

# Wahlen in Gibraltar, Demokratie in Österreich und Lehren für Europa

Franz Merli, Graz

|                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Wahlen in Gibraltar.....                                                                 | 503 |
| A. Die <i>Mathews</i> -Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ..... | 503 |
| B. Die Entscheidung des EuGH im Fall Spanien/Vereinigtes Königreich .....                   | 505 |
| II. Demokratie in Österreich.....                                                           | 507 |
| A. Demokratie als Staatsbürgerdemokratie .....                                              | 508 |
| B. Relativierungen durch die EU-Mitgliedschaft .....                                        | 508 |
| C. Die Unbestimmbarkeit des demokratischen Souveräns.....                                   | 510 |
| III. Lehren für die Europäische Union.....                                                  | 511 |

*Willibald Posch* hat schon früh die Bedeutung Europas für das österreichische Recht erkannt, und vermutlich war er auch schon in Gibraltar. Dort leben weniger als 30.000 Menschen auf etwa 6,5 km<sup>2</sup>. Wahlen in einer solchen Kleinstadt würde man kaum mehr als lokale Bedeutung beimessen. Doch haben Wahlrechtsfragen in Gibraltar zu zwei spektakulären Entscheidungen der beiden europäischen Höchstgerichte geführt, die für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union wichtig sind und ein neues Licht auf zwei zentrale Grundwerte Europas werfen: die Demokratie und den Grundrechtsschutz.

## I. Wahlen in Gibraltar

Dass die Bürger Gibraltars im Jahr 2004 erstmals an den Wahlen zum Europäischen Parlament teilnehmen konnten, verdanken sie einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Straßburg. Dass sie auch 2009 wählen durften und in Hinkunft wahlberechtigt bleiben, hat der Luxemburger Gerichtshof der (damaligen) Europäischen Gemeinschaften ermöglicht. Hintergrund der juristischen Auseinandersetzungen ist der Status Gibraltars als britische Kronkolonie, auf die auch Spanien Souveränitätsansprüche erhebt.

### A. Die *Mathews*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

In seiner Entscheidung vom 18. 2. 1999<sup>1</sup> hat der EGMR auf Beschwerde von Frau *Mathews*, einer Bürgerin von Gibraltar, bekanntlich festgestellt, dass das Vereinigte König-

<sup>1</sup> EGMR 18. 2. 1999, Appli Nr 24833/94 ECHR 1999-I = EuGRZ 1999, 200 = HRLJ 1999, 4; dazu zB *Bröhmer*, Das Europäische Parlament: Echtes Legislativorgan oder bloßes Hilfsorgan im legislativen Prozeß? – Zur *Mathews*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, ZEuS 1999, 197; *Dörr*, Anmerkung zur „*Mathews*“-Entscheidung des EGMR, JuS 2000, 1013; *González Alonso*, Las secuelas del asunto *Mathews* y el voto de los gibraltareños en las elecciones al Parlamento Europeo: lo que mal comienza, mal termina, Revista española de derecho internacional 2002, 987; *Lenz*, Anmerkung zum „*Mathews*“-Urteil, EuZW 1999, 311; *Pulido Quecedo*, Elecciones Europeas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Comunitario (a propósito de la STEDH, de 18 de febrero de 1999, Caso *Mathews* c. Reino Unido), Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional /1999, 1655; *Ruiz Jarabo*, Por una interpretación pacífica de *Mathews* contra Reino Unido: Colonialismo y Derechos Fundamentales en Gibraltar, Anuario de derecho internacional 2002, 229; *Sánchez Rodríguez*, Sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Comunitario Europeo (a propósito del asunto *Mathews* c. Reino Unido), Revista de Derecho Comunitario Europeo 1999, 95; *Schermers*, Annota-

reich das in Art 3 1. ZP EMRK garantierte Recht auf freie Wahlen verletzt habe, indem es den Bürgern Gibraltars die Möglichkeit zur Teilnahme an den Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 1994 vorenthalten hatte. Dieses Ergebnis stand im Widerspruch zu der Beurteilung, die die Europäische Menschenrechtskommission im selben Fall zuvor abgegeben hatte,<sup>2</sup> und es war auch alles andere als selbstverständlich, denn der EGMR musste dazu eine Reihe von schwierigen Rechtsfragen lösen.

