitgliedstaatlicher Gerichte, mag wohl auch an der Einzigartigkeit des EuGH und des durch ihn zu judizierenden Rechts liegen.

Auch die Rolle der Mitgliedstaaten als Vertragsgeber, die auf die wesentlichen Entscheidungen des EuGH nicht reagiert haben, spielt idZ eine gewisse Rolle, wobei nicht grundlegend davon ausgegangen werden kann, dass jedes Unterlassen einer Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH die stillschweigend vertragsändernde automatische Bestätigung dieser Rechtsprechung ist.³⁹⁷ Der Ausschluss der unmittelbaren Wirkung von Rahmenbeschlüssen und Beschlüssen in Art 34 EUV zeigt jedoch, dass die Mitgliedstaaten als Vertragsgeber davon ausgehen, dass eine den Verträgen selbst innewohnende Möglichkeit besteht, Akten der Union unmittelbare Wirksamkeit zukommen zu lassen, hier kann also e contrario eine Bestätigung der Rsp angenommen werden.

Für den weiteren Verlauf dieser Arbeit genügt es vorläufig festzuhalten, dass die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen des Gemeinschaftsrechts zum größten Teil aus dessen materiellen Grundsätzen herrühren, die Rolle des EuGH hingegen in einer inhaltlichen Ausgestaltung, nicht jedoch einer grundlegenden Neugestaltung oder gar richterlichen Schaffung dieser Rechtsgrundlagen bestanden hat und besteht.

³⁹⁶ Vgl *Potacs*, Auslegung, 290 f.

³⁹⁷ Hierbei ist allerdings zu bemerken, dass die Mitgliedstaaten bereits über einen solch langen Zeitraum so gut wie keine aussagekräftigen Handlungen gesetzt haben, dass daraus ein gewisser Erklärungswert gefolgert werden könnte. Als gewisse Anerkennung findet sich in Z 2 des Subsidiaritätsprotokolls Nr 30 zum Vertrag von Amsterdam eine Textstelle, in der es heißt, dass die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit [...] angewandt [werden]; „dabei werden die vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze für das Verhältnis zwischen einzelstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht nicht berührt, [...]“.

3. Grundsätzliche Übertragbarkeit auf das Unionsrecht?

Obwohl die hL dem Unionsrecht keine derartig weit reichende Wirkungen wie dem Gemeinschaftsrecht zuspricht, haben manche Stimmen in der Lit darauf hingewiesen, dass eine strikte Differenzierung zwischen suprationalem Gemeinschaftsrecht und intergouvernementalem Unionsrecht nicht zwingend aufrecht erhalten werden muss bzw in der Rsp des EuGH auch dem Unionsrecht ähnliche Wirkungen wie dem Gemeinschaftsrecht zuerkannt werden kann.³⁹⁸

Im hier interessierenden Zusammenhang mit Art 6 Abs 1 EUV muss einschränkend vorausgeschickt werden, dass diese Bestimmung an die Organe der Mitgliedstaaten gerichtet ist, die Frage somit nicht wie hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts primär nach aus Art 6 Abs 1 EUV resultierenden subjektiven Rechten lauten kann, sondern vor allem die Reichweite der aus Art 6 Abs 1 EUV für die nationalen Gesetzgeber erwachsenden Bindungswirkung zu beleuchten ist.

Der EuGH hat in seiner jüngeren Rsp deutliche Parallelen des Unionsrechts zum Gemeinschaftsrecht releviert. In der Rs *Pupino*³⁹⁹ sprach der Gerichtshof aus, dass auch für den Bereich des Unionsrechts eine Art 10 EGV korrespondierende Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten der Union gegenüber bestehe.⁴⁰⁰ Der EuGH leitet diese Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten aus Art 1 Abs 2 und 3 EUV ab, nach denen der EUV eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas darstellt sowie dass die Grundlage der EU die Gemeinschaften und die Säulen der Union sind. Art 1 Abs 3 EUV bestimmt auch, dass es Aufgabe der Union ist, die Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und ihren Völkern kohärent und solidarisch zu gestalten. Das Fehlen der ausdrücklichen Positivierung einer derartigen Loyalitätspflicht schadet diesbzgl nicht, der EuGH geht

³⁹⁸ Vgl bereits *Griller*, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, JRP 2000, 273 (281); zur konkreten Verbindung vgl *Schroeder*, Der Rahmenbeschluss als Rechtssatzform in den Verträgen, in *Lagodny/Wiederin/Winkler*, Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls, 44; vgl auch *Giegerich*, Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht? ZaöRV 2007, 351 (353), der das Unionsrecht als durch seine Gemeinschaftsnähe modifiziertes Völkerrecht im Übergang zum Gemeinschaftsrecht bezeichnet. *Schönberger*, Der Rahmenbeschluss – Unionssekundärrecht zwischen Völker- und Gemeinschaftsrechts, ZaöRV 2007, 1107 (1118 ff) geht davon aus, dass Rahmenbeschlüsse momentan sowohl in einer völker- als auch in einer unionsrechtlichen Lesart gedeutet werden können. Er plädiert jedoch dafür, sich von einem strikten Entweder-Oder zu distanzieren, sondern die Rechtsakte der dritten Säule einer skalierten Betrachtung zu unterwerfen, da die Zusammenarbeit im Bereich der dritten Säule so verdichtet ist, dass sie mit dem herkömmlichen Dualismus von Völker- und Europarecht nicht mehr zu begreifen ist.

³⁹⁹ EuGH Rs C-105/03, *Pupino*, Slg 2005, I-5285.

⁴⁰⁰ GA *Kokott* führt in ihrem Schlussantrag (Rz 27) aus, es handle sich hierbei um eine Selbstverständlichkeit, die keiner weiteren Begründung bedürfe.

vielmehr in impliziter Anwendung der *effet utile*-⁴⁰¹ und *implied powers*-Grundsätze⁴⁰² davon aus, dass die Erreichung der Ziele der Union ohne Annahme eines Loyalitätsgebotes nicht möglich wäre.

Im konkreten Fall war die Frage maßgeblich, ob bzw wie weit ein Mitgliedstaat die Interpretation seines Strafprozessrechts an einem entsprechenden, trotz Verstreichen der Umsetzungsfrist noch nicht umgesetzten Rahmenbeschluss zu orientieren hat.⁴⁰³ Begrenzt ist die Reichweite dieser Verpflichtung zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung lediglich durch den äußersten Wortlaut des auszulegenden mitgliedstaatlichen Gesetzes, da die Überschreitung dieses Wortlautes zu einer der unmittelbaren vorrangigen Wirkung von RB analog zur unmittelbaren Wirkung von RL führen würde, die der Vertrag aber ausdrücklich ausschließt.⁴⁰⁴

In einer Gesamtschau betrachtet zeigt sich daher, dass zwischen Gemeinschaftsrecht und Unionsrecht vom materiellen Standpunkt aus keine strikte Trennung mehr aufrecht zu erhalten ist, da auch im Unionsrecht wesentliche Elemente einer supranationalen Rechtsordnung, wie sie der EuGH definiert, zu finden sind.⁴⁰⁵ So besteht auch im Unionsrecht eine Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten der Union gegenüber, auch hier wird im Vertragstext auf die Völker der Union Bezug genommen und das Ziel einer immer engeren Union der Völker Europas betont – einer Union, die als Entität selbst Souveränitätsrechte ausübt.⁴⁰⁶

Gestützt werden kann diese Argumentation auch auf die Rechtsfolgen, die an eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EUV geknüpft sind. So kann einem Staat entweder die Aufnahme in die Union verweigert werden, oder aber er kann auf lange Zeit seine Mitwirkungsrechte an der

⁴⁰¹ Zum Grundsatz des *effet utile* vgl *Pernice/Mayer* in *Grabitz/Hilf*, Recht III, Art 220 EGV Rz 46.

⁴⁰² Vgl hierzu allgemein *Schreuer*, Die Internationalen Organisationen, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch³ Rz 898.

⁴⁰³ Rahmenbeschlüsse nach Art 34 Abs 2 lit b EUV dienen der Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften im Bereich der PJZS. Sie sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel. Sie sind nicht unmittelbar wirksam. Nach der mE unzutreffenden Ansicht von *Zimmerling* in *Lenz/Borchardt*, Art 34 EUV Rz 7 soll die Formulierung dieses letzten Satzes die klassisch völkerrechtliche Natur des Rahmenbeschlusses unterstreichen.

⁴⁰⁴ Vgl *von Unger*, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, NVwZ 2006, 46 (48); zu den Ähnlichkeiten von Rahmenbeschluss und Richtlinie vgl *Schroeder*, Rahmenbeschluss, in *Lagodny/Wiederin/Winkler*, Probleme, 50 ff.

⁴⁰⁵ Vgl auch treffend *Herrmann*, Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts in Strafverfahren, EuZW 2005, 433 (438): „In den Ausführungen des EuGH schwingt – wenngleich unausgesprochen – aber die Vorstellung mit, das Unionsrecht habe Vorrang vor dem nationalen Recht.“

⁴⁰⁶ Zu Recht weist daher *von Unger*, „So lange“ nicht mehr: Das BVerfG behauptet die normative Freiheit des deutschen Rechts, NVwZ 2005, 1266 (1272), darauf hin, dass sich „[d]ie wesentlichen Urteilsstützen aus *Costa/ENEL* [...] auf die Unionsverfasstheit übertragen [lassen]“.

Rechtsetzung im Rahmen der Union verlieren, was in der Konsequenz bedeutet, dass die demokratische Mitwirkung der Bürger des betreffenden Staates in Bezug auf sämtliche in der Kompetenz der Union gelegenen Bereiche eingestellt wird. Dass derart schwere Eingriffe auf Grund einer Bestimmung vorgenommen werden, die lediglich „einfaches“ intergouvernementales Völkerrecht darstellt, kann schwer angenommen werden.

Beispielhaft für Verknüpfungen zwischen dem Gemeinschafts- und dem Unionsrecht können die Überführung weiter Teile der dritten Säule der EU, die dadurch von der ZBJI auf die PJZS reduziert wurde, in den neu geschaffenen Titel IV EGV,⁴⁰⁷ sowie die Möglichkeit der vereinfachten Überführung gewisser Bereiche von der dritten in die erste Säule der EU mittels eines Beschlusses gem Art 42 EUV ohne Vertragsänderung, angeführt werden, der allerdings nach Maßgabe der innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu genehmigen ist.

Nicht zuletzt zeigt auch der Umstand, dass die Mitgliedstaaten die unmittelbare Wirkung gewisser Rechtsakte der dritten Säule explizit ausgeschlossen haben, dass sie die grundsätzliche Möglichkeit, dass diese Rechtsakte ähnliche Wirkungen wie das Gemeinschaftsrecht entfalten könnten, vor Augen hatten, wenngleich sich ein genereller Ausschluss dieser unmittelbaren Wirkung nicht im EUV findet.

4. Eingeschränkte Jurisdiktion des EuGH als Gegenargument?

Um die Frage nach der Reichweite der Wirkungen des Unionsrechts abschließend beantworten zu können, ist die Rechtsprechungsbefugnis des EuGH von maßgeblicher Bedeutung. Ginge man davon aus, dass die Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts alleine auf die rechtsfortbildende Rsp des EuGH zurückzuführen ist, müsste man konsequenterweise annehmen, dass die Übertragung der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts auf den EUV nur im Rahmen der Zuständigkeiten des EuGH, die Art 46 EUV normiert, möglich sein könnte.

Allerdings wäre selbst bei Zugrundelegung dieser strikt formell orientierten Lösung zu konstatieren, dass die Befugnis des EuGH zur Auslegung des EUV nicht unmittelbar bei den in Art 46 EUV aufgezählten Bestimmungen endet. Seine Jurisdiktion erstreckt sich auch auf Bestimmungen, deren Bedeutung zur Auslegung von Vertragsbestimmungen, die der Rechtsprechung des EuGH unterliegen, eine Vorfrage oder Tatbestandsvoraussetzung darstellt.⁴⁰⁸ Gerade in Bezug auf die grundlegenden Bestimmungen des EUV wird dies hinreichend oft der Fall sein, in Bezug auf Art 6 EUV im Speziellen findet sich einer derartiger Vorfragebezug sogar ausdrücklich in Art 7 und Art 49⁴⁰⁹ EUV verankert.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Vgl hierzu *Schönberger*, ZaöRV 1107 (1125).

⁴⁰⁸ Vgl *Winkler*, JRP 2000, 308 (321).

⁴⁰⁹ Vgl hierzu oben VII.C.2.e.

Hinsichtlich Art 7 EUV beschränkt Art 46 lit e EUV die Überprüfungsmöglichkeiten des EuGH auf die Einhaltung der dort vorgeschriebenen „reinen Verfahrensbestimmungen“, doch darf diese vorderhand relativ eng beschränkt wirkende Zuständigkeit nicht unterbewertet werden. Nach dem bisherigen Stand der Lehre umfasst diese Zuständigkeit die Möglichkeit der Überprüfung der Einhaltung der entsprechenden Antragerfordernisse sowie der entsprechenden Mehrheitsregelungen durch den EuGH, wohl wird nach allgemeiner Meinung auch die Einhaltung der Begründungspflicht der jeweiligen Akte umfasst sein. ME ist von Art 46 lit e EUV auch die Prüfung umfasst, ob eine Maßnahme nur zum Schein getroffen und begründet wurde.

Am weitesten geht jener Ansatz, der dem EuGH die Befugnis einräumt, die Nichtigkeit eines Feststellungsbeschlusses nach Art 7 Abs 2 EUV festzustellen, wenn er an einem so schweren (auch materiellrechtlichen) Fehler leidet, dass er als rechtlich nicht wirksam entstanden bzw absolut nichtig zu gelten hat.⁴¹¹ Die volle materielle Justiziabilität von Art 7 EUV und damit verbunden die Justiziabilität von Art 6 Abs 1 EUV hat die Lehre – soweit ersichtlich – jedoch bislang nicht angenommen.

Einer Mindermeinung nach schafft diese Einschränkung eine planwidrige Lücke, die im Wege der Analogie beseitigt werden könnte.⁴¹² Ob ein solcher Analogieschluss zulässig ist, kann an dieser Stelle jedoch dahingestellt bleiben, da die neueste Rechtsprechung des EuGH nicht nur materielle Ähnlichkeiten des Unionsrechts mit dem Gemeinschaftsrecht betont, sondern auch die wenig rechtsschutzfreundlichen Zuständigkeitsregelungen in Art 46 EUV zu Gunsten weiterer, rechtsschutzfreundlicherer Auslegungen aufweicht, woraus sich auch eine direkte Zuständigkeit des EuGH für die Grundsatzbestimmungen des EUV ergebe.

In den Verfahren, die zu den Urteilen des EuGH *Gestoras Pro Amnistia* und *Segi*⁴¹³ führten, rügten die Beschwerdeführer das Fehlen ausreichenden Rechtsschutzes gegen einen im Rahmen der zweiten und dritten Säule⁴¹⁴ gefassten gemeinsamen Standpunkt.⁴¹⁵ Seinem Wortlaut nach räumt der EUV dem EuGH keine Jurisdiktion über gemeinsame Standpunkte ein; weder das unionsrechtliche Vorabentscheidungsverfahren in Art 35 Abs 1 EUV noch die

⁴¹⁰ Vgl *Griller*, Wer kontrolliert die Europäische Union? *ecolex* 1993, 789 (793).

⁴¹¹ So *Hummer/Obwexer*, Die Wahrung der Verfassungsgrundsätze der EU – Rechtsfragen der „EU-Sanktionen“ gegen Österreich, *EuZW* 2000, 485 (488); zustimmend *Kassner*, Unionsaufsicht, 189.

⁴¹² Vgl *Pfarr*, Die allgemeine Unionsaufsicht, 211 f; *Stumpf* in *Schwarze*, EU-Kommentar, Art 7 EU Rz 16.

⁴¹³ EuGH 27.2.2007, Rs C-354/04, *Gestoras pro Amnistia*; Rs C-355/04, *Segi*, noch nicht in Slg.

⁴¹⁴ Die verfahrensgegenständliche Bestimmung stützte sich jedoch nur auf die Unionskompetenz in der dritten Säule

⁴¹⁵ Gemeinsame Standpunkte entfalten grundsätzlich keine Durchgriffswirkung auf das Recht, sie dienen vielmehr der Umsetzung außenpolitischer Aktivitäten der Union; vgl *Suhr* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 34 EUV Rz 11.

Nichtigkeitsklage nach Art 35 Abs 6 EUV nennen gemeinsame Standpunkte als justiziable Rechtsakte. Das Gericht erster Instanz stellte entsprechend fest, dass gegen gemeinsame Standpunkte Rechtsschutz lediglich in den Grenzen des *Transitvisa*-Urteils⁴¹⁶ des EuGH bestehe. Im Rechtsmittelverfahren vertrat der Generalanwalt den Standpunkt, dass sehr wohl hinreichender Rechtsschutz bestehe, dieser jedoch auf Grund der verdünnten Zuständigkeit des EuGH im EUV bei den mitgliedstaatlichen Gerichten liege.

Der EuGH folgt jedoch weder dem Gericht erster Instanz noch dem Generalanwalt, sondern geht in seinem Urteil scheinbar gegen den Wortlaut des EUV davon aus, dass auch wirksamer Rechtsschutz gegen nicht von seiner Jurisdiktion umfasste Rechtsakte besteht: Der Gerichtshof meint nämlich, dass Handlungen, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten, ungeachtet ihrer Bezeichnung der Zuständigkeit des EuGH unterliegen. Dies folgert er aus dem Telos von Art 35 Abs 1 und 6 EUV, wonach jene Akte, die solch unmittelbare Wirkungen zu entfalten vermögen, unabhängig von ihrer Bezeichnung der Jurisdiktion des EuGH unterliegen müssen.⁴¹⁷ Diese Erwägung stellt der EuGH unter der vorab genannten grundsätzlichen Prämisse an, dass die Union nach Art 6 Abs 1 EUV auf dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit beruht und somit die Organe der Union der Kontrolle unterliegen, ob ihre Handlungen mit den Verträgen und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Einklang stehen. Hierbei stützt sich der Gerichtshof auch auf den Wortlaut von Art 220 EGV (ohne diesen jedoch ausdrücklich zu nennen), wonach Art 35 Abs 1 EUV ihn dazu berufe, die Wahrung der Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrages (dh des EUV) zu sichern. Diese Aussage kann ohne weiteres als weitere Einebnung der Unterschiede zwischen Gemeinschafts- und Unionsrecht verstanden werden.⁴¹⁸

Aus den soeben behandelten Urteilen lässt sich die Tendenz des Gerichtshofes erkennen, dass er über den Wortlaut des Vertrages hinaus aus grundsätzlichen Erwägungen bereit ist, Rechtsschutz gegen Rechtsakte zu gewähren, die subjektive Rechte berühren.⁴¹⁹ Diese Begründung des EuGH findet sich bereits in seinem Urteil „*Les Verts*“⁴²⁰, auf das er jedoch in seinen aktuellen Urteilen bemerkenswerterweise keinen Bezug nimmt, obwohl die Konstellation in diesem Fall der aktuellen Konstellation ähnelt: In diesem Urteil sprach der

⁴¹⁶ EuGH Rs C-170/96, *Kommission gg Rat*, Slg I-2763. Nach dieser Entscheidung ist der EuGH jedenfalls zuständig zur Überprüfung der Einhaltung der Zuständigkeitsordnung zwischen den Säulen der Union.

⁴¹⁷ Ähnlich argumentierte das BVerfG bereits in seinem sog Maastricht-Urteil BVerfGE 89, 155, allerdings folgerte das BVerfG spiegelbildlich zum EuGH aus der durch den damaligen Art L EUV beschränkten Jurisdiktion, dass nicht von Art L EUV umfasste Akte keine grundrechtserhebliche Verbindlichkeit für den Einzelnen entfalten könnten.

⁴¹⁸ So *Haltern*, Rechtsschutz in der dritten Säule der EU, JZ 2007, 778.

⁴¹⁹ Man könnte idZ von einer Art „unionsgrundordnungskoformen“ Auslegung des EuGH sprechen.

⁴²⁰ EuGH Rs 294/83, „*Les Verts*“, Slg 1986, 1339.

EuGH aus, dass Rechtsakte des Parlaments mittels Nichtigkeitsklage nach 230 EGV (ex-Art 173 EWGV) anfechtbar sein müssen, auch wenn das Parlament nach dem Wortlaut dieser Vertragsbestimmung nicht passivlegitimiert war. Nach dem Duktus des EuGH widerspräche ein solches Auslegungsergebnis nämlich dem Geist und System des Vertrages; es müsse jeder Akt eines Organs, der Rechtswirkungen erzeugen soll, auch mittels Nichtigkeitsklage anfechtbar sein, um so die Betroffenen vor der unzulässigen Ausübung von Kompetenzen zu schützen. Der soeben angesprochene Gedanke lässt sich mE mutatis mutandis auch auf jene Fälle übertragen, in denen Art 6 Abs 1 EUV zur Anwendung kommt, nämlich va der Einleitung eines Sanktionsverfahrens nach Art 7 EUV.

Auch das im Bereich der dritten Säule einwendbare, vom EuGH jedoch unbeachtet gelassene Argument, dass die einheitliche Anwendung des Unionsrechts (und damit der effet utile) dort mangels obligatorischer Zuständigkeit des EuGH⁴²¹ nicht geboten sei und somit auch die Rechtsakte keine supranationalen Wirkungen entfalten können, kann bei Art 6 Abs 1 EUV nicht ins Treffen geführt werden. Die Grundlagenbestimmung des Art 6 Abs 1 EUV und das Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV sind nämlich unterschiedslos anwendbar und justiziabel, und die vom EuGH in „*Les Verts*“ aufgestellten Kriterien werden durch sie ebenfalls erfüllt.⁴²²

Zu erwähnen ist idZ noch die jüngste entschiedene Rs *Kadi*.⁴²³ Der Kläger hatte vor dem Gericht erster Instanz die Nichtigkeitsklärung einer VO⁴²⁴ begehrt, die seine Finanzmittel in der EU eingefroren hatte, da er im Verdacht stand, terroristische Organisationen zu unterstützen. Die auf Grund der Art 60, 301 und 308 EGV erlassene VO stützte sich auf einen im Rahmen der GASP ergangenen gemeinsamen Standpunkt⁴²⁵, der sich seinerseits auf eine Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen stützte.⁴²⁶ Das Gericht erster Instanz hatte die Nichtigkeitsklage zuvor mit der Begründung abgewiesen, es sei zur Prüfung der

⁴²¹ Art 35 Abs 2 EUV verlangt nämlich eine gesonderte Unterwerfung jedes Mitgliedstaates unter die Zuständigkeit des EuGH für Vorabentscheidungen im Rahmen der dritten Säule gem Art 35 Abs 1 EUV.

⁴²² Vgl auch zutreffend *Giegerich*, ZaöRV 2007, 351 (367 f), der ausführt, dass auch die eingeschränkte, da von einer Unterwerfung der Staaten abhängige Jurisdiktion des EuGH in der dritten Säule insofern relativ zu sehen ist, als die von EuGH in einem entsprechenden Verfahren gefundene Rechtsauslegung dennoch erga omnes wirkt und daraus folgert, dass die Rechtsprechungskompetenz des EuGH in der dritten Säule zwar weniger breit, aber nicht weniger tief angelegt ist als in der ersten Säule.

⁴²³ Rs C-402/05 P, *Kadi gg Rat und Kommission*, Schlussanträge von GA Maduro v 16.1.2008.

⁴²⁴ VO 881/2002, ABI 2002, L 139.

⁴²⁵ 2002/402/GASP, ABI 2002, L 139.

⁴²⁶ Zu Hintergrund und genauer Ausgestaltung der entsprechenden Regelungen vgl *Meerpohl*, Individualsanktionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, 15 ff.

entsprechenden Resolution nicht zuständig.⁴²⁷ Der Generalanwalt führte gegen dieses Argument ins Treffen, dass der EGV keine Möglichkeit vorsehe, bei der Umsetzung von Sicherheitsratsresolutionen von Art 6 Abs 1 EUV abzuweichen, den die Union bei all ihren Handlungen zu berücksichtigen habe. Unterstützend führt er auch Art 49 Abs 1 EUV ins Treffen. Eine anders lautende Auslegung würde demnach in Widerspruch damit stehen, dass die EU eine Rechtsgemeinschaft ist, deren Handlungen nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen sein können.⁴²⁸ Der EuGH hat dem Kläger Recht gegeben und die angefochtenen Rechtsakte wegen deren Grundrechtswidrigkeit aufgehoben, ging dabei jedoch nicht in derselben Ausdrücklichkeit auf Art 6 Abs 1 EUV ein wie noch der Generalanwalt.⁴²⁹

Wie bereits dargestellt wurde, können im Rahmen eines Sanktionsverfahrens nach Art 7 EUV die Stimmrechte des betroffenen Mitgliedstaates im Rat ausgesetzt werden – und zwar im Extremfall für die gesamte Gemeinschaftsrechtssetzung, was zu einer Durchbrechung des zwar mehrfach mediatisierten, aber dennoch vorhandenen Legitimationszusammenhangs zwischen der Bevölkerung dieses Mitgliedstaates und der Rechtsetzung der Union führt. MaW führt diese Aussetzung von Stimmrechten zu einer partiellen Durchbrechung des Demokratieprinzips in der EU. Dass eine Maßnahme von derartiger Gravität lediglich im Hinblick auf die Einhaltung reiner Verfahrensbestimmungen der Überprüfung durch den EuGH unterliegen soll, scheint angesichts des Umstandes, dass die in Art 6 Abs 1 EUV genannten Prinzipien der EU vom EuGH ua als interpretationsleitende Strukturprinzipien gedeutet werden, mehr als zweifelhaft.

Angesichts der Gravität der Auswirkungen eines Sanktionsverfahrens kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH auch die materiellen Voraussetzungen der Einleitung eines Sanktionsverfahrens in Prüfung ziehen würde. Damit kann auch für den Fall, dass die Zuständigkeit des EuGH als alleine bzw überwiegend konstitutiv für die Entfaltung unmittelbarer Anwendbarkeit angesehen werden sollte, dieses Argument nicht gegen eine über die Wirkungen des allgemeinen Völkerrechts hinausreichende Wirkung von Art 6 Abs 1 EUV ins Treffen geführt werden kann.

⁴²⁷ EuG 21.9.2005, Rs T-315/01, *Kadi gg Rat und Kommission*. Auch der Rat und das Vereinigte Königreich brachten im Verfahren vor, es handle es sich bei der gegenständlichen Frage um eine politische Frage, die der Gerichtshof nicht zu lösen im Stand sei.

⁴²⁸ Hier stützt sich der Schlussantrag auf das Urteil des EuGH in der Rs 294/83, „*Les Verts*“, Slg 1986, 1339.

⁴²⁹ EuGH 3.9.2008, Rs C-402/05 P, *Kadi gg Rat und Kommission*. Wenngleich Art 6 Abs 1 EUV in der Begründung der Urteils nicht ausdrücklich genannt wird, ist dessen Begründung der Argumentation des Generalanwaltes sehr ähnlich.

5. Art 6 Abs 3 EUV als Korrektiv?

Art 6 Abs 3 EUV bestimmt, dass die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten hat. Diese Bestimmung wurde mit dem AV aus Art F EUV herausgelöst, in dessen ursprünglicher Fassung die ihrem Wortlaut nach noch weniger elaborierte Homogenitätsklausel und das Achtungsgebot unter Einem verankert waren. Nun könnte gegen die weit reichenden Rechtswirkungen, die Art 6 Abs 1 EUV entfaltet, eingewandt werden, dass diese Wirkungen beschränkt werden auf solche Eingriffe in die Rechtsordnungen, die die nationale Identität des Mitgliedstaates nicht berühren.

Der Begriff der nationalen Identität der Mitgliedstaaten ist im Primärrecht nirgends genauer bestimmt, nach der Lit werden hierunter Wesen und Selbstverständnis des einzelnen Staates verstanden, worunter politische, wirtschaftliche, rechtliche und kulturelle Aspekte fallen.⁴³⁰ Jedenfalls umfasst sind die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten und deren Souveränität.⁴³¹ Augenscheinlich besteht hier auch ein Konnex zum Subsidiaritätsprinzip; mit beiden Bestimmungen wollen die Mitgliedstaaten einer schleichenden „Entstaatlichung“ zu Gunsten eines „Bundesstaates Europa“ vorbeugen.

Art 6 Abs 3 EUV ist jedoch nicht so weit zu verstehen, dass er der Union die Pflicht auferlegt, die nationale Identität der Mitgliedstaaten in jedem Fall zu bewahren. Der nationalen Identität kommt somit kein Vorrang vor den Verfassungsprinzipien des Abs 1 zu. Die Union hat sich allerdings bei Maßnahmen, die sie im Zusammenhang mit Art 6 Abs 1 EUV setzt, um einen Interessenausgleich zu bemühen. MaW normiert Art 6 Abs 3 EUV eine Determinante der Ermessensübung durch die Organe der EU.⁴³²

Die Reichweite dieser Ermessensdeterminante ist naturgemäß nicht leicht und exakt zu bestimmen, eine gewisse Richtschnur bietet das Subsidiaritätsprinzip gem Art 1 Abs 2 EUV bzw dessen inhaltlich praktisch identische Ausgestaltung in Art 5 EGV, nach dem Entscheidungen grundsätzlich auf der untersten (dh dezentralsten) Ebene getroffen werden müssen, sofern das angestrebte Ergebnis auf dieser Ebene erreicht werden kann.⁴³³ Übertragen auf den konkretesten Anwendungsfall von Art 6 Abs 1 EUV, nämlich das Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV, bedeutet dies, dass die beteiligten Organe zu prüfen haben, welche Gefahr oder tatsächliche Verletzung der Verfassungsgrundsätze gem Art 6 Abs

⁴³⁰ Vgl *Bitterlich* in *Lenz/Borchardt*, Art 6 EUV Rz 8.

⁴³¹ *Puttler* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 6 EUV Rz 44.

⁴³² *Kassner*, Unionsaufsicht, 132 geht davon aus, dass Art 6 Abs 1 EUV gegenüber Abs 3 prinzipiell vorrangig ist und die nationale Identität der Mitgliedstaaten lediglich im Rahmen der von Abs 1 gesteckten Grenzen zu achten ist. Dies scheint jedoch auch mit Blick auf die Formulierung des früheren Art F EUV als ein zu enges Verständnis, als damit überhaupt keine Einbeziehung von Art 6 Abs 3 EUV in die Ermessensentscheidungen, die auf Art 6 Abs 1 EUV beruhen, gegeben wäre.

⁴³³ Vgl *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 5 EGV Rz 41 ff.

1 EUV vorliegt, und hiernach beurteilen müssen, zu welcher Sanktionsform gem Art 7 EUV sie greifen und welche Maßnahmen sie setzen. Sehen die Organe die Möglichkeit, dass die Grundsatzverletzung auf innerstaatlicher Ebene beseitigt werden kann – etwa durch Neuwahlen oder der Aufhebung der inkriminierten Bestimmungen – wird dies in entsprechenden Empfehlungen nach Art 7 Abs 1 EUV zum Ausdruck gebracht werden müssen, bevor Sanktionen verhängt werden. Die Rolle von Art 6 Abs 3 EUV darf idZ jedoch nicht überbewertet werden, als sämtliche in dieser Bestimmung enthaltenen Kriterien der Ermessensübung bereits aus den soeben dargestellten Vertragsbestimmungen erfließen.

6. Hinreichende Bestimmtheit von Art 6 Abs 1 EUV?

Nach den bisher angestellten Überlegungen ist davon auszugehen, dass Art 6 Abs 1 EUV ein direkt an die Mitgliedstaaten gerichtetes, aus dem Unionsrecht selbst erfließendes Verbot der Verletzung der Verfassungsgrundsätze der Union normiert, das auf Grund der allgemeinen Struktur des Unionsrechts ieS grundsätzlich auch unmittelbar wirken könnte. Problematisch scheint hier jedoch, dass Art 6 Abs 1 EUV zu allgemein und weit gefasst sein könnte, um unmittelbare Auswirkungen auf Maßnahmen von Mitgliedstaaten zu haben, die gegen diese Bestimmung verstoßen.

Ähnliche Probleme werfen auch einige Bestimmungen im Primärrecht der EG auf, allen voran das in Art 10 EGV verankerte Gebot der loyalen Zusammenarbeit⁴³⁴, dessen unmittelbare Wirksamkeit gewisser den jeweiligen Anwendungsfall qualifizierender Umstände bedarf. Unmittelbar wirksam ist Art 10 EGV gegenüber einem Mitgliedstaat dann, wenn der betreffende Staat keinerlei Ermessen hat, seine Loyalitätspflicht zu erfüllen und ihm somit lediglich eine einzige Möglichkeit bleibt, dem Gebot des Art 10 EGV entsprechend zu agieren.⁴³⁵

Steht jedoch ein breiteres Spektrum an Möglichkeiten zur Verfügung, dem Loyalitätsgebot entsprechend zu handeln, so bedarf Art 10 EGV einer entsprechenden Konkretisierung, um unmittelbar zu wirken. Das Spektrum an Möglichkeiten zur Konkretisierung dieser Pflichten ist jedoch ausgesprochen weit: So kann die Konkretisierung durch eine andere Bestimmung des Primärrechts erfolgen, genauso kann dies auch durch einen Sekundärrechtsakt, ein völkerrechtliches Abkommen⁴³⁶ oder auch eine politische Erklärung⁴³⁷ geschehen.

⁴³⁴ Das Loyalitätsgebot erfüllt im Wesentlichen auch eine ähnliche Funktion wie Art 6 Abs 1 EUV, vgl hierzu von *Bogdandy* in *Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 10 EGV Rz 1 ff.

⁴³⁵ Vgl *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 10 EGV Rz 15 mwN.

⁴³⁶ Vgl *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 10 EGV Rz 15.

⁴³⁷ So EuGH Rs 141/78, *Frankreich gg Vereinigtes Königreich*, Slg 1979, 2923 betreffend eine Entschließung des Rates auf dem Gebiet des Fischfanges.

ME spricht nichts dagegen, diese grundlegenden Prinzipien auch auf Art 6 Abs 1 EUV zu übertragen, da sowohl Art 6 Abs 1 EUV als auch Art 10 EGV das Funktionieren des Integrationsprozesses zum Ziel sowie eine grundlegende Funktion im Vertragsgefüge haben und relativ unbestimmt sind.

In Hinblick auf Art 6 Abs 1 EUV hat dies folgende Konsequenz: Staatliche Handlungen, die offensichtlich und schwer gegen die Grundsätze dieser Bestimmung verstoßen, sodass nur deren sofortige Beendigung eine Rückkehr zu den Verfassungsgrundsätzen der Mitgliedstaaten bewirken kann, ziehen die unmittelbare Wirkung von Art 6 Abs 1 EUV nach sich und sind folglich ohne weitere Konkretisierung unzulässig.⁴³⁸

In anderen Fällen, in denen die Lage weniger eindeutig ist, bedarf Art 6 Abs 1 EUV einer Konkretisierung, um unmittelbar wirksam zu sein. Es ist allerdings unproblematisch, entsprechende Anknüpfungspunkte für eine Konkretisierung zu finden. Hinsichtlich des hier weniger relevanten Anwendungsfalls des Beitritts eines neuen Mitgliedsstaats gem Art 49 EUV ergibt sich eine entsprechende Konkretisierung aus den diversen Verhandlungsunterlagen sowie dem Ratsbeschluss, mit welchem dem Beitritt dieses Staates zugestimmt wird. Hinsichtlich des Sanktionsverfahrens nach Art 7 EUV findet eine entsprechende Konkretisierung von Art 6 Abs 1 EUV durch die Empfehlungen und Beschlüsse des Rates statt.

Gegen diese Sichtweise könnte unter Verweis auf Art 249 Abs 5 EGV eingewendet werden, dass zumindest Empfehlungen des Rates nach Art 7 Abs 1 EUV gerade eben keine Rechtswirkungen entfalten können.⁴³⁹ Hiergegen kann jedoch einerseits ins Treffen geführt werden, dass auch Empfehlungen bei der Auslegung verbindlicher Charakter zukommen kann⁴⁴⁰, andererseits geht es auch am Kern des hier diskutierten Problems vorbei, als durch eine derartige Empfehlung jedenfalls eine hinlängliche Wirkung von Art 6 Abs 1 EUV entfaltet wird. Auf Grund des Charakters dieser Empfehlungen als Vorfeldmaßnahmen wird es zwar eher nicht dazu kommen, dass sie sich direkt gegen problematische Handlungen der Mitgliedstaaten richten, sollte die in der Empfehlung vorweggenommene Handlung jedoch tatsächlich in einer Verletzung von Art 6 Abs 1 EUV münden, läge bereits durch die Empfehlung eine entsprechende Konkretisierung dieser Norm vor.

⁴³⁸ Wohlgermerkt handelt es sich um ein Verbot der Setzung entsprechender normativer Akte, rein faktische (revolutionäre) Handlungen wie etwa Umstürze können nicht „verboten“, wohl aber im Wege der Verhängung von Sanktionen bekämpft werden.

⁴³⁹ Vgl etwa *Kassner*, Unionsaufsicht, 72 f.

⁴⁴⁰ Etwa eine Empfehlung, die in Zusammenhang mit einem mitgliedstaatlichen Rechtsakt steht; vgl hierzu EuGH Rs C-322/88, *Grimaldi*, Slg 1989, 4407. Der EuGH leitet dies daraus ab, dass Empfehlungen zwar nach dem Vertrag nicht verbindlich sind und somit nicht in die Rechtssphäre von Einzelnen eingreifen können, aber trotzdem nicht völlig bedeutungslos sein dürften.

Weniger problematisch verhält sich die Lage bei Empfehlungen des Rates nach Art 7 Abs 2 EUV, da hier nicht von einer allgemein normativ wenig wirksamen Empfehlung, sondern von einer Feststellung die Rede ist. Es kann daher bereits aus dem Wortlaut von Art 7 Abs 2 EUV abgeleitet werden, dass hier jedenfalls eine normativ bindende Konkretisierung von Art 6 Abs 1 EUV getroffen wird. Spätestens durch eine solche Feststellung wird das Verbot des Verstoßes gegen die Verfassungsprinzipien der EU dahin gehend wirksam, dass dem innerstaatlichen Gesetzgeber gewisse Maßnahmen definitiv verboten sind.

C. Ergebnis

Die von der hL vertretene klare Unterscheidbarkeit von supranationalem Gemeinschaftsrecht und klassisch völkerrechtlich-intergouvernementalem Unionsrecht kann in dieser Strenge nicht mehr aufrechterhalten werden, da das Unionsrecht ebenfalls deutliche Merkmale von Supranationalisierung aufweist, wie etwa die Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Union als Verband, eine dem Vertrag implizit entnehmbare, Art 10 EGV entsprechende Loyalitätspflicht sowie eine hinreichende normative Verdichtung. Dies gilt insbesondere für Art 6 Abs 1 EUV, der vom EuGH als grundlegende Strukturklausel des Unionsrechts verstanden wird.

Das bloße Fehlen der ausdrücklichen normierten Zuständigkeit des EuGH für Art 6 Abs 1 EUV hingegen kann daher in keinem Fall als hinreichend schwer wiegendes Argument gegen die Annahme, Art 6 Abs 1 EUV sei keine rein völkerrechtliche Bestimmung, ins Treffen geführt werden; insb auf Grund des Umstandes, dass Art 6 Abs 1 EUV sämtlichen anderen materiellen Kriterien genügen würde, die der EuGH für die unmittelbare Wirkung von Bestimmungen des Primärrechts in seiner Rsp aufgestellt hat, kann dies nicht schlüssig vertreten werden. Die unmittelbare Jurisdiktion des EuGH hinsichtlich bestimmter Vertragsbestimmungen kann daher lediglich dahingehend von Bedeutung sein, dass die Wahrscheinlichkeit größer ist, dass der EuGH die soeben beschriebenen Rechtswirkungen „entfaltet“⁴⁴¹. Grundgelegt sind diese Rechtswirkungen jedoch bereits im EUV. Überdies zeigt die neuere Rechtsprechung des EuGH die Tendenz, den Wortlaut der Zuständigkeitsgrenzen nach Art 46 EUV im Lichte von Art 6 Abs 1 EUV rechtsschutzfreundlich und über die Grenze des Wortlautes hinaus auszulegen.

Somit kann mit guten Gründen die Ansicht vertreten werden, dass Art 6 Abs 1 EUV auf jeden Fall das Potential in sich trägt, unmittelbar in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hineinzuwirken. Bislang ist dieses Potenzial allerdings noch nicht entfaltet worden, insb hat

⁴⁴¹ Vgl Herrmann, EuZW 2005, 433 (438).

der EuGH zwar Tendenzen in diese Richtung anklingen lassen, sich hinsichtlich der hier interessierenden Aspekte von Art 6 Abs 1 EUV aber noch nicht geäußert.⁴⁴²

Damit kann nach dem derzeitigen status quo auch in der Folge nicht davon ausgegangen werden, dass Art 6 Abs 1 EUV ähnlich dem Gemeinschaftsrecht im Wege des Anwendungsvorrang Akte des innerstaatlichen Gesetzgebers verdrängt und so bewirkt, dass ihnen ab initio keinerlei Rechtswirkungen zukommen sollen, sofern die aus Art 6 Abs 1 EUV resultierende Pflicht hinreichend bestimmt ist. Dennoch kann dieses Szenario nicht völlig außer Acht gelassen werden, und zwar auf Grund des Umstandes, dass die vertraglich-strukturelle Trennung zwischen supranationalem Gemeinschaftsrecht und noch nicht supranationalisiertem Unionsrecht im Zuge der nächsten Vertragsrevision aufgehoben werden soll.⁴⁴³ Damit wäre Art 6 Abs 1 EUV seiner rechtlichen Qualität nach Art 10 EGV nahezu gleichgestellt.

Dennoch ist auf Grund der geltenden Rechtslage und des in Art 6 Abs 1 EUV enthaltenen Potenzials davon auszugehen, dass Art 6 Abs 1 EUV keine „zahnlose“ völkerrechtliche Verpflichtung statuiert, sondern selbst den Geltungsanspruch an die Mitgliedstaaten stellt, Verstöße gegen die Verfassungsgrundsätze der EU wirksam zu verhindern. So lange allerdings noch keine Verdrängung mitgliedstaatlicher Bestimmungen stattfindet, ist die genaue Wirkungsweise von Art 6 Abs 1 EUV vom Zusammenspiel mit den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten abhängig.

⁴⁴² Es handelt sich hier um einen Fall, in dem zwei Rechtsansichten vertretbar scheinen und die Klärung, welche Ansicht schließlich die „richtige“ ist, dem EuGH als zuständigem Grenzorgan obliegt. Auf Grund des in Art 6 Abs 1 EUV enthaltenen Potenzials würde es sich hierbei nicht um einen Akt unzulässiger Rechtsfortbildung handeln, da beide Ansichten auf Basis der geltenden Vertragslage vertretbar sind.

⁴⁴³ Vgl hierzu unten XIV.

X. Das österreichische und das unionsrechtliche Demokratieprinzip im

Vergleich

Um die eingangs der Arbeit gestellte Frage zu beantworten, welche Inhalte der österreichischen Bundesverfassung durch Art 6 Abs 1 EUV über den Bestandschutz des Art 44 Abs 3 B-VG geschützt sein könnten, ist zunächst in einer Art subtraktiven Annäherung im Lichte der allgemeinen Inhalte der Verfassungsprinzipien der EU zu klären, welche Inhalte des B-VG von den Grundsätzen des Art 6 Abs 1 EUV umfasst sind. Hierzu sind mehrere Felder zu untersuchen, nämlich die Ausgestaltung des Wahlrechts zu den gesetzgebenden Körperschaften, die Ausgestaltung der gesetzgebenden Körperschaften selbst und schließlich die Frage nach einer hinreichenden demokratischen Rückbindung der Vollziehung an die Gesetzgebung.

Die Ausgestaltung des innerstaatlichen Wahlrechts regelt der einen wesentlichen Bestandteil des demokratischen Grundprinzips der Bundesverfassung konstituierende Art 26 B-VG. IZm dem Wahlrecht umfasst der aus Art 6 Abs 1 EUV erfließende Schutz die Wahlgrundsätze des Art 26 B-VG insoweit, als die Allgemeinheit, Gleichheit, Unmittelbarkeit, Persönlichkeit, Freiheit und das Wahlgeheimnis betroffen sind, während der Grundsatz der Verhältniswahl⁴⁴⁴ als durch Art 6 Abs 1 EUV nicht geschützt anzusehen ist. Hinsichtlich des Wahlalters wird eine massive Anhebung desselben nach Art 6 Abs 1 EUV nicht tolerabel sein, ebenso wenig eine übermäßige Ausdehnung der Gesetzgebungsperiode.⁴⁴⁵

Die institutionelle Ausgestaltung der zur Bundesgesetzgebung zuständigen Organe wird von Art 6 Abs 1 EUV nur hinsichtlich des Bestehens des Nationalrates und des freien Mandates seiner Mitglieder geschützt, der Bundesrat als zweite Kammer hingegen besitzt keinen Bestandschutz nach Art 6 Abs 1 EUV, wohl aber ist sein Bestand auf Grund des bundesstaatlichen Prinzips garantiert.⁴⁴⁶ Die Landesgesetzgebung ist durch Art 6 Abs 1 EUV insofern nur relativ geschützt, als im Falle ihrer Abschaffung jedenfalls ein hinreichend demokratisch legitimierte Äquivalent geschaffen werden müsste.

⁴⁴⁴ Zum Meinungsstand hinsichtlich des innerstaatlichen Rechts vgl oben IV.C.1.

⁴⁴⁵ *Lienbacher* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 27 B-VG Rz 8 lokalisiert die Gesamtänderungsschwelle hinsichtlich der Verlängerung von Legislaturperioden bei etwa sechs Jahren, eine wesentlich darüber hinaus reichende Verlängerung wird wohl durch Art 6 Abs 1 EUV als verboten anzusehen sein; *Bleckmann*, JZ 2001, 53 (57) geht diesbezüglich von der Angemessenheit einer Legislaturperiode von 4 bis 5 Jahren aus.

⁴⁴⁶ Vgl *Rill*, Die österreichische Bundesstaatlichkeit und die Gesamtänderungsschwelle des Art 44 Abs 3 B-VG, in FS Schäffer, 717 (733).

Die grundsätzliche Verantwortlichkeit der zur Vollziehung berufenen Organe dem demokratischen Gesetzgeber gegenüber ist sowohl von Art 6 Abs 1 EUV als auch durch Art 44 Abs 3 B-VG geschützt. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich vorgegebenen Organisationsschemata wird allerdings nach Art 6 Abs 1 EUV eine weiter gehende Übertragung von Vollziehungsaufgaben an unabhängige Behörden bzw Gerichte zulässig sein, als dies auf Basis des B-VG alleine zulässig wäre.

Bei Beschränkungen der Gründungs- und Betätigungsfreiheit politischer Parteien greift der Schutz von Art 44 Abs 3 B-VG früher, als Art 6 Abs 1 EUV zum Tragen käme. Nachdem ein Parteienverbot jedenfalls eines Bundesverfassungsgesetzes bedarf, muss sich jedes dieser Verfassungsgesetze am demokratischen Grundprinzip der Bundesverfassung messen lassen, Art 6 EUV käme erst zur Anwendung, nachdem ein solches Gesetz einer positiven Volksabstimmung unterzogen worden wäre.

Im Hinblick auf die österreichische Grundrechtsordnung gestaltet sich die Analyse etwas komplexer, da durch die gleichzeitige Geltung von StGG und EMRK eine grundrechtliche Gemengelage herrscht. Während das StGG durch seine Rezeption in Art 149 B-VG im Zeitpunkt der Festschreibung der bundesverfassungsrechtlichen Grundordnung einen wesentlichem materiellen Teil des rechtsstaatlichen Grundprinzips darstellt, kommt der EMRK lediglich der Rang einfachen Bundesverfassungsrechts zu.⁴⁴⁷ Damit wäre nach den Regeln des B-VG ein Eingriff in die Regeln des StGG bei hinreichender Gravität als Gesamtänderung der Bundesverfassung anzusehen. Die EMRK genießt diesen Schutz hingegen nicht. Allerdings führte die bloße Aufhebung des StGG wiederum nur dann zu einer effektiven Verminderung des Grundrechtsschutzes, wenn die EMRK kein ähnliches Grundrecht garantieren würde. Dies ist jedoch hinsichtlich des Vorliegens einer Gesamtänderung der Bundesverfassung unerheblich, da mit einer Aufhebung des StGG ein großer Teil des materiellen Grundrechtsbestandes aus dem Rang der verfassungsrechtlichen Grundordnung entfernt werden würde.

Art 6 Abs 1 EUV wird dem gegenüber allgemein auf die Wahrung angemessenen Grundrechtsschutzes in den jeweiligen Mitgliedstaaten abzielen, ohne hierbei auf die formelle Rechtsquelle des Grundrechtsschutzes abzustellen. Das Bestehen wirksamen Grundrechtsschutzes selbst ist von Art 6 Abs 1 EUV jedenfalls vorgeschrieben, wie dieser institutionell ausgestaltet ist, bleibt allerdings weitgehend der organisatorischen Ausgestaltung der Mitgliedstaaten überlassen. Allerdings könnte ein erhöhter Bestandschutz der EMRK, der sich aus Art 6 Abs 1 EUV ergibt, aus der Verpflichtung folgen, sich durch die

⁴⁴⁷ Vgl oben VI.C.

EMRK der obligatorischen Zuständigkeit des EGMR und auf diese Weise der Prüfung durch ein nicht-staatliches Organ zu unterwerfen.

Neben der kompletten Abschaffung von Grundrechten wird wohl auch der gehäufte ungerechtfertigte Eingriff in Grundrechte im Hinblick auf Art 6 EUV von Relevanz sein. Auch hier spielt die Frage der Intention der Eingriffe eine wesentliche Rolle. Bezogen auf die bundesverfassungsrechtliche Grundordnung ist dies von wesentlicher Bedeutung, da Eingriffe, die der Vollziehung zuzurechnen sind, nicht qua Art 44 Abs 3 B-VG verhindert werden können, sondern lediglich im Wege der parlamentarischen Verantwortlichkeit gem Art 74 B-VG bzw der staatsrechtlichen Anklage nach Art 142 oder 143 B-VG bzw allenfalls durch die ordentliche Gerichtsbarkeit sanktioniert werden können. Art 6 Abs 1 EUV verbietet solche intentionalen Eingriffe, so sie eine gewisse Schwelle erreichen. Welche Wirkungen dieses Verbot hier entfaltet, lässt sich allerdings erst in Zusammenschau mit dem innerstaatlichen Recht sagen.

XI. Das Verhältnis zwischen EU-Recht und österreichischem Verfassungsrecht

A. Allgemeines

Im bisherigen Verlauf der Arbeit wurde vor allem die unionsrechtliche Perspektive des Verhältnisses zwischen Art 6 Abs 1 EUV und den grundlegenden Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten beleuchtet. Diese ist zwar von ihrem Standpunkt aus alleine maßgeblich, vom Standpunkt der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU bestehen jedoch nach wie vor Vorbehalte hinsichtlich der vollen Akzeptanz dieser Perspektive. Dieses Spannungsverhältnis muss jedoch für jeden Mitgliedstaat der EU an Hand seines jeweiligen Verfassungsrechts beurteilt werden, da die verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigungen und Integrationsschranken in den Mitgliedstaaten durchaus vielfältig sind.⁴⁴⁸ Überschreitet ein Rechtsakt der EU die vom jeweiligen Verfassungsrecht gezogenen Integrationsschranken, ist in der Folge die Frage zu klären, wie das mitgliedstaatliche Recht mit diesem Konflikt umgeht.

Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Art 6 Abs 1 EUV und der bundesverfassungsrechtlichen Grundordnung ist dies deshalb von elementarer Bedeutung, da auf Grund der hL⁴⁴⁹, wonach Art 6 Abs 1 EUV eine bloße völkerrechtliche Verpflichtung darstellt und deshalb nicht unmittelbar auf das österreichische Recht wirken können soll, eine Diskrepanz zwischen dieser Ansicht und den stark verdichteten Pflichten, die sich aus Art 6 Abs 1 EUV ergeben, nahezu zwangsläufig folgt.

B. Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den EU-Beitritt Österreichs

1. BeitrittsBVG und Folgegesetze

a) Allgemeines

Das österreichische Integrationsverfassungsrecht, auf Basis dessen die Genehmigung des österreichischen EU-Beitrittsvertrages und alle weiteren seither vollzogenen Änderungen des Primärrechts ermöglicht wurden, weist einen formell weitgehend zersplitterten Charakter auf. Der Ursprung dieser Zersplitterung liegt in der anlässlich des EU-Beitritt gewählten

⁴⁴⁸ Vgl ausführlich *Griller/Maislinger/Reindl*, Fundamentale Rechtsgrundlagen einer EG-Mitgliedschaft, 15 ff.

⁴⁴⁹ Vgl oben IX.

Rechtstechnik, ein eigenes BVG – das EU-BeitrittsBVG⁴⁵⁰ – zu erlassen, das die Ermächtigung der Bundesregierung zum Abschluss des Beitrittsvertrages und ein anschließendes parlamentarisches Genehmigungsverfahren lediglich für den im jeweiligen Gesetz verwiesenen Vertrag regelt, darüber hinaus jedoch keine Anordnung enthält, wie mit zukünftigen Vertragsrevisionen zu verfahren sein soll.⁴⁵¹ In der Folge wurde daher für jede Revision des Primärrechts ein eigenes BVG erlassen. Jedes dieser Gesetze war bis auf eine kleine Korrektur zur Beseitigung einer Unklarheit⁴⁵² sprachlich weit gehend identisch mit dem Wortlaut des BeitrittsBVG, insgesamt wurden daher nach dem BeitrittsBVG fünf weitere (allerdings einfache) Bundesverfassungsgesetze erlassen, die Revisionen des Primärrechts genehmigten.⁴⁵³

Dieser rechtspolitisch unbefriedigene Zustand wurde durch die B-VG-Nov 2008⁴⁵⁴ beseitigt. Der neu gefasste Art 50 B-VG regelt nunmehr ein allgemeines Verfahren zur Genehmigung von Primärrechtsrevisionen, sofern diese nicht gesamtändernd sind. Für letzteren Fall ist nach wie vor die Erlassung eines gesamtändernden BVG nötig.⁴⁵⁵ Ansonsten übernimmt Art 50 Abs 4 B-VG die Genehmigungstechnik von Art II BeitrittsBVG, verweist jedoch nicht auf einen bestimmten Vertrag, sondern ist allgemein auf nicht gesamtändernde Primärrechtsrevisionen anwendbar. Dieses neue Verfahren wurde erstmals bei der Genehmigung des LV⁴⁵⁶ angewandt. Für die Genehmigung der zuvor durchgeführten Vertragsrevisionen ändert dies allerdings nichts. Sie sind weiterhin nach der Rechtslage im Zeitpunkt der Genehmigung zu beurteilen.

⁴⁵⁰ BGBl 1994/744.

⁴⁵¹ Zu den Gründen, die zur Wahl dieser Rechtstechnik geführt haben vgl eingehend *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 5 sowie oben VI.B.

⁴⁵² Es handelt sich hierbei um die Frage, wie weit Art 50 aF B-VG durch das BeitrittsBVG derogiert wurde und die daraus resultierende Frage, ob die Gemeinschaftsverträge Staatsverträge iSd Art 140a B-VG sind und damit der Kontrolle durch den VfGH unterliegen. Durch Art I Abs 3 des BVG Nizza wurde klargestellt, dass durch die jeweils erlassenen BVG Art 50 B-VG lediglich hinsichtlich der Bezeichnungspflicht derogiert wurde, ansonsten aber die Bestimmungen des B-VG über Staatsverträge auf das Primärrecht zur Anwendung gelangen sollen.

⁴⁵³ Nämlich das BVG Amsterdam, BGBl I 1998/76; das BVG Nizza, BGBl I 2001/120; das ErweiterungsBVG, BGBl I 2003/53, das Verfassungsvertrags-BVG, BGBl I 2005/12 und das BeitrittsBVG Rumänien und Bulgarien, BGBl I 2006/25.

⁴⁵⁴ BGBl I 2008/5.

⁴⁵⁵ Vgl hierzu auch unten XIII.D.

⁴⁵⁶ Vgl 417 BlgNR 23. GP sowie 484 BlgNR 23. GP, die Kundmachung des Vertrages ist bis dato noch nicht erfolgt.

b) Auswirkungen des EU-Beitritts auf die verfassungsrechtliche Grundordnung

Ab initio unstrittig war der Umstand, dass der Beitritt Österreichs zur EU eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken würde.⁴⁵⁷ Im Grundsätzlichen bestand darüber hinaus noch weitestgehende Einigkeit darüber, dass der EU-Beitritt vor allem das demokratische, das rechtsstaatliche und das gewaltenteilende Prinzip der Bundesverfassung gesamtänderungsrelevant berührt, auch eine Berührung des bundesstaatlichen Prinzips wurde angenommen.⁴⁵⁸ Die im Beitrittsvertrag als verfassungsändernd zu bezeichnenden Stellen zu lokalisieren, geschweige denn zu eruieren, welche Regelungen des Beitrittsvertrages und des in Art II des Beitrittsvertrages verwiesenen Primärrechts die Gesamtänderung bewirken würden, war und ist auf Grund des Umfangs und der Regelungsdichte des Vertragswerkes nicht eindeutig zu beantworten. Eine Pauschalbezeichnung des gesamten Beitrittsvertrages als verfassungsändernd erschien dem Verfassungsgesetzgeber von 1994 wohl zu Recht als unzweckmäßig.⁴⁵⁹

Wesentliche Intention der für die rechtliche Durchführung des Beitrittes Österreichs zur EU gewählten Rechtstechnik war somit die Freizeichnung des Beitrittsvertrages von der Bezeichnungspflicht und die Vermeidung der Frage der Zulässigkeit einer Volksabstimmung nach Art 50 Abs 3 B-VG durch die Erlassung der lex specialis des Art I BeitrittsBVG. Insoferne ist *Griller* beizupflichten, wenn er meint, dass sich der Inhalt der Gesamtänderung der Bundesverfassung aus dem BeitrittsBVG selbst nicht erschließen lässt, sondern dies erst in einer Zusammenschau mit dem verwiesenen Beitrittsvertrag und dem wiederum in dessen Art 2 verwiesenen *acquis communautaire* möglich ist.⁴⁶⁰

ME ist allerdings fraglich, ob es zweckmäßig ist, davon zu sprechen, dass die Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG erst im Moment des Inkrafttretens des Beitrittsvertrages bewirkt wurde, da nämlich die Gesamtänderung bereits in jenem Moment vorlag, in dem die innerstaatlichen Voraussetzungen zu Abschluss und Genehmigung des Vertrages abweichend von den Vorgaben der lex generalis, des B-VG, geschaffen wurden. Diese gesamtändernden Wirkungen lagen allerdings bereits im Moment des Inkrafttretens des

⁴⁵⁷ Vgl für Viele zuletzt *Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der EU-Mitgliedschaft Österreichs, in *Hummer/Obwexer*, 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs, 19.

⁴⁵⁸ Vgl *Griller*, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, ZfRV 1995, 89 (90).

⁴⁵⁹ Vgl die EBRV 1546 BlgNr 19. GP 4. In den Mat wird sogar explizit darauf hingewiesen, dass der zur Abstimmung kommende Text einfach und verständlich sein sollte.

⁴⁶⁰ *Griller*, ZfRV 1995, 89 (90 f) spricht hier pointiert von einer „labyrinthartigen Verweisungstechnik“. Zur Frage der Auswirkungen des parlamentarischen Genehmigungsverfahrens vgl unten XIII.D.

BeitrittsBVG vor. Eine Gesamtänderung im „technischen“ Sinn des Art 44 Abs 3 B-VG wurde mit der eigentlichen Übernahme des Unionsrechts nicht mehr bewirkt.⁴⁶¹

Das Inkrafttreten des Beitrittsvertrags ist jedoch insofern von Bedeutung, als das durch das BeitrittsBVG übernommene Recht seine Wirkungen ab diesem Zeitpunkt voll entfaltet hat. Im Ergebnis handelt es sich hierbei, soweit das übernommene Recht die verfassungsrechtliche Grundordnung berührt, um eine Modifikation der verfassungsrechtlichen Grundordnung, die auf Grund der dahingehenden Ermächtigung des BeitrittsBVG zulässigerweise nicht im Verfahren nach Art 44 Abs 3 B-VG durchgeführt werden musste.

2. Einordnung des Unionsrechts in den Stufenbau der Rechtsordnung

a) Allgemeines und Gemeinschaftsrecht

Die für den EU-Beitritt Österreichs gewählte Rechtstechnik bewirkt, dass eine ausdrückliche rangmäßige Koordinierung des übernommenen Rechts mangels ausdrücklicher Bezeichnung der jeweils zu koordinierenden Bestimmungen nicht erfolgt ist. Dies ist jedoch in Bezug auf die Frage, welche Bindungswirkung Art 6 Abs 1 EUV auf die österreichische Rechtsordnung entfaltet, von elementarer Bedeutung, da nämlich die Frage nach der Zulässigkeit von Teil- oder Gesamtänderungen der Bundesverfassung an Hand des Stufenbaus des B-VG zu beantworten ist. Ohne entsprechende Bezeichnung und ausdrücklich-formelle rangmäßige Koordination ist die Klärung der Rangfrage an Hand anderer Kriterien vorzunehmen.

Der größte Teil der Lehrmeinungen befasst sich hinsichtlich dieses Themenkomplexes mit der Einordnung des Gemeinschaftsrechts in den Stufenbau der Rechtsordnung. Das Spektrum der vertretenen Meinungen ist entsprechend breit und reicht von der Ansicht, das Gemeinschaftsrecht stehe oberhalb der verfassungsrechtlichen Grundordnung⁴⁶² bzw außerhalb derselben⁴⁶³, es stehe rangmäßig zwischen der Grundordnung und dem einfachen Bundesverfassungsrecht,⁴⁶⁴ oder es sei eine materielle Einordnung des Unionsrechts in den

⁴⁶¹ Insofern scheint es mE auch nicht vollständig zutreffend, wenn *Griller*, ZfRV 1995, 89 (93), meint, dass für den Fall des Nichtabschlusses des Beitrittsvertrages „alles beim Alten“ geblieben wäre. Die bloße Änderung der Verweisung auf einen neuen Beitrittsvertrag im Text des BeitrittsBVG wäre nämlich mE nicht in jedem Fall als Gesamtänderung der Bundesverfassung zu deuten, sondern nur dann, wenn der nunmehr verwiesene Vertrag einen Inhalt gehabt hätte, der sich von jenem des ursprünglich verwiesenen Textes inhaltlich maßgeblich unterscheidet. So wäre etwa bei einem „minus“ des verwiesenen Vertrages im Vergleich zum Beitrittsvertrag keine Gesamtänderung anzunehmen. Es handelt sich hierbei um die gleiche Überlegung, die auch zur Anwendung gelangt, um zu beurteilen, ob die Genehmigung einer Revision des Primärrechts durch ein weiteres Ermächtigungs-BVG eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellt; vgl hierzu *Tomasovsky*, Verfassungsrechtliche Fragen der Genehmigung des Vertrages von Amsterdam, JRP 1998, 313 (326 f).

⁴⁶² *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht I Rz 17.062.

⁴⁶³ *Janko*, Gesamtänderung, 406 f.

⁴⁶⁴ *Baumgartner*, Der Rang des Gemeinschaftsrechts im Stufenbau der Rechtsordnung, JRP 2000, 84 (94 f).

innerstaatlichen Stufenbau nötig.⁴⁶⁵ Die Begründungen für die jeweiligen Ansichten sind äußerst unterschiedlich, die tatsächliche Einordnung wirft jedoch praktisch kein Problem auf, da das Gemeinschaftsrecht kraft unmittelbarer Wirkung und Anwendungsvorrang konfligierende innerstaatliche Normen jederzeit zu verdrängen vermag.⁴⁶⁶

b) Unionsrecht allgemein

Hinsichtlich des EUV stellt sich die Lage diffiziler dar. Das Grundproblem der mangelnden Koordinierung ist zwar mit jenem des Gemeinschaftsrechts identisch, allerdings fehlen (zumindest vorläufig) die unmittelbare Anwendbarkeit und der Anwendungsvorrang als eindeutiges Instrumentarium zur Lösung von Normkonflikten.

*Griller*⁴⁶⁷ geht von einer materiellen Einordnung der Bestimmungen des Unionsrechts aus. Er begründet dies damit, dass es unvertretbar sei, dem Gesetzgeber zuzusinnen, er habe das Unionsrecht im gleichen Rang wie das Gemeinschaftsrecht übernehmen wollen, dh einen Anwendungsvorrang des Unionsrecht gleichsam innerstaatlich anzuordnen. *Griller* räumt zugleich aber auch ein, dass eine „Aufwertung“ des Unionsrechts in Form von dessen Annäherung an gemeinschaftsrechtliche Strukturen nicht auszuschließen ist, sofern der EuGH entsprechende Kompetenzen – va in der dritten Säule – in Anspruch nimmt.

Dem Text des BeitrittsBVG ist eine strikte Differenzierung zwischen EUV und EGV nicht zu entnehmen, da es pauschal auf den Beitrittsvertrag verweist.⁴⁶⁸ Art II des Beitrittsvertrages differenziert ebenfalls nicht zwischen Gemeinschaftsrecht und Unionsrecht, sondern verweist seinerseits unterschiedslos auf die die Union begründenden Verträge. Auch die Mat sind diesbezüglich nicht allzu ergiebig. Weder den EBRV noch dem AB lassen sich konkrete Aussagen dahingehend entnehmen, welche Wechselbeziehungen zwischen dem Primärrecht des EUV und dem Bundesverfassungsrecht der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1994 gesehen hat. Primär liegt also der Schluss nahe, dass das gegenständliche Problem im

⁴⁶⁵ *Tomasovsky*, JRP 1998, 313 (320 ff).

⁴⁶⁶ Zur Frage, ob dieser Vorrang auch gegenüber einem allfälligen „integrationsfesten Verfassungskern“ besteht vgl sogleich unten b) und XIV.C.

⁴⁶⁷ *Griller*, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, JRP 2000, 273 (281).

⁴⁶⁸ Vgl *Winkler*, Integrationsverfassungsrecht, 28 f, der hieraus jedoch folgert, dass Akte österreichischer Organe, die unmittelbar auf Grund des Unionsrechts gesetzt werden, keine verfassungsrechtliche Grundlage haben. Dies ist mE insofern unrichtig, als sich diese verfassungsrechtliche Grundlage eben aus dem BeitrittsBVG ergibt. *Winkler* selbst erläutert jedoch auch, dass die Bundesverfassung durch die Technik des BeitrittsBVG für eigene Wirkungen des Unionsrechts durchaus offen ist. Möglicherweise mag der geäußerte Befund auf den EUV idF des MV zutreffen, in dessen operativem Teil – va der dritten Säule – kaum Bestimmungen zu finden waren, die self-executing sein hätten könnten (was im übrigen auf Art F EUV mE nicht zutrifft). Mit dem AV hat jedoch in so vielen Bereichen eine Konkretisierung von Bestimmungen des EUV stattgefunden, dass spätestens seit dieser Vertragsrevision davon auszugehen ist, dass der Vertrag den Anspruch stellt, self-executing zu sein.

damaligen Zeitpunkt in dieser Form gar nicht gesehen und deshalb nicht explizit behandelt wurde.

Damit gewinnt die Zusinbarkeitsthese *Grillers* an Gewicht, da dem Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1994 wiederum schwer unterstellt werden kann, überhaupt keine rangmäßige Einordnung des Unionsrechts vorgenommen haben zu wollen.⁴⁶⁹ Die allgemeine Vorstellung von der Rechtsnatur des Unionsrechts basierte auf der Annahme, dass dieses bloßes Völkerrecht sei und damit mangels der *sui generis*-Natur des Gemeinschaftsrechts auch – so wie sämtliche andere in Österreich geltende Akte des Völkerrechts – in den innerstaatlichen Stufenbau der Rechtsordnung einordenbar ist. Mangels einer ausdrücklich erfolgten Rangkoordination kann eine solche Einordnung wohl nur materiell vorgenommen werden.⁴⁷⁰

c) Offenheit für zukünftige Entwicklungen

Diese punktuell ansetzende Regelungstechnik warf jedoch die Frage auf, wie eine allfällige Weiterentwicklung der Rechtsnatur des Unionsrechts vom Standpunkt der Rechtslage im Beitrittszeitpunkt aus zu beurteilen sein würde. Aus einigen Passagen in den Mat lassen sich diesbezüglich gewisse Rückschlüsse auf die Intention des Gesetzgebers ziehen. So ist in den EBRV zum einen davon die Rede, dass das BeitrittsBVG es leisten sollte, die österreichische Rechtsordnung gegenüber der Rechtsordnung der EU⁴⁷¹ zu öffnen, wie es sich aus deren besonderem Geltungsanspruch ergibt. Demonstrativ nennen die EBRV Vorrang und Durchgriffswirkung des Gemeinschaftsrechts.⁴⁷² An anderer Stelle erörtern die EBRV dem gegenüber, dass Akte des sekundären Unionsrechts Österreich zwar binden würden, aber keine unmittelbare Wirkung hätten. Im AB finden sich diesbezüglich keine konkreten Anhaltspunkte.

⁴⁶⁹ Die von *Winkler*, Integrationsverfassungsrecht, 29, vertretene Ansicht, dass die Stellung des Unionsrechts der Stellung eines unter Erfüllungsvorbehalt nach Art 9 Abs 2 aF B-VG abgeschlossenen StV ähnelt und deshalb ähnliche rechtliche Wirkungen hätte, trifft mE nicht zu. Ein solcher Vorbehalt ist nämlich ausdrücklich zu erklären, dass er bloß „stillschweigend“ erklärt wurde, kann dem Verfassungsgesetzgeber nicht zugesonnen werden. Vgl hierzu auch *Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Fragen des Amsterdamer Vertrages in Österreich, in *Hummer*, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 304 bei FN 43.

⁴⁷⁰ Auf den ersten Blick mutet diese Annahme widersprüchlich an, als nämlich die ebenfalls nicht ausdrücklich rangkoordinierten Regeln des Völkergewohnheitsrechts, die gem Art 9 Abs 1 B-VG adoptiert werden, nicht nach materiellen Kriterien einzuordnen sind (vgl unten XIII.E). Der wesentliche Unterschied liegt jedoch in der Stufe der Verfassungsbestimmung, die die jeweiligen außerstaatlichen Regelungen rezipiert bzw transformiert. Das BeitrittsBVG wurde im Wege einer Gesamtänderung erzeugt, während Art 9 Abs 1 B-VG nicht auf der Stufe der verfassungsrechtlichen Grundordnung steht. Außerdem handelt es sich beim Unionsrecht nicht um Völkergewohnheits-, sondern um eine besondere Art von Völkervertragsrecht.

⁴⁷¹ Es muss darauf hingewiesen werden, dass an dieser Stelle ausdrücklich vom Recht der EU, also nicht etwa einschränkend vom EG-Recht die Rede ist.

⁴⁷² EBRV 1546 BlgNr 19. GP 4.

Dass der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1994 vor allem die Durchgriffswirkungen des Gemeinschaftsrechts vor Augen hatte, die eine konfliktvermeidende Harmonisierung des Unionsrechts und des österreichischen Rechts notwendig machte, verwundert angesichts der Gravität der diesbezüglich anstehenden Änderungen nicht. Allerdings ist diese Durchgriffswirkung lediglich ein spezifisches Charakteristikum der Rechtsordnung der EG, aber wohl kaum deren einziges. Entsprechend ließe sich die Formulierung des Verfassungsgesetzgebers in den Mat auch dahin gehend deuten, dass der Verfassungsgesetzgeber eine dynamische Entwicklung des Geltungsanspruches des Rechts der EU – etwa in Richtung einer weiter gehenden Supranationalisierung des Unionsrechts – zumindest dahingehend nicht kategorisch ausschließen wollte, dass er eine solche Entwicklung als aus dem Genehmigungsregime des BeitrittsBVG ausbrechend ansehen wollte.⁴⁷³ Hierfür spricht zusätzlich noch, dass dem Unionsrecht selbst ein Auftrag zur Weiterentwicklung des unionalen *acquis* innewohnt. Will man nämlich Art 1 Abs 2 EUV nicht unterstellen, ein bloßer Programmsatz zu sein, so weist die Formulierung, dass der EUV „eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ darstellt,⁴⁷⁴ diesen Weiterentwicklungsauftrag deutlich aus.

ME liegt das wesentliche Element des BeitrittsBVG somit in der weitest gehenden Flexibilisierung der Wechselbeziehung zwischen staatlichem Recht und Unionsrecht mit Primat des Unionsrechts und in Folge dessen einer Öffnung auch für allfällige richterliche Rechtsfortbildungen, die das Unionsrecht aufwerten.

Stützen lässt sich der zuletzt gezogene Schluss auch auf die Aussagen in den Mat⁴⁷⁵, die sich auf allfällige Integrationsschranken beziehen.⁴⁷⁶ Die EBRV erläutern diesbezüglich eingangs, dass die Aufnahme einer ausdrücklichen Integrationsschranke, wie sie zB Art 23 GG vorsieht, in das BeitrittsBVG verzichtbar sei. Im Hinblick auf Vertragsrevisionen stützen sie sich

⁴⁷³ Dass der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1994 von der Möglichkeit der Rechtsfortbildung ohne Änderung des Primärrechts ausgegangen ist, lässt sich an den EBRV erkennen, wo es heißt: „In jenem Ausmaß, in welchem das nationale Verfassungsrecht ausdrücklich oder erschließbar die Teilnahme an der Europäischen Union an die Wahrung bestimmter fundamentaler Grundsätze bindet, kann dies unter Berücksichtigung der Kompetenzen von EU-Organen als wesentliche Grundlage für die Zustimmung zum Beitrittsvertrag angesehen werden, die einer bloß internen Rechtsfortentwicklung ohne formelle Vertragsänderung Grenzen setzt.“ Der Umstand, dass aus Sicht des Verfassungsgesetzgebers der internen Rechtsfortentwicklung Grenzen gesetzt sind, lässt sich dahin verstehen, dass er keine kategorische Unzulässigkeit rechtsfortbildender Akte annimmt.

⁴⁷⁴ Vgl *Calliess in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 1 EUV Rz 6 f.

⁴⁷⁵ EBRV BlgNr 1546 19. GP 7.