Zunächst qualifizierte er das Europäische Parlament als gesetzgebendes Organ iSd Art 3 1. ZP EMRK,<sup>3</sup> obwohl diese Bestimmung ursprünglich nur auf nationale gesetzgebende Organe abstellte und das Europäische Parlament im Übrigen nicht die vollen Befugnisse eines typischen Parlaments besaß. Ausschlaggebend dafür war einerseits eine dynamische und teleologische Auslegung der Menschenrechtskonvention als „living instrument“ und von Art 3 als Garantie tatsächlich effektiver Demokratie, die sich wandelnden Gegebenheiten anzupassen habe, und andererseits die deutlich stärkere Stellung, die das Parlament im Gesetzgebungsprozess der (damaligen) EG durch den Vertrag von Maastricht erhalten hatte. Zweitens war zu klären, ob das Europäische Parlament als gesetzgebendes Organ für Gibraltar betrachtet werden konnte, obwohl das Gemeinschaftsrecht in Gibraltar nur in beschränktem Umfang Wirkung entfaltete.<sup>4</sup> Dem Gerichtshof reichte hier, dass das Gemeinschaftsrecht zumindest in einigen wesentlichen Gebieten in Gibraltar Anwendung fand.<sup>5</sup> Drittens und vor allem aber war unklar, ob das Vereinigte Königreich für die Vorenthaltung des Wahlrechts zum Europäischen Parlament verantwortlich war, denn die Rechtsgrundlage für den Ausschluss der Bürger Gibraltars bildete der sog Direktwahlakt,<sup>6</sup> also ein primärrechtsgleicher Akt der Europäischen Gemeinschaft, der nicht von einer Vertragspartei der Menschenrechtskonvention erlassen worden war und im Übrigen nur mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten geändert werden konnte. Dadurch ließ sich der Gerichtshof jedoch nicht beirren, sondern verwies auf die Verantwortlichkeit der Vertragsparteien, nach Art 1 EMRK allen ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen die Konventionsrechte zu sichern, und die Tatsache, dass sich das Vereinigte Königreich ja selbst und erst nach Inkrafttreten des 1. ZP in diese Lage begeben habe.<sup>7</sup>

Die allgemeine Bedeutung der *Matthews*-Entscheidung lag darin, dass den Vertragsparteien eine „Flucht in die Supranationalität“ versperrt wurde, dass sie sich also aus ihren Verpflichtungen aus der Konvention durch die Übertragung von Zuständigkeiten an internationale oder supranationale Organisationen nicht entziehen konnten, und der damit verbundenen indirekten Bindung der (damaligen) EG an die Menschenrechtskonvention, auch wenn die EG keine formale Vertragspartei in der Konvention war. Letztlich hat sich damit der EGMR als subsidiäres Verfassungsgericht auch für die EG etabliert. Das gilt ganz be-

tion: *Matthews vs United Kingdom*, C.M.L.Rev. 1999, 673; *Weiß*, *Matthews/Vereinigtes Königreich* – Urteil vom 18. Februar 1999, EuZW 1999, 308.

<sup>2</sup> EKMR 29. 10. 1997, Appl Nr 24833/94 EuGRZ 1999, 206.

<sup>3</sup> EGMR (FN 1) Rz 36 ff.

<sup>4</sup> Dies ergibt sich aus dem Vertrag über den Beitritt Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs zu den Europäischen Gemeinschaften; s auch EuGH 23. 9. 2003, C-30/01, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 2003 I-9481.

<sup>5</sup> EGMR (FN 1) Rz 11 ff.

<sup>6</sup> Beschluss 76/787/EGKS, EWG, Euratom und Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Abgeordneten des Europäischen Parlaments vom 20. September 1976. AB1 1976 L 278/1 und 5, inzwischen geändert durch Beschluss 2002/772/EG, Euratom. AB1 2002 L 283.1. Anhang II (heute: Anhang I) des Aktes lautet: „Das Vereinigte Königreich wird die Vorschriften dieses Aktes nur auf das Vereinigte Königreich anwenden.“ Ausgeschlossen ist damit seine Anwendung auf Gebiete (wie Gibraltar), die nicht zum Vereinigten Königreich gehören, deren auswärtige Beziehungen aber das Vereinigte Königreich nach Art 299 Abs 4 EGV (jetzt Art 355 Abs 3 AEUV) wahrnimmt.