⁴⁷⁶ Der Begriff der Integrationsschranken ist mehrdeutig, er bezieht sich entweder auf die Frage, welche Schranken die Bundesverfassung für zukünftige Vertragsrevisionen vorschreibt, oder aber auf die Frage, ob und in welchem Umfang fehlerhafte Organakte der EU Rechtswirkungen zu entfalten vermögen (vgl *Winkler*, Integrationsverfassungsrecht, 44). Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die zweitgenannte Bedeutung dieses Begriffs.

darauf, dass weitere Primärrechtsänderungen nach den Bestimmungen des B-VG zu genehmigen wären. Im Hinblick auf sekundärrechtsbezogene Integrationssschranken wird die integrations- bzw unionsrechtsfreundliche Sichtweise des Verfassungsgesetzgebers ebenfalls deutlich erkennbar: Zur Bestimmung dieser Schranken stellen die EBRV nämlich auf das materielle Fehlerkalkül des Primärrechts ab. Demnach stellt das Gemeinschaftsrecht mit der Nichtigkeitsklage nach Art 230 EGV ein Instrumentarium zur Beseitigung rechtswidriger Unionsakte zur Verfügung. In der Folge wird auch betont, dass davon auszugehen sei, dass mangelhafte Sekundärrechtsakte von den zuständigen Organen der Union beseitigt würden.⁴⁷⁷ Dies impliziert wohl auch, dass vor der Annahme absoluter Nichtigkeit eines Rechtsaktes die unionsrechtlichen Möglichkeiten zu dessen Beseitigung ausgeschöpft werden müssen.⁴⁷⁸ MaW: Die Annahme absoluter Nichtigkeit eines Rechtsaktes nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben ist erst dann zulässig, wenn die entsprechenden Maßnahmen vor dem EuGH fruchtlos geblieben sind.⁴⁷⁹

Unter Beachtung all dieser Umstände sprechen jedenfalls gute Gründe dafür, dass der Verfassungsgesetzgeber mit dieser grundsätzlich unionsfreundlichen Haltung vor allem darauf abgezielt hat, dem übernommenen Recht im Rahmen der relativ eng gezogenen Schranken absoluter Nichtigkeit jenen Rang zu verschaffen, der sich aus dessen Geltungsanspruch ergibt, ohne hierbei aus der innerstaatlichen Perspektive kategorisch zwischen EGV und EUV zu trennen. Die unterschiedliche innerstaatliche Behandlung dieser Rechtsquellen gründet sich daher auf deren Differenzierung im System der vertraglichen Grundlagen der EU. Dieser Geltungsanspruch sollte demnach nur im Fall absolut evidenter Widersprüche gegen die verfassungsrechtliche Grundordnung nicht zum Tragen kommen. In dieser Konstellation bestehen jedoch kaum Abweichungen zwischen der absoluten

⁴⁷⁷ Diese Offenheit wird in der Folge nur bedingt eingeschränkt, und zwar dahingehend, dass auf Grund der in den EBRV vertretenen Position Akte von EU-Organen, die mit den durch den Beitritt modifizierten Grundprinzipien der Verfassung in offenkundigem kontradiktorischem Widerspruch stünden, als absolut nichtig anzusehen wären.

⁴⁷⁸ Vgl. *Schäffer*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts, in *Eilmansberger/Herzig*, 10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich, 45.

⁴⁷⁹ *Raschauer*, Ultra vires-Akte der Europäischen Gemeinschaften, *ÖJZ* 2000, 241 (243), geht davon aus, dass durch die Ausschöpfung der Nichtigkeitsklage die ultra vires-Problematik nur um eine Ebene verlagert würde, sodass das entsprechende Urteil des EuGH, das die Gültigkeit eines Rechtsaktes bestätigt, ebenfalls als inexistent anzusehen wäre. Dies mag prinzipiell zutreffen, ändert aber nichts an der grundsätzlichen Verpflichtung, die Klärung der Frage der Inexistenz durch das zuständige Organ zu verlangen (dies dürfte sich darüber hinaus auch aus der allgemeinen Loyalitätspflicht nach Art 10 EGV ergeben). ME ist daher die Schwelle, ab der die Inexistenz eines Rechtsaktes angenommen werden kann, wesentlich höher anzusetzen, als dies von der hL angenommen wird.

Nichtigkeit nach dem Fehlerkalkül des Unionsrechts und der absoluten Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Integrationssschranken.⁴⁸⁰

d) Art 6 Abs 1 EUV

Legt man diese allgemeine Argumentation nun auf Art 6 Abs 1 EUV um, ergeben sich zwei mögliche Varianten. Der ersten Variante liegt der oben dargelegte aktuelle Norminhalt dieser Bestimmung zu Grunde, der hiernach keine unmittelbare Wirkung und auch kein Anwendungsvorrang zukommt, wohl aber eine über das allgemeine Völkerrecht hinausreichende Verpflichtung des Gesetzgebers. Die zweite Variante berücksichtigt das in Art 6 Abs 1 EUV zumindest vorhandene Potenzial, sich seiner Rechtsnatur nach an Art 10 EGV zu orientieren und damit die Rechtswirkungen des Gemeinschaftsrechts zu entfalten. Für die zweitgenannte Konstellation stellt sich die Rangfrage nicht, da in diesem Fall staatliches Recht in jedem Fall verdrängt würde, sofern eine hinreichende Präzisierung der sich aus Art 6 Abs 1 EUV ergebenden Verpflichtungen vorliegt.

So lange diese Konstellation nicht aktuell ist, löst eine materielle Einordnung von Art 6 Abs 1 EUV in den Stufenbau der Rechtsordnung das Rangproblem. Es kann nämlich vernünftigerweise nicht bestritten werden, dass eine Struktursicherungsklausel von dieser inhaltlichen Tragweite, wie sie Art 6 Abs 1 EUV darstellt, von einem materiellen Standpunkt besehen der verfassungsrechtlichen Grundordnung zuzurechnen wäre⁴⁸¹: Immerhin wird hierdurch ein nicht unbeachtliches Modifikationsverbot der Grundordnung statuiert sowie der Bestand gewisser Institute und Institutionen garantiert.⁴⁸²

In Verbindung mit der integrationsfreundlichen Öffnung des österreichischen Rechts ist somit anzunehmen, dass Art 6 Abs 1 EUV zwar keinen Anwendungsvorrang genießt, aber den Gesetzgeber derart bindet, dass ihm ein Abgehen von dessen Grundsätzen grundsätzlich nicht gestattet ist. Dies bedeutet in der Folge, dass der Norminhalt von Art 6 Abs 1 EUV die verfassungsrechtliche Grundordnung modifiziert hat und materiell als Teil derselben anzusehen ist.

⁴⁸⁰ Vgl *Winkler*, Integrationsverfassungsrecht, 104.

⁴⁸¹ Grundsätzlich verhielte es sich mit den oben unter VI.D. und E. behandelten Bestimmungen des Völkervertragsrechts nicht anders, diese sind jedoch in einem niedrigeren Rang mit den innerstaatlichen Rechtsquellen koordiniert bzw weisen von sich aus einen weniger intensiven Geltungsanspruch auf.

⁴⁸² Vgl hierzu bereits oben VII.C.3.

C. Gesamtänderung der Bundesverfassung durch spätere Änderungen von Art 6 Abs 1 EUV?

Wesentliche Voraussetzung der Bindung des Gesetzgebers durch den von Art 6 Abs 1 EUV vorgegebenen Prinzipienkatalog ist die Verfassungsmäßigkeit der innerstaatlichen Genehmigung dieser Bestimmung (bzw seiner Vorgängerbestimmung, Art F EUV). Im Hinblick auf den Beitritt Österreichs zur EU ist dies unproblematisch, da das BeitrittsBVG den höchsten Rang im Stufenbau der Rechtsordnung einnimmt. Problematisch könnten allerdings die danach genehmigten Änderungen des Primärrechts sein, die nur durch einfache BVG genehmigt wurden. Sowohl mit dem AV als auch dem NV hat Art 6 EUV gewisse Änderungen erfahren.⁴⁸³

Soweit ersichtlich wurde die Frage einer Gesamtänderung der Bundesverfassung durch diese Revisionen in der Lit lediglich bezogen auf die Ausdehnung von Mehrheitsentscheidungen aufgeworfen und verneint.⁴⁸⁴ Dass die Auswirkungen von Art 6 Abs 1 EUV auf die innerstaatliche Verfassungsgesetzgebung jedoch als solche schwer wiegend genug sind, um die Intensität der Gesamtänderungsschwelle nach Art 44 Abs 3 B-VG zu erreichen, wurde bereits erörtert. Art 6 Abs 1 EUV gibt nämlich einen Prinzipienkanon vor, von dem innerstaatlich auch im Wege der Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht mehr abgegangen werden könnte.

Allerdings ist die Intensität der Auswirkungen bzw Änderungen bezogen auf die erste für Österreich verbindliche Fassung des Primärrechts zu messen.⁴⁸⁵ Bereits Art F EUV in der Fassung der MV erhielt eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ihre Regierungssysteme auf demokratischen Grundsätzen zu organisieren. Geht man von einem weiten Verständnis des an dieser Stelle verwendeten Begriffes „Demokratie“ aus, sind davon auch alle anderen Grundsätze, wie sie später in Art 6 Abs 1 EUV ausdrücklich genannt sind, umfasst.⁴⁸⁶ Damit erreichen die Änderungen nicht die Intensität der Gesamtänderungsschwelle des Art 44 Abs 3 B-VG, da die materiellen Änderungen der sich aus der Homogenitätsklausel ergebenden Verpflichtungen keine gravierende Änderung erfahren haben.

⁴⁸³ Vgl hierzu oben VII.B.

⁴⁸⁴ Öhlinger, Aspekte, in Hummer, Amsterdam, 299 ff.

⁴⁸⁵ Vgl Öhlinger in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 19 f.

⁴⁸⁶ Vgl hierzu bereits oben IV. und VII.

D. Gesamtänderung durch Art 7 EUV?

1. Allgemeines

Etwas problematischer scheint die Einführung des Sanktionsverfahrens nach Art 7 EUV mit dem bloß durch einfaches BVG genehmigten AV, da dieses Sanktionsverfahren weit reichende Auswirkungen auf die Mitgestaltungsbefugnis Österreichs auf die Rechtsetzung der EU haben kann. Hätte nämlich vor Einführung des Sanktionsverfahrens gem Art 7 EUV nämlich gar keine Möglichkeit bestanden, Verstöße gegen die Grundprinzipien der EU durch einen Mitgliedstaat auf Unionsebene aufzugreifen, so würde dies einen so großen Sprung von der 1994 genehmigten Vertragslage zu einer neuen, wesentlich intensiveren Verpflichtung bedeuten, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit von einer erneuten Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den AV auszugehen wäre. Der Abschluss des AV beruht jedoch auf dem bloß als einfaches Bundesverfassungsrecht erlassenen BVG Amsterdam. Die mit dem MV eingeführten Verfahrensänderungen sind hingegen vernachlässigbar, da sie auf der Rechtsfolgenebene keine Konsequenzen gebracht haben.

Das bloße Argument, mit dem neu eingeführten Verfahren werde die Sicherung eines Standards bezweckt, der bereits zuvor durch das Unionsrecht als *lex imperfecta* vorgeschrieben war, scheint diesbezüglich keine hinreichende Rechtfertigung zu liefern, es ginge nämlich am Kern des Problems vorbei. Der „gute Zweck“ einer Vertragsrevision kann nämlich nicht die Verdrängung der verfassungsrechtlichen Grundordnung als Prüfungsmaßstab von Vertragsrevisionen rechtfertigen.

Vielmehr muss zur Beurteilung der Frage, ob durch Art 7 EUV eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt wurde, der Sanktionsmechanismus an den Instrumentarien gemessen werden, die im Rahmen der EG bzw EU vor der Einführung des Sanktionsverfahrens zur Verfügung standen, um schwer wiegende Verfehlungen eines Mitgliedstaates zu sanktionieren. An Hand dieses Vergleichs kann beurteilt werden, ob durch Art 7 EUV idF des AV eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt wurde.

2. Anwendbarkeit und Maßstabsfunktion der WVK⁴⁸⁷?

Diese Rechtsfolgen waren im Zeitpunkt des Beitritts Österreichs primärrechtlich nicht positiviert. Dass der EUV jedoch keinerlei Sanktionen für die Verletzung von Art F EUV idF des MV vorsehen wollte, erscheint kaum denkbar. Immerhin wurde durch diesen Vertrag erstmals ein wertbezogener Homogenitätsmaßstab bei gleichzeitiger Integrationsvertiefung eingeführt, und auch andere zwischenstaatliche Organisationen, die – bei weit geringerer

⁴⁸⁷ BGBl 1980/40.

Verdichtung der Integration – die Sicherung eines demokratischen Mindeststandards in ihren Mitgliedstaaten vorsehen, haben entsprechende Sanktionsmechanismen vorgesehen.⁴⁸⁸ Angesichts dieser Prämissen ist wohl eher davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten sehr wohl entsprechende Maßnahmen in Art F EUV grundgelegt gesehen haben, allerdings kein eigenes Verfahren geregelt hatten. Für den „Sanktionsfall“ hätte somit auf andere Quellen zurückgegriffen werden müssen, wobei hier va die WVK bzw das durch sie kodifizierte Völkergewohnheitsrecht⁴⁸⁹ in Frage kommt.

Die Anwendbarkeit der WVK, die idZ in ihrem Art 60 die entsprechenden Regelungen trifft, wurde allerdings va in der dt Lit mehrfach bestritten. Grundlage der Ablehnung der Anwendbarkeit der WVK ist dabei die besondere Rechtsnatur der EG bzw EU, die zu einer so weit gehenden Verselbständigung der Gemeinschaftsrechtsordnung und damit einhergehenden Entfremdung des Gemeinschaftsrechts vom Völkerrecht geführt hätten, dass die Bestimmungen des allgemeinen Völkerrechts schlichtweg nicht mehr auf das Regelungssystem der EU passen würden. Ebenfalls angeführt wurde das Argument, dass die durch die fortschreitende Integration bewirkte normative Verdichtung des Gemeinschaftsrechts eine staatsartige Struktur entstanden sei, die nicht mehr nach völkerrechtlichen Regeln beurteilt werden könne. Überdies wären die Sanktionsmechanismen des allgemeinen Völkerrechts durch die Mitgliedstaaten zur Anwendung zu bringen und würden den Gemeinschaftsorganen keine Mitsprache ermöglichen.⁴⁹⁰ Ebenfalls ins Treffen geführt wird die Rsp des EuGH, der die Anwendung völkerrechtlicher Sanktionsmaßnahmen (Retorsion und Repressalie) innerhalb des Gemeinschaftsrechts als unzulässig ansieht.⁴⁹¹

In ihrem Kern mögen diese Argumente dahingehend zutreffen, dass sich stärker verdichtete Rechtsordnungen typischerweise nicht der verhältnismäßig weitmaschig geregelten Sanktionsmechanismen des Völkerrechts bedienen, um interne Konflikte zu bereinigen. Diesem Umstand trägt auch Art 60 Abs 4 WVK Rechnung, der bestimmt, dass spezielle Vertragsbestimmungen, die auf Vertragsverletzungen anzuwenden sind, von den allgemeinen Bestimmungen des Vertrages der WVK unberührt bleiben.

Selbst unter der Prämisse, dass die Autonomie des primären Gemeinschaftsrechts eine so weite Verselbständigung von der völkerrechtlichen Gründungsform der EG bewirkt hätte, dass es einer staatlichen Verfassungsordnung gleichkäme, spricht mE jedoch nichts gegen die

⁴⁸⁸ ZB Art 4 der Satzung des Europarates oder Art 5 und 6 der Satzung der VN. Vgl hierzu *Schorkopf*, Homogenität Rz 196 ff.

⁴⁸⁹ Vgl oben VI.D.2.

⁴⁹⁰ Vgl zu diesen Argumenten *Schwarze*, Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen, EuR 1983, 1 (passim), *Schorkopf*, Homogenität Rz 176.

⁴⁹¹ *Schorkopf*, Homogenität Rz 175.

ergänzende – dh lückenfüllende – Anwendung der WVK auf Fälle, die durch die Verträge nicht ausdrücklich geregelt sind, sofern dies nicht in klarem Widerspruch zum verdichteten System des Rechts der EG bzw EU steht.⁴⁹² Eine gegenteilige Auslegung würde auch zu dem bloß schwer vorstellbaren Ergebnis führen, dass in der sich immer stärker vertiefenden EG bzw EU grundlegende Verfehlungen eines Mitgliedstaates, die über bloß partielle und im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens zu ahndende Verstöße hinausgehen, nicht sanktionierbar wären. Der Verweis auf die Rsp des EuGH, der Retorsion und Repressalie als unzulässig ansieht, kann ebenfalls nicht ins Treffen geführt werden, da der EuGH hier gerade über Konstellationen abgesprochen hat, in denen die Verstöße gegen die Verträge im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens relevierbar gewesen wären.⁴⁹³ Dazu hinaus ist zu bedenken, dass im EUV idF des MV (Art L) noch gar keine Zuständigkeit des EuGH zur Auslegung des damaligen Art F EUV gegeben war und somit auch kein andererweitiger Beilegungsmechanismus als jener der WVK vorhanden war. Es spricht daher nichts dagegen anzunehmen, dass im EUV idF des MV die Möglichkeit bestanden hat, gegen einen Staat, der Art F EUV verletzt hat, Maßnahmen nach den Bestimmungen der WVK zu ergreifen.

3. Maßnahmen nach der WVK

Art 60 Abs 2 WVK stellt mehrere Möglichkeiten zur Beendigung oder Suspendierung des betreffenden Vertrages zur Verfügung, sofern eine Verletzung durch eine Vertragspartei vorliegt.⁴⁹⁴ Lit a leg cit berechtigt die anderen Vertragsparteien, den gesamten Vertrag entweder einvernehmlich zu beenden oder zu suspendieren, und zwar entweder zur Gänze oder bloß im Verhältnis zum vertragsbrüchigen Staat. Nach lit b kann ein durch die Vertragsverletzung besonders betroffener Staat die Verletzung auch für sich alleine im

⁴⁹² Vgl *Bleckmann*, JZ 2001, 53 (54). Es ist zu bedenken, dass auch in staatlichen Verfassungsordnungen eine ergänzende Heranziehung völkerrechtlicher Grundsätze nicht ausgeschlossen ist. Beispielhaft sei hier auf Gliedstaatsverträge nach Art 15a B-VG verwiesen, auf deren Abschluss ebenfalls die WVK zur Anwendung gelangt; vgl hierzu *Öhlinger/Grabenwarter*, Der Rücktritt Kärntens von der Grundversorgungsvereinbarung, *migralex* 2005, 38 (43 ff).

⁴⁹³ In dem von *Schorkopf*, Homogenität Rz 176 zit Urteil EuGH Rs C-4/95, *Queen gg Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg 1996, I-2553, ging es um die Frage, ob die Einführung einer mengenmäßigen Beschränkung nach Art 28 EGV mit einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit durch einen Mitgliedstaat gerechtfertigt werden konnte. Es handelt sich hierbei um den geradezu exemplarischen Fall eines begrenzten Verstoßes gegen die Verträge, auf den in einem Vertragsverletzungsverfahren reagiert werden kann, und gerade nicht um umfassende Grundsatzverletzungen, für die bis zur Einführung von Art 7 EUV kein Verfahren vorgesehen war.

⁴⁹⁴ Voraussetzung hierfür ist die Verletzung wesentlicher Vertragsziele („material breach“) nach Art 60 Abs 3 WVK. *Schorkopf*, Homogenität Rz 178, geht davon aus, dass Art 60 Abs 4 WVK, gem dem die Suspendierung nicht in Betracht kommt, wenn besondere vertragliche Sanktionsmaßnahmen vorgesehen sind, die Anwendung von Art 60 Abs 2 WVK ausschließen würde. Dieser Ansicht ist jedoch nicht zuzustimmen: Weder EGV noch EUV haben ein solches Verfahren vor der Einführung von Art 7 EUV vorgesehen, womit dieses Argument ins Leere geht.

Verhältnis zum vertragsbrüchigen Staat geltend machen, ihm steht allerdings bloß die Suspendierung des Vertrages offen. Nach lit c kann jede – außer der vertragsbrüchigen – Partei die gänzliche oder teilweise Suspendierung des Vertrages verlangen, wenn die Vertragsverletzung die Voraussetzungen zur weiteren Erfüllung des Vertrages erheblich beeinträchtigt.

4. Ergebnis

Das durch Art 7 EUV eingeführte Sanktionsverfahren weist einige Unterschiede zu jenen Regelungen des Völkerrechts auf, die vor dessen Einführung verbindlich waren. So ist nach Art 7 EUV eine Beendigung der Mitgliedschaft des Staates, der sich eines Verstoßes gegen Art 6 Abs 1 EUV schuldig gemacht hat, nicht mehr vorgesehen, darüber hinaus ist das in Art 7 EUV vorgesehene Verfahren wesentlich detaillierter als jenes, das die Art 65 f WVK in Anwendungsfällen des Art 60 WVK vorsieht. Außerdem steht die Entscheidung über die Verhängung allfälliger Sanktionen nicht mehr den Mitgliedstaaten, sondern einem Unionsorgan zu. In diesen Punkten ist Art 7 EUV für den betroffenen Staat günstiger, da das Verfahren nach objektiveren Kriterien und transparenter abläuft, insb als erweitere Begründungspflichten bestehen.⁴⁹⁵

Ungünstiger ist hingegen, dass nunmehr jedenfalls eine Asymmetrie zwischen den Verpflichtungen des betroffenen Staates und seiner aus dem Vertrag erfließenden Rechte besteht. Nach den Bestimmungen der WVK ist dies im Wege der teilweisen Vertragssuspendierung zwar möglich, aber nicht zwingend, da die Möglichkeit zur Suspendierung nicht auf Stimmrechte beschränkt ist. Darüber hinaus ist das Weiterbestehen der vertraglichen Pflichten nicht unbedingt vorgesehen.

Trotz dieser Unterschiede hat jedoch bereits vor Einführung von Art 7 EUV die Möglichkeit bestanden, einen Mitgliedstaat, der sich schwerer Verletzungen der Grundwerte der EU schuldig macht, massiv in die Pflicht zu nehmen, wobei es auch möglich war, eine asymmetrische Verteilung von Rechten und Pflichten herbeizuführen. Die materiellen Auswirkungen allfälliger Sanktionen auf die österreichische Rechtsordnung sind jedoch nicht von so großem Gewicht, dass eine Gesamtänderung der Bundesverfassung angenommen werden könnte. Von diesem Ausgangspunkt besehen war mit der Einführung von Art 7 EUV keine derart gravierender Änderung verbunden, dass dies innerstaatlich zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung geführt hätte.

⁴⁹⁵ Vgl oben VIII.D.

XII. Rechtswirkungen von Art 6 Abs 1 EUV auf das

Bundesverfassungsrecht

A. Allgemeines

Art 6 Abs 1 EUV normiert eine Verpflichtung an der Mitgliedstaaten zur Aufrechterhaltung der in dieser Bestimmung aufgezählten Strukturprinzipien. Eine unmittelbare Wirkung im Sinne subjektiver Rechte und Pflichten lässt sich aus ihm alleine nicht ableiten, er zielt vielmehr auf die Gestaltung der verfassungsrechtlichen Lage in den Mitgliedstaaten ab.⁴⁹⁶ Hieraus lässt sich in der Folge schließen, dass Adressaten dieser Norm die (Verfassungs-)Gesetzgeber der Mitgliedstaaten sind, die verpflichtet sind, für die Aufrechterhaltung demokratischer und rechtsstaatlicher Grundsätze zu sorgen.

Auf Basis dieser grundlegenden Stoßrichtungen ergeben sich zwei Konstellationen, in denen die aus Art 6 Abs 1 EUV folgende Bindung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers schlagend werden kann. Die negative Komponente dieser Verpflichtung manifestiert sich in dem an den Gesetzgeber gerichteten Verbot, Akte zu setzen, die mit Art 6 Abs 1 EUV nicht vereinbar sind. Die positive Komponente hingegen verpflichtet den Gesetzgeber zu Maßnahmen, die auf die Abwehr von Gefahren für die gem Art 6 Abs 1 EUV geschützten Grundsätze gerichtet sind.

B. Positive Wirkungen

1. Verpflichtung zu korrigierender Auslegung

Der Grundsatz, dass niedrigerrangiges Recht im Zweifel so auszulegen ist, dass keine Konflikte zu Normen höheren Ranges entstehen, ist in der Rsp des VfGH allgemein anerkannt, und zwar sowohl hinsichtlich innerstaatlicher Normwidersprüche⁴⁹⁷ als auch hinsichtlich des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht.⁴⁹⁸ Gemeinschaftsrechtlicher Ausgangs- und Bezugspunkt der Pflicht zur harmonisierenden Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts ist die in Art 10 EGV normierte Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ Vgl *Schorkopf*, Homogenität Rz 4.

⁴⁹⁷ Vgl ausführlich *Khakzadeh*, Die verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH, ZÖR 2006, 201 (205 ff).

⁴⁹⁸ Vgl zur richtlinienkonformen Auslegung VfSlg 14.391/1995. Vgl auch *Handstanger*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung, ÖJZ 1998, 169.

⁴⁹⁹ Vgl zB EuGH Rs 14/83, *Von Colson und Kamann*, Slg 1984, 1891.

Der EUV kennt diese über den völkerrechtlichen Grundsatz der Vertragstreue hinausreichende Loyalitätspflicht zwar nicht in der gleichen Ausdrücklichkeit wie der EGV, sie lässt sich jedoch aus dem Gesamtzusammenhang des EUV ableiten.⁵⁰⁰ Damit ist auch hier kein Grund ersichtlich, weshalb sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer unionsrechtskonformen Auslegung dem Grundsatz nach von jener Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung unterscheiden sollte. Die Pflicht zur korrigierenden Auslegung trifft jedes staatliche Organ, sie ist nicht bei der jeweils zur Letztentscheidung berufenen Instanz monopolisiert.⁵⁰¹ Möglicherweise auftretende Widersprüche sind somit bei der Rechtsanwendung durch die zuständigen Organe inzident zu prüfen bzw lösen, sie haben sich bei der Rechtsanwendung an jener Lösung zu orientieren, die der Norm höheren Ranges entspricht.

Im konkreten Anwendungsfall eines potentiellen, aber durch harmonisierende Auslegung ausräumbaren Widerspruchs zwischen einem innerstaatlichen Rechtsakt und Art 6 Abs 1 EUV ist diese höherrangige Norm Art 6 Abs 1 EUV.⁵⁰² Der Fall, dass eine solche harmonisierende Auslegung nicht möglich sein sollte, ist wie der sogleich zu behandelnde Fall eines Verstoßes des Gesetzgebers gegen Art 6 Abs 1 EUV zu behandeln.

2. Maßnahmen zur Wahrung der Verfassungsgrundsätze des Art 6 Abs 1 EUV

Ebenfalls Ausfluss des unionsrechtlichen Loyalitätsgebotes ist die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, durch eigene Maßnahmen darauf hinzuwirken, dass es nicht zu Verstößen gegen Art 6 Abs 1 EUV kommt. Zu denken ist idZ va an Maßnahmen, die gegen den Aufstieg radikaler Parteien oder Gruppierungen, die auf eine Unterwanderung der Demokratie auf legalem Weg abzielen, gerichtet sind. Konkretisiert werden kann diese Pflicht auch im ersten Stadium des Sanktionsverfahrens nach Art 7 Abs 1 EUV.

Zu Schwierigkeiten führen kann diese Verpflichtung in jenem Fall, in dem eine zum Schutz der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze notwendige Maßnahme im Widerspruch zu Vorgaben des innerstaatlichen Verfassungsrechts steht und die Möglichkeiten zur Abwehr der drohenden Gefahr nicht mehr zum Erfolg führen können. In diesem Fall muss der innerstaatliche Prüfungsmaßstab der entsprechenden Maßnahmen eine Modifikation erfahren.

⁵⁰⁰ Vgl EuGH Rs C-105/03, *Pupino*, Slg 2005, I-5285.

⁵⁰¹ Vgl zur verfassungskonformen Auslegung *Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht II, Art 140 B-VG Rz 79; zur gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 249 EGV Rz 113 f.

⁵⁰² Zur Rangfrage vgl oben XI.B.2.

Es handelt sich hierbei um einen Sonderfall der Invalidation, der der doppelten Bindung des Gesetzgebers an das Gemeinschaftsrecht ähnlich ist. Bei dieser ist der Gesetzgeber, sofern ihm das Gemeinschaftsrecht einen Spielraum bei dessen Umsetzung offen lässt, innerhalb dieses Spielraumes an die Vorgaben der Bundesverfassung gebunden.⁵⁰³ Wie dort besteht auch hier eine Bindung des Verfassungsgesetzgebers an die verfassungsrechtliche Grundordnung, die allerdings durch die Bindung an die aus Art 6 Abs 1 EUV erfließenden Verpflichtungen überlagert wird.

Dies führt zu dem Ergebnis, dass Maßnahmen, die ansonsten im Lichte höherrangigen Rechts als nicht verfassungskonform anzusehen wären, für die Dauer der Erforderlichkeit dieser Maßnahmen verfassungskonform sind.⁵⁰⁴

C. Negative Verpflichtungen des Gesetzgebers

1. Allgemeines

Setzt der österreichische Gesetzgeber einen normativ verbindlichen Akt, der mit einem oder mehreren der in Art 6 Abs 1 EUV genannten Grundsätze in Widerspruch steht, ergibt sich daraus zwingend ein Normwiderspruch. Das B-VG stellt zur Lösung dieses Normkonfliktes scheinbar keine direkte Lösungsmöglichkeit zur Verfügung, es sieht nämlich explizit weder die Aufhebung des konfligierenden innerstaatlichen Rechts durch ein hierzu bestimmtes Organ⁵⁰⁵ noch die Unwirksamkeit des innerstaatlichen Rechtsaktes vor. Auch vom unionsrechtlichen Standpunkt ist eine derartige, innerstaatliches Recht verdrängende Vorrangwirkung bislang nicht vorgesehen.⁵⁰⁶ Damit stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten zur Lösung von Normwidersprüchen bestehen.

⁵⁰³ Vgl *Holzinger*, Der Verfassungsgerichtshof und das Gemeinschaftsrecht, in FS Öhlinger, 142 (146, 149); *Korinek*, Die doppelte Bedingtheit von gemeinschaftsrechts-ausführenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften, in FS Öhlinger, 131.

⁵⁰⁴ Diese Argumentationsfigur entspricht im Wesentlichen dem Schema der vom VfGH durchgeführten Sachlichkeitsprüfung nach Art 7 B-VG, wonach Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse auf die Beurteilung von Sachverhalten im Lichte des Gleichheitssatzes durchschlagen. Vgl hierzu *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 7 B-VG Rz 51.

⁵⁰⁵ Hinsichtlich eines Normkonflikts zwischen zwei innerstaatlichen Rechtsquellen wäre dies primär der VfGH nach Art 139 und 140 B-VG, darüber hinaus auch der Bundespräsident im Rahmen seines Prüfungsrechts nach Art 47 Abs 1 B-VG.

⁵⁰⁶ Vgl hierzu oben IX.C.

2. Unmittelbare Prüfung am Maßstab von Art 6 Abs 1 EUV

a) Vorliegen eines Derogationsverhältnisses?

Wie jeder Normwiderspruch ist auch ein Widerspruch zwischen Art 6 Abs 1 EUV und dem sonstigen Bundesverfassungsrecht unter Anwendung jener Mittel aufzulösen, die das positive Recht hierfür zur Verfügung stellt.⁵⁰⁷ Die wesentliche Frage liegt somit darin, ob das Bundesverfassungsrecht eine entsprechende Lösungsmöglichkeit zur Verfügung stellt und wie sich diese allenfalls gestaltet.

Für die Derogation ist die abweichende Regelung desselben Gegenstandes durch eine spätere Norm, die den gleichen Rang in der positivrechtlichen Normenhierarchie einnimmt wie die frühere Norm, erforderlich.⁵⁰⁸ Wesentliche Voraussetzung einer Derogation ist die Zugehörigkeit der beiden Normen zum gleichen Normensystem.⁵⁰⁹ Die Konsequenz liegt hier in der Geltungsbeendigung jener Norm, der nach den allgemeinen Derogationsgrundsätzen (Posteriorität, Spezialität) derogiert wird. Voraussetzung, dass es zu einer Derogation kommen kann, ist die Existenz einer die Aufhebung der Geltung bedingenden Norm (einer Derogationsnorm).⁵¹⁰ Fehlt eine solche Norm, kann es zu keiner Derogation kommen.⁵¹¹

Wenngleich das Recht der EU nicht aus den gleichen Quellen erfließt wie das österreichische Verfassungsrecht, ist dennoch das Vorliegen eines Derogationsverhältnisses grundsätzlich zu bejahen.⁵¹² Unbestritten liegt seit dem EU-Beitritt Österreichs und die dadurch erfolgte Öffnung des Bundesrechts für das Recht der EU ein insoweit einheitliches Normensystem vor, nichts anderes ist Inhalt und Zweck von BeitrittsBVG und Beitrittsvertrag. Im Wesentlichen liegt den Literaturmeinungen, die das Vorliegen eines Derogationsverhältnisses verneinen, ein unzutreffender Derogationsbegriff zu Grunde. Dort wird nämlich davon ausgegangen, dass der gemeinschaftsrechtliche Anwendungsvorrang die bloße, zT partiell wirkende Zurückdrängung von innerstaatlichem Recht bewirke, nicht jedoch zu einer endgültigen Geltungsbeendigung des verdrängten Rechts führe.⁵¹³

⁵⁰⁷ Vgl *Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung², 57.

⁵⁰⁸ Vgl *Thienel* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 48, 49 B-VG Rz 72.

⁵⁰⁹ *Thienel*, Derogation, in *Walter*, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, 23.

⁵¹⁰ Vgl *Thienel*, Derogation, in *Walter*, Untersuchungen II, 26.

⁵¹¹ *Merkel*, JBI 1917, 97 (97 f).

⁵¹² Vgl *Vcelouch*, Auswirkungen des österreichischen Unionsmitgliedschaft auf den Rechtsschutz vor dem VwGH und VfGH, ÖJZ 1997, 721 (721 f); *Hecht*, Derogation von österreichischem Recht durch Gemeinschaftsrecht? *ecolex* 1996, 494 (496 f). Zur Frage der Intensität bzw Form der Derogation siehe sogleich.

⁵¹³ Vgl zB *Griller*, Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, *ecolex* 1996, 639 (640), aM jedoch später *Griller*, JRP 2000, 273 (273 f).

Dieser Derogationsbegriff ist allerdings zu eng. Jede Derogation beruht nämlich auf Bestimmungen des positiven Rechts, das seinerseits typischerweise verschiedene Formen der Derogation vorsieht. *Walter*⁵¹⁴ hat darauf hingewiesen, dass der einheitlich verwendete Begriff der Derogation nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass es verschiedene Rechtsvernichtungsvorschriften und in der Folge verschiedene Grade der Derogation gibt. In diesem Sinn führt der Anwendungsvorrang bloß zu einer Erweiterung der diversen Derogationsformen, die das österreichische Recht kennt.⁵¹⁵

Überdies ist zu bemerken, dass das von den Gegnern des hier vertretenen Derogationsbegriffes verwendete Argument des Anwendungsvorrangs im Hinblick auf Art 6 Abs 1 EUV nicht ins Treffen geführt werden kann, da in diesem Fall der „klassische“ gemeinschaftsrechtliche Anwendungsvorrang nicht zum Tragen kommt, sondern eine stark verdichtete unionsrechtliche Verpflichtung eigener Art der zur Normsetzung berufenen Organe. Dass hier ein Derogationsverhältnis vorliegt, kann folglich selbst unter Berufung auf den gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrang nicht bestritten werden. Zu prüfen ist daher, welche Bestimmungen des positiven Rechts dieses grundsätzlich bestehende Derogationsverhältnis näher determinieren.

Bislang waren die innerstaatlichen Rechtswirkungen von Art 6 Abs 1 EUV noch nicht Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren. Der VwGH hatte sich bislang lediglich ein Mal mit Art 6 EUV zu befassen, allerdings mit dessen Abs 2, der die Bindung der EU an die EMRK normiert.⁵¹⁶ In seinem Erk führte der VwGH aus, dass aus Art 6 Abs 2 EUV nicht ableitbar sei, dass die hierdurch bewirkte Rezeption der EMRK in das Gemeinschaftsrecht eine allgemeine Verdrängung innerstaatlicher Bestimmungen, die mit der EMRK in Widerspruch stehen, bewirkt hätte. Aus diesem Erk lässt sich jedoch für das hier interessierende Problem keine Lösung ableiten, da Art 6 Abs 2 EUV die Grundrechtsbindung von Organen, die Gemeinschaftsrecht vollziehen, determiniert, während sich Abs 1 *leg cit* an die Staaten selbst richtet.

⁵¹⁴ *Walter*, Aufbau², 57 f

⁵¹⁵ *Kucsko-Stadlmayer*, Der Vorrang der EU-Rechts vor dem österreichischen Recht, *ecolex* 1995, 338 (342 f), aM *Thienel*, Derogation, in *Walter*, Untersuchungen II, 39 f, der das von *Walter* beschriebene Phänomen der Zurückdrängung als komplexen Vorgang mehrerer Veränderungen des persönlichen Geltungsbereichs und daraus resultierend der Erzeugung neuer Normen deutet. Daraus folgt nach *Thienel*, dass die von *Walter* lokalisierten verschiedenen Derogationsgrade nicht verschiedene Grade der Derogation darstellen, sondern die Differenzierung an Hand der sonstigen Rechtsfolgen zu erfolgen hat, die sich je nach Anordnung des positiven Rechts an die Derogation knüpfen.

⁵¹⁶ VwGH 26.5.2000, 2000/02/0115. Gegenstand des Verfahrens war eine nach § 103 Abs 2 KFG verhängte Verwaltungsstrafe.

b) Prüfung am Maßstab von Art 6 Abs 1 EUV?

Zur Lösung der Frage, ob eine direkte Prüfung von innerstaatlichem Recht am Maßstab von Art 6 Abs 1 EUV gemessen werden kann, bietet es sich vorderhand an, auf die diesbezügliche Dogmatik zum Gemeinschaftsrecht zurückzugreifen. Die vertretene Lehrmeinung ist allerdings nicht einheitlich, eine Mindermeinung geht davon aus, dass Gemeinschaftsrecht im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle als Prüfungsmaßstab des innerstaatlichen Rechts heranzuziehen ist, während die hL davon ausgeht, dass eine Normprüfung am Maßstab von Gemeinschaftsrecht allgemein nicht zulässig ist.⁵¹⁷

Die Mindermeinung geht im Wesentlichen von einem weiten Verständnis der Begriffe der Gesetz- bzw Verfassungsmäßigkeit in Art 139 Abs 1 und 140 Abs 1 B-VG aus, das jeden Widerspruch zu höherrangigem Recht umfasst, was in der Konsequenz zu einer Überprüfbarkeit durch den VfGH führt.⁵¹⁸ Die zweite Ansicht stützt sich im Wesentlichen darauf, dass das Gemeinschaftsrecht mit dem innerstaatlichen Recht rangmäßig nicht koordiniert ist, die den VfGH zur Rechtsvernichtung befugenden Vorschriften jedoch auf diese aus der Bezeichnung nach Art 44 Abs 1 B-VG abzuleitenden Rangkoordination abstellen.⁵¹⁹ Nach dieser Ansicht steht dem VfGH keine Möglichkeit offen, innerstaatliches Recht am Maßstab des Gemeinschaftsrechts zu prüfen. Der VfGH hat sich in seiner Rsp der zweiten Lehrmeinung angeschlossen.⁵²⁰

Wenngleich sich die soeben dargestellten Lehrmeinungen auf die Prüfung von Gemeinschaftsrecht beziehen, so ist dies lediglich ein Zeichen dafür, dass dem Gemeinschaftsrecht bislang in dieser Frage mehr Aufmerksamkeit zugekommen ist, allerdings kein Indiz dafür, dass diese Überlegungen nicht auch grundsätzlich auf das Unionsrecht ieS (dh die nicht supranationalisierten Bereiche im EUV) übertragbar wären.

⁵¹⁷ Einigkeit besteht darüber, dass im Rahmen der konkreten Normenkontrolle keine Prüfung von innerstaatlichem Recht am Maßstab des Gemeinschaftsrechts durchgeführt werden kann, wenn der VfGH nach unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht vorzugehen hätte, da diesfalls die innerstaatliche Norm mangels Präjudizialität nicht geprüft werden könnte. Vgl hierzu ausführlich *Thienel*, Anwendungsvorrang und Präjudizialität im amtswegigen Normprüfungsverfahren vor dem VfGH. Anmerkungen zu VfSlg 15.215/1998, ZfV 2001, 342.

⁵¹⁸ Vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 246/29; *Vcelouch*, Gerichtskompetenz und EU, 236; *Griller*, Individueller Rechtsschutz und Gemeinschaftsrecht, in *Aicher/Holoubek/Korinek*, Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 129 ff. *Griller* sieht in Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht nämlich einen mittelbaren Verstoß gegen Art I des BeitrittsBVG. Vgl auch *Laurer*, Europarecht und österreichische Rechtsordnung – Rechtsnormen in einem einheitlichen Stufenbau? ÖJZ 1997, 801 (807 f), dort wird unter Ablehnung des Anwendungsvorranges die Ansicht vertreten, Art 5 EGV (nunmehr Art 10) wäre Prüfungsmaßstab gemeinschaftsrechtswidrigen österreichischen Rechts.

⁵¹⁹ Vgl *Holzinger*, 12. ÖJT, 138 f; *Öhlinger*, Unmittelbare Geltung und Vorrang des Gemeinschaftsrechts und die Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem, in FS Rill, 359 (373 f); *Rohregger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/2, Art 140 B-VG Rz 83.

⁵²⁰ VfSlg 14.886/1997, 15.753/2000, 16.130/2001.

Schließlich machen weder das BeitrittsBVG noch der Beitrittsvertrag einen Unterschied zwischen Gemeinschafts- und Unionsrecht, sondern verweisen unterschiedlos auf beide.

Schließt man sich der Mindermeinung an, wonach nicht formell rangkoordiniertes Unionsrecht als Prüfungsmaßstab innerstaatlichen Rechts herangezogen werden kann, so würde dies bedeuten, dass Art 6 Abs 1 EUV als Prüfungsmaßstab innerstaatlichen Rechts herangezogen werden könnte. Dies hätte zur Konsequenz, dass damit ein unmittelbarer materieller Prüfungsmaßstab für einfache Bundesverfassungsgesetze zur Verfügung stünde.⁵²¹

Die Ansicht, dass ein solcher materieller Prüfungsmaßstab besteht, hat gute Gründe für sich. Die einhellige Lehre geht davon aus, dass sich der Inhalt der verfassungsrechtlichen Grundordnung nach primär materiellen Kriterien bestimmt, es kommt folglich für die Einordnung auf den Inhalt der betreffenden Regelungen an.⁵²² Diese Überlegung lässt sich auch auf die gesamtändernden Wirkungen des EU-Beitritts übertragen. Zweck des BeitrittsBVG war die Absicherung sämtlicher sich aus dem Beitrittsvertrag ergebenden gesamtändernden Konsequenzen. Die Reichweite der Modifikation der verfassungsrechtlichen Grundordnung ergibt sich somit vor allem aus einer vergleichenden inhaltlichen Betrachtung der relevanten Bestimmungen des übernommenen Unionsrechts und den entsprechenden Auswirkungen auf das innerstaatliche Recht.

Die – ohne formelle Bezeichnung – modifizierte Grundordnung ist nach einhelliger Meinung Prüfungsmaßstab für alle weiteren Vertragsänderungen dahingehend, ob die Schranke der Gesamtänderung der Bundesverfassung überschritten wurde oder nicht.⁵²³ Eine kategorische Trennung von innerstaatlichem Verfassungsrecht, das als Prüfungsmaßstab fungieren kann, und Unionsprimärrecht macht vor dem Hintergrund der engen Verknüpfung dieser beiden Kategorien auf der Ebene der verfassungsrechtlichen Grundordnung keinen Sinn. Folglich kann es im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab nicht auf die formelle Bezeichnung und Rangkoordination ankommen, sondern alleine auf die materiellen Wirkungen der wesentlichen Bestimmungen.

Wie bereits dargestellt verbietet Art 6 Abs 1 EUV ein Abgehen von den dort genannten Grundsätzen auch im Wege einer Gesamtänderung der Bundesverfassung gem Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG, so lange Österreich Mitglied der EU ist. Sollte daher innerstaatlich ein BVG im

⁵²¹ Bislang stand dem VfGH lediglich die Möglichkeit offen, Verfassungsgesetze mittelbar auf die Einhaltung des Verfahrens nach Art 44 Abs 3 B-VG (Abhaltung der obligatorischen Volksabstimmung) zu überprüfen, vgl grundlegend VfSlg 2455/1952, diese Überlegung umsetzend VfSlg 16.327/2001. Ob auch Gesamtänderungen der Bundesverfassung an Art 6 Abs 1 EUV gemessen werden könnten, soll im folgenden Abschnitt behandelt werden.

⁵²² Vgl oben III.

⁵²³ Vgl *Griller*, ZfRV 1995, 89 (91 f).

Wege der Gesamtänderung gem Art 44 Abs 3 B-VG erlassen werden, das gegen Art 6 Abs 1 EUV verstößt, so wäre dies nach der hier vertretenen Ansicht vom VfGH aufzugreifen.

3. Subsidiär: Die Regeln des EUV als mittelbarer Maßstab des verfassungsmäßigen Zustandekommens

a) Allgemeines

Selbst wenn man der soeben dargestellten Ansicht nicht folgen möchte, ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Unionsprimärrecht und Bundesverfassungsrecht die Möglichkeit einer Prüfung von innerstaatlichem Recht am Maßstab des Unionsrechts. Sie führt über den „Umweg“ der Einbeziehung der Normerzeugungsvorschrift des Art 48 EUV.

(1) Formelle Derogation

Eine formelle Derogation (dh eine ausdrückliche Beendigung der Geltung) von Art 6 Abs 1 EUV kann auch im Verfahren der Gesamtänderung der Bundesverfassung nach Art 44 Abs 3 B-VG nicht durchgeführt werden. Dies folgt aus dem Umstand, dass gem Art 48 EUV eine Änderung des Unionsprimärrechts alleine im Wege der Vertragsrevision durchgeführt werden darf.⁵²⁴ Hinsichtlich einer solchen Derogation wäre somit das zur Normerzeugung vorgesehene Verfahren nicht eingehalten worden.

Nach der Rsp des VfGH führt die Nichteinhaltung des jeweils vorgesehenen Erzeugungsverfahrens zu dessen Verfassungswidrigkeit und damit zur Vernichtbarkeit des erzeugten Rechtsaktes.⁵²⁵ Die notwendige Mittlerrolle nimmt Art 47 B-VG ein, der den Bundespräsidenten verpflichtet, das verfassungsmäßige Zustandekommen von Gesetzen zu beurkunden. Hierfür lassen sich zwei Begründungsvarianten anführen, die jedoch zum gleichen Ergebnis führen. In der ersten Variante wird Art 48 EUV unmittelbar als Maßstab des korrekten Zustandekommens der späteren innerstaatlichen Norm begriffen. In der zweiten Variante ist Art 48 EUV bloß mittelbarer Maßstab des korrekten Zustandekommens, unmittelbarer Maßstab bleibt Art 47 B-VG iVm Art 44 Abs 3 B-VG.

Der ersten Variante wäre ein Verständnis des Begriffes „verfassungsmäßiges Zustandekommen“ in Art 47 B-VG zu Grunde zu legen, wie es von *Mayer*⁵²⁶ vertreten wird.

⁵²⁴ Zwar wird in Art 48 EUV auf das innerstaatliche Verfassungsrecht verwiesen, es handelt sich bei diesem Verweis allerdings um einen Hinweis darauf, dass zur Vertragsänderung die Zustimmung der Mitgliedstaaten nötig ist.

⁵²⁵ Vgl VfSlg 16.327/2001 hinsichtlich der Nichtabhaltung einer obligatorischen Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG erster Fall; VfSlg 17.560/2005 hinsichtlich einer unterbliebenen Notifikation an die Europäische Kommission; VfSlg 16.151/2001 hinsichtlich eines Verstoßes gegen wesentliche Vorschriften des GOG-NR.

⁵²⁶ *Mayer*, B-VG⁴, Art 47 B-VG Anm I.

Nach diesem Verständnis ist die Einhaltung sämtlicher Erzeugungsregeln von Nöten, um ein Gesetz verfassungsmäßig zustande kommen zu lassen.

Nach der zweiten Variante ist der Begriff des verfassungsmäßigen Zustandekommens materiell zu verstehen.⁵²⁷ Dies impliziert eine inhaltliche Prüfung dahingehend, dass zur Beurteilung des formell korrekten Zustandekommens der Gesetzesinhalt wesentliche Vorfrage der Richtigkeit der vom Gesetzgeber gewählten Form des Gesetzes ist. Aus der vorgeschriebenen Form ergeben sich wiederum die Erzeugungsvorschriften als Voraussetzung des verfassungsmäßigen Zustandekommens. Die Vertreter dieser Ansicht fordern zusätzlich eine evidente Verfassungswidrigkeit von erheblichem Gewicht.⁵²⁸

*Rill*⁵²⁹ hingegen hat jüngst betont, dass es zur Beurteilung des verfassungsmäßigen Zustandekommens eines Gesetzes weder auf ein Abstellen auf das Erzeugungsverfahren eines Gesetzes noch auf die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes als Vorfrage alleine ankommen kann. Nach dieser Ansicht erfüllt die Prüfung des verfassungsmäßigen Zustandekommens eines Gesetzes durch den Bundespräsidenten im Wesentlichen eine rechtsstaatliche Funktion, nämlich dem möglichen Verfassungsbruch durch den Gesetzgeber Einhalt gebieten zu können. Ein anderes Verständnis von Art 47 B-VG kann dem Verfassungsgesetzgeber nach dieser Ansicht nicht zugesonnen werden. Hierbei kommt es nach *Rill* alleine auf die Offenkundigkeit des Mangels an, dessen Schwere ist hingegen kein relevantes Kriterium.

Der zuletzt angeführten Lehrmeinung ist mE zu folgen, da sie der funktionalen Stellung des Bundespräsidenten am ehesten Rechnung trägt. Die Auswirkungen auf eine mögliche Derogation von Art 6 Abs 1 EUV unterscheiden sich jedoch unabhängig vom jeweiligen Ansatz kaum. Es kann hinsichtlich des formell orientierten Ansatzes nämlich mit guten Gründen die Ansicht vertreten werden, dass die im Zuge des EU-Beitritts durchgeführte Gesamtänderung der Bundesverfassung eine Beschränkung der Zulässigkeit von formellen Derogationen nach den Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts bewirkt hat, und zwar unabhängig von der innerstaatlich vorgeschriebenen Erzeugungsform, die nach Art 48 EUV lediglich die zweite notwendige Bedingung einer Vertragsrevision ist.

Daraus folgt, dass zur Durchführung einer formellen Derogation von Art 6 Abs 1 EUV alleine das Verfahren nach Art 48 EUV in Frage kommt. Dies bedeutet in weiterer Folge, dass eine Beschränkung der Zulässigkeit formeller Derogationen von Art 6 Abs 1 EUV selbst im Wege

⁵²⁷ Vgl hierzu *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 47 B-VG Rz 6 mwN; *Paar*, Das Beurkundungsrecht des Bundespräsidenten nach Art 47 B-VG, ZÖR 2009, 7 (15 ff).

⁵²⁸ *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 47 B-VG Rz 13; zur Offenkundigkeit vgl auch *Jahnel*, Die Mitwirkung des Bundespräsidenten an der Bundesgesetzgebung, JBl 1987, 633 (639 f).

⁵²⁹ *Rill*, die Rolle des Bundespräsidenten als Hüter der Verfassung, ZfV 2008, 314 (315).

des Verfahrens nach Art 44 Abs 3 B-VG eingetreten ist. In diesem Verfahren kann somit Art 6 Abs 1 EUV nicht auf verfassungsmäßigem Wege derogiert werden, da Art 44 Abs 3 B-VG durch die Übernahme des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes seine Funktion als höchste Derogationsnorm im Hinblick auf das Primärrecht verloren hat.⁵³⁰ Eine materielle Deutung führt zum gleichen Ergebnis, da eine versuchte Derogation von Art 6 Abs 1 EUV durch innerstaatliches Recht nach dieser Ansicht nie in der richtigen Form durchgeführt werden könnte, weil ein materieller Widerspruch zwischen Art 6 Abs 1 EUV und dem innerstaatlichen Recht alleine durch eine unionsrechtliche Norm gelöst werden kann.

Auch und unter Zugrundelegung der Ansicht *Rills* wäre eine solche Derogation wohl nicht zulässig, da nämlich ein Abgehen von höchstrangigen Prinzipien, wie sie Art 6 Abs 1 EUV bestimmt, mit der rechtsstaatlichen Funktion des Prüfungsrechtes nach Art 47 B-VG wohl nicht zu vereinbaren wäre. Dies führt zu dem Zwischenergebnis, dass eine Rechtsvorschrift, die Art 6 Abs 1 EUV formell derogieren soll, nicht verfassungsmäßig zu Stand kommt. Dies impliziert in der Konsequenz eine Prüfungsbefugnis zweier Organe.

Damit könnte der Bundespräsident einem derartigen BVG die Beurkundung verweigern, wobei es auf Grund der verfassungsmäßigen Balance zwischen Bundespräsident und VfGH nicht geboten scheint, dem Bundespräsidenten die Feinprüfungslast zu überbinden. Dies entspricht auch dem Grundgedanken von Art 47 B-VG, nämlich der Sicherung der grundlegend rechtsstaatlich korrekten Normerzeugung. Nähme der Bundespräsident die Beurkundung dennoch vor, würde das Gesetz Geltung erlangen. Ein solches Verfassungsgesetz käme damit im Rahmen des sich aus Art 47 B-VG ergebenden Fehlerkalküls zustande, wäre aber in der Folge im Wege der Normenkontrolle gem Art 140 B-VG vernichtbar.⁵³¹

(2) Materielle Derogation

Fraglich ist in der Folge, ob sich dieses Derogationsverbot auch auf materielle Derogationen bezieht. Gegen diese Annahme scheint prima vista der Umstand zu sprechen, dass eine materielle Derogation nichts am formellen Bestand des EUV ändern würde und die soeben dargelegte, auf Art 48 EUV gestützte Argumentation somit nicht zum Tragen kommen würde. Dass diese Lösung nicht befriedigend ist, da sie das praktisch wohl weitaus relevantere Problem „bloß“ inhaltlicher Verstöße gegen Art 6 Abs 1 EUV nicht zu lösen vermag, liegt auf der Hand.

⁵³⁰ Vgl auch *Thienel*, Derogation, in *Walter*, Untersuchungen II, 26, nach dessen Ansicht Art 44 B-VG (nur) als Derogationsnorm für alle Arten von Verfassungsgesetzen fungiert.

⁵³¹ Vgl *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 47 B-VG Rz 17 f.

Rechtstheoretisch kann hiergegen eingewendet werden, dass es zwischen materieller und formeller Derogation zwar gewisse Unterschiede geben mag,⁵³² dass es rechtsfolgenbezogen aber keinen Unterschied macht, ob der innerstaatliche Gesetzgeber sich der materiellen oder formellen Derogation bedient, um sich seiner Verpflichtungen aus Art 6 Abs 1 EUV zu entledigen: Es kommt jeder derogierenden Norm die Funktion zu, die Geltung der derogierten Norm entweder zu beseitigen oder zu beschränken.⁵³³ Entsprechend kommt eine Differenzierung zwischen materieller und formeller Derogation von Art 6 Abs 1 EUV nicht in Frage, da beide Arten der Derogation zum gleichen Ergebnis führen.

Bereits auf Basis dieser theoretischen Überlegung lassen sich die zur Unzulässigkeit formeller Derogation von Art 6 Abs 1 EUV angestellten Erwägungen problemlos auf materielle Derogationen übertragen, da auch durch sie die Geltung von Art 6 Abs 1 EUV eingeschränkt wird. Darüber hinaus verbietet wohl auch das unionsrechtliche Loyalitätsgebot die innerstaatliche Ungleichbehandlung von Versuchen der direkten Aufhebung und der indirekten Modifikation von Art 6 Abs 1 EUV. Dafür spricht auch, dass Art 7 EUV jeden hinreichend gravierenden Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EUV unter Sanktionsdrohung stellt, ohne auf die innerstaatlichen Modalitäten des Verstoßes abzustellen.

(3) Derogation der Derogationsnorm?

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich darüber hinaus, dass auch Art 48 EUV weder einer formellen noch einer materiellen Derogation durch innerstaatliche Vorschriften unterworfen werden kann. Dies folgt aus dem allgemeinen Prinzip, dass eine Derogationsnorm den gleichen Bestandschutz genießt wie die Bestimmungen, für deren Derogation sie ein Verfahren festlegt. Beispielhaft können hier Art 44 Abs 3 B-VG und Art 79 Abs 3 GG angeführt werden. Diese Derogations- bzw. Derogationsverbotsnormen zählen jeweils nicht zu der von ihnen geschützten Rechtsschicht, genießen aber dennoch den durch sie gewährten Schutz.⁵³⁴ Dass innerhalb des Primärrechts kein eigener Stufenbau besteht, steht dieser Annahme nicht entgegen. Es handelt sich hierbei nämlich um ein allgemeines Prinzip, von

⁵³² Vgl. *Thienel*, Derogation, in *Walter*, Untersuchungen II, 37.

⁵³³ Vgl. zu den Divergenzen in der Lehre, ob es verschiedene Grade der Derogation gibt oder lediglich verschiedene positivrechtliche Rechtsfolgen, die an einen Derogationstatbestand anknüpfen vgl. oben bei FN 515.

⁵³⁴ Vgl. zu Art 44 Abs 3 B-VG *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 17; *Dreier* in *Dreier*, Art 79 III GG Rz 47. Dies gilt jedoch hinsichtlich Art 44 Abs 3 B-VG ausschließlich im Hinblick auf dessen Funktion als Derogationsnorm, hinsichtlich der Einbindung des Bundesvolkes bei einer Gesamtänderung der Bundesverfassung ist hingegen festzuhalten, dass Art 44 Abs 3 B-VG hier einen Aspekt des demokratischen Prinzips widerspiegelt.

dem das positive Recht zwar Ausnahmen statuieren könnte. Dies ist im EUV aber nicht der Fall.

D. Korrektive im Unionsrecht

Die dargestellten Rechtswirkungen, die Art 6 Abs 1 EUV auf die verfassungsrechtliche Grundordnung hat, sind trotz des Umstandes, dass diese Bestimmung noch nicht die gleichen Rechtswirkungen wie das Gemeinschaftsrecht zeitigt, von beachtlicher Intensität. Diese Rechtswirkungen entfalten sich jedoch nicht permanent in gleicher Stärke, sondern wirken je nach maßgeblicher Situation verschieden stark. Die bereits oben behandelten⁵³⁵ für die Organe der EU im Rahmen des Sanktionsverfahrens nach Art 7 EUV beachtlichen Determinanten der Ermessensausübung, also va das Subsidiaritätsprinzip und das Gebot der Verhältnismäßigkeit, sind spiegelbildlich auch für die innerstaatlichen Rechtswirkungen der Grundsätze nach Art 6 Abs 1 EUV maßgeblich. Diese Bestimmungen sind von den innerstaatlichen Organen – also im Fall der positiven Wirkungen von Art 6 Abs 1 EUV die jeweils zuständige Behörde, im Fall eines Verstoßes durch den Gesetzgeber der VfGH und allenfalls der Bundespräsident – mit anzuwenden. Stellt also das innerstaatliche Recht eine Lösungsmöglichkeit zur Verfügung, ist diese zuerst anzustreben, sofern das dadurch bewirkte Ergebnis den von Art 6 Abs 1 EUV vorgeschriebenen Zustand wiederherstellt.

Das führt dazu, dass der durch Art 6 Abs 1 EUV eingeschränkte Spielraum des Verfassungsgesetzgebers durch das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip wieder erweitert wird. Die wesentliche Determinante in diesem beweglichen Normensystem ist hierbei die Erforderlichkeit der Maßnahme zum Schutz der in Art 6 Abs 1 EUV genannten Grundsätze im Lichte der jeweils herrschenden Verhältnisse.

E. Ergebnis

Art 6 Abs 1 EUV hat weit reichende Auswirkungen auf das Bundesverfassungsrecht. Zwar kommt ihm bislang kein Anwendungsvorrang vor österreichischem Recht zu, aus seinem spezifischen Geltungsanspruch in Verbindung mit der sehr integrationsfreundlichen verfassungsrechtlichen Lage in Österreich ergeben sich jedoch Konsequenzen, die den Handlungsspielraum auch des gesamtändernden Verfassungsgesetzgebers deutlich beschränken. Vor allem ist es dem gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgeber nicht erlaubt, im Verfahren nach Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG eine Verfassungsänderung durchzuführen, die ein Herabsinken des demokratisch-rechtsstaatlichen Standards der verfassungsrechtlichen Grundordnung unter das Schutzniveau, das sich aus Art 6 Abs 1 EUV

⁵³⁵ Vgl oben VIII.

ergibt, bewirken würde. Eine solche Verfassungsänderung wäre allerdings nicht absolut nichtig, sondern käme wirksam zu Stande, wäre aber im Wege der Normenkontrolle vernichtbar. MaW: Aus der Verbindung der keinen Anwendungsvorrang genießenden Rechtsvorschrift des Art 6 Abs 1 EUV und dessen weit reichender Bindungswirkung auf den österreichischen Gesetzgeber ergibt sich ein Fehlerkalkül für innerstaatliches Recht. Dieses Fehlerkalkül wird allerdings nur dann schlagend, wenn die entsprechende Bestimmung nicht bereits auf Grund innerstaatlicher Rechtsvorschriften verfassungswidrig wäre, da diesfalls primär die innerstaatliche Lösungsmöglichkeit zur Anwendung zu gelangen hätte.

Damit kann vorläufig festgehalten werden, dass die These *Thienels*⁵³⁶, wonach während der Mitgliedschaft Österreichs zur EU eine Verpflichtung des Verfassungsgesetzgebers zur Aufrechterhaltung demokratischer Standards besteht, zutrifft. Offen bleibt allerdings noch die Frage, ob dem österreichischen Gesetzgeber andere Möglichkeiten offen stehen, sich dieser aus dem EUV ergebenden Beschränkung wieder zu entledigen.

⁵³⁶ *Thienel*, JRP 2005, 163 (169 f).

XIII. Vertragsbeendigung

A. Allgemeines

Zu klären bleibt somit die Frage, inwieweit es dem innerstaatlichen Gesetzgeber möglich ist, sich durch die Beendigung der Geltung von Art 6 Abs 1 EUV aus seinen daraus resultierenden Verpflichtungen zu befreien. Hierfür kommen zwei mögliche und im Folgenden zu prüfende Varianten in Frage, nämlich die Beendigung der EU-Mitgliedschaft und damit der Rechtswirkungen von Art 6 Abs 1 EUV auf das österreichische Bundesverfassungsrecht durch Beendigung der Geltung der Verträge oder die Beseitigung der innerstaatlichen Grundlagen des EU-Beitritts. In beiden Fällen sind sowohl die innerstaatlichen als die völker- und europarechtlichen Konsequenzen beachtlich.

B. Völkerrechtliche Geltungsbeendigung

1. Einseitige Beendigung

Das Primärrecht der EU enthält bislang keine Bestimmung, die die Möglichkeit der Kündigung des EUV durch einen Staat und damit dessen Ausscheiden aus dem Staatenverbund regelt.⁵³⁷ Die Frage nach Möglichkeit bzw Zulässigkeit ist damit – so lange das Unionsrecht keine entsprechende Möglichkeit zur Verfügung stellt – nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts – und somit insb des Völkervertragsrechts – zu beantworten.⁵³⁸ Da der EUV selbst zur Möglichkeit einer Vertragsbeendigung schweigt, sind diese völkerrechtlichen Regelungen als vom Vertrag gleichsam vorausgesetzt anzusehen und somit anwendbar, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob es sich um eine unmittelbare oder bloß hilfsweise Anwendung dieser Grundsätze handelt.

Nach Art 51 EUV gilt der Vertrag auf unbestimmte Zeit, der EUV ist somit ein sog „ewiger Vertrag“. Gleiches bestimmen die korrespondierenden Bestimmungen der Art 312 EGV und 208 EAGV.⁵³⁹ Damit ist die ordentliche Kündigung nach Art 56 WVK ausgeschlossen.⁵⁴⁰ Sie wäre nämlich nur zulässig, wenn ein solches Kündigungsrecht entweder ausdrücklich

⁵³⁷ Zur Austrittsmöglichkeit nach der Rechtslage idF des VVE und des Reformvertrages von Lissabon vgl unten XIV.E.

⁵³⁸ *Götting*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der Europäischen Union, 25; *Waltemathe*, Austritt aus der EU, 90 f.

⁵³⁹ Vgl *Cremer* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 51 EUV Rz 1 f.

⁵⁴⁰ Vgl *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 312 EGV Rz 4. Zur Anwendbarkeit der WVK vgl oben XI.D.2.

vereinbart wäre – was im Primärrecht gerade nicht der Fall ist – oder sich ein solches Kündigungsrecht aus der Natur des Vertrages ergäbe (Art 56 Abs 1 lit b WVK). Dass sich ein solches implizites Kündigungsrecht aus dem EUV ergeben sollte, erscheint indes mehr als fraglich. Dem steht nämlich schon die Bestimmung des Art 1 Abs 1 EUV entgegen, wonach der Vertrag eine neue Stufe einer immer engeren Union der Völker Europas darstellen soll.⁵⁴¹ Auch die grundlegende Rsp des EuGH zeigt eine deutliche Tendenz gegen die Annahme eines Kündigungsrechts.⁵⁴²

Damit kommen als Endigungsgründe nur die einvernehmliche Beendigung der Mitgliedschaft durch einen (einvernehmlich zu Stande gekommenen) Austrittsvertrag (contrarius actus nach Art 54 lit b WVK), die Kündigung aus wichtigem Grund oder der Ausschluss eines Mitgliedstaates (Art 60 bis 62 WVK) als Endigungsgründe in Frage. Da der Ausschluss eines Mitgliedstaates mit Blick auf das in Art 7 EUV geregelte Sanktionsverfahren nicht zulässig ist,⁵⁴³ liegt der Fokus der weiteren Untersuchung vor allem auf dem Aspekt der Möglichkeit der einseitigen Kündigung bzw Suspendierung des Vertrags als Möglichkeit zur einseitigen Beendigung der Mitgliedschaft in der EU.

Durch diese sehr starke Einschränkung besteht mE keine Möglichkeit für Österreich, vom Unionsvertrag zurückzutreten. Die Kündigung ohne Vorliegen entsprechender Gründe scheidet bereits a priori aus, und sollte eine Vertragsbeendigung angedacht werden, um sich der Bindungswirkung von Art 6 Abs 1 EUV zu entziehen oder die hypothetisch avisierte Vertragsbeendigung gar intentional darauf gerichtet sein, den durch Art 6 Abs 1 EUV vorgeschriebenen demokratischen Standard zu unterschreiten, fehlt es an der Kündigungsvoraussetzung der Vertragsverletzung durch einen anderen Staat. Die Verletzungshandlung wird dann vielmehr durch den austrittswilligen Staat gesetzt. Damit ist die Kündigung des EUV nur wegen der erheblichen Verletzung des Vertrages durch eine andere Partei nach Art 60 Abs 2 WVK oder wegen der grundlegenden Änderung der Umstände, die zum Vertragsabschluss geführt haben, möglich (clausula rebus sic stantibus).

Ebenfalls nicht ersichtlich ist, welche entscheidende Änderung zu einem Rücktritt auf Basis der clausula rebus sic stantibus nach Art 62 WVK ermächtigen sollte. Denkbar wäre allenfalls die Verhängung von Sanktionen gem Art 7 EUV, allerdings kann hier für den Fall der Rechtmäßigkeit der Sanktionen keinesfalls angenommen werden, dass die Verhängung nicht vorhersehbar gewesen wäre. Auch kann sich ein Staat gem Art 62 Abs 2 lit b WVK nicht auf

⁵⁴¹ *Giegerich*, ZaöRV 2007, 351 (357) spricht hinsichtlich dieses „Integrationsauftrags“ von einem aus den Verträgen erfließenden Optimierungsgebot.

⁵⁴² Vgl EuGH Rs 6/64, *Costa/ENEL*, Slg 1964, 1125, wo der Gerichtshof seine Vorrangjudikatur auch auf die unbefristete Geltungsdauer des EWGV stützt.

⁵⁴³ *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 312 EGV Rz 7; *Schorkopf*, Homogenität Rz 321.

Umstände berufen, deren Änderung er selbst herbeigeführt hat. In diesem Fall läge nämlich eine Umgehung von Art 6 Abs 1 EUV vor. Denkbar wäre ein Rücktritt daher allenfalls im Fall der ungerechtfertigten Verhängung von Sanktionen. Allerdings ist es auch hier erforderlich, die nach dem EUV offen stehenden Möglichkeiten zur Beseitigung von Sanktionen zu ergreifen (zu denken ist hier insb an die Klage nach Art 46 lit e EUV)⁵⁴⁴, und erst wenn diese Möglichkeit unrechtmäßigerweise keinen Erfolg zeitigen sollte, wäre ein Rücktritt vom EUV zulässig.⁵⁴⁵

2. Einvernehmliche Beendigung durch Vertrag

Die einvernehmliche Beendigung der Mitgliedschaft eines Staates durch Vertrag steht den Mitgliedstaaten der EU als Herren der Verträge jederzeit offen.⁵⁴⁶ Fraglich könnte idZ allenfalls sein, ob sich nicht die Unzulässigkeit einer Vertragsrevision, die dem aus der EU ausscheidenden Staat die Möglichkeit bietet, den von Art 6 Abs 1 EUV vorgeschriebenen demokratischen Standard zu unterschreiten, aus dem EUV ergeben könnte, maW: Ob Teile des Primärrechts selbst so weit änderungsfest sind, dass sie der völkervertragsrechtlichen Dispositionsfreiheit der Mitgliedstaaten entzogen sind,⁵⁴⁷ woraus sich wiederum ein Austrittsverbot ergeben könnte, sofern durch das Ausscheiden des Staates eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EUV ermöglicht werden könnte.

Dies ist jedoch nicht der Fall: Materiellrechtliche Grenzen zur Änderung der Verträge hat das Primärrecht nie enthalten.⁵⁴⁸ Allenfalls könnten sich Änderungssperren aus dem Verfahren zur Vertragsänderung ergeben, je nachdem, ob ein Austrittsvertrag im Verfahren nach Art 48 oder Art 49 EUV zu Stande kommen müsste. Im Vertragsänderungsverfahren nach Art 48 EUV ist die geplante Vertragsänderung den Unionsorganen nämlich lediglich zur Stellungnahme vorzulegen. Die Durchführung der Regierungskonferenz⁵⁴⁹ und die anschließende Ratifikation des Vertrages obliegt allerdings ausschließlich den Mitgliedstaaten

⁵⁴⁴ Vgl hierzu oben IX.B.4.

⁵⁴⁵ Problematisch könnte hier allerdings sein, dass die Verletzung des Vertrags nicht einer der Vertragsparteien zuzurechnen ist, sondern einem oder mehreren Organen der EU, vgl hierzu *Mittmann*, Rechtsfortbildung, 413. Eventuell könnte dieses Problem durch eine analoge Anwendung von Art 60 WVK gelöst werden, da die entsprechende Verletzung den anderen Vertragsstaaten mittelbar zurechenbar sein könnte.

⁵⁴⁶ Vgl *Mittmann*, Rechtsfortbildung, 400.

⁵⁴⁷ So etwa *Vedder/Folz* in *Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 48 EUV Rz 15 ff. Sie begründen dies va mit Art 6 Abs 1 EUV und der Bindung aller Mitgliedstaaten der EU an die sich aus dem Völkerrecht, insb der EMRK, ergebenden Rechtsgrundsätze.

⁵⁴⁸ Vgl *Mittmann*, Rechtsfortbildung, 398.

⁵⁴⁹ Nach *Schmalenbach* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 312 EGV Rz 2 belastet die Nichteinberufung der Regierungskonferenz durch den Rat die Konferenz und den ausgehandelten Beschluss mit Rechtswidrigkeit. Allerdings sind der Beschluss zur Einberufung und die Einberufung selbst im Verfahren nach Art 48 EUV nicht ausdrücklich an Art 6 Abs 1 EUV gebunden. Auch ist eine Zustimmung des Parlaments nicht vorgesehen.

bzw deren Vertretern.⁵⁵⁰ Im (Aufnahme-)Verfahren nach Art 49 EUV hingegen ist die Zustimmung des Rates (also eines Unionsorgans) erforderlich. Der Rat wiederum ist bei seinen Handlungen ausdrücklich an Art 6 Abs 1 EUV gebunden; es könnte daher eingewendet werden, dass der Rat einem solchen Vertrag, der einem Staat mittelbar die Verletzung von Art 6 Abs 1 EUV ermöglichen würde, nicht zustimmen dürfte, womit eine wesentliche Voraussetzung für den Abschluss eines Austrittsvertrags fehlen würde. Sollte der Vertrag dennoch abgeschlossen werden, wäre dies allerdings nicht bekämpfbar.

Die hL geht davon aus, dass ein Austrittsvertrag im Verfahren nach Art 48 EUV abzuschließen wäre.⁵⁵¹ Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass durch die Beendigung der Mitgliedschaft eines Mitgliedstaates bloß eine Beschränkung des Geltungsbereiches der Verträge bewirkt wird. Eine Gegenposition vertritt lediglich *Götting*⁵⁵². Er begründet diese Ansicht damit, dass eine Veränderung im Mitgliederbestand der EU die größere Sachnähe zu Art 49 EUV als zu Art 48 EUV aufweist, da Art 49 EUV eben die positive Veränderung des Mitgliederstandes regelt und das Ausscheiden eines Mitgliedstaates gleichsam das Spiegelbild der Aufnahme eines Staates darstellt. Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht: Art 49 EUV zielt va darauf ab, die inhaltliche Finalität (dh die primäre Zielrichtung) einer homogenen Mitgliedschaft in der EU sichern.⁵⁵³ Die Homogenität der EU selbst wird jedoch durch die Beendigung der Mitgliedschaft eines Staates grundsätzlich nicht berührt; dies erklärt auch den unterschiedlichen Grad der Einbindung der Unionsorgane in die jeweiligen Verfahren. Nach Ansicht der hL, der hier gefolgt wird, bestehen somit keine primärrechtlichen Grenzen für die einvernehmliche Beendigung der EU-Mitgliedschaft.

Das in der österreichischen Debatte um unabänderliche Verfassungsinhalte von manchen Autoren als unabänderlich angesehene Prinzip der Volkssouveränität⁵⁵⁴ kann als Argument für oder gegen einen Austritt bzw eine Beendigung der Mitgliedschaft ebenfalls nicht zum Tragen kommen. Dies folgt schon innerhalb dieser Argumentationslogik daraus, dass sich die Gemeinschaftsrechtsordnung gerade eben nicht aus einem vom *pouvoir constituant* gesetzten revolutionären Akt ableitet, sondern aus der Übertragung von Hoheitsgewalt durch als Staaten verfasste Gemeinwesen, denen insoweit konsequenterweise die Verfügungsgewalt über die

⁵⁵⁰ Vgl hierzu *Cremer in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 48 Rz 4 f.