<sup>7</sup> EGMR (FN 1) Rz 19.

sonders, wenn behauptete Konventionsrechtsverletzungen durch den EuGH nicht überprüfbar sind, weil sie, wie im Fall *Matthews*, auf Primärrecht oder primärrechtsgleichem Recht beruhen, das der Kontrolle des EuGH nicht unterliegt. Das gilt aber auch, wie wir inzwischen aus der *Bosphorus*-Entscheidung des EGMR<sup>8</sup> entnehmen können, wenn eine Zuständigkeit des EuGH besteht: In diesen Fällen behält sich der EGMR zumindest eine nachprüfende Grobkontrolle im Hinblick auf Konventionsverletzungen vor.

Im konkreten Fall stand nun das Vereinigte Königreich vor der schwierigen Aufgabe, einen Weg zur Gewährleistung des Wahlrechts der Bürger Gibraltars zum Europäischen Parlament zu finden. Die einfachste Möglichkeit, nämlich die Änderung des Direktwahlaktes, scheiterte in diesem Punkt am Widerstand Spaniens, das eine weitere Verfestigung der Zugehörigkeit Gibraltars zur britischen Krone befürchtete. Immerhin aber konnten sich das Vereinigte Königreich und Spanien im Rahmen der Verhandlungen auf ein bilaterales Abkommen verständigen, nach dem das Vereinigte Königreich für die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem *Matthews*-Urteil Sorge tragen würde.<sup>9</sup> Als das Vereinigte Königreich dann die entsprechenden Rechtsänderungen vornahm (die zur Teilnahme der Bürger Gibraltars an den Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2004 führten),<sup>10</sup> sah Spanien allerdings darin einen Vertragsverstoß und erhob Klage beim EuGH.

## B. Die Entscheidung des EuGH im Fall Spanien/Vereinigtes Königreich

Der EuGH wies die Klage am 12. 9. 2006 ab.<sup>11</sup> Auch das war nicht selbstverständlich und von allgemeiner Bedeutung. Spanien hatte zunächst Verstöße gegen den Direktwahlakt durch die konkrete Ausgestaltung der Modalitäten des Wahlrechts geltend gemacht. Rechtswidrig sei vor allem, dass Gibraltar als Gebiet Teil eines englischen Wahlbezirkes wurde und dass die Wahlen in Gibraltar (statt als Briefwahl im Vereinigten Königreich) und unter der Verantwortung der Behörden und der Kontrolle von Gerichten Gibraltars stattfanden. Der EuGH folgte dem nicht, weil nur unter diesen Bedingungen die effektive Ausübung des Wahlrechts für die Bürger von Gibraltar sichergestellt werden konnte.<sup>12</sup>

Praktisch keine Rolle in diesem Verfahren spielte dagegen die Frage, ob nicht der Direktwahlakt die einseitige Einführung von Wahlen zum Europäischen Parlament durch das Vereinigte Königreich überhaupt verbot, also eines der Argumente, mit dem sich das Vereinigte Königreich im *Matthews*-Fall noch verteidigt hatte. Der EuGH begnügte sich dazu mit dem knappen Hinweis darauf, dass Spanien nicht bestritten habe, dass das Vereinigte Königreich

<sup>8</sup> EGMR 30. 6. 2005, Appl Nr 45036/98 NJW 2006, 197 = EuGRZ 2007, 662.

<sup>9</sup> Schlussanträge des Generalanwalts 6. 4. 2006, C-145/04, *Spanien/Vereinigtes Königreich*, Rz 32 ff.

<sup>10</sup> European Parliament (Representation) Act 2003, www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/7/contents (1. 2. 2011).