⁵⁵¹ Vgl zB *Schmalenbach in Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 312 EGV Rz 2 f.

⁵⁵² *Götting*, Beendigung, 149.

⁵⁵³ So *Vedder in Grabitz/Hilf*, Recht I, Art 49 EUV Rz 4.

⁵⁵⁴ *Oberndorfer in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 1 B-VG Rz 10; *Janko*, Gesamtänderung, 150 ff.

Abänderbarkeit der von ihnen geschaffenen Rechtsordnung zukommt.⁵⁵⁵ Haben sich diese Staaten der Verfügungsgewalt über diese neue Rechtsordnung einvernehmlich begeben, kann auch die Volkssouveränität (sofern man sie überhaupt als positivrechtlich relevanten Faktor ansehen mag) bloß im Wege eines anomischen, revolutionären Aktes über die Mitgliedschaft eines Staates in der EU disponieren.

3. Revision von Art 6 Abs 1 EUV

Einen Unterfall der einvernehmlichen Beendigung der Mitgliedschaft in der EU stellt die Abänderung der in Art 6 Abs 1 EUV aufgezählten Grundsätze selbst dar. Für diesen Fall gilt im Wesentlichen das soeben zur einvernehmlichen Mitgliedschaftsbeendigung Gesagte: Auch hier liegt eine jedenfalls im Verfahren nach Art 48 EUV durchzuführende Vertragsrevision vor, für die der EUV selbst keine Änderungsschranken vorsieht. Die Frage, nach welchen innerstaatlichen Vorschriften diese Revision zu genehmigen wäre, ist hiervon unabhängig zu betrachten.

C. Aufhebung der innerstaatlichen Genehmigungsgesetze

1. Allgemeines

Da sich die Unionsrechtsordnung trotz ihrer eigenen Rechtsnatur ursprünglich von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ableitet, ist der Beginn ihrer Geltung in den Mitgliedstaaten abhängig von der Öffnung der jeweiligen staatlichen Rechtsordnung für das Recht der Union. Dem entsprechend enthalten die Verfassungen beinahe aller Mitgliedstaaten die Rechtsordnung unmittelbar öffnende oder zu ihrer Öffnung ermächtigende Bestimmungen, nur wenige Staaten haben ihre Rechtsordnungen auf Grund der allgemeinen Bestimmungen zum Völkervertragsrecht in ihren Verfassungen geöffnet.⁵⁵⁶

Neben der (nach geltendem Recht ohnehin nahezu unmöglichen) Beendigung der völkerrechtlichen Verbindlichkeit des Primärrechts bestünde daher eventuell die Möglichkeit, sich dessen Verbindlichkeit durch die Beseitigung der entsprechenden innerstaatlichen Transformationsregeln zu entledigen. Diese Möglichkeit hat auch das BVerfG in seinem Maastricht-Urteil erwähnt,⁵⁵⁷ jedoch nicht weiter ausgeführt, auf welchem Wege dies zu geschehen hätte und worin die Konsequenzen einer solchen Vorgehensweise lägen.

⁵⁵⁵ *Puttler*, Sind die Mitgliedstaaten noch „Herren“ der EU? EuR 2004, 669 (673 ff).

⁵⁵⁶ Vgl *Griller/Maislinger/Reindl*, Rechtsgrundlagen, 236 f.

⁵⁵⁷ BVerfGE 89, 155 (insb Rz 112).

2. Innerstaatliche Wirkung

Für Österreich läge der Schlüssel zur Beendigung der innerstaatlichen Geltung des Primärrechts demnach *prima vista* in der Aufhebung des BeitrittsBVG. Hier wird jedoch bereits das erste Problem evident. Das BeitrittsBVG enthält nämlich in Art I *leg cit* keinen Rechtsanwendungsbefehl, der dem Gemeinschaftsrecht zu innerstaatlicher Wirksamkeit verhelfen würde, sondern bloß die punktuelle Ermächtigung zum Abschluss des Beitrittsvertrages.⁵⁵⁸ Erst Art 2 der dem Beitrittsvertrag beigeschlossenen Beitrittsakte enthält den entsprechenden Rechtsanwendungsbefehl. Der eigentliche Anwendungsbefehl ist somit dem direkten Zugriff des Verfassungsgesetzgebers bereits entzogen.

Damit stellt sich die Frage, ob Art 2 der Beitrittsakte im Wege einer Art verfassungsrechtlichen „Kettenreaktion“, dh durch eine Vernichtung der innerstaatlichen Genehmigungsgrundlage und die folgende Invalidation des Primärrechts, seiner Wirkungen entkleidet werden könnte. Auf Grund des lediglich zu einem punktuellen Vertragsabschluss ermächtigenden Charakters des BeitrittsBVG kann dessen Aufhebung alleine zu keiner Invalidation des Beitrittsvertrags führen.⁵⁵⁹ Hierzu müsste dem BeitrittsBVG nämlich unterstellt werden, es wäre dauerhafter Transformator für die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Dass dies gerade nicht der Fall ist, zeigt sich insb an der Notwendigkeit, nach dem EU-Beitritt durchgeführte Vertragsrevisionen innerstaatlich durch BVG zu genehmigen. Darüber hinaus scheint eine solche Annahme auch im Hinblick darauf unvertretbar, dass die österreichische Rechtsordnung gerade für den autonomen Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts geöffnet werden sollte.

Die einzige Möglichkeit, die zum Abschluss des Beitrittsvertrags erteilte Ermächtigung zu beseitigen, wäre damit die rückwirkende Aufhebung des BeitrittsBVG. Dies hätte zur Konsequenz, dass der Beitrittsvertrag mangels entsprechender Rangkoordination im Wege des Normenkontrollverfahrens gem Art 140a B-VG vom VfGH als nicht anwendbar zu erklären wäre.⁵⁶⁰ Es könnte zweifelhaft sein, ob das Derogationsverbot, das aus Art 6 Abs 1 EUV erfließt, nicht auch eine darartige Umgehung erfasst (da ja auch hier ein Verstoß gegen Art 48 EUV vorläge), die folgenden Ausführungen sind daher als zu einem gewissen Grad hypothetisch zu verstehen.

⁵⁵⁸ Griller, ZfRV 1995, 89 (92).

⁵⁵⁹ Vgl Stöger in Mayer, EUV/EGV, Art 312 EGV Rz 34.

⁵⁶⁰ Zur Frage, ob der Beitrittsvertrag ein StV iSd Art 50 B-BVG ist und somit der Normenkontrolle nach Art 140a B-VG unterliegen kann vgl Öhlinger in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht IV, BVG Amsterdam/Nizza Rz 2 f; Tomasovsky, JRP 1998, 313 (318 f).

In der weiteren Folge wären sämtliche einfachen BVG, welche die nach dem EU-Beitritt Österreichs durchgeführten Vertragsrevisionen innerstaatlich genehmigten, als verfassungswidrig aufzuheben, da sie dann nämlich keine Deckung in der bundesverfassungsrechtlichen Grundordnung mehr hätten. Die durch sie bewirkten Änderungen der Verfassungsrechtslage wären dann nämlich nicht mehr an der durch die Gesamtänderung im Zeitpunkt des EU-Beitritts modifizierten Grundordnung zu messen, sondern an der ursprünglichen verfassungsrechtlichen Grundordnung. Diese Änderungen wögen allerdings derart schwer, dass sie nur durch gesamtändernde BVG genehmigt werden hätten können. Damit verlören auch die weiteren Verträge ihre innerstaatliche Basis und müssten der Normenkontrolle nach Art 140a B-VG zum Opfer fallen.

Den autonomen Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts würde dies jedoch nicht beeinträchtigen, es würde folglich weiter Geltung in Österreich beanspruchen. In der Folge müssten die Unionsorgane Vertragsverletzungsverfahren bzw wohl sogar ein Sanktionsverfahren nach Art 7 EUV einleiten. Im Ergebnis würde die paradoxe Situation eintreten, dass die Union dem Staat nämlich im Sanktionsverfahren Rechte entziehen müsste, die dieser gar nicht mehr in Anspruch nehmen will. Entsprechende Sanktionen müssten also darauf gerichtet sein, eine Lösung dieses Dilemmas herbeizuführen oder den Staat zu zwingen, wieder einen unionsrechtskonformen Zustand herzustellen.

D. Notwendiger Rang der innerstaatlichen Rechtsakte

1. Gesamtänderung der Bundesverfassung?

a) Völkerrechtliche Ebene

Das Bundesverfassungsrecht sieht seit der B-VG-Nov BGBl I 2008/2 ein eigenes Verfahren zur Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU vor. Nach Art 50 Abs 4 B-VG dürfen Verträge, durch die die vertraglichen Grundlagen der EU geändert werden, nur mit Genehmigung des Nationalrates und Zustimmung des Bundesrates abgeschlossen werden, wobei Art 44 Abs 3 B-VG unberührt bleibt. Nach den Mat⁵⁶¹ soll dieser letzte Halbsatz klarstellen, dass das soeben beschriebene Verfahren auf gesamtändernde Verträge keine Anwendung findet. Hierfür ist weiterhin eine bundesverfassungsetzliche Ermächtigung nötig, die ihrerseits einer Volksabstimmung zu unterziehen ist.

Die Frage, ob eine Vertragsbeendigung einer zwingenden Volksabstimmung gem Art 44 Abs 3 B-VG zu unterziehen ist, bloß auf den für die Vertragsbeendigung nötigen *contrarius actus*

⁵⁶¹ EBRV 314 BlgNR 23. GP 9.

zum BeitrittsBVG zu reduzieren,⁵⁶² greift jedoch zu kurz. Eine andere Position vertritt *Griller*⁵⁶³, nach dessen Ansicht das BeitrittsBVG lediglich zum Abschluss des Beitrittsvertrages ermächtigt, aber keine Verpflichtung der in Art II BeitrittsBVG genannten Vertretungskörper enthalte. Damit bestünde keine auf Ebene der verfassungsrechtlichen Grundordnung festgeschriebene Mitgliedschaftspflicht. Nach dieser Ansicht würde ein Austritt aus der EU zwar materiell eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken⁵⁶⁴, müsste formell jedoch keiner Volksabstimmung unterzogen werden. *Griller* begründet dies damit, dass die parlamentarische Genehmigung des Beitrittsvertrages gem Art II BeitrittsBVG eine von der Volksabstimmung über das BeitrittsBVG entkoppelte politische Entscheidung sei.⁵⁶⁵ Der *contrarius actus* zum Beitritt Österreichs zur Union wäre daher ein gem Art II BeitrittsBVG gefasster Beschluss zur Beendigung der Mitgliedschaft in der Union.

Öhlinger bringt gegen die These *Grillers* vor, dass der tatsächliche Gegenstand der Volksabstimmung über das BeitrittsBVG der EU-Beitritt Österreichs war, eine Beendigung der Mitgliedschaft somit einer erneuten Volksabstimmung zu unterziehen wäre. Diese auf den realpsychischen Willen des abstimmenden Volkes abstellende Ansicht⁵⁶⁶ erweist sich mE jedoch als verfehlt, da der Gegenstand der Volksabstimmung gerade eben das zum Vertragsabschluss ermächtigende BeitrittsBVG, nicht aber der Beitrittsvertrag selbst war.⁵⁶⁷ Wesentlich erscheint mE vielmehr, ob Art II BeitrittsBVG überhaupt einen *contrarius actus* vorsieht. Der Wortlaut der Bestimmung zielt nämlich auf den Abschluss des Vertrages und die dafür erforderliche Genehmigung durch die Vertretungskörper ab, und die Intention des Verfassungsgesetzgebers lag wohl auch unzweifelhaft in der Schaffung eines Modus, um den Beitritt zur EU durchführen zu können, nicht aber, um zukünftige Vertragsänderungen zu präjudizieren.⁵⁶⁸ Es führen daher weder eine realpsychische noch eine auf das BeitrittsBVG alleine abstellende Sichtweise zu einem Ergebnis hinsichtlich der Frage, ob eine Beendigung der Mitgliedschaft in der EU eine volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung der Bundesverfassung wäre. Anknüpfungspunkt zur Beurteilung dieser Frage muss vielmehr die verfassungsrechtliche Grundordnung selbst sein, und zwar in ihrer durch den EU-Beitritt

⁵⁶² So *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 16.

⁵⁶³ *Griller*, ZfRV 1995, 89 (92 f).

⁵⁶⁴ Vgl *Griller*, ZfRV 1995, 89 (92 f) bei FN 8 und FN 45.

⁵⁶⁵ *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 16 bei FN 63.

⁵⁶⁶ Ähnlich auch *Janko*, Gesamtänderung, 164 ff.

⁵⁶⁷ Zur Problematik der Berücksichtigung des realpsychischen Willens des Normsetzers als Gegenstand der Interpretation vgl oben V.G.2.

⁵⁶⁸ Vgl zutreffend die Kritik von *Stöger* in *Mayer*, EUV/EGV, Art 312 EGV Rz 31. *Stöger* geht davon aus, dass die durch das BeitrittsBVG erteilte Ermächtigung zum Abschluss des Beitrittsvertrages mit dem Abschluss des Vertrages erschöpft ist, also keine Ermächtigung für einen *contrarius actus* enthält.

modifizierten Form. Durch eine Beendigung der Mitgliedschaft würde nämlich die verfassungsrechtliche Grundordnung auf jenen Stand zurückgeführt werden, den sie vor dem EU-Beitritt hatte. Geht man mit *Stöger* davon aus, dass die sich die Ermächtigungswirkung von Art II BeitrittsBVG lediglich auf die einmalige Zustimmungsmöglichkeit zum Beitrittsvertrag bezieht und sich darin erschöpft, lässt sich aus dieser Ermächtigung kein Schluss darauf ziehen, wie ein allfälliger *contrarius actus* zu dieser Zustimmung auszusehen hätte. Vielmehr noch ist davon auszugehen, dass sich aus Art II BeitrittsBVG zulässigerweise gar keine Ermächtigung zur Setzung eines *contrarius actus* ergibt.⁵⁶⁹ Damit ist zwar das Argument, dass ohne Genehmigung des Beitrittsvertrages „alles beim Alten geblieben“ wäre, retrospektiv gesehen zutreffend, aber ist für die Beurteilung der Gesamtänderungsrelevanz eines aktuellen Austritts bedeutungslos. Durch die Punktualität der Ermächtigung geht diese nämlich nur in eine Richtung, sobald von ihr Gebrauch gemacht wurde und das verwiesene Unionsrecht übernommen wurde, hat sich die Türe gleichsam geschlossen. Damit bleibt zur Beurteilung der Gesamtänderungsrelevanz eines EU-Austritts lediglich eine Beurteilung nach den entsprechenden materiellen Auswirkungen übrig. Diese materiellen Veränderungen der bundesverfassungsrechtlichen Grundordnung wären in der Folge zumeist von solcher Intensität, dass dies wohl in den meisten Fällen eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellen würde.⁵⁷⁰

Überdies ist zu bedenken, dass durch die Verschränkung von innerstaatlichem Recht und Unionsrecht auch die Vorgaben des Unionsrechts beachtlich hinsichtlich der Frage, in welchem Rang eine Beendigung der Mitgliedschaft in der Union stehen müsste. Ergebnisbezogen betrachtet würde eine Beendigung der Mitgliedschaft zu einem Resultat führen, das einer materiellen Derogation stark ähneln würde.⁵⁷¹ Durch die Möglichkeit, mittels einfachem BVG aus der Union auszutreten, würde das aus Art 49 EUV erfließende Derogationsverbot umgangen werden, und es könnte sich daher aus unionsrechtlicher Seite die Verpflichtung ergeben, einen solchen Schritt im höchsten möglichen Rang des innerstaatlichen Rechts im Wege einer Gesamtänderung der Bundesverfassung, durchzuführen.

⁵⁶⁹ ME darf man sich in dieser Hinsicht auch nicht von den in Art II BeitrittsBVG aufgezählten Zustimmungsquoren in die Irre führen lassen. Hätte nämlich der gesamtändernde Verfassungsgesetzgeber ein niedrigeres Quorum angesetzt, wäre in der Folge auch ein Austritt aus der EU auch mit einfacher Mehrheit möglich gewesen. Zwar läge dies in der Gestaltungsfreiheit des gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgebers, doch wäre ihm ein solcher Wille schwerlich zusinnbar. Aber auch dieses Argument spricht für die Einmaligkeit der in Art II BEitrittsBVG erteilten Ermächtigung, die sich nicht auf zukünftige Vertragsrevisionen auswirken soll.

⁵⁷⁰ Vgl zu den Veränderungen der Grundprinzipien im Einzelnen *Stöger* in *Mayer*, EUV/EGV, Art 312 EGV Rz 34 f.

⁵⁷¹ Vgl hinsichtlich Art 6 Abs 1 EUV oben XII.B.2.

Abgesehen von der völkerrechtlichen Beinahe-Unzulässigkeit einer einseitigen Beendigung der Mitgliedschaft in der EU ergeben sich hinsichtlich der innerstaatlichen Behandlung durch die verfassungsrechtliche Neuregelung der innerstaatlichen Genehmigung von Verträgen, die die Rechtsgrundlage der EU ändern, keine wesentlichen Änderungen. Zwar ist das Regime des Art 50 B-VG nicht direkt anwendbar, da dort lediglich von Staatsverträgen, die die vertraglichen Grundlagen der EU ändern, die Rede ist. Da aber auch hier die verfassungsrechtliche Grundordnung erheblich verändert wird, bedürfte der Fall der einseitigen Beendigung der Mitgliedschaft in den meisten Fällen einer im Rang der Grundprinzipien erteilten bundesverfassungsgesetzlichen Ermächtigung.⁵⁷²

Fraglich könnte allenfalls sein, ob eine einseitige Vertragsbeendigung, die ohne eine solche Ermächtigung (und damit verfassungswidrig) ausgesprochen wird, völkerrechtlich dennoch wirksam wird. Dies ist nach Art 46 Abs 1 WVK dann nicht der Fall, wenn der Verstoß gegen innerstaatliches Recht offenkundig ist. Art 46 Abs 2 WVK definiert diese Offenkundigkeit näher: Ein Verstoß ist dann offenkundig, wenn er für jeden Staat, der sich im Einklang mit der allgemeinen Übung nach Treu und Glauben verhält, objektiv erkennbar ist.⁵⁷³ Dieser Tatbestand ist mE durch das Fehlen einer innerstaatlichen Ermächtigung erfüllt, da für Änderungen des Primärrechts nach Art 48 EUV die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen des Mitgliedstaates ausdrücklich vorgeschrieben ist. Der Offenkundigkeitsmaßstab des Art 46 Abs 2 WVK wird durch diesen Verweis verschärft, sodass auch Verstöße, die nach der WVK nicht ins Gewicht fallen würden, idZ von Relevanz sind. Das Fehlen einer Ermächtigung für einen solchen Schritt, der derart maßgebliche Änderungen im Rechtsbestand des jeweiligen Staates bewirken würde stellt mE einen solchen objektiv erkennbaren schweren Verstoß gegen das innerstaatliche Recht dar.

b) Aufhebung der Genehmigungsgesetze

Anders als bei der völkerrechtlichen Beendigung der sich aus dem EUV ergebenden Rechtspflichten, wo sich eine Gesamtänderung der Bundesverfassung aus den materiellen Änderungen der verfassungsrechtlichen Grundordnung ergeben würde, wäre die Aufhebung

⁵⁷² Eine Beendigung der Mitgliedschaft, die sich auf eine bloß im Rang einfachen Bundesverfassungsrechts erteilte Ermächtigung stützt, bedürfte mE einer spezifischen faktischen Konstellation. Hier müsste auf Ebene der Union eine weit reichende Entfremdung des geltenden Unionsrechts von jenem Status stattfinden, dem sich Österreich im Zeitpunkt seines EU-Beitritts unterworfen hat. Dies wäre lediglich durch Sekundärrechtsakte bzw ultra vires-Akte des EuGH möglich, da eine Primärrechtsänderung ohnehin einer innerstaatlichen Grundlage bedürfte. In jedem Fall kommt es auch unter dem Blickwinkel dieser speziellen Konstellation auf eine materielle Betrachtung der Auswirkungen der Beendigung der Mitgliedschaft auf die verfassungsrechtliche Grundordnung an.

⁵⁷³ Vgl *Fischer/Köck*, Völkerrecht⁶ Rz 251.

des BeitrittsBVG schon rein formell als Gesamtänderung der Bundesverfassung anzusehen, da die vollständige Aufhebung der *leg cit* nur durch *contrarius actus* erfolgen könnte.⁵⁷⁴

Allerdings stellt sich die Frage, ob bei der rein innerstaatlichen Geltungsbeendigung des BeitrittsBVG und der damit verbundenen Aufhebung der weiteren innerstaatlichen Rechtsgrundlagen der EU-Mitgliedschaft Österreichs nicht genau ein Anwendungsfall des Verbots der Derogation von Unionsrecht durch innerstaatliches Verfassungsrecht vorläge, was die Unmöglichkeit des verfassungsmäßigen Zustandekommens eines das BeitrittsBVG aufhebenden BVG zur Folge hätte.⁵⁷⁵

Dies ist mE grundsätzlich zu bejahen, wenngleich eine gewisse Differenzierung notwendig ist. Die Aufhebung des BeitrittsBVG bewirkt im Ergebnis nämlich eine materielle Derogation des gesamten gemeinschafts- und unionsrechtlichen Besitzstandes. Hinsichtlich des unmittelbar geltenden und vorrangig anzuwendenden Primärrechts wäre davon auszugehen, dass das innerstaatliche BVG kraft Anwendungsvorranges verdrängt werden müsste und partiell gar nicht zur Anwendung käme. Hinsichtlich des nicht unmittelbar anwendbaren Vertragsrechts müsste von Verfassungs wegen das Verfahren nach Art 48 EUV zur Anwendung gelangen. Kommt dieses allerdings wie in der hier besprochenen Konstellation gerade nicht zur Anwendung und wird stattdessen die Geltungsbeendigung durch innerstaatliche Rechtsakte herbeigeführt, greift das sich aus Art 48 EUV ergebende Derogationsverbot.

2. Exkurs: EU-Mitgliedschaft als bundesverfassungsrechtliches Grundprinzip?

a) Der bisherige Meinungsstand

Die bisher dargestellten Überlegungen zu den Rechtswirkungen von Art 6 Abs 1 EUV auf das Bundesverfassungsrecht könnten mE ein neues Licht auf die in der Lit bislang nahezu einhellig verneinte Frage werfen, ob die verfassungsrechtliche Grundordnung ein eigenständiges Prinzip der Mitgliedschaft Österreichs in der EU kennt. In den meisten Fällen kann angenommen werden, dass die Beendigung der Mitgliedschaft – sofern sie unionsrechtlich zulässig ist – eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellt und somit nur auf Grundlage eines gesamtändernden BVG zulässig ist. Ob darüber hinaus durch den Beitritt Österreichs ein neues Grundprinzip entstanden ist, ist unter Zugrundelegung einer

⁵⁷⁴ Öhlinger in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 16 mwN.

⁵⁷⁵ Vgl hierzu oben XII.C.3.

induktiven Gesamtbetrachtung zu klären.⁵⁷⁶ Die Entstehung eines neuen Grundprinzips ist dann anzunehmen, wenn entweder ein völlig neuer Leitgedanke in die Bundesverfassung eingeführt wird oder die Auswirkungen auf die bisherige verfassungsrechtliche Grundordnung so weit von den bisher existenten Grundprinzipien abstrahierbar und systematisierbar sind, dass sie qualitativ von ähnlichem Gewicht sind wie ein oder mehrere bestehende Grundprinzipien.⁵⁷⁷

*Rill/Schäffer*⁵⁷⁸ führen gegen das Bestehen eines Grundprinzips der EU-Mitgliedschaft ins Treffen, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber seinen Willen zur Schaffung eines neuen Grundprinzips hinreichend zum Ausdruck bringen müsse, während die bloße Erlassung eines gesamtändernden BVG per se nicht auf die Einführung eines neuen Grundprinzips schließen lasse. *Griller*⁵⁷⁹ baut seine Ablehnung eines Prinzips der EU-Mitgliedschaft auf der Prämisse auf, dass die Mitgliedschaftsbeendigung in der EU auf Basis des ermächtigenden Charakters des BeitrittsBVG ohne Volksabstimmung durchgeführt werden könnte. *Öhlinger*⁵⁸⁰ stützt seine Ablehnung eines Grundprinzips EU-Mitgliedschaft auf die Rechtstechnik, die zur Durchführung des EU-Beitritts Österreichs gewählt wurde: Diese habe nämlich dazu geführt, dass durch den Dispens von der Bezeichnungspflicht statt einer Verfassungsänderung eine „Verfassungsdurchbrechung“ stattgefunden habe, was wiederum zur Konsequenz habe, dass die EU-Mitgliedschaft selbst nicht den Rang eines Grundprinzips hat.

Ausdrücklich angenommen hat die Existenz eines EU-Prinzips hingegen *Baumgartner*⁵⁸¹. Er bejaht ausdrücklich das Vorliegen einer Gesamtänderung auf Basis einer induktiven Betrachtung der Gesamtheit der jeweils in Frage kommenden Verfassungsbestimmungen, wie sie auch der vorliegenden Arbeit hinsichtlich der Sinnermittlung der verfassungsrechtlichen Grundordnung zu Grunde liegt.⁵⁸² Dass unter Anwendung dieser Methode ein neues Prinzip nachgewiesen werden kann, stützt *Baumgartner* vor allem auf die gegen *Öhlingers* Ansicht gerichtete These, das BeitrittsBVG dispensiere bloß das Primärrecht von der verfassungsrechtlichen Grundordnung. Ein Dispens sei nach der Ansicht *Baumgartners* nämlich typischerweise bloß die Ausnahme von einer Regel, durch die Gravität der durch den

⁵⁷⁶ Vgl oben III.B.

⁵⁷⁷ Vgl allgemein *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 18.

⁵⁷⁸ *Rill/Schäffer* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 18 aE. Nach dieser Ansicht ist eine solenne Erklärung des Verfassungsgesetzgebers in den Mat der wohl praktikabelste Weg, die Einführung eines neuen Grundprinzips erkennbar zu machen, allerdings ist diese Vorgehensweise rechtlich nicht geboten.

⁵⁷⁹ *Griller*, ZfRV 1995, 89 (95).

⁵⁸⁰ *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht IV, BeitrittsBVG Rz 21; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁷ Rz 136.

⁵⁸¹ *Baumgartner*, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz, 88 ff.

⁵⁸² Vgl oben III.

EU-Beitritt Österreichs bewirkten Änderungen sei jedoch das Regel-Ausnahme-Verhältnis so weit umgekehrt worden, dass sich aus dieser Änderung ein neues Baugesetz ergeben würde. Den wesentlichen Gehalt des so neu geschaffenen Grundprinzips ortet Baumgartner in der EU-Mitgliedschaft Österreichs und den Rechtswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf die innerstaatliche Rechtsordnung.

b) Kritik

Die mE nicht zutreffende These, dass durch den ermächtigenden Charakter des BeitrittsBVG den ermächtigten Organen die Möglichkeit zukäme, im Verfahren nach Art II BeitrittsBVG – und damit ohne Volksabstimmung – eine Beendigung der EU-Mitgliedschaft Österreichs herbeizuführen, und aus diesem Grund das Bestehen eines eigenständigen Prinzips der EU-Mitgliedschaft nicht angenommen werden kann, wurde bereits oben behandelt.⁵⁸³

Zuzustimmen ist der Ansicht von *Rill/Schäffer*, dass zur Schaffung eines neuen Grundprinzips jedenfalls ein entsprechender Wille des Verfassungsgesetzgebers vorhanden und insb unter Zuhilfenahme der Gesetzesmaterialien ermittelbar sein muss. Wesentliche dogmatische Grundlage der Ermittlung der verfassungsrechtlichen Grundordnung ist eine induktive Betrachtung der gesamten Bundesverfassungsrechtsordnung. Führte nun aber eine induktive Gesamtbetrachtung zum Ergebnis, dass durch eine Verfassungsänderung im Verfahren nach Art 44 Abs 3 1.Fall B-VG ein neues Grundprinzip geschaffen wurde, müsste sich der gesamtändernde Bundesverfassungsgesetzgeber wohl zusinnen lassen, ein neues Prinzip geschaffen zu haben, selbst wenn ein entsprechender Wille nicht ausdrücklich kundgetan wurde; dies muss jedenfalls gelten, sofern der Verfassungsgesetzgeber dem auf Grund der Zusinnbarkeit erreichten Ergebnis nicht ausdrücklich widerspricht.⁵⁸⁴ Dieses Ergebnis kann sich auch auf die nach der zutreffenden herrschenden Meinung zur Bestimmung der verfassungsrechtlichen Grundordnung heranzuziehende induktive Methode stützen. Andernfalls wäre es nämlich schwierig, den für die Grundordnung maßgeblichen Fassungen des B-VG andere Grundprinzipien zu entnehmen als die ausdrücklich im Text verankerten⁵⁸⁵, nämlich jene, die sich alleine aus der Systematik des B-VG ergeben, nicht aber aus weiteren Erklärungen des historischen Verfassungsgesetzgebers.

Öhlingers Ansicht ist ebenfalls nicht zuzustimmen. Das von *Baumgartner* ins Treffen geführte Argument, ein Dispens sei lediglich eine partielle Ausnahme, wohingegen die

⁵⁸³ Vgl oben XII.D.1.

⁵⁸⁴ Zu dieser Zusinnbarkeitsthese vgl *Rill*, Hermeneutik, in *Vetter/Potacs*, Hermeneutik, 62 f; *Schäffer* in FS *Rill*, 595 (605 f).

⁵⁸⁵ Nämlich das demokratische, republikanische und bundesstaatliche Prinzip, die in Art 1 und 2 B-VG genannt sind.

Übernahme des Unionsrechts eine massive und nachhaltige Veränderung bewirkt habe, vermag die Ansicht *Öhlingers* alleine jedoch nicht zu widerlegen, da sich dessen Argument auf die mangels Bezeichnung nicht erfolgte Rangkoordination stützt, wofür das Ausmaß der Änderungen nicht erheblich ist. Allerdings übersieht *Öhlinger* mE, dass die Unterscheidung zwischen „Verfassungsänderung“ und „Verfassungsdurchbrechung“ (nicht nur, aber auch)⁵⁸⁶ im hier interessierenden Zusammenhang nicht relevant ist, sondern vielmehr die Öffnung der Grundordnung für die Rechtsordnung der EU. Dass im Zuge dieser Öffnung ein Derogationsverhältnis entstanden ist, wurde bereits dargelegt. Damit spielt jedoch die Bezeichnung der entsprechenden Bestimmungen des Unionsrechts keine Rolle, sondern alleine der materielle Gehalt der jeweiligen Bestimmung im Verhältnis zur verfassungsrechtlichen Grundordnung.

c) Ergebnis

Im Lichte der dargestellten Lehrmeinungen und der bisherigen Ergebnisse der vorliegenden Arbeit schiene es zumindest möglich, die Ablehnung eines verfassungsrechtlichen Grundprinzips der EU-Mitgliedschaft Österreichs stärker in Frage zu stellen als bislang der Fall. Zwar mag der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1995 die Schaffung eines neuen Prinzips nicht ausdrücklich genannt oder vor Augen gehabt haben, er wollte aber jedenfalls die Möglichkeit einer Adaption der verfassungsrechtlichen Grundordnung dahingehend schaffen, dass dem Geltungsanspruch des Unionsrechts vollständig entsprochen werden sollte.

Ausgehend von dieser grundlegenden Position des gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgebers lässt sich ihm allerdings mE weder der ausdrückliche Wille, ein neues Grundprinzip der Bundesverfassung zu schaffen, noch das Gegenteil hievon zusinnen. Um hier zu einem Ergebnis zu gelangen, wird daher vor allem auf eine induktive Gesamtschau der Grundordnung zurückzugreifen sein. Ein neues Grundprinzip kann dann angenommen werden, wenn sich die Auswirkungen auf die Grundordnung gesamthaft als mehr darstellen als die „Summe der einzelnen Teile“, dh partieller Auswirkungen auf einzelne Prinzipien.

Durch die Bindung an das Unionsrecht wurde dem österreichischen gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgeber ein beachtlicher Teil seiner Dispositionsbefugnis über die verfassungsrechtliche Grundordnung entzogen. Darüber hinaus macht Art 6 Abs 1 EUV grundlegende Vorgaben dahingehend, wie das österreichische Staatswesen zu organisieren ist,

⁵⁸⁶ Zur positivrechtlich unerheblichen Differenzierung zwischen Verfassungsdurchbrechung und Verfassungsänderung vgl oben V.B und V.G.

was im Lichte der voranstehenden Ausführungen die Annahme, dass ein neues Grundprinzip geschaffen wurde, rechtfertigen könnte. Durch die Verbindung mehrerer Grundprinzipien in Art 6 Abs 1 EUV ist nämlich die Möglichkeit der beliebigen inneren Modifikation der verfassungsrechtlichen Grundordnung im Wege der Gesamtänderung der Bundesverfassung beseitigt worden. Als Folge der Mitgliedschaft in der EU wurde somit das Verhältnis der Grundprinzipien zueinander zwar nicht absolut festgeschrieben, jedenfalls aber enger verzahnt. Dennoch ist das Vorliegen eines abstrakten Grundprinzips EU-Mitgliedschaft im Ergebnis zu verneinen: Es kann bei einem solchen (hypothetischen) Grundprinzip nicht auf die Mitgliedschaft Österreichs in der EU per se ankommen, da durch die Annahme des Bestehens eines Grundprinzips EU-Mitgliedschaft ohne Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Ausgestaltung der EU (die ja selbst ein dynamisches Gebilde ist) jegliche Weiterentwicklung der EU von den innerstaatlichen verfassungsrechtlichen Vorgaben entkoppelt wäre. Dies ist nach einhelliger Meinung jedoch nicht der Fall, vielmehr ist jede Weiterentwicklung der Verfasstheit der EU am innerstaatlichen Verfassungsrecht zu messen.⁵⁸⁷

Nicht zu leugnen ist hingegen der Umstand, dass sich durch die Mitgliedschaft in der EU jedenfalls erhebliche Modifikationen der verfassungsrechtlichen Grundordnung ergeben haben, die sich aus deren Verhältnis zum Primärrecht – hier insb Art 6 Abs 1 EUV – ergeben. Ob sich diese Modifikationen allerdings zu einem eigenen Prinzip verdichten, ist eine reine Frage der inneren Systematik der verfassungsrechtlichen Grundordnung und hat mit der Frage der Beendigung der Mitgliedschaft Österreichs in der EU nichts zu tun. Ein solches Grundprinzip wäre daher auch kein Grundprinzip „EU-Mitgliedschaft“, sondern zweckmäßigerweise eher als Grundprinzip „Summe jener Bestimmungen der verfassungsrechtlichen Grundordnung, die durch das Unionsrecht eine Modifikation erfahren haben“ zu bezeichnen. Allerdings lässt sich schon alleine auf Grund dieser Bezeichnung erahnen, dass eine solche Annahme doch einigermaßen künstlich wäre.

E. Exkurs: Weitergeltung als Gewohnheitsrecht bzw allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts?

1. Allgemeines

Sollte es Österreich trotz der beschriebenen hohen Hürden dennoch gelingen, sich durch die Beendigung seiner Mitgliedschaft in der EU seiner Bindungen aus Art 6 Abs 1 EUV sowie der anderen zu einer demokratischen Staatsorganisation verpflichtenden Bestimmungen zu entledigen, stellt sich noch die Frage, ob sich aus den Regeln des allgemeinen Völkerrechts

⁵⁸⁷ Vgl etwa Rill/Schäffer in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht I, Art 44 B-VG Rz 52 mwN.

(dh va des Gewohnheitsrechts) eine über die EU-Mitgliedschaft hinausreichende Bindung an die Grundsätze des Art 6 Abs 1 EUV ergeben könnte. Ob dies der Fall sein kann, hängt vor allem von dem Verständnis ab, das man Art 9 Abs 1 B-VG zu Grunde legt.

2. Völkerrechtliche Grundsätze im B-VG

Die Stellung der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts im österreichischen Recht regelt Art 9 Abs 1 B-VG. Nach dieser Bestimmung gelten diese Regeln, die das Völkergewohnheitsrecht und die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze des Völkerrechts umfassen,⁵⁸⁸ als Bestandteile des Bundesrechts. Ob diese Regeln den Verfassungsgesetzgeber binden, ist nicht vollständig geklärt, nachdem Art 9 Abs 1 B-VG mangels eines speziellen Transformationsverfahrens keine Rangzuweisung für diese Regeln vorsieht.

Der VfGH nimmt in seiner Rsp an, dass die durch Art 9 Abs 1 B-VG transformierten Völkerrechtsregeln im Rang einfachen Gesetzesrechts stehen.⁵⁸⁹ Die in der Lit herrschende Meinung folgt hingegen der von *Rill*⁵⁹⁰ entwickelten Mezzanintheorie, nach der diese Regeln rangmäßig zwischen einfachem Bundesrecht und Bundesverfassungsrecht stehen. Zur Verneinung des Verfassungsranges stützt sie sich auf den Wortlaut von Art 9 Abs 1 B-VG, der nur von Bundesrecht, nicht aber von Bundesverfassungsrecht spricht, die Geltung als Bundesverfassungsrecht bedürfe jedoch gem Art 44 und 50 B-VG einer ausdrücklichen Bezeichnung. Überdies rezipiere Art 149 B-VG gewisse Bestimmungen des StV von St. Germain ausdrücklich als Verfassungsbestimmungen, was Art 9 Abs 1 B-VG gerade eben nicht tut. E contrario sei deshalb eine Differenzierung im Sinne einer Durchbrechung dieses Grundsatzes durch Art 9 B-VG nicht anzunehmen.⁵⁹¹ Vielmehr ist nach dieser Theorie von Relevanz, ob in Art 9 B-VG oder an anderer Stelle die Bindung des einfachen Gesetzgebers an die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts ausgeschlossen wird. Da ein solcher Bindungsausschluss nicht normiert ist, binden die allgemeinen Regeln des Völkerrechts den einfachen Gesetzgeber qua Art 9 B-VG, woraus sich die Zwischenstufe der allgemeinen Regeln des Völkerrechts ergibt.⁵⁹²

Im Gegensatz dazu geht die sog Analogietheorie von einer materiellen Einordnung der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts aus. *Ermacora*⁵⁹³ geht vom Konzept dynamischer Transformation aus, staatliches Recht kommt somit gegen allgemeine Regeln des

⁵⁸⁸ Vgl *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 9 B-VG Rz 6 f.

⁵⁸⁹ VfSlg 2680/1954.

⁵⁹⁰ *Rill*, Der Rang der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts, ZÖR 1959/1960, 439.

⁵⁹¹ *Rill*, ZÖR 1959/60, 439 (446); *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 9 B-VG Rz 23 mwN; *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft II, 51 f.

⁵⁹² *Rill*, ZÖR 1959/60, 439 (447).

⁵⁹³ *Ermacora*, Verfassungsgerichtshof, 354.

Völkerrechts überhaupt nicht zu Stande, da ihm durch die permanente Transformation sofort wieder derogiert wird. *Walter*⁵⁹⁴ hingegen schränkt diese Idee dahingehend ein, dass Art 9 Abs 1 B-VG zwar als dauernder Transformator wirkt, sich in dieser Wirkung allerdings nicht auf innerstaatlich aufgehobene Vorschriften erstreckt. Andere Theorien siedeln die gemäß Art 9 Abs 1 B-VG transformierten Regeln im Verfassungsrang an⁵⁹⁵ oder sehen in Art 9 B-VG einen bloßen Programmsatz⁵⁹⁶.

3. Ergebnis

Unabhängig davon, dass der Nachweis einer völkergewohnheitsrechtlichen Bindung des österreichischen Verfassungsgesetzgebers an ein dort „geregeltes“ demokratisches Prinzip wohl bereits auf völkerrechtlicher Ebene kaum bis gar nicht geführt werden könnte,⁵⁹⁷ steht es auf Basis der herrschenden Lehre der Mezzanintheorie bereits dem einfachen Verfassungsgesetzgeber frei, sich der Bindung von aus Art 9 Abs 1 B-VG transformierten Normen des allgemeinen Völkerrechts durch Erlassung eines einfachen BVG zu entziehen.

Die alleinige Möglichkeit, eine weiter reichende Bindung an die Grundsätze des Völkerrechts anzunehmen, böte sich daher auf Grund der Analogietheorie, wo die völkerrechtlichen Bestimmungen Verfassungsrang oder gar den Rang der verfassungsrechtlichen Grundordnung einnehmen würden. Doch selbst dort ist bloß der einfache Verfassungsgesetzgeber an gewisse Schranken gebunden.

Einschränkend ist zuerst anzunehmen, dass selbst eine durch Art 9 Abs 1 B-VG transformierte Norm nicht im Rang der verfassungsrechtlichen Grundordnung stehen kann. Hierzu müsste nämlich Art 9 Abs 1 B-VG Teil der verfassungsrechtlichen Grundordnung

⁵⁹⁴ Vgl. *Walter*, Bundesverfassungsrecht, 170 FN 34. *Öhlinger* geht in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 9 B-VG Rz 19 davon aus, dass sich die Theorie *Walters* als argumentum ad absurdum selbst widerlege, da als Konsequenz dieser Theorie jedes österreichische Organ, das eine allgemeine Völkerrechtsregel anwenden will, zu prüfen hätte, ob diese Norm nicht zwischenzeitlich innerstaatlich aufgehoben worden ist.

Diese Argumentation ist jedoch methodisch unhaltbar: Zum einen hat jedes Organ vor Anwendung einer Norm zu prüfen, ob sie (noch) in Geltung steht, zum anderen hat schon *Walter* in dem vom *Öhlinger* kritisierten Text gleichsam antizipativ und zutreffend erörtert, dass die Frage nach der Bindung von Organen den Blick auf das eigentliche Problem, nämlich die Frage der Stellung von Rechtssatzformen zueinander verstellt.

⁵⁹⁵ So *Köck*, Das allgemeine Völkerrecht, in *Schambeck*, Das Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 763; *Hellbling*, Art 9 B-VG einmal einfach gesehen, in FS Merkl, 71 (94).

⁵⁹⁶ So *Rotter*, Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts im österreichischen Verfassungsrecht, ZÖR 1976, 1 (30).

⁵⁹⁷ Zu den Voraussetzungen der Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählt insb, dass eine von einer rechtlichen Überzeugung getragene dauerhafte staatliche Praxis besteht, vgl hierzu *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 9 B-VG Rz 6. Dass eine derartige Übung nach der Beendigung der Bindung an Art 6 Abs 1 EUV bestehen könnte, erscheint nur schwer vorstellbar.

sein, da ansonsten das im höchsten Rang (verfassungsrechtliche Grundordnung) transformierte Recht durch rangmäßig niedrigeres Recht außer Kraft gesetzt werden könnte.⁵⁹⁸ Dass Art 9 Abs 1 B-VG der verfassungsrechtlichen Grundordnung zuzurechnen ist, ist angesichts des dem B-VG zu Grunde liegenden Prinzips des Vorrangs staatlichen Rechts vor dem Völkerrecht nicht anzunehmen.⁵⁹⁹ Damit könnte aber der gesamtändernde Verfassungsgesetzgeber jegliche Änderung der Bundesverfassung anordnen, die entsprechende völkerrechtliche Verpflichtung würde invalidieren.

Der einfache Bundesverfassungsgesetzgeber hingegen müsste, um einer diesfalls einfachverfassungsgesetzlichen Bindung zu entgehen, Art 9 Abs 1 B-VG ändern, woran er wiederum durch nichts gehindert ist. Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass eine Bindung des Verfassungsgesetzgebers an demokratische Prinzipien qua Art 9 Abs 1 B-VG nicht in der Form aufrechterhalten werden kann, wie sie derzeit aus Art 6 Abs 1 EUV erfließt.

⁵⁹⁸ Vgl zu diesem Schutzfunktionsprinzip oben XI.C.3. (b) (4).

⁵⁹⁹ Vgl ausführlich *Öhlinger* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht II/1, Art 9 B-VG Rz 23 mwN.

XIV. Ausblick: Verfassungsvertragsentwurf, Reformvertrag von Lissabon und deren Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Grundordnung

A. Allgemeines

Das geltende Primärrecht, insb die institutionelle Ausgestaltung der Union, ist seit dem Beitritt von zehn Staaten im Jahr 2004 und weiterer zwei Staaten im Jahr 2007 nicht mehr in der Lage, die Entscheidungsfindung und Rechtsetzung in der EU effizient zu regeln. Insb ist es mit dem NV nicht gelungen, die als bestehend erkannten Defizite auszuräumen.⁶⁰⁰ Eine grundlegende Neugestaltung der vertraglichen Grundlagen der Union war daher notwendig.

Der ursprüngliche Versuch einer grundlegenden Neukodifikation des gesamten Primärrechts war der Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE), der jedoch nicht in Geltung treten konnte, da der Ratifikationsprozess nach zwei gescheiterten Referenden in Frankreich und den Niederlanden nicht fortgesetzt wurde.⁶⁰¹ Nach einer Nachdenkpause wurde daher der Reformvertrag von Lissabon erarbeitet. An Stelle einer vollständigen Neukodifikation des Primärrechts kam es zu einer Überarbeitung der bisherigen vertraglichen Grundlagen der EU bzw soll es zu einer solchen kommen. Der EUV soll nach diesem Vertragswerk seine Bezeichnung behalten, der EGV hingegen wird in Folge des Aufgehens der EG in der EU zum Vertrag über die Arbeitsweise der EU (VAEU).

Beiden Verträgen ist gemein, dass sie nicht dem geltenden Rechtsbestand angehören, sondern sich in der Phase der Ratifikation durch die Mitgliedstaaten befinden. Der VVE wird nach der Ablehnung in zwei Referenden wohl niemals in Kraft treten, nachdem keine weiteren Ratifikationsvorgänge gesetzt werden. Hinsichtlich des LV, der die wesentlichen Regelungen des VVE gleichsam „retten“ soll, ohne zugleich die stark ausgeprägte Verfassungssymbolik des VVE zu übernehmen,⁶⁰² wäre eine Prognose reine Spekulation, da der Ratifikationsprozess zwar noch im Gang ist, aber Irland sich in einem (ersten) Referendum gegen die Ratifikation des Vertrages ausgesprochen hat und der weitere politische Verlauf der

⁶⁰⁰ Fischer, Der Vertrag von Lissabon, 17.

⁶⁰¹ Fischer, Vertrag, 20 f.

⁶⁰² Vgl. Terhechte, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag? EuR 2008, 143 (175, 188), der davon spricht, dass der LV im Vergleich zum VVE einige rhetorische Rückstufungen erfahren hat, jedoch zu ca 95 % mit dem VVE inhaltsgleich ist.

Ratifikation noch nicht absehbar ist.⁶⁰³ Dennoch scheint es zweckmäßig, in einem Ausblick auf diese Vertragswerke einzugehen, da aus den Entwürfen jedenfalls klar erkennbar wird, in welche Richtung sich die rechtspolitischen Pläne für das Primärrecht bewegen. Dass in diesem Kapitel auch der gescheiterte VVE behandelt wird, obwohl er nicht in Kraft treten wird, liegt daran, dass die hierzu verfügbare Lit noch wesentlich breiter ist, als dies momentan hinsichtlich des LV der Fall ist. Überdies sind die Parallelen zwischen VVE und dem LV so erheblich, dass im Zuge der Ratifikation des LV in beachtlichem Ausmaß auf Diskussionen rekuriert wurde, die im Zuge der Ratifikation des VVE geführt wurden.⁶⁰⁴

B. Neuformulierung des Prinzipienkatalogs

Sowohl VVE als auch im EUV idF des LV entalten dem Wortlaut von Art 6 Abs 1 EUV idGF sehr ähnliche Bestimmungen. Art I-2 VVE besagt, dass es sich bei den Werten, auf die sich die Union gründet, um die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören, handelt. Nach Satz 2 *leg cit* sind diese Werte allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet. Art 1a (2) EUV idF des LV⁶⁰⁵ übernimmt diese Formulierung wortgleich.

Im Vergleich zu Art 6 Abs 1 EUV fallen zwei wesentliche Unterschiede ins Auge. So ist zum Ersten die wesentlich erweiterte Formulierung der neuen Bestimmungen auffällig, die nicht nur die Achtung der Menschenwürde und die Wahrung von Minderheitenrechten ausdrücklich in ihren Prinzipienkatalog aufnimmt, sondern überdies in ihrem zweiten Satz stark wertbezogene Anforderungen an die Gesellschaft der Union festschreibt. Außerdem sprechen die neuen Vertragsbestimmungen ausdrücklich nicht mehr von Grundsätzen, auf denen die EU beruht, sondern von Werten, auf die sich die EU gründet. Es lässt sich aus diesen Unterschieden allerdings nicht ableiten, dass Art 1a (2) EUV idF des LV einen wesentlich

⁶⁰³ Die grundlegenden Bedenken, dass Deutschland aus verfassungsrechtlichen Gründen den LV nicht ratifizieren könnte, habe sich als nicht begründet erwiesen. Zwar hat das BVerfG jüngst das dt Zustimmungsgesetz zum LV als verfassungswidrig aufgehoben, den Vertrag im Übrigen aber als mit dem GG vereinbar angesehen (BVerfG 30.6.2009, 2 BvR 1010/08 ua).

⁶⁰⁴ Vgl hierzu den AB 484 BlgNR 23 GP 23.

⁶⁰⁵ Die doppelte Artikelbezeichnung ergibt sich aus der hinsichtlich des Vertrages gewählten Novellierungstechnik. Da es sich beim Vertrag von Lissabon nicht um eine Neukodifikation handelt, werden die neuen Bestimmungen in die Verträge eingefügt. Um eine allzu komplexe Artikelbezeichnung zu vermeiden, werden die Art im Vertrag neu nummeriert. Zur besseren Orientierung werden die alte Bezeichnung und die neue Bezeichnung genannt, die neue Artikelnummer ist die in Klammer stehende.

anderen Norminhalt erhalte, als er Art 6 Abs 1 EUV innewohnt. So betont *Fischer*⁶⁰⁶ zutreffend, dass dem Umstand, dass anstelle von Grundsätzen nunmehr Werte normiert werden, keine Änderung des normativen Gehalts dieser Bestimmung zu entnehmen ist, allerdings ohne dies näher zu begründen.⁶⁰⁷ Dass diese Ansicht zutrifft, ergibt sich aus der Funktion von Verfassungsstrukturprinzipien, die grundsätzliche und ideologische Wertungsentscheidungen positivieren sollen.⁶⁰⁸ In diesem Lichte ist die Bezeichnung der zu Strukturprinzipien erklärten Grundsätze bzw Werte rechtlich nicht erheblich, da jeder rechtlich positivierte leitende Verfassungsgrundsatz einen Wert im Recht verankert, den der Verfassungsgesetzgeber auf Grund einer Wertentscheidung als verankerungswürdig angesehen hat.

Ähnlich verhält es sich mit dem stark erweiterten Wertekatalog. Der zweite Satz der neu formulierten Grundsatzbestimmung drückt wie bereits bisher aus, dass die Mitgliedstaaten an die in Satz 1 normierten Werte gebunden sind. Der Bezug auf bestimmte Kriterien, nach denen diese Gesellschaften ausgestaltet sind, ist jedoch mE eine lediglich deklarative Verstärkung der bereits zuvor normierten Werte. Insbesondere lässt sich auf Grund der Formulierung nicht annehmen, dass eine Verselbständigung der in Satz 1 normierten Werte von der Induktionsbasis der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen⁶⁰⁹ stattfinden soll.

Nicht viel anders verhält es sich mit den neu „hinzugekommenen“ Werten im ersten Satz von Art I-2 VVE bzw Art 1a (2) EUV idF des LV. Die Achtung von Minderheitenrechten ist ein unbestrittenes Kriterium rechtsstaatlicher Demokratie, da ansonsten die Demokratie zur bloßen Diktatur der Mehrheit ausarten würde.⁶¹⁰ Etwas problematischer scheint diese Begründung hinsichtlich des Wertes der Achtung der Menschenwürde, der etwa in der Rsp des BVerfG zu Art 1 GG eine weit reichende rechtliche Selbständigkeit zukommt,⁶¹¹ was zu der Annahme führen könnte, dass hier ein neues Prinzip eingeführt werden sollte, das über die bisherigen in Art 6 Abs 1 EUV normierten Grundsätze hinausgeht.⁶¹²

Ein derartiges Verständnis ließe sich jedoch auf Grund der zur Ermittlung des Sinngehalts der Grundsätze bzw Werte, wie sie in Art 6 Abs 1 EUV, Art I-2 VVE und Art 1a (2) EUV idF des

⁶⁰⁶ *Fischer*, Vertrag, 110.

⁶⁰⁷ *Hatje/Kindt*, Der Vertrag von Lissabon – Europa endlich in guter Verfassung? *EuZW* 2008, 1761 (1765). aM *Terhechte*, *EuR* 2008, 143 (153 f), der davon ausgeht, dass der LV die Wertedimension der EU stark anreichert, er leitet dies jedoch aus der neuen Textierung der Grundsatzbestimmung und einiger Bestimmungen in den Verträgen, nicht aber aus der Überschrift der Homogenitätsklausel ab.

⁶⁰⁸ Vgl *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 69 f.

⁶⁰⁹ Vgl hierzu oben VII:C.2.

⁶¹⁰ Vgl hierzu bereits oben IV.E.2.

⁶¹¹ Vgl *Starck* in *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz I⁴, Art 1 Abs 1 GG Rz 13; der konkrete Gehalt der Menschenwürde lässt sich jedoch nur einzelfallbezogen ermitteln.

⁶¹² *Hatje/Kindt*, *EuZW* 2008, 1761 (1765).

LV festgeschrieben sind, maßgeblichen Induktionsmethode nicht begründen. Es handelt sich nämlich, wie *Pernthaler*⁶¹³ richtigerweise darlegt, bei der Menschenwürde um ein dem positiven Recht transzendentes „Prinzip“, das erst im Zusammenhalt mit einer konkreten Grundrechtsordnung fassbar wird. Ansonsten bleibt es eine bloße naturrechtliche Leerformel, aus der sich dogmatisch nichts gewinnen lässt.

Damit lässt sich das Prinzip der Menschenwürde allerdings in einem induktiven Verfassungsvergleich nicht zu einem rational begründbaren und normativ eigenständigen rechtlichen Gehalt verdichten, sondern stellt sich – ähnlich wie auch das Prinzip der Freiheit, das für sich gesehen ebenfalls kaum normativ definieren lässt⁶¹⁴ – als Manifestation jener Verfassungsinhalte der Mitgliedstaaten dar, die auch die Grundsätze der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit mit Inhalt erfüllen.⁶¹⁵

Im Ergebnis führen die Änderungen im Wortlaut von Art 6 Abs 1 EUV nicht zu einem veränderten Inhalt dieser Norm, die stärkere Wertbezogenheit und die damit verbundene wertbezogene Aufladung des Normtextes dürfte aus der verstärkten „Verfassungssymbolik“ des VVE resultieren. Nicht übersehen werden darf allerdings, dass durch die Vertragsrevision neben der grundsätzlich vorherrschenden induktiven Bestimmung des Gehalts der Nachfolgebestimmungen von Art 6 Abs 1 EUV durch die neu in die Verträge aufgenommenen Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze der EU (Art I-46 VVE bzw Art 8a [10] LV) und die neu normierte Verbindlichkeit der GrCH der deduktiven Bestimmung dieses Gehalts auf Grund der Verträge selbst mehr Gewicht zukommt. Dies ändert inhaltlich allerdings auch nichts: Die GrCH bildet nämlich lediglich die bereits zuvor als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannten Grundlagen ab,⁶¹⁶ ihre Rechtsverbindlichkeit bezieht sich jedoch jeweils nur auf den Vollzug des Unionsrechts. Hieraus lässt sich keine wesentliche Änderung der materiellen Bindung der Mitgliedstaaten ableiten.⁶¹⁷

Die Bestimmungen der Art I-46 VVE und 8a (10) EUV idF der LV legen wortgleich fest, dass die Arbeitsweise der Union auf der repräsentativen Demokratie beruht (Abs 1), Abs 2 legt fest, dass die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten sind. Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um eine Deklaration,⁶¹⁸ die

⁶¹³ *Pernthaler*, Braucht ein positivrechtlicher Grundrechtskatalog das Rechtsprinzip der Menschenwürde? in FS Schäffer, 613 (618 f).

⁶¹⁴ Vgl zu den wenig bestimmbareren Inhalten des Freiheitsbegriffs in Art 6 Abs 1 EUV schon *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 6 EUV Rz 11.

⁶¹⁵ Vgl *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV³, Art 1 GrCH Rz 25.

⁶¹⁶ Vgl oben VII.C. 3. c).

⁶¹⁷ Einzig die allgemeine Gerichtsgarantie gem Art 47 GrCH geht über den status quo deutlich hinaus; vgl hierzu *Klingenbrunner/Raptis*, JRP 2008, 139 (144 f).

⁶¹⁸ *Fischer*, Vertrag, 121.

jedoch die Erkenntnis bestärkt, dass es sich beim Grundsatz der repräsentativen Demokratie um einen gemeinsamen Verfassungsgrundsatz der Mitgliedstaaten handelt.⁶¹⁹

C. Erweiterter bzw erstmaliger Anwendungsvorrang?

1. Allgemeines

Mit der Neugestaltung der Verträge ist eine grundlegende Neuordnung der Struktur der EU verbunden. Die wohl wesentlichste Änderung ist die Auflösung der Säulenstruktur der Union bzw die Neugründung einer einheitlichen, supranationalen Union. Dies wirft die Frage auf, welche Auswirkungen diese grundsätzlich institutionelle Neugestaltung auf die bislang im nicht durchgehend als supranational anerkannten Bereich des EUV hat. Dies hat insbesondere im Hinblick auf Art 6 Abs 1 EUV erhebliches Gewicht, da seine Aufwertung einen beachtlichen Effekt auf die mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen haben könnte.

2. Auflösung der Säulenstruktur

a) Regelung in den Verträgen

Die Auflösung der Säulenstruktur im VVE bewirkt, dass die bislang nicht der ersten Säule angehörigen Regelungsbereiche der Verträge in der gemeinsamen Struktur, die der VVE begründet, aufgehen. Dies ergibt sich aus Art I-1 VVE, der die Gründung einer einzigen Union normiert.⁶²⁰ Die Einheitlichkeit dieser Struktur findet ihren Ausdruck auch in Art I-7 VVE, der festlegt, dass die EU Rechtspersönlichkeit besitzt.

Zwar bestehen im VVE nach wie vor Sonderregeln hinsichtlich der vormaligen zweiten und dritten Säule weiter, die es erlauben, weiterhin von unterschiedlichen Integrationsstufen zu sprechen.⁶²¹ Dies ist jedoch mE hinsichtlich der Homogenitätsklausel in Art I-2 VVE unbeachtlich, da diese Sonderregeln die operative Ausübung gewisser Politikbereiche determinieren, der dort vorzufindende geringere Integrationsgrad aber nicht mehr mit der Rechtsnatur der vertraglichen Grundlage in Zusammenhang gebracht werden kann. Hierfür spricht auch der Umstand, dass Art I-6 VVE festlegt, dass die Verfassung Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben soll, ohne zwischen bestimmten Vertragsteilen zu

⁶¹⁹ Vgl *Ruffert in Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union, Art I-46 VVE Rz 2 ff.

⁶²⁰ Vgl hierzu *Calliess in Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-1 VVE Rz 7.

⁶²¹ So *Wichard in Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-7 VVE Rz 1. Beachtlich sind idZ auch die Regelungen in IV-448 Abs 3 und Art 9 des Protokolls über die Übergangsbestimmungen vom geltenden Primärrecht zum LV, die im Wesentlichen bestimmen, dass bestehende Rechtsakte so lange in Geltung bleiben, bis sie von den Organen abgeändert, aufgehoben oder für nichtig erklärt werden. Das Sekundärrecht der EU wird daher noch für einige Zeit nach Inkrafttreten des EUV intergouvernemental bleiben, wobei abzuwarten bleibt, wie der EuGH mit dieser Übergangslösung umgehen wird.

differenzieren. Eine ausdrückliche Vorrangklausel enthält der LV im Gegensatz zum VVE nicht, doch auch der LV löst die Gliederung der EU nach Säulen auf. Dies ergibt sich primär aus Art 1 EUV idF des LV, der die Gründung einer einheitlichen Europäischen Union proklamiert, deren Grundlagen der EUV und der VAEU sind. Darüber hinaus legt der künftige Art 1 EUV fest, dass die Verträge rechtlich gleichrangig sind, und dass die EU an die Stelle der EG tritt, deren Rechtsnachfolger sie ist. Hierdurch wird eine einheitliche Rechtsordnung geschaffen und das vormalig differenzierte Rechtssystem der Verträge zusammengeführt.⁶²² Dass die Union Rechtspersönlichkeit besitzt, legt Art 46a (47) EUV fest. An Stelle der ausdrücklichen Vorrangklausel findet sich in der Erklärung Nr 17 der Regierungskonferenz der Hinweis, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rsp des EuGH unter den in dieser Rsp festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.⁶²³

b) Konsequenzen

Aus der soeben dargestellten Vereinheitlichung der Struktur der EU können sich durchaus gewichtige Konsequenzen für die Homogenitätsbestimmungen ergeben. Der Einwand, der hinsichtlich Art 6 Abs 1 EUV erhoben wird, er sei bloß eine völkerrechtliche Bestimmung, deren Einhaltung weitest gehend im Belieben der Mitgliedstaaten stünde, kann hinsichtlich der Nachfolgebestimmungen von Art 6 Abs 1 EUV mit Sicherheit nicht mehr erhoben werden, da die EU nur mehr supranationale vertragliche Grundlagen haben wird⁶²⁴ und sich im Primärrecht keine innere Differenzierung zwischen den Regeln des EGV und des EUV mehr findet.

Dies kann in der Konsequenz nichts anderes bedeuten, als dass die Nachfolgebestimmungen von Art 6 Abs 1 EUV Teil des supranationalen Primärrechts sind und damit potenziell in der Lage sind, mitgliedstaatliches Recht zu verdrängen. ME sind die an Art 6 Abs 1 EUV

⁶²² *Fischer*, Vertrag, 109.

⁶²³ *Terhechte*, EuR 2008, 143 (155); vgl auch das bei *Fischer*, Vertrag, 505 f abgedruckte Gutachten des juristischen Dienstes des Rates, wo darauf hingewiesen wird, dass der Umstand, dass dieser Vorrang nicht im Vertrag erwähnt wird, nichts an dessen Existenz und der bestehenden Rsp des EuGH ändert.

⁶²⁴ Vgl auch *Streinz*, Aufbau des Verfassungsvertrages, in *Hummer/Obwexer*, Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, 87; *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, Art I-1 VVE Rz 7; *Hatje/Kindt*, EuZW 2008, 1761 (1762) relativieren dies dahingehend, dass die Anwendung des Vorranges in der zweiten und dritten Säule noch für Diskussionen sorgen dürfte. *Terhechte*, EuR 143 (155, 178) geht hingegen davon aus, dass die GASP weiterhin intergouvernemental bleiben wird, da sie im Vertrag nicht der supranationalen Methode unterworfen wird. Die letztgenannte Ansicht ist mE unzutreffend, da sie übersieht, dass mit der Vereinheitlichung der vertraglichen Grundlagen der EU auch eine grundlegende Homogenisierung der rechtlichen Grundlagen der Handlungsformen der Union einhergeht.

anknüpfenden Vertragsbestimmungen damit als eine spezifisch zielgerichtete, eigens geregelte Ausprägung der Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten der EU gegenüber zu sehen. Nach Ansicht der hL wäre dieser qualitative Sprung wohl von großem Gewicht für das Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Union. Wie bereits dargelegt ist Art 6 Abs 1 EUV jedoch bereits nach der geltenden Rechtslage keine rein völkerrechtliche Bestimmung, sondern bindet die Mitgliedstaaten in erheblich weiterem Umfang und hätte auch nach dieser Rechtslage des Potenzial, sich in Richtung einer sektoral besonders ausgeprägten Loyalitätspflicht zu entwickeln.⁶²⁵

Es ist daher folglich auch am zweckmäßigsten, zur Interpretation dieser spezifischen Loyalitätspflicht auf die vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Anwendung der „alten“, allgemeinen Loyalitätspflicht zurückzugreifen.⁶²⁶ Wendet man die vom EuGH hinsichtlich der „herkömmlichen“ gemeinschaftsrechtlichen Loyalitätspflicht entwickelten Grundsätze an, setzt die Wirkung dieser Bestimmungen erst bei einer verhältnismäßig weit reichenden Konkretisierung der abstrakten Verpflichtung ein.⁶²⁷ Vor dem Einsetzen dieser Wirkung besteht mE kein signifikanter Unterschied zur bisherigen Rechtslage. Der Schritt von der bisherigen Rechtslage zur künftigen Rechtslage stellt sich folglich nach der hier vertretenen Ansicht als nicht derart gravierend dar, wie dies die hL sehen würde.

3. Sonstige Unbeachtlichkeit der ausdrücklichen Vorrangklausel

Neben dieser strukturellen Umgestaltung der EU und deren Auswirkungen auf das Unionsrecht nimmt sich die Wirkung der in Art I-6 VVE aufgenommenen ausdrücklichen Vorrangklausel eher bescheiden aus. Art I-6 VVE schränkt den Vorrang des VVE und des Sekundärrechts nämlich ausdrücklich auf Akte ein, die im Rahmen der Ausübung von Zuständigkeiten der Union gesetzt werden, bewirkt also keine Balanceverschiebung hinsichtlich der Frage, ob ein Mitgliedstaat der EU gegenüber die Unwirksamkeit eines Rechtsaktes des Unionsrechts geltend machen darf, sondern schreibt im Wesentlichen den status quo fest.⁶²⁸

Dies zeigt auch die Erklärung Nr 1 zur Schlussakte, wonach die Regierungskonferenz feststellt, dass Art I-6 VVE lediglich die bisherige Rsp zum Ausdruck bringen soll. Diese Erklärung ist gem Art IV-442 VVE Teil des Vertrages und hat entsprechend die gleiche Verbindlichkeit wie der Vertrag selbst. Es liegt daher nahe, Art I-6 VVE lediglich als

⁶²⁵ Vgl *Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Art I-5 VVE Rz 11; *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-2 VVE Rz 36 f.

⁶²⁶ Vgl dazu oben IX.B.2.

⁶²⁷ Vgl oben IX.B.6.

⁶²⁸ Vgl *Streinz*, Aufbau, in *Hummer/Obwexer*, Vertrag, 86.

deklaratorischen Verweis auf die bestehende Rsp des EuGH zu verstehen.⁶²⁹ Die erweiterten Auswirkungen des Vorrangs ergeben sich nämlich aus der Vertragsstruktur, nicht aber aus der Vorrangklausel selbst.⁶³⁰

4. Stärkung der unionsrechtlichen Korrektive

a) Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeit

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit findet sich in Art I-11 Abs 4 VVE und 3b (5) Abs 1 und 3 EUV idF des LV erstmals ausdrücklich verankert, es war jedoch bereits zuvor als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt, das sich auf Art 5 Abs 3 EGV stützen ließ.⁶³¹ Ähnliches gilt für das in Art I-11 Abs 3 VVE und Art 3b (5) Abs 1 und 3 EUV idF des LV verankerte Subsidiaritätsprinzip, an dem sich inhaltlich wenig ändert. Durch die Positivierung des Subsidiaritätsprinzips steht den Mitgliedstaaten nunmehr allerdings möglicherweise eine effektivere Möglichkeit offen, sich gegen Vorwürfe von Verstößen gegen die Grundwerte der Union zur Wehr zu setzen.

b) Achtungsverpflichtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten

Art 6 Abs 3 EUV, nach dem die Union verpflichtet ist, die Identität der Mitgliedstaaten zu achten, findet sich sowohl in Art I-5 VVE als auch in Art 3a (4) Abs 2 LV wieder. Die Achtungsverpflichtung wird gegenüber der geltenden Rechtslage spezifiziert: Nach dieser Bestimmung kommt die nationale Identität der Mitgliedstaaten in ihrer grundlegenden politischen und verfassungsrechtlichen Struktur einschließlich deren regionaler und kommunaler Selbstverwaltung zum Ausdruck. Die weiteren Sätze betonen, dass die Union die grundlegenden Staatsfunktionen wie insb die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit achtet und die nationale Sicherheit in die alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten fällt. Eine wesentliche inhaltliche Veränderung im Vergleich zu Art 6 Abs 3 EUV ergibt sich in Bezug auf die schon im geltenden Recht bestehende materielle Dominanz von Art 6 Abs 1 EUV hieraus jedoch nicht, da sich die Achtungsverpflichtung auch weiterhin im Rahmen der durch die Homogenitätsklausel vorbestimmten Verpflichtungen bewegen

⁶²⁹ *Kadelbach*, Vorrang und Verfassung: Das Recht der Europäischen Union im innerstaatlichen Bereich, in FS Zuleeg, 219 (227), aM *Öhlinger*, Die Ratifikation des Verfassungsvertrages in Österreich – Anmerkungen zum konstitutionellen Gehalt des Verfassungsvertrages, in *Hummer/Obwexer*, Vertrag, 348 ff.

⁶³⁰ Vgl. *Obwexer*, Der Vertrag von Lissabon: Auswirkungen auf das öffentliche Recht Österreichs, in *Lienbacher/Wielinger*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2008, 85 f.

⁶³¹ Vgl. *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-11 VVE Rz 38.

muss.⁶³² Genauso wie die Homogenitätsklausel wird auch die Identitätsgarantie zu einer Vertragsbestimmung aufgewertet, die definitiv Teil des supranationalen Vertragsgefüges ist. Damit ist sie als Korrektiv von Art I-2 VVE und Art 1a (2) LV diesen Bestimmungen insoweit gleichwertig und bei der Anwendung dieser Bestimmungen mitzubewägen. Das bedeutet, dass die Achtungsverpflichtung allerdings in gewissen Fällen einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Homogenitätsklausel entgegenstehen kann, nämlich dann, wenn durch sie ein gewisses Ermessen eines Staats in Bezug auf die Erfüllung der Verpflichtungen aus Art I-2 VVE bzw Art 1a (2) EUV idF des LV abgeleitet werden kann. Diesfalls wäre eine unmittelbare Wirkung erst gegeben, wenn das Verhältnis zwischen diesen beiden gegeneinander abzuwägenden Polen geklärt ist.

c) Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente

Sowohl der VVE als auch der EUV idF des LV sehen erstmals eine wesentliche Rolle der Parlamente der Mitgliedstaaten im Legislativverfahren der EU vor. So ist ihnen eine Reihe von Informationsrechten eingeräumt, etwa durch die Verpflichtung von Ratsmitgliedern, den nationalen Parlamenten Rechenschaft abzulegen, die Unterrichtung der Parlamente über jedem Beitrittsantrag, die direkte Information über Vertragsänderungen und noch etliches mehr.⁶³³ Daneben sind die nationalen Parlamente befugt, im Legislativverfahren der Union eine Art suspensives Veto gegen Legislativvorschläge einzulegen.⁶³⁴

Die soeben beschriebenen Informationsrechte und das suspensive Veto der mitgliedstaatlichen Parlamente finden sich im Vergleich zum VVE unverändert im Protokoll Nr 1 zum LV. Art 69 VAEU verweist hinsichtlich der Rolle der nationalen Parlamente bei der Wahrung der Subsidiarität auf das Subsidiaritätsprotokoll (Nr 2). Die Parlamente haben nach den Protokollen zwar keine direkte Klagsbefugnis gegen Rechtsakte, doch kann ihnen das mitgliedstaatliche Recht eine solche Befugnis einräumen.⁶³⁵

⁶³² Vgl *Puttler* in *Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-5 VVE Rz 11; aM *Schäffer*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts, in *Eilmansberger/Herzig*, 10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich, 41 f, der auf Grund der systematischen Stellung der Achtungsverpflichtung vor der Vorrangsklausel eine höhere Relevanz der Achtungsverpflichtung annimmt. Ob sich alleine aus der redaktionellen Anordnung der Bestimmungen ein solcher Schluss ziehen lässt, ist allerdings mE zweifelhaft.

⁶³³ *Terhechte*, EuR 2008, 143 (158) bezweifelt jedoch das Funktionieren dieser Subsidiaritätskontrolle va im Hinblick auf die Ressourcenausstattung der Parlamente.

⁶³⁴ Vgl *Bachmann*, Neue Aufgaben und Rechte für das österreichische Parlament, in FS *Schäffer*, 55 (58 ff); *Obwexer*, Vertrag, in *Lienbacher/Wielinger*, Jahrbuch, 69 ff.

⁶³⁵ Hierzu könnte eventuell eine sich aus dem nationalen Verfassungsrecht ergebende Pflicht bestehen. Für Österreich könnte dies aus dem demokratischen Prinzip ableitbar als Kompensation für den Verlust parlamentarischer Regelungskompetenzen folgen.

5. Sanktionsverfahren

Sowohl im VVE als auch im LV finden sich Nachfolgebestimmungen von Art 7 EUV. Die Abweichungen im Verfahren sind gering, lediglich die Möglichkeit, unabhängige Personen zu ersuchen, innerhalb einer angemessenen Frist einen Bericht über die Lage in dem betreffenden Mitgliedstaat zu erstatten, ist weder in Art I-59 VVE noch in Art 7 (7) EUV idF des LV vorgesehen. Die Abstimmungsmodalitäten sind im VVE erheblich komplizierter als nach geltendem Recht⁶³⁶; Art 7 (7) EUV idF des LV enthält selbst keine Bestimmungen über das Abstimmungsverfahren, sondern verweist auf Art 309 (354) VAEU. Das dort geregelte Verfahren wiederum ähnelt stark jenem, das Art I-59 VVE vorsieht, hinsichtlich der Mehrheitserfordernisse verweist diese Bestimmung auf Art 205 (236) Abs 3 VAEU.⁶³⁷

Die Änderungen hinsichtlich der möglichen Aussetzung von sich aus den Verträgen ergebenden Rechten resultiert aus der Vereinheitlichung der Unionsrechtsordnung, bewirkt aber materiell keine Änderungen. Die Stimmrechtsaussetzung ergibt sich nunmehr bezüglich des gesamten Vertrags bereits aus Art 7 Abs 3 EUV idF des LV, der ex lege-Eintritt dieser Rechtsfolge nach Art 309 EGV ist somit nicht nötig, und auch über die Aussetzung sonstiger Rechte wird einheitlich abgesprochen. Welche Rechte auszusetzen sind, ist weiterhin eine Ermessensentscheidung des Rates.