<sup>11</sup> EuGH 12. 9. 2006, C-145/04, *Spanien/Vereinigtes Königreich*, Slg 2006 I-7917 = EuGRZ 2007, 39. Dazu zB *Aust*, Von Unionsbürgern und anderen Wählern. Der Europäische Gerichtshof und das Wahlrecht zum Europäischen Parlament, ZEuS 2008, 253; *Besselink*, Common Market Law Review 2008, 787; *Burgogue-Larsen*, L'identité de l'Union européenne au coeur d'une controverse territoriale tricontinentaire, Revue trimestrielle de droit européen 2007, 25; *Cavaliere*, Da Strasburgo a Lussemburgo: i nuovi confini del diritto di voto nelle elezioni per il Parlamento europeo, Diritto pubblico comparato ed europeo 2007, 319; *Dörr*, Die Unionsbürgerschaft zwischen Auffangfreiheit und demokratischer Legitimation, in Rengeling-FS (2008) 205 (210 ff); *González García*, Revista de Derecho Comunitario Europeo 2008, 215; *Montanari*, La titolarità del diritto di voto al Parlamento europeo: osservazioni su due sentenze della Corte di Lussemburgo, La Comunità internazionale 2007, 703; *Shaw*, The Political Representation of Europe's Citizens: Developments, European Constitutional Law Review 2008, 162; *Zelaia Garagarza*, La Ciudadanía de la Unión y el derecho a votar en las elecciones al Parlamento Europeo, Civitas, Revista española de Derecho Europeo 2007, 91.

<sup>12</sup> EuGH (FN 11) Rz 95.

der Verpflichtung aus dem *Matthews*-Urteil trotz Beibehaltung der entsprechenden Bestimmungen des Direktwahlaktes nachkommen musste.<sup>13</sup> Die Frage ist jedoch aus allgemeiner Sicht von großer Bedeutung, und deshalb wird darauf zurückzukommen sein.

Ausführlicher befasste sich der EuGH dagegen mit dem zweiten spanischen Klagegrund, nämlich mit dem Vorwurf, das Vereinigte Königreich habe Gemeinschaftsrecht verletzt, indem es das Wahlrecht zum Europäischen Parlament auch sog. „Qualifying Commonwealth Citizens“ (QCC) einräumte, also Bewohnern Gibraltars, die zwar eine Nahebeziehung zum Vereinigten Königreich haben, aber anders als „normale“ Bürger von Gibraltar nicht die britische Staatsangehörigkeit und damit auch nicht die Unionsbürgerschaft besitzen. Der Gerichtshof sah auch darin keinen Verstoß: Die Bestimmung des (damaligen) Art 189 EGV, nach der das Europäische Parlament aus Vertretern der „Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ besteht, schließe ein Wahlrecht von Drittstaatsangehörigen nicht aus; der Ausdruck „Völker“ könne nicht mit Unionsbürgern gleichgesetzt werden. Der Direktwahlakt enthalte insofern keine näheren Bestimmungen, sondern überlasse die Regelung den Mitgliedstaaten. Aus den Bestimmungen des EGV über die Unionsbürgerschaft sei schließlich nur abzuleiten, dass Unionsbürger jedenfalls wahlberechtigt sein müssen; ein Verbot der Teilnahme von Drittstaatsangehörigen enthielten auch sie nicht.<sup>14</sup>

Die Entscheidung fällt zunächst auf, weil sie eines der seltenen Beispiele für ein Vertragsverletzungsverfahren zwischen zwei Mitgliedstaaten darstellt.<sup>15</sup> Von allgemeiner Bedeutung ist sie jedoch vor allem aus drei Gründen.

Erstens lässt sie sich wohl kaum anders verstehen, als dass der EuGH der EMRK Vorrang auch vor gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf Primärrechtsstufe einräumte. Die Erstreckung der Wahlen zum Europäischen Parlament auf Gibraltar stand (und steht) im Gegensatz zum Wortlaut und auch zur Entstehungsgeschichte des Direktwahlaktes. Eine konventionskonforme Interpretation des Direktwahlaktes hatte keine Partei vorgebracht, und auch der EuGH hat dies nicht einmal versucht, sodass als Begründung letztlich nur ein Zurücktreten der einschlägigen Bestimmung des Direktwahlaktes gegenüber den konventionsrechtlichen Anforderungen, wie sie im *Matthews*-Urteil konkretisiert wurden, infrage kommt. Eine Erklärung dafür könnte Art 307 EGV (jetzt Art 351 AEUV) liefern,<sup>16</sup> der Abweichungen vom Gemeinschaftsrecht zulässt, wenn sie von früher abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen mit Dritten geboten sind, doch der Gerichtshof erwähnte die Bestimmung nicht einmal. Deutlicher war Generalanwalt *Tizzano* in seinen Schlussanträgen: Er berief sich auf Art 6 Abs 2 (heute Abs 3) EUV, der allgemein die Achtung der Grundrechte verlangt, wie sie sich (ua) aus