6. Justiziabilität

Mit der Änderung der Struktur des Unionsrechts geht eine Ausdehnung der Zuständigkeiten des EuGH einher,⁶³⁸ die allerdings ebenfalls weitestgehend auf der Auflösung der Säulenstruktur der EU beruht. Die Grundlagenbestimmungen der Verträge sind damit jedenfalls direkt justiziabel.

Im Bereich der vormaligen zweiten Säule sehen Art III-376 Abs 1 VVE und Art 240a (275) VAEU keine Zuständigkeit des EuGH vor. Ausgenommen hiervon ist allerdings die Prüfung, ob in eine andere Kompetenz der EU eingegriffen wurde. Diese Beschränkung ist jedoch insofern von geringer Bedeutung, als sie sich bloß auf nicht in subjektive Rechte eingreifende Rechtsakte erstreckt.⁶³⁹ Hinsichtlich der Bestimmungen über den Raum der Freiheit, der

⁶³⁶ Vgl *Ruffert in Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-59 VVE Rz 2.

⁶³⁷ Zur Feststellung einer erheblichen Verletzung ist der betroffene Staat nicht stimmberechtigt, ansonsten entscheidet der Rat mit qualifizierter Mehrheit, wobei die Mehrheitserfordernisse je nach Initiative schwanken: Als qualifizierte Mehrheit gilt eine Mehrheit, die 55% der Ratsmitglieder ausmacht, wenn diese 65 % der Unionsbürger vertreten, sofern ein Vorschlag der Kommission oder des Rates vorliegt. Liegt kein solcher Vorschlag vor, erhöht sich das Quorum im Rat auf 72 %. Das Parlament entscheidet mit Zweidrittelmehrheit.

⁶³⁸ Vgl *Hatje/Kindt*, EuZW 2008, 1761 (1767).

⁶³⁹ Vgl oben IX.B.4.

Sicherheit und des Rechts (dieser Regelungsbereich umfasst die ehemalige GASP sowie den Titel IV EGV) besteht lediglich eine einzige Beschränkung der Jurisdiktion des EuGH fort, nämlich hinsichtlich der Überprüfung der Gültigkeit bzw. Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Polizei oder anderer Strafverfolgungsbehörden zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit (Art 240b [276 VAEU; 377 VVE]).⁶⁴⁰ Hinsichtlich des Sanktionsverfahrens nach Art I-59 VVE bzw. Art 7 EUV idF des LV ergeben sich keine Änderungen der Rechtsprechungsbefugnis des EuGH im Vergleich zum geltenden Recht.

D. Revision der Verträge

1. Neuregelung

Der VVE (Art IV-443 f) und der EUV idF des LV (Art 48 [48]) sehen ein ordentliches und ein vereinfachtes Änderungsverfahren für die vertraglichen Grundlagen der EU vor. Im ordentlichen Änderungsverfahren kann eine mitgliedstaatliche Regierung, das Europäische Parlament oder die Kommission die Einberufung einer Regierungskonferenz verlangen und dem Europäischen Rat Entwürfe zur Änderung des Vertrags vorlegen. Neu ist idZ im LV, dass auch eine Renationalisierung von Kompetenzen ausdrücklich möglich ist.⁶⁴¹ Dann ist ein Konvent einzuberufen, sofern hierauf nicht von Rat und Parlament verzichtet wird. Danach wird eine Konferenz der Vertreter der Mitgliedstaaten einberufen, um die Änderungen am Vertrag zu vereinbaren. Wirksam werden diese Änderungen, nachdem sie von allen Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer Verfassungen ratifiziert worden sind.

Daneben sieht das vereinfachte Änderungsverfahren einen Ablauf vor, der sich auf der unionalen Ebene dadurch vom ordentlichen Verfahren unterscheidet, dass der Rat die von einer Regierung, dem Rat oder dem Parlament vorgeschlagenen Vertragsänderungen im Bereich der Politiken der EU direkt beschließen kann. Auch hier ist die Voraussetzung des Inkrafttretens der Änderung die Ratifikation durch die Mitgliedstaaten nach deren verfassungsrechtlichen Vorschriften, die Vereinfachung des Verfahrens bezieht sich somit nur auf die Ebene der Union, eine parlamentarische Genehmigung in den nationalen Parlamenten ist allerdings nach wie vor nötig.

⁶⁴⁰ Beschränkungen ergeben sich jedoch aus den Übergangsbestimmungen, vgl. oben bei FN 621.

⁶⁴¹ Fischer, Vertrag, 171.

2. Auswirkungen

Die Neuregelungen im Bereich der Vertragsrevisionen fallen bezüglich der Auswirkungen des Unionsrechts auf das Recht der Mitgliedstaaten kaum ins Gewicht. Das ordentliche Änderungsverfahren kodifiziert im Wesentlichen die bereits bislang übliche Praxis bei Änderungsverfahren. Das vereinfachte Änderungsverfahren hat keine Auswirkungen auf den obligatorischen mitgliedstaatlichen Ratifikationsprozess. Die Mitgliedstaaten bleiben daher jedenfalls „Herren der Verträge“.⁶⁴²

E. Austrittsrecht

1. Erstmalige Regelung eines Austrittsrechts

Ausdrücklich geregelt wird die Möglichkeit der Beendigung der Mitgliedschaft in der EU in Art I-60 VVE und Art 49a (50) EUV idF des LV. Bis auf redaktionelle Änderungen sind die Bestimmungen inhaltlich identisch. Nach Abs 1 dieser Bestimmungen kann jeder Mitgliedstaat im Einklang mit seinen verfassungsrechtlichen Vorschriften beschließen, aus der Union auszutreten. Beschließt ein Mitgliedstaat, aus der EU auszutreten, muss er dies dem Europäischen Rat mitteilen. Der Austritt selbst ist einseitig erklärbar.⁶⁴³ Den austrittswilligen Staat trifft auch keine Begründungspflicht für seinen Schritt, er liegt in seinem alleinigen und freien Ermessen.⁶⁴⁴ Die Union hat mit dem betreffenden Staat ein Abkommen zur Regelung der künftigen Beziehungen abzuschließen, dieses ist jedoch keine Voraussetzung für das Wirksamwerden des Austritts.⁶⁴⁵

Die Verträge finden gem Abs 3 der Bestimmungen ab dem Tag des Inkrafttretens des Austrittsabkommens keine Anwendung mehr auf diesen Staat.⁶⁴⁶ Kommt kein Austrittsabkommen zu Stande, endet die Geltung des Vertrages für diesen Staat jedenfalls aber zwei Jahre nach Mitteilung der Austrittsabsicht. Diese Frist kann vom Europäischen Rat

⁶⁴² Vgl eingehend *Puttler*, EuR 2004, 669 (676).

⁶⁴³ Vgl *Calliess in Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-60 VVE Rz 10.

⁶⁴⁴ *Terhechte*, EuR 2008, 143 (152); *Hatje/Kindt*, EuZW 2008, 1761 (1763).

⁶⁴⁵ *AA Gold*, Voraussetzungen des freiwilligen Austritts aus der Union, in *Niedobitek/Ruth*, Die neue Union, 65 ff, die aus der Systematik des Verfassungsvertrages (insb aus der Rechtsstellung der Bürger Europas, die den Staatsbürgern des austrittswilligen Staates verloren ginge, und aus dem Grundsatz der Unionstreue) ableitet, dass ein solches Abkommen eine Austrittsvoraussetzung darstellt.

Dies steht jedoch in klarem Widerspruch zum Wortlaut des Vertrags und der die Austrittsklausel tragenden Intention, einem Staat, der den Weg der Integration nicht weiter beschreiten will, die Möglichkeit zu geben, sich aus der Union zurückzuziehen. Allenfalls könnte ein solcher Eingriff in Rechte Einzelner die innerstaatliche Durchführung des Austritts beeinflussen, etwa weil der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz hierdurch beeinträchtigt würde.

⁶⁴⁶ Der Austritt wird somit jedenfalls nach zwei Jahren wirksam und bedarf keiner weiteren Voraussetzungen, vgl *Calliess in Calliess/Ruffert*, Verfassung, Art I-60 VVE Rz 13.

im Einvernehmen mit diesem Staat verlängert werden. Ansonsten kommen dem austrittswilligen Staat im Austrittsverfahren keine Teilnahme- und Stimmrechte zu.

2. Innerstaatliche Durchführung

Art I-60 VVE und Art 49a (50) EUV idF des LV sehen grundsätzlich die völlige Unanwendbarkeit der Verträge auf einen Staat vor, der aus der Union ausgetreten ist. Zwar könnte das Austrittsübereinkommen theoretisch weit reichende Partizipationsrechte des austretenden Staates vorsehen, dass dies praktisch vorkommen wird, ist allerdings politisch sehr unwahrscheinlich. Vielmehr würde ein solches Abkommen wohl lediglich einen modus operandi zwischen Union und ehemaligem Mitgliedstaat schaffen, um das Funktionieren von wirtschaftlichen Beziehungen nicht zu gefährden. Für die verfassungsrechtliche Grundordnung Österreichs würde dies nichts anderes bedeuten als die Wiederherstellung des status quo ante von 1994, was in den allermeisten Fällen als Gesamtänderung der Bundesverfassung anzusehen wäre, da die im Jahr 1995 durch den EU-Beitritt modifizierte verfassungsrechtliche Grundordnung wieder auf ihren ursprünglichen Stand⁶⁴⁷ zurückgeführt werden würde.

Die Durchführung des Austrittes bedürfte damit jedenfalls einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Diese wird auch nach der B-VG-Nov 2008⁶⁴⁸ in einem BVG zu bestehen haben, das einer obligatorischen Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG unterzogen worden ist, da der neu gefasste Art 50 Abs 4 B-VG die Genehmigung gesamtändernder Unionsverträge nicht regelt, sondern eine gesonderte verfassungsgesetzliche Regelung vorschreibt. Die Aufhebung der bisherigen Rechtsakte allein genügt nicht. Ausgenommen hiervon ist die bereits⁶⁴⁹ dargestellte Konstellation, dass die EU selbst solchen Veränderungen unterworfen gewesen wäre, dass durch die Beseitigung der Geltung ihrer Rechtsvorschriften materiell keine Gesamtänderung der Bundesverfassung vorläge.

Auf Grund der Zweistufigkeit des Verfahrens (Erklärung der Austrittsabsicht und Abschluss eines Austrittsvertrages) ergeben sich mehrere Regelungskonstellationen, die durch dieses BVG umfasst sein müssten. Wesentlich wäre jedenfalls, dass die Mitteilung der Austrittsabsicht von diesem Gesetz gedeckt ist, da sie den wesentlichen Prozess in Gang setzt und – sofern es zu keiner Einigung über die Austrittsbedingungen kommen sollte – auch ohne Abschluss einer Einigung nach Ablauf der vertraglich vorgesehenen Zweijahresfrist die Beendigung der Mitgliedschaft in der Union bewirkt. Ob in diesem BVG auch die

⁶⁴⁷ Vgl oben III.C.

⁶⁴⁸ Vgl oben VI.A.

⁶⁴⁹ Vgl oben bei FN 572.

Bedingungen des Abschlusses des Austrittsübereinkommens geregelt werden, bleibt im Wesentlichen dem rechtspolitischen Gestaltungswillen des Verfassungsgesetzgebers überlassen. Nachdem das notwendige Verfahren in den allermeisten Fällen einer obligatorischen Volksabstimmung bedarf, sind dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Verfassungsgesetzgebers hier keine inhaltlichen Grenzen gesetzt. Auch kann ein solches Gesetz keinen Verstoß gegen Art I-2 VVE bzw Art 1a (2) EUV idF des LV darstellen, da die Inanspruchnahme des Austrittsrecht ja gerade dem Zweck dienen soll, ein Abweichen des betreffenden Mitgliedstaates vom unionalen Standard zu ermöglichen.

F. Gesamtänderung?

1. Lehrmeinungen zum Verfassungsvertrag

Hinsichtlich des VVE wurde das Vorliegen einer Gesamtänderung von *Öhlinger*⁶⁵⁰ und von *Schramm*⁶⁵¹ behauptet: *Öhlinger* stützt seine Ansicht auf Art I-6 VVE, der nach dieser Meinung anordnet, dass der VVE und das von den Organen der Union in Ausübung ihrer Zuständigkeiten gesetzte Recht dem Recht der Mitgliedstaaten vorgehe. Aus dieser Bestimmung zieht *Öhlinger* den Schluss, dass damit die verfassungsrechtliche Grundordnung ihren höchsten Rang im Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung verlieren würde und somit nicht mehr gegen allfällige ultra vires-Akte der EU ins Treffen geführt werden könnte. In der Konsequenz bliebe es dem VfGH verwehrt, Unionsrecht am Maßstab der verfassungsrechtlichen Grundordnung zu prüfen, was insbesondere dann problematisch würde, wenn zur Normerzeugung nicht das Verfahren nach Art 44 Abs 3 1. Fall B-VG durchgeführt würde, da in diesem Fall die Prüfungskompetenz des VfGH ausgeschaltet würde, er jedoch auf Grund von Art I-6 VVE an der Prüfung des Unionsrechts gehindert wäre.⁶⁵²

*Schramm*⁶⁵³ sieht die gesamtändernde Wirkung des VVE an mehreren Stellen des Vertrages verstreut angesiedelt. Zwar weist auch er auf die Beseitigung der Maßstabsfunktion der Bundesverfassung hin, die der VVE mit sich brächte, sieht jedoch va einen gesamtänderungsrelevanten Eingriff in das demokratische Grundprinzip durch die Einführung von Mehrheitsentscheidungen im Bereich der zweiten und dritten Säule gegeben. Zugleich sieht *Schramm* in der Einführung der GrCH einen wesentlichen Eingriff in das liberale

⁶⁵⁰ Vgl *Öhlinger*, Ratifikation, in *Hummer/Obwexer*, Vertrag, 348 ff.

⁶⁵¹ *Schramm*, Gesamtänderung der Bundesverfassung durch die EU-Verfassung? ZÖR 2006, 41.

⁶⁵² Im Wesentlichen gleich argumentiert *Hammer*, juridikum 2004, 112 (113f); vgl auch *Öhlinger*, Der Vorrang des Unionsrechts im Lichte des Verfassungsvertrages, in FS Ress, 685 (692).

⁶⁵³ Vgl *Schramm*, ZÖR 2006, 41 (63 ff).

Grundprinzip der Bundesverfassung, da durch die Charta eine wesentliche Ausdehnung des Kompetenzbereiches der Union bewirkt würde, was auf Grund des Umstandes, dass der EuGH auch in diesem Bereich das Subsidiaritätsprinzip nicht einhalten würde, zur potenziellen Suspendierung der innerstaatlichen Grundrechte führen würde.⁶⁵⁴ Darüber hinaus bewirkt der VVE nach *Schramms* Ansicht einen Eingriff in das rechtsstaatliche Grundprinzip, da es an einer demokratischen Legitimation der rechtsfortbildenden Judikatur des EuGH fehlen würde.

Weiters vermeint *Schramm*, dass idZ auch die Erweiterung der Union und die damit verbundene relative Schwächung des Gewichts der österreichischen Stimmen im Rat von Relevanz sein kann, da hierdurch die demokratische Ingerenz im Rechtsetzungsprozess beschränkt wird. Er stützt sich idZ wesentlich auf das Prinzip der Volkssouveränität sowie auf das bereits dargestellte Erk des VfGH 16.327/2001,⁶⁵⁵ wo die Aufhebung der Verfassungsbestimmung des § 126a BVergG darauf gestützt wurde, dass durch sie eine Suspendierung der Maßgeblichkeit der Bundesverfassung für unterverfassungsgesetzliches Recht bewirkt würde. Dies wäre im Ergebnis durch die Ausweitung von Kompetenzen der EU der Fall.

2. Reformvertrag von Lissabon

Dass der LV eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken würde, wurde bislang noch von keiner ernst zu nehmenden Stimme in Lehre und Rsp behauptet. Die Problemstellungen sind im Wesentlichen identisch, da der LV sowohl die Vergemeinschaftung der zweiten und dritten Säule als auch den Status der GrCH aus dem VVE übernimmt. Eine ausdrückliche Vorrangklausel fehlt im LV, der diesbezüglich den Status des AV übernimmt und den Vorrang des Unionsrechts darüber hinaus in einer Erklärung zum Vertrag betont. Hieraus leitet *Öhlinger*⁶⁵⁶ ab, dass die Genehmigung des LV keine Gesamtänderung darstellt und somit keiner obligatorischen Volksabstimmung zu unterziehen ist.

⁶⁵⁴ Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch die Ansicht von *Hummer*, Der Status der EU-Grundrechtecharta, 109 f, der auf Grund des durch die Charta ausgelösten Konstitutionalisierungs- und Etatisierungseffektes das Vorliegen einer Gesamtänderung durch die verbindliche GrCH bejaht. Beiden Ansichten ist gemein, dass sie die Annahme einer Gesamtänderung auf zukünftige Vorgänge stützen, deren Eintritt aber naturgemäß nicht nachweisbar ist.

⁶⁵⁵ Vg oben V.H.5.

⁶⁵⁶ *Öhlinger*, Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen? *ecolex* 2008, 290. Zur an der zit Stelle von *Öhlinger* diskutierten Frage, ob sich aus dem BVG Neutralität iVm der neu geschaffenen Beistandsverpflichtung die Pflicht einer Volksabstimmung ergeben könnte vgl oben V.H.3.

Die von *Schramm* hinsichtlich des VVE geäußerten Bedenken lassen sich grundsätzlich auf den Reformvertrag übertragen, da die von ihm ins Treffen geführten Punkte – anders als die Vorrangklausel des Art I-6 VVE – nicht mit den Anpassungen des LV gestrichen worden sind. Gleiches gilt für die Bedenken *Hummers* hinsichtlich der verbindlichen GrCH, dass diese nunmehr außerhalb der Verträge angesiedelt ist, ändert nichts an ihrer Rechtsverbindlichkeit.⁶⁵⁷

3. Ergebnis

ME sind die soeben dargestellten Lehrmeinungen, die eine Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den VVE bzw den LV annehmen, nicht zutreffend. Hinsichtlich der Vorrangklausel in Art I-6 VVE ist festzuhalten, dass sie ihrem Wortlaut nach nur solche Sekundärrechtsakte deckt, die im Einklang mit den Kompetenzgrenzen des Primärrechts stehen. Warum die Bestimmung darüber hinaus einen weitergehenden Inhalt als die bloße Kodifikation des bisher geltenden Zustandes bezwecken soll, ist nicht einleuchtend, va angesichts des Umstandes, dass in der dem Vertrag beigefügten Erklärung zu Art I-6 VVE festgehalten wird, dass diese Bestimmung lediglich die geltende Rechtslage kodifizieren soll. Gem Art IV-442 VVE ist diese Erklärung nämlich Teil des Vertrages, ihr kommt somit auch der gleiche rechtliche Stellenwert zu.⁶⁵⁸ Dass in der Kombination dieser beiden Bestimmungen eine Erweiterung des Anwendungsvorrangs liegen soll, erscheint somit wenig einleuchtend.

Damit ist im Weiteren auch dem Argument, hinsichtlich der nicht verfassungsmäßig zu Stande gekommenen Gesamtänderung bestehe keine Prüfungsbefugnis des VfGH, die Grundlage entzogen. Allerdings – und dies räumt *Öhlinger* selbst ein – besteht auch die Möglichkeit, dass der VfGH die Anwendbarkeit von Art I-6 VVE suspendieren könnte, da sich dessen Anordnung noch nicht auf seine eigene Erzeugung bzw Anwendbarkeit beziehen könnte und damit auch die Prüfungsbefugnis des EuGH an Hand des innerstaatlichen Verfassungsrechts nicht verdrängen könnte. Rechtslogisch ist dieser Ansicht grundsätzlich nicht beizupflichten, sie beruht nämlich auf der Annahme, dass eine Norm nicht über sich selbst verfügen kann, was allerdings nicht zutrifft.⁶⁵⁹ Allerdings könnte der VfGH die Anwendung von Art I-6 VVE an Hand der Erzeugungsregel des Art 48 EUV iVm dem innerstaatlichen Genehmigungsakt überprüfen. Die Relevanz des innerstaatlichen

⁶⁵⁷ Vgl *Klingenbrunner/Raptis*, JRP 2008, 139 (140).

⁶⁵⁸ Vgl hierzu auch *Kadelbach* in FS Zuleeg, 219 (227).

⁶⁵⁹ *Hiermanseder*, ÖJZ 1983, 179 (180); vgl bereits oben V.H.4.

Genehmigungsaktes ergibt sich nämlich aus dem Primärrecht selbst, und diesem kann Art I-6 VVE nicht kraft Anwendungsvorrang vorgehen.

Dass mit der Einführung der GrCH eine Erweiterung der Unionskompetenzen vorgenommen werden sollte, ist mE nicht nachvollziehbar, da die Charta eben nur im Rahmen der durch das Primärrecht gezogenen Grenzen Wirksamkeit beanspruchen kann. Und selbst in diesem Rahmen kodifiziert die Charta über weiteste Strecken die bestehende Rechtslage, aus der bloß vermuteten zukünftigen kompetenzüberschreitenden Anwendung der Charta bzw aus dem gleichfalls bloß vermuteten Etatisierungseffekt eine mögliche Gesamtänderung argumentieren zu wollen, findet im positiven Recht keine Deckung. Aus dem vermuteten rechtswidrigen Verhalten von Organen der Union in der Zukunft kann kein Rückschluss auf die Rechtswirkungen einer aktuellen Vertragsrevision gezogen werden.

Die Einführung von Mehrheitsentscheidungen an Stelle von einstimmig zu fällenden Beschlüssen im Bereich der Unionsgesetzgebung kann weder alleine noch in Verbindung mit der Erweiterung der EU zu einer Gesamtänderung der Bundesverfassung führen. Die von *Schramm* ins Treffen geführte Volkssouveränität als diesbezüglicher Prüfungsmaßstab ist kein selbständig nachweisbares Element des demokratischen Grundprinzips,⁶⁶⁰ darüber hinaus ist die Ausdehnung der Mehrheitsentscheidungsbefugnisse wohl noch nicht so weitreichend, dass die Gesamtänderungsschwelle erreicht wird. Darüber hinaus würde die ins Treffen geführte Maßgeblichkeitsjudikatur des VfGH unter den Prämissen *Schramms* dazu führen, dass jede einzelne Kompetenzübertragung an die EU eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken würde. Diese Ansicht verkennt jedoch das Integrationsprogramm (Arg Art 1 EUV: „Eine immer engere Union der Völker Europas“)⁶⁶¹, für das der gesamtändernde Bundesverfassungsgesetzgeber 1994 die österreichische Rechtsordnung geöffnet hat. Gleiches gilt für die durch eine allfällige Erweiterung der EU bewirkte Reduktion des Stimmgewichts durch Mehrheitsentscheidungen: Hier ist folglich ein anderer Prüfungsmaßstab anzulegen als an Sachverhalte, die alleine nach dem innerstaatlichen Verfassungsrecht zu beurteilen sind.

Worin genau er den Eingriff in das liberale Grundprinzip sieht, erklärt *Schramm* nicht. Dass hinsichtlich der Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH ein theoretisches Legitimationsproblem bestehen könnte, ist grundsätzlich unbestritten, allerdings sind gewisse Rechtsfortbildungskompetenzen des Gerichtshofes durchaus aus dem Vertrag ableitbar.⁶⁶² Eine erweiterte Rechtsfortbildungskompetenz des EuGH lässt sich allerdings weder aus dem

⁶⁶⁰ Oben V.C.

⁶⁶¹ Vgl *Giegerich*, ZaöRV 2007, 351 (357).

⁶⁶² Vgl oben IX.2.

VVE noch aus dem LV ableiten, vielmehr bleiben dessen Kompetenzen nahezu unberührt. Da sich somit an der maßgeblichen Rechtslage nichts ändert, kann auch keine Gesamtänderung der Bundesverfassung angenommen werden.

4. Die neue Stellung der Homogenitätsklausel

Bisher noch nicht beleuchtet wurden in der Lit die Auswirkungen der definitiven Supranationalisierung von Art 6 Abs 1 EUV in den revidierten Verträgen. ME könnte allerdings gerade die allfällige Supranationalisierung dieser Bestimmung eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken, da der Spielraum des gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgebers durch sie insofern erheblich eingeschränkt sein könnte, als manche seiner Akte nunmehr a priori durch das Unionsrecht verdrängt werden könnten.

Allerdings ist auch idZ vom Ausgangspunkt der Vorgängerbestimmung aus zu messen, welche Änderung durch die neue rechtliche Stellung dieser Bestimmung bewirkt wird; hier nehmen sich die Änderungen wesentlich geringer aus. Das an die Verfassungsgesetzgeber der Mitgliedstaaten gerichtete Verbot der Aufgabe rechtsstaatlich-demokratischer Staatsstrukturen ändert nämlich lediglich im extremen Fall krasser Verstöße seine Rolle und wirkt unmittelbar idS, dass solche Maßnahmen ab initio rechtunwirksam sind, während ansonsten zwar ein generelles Verbot besteht, das sich aber erst durch eine hinreichende Konkretisierung seine Wirksamkeit zu entfalten vermag. Ebenfalls zu beachten ist idZ der Umstand, dass diese Rechtswirkungen auch bereits im geltenden Primärrecht grundgelegt sind, bis dato aber noch nicht durch die Rechtsprechung des EuGH zur Entfaltung gebracht worden sind.

Entsprechend diesen Überlegungen ist der Schritt zum von Anfang an wirksamen Verbot des Abgehens von den Grundwerten der EU wesentlich geringer, als er auf den ersten Blick scheinen mag. Dennoch wäre ein solcher Schritt ein gravierender Einschnitt in die Handlungsfreiheit des gesamtändernden Verfassungsgesetzgebers und könnte damit als Gesamtänderung der Bundesverfassung qualifiziert werden. Diese Einschränkung wird jedoch wiederum durch die in Art I-60 VVE bzw Art 49a (50) LV verankerte Möglichkeit des freiwilligen Austritts aus der Union kompensiert, die Beschränkung der Handlungsfreiheit des gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgebers ist somit va zeitlicher Natur, da der gesamtändernde Bundesverfassungsgesetzgeber spätestens zwei Jahre nach Bekanntgabe seines Austrittswillens wieder den vollen Handlungsspielraum hat. Hierdurch wird die inhaltliche Beschränkung des gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgebers so weit kompensiert, dass auch in diesem Fall keine Gesamtänderung der Bundesverfassung anzunehmen ist.

5. Gesamtänderung durch Austrittsrecht?

Im Vergleich zur geltenden Rechtslage, die die Möglichkeit zum einseitigen Austritt an bestimmte Voraussetzungen knüpft,⁶⁶³ stellt das neu geregelte Austrittsrecht aus der Union den Staaten ein weitgehendes, rechtlich nicht determiniertes Ermessen zur Verfügung, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen.⁶⁶⁴

Dies könnte im Hinblick auf das österreichische Verfassungsrecht bedeuten, dass durch diese Erweiterung des Austrittsrechts die Möglichkeit bestünde, eine Gesamtänderung der Bundesverfassung herbeizuführen, sofern die Auswirkungen des Austritts gesamtändernde Wirkung haben. Ob diese der Fall ist, hängt wie bereits dargestellt von den Umständen des Austritts ab, auf diese Umstände stellt das Austrittsrecht jedoch nicht ab.

Diese Annahme trifft allerdings nicht zu, da nämlich eine allfällige Gesamtänderung erst durch die Bekanntgabe der Austrittsabsicht oder das Austrittsabkommen bewirkt wird. Die rechtswirksame Mitteilung der Austrittsabsicht bedarf allerdings – genauso wie der Abschluss des Austrittsabkommens – einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Grundlage.⁶⁶⁵ Würde einer dieser Akte ohne entsprechende Grundlage gesetzt, wäre er wegen offenkundigen Verstoßes gegen innerstaatliche Vorschriften als unwirksam anzusehen.⁶⁶⁶

G. Ergebnis

Die Neugestaltung der vertraglichen Grundlagen der Union führt neben einigen institutionellen Änderungen auch zu leichten Veränderungen im Hinblick auf jene aus dem Primärrecht erfließenden Gebote und Verbote betreffend die Grundlagen der staatlichen Organisation der Mitgliedstaaten. Die Nachfolgebestimmungen von Art 6 Abs 1 EUV werden durch die Auflösung der Säulenstruktur und die dadurch bewirkte Supranationalisierung aufgewertet und stellen damit eine dem Loyalitätsgebot gem Art 10 EGV ähnliche Verpflichtung dar. Dadurch wird der Gestaltungsspielraum der mitgliedstaatlichen Verfassungsgesetzgeber dahingehend kleiner, als eklatante Verstöße gegen diese Bestimmungen keinesfalls mehr rechtswirksam erlassen werden können, da sie sofort kraft Anwendungsvorrangs verdrängt würden. In jenem normativen Graubereich, in dem diese Bestimmungen mangels hinreichender Präzisierung keine unmittelbare Wirkung entfalten, ändert sich im Vergleich zur bisherigen Rechtslage hingegen nichts.

⁶⁶³ Vgl oben XIII.B.

⁶⁶⁴ *Hatje/Kindt*, EuZW 2008, 1761 (1763).

⁶⁶⁵ Vgl zur geltenden Rechtslage idS *Stöger* in *Mayer*, EUV/EGV, Art 312 EGV Rz 34 f.

⁶⁶⁶ Vgl dazu bereits oben XIII.D.1.b).

Für das österreichische Verfassungsrecht ergibt sich hierdurch keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, die Genehmigung des LV im Wege der Gesamtänderung der Bundesverfassung nach Art 44 Abs 3 B-VG durchzuführen, da diese Änderung als noch nicht hinreichend schwer wiegend im Vergleich zur geltenden Rechtslage anzusehen ist. Darüber hinaus werden die etwas stärkeren rechtlichen Auswirkungen dieser Bestimmungen dadurch kompensiert, dass nunmehr eine einseitige Beendigung der Bindung Österreichs an diese Bestimmungen möglich ist. Im Ergebnis kommt damit dem gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgeber sogar mehr an Freiheit zu als nach der geltenden Rechtslage, nach der eine Beendigung seiner Bindung an Art I-2 VVE bzw 1a (2) EUV idF des LV überdies der Zustimmung sämtlicher anderer Mitgliedstaaten oder eines nach der WVK maßgeblichen Kündigungsgrundes bedürfte.

XV. Schluss

A. Thesen

Ausgangspunkt dieser Arbeit war und ist die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Bestandsschutz, den die (im weitesten Wortsinn zu verstehende) demokratische Grundstruktur der Republik Österreich genießt. Ausgehend von dieser zentralen Fragestellung ging es in der Folge darum, zu untersuchen, welche rechtlich zulässigen Mittel zur Verfügung stünden, um von diesem System abzugehen.

Die literarische Auseinandersetzung mit dem Thema fußt vor allem auf der wissenschaftlichen Diskussion der 1990er Jahre um die Frage der Zulässigkeit der „Absicherung“ von Bestimmungen durch deren Erlassung in Verfassungsrang und der daraus resultierenden Ausschaltung der Prüfungskompetenz des VfGH in diesen Fällen. Hieran anknüpfend entstand die von *Pernthaler* entwickelte Figur der unzulässigen Verfassungsdurchbrechung, deren Verbot er im Wesentlichen aus einem dynamischen Verfassungsverständnis und dem auf diesem Verständnis fußenden Verfassungsbegriff des modernen Rechtsstaates ableitete. Diesem Verständnis sind mehrere Autoren gefolgt, ihren Positionen ist gemein, dass sie sich auf eine wert- und gegenwartsbezogene Auslegung der Bundesverfassung stützen.

Dieses methodische Fundament entspricht nicht der methodischen Grundposition dieser Arbeit, die sich in der Auslegung des Verfassungsrechts auf ein positivistisches Methodenfundament stützt. In diesem methodischen Ansatz folgt diese Arbeit im Wesentlichen den Kritikern der von *Pernthaler* entwickelten Position. Auf Grund dieses methodischen Ansatzes kommt die Arbeit daher zu dem Ergebnis, dass vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union jedenfalls keine Beschränkungen für den gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzgeber bestanden haben, von der verfassungsrechtlichen Grundordnung abzugehen – und zwar in jede beliebige Richtung. Sein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum war unbegrenzt, auch die Abschaffung der österreichischen Demokratie wäre theoretisch denkbar gewesen.

Auf Grund des Ausgangspunktes ist es nicht verwunderlich, dass in dieser Debatte die inter- und supranationalen Aspekte dieser Frage weit weniger Beachtung gefunden haben als die genuin innerstaatliche Verfassungsrechtslage.

Aus dem Hinweis auf aus dem allgemeinen Völkervertragsrecht resultierende Pflichten Österreichs, eine demokratische Staatsform aufrecht zu erhalten, lässt sich indes nicht viel gewinnen, da all diese Bindungen auf bloß einfach-verfassungsgesetzlichen

Transformationsakten beruhen und es dem einfachen Bundesverfassungsgesetzgeber insofern frei steht, sich dieser Bindungen durch Erlassung eines einfachen BVG zu entledigen. Die völkerrechtliche Verbindlichkeit dieser Bestimmungen bzw deren Durchsetzung obläge in der Folge ausschließlich den Vertragsparteien, die über diese Durchsetzung im faktisch-politischen Wege zu entscheiden hätten.

Diese Situation hat sich durch den Beitritt Österreichs zur EU wesentlich verändert. Österreich ist im Jahr 1995 einem Gebilde beigetreten, dessen Strukturen über die Verpflichtungen aus einem „klassischen“ völkerrechtlichen Vertrag und über die Bindung an die Rechtsetzung intergouvernemental organisierter Organisationen weit hinausreichen. Die EU stellt an ihre Mitgliedstaaten auf Grund ihrer Verfasstheit den Anspruch, dass sie ihre fundamentale staatliche Verfasstheit an Homogenitätskriterien orientieren, die das Primärrecht der EU vorgibt. Zentrale Rechtsquelle dieses Anspruches ist Art 6 Abs 1 EUV, der Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten als die wesentlichen Grundsätze der Union definiert und zugleich normiert, dass diese Grundsätze allen Mitgliedstaaten gemein sind.

Der Inhalt dieser Homogenitätsklausel lässt sich primär durch einen induktiven Verfassungsvergleich der Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten bestimmen, der der Methode der Grundrechtsbestimmung durch den EuGH stark ähnelt. Zusätzlich lassen sich aus mehreren völkerrechtlichen Abkommen und dem Primärrecht selbst sowie der GrCH der EU Anhaltspunkte für eine interpretatorische Konkretisierung von Art 6 Abs 1 EUV entnehmen. Art 6 Abs 1 EUV schreibt den Mitgliedstaaten die Abhaltung von Wahlen vor, die im Wesentlichen dem Standard genügen müssen, den Art 3 1. ZPMRK vorgibt, weiters geschützt sind der Bestand einer gesetzgebenden Körperschaft, deren Mitglieder Träger des freien Mandats sind, die Legalitätsbindung der Vollziehung sowie die Grundsätze von Gewaltenteilung und „checks and balances“. Außerdem zählt die Existenz politischer Parteien zum Schutzgut von Art 6 Abs 1 EUV.

Abweichend von der hL kommt die vorliegende Arbeit zu dem Ergebnis, dass Art 6 Abs 1 EUV keine intergouvernementale Bestimmung ist, deren Einhaltung primär vom „good will“ der Staaten abhängt. Diese Bestimmung nähert sich ihrer Rechtsnatur nach vielmehr stark den supranationalen Bestimmungen des EGV an, und zwar in dem Sinn, dass sie dem innerstaatlichen Verfassungsgesetzgeber keine Wahl lässt, sich über seine Bestimmungen hinwegzusetzen. Dieses Ergebnis stützt sich auf die vom EuGH aus den Verträgen abgeleiteten Wirkungen des Gemeinschaftsrechts: Die leitenden Überlegungen des EuGH zur Natur der ersten Säule lassen sich nämlich ohne großen Aufwand auf die dritte Säule

übertragen. Ansätze hierfür sind in der jüngeren Judikatur des EuGH bereits deutlich erkennbar.

Die Einhaltung von Art 6 Abs 1 EUV ist durch das in Art 7 EUV geregelte Sanktionsverfahren abgesichert, das im Fall der Verletzung von Art 6 Abs 1 EUV die Möglichkeit gewährt, einem Staat in extremis jede Mitwirkung am Rechtsetzungsprozess der Union zu entziehen, zugleich aber sämtliche Pflichten aus dem Vertrag aufrecht belässt. Diese extreme Asymmetrie zwischen Rechten und Pflichten ist ein weiteres Indiz dafür, dass auch die dem Sanktionsverfahren zu Grunde liegende Bestimmung (Art 6 Abs 1 EUV) eine weit reichende Bindung des Staates verfügt. Die Reichweite dieser Bindung ist bislang noch nicht ausjudiziert worden, weshalb die auf Basis der geltenden Rechtslage zwar denkbare unmittelbare Wirkung und ein damit verbundener Anwendungsvorrang von Art 6 Abs 1 EUV bislang noch nicht angenommen werden kann. Es erscheint allerdings durchaus denkbar, dass diese Wirkungen im Fall der Anwendung durch den EuGH einen unmittelbaren Effekt auf mitgliedstaatliches Recht zeitigen werden.

Die Öffnung der österreichischen Rechtsordnung für die Rechtswirkungen des gesamten Unionsrechts – also nicht bloß des Gemeinschaftsrechts – ist in weiterem Umfang erfolgt, als dies von der herrschenden Lehre angenommen wird. Der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1994 wollte nämlich in erster Linie eine Harmonisierung des österreichischen Verfassungsrechts mit dem Unionsrecht nach Maßgabe von dessen Geltungsanspruch herbeiführen.

Aus dem Wortlaut des BeitrittsBVG lässt sich ein allfälliger Vorbehalt des österreichischen Verfassungsgesetzgebers, inwieweit ein Kernbestand der verfassungsrechtlichen Grundordnung die Annahme der absoluten Nichtigkeit von Sekundärrechtsakten rechtfertigen würde, nicht ableiten. Nach ihnen ist die Annahme eines ultra vires-Aktes nur dann gerechtfertigt, wenn ein Sekundärrechtsakt aus den Kompetenzgrenzen der Verträge ausbrechen würde, und selbst dann bestünde die Pflicht, einen solchen Verstoß im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Fehlerkalküls zu relevieren. Daraus folgt, dass der österreichische Verfassungsgesetzgeber die österreichische Rechtsordnung auch gegenüber den Rechtswirkungen, die Art 6 Abs 1 EUV entfaltet, nach dessen Anspruch geöffnet hat. Die bislang in Kraft getretenen Vertragsrevisionen haben hieran nichts geändert.

Auf Grund der fehlenden Rangkoordination des mit dem EU-Beitritt übernommenen Rechtsbestandes ist es dem innerstaatlichen Verfassungsgesetzgeber nicht möglich, Art 6 Abs 1 EUV durch die Setzung innerstaatlichen Rechts zu derogieren, dies ist alleine im Verfahren nach Art 48 EUV zulässig. Österreichische Bestimmungen, die gegen Art 6 Abs 1 EUV

verstoßen, sind unmittelbar am Maßstab der durch Art 6 Abs 1 EUV modifizierten verfassungsrechtlichen Grundordnung zu messen und unterliegen der Normenkontrolle des VfGH. Daneben besteht eine alle Organe des Staates bindende Pflicht, innerstaatliches Recht auch am Maßstab des EUV zu messen, was im Ergebnis zu einer Modifikation des Prüfungsmaßstabes von unterhalb der verfassungsrechtlichen Grundordnung angesiedeltem Recht führt.

Auf Basis der aktuellen Vertragslage kann sich selbst der gesamtändernde Bundesverfassungsgesetzgeber seinen aus Art 6 Abs 1 EUV erfließenden Pflichten kaum entziehen. Der einzige Weg hierfür wäre der Austritt aus der Union, der jedoch nur im Einvernehmen mit den anderen Mitgliedstaaten der Union oder im Fall von Verstößen gegen die Bestimmungen des EUV durch andere Mitgliedstaaten oder die Organe der EU zulässig ist. Innerstaatlich wäre eine solche Mitgliedschaftsbeendigung im größten Teil der Fälle als Gesamtänderung der Bundesverfassung anzusehen und damit nur nach Durchführung einer obligatorischen Volksabstimmung gem Art 44 Abs 3 B-VG über eine entsprechende verfassungsgesetzliche Grundlage zulässig. Ausgenommen hiervon sind Fälle, in denen die EU selbst sich so wandelt, dass die Auswirkungen dieses Wandels der Grundordnung zuwiderlaufen würden. Ein eigenständiges verfassungsrechtliches Grundprinzip der EU-Mitgliedschaft Österreichs besteht nicht.

Durch die anstehende Vertragsrevision ändert sich die Bindung des innerstaatlichen Verfassungsgesetzgebers an die Nachfolgebestimmung von Art 6 Abs 1 EUV (Art 1a bzw 2 EUV idF des LV). Die Bestimmung selbst gewinnt an Gewicht, da durch den Wegfall der Säulenstruktur der EU keinerlei innerstaatliche Argumente gegen ihre supranationale Wirkung mehr vorgebracht werden könnten, womit sie innerstaatliche Rechtsakte jeden Ranges verdrängen kann, sofern sie selbst im Hinblick auf den maßgeblichen Sachverhalt hinreichend bestimmt ist. Diese weiter reichende Bindung wird jedoch dadurch abgefedert, dass nunmehr in den Verträgen ein Austrittsrecht aus der Union vorgesehen ist, das auch einseitig ausgeübt werden kann. Dies ändert aber nichts daran, dass ein Austritt eine volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung der Bundesverfassung nach Art 44 Abs 3 B-VG wäre.

B. Schlussbetrachtung

Auch nach dem Beitritt Österreichs zur EU gibt es in Österreich kein bloß im revolutionären Wege „abänderbares“ Verfassungsrecht, sodass auch die rechtsstaatliche Demokratie, wie sie das B-VG vorsieht, im Extremfall abgeschafft werden könnte. Allerdings hätte es der gesamtändernde Verfassungsgesetzgeber nunmehr äußerst schwer, diese Maßnahme

durchzusetzen, da sie während der aufrechten EU-Mitgliedschaft Österreichs jedenfalls nicht mehr zulässig wäre, und er sich dieser Bindung jedenfalls nur nach Ablauf einer gewissen „Abkühlungsphase“ entledigen könnte. Insofern liegt seit dem EU-Beitritt Österreichs der verfassungsrechtlichen Grundordnung nicht mehr das Konzept der im Rahmen des Verfahrens nach Art 44 Abs 3 B-VG vorgesehenen beliebigen Änderbarkeit der Verfassung zu Grunde. Damit erfüllt die Bindung an Art 6 Abs 1 EUV bzw dessen Nachfolgebestimmungen innerstaatlich jedenfalls jenen Zweck, den auch die klassischen Ewigkeitsklauseln nationaler Verfassungen (wie etwa Art 79 Abs 3 GG) haben. Sie ist zwar kein taugliches Abwehrmittel gegen revolutionäre Umbrüche, wohl aber unterbindet sie die Möglichkeit, dem „Verfassungsumsturz den Mantel der Legalität umzulegen“.⁶⁶⁷ Sollte es dennoch einmal so weit kommen, ist es jedoch auch das Unionsrecht, das in der dann ausschließlich entscheidenden Machtfrage durch das in Art 7 EUV geregelten Sanktionsverfahren einen wesentlichen Beitrag zum Fortbestand demokratischer Strukturen leisten könnte. Es ist allerdings zu hoffen, dass es nicht so weit kommen wird, dass sich diese Machtfrage tatsächlich stellt.

⁶⁶⁷ *Dreier in Dreier, Grundgesetz II, Art 79 III GG Rz 12.*

Anhang

Literaturverzeichnis

Adamovich, Demokratie und Rechtsstaat, in FS Rosenzweig, 27

Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd I (1997)

Annacker, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht (1998)

Antoniolli, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in FS Merkl, 34

Bachmann, Neue Aufgaben und Rechte für das österreichische Parlament, in FS Schäffer, 55

Balthasar, Die österreichische bundesverfassungsrechtliche Grundordnung unter besonderer Berücksichtigung des demokratischen Prinzips. Versuch einer Interpretation (2006)

Baumgartner, Der Rang des Gemeinschaftsrechts im Stufenbau der Rechtsordnung, JRP 2000, 84

Baumgartner, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz (1996)

Berka, Art 7 B-VG, in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Beutler in *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd I, 5. Aufl (1997)

Bitterlich, Art 6 EUV, in *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl (2006)

Bleckmann, Das europäische Demokratieprinzip, JZ 2001, 53

von Bogdandy, Art 10 EGV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Bd I

Bröhmer, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG (2006) 1004

Bußjäger, Art 41 B-VG, in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Bußjäger, Grenzänderung und Bundesstaat, ZÖR 2009, 115

Calliess, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, 929

Calliess/Ruffert, (Hrsg) Verfassung der Europäischen Union (2006)

Calliess/Ruffert, (Hrsg) EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Calliess, Art 1 EUV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Calliess, Art 5 EGV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Calliess, Art I-1 VVE, in *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union (2006)

Calliess, Art I-11 VVE, in *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union (2006)

Calliess, Art I-60 VVE, in *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union (2006)

Calliess/Kingreen, Art 6 EUV Rz 1-30, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Cremer, Art 46 EUV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Cremer, Art 48 EUV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Cremer, Art 49 EUV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Delpérée/Renders, Belgique, in *Pantélis/Koutsoubinas*, Les Régimes Electoraux des Pays de l'Union Européenne (1998) 77

Dreier, Grenzen demokratischer Ordnung im Verfassungsstaat, JZ 1994, 750

Dreier, Art 79 GG, in *Dreier*, Grundgesetz (1996) Bd II

Epiney, Gemeinschaftsrecht und Föderalismus, EuR 1994, 301

Ermacora, Handbuch der Menschenrechte der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963)

Ermacora, Der Verfassungsgerichtshof (1956)

P. Fischer/Köck, Völkerrecht, 6. Aufl (2004)

K. Fischer, Der Vertrag von Lissabon (2008)

Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl (1996)

Frowein/Peukert, Art 62 EMRK, in *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl (1996)

Frowein, Art 10 EMRK, in *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl (1996)

Funk, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in *Bieber/Widmer*, Der europäische Verfassungsraum (1995) 399

Funk, Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft, in FS Adamovich, 111

Gamper, Die verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem (2000)

Gamper, Verfassungsrevision und Bewahrung der Verfassung, ZÖR 2005, 207

Gamper, Staat und Verfassung (2007)

Gamper, Die Rolle der Bauprinzipien in der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, JÖR 2007, 537

Gold, Voraussetzungen des freiwilligen Austritts aus der Union, in *Niedobitek/Ruth*, Die neue Union (2007) 54

Giegerich, Verschmelzung der drei Säulen der EU durch europäisches Richterrecht? ZaöRV 2007, 351

Götting, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der Europäischen Union

Grabenwarter, Briefwahl und E-Voting: Rechtsvergleichende Aspekte und europarechtliche Rahmenbedingungen, JRP 2004, 70

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008).

Grabenwarter, Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, in FS Winkler, 271

Grabenwarter/Marauhn, Grundrechtsschutz und -schränken, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG (2006) 332

Grabitz/Hilf (Hrsg) Das Recht der Europäischen Union (LoBl)

Grawert, Die Demokratische Gesellschaft der Union. Zur Sozialdimension der europäischen Grundfreiheiten und Grundwerte, DSt 2006, 33

Griller, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, ZfRV 1995, 89

Griller, Wer kontrolliert die Europäische Union? ecolex 1993, 789

Griller, Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, ecolex 1996, 639

Griller, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, JRP 2000, 273

Griller, Individueller Rechtsschutz und Gemeinschaftsrecht, in *Aicher/Holoubek/Korinek*, Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht (2000)

Griller/Maislinger/Reindl, Fundamentale Rechtsgrundlagen einer EG-Mitgliedschaft (1991)

von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg) Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl (1997)

von der Groeben/Schwarze (Hrsg), Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl (2003)

Grote/Wenzel, Die Meinungsfreiheit, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG (2006) 895

Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in *Bieber/Widmer*, Der europäische Verfassungsraum (1995) 361

- Häfelin/Haller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl (1998)
- Haltern*, Rechtsschutz in der dritten Säule der EU, JZ 2007, 772
- Hammer*, EU-Verfassungsvertrag, Gesamtänderung der Bundesverfassung und pouvoir constituant, juridikum 2004, 112
- Handstanger*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung, ÖJZ 1998, 169
- Hatje*, Die institutionelle Reform der Europäischen Union – der Vertrag von Nizza auf dem Prüfstand, EuR 2001, 143
- Hatje/Kindt*, Der Vertrag von Lissabon – Europa endlich in guter Verfassung, EuZW 2008,
- Hecht*, Derogation von österreichischem Recht durch Gemeinschaftsrecht? ecolex 1996, 494
- Hellbling*, Art 9 B-VG einmal einfach gesehen, in FS Merkl, 71
- Herrmann*, Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts in Strafverfahren, EuZW 2005, 14
- Hiermaseder*, Zum Thema: Gesamtänderung der Bundesverfassung – Eine Klarstellung, ÖJZ 1983, 179
- Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof (1996).
- Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522
- Hiesel*, Gleichheitssatz, verfassungsrechtliche Grundordnung und das Erkenntnis VfSlg 15.373/1998, ÖJZ 2000, 281
- Hiesel*, Gibt es in Österreich unabänderliches Verfassungsrecht, ÖJZ 2002, 121
- Hiesel*, Was ist eine Gesamtänderung der Bundesverfassung? JAP 2001/2002, 87
- Hiesel*, Neue Wege in der Grundrechtsinterpretation, ZfRV 2000, 53
- Hiesel*, Gedanken zur gerichtlichen Konkretisierung von Verfassungsrecht, in FS Öhlinger, 298
- Hilf/Schorkopf*, Art 6 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Bd I
- Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung – demokratische und rechtsstaatliche Bedenken gegen eine scheinbare Selbstverständlichkeit, JRP 2001, 281
- Hinterauer*, Das demokratische Prinzip der Bundesverfassung der Republik Österreich, in FS Adamovich, 181
- Holzinger*, Art 26 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

- P. Huber*, Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene, EuR 1999, 579
- S. Huber*, Die Rechtsakte der „dritten Säule“, ÖJZ 2007, 404
- Huber-Kowald*, Art 6 EUV, in *Mayer*, EU-Vertrag und EG-Vertrag, Bd I
- Hummer/Obwexer*, Die Wahrung der Verfassungsgrundsätze der EU – Rechtsfragen der „EU-Sanktionen“ gegen Österreich, EuZW 2000, 485
- Hummer*, Der Status der EU-Grundrechtecharta (2002)
- Iral*, Handbuch der politischen Parteien
- Jabloner*, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 2001, 34.
- Jabloner*, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in FS Schambeck, 441
- Jahnel*, Die Mitwirkung des Bundespräsidenten an der Bundesgesetzgebung, JBl 1987, 633
- Kadelbach*, Vorrang und Verfassung: Das Recht der Europäischen Union im innerstaatlichen Bereich, in FS Zuleeg, 219
- Kahl*, Art 10 EGV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)
- Kassner*, Die Unionsaufsicht (2003)
- Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (1907, ND 2007)
- Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923, ND 1970)
- Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl (1960, ND 1992)
- Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, Blätter der Staatspartei 1934, zit nach *Jestaedt/Lepsius*, Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie (2006) 229
- Kelsen*, Von Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl 1929, zit nach *Jestaedt/Lepsius*, Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie (2006) 149
- Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich V (1922, ND 2003)
- Khakzadeh*, Die verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH, ZÖR 2006, 201
- Kingreen*, Art 6 EUV Rz 31-40, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)
- Klingenbrunner/Raptis*, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Vertrag von Lissabon, JRP 2008, 139

- Kluth*, Art 190 EGV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)
- Kluth*, Art 191 EGV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)
- Köck*, Das allgemeine Völkerrecht, in *Schambeck*, Das Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 763
- Koja*, Allgemeine Staatslehre (1993)
- Koja*, Die Verfassung, in FS Walter, 349
- Kolonovits*, Art 7 Z 2 – 4 StV von Wien, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd III
- Kolonovits*, VerbG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd IV
- Kolonovits*, HabsbG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd IV
- Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter, 363
- Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in FS Rill, 183
- Korinek*, Art 47 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I
- Korinek*, Die doppelte Bedingtheit von gemeinschaftsrechts-ausführenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften, in FS Öhlinger, 131
- Korinek/Holoubek*, (Hrsg) Bundesverfassungsrecht, LoBl, 7. Lfg 2006.
- Kramer*, Art 44 B-VG als „initial hypothesis“ der österreichischen Rechtsordnung, in FS Hellbling, 358.
- Kraus*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG (2006) 97
- Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl (2005)
- Krück*, Art 46 EU, in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd I
- Kucsko-Stadlmayer*, Der Vorrang der EU-Rechts vor dem österreichischen Recht, *ecolex* 1995, 338
- Lachmayer/Thallinger*, Conference Report - Widening the scope: Reflections on the Human Rights Law Session of the VXth Academy of European Law – European University Institute, Florence, July 2004, *German Law Journal* 2004, 1165
- Laurer*, Europarecht und österreichische Rechtsordnung – Rechtsnormen in einem einheitlichen Stufenbau? *ÖJZ* 1997, 801

Lazarus, Die Bedeutung der Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und der EMRK für die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft (2006)

Lenz/Borchardt (Hrsg), EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl (2006)

Lenz, Art 220 EGV, in *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl (2006)

Lienbacher, Art 27 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2008

Loebenstein, Das verfassungswidrige Verfassungsgesetz, in FS Walter, 437

Lorz, Der gemeineuropäische Bestand von Verfassungsprinzipien zur Begrenzung der Ausübung von Hoheitsgewalt – Gewaltenteilung, Föderalismus, Rechtsbindung, in *Müller-Graff/Riedel*, Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union (1998) 99

von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg), Bonner Grundgesetz, 4. Aufl (1999)

Mayer, Bundes-Verfassungsrecht, 4. Aufl (2007)

Mayer, Verfahrensfragen der direkten Demokratie, in FS Schambeck, 511

Mayer, Das Schulkreuz und die Grundrechte, JRP 1995, 222

Mayer, Im Dilemma zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht, in FS Adamovich, 430

Mayer, Gibt es unabänderliches Verfassungsrecht? in FS Schäffer,

Mayer, Plebiszitäre Elemente in der staatlichen Willensbildung, in FS 75 Jahre B-VG, 341

Meerpohl, Individualsanktionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen (2008)

Mayer (Hrsg), EU-Vertrag und EG-Vertrag, LoBl

Merkl, Die Unabänderlichkeit von Gesetzen, JBl 1917, 97

Merkl, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in *Klecatsky*, Die Republik Österreich (1968) 77

Merli, Art 41/2 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl (2006)

Mittmann, Die Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die Rechtsstellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (2000)

Morison/Morrow/Xanthaki, Royaume-Uni, in *Pantélis/Koutsoubinas*, Les Régimes Electoraux des Pays de l'Union Européenne (1998) 493

Morlok, Art 21 GG, in *Dreier*, Grundgesetz

Morlok, Parteiverbot als Verfassungsschutz – ein unauflösbarer Widerspruch? NJW 2001, 2931

Morscher, Über „unabänderliches“ Verfassungsrecht, in FS Pernthaler, 239

Morscher, Lebendiges oder gerade noch lebendiges Verfassungsrecht – Soll das B-VG seinen 80. Geburtstag erleben? in *Wieser/Stolz*, Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2000) 117

Müller, Das Verbotsgesetz im Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit (2005)

Nettesheim, EU-Beitritt und Unrechtsaufarbeitung, EuR 2003, 36

Neuhold, Zwischenstaatliche Grundregeln, in *Hummer/Neuhold/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts I, 3. Aufl (1997) 337 ff

Nohlen, Irland, in *Sternberger/Vogel*, Die Wahl der Parlamente I (1969) 651

Novak, Lebendiges Verfassungsrecht (2001), JBl 2003, 894

Nowak/Strejcek, Das Wahlrecht, in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd III (1997) 1

Nuscheler, Großbritannien, in *Sternberger/Vogel*, Die Wahl der Parlamente I (1969) 605

Oberndorfer, Art 1 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Obwexer, Der Vertrag von Lissabon: Auswirkungen auf das öffentliche Recht Österreichs, in *Lienbacher/Wielinger*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2008, 67

Öhlinger, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG (1988)

Öhlinger, Art 9 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Öhlinger, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union (1999)

Öhlinger, Kann die Rechtslehre das Recht verändern? ÖJZ 1991, 721

Öhlinger, Art 50 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Öhlinger, BVG Neutralität, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd IV

Öhlinger, BeitrittsBVG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd IV

Öhlinger, BVG Amsterdam/Nizza, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd IV

Öhlinger, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung, in FS Pernthaler, 273.

Öhlinger, Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrags von Amsterdam in Österreich, in *Hummer*, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam (1998) 297.

- Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG (1988)
- Öhlinger*, Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen? *ecolex* 2008, 290
- Öhlinger*, Der Vorrang der Unionsrechts im Lichte des Verfassungsvertrages, in FS Ress, 685
- Öhlinger*, Die Ratifikation des Verfassungsvertrages in Österreich – Anmerkungen zum konstitutionellen Gehalt des Verfassungsvertrages, in *Hummer/Obwexer*, Der Vertrag über eine Verfassung für Europa (2007) 343
- Öhlinger*, Unmittelbare Geltung und Vorrang des Gemeinschaftsrechts und die Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem, in FS Rill, 359
- Öhlinger/Grabenwarter*, Der Rücktritt Kärntens von der Grundversorgungsvereinbarung, *migralex* 2005, 38
- Okresek*, Art 41 EMRK, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd III
- Paar*, Das Beurkundungsrecht des Bundespräsidenten nach Art 47 B-VG, ZÖR 2009, 7
- Palermo*, Annäherungen an den „Verfassungskern“ der Europäischen Union. Die Homogenitätsklauseln im integrierten Verfassungsrecht des Europäischen Verfassungsraumes, FS Pernthaler, 295
- Pauly*, Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes. Zur konstitutionellen Bedeutung von Art. F. Abs. 2 EUV, EuR 1998, 242
- Pernice/Mayer*, Art 220 EGV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Bd III
- Pernthaler*, Der Verfassungskern (1998)
- Pernthaler*, Verfassungsentwicklung und Verfassungsreform in Österreich, in *Wieser/Stolz*, Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2000) 67
- Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004)
- Pernthaler/Esterbauer*, Die Entstehung des österreichischen Bundesstaates als geschichtlicher Vorgang und staatsrechtliches Problem (1973)
- Pernthaler*, Braucht ein positivrechtlicher Grundrechtskatalog das Rechtsprinzip der Menschenwürde? in FS Schäffer, 613
- Pfarr*, Die allgemeine Unionsaufsicht (2004)
- Poier*, Minderheitenfreundliches Mehrheitswahlrecht (2001)
- Polakiewicz*, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1993)

Potacs, Die Europäische Union und die Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts, 14. ÖJT I/1 (2000)

Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht (1994)

Puttler, Art 6 EUV Rz 44-60, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Puttler, Art I-5 VVE, in *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union (2006)

Puttler, Sind die Mitgliedstaaten noch „Herren“ der EU? EuR 2004, 669

Raschauer, Art 20 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht I

Raschauer, Ultra vires-Akte des Europäischen Gemeinschaften, ÖJZ 2000, 241.

Richter, Das Recht auf freie Wahlen, in *Grote/Marauhn*, EMRK/GG (2006) 1388

Riedel, Der gemeineuropäische Bestand von Verfassungsprinzipien zur Begründung von Hoheitsgewalt – Legitimität und Souveränität, in *Müller-Graff/Riedel*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 77

Rill, Der Rang der allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts, ZÖR 1959/1960, 439

Rill, Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes, in *Vetter/Potacs*, Beiträge zur juristischen Hermeneutik (1990) 53

Rill, Die österreichische Bundesstaatlichkeit und die Gesamtänderungsschwelle des Art 44 Abs 3 B-VG, in FS Schäffer, 717

Rill, die Rolle des Bundespräsidenten als Hüter der Verfassung, ZfV 2008, 314

Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht, LoBl, 4. Lfg 2006.

Rill/Schäffer, Art 1 B-VG, in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Rill/Schäffer, Art 44 B-VG in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Bd I

Ringhofer, Die österreichische Bundesverfassung (1977)

Ross, On law and Justice (1958) 80, hier zit nach *Kramer* in FS Hellbling, 351 (358)

Rotter, Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts im österreichischen Verfassungsrecht, ZÖR 1976, 1

Ruffert, Art 7 EUV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Ruffert, Art 249 EGV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Ruffert, Art I-46 VVE, in *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union (2006)

Ruffert, Art I-59 VVE, in *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union (2006)

Sarcevic, EU-Erweiterung nach Art. 49 EUV: Ermessensentscheidungen und Beitrittsrecht, *EuR* 2002, 461

Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich (1970)

Schäffer, Kriterien juristischer Auslegung, in *FS Rill*, 595.

Schäffer, Art 140 B-VG, in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Bd II

Schäffer, Vorrang des Gemeinschaftsrechts, in *Eilmansberger/Herzig*, 10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich (2006) 29

Schmalenbach, Art 312 EGV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Schmitt von Sydow; Art 7 EU, in *von der Groeben/Schwarze*, Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd I, 6. Aufl (2003)

Schönberger, Der Rahmenbeschluss – Unionssekundärrecht zwischen Völker- und Gemeinschaftsrechts, *ZaöRV* 2007, 1107

Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union.- Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV (2000)

Schorkopf, Art 7 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Bd I

Schramm, Gesamtänderung der Bundesverfassung durch die EU-Verfassung? *ZÖR* 2006, 41

Schreuer, Die Internationalen Organisationen, in *Hummer/Neuhold/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 3. Aufl (1997) 165

Schroeder, Der Rahmenbeschluss als Rechtssatzform in den Verträgen, in *Lagodny/Wiederin/Winkler*, Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls (2007) 37

Schwarze, Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen, *EuR* 1983, 1

Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar (2000)

Simma, Das Völkergewohnheitsrecht, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 3. Aufl (1997) 39

Starck, Präambel, in *von Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz, 4. Aufl (1999) Bd I

Starck, Art 1 GG, in *von Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz, 4. Aufl (1999) Bd I

Stelzer, Innerparteiliche Demokratie, in *FS Schäffer*, 779

Stöger, Art 312 EGV, in *Mayer*, EU-Vertrag und EG-Vertrag, Bd IV

Streinz, Europarecht, 8. Aufl (2008)

Streinz, Aufbau des Verfassungsvertrages, in *Hummer/Obwexer*, Der Vertrag über eine Verfassung für Europa (2007) 69

Stumpf, Art 7 EU, in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000)

Suhr, Art 34 EUV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)

Terhechte, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag? *EuR* 2008, 143

Theuerkauf, Parteiverbote und Europäische Menschenrechtskonvention (2006)

Thiel, Zur Einführung: „Wehrhafte Demokratie“ als verfassungsrechtliche Grundentscheidung, in *Thiel*, Wehrhafte Demokratie (2003) 1

Thienel, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990)

Thienel, Österreichisches Staatsbürgerschaftsrecht, Bd II (1990)

Thienel, Der mehrstufige Verwaltungsakt (1996)

Thienel, Anwendungsvorrang und Präjudizialität im amtswegigen Normprüfungsverfahren vor dem VfGH. Anmerkungen zu VfSlg 15.215/1998, *ZfV* 2001, 342

Thienel, Derogation, in *Walter*, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (1988) 1

Thienel, Art 48, 49 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht.

Thienel, Wehrlose oder streitbare Demokratie, *JRP* 2005, 163

Thun-Hohenstein, Der Vertrag von Amsterdam (1997)

Tillmans, Wehrhaftigkeit durch Werthaftigkeit – der ethische Grundkonsens als Existenzvoraussetzung des freiheitlichen Staates, in *Thiel*, Wehrhafte Demokratie (2003) 25

Tomasovsky, Verfassungsrechtliche Fragen der Genehmigung des Vertrages von Amsterdam, *JRP* 1998, 313

Tsatsos/Schefold/Schneider (Hrsg), Parteienrecht im europäischen Vergleich (1990)

Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995)

von Unger, „So lange“ nicht mehr: Das BVerfG behauptet die normative Freiheit des deutschen Rechts, *NVwZ* 2005

von Unger, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, *NVwZ* 2006, 46

- Vcelouch*, Gerichtskompetenz und EU (1996)
- Vcelouch*, Auswirkungen des österreichischen Unionsmitgliedschaft auf den Rechtsschutz vor dem VwGH und VfGH, ÖJZ 1997, 721
- Violini*, Der gemeineuropäische Bestand von Gegenständen mit Verfassungsrang, in *Müller-Graff/Riedel*, Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union (1998) 33
- Volpi/Oliveiro*, Italie, in *Pantélis/Koutsoubinas*, Les Régimes Electoraux des Pays de l'Union Européenne (1998) 371
- Vranes*, Der Status der Grundrechtscharta der Europäischen Union, JBl 2002, 630.
- Vedder*, Art 49 EUV, *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Bd I
- Vedder/Folz*, Art 48 EUV, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Bd I
- Waltemathe*, Austritt aus der EU (2000)
- Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960)
- Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972)
- Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung, 2. Aufl (1976)
- Walter*, Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung (1984)
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, 10. Aufl (2007)
- Weber*, Kriterien des Bundesstaats (1980)
- Wegener*, Art 220 EGV, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl (2007)
- Wetter*, Die Grundrechtscharta des Europäischen Gerichtshofes (1998)
- Wichard*, Art I-7 VVE, in *Calliess/Ruffert*, Verfassung der Europäischen Union (2006)
- Wiederin*, Gesamtänderung, Totalrevision und Verfassungsgebung, in FS Schäffer, 961
- Wieser*, Art 56 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd I
- Wieser*, § 1 ParteienG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd IV
- Winkler*, Der Rechtsschutz gegen Maßnahmen zur Sanktionierung eines EU-Mitgliedstaats wegen Verletzung europäischer Grundwerte und gegen die Maßnahmen der „EU-14“, JRP 2000, 308
- Winkler*, Integrationsverfassungsrecht (2003)
- Winkler*, Die Grundrechte der EU (2006)

Zagler, Zur normlogischen Interpretation von Art 44 B-VG, JBl 1972, 604

Zeleny, Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip? (Teil 1) *juridikum* 2004, 182

Zeleny, Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip? (Teil 2) *juridikum* 2005, 22

Zellenberg, Art 7 StGG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Bd III

Zemanek, Verantwortlichkeit und Sanktionen, in *Hummer/Neuhold/Schreuer*, Handbuch des Völkerrechts I, 3. Aufl (1997) 446

Zimmerling, Art 34 EUV, in *Lenz/Borchardt*, EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl (2006)

Abstract – Deutsch

In der österreichischen Verfassungsrechtslehre hat im vergangenen Jahrzehnt eine intensive Befassung mit der Frage stattgefunden, ob bzw. inwiefern der österreichischen Bundesverfassung ein änderungsfester Kern innewohnt. Determinanten dieser Debatte in der Lehre waren die weitestgehend innerstaatliche Orientierung der Argumentation sowie die erhebliche Methodenabhängigkeit der schlussendlich erzielten Ergebnisse.

Die vorliegende Arbeit nähert sich dieser Frage – von einer These *Thienels* ausgehend – an Hand einer Untersuchung des innerstaatlichen Verfassungsrechts, erweitert die Betrachtungsweise jedoch um den Aspekt völker- und vor allem europarechtlicher Bindungen der österreichischen Verfassungsordnung. Betrachtet wird dabei vor allem das demokratische Grundprinzip der Bundesverfassung, notwendige Querbezüge zu anderen Grundprinzipien werden ebenfalls dargestellt und auch auf diese Grundlagen übertragen. Die Arbeit gelangt zu dem Zwischenergebnis, dass das innerstaatliche Verfassungsrecht vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union kein Verbot der Abänderung der Bundesverfassung normierte.

Durch den Beitritt Österreichs zur EU hat das demokratische Prinzip (iwS) einen erhöhten Bestandschutz erhalten. Rechtsgrundlage hierfür ist Art 6 Abs 1 EUV, der die Grundprinzipien des EU-Rechts bestimmt und diese auch für die Mitgliedstaaten für verbindlich erklärt. Die Arbeit untersucht die Reichweite der Rechtswirkungen, die Art 6 Abs 1 EUV auf das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht entfaltet, und kommt zu dem Ergebnis, dass die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten wesentlich schwerer wiegend geregelt sind, als dies in der Lit bisher angenommen wurde.

Für das österreichische Verfassungsrecht ergibt sich im Ergebnis daraus, dass ein Abgehen von der demokratischen Staatsform während der aufrechten EU-Mitgliedschaft Österreichs verboten ist und dieses Verbot auch effektiv und durchsetzbar ist. Eine Änderung dieses Zustandes würde eine Beendigung der EU-Mitgliedschaft voraussetzen, die nach geltendem Recht jedoch nur unter besonderen Umständen zulässig ist.

Die bevorstehende Vertragsrevision hat auf die in der Arbeit angestellten Überlegungen insoweit Auswirkungen, als die aus dem Primärrecht erfließenden Verpflichtungen zur Aufrechterhaltung einer demokratischen Staatsform definitiv supranationalen Charakter haben werden. Kompensiert wird diese stärkere Bindung jedoch durch die erleichterte Möglichkeit, aus der EU auszuscheiden.

Abstract – English

In the past decade a debate among the Austrian Constitutional Law teachers and researchers on whether the Austrian Federal Constitution has an immanent core which is not subject to changes by the constitutional procedure. This debate was vastly determined by its focus on the national constitutional situation and the high interdependency between the methods applied and the results.

The present thesis approaches the question by initially resuming the debate on the Austrian Constitution, but furthermore extends the consideration to the determination of national constitutional law by international and European law. The focus lies with the democratic principle of the constitution, nevertheless relations to other fundamental principles are also discussed. These considerations are based on the intermediate result that the national constitutional law did not prohibit any changes of the democratic principle before Austria became a member of the EU.

This situation has changed after Austria had joined the EU. The democratic principle is now granted higher protection against changes aiming at restricting or abolishing the democratic fundament of the state. This protection is based upon the provision of Art 6 para 1 of the EU treaty which defines the fundamental principles of EU law and declares these principles binding for the member states. The thesis investigates the range of legal consequences which Art 6 para 1 EU treaty develops with view to the national constitutions and comes to the result that the obligations of the member states are of much higher intensity than assumed up to now.

Consequently, it is forbidden for Austria to change its fundamental constitutional principles as long as it is member of the EU; this ban is effective and can be implemented by legal means. The only way to escape these obligations would be the termination of Austria membership in the EU, which is under the current primary law only allowed under very special circumstances.

The entry into force of the Lisbon Treaty has consequences on the results of the present thesis as the obligations of member states to keep up a democratic system of government resulting from primary law will definitely have supra-national character. This stronger obligation will nevertheless be compensated by the facilitated possibility to end the EU membership of the concerned state.

Lebenslauf des Verfassers

Mag. Alexander Klingenbrunner

27.8.1983, Wien

Hochschulbildung

Universität Wien, Rechtswissenschaftliche

Fakultät

Okt 2001 – Feb 2005

Diplomstudium Rechtswissenschaften, Mag.
iur. 2005, Einstufung als ‘high potential’

Mar 2005 – dato

Doktoratsstudium

Wissenschaftliche Tätigkeit

Universität Wien, Rechtswissenschaftliche

Fakultät

Juni 2006 – Okt 2008

Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für
Staats- und Verwaltungsrecht

Berufserfahrung

Bundeskanzleramt, Wien

Nov 2008 - dato

Referent in der Abteilung für
sicherheitspolitische Angelegenheiten
(IV/6), zuständig für die Bereiche Justiz und
Inneres, va im Rahmen von Titel IV EGV
und der PJZS

Nationalrat, Wien

Sep 2006 – Okt 2008

Parlamentarischer Mitarbeiter von AbgzNR
Dr. Hannes Jarolim, Obmann-Stv des
Justizausschusses, Mitglied des Verfassungs-
und Finanzausschusses

Bezirksgericht Fünfhaus, Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien

Apr 2006 – Sep 2006

Rechtspraktikant

Publikationen

Klingenbrunner/Klinger, Zweisprachige Ortstafeln im Brennpunkt rechtsstaatlicher Unzulänglichkeiten, *migralex* 2007, 10

Klingenbrunner, Die Tabak-Werbe-RL 2003, in *Strejcek (Hrsg)*, Rauchen im Recht. Tabakrecht und Tabakmonopol (2007)125

Klingenbrunner, Gemeinschaftsrechtliche Fragen der Festsetzung von Mindestverkaufspreisen für Zigaretten *Strejcek (Hrsg)*, Rauchen im Recht. Tabakrecht und Tabakmonopol (2007) 191

Klingenbrunner, Zigarettenautomaten und Jugendschutz, *Strejcek (Hrsg)*, Rauchen im Recht. Tabakrecht und Tabakmonopol (2007) 433

Klingenbrunner, Was ist die Ersatzmaut? *ZVR* 2007, 290

Strejcek/Bresich/Klingenbrunner, Ausgliederte Unternehmen und Insolvenzentgeltsicherung am Beispiel der ÖBB, *ÖZW* 2007, 84.

Bresich/Klingenbrunner, Kompetenzrechtliche Abgrenzungsfragen bei Spielen, *AnwBl* 2008, 59

Klingenbrunner, Gesetzesprüfungsbeschluss zum humanitären Aufenthaltsrecht, *migraLex* 2008, 38

Klingenbrunner/Bresich, Telekommunikationsunternehmen: Beschränkter Rechtsschutz gegen Polizeihandeln? *ecolex* 2008, 475

Bresich/Klingenbrunner, Die Zulässigkeit des mietrechtlichen Kündigungsverzichts, *RdW* 2008, 375

Klingenbrunner, Bilingual Topography: Differences between German and Slovenian Place Name Signs are Unconstitutional, *ICL-Journal* 2008, 146

Klingenbrunner/Raptis, Die Justiziabilität der EU-Grundrechtecharta nach dem Reformvertrag von Lissabon, JRP 2008, 139

Bresich/Klingenbrunner, Die prämiengünstigte Zukunftsvorsorge des Gemeinschuldners im Konkursverfahren, ZIK 2008, 114

Klingenbrunner, VfGH hebt Bestimmungen zum humanitären Aufenthaltsrecht teilweise auf, migralex 2008, 102

Klingenbrunner, Die Erwerbs- und Berufsfreiheit, in *Heißl* (Hrsg) Handbuch Menschenrechte (2009) 364

Klingenbrunner, Mautrecht, in *Bauer* (Hrsg) Handbuch Verkehrsrecht (2009) 243

Klingenbrunner/Raptis, Straßenrecht, in *Bauer* (Hrsg) Handbuch Verkehrsrecht (2009) 143

Klingenbrunner, Responding Terrorism: The State of Emergency, in *Eberhard/Lachmayer/Ribarov/Thallinger* (Hrsg), Constitutional Limits to Security (2009, In Druck)

Klingenbrunner, Fremdsprachen im Gemeindeamt, RFG 2009, 4

Klingenbrunner, Die Fremdenrechtsnovelle 2009, migralex 2009, 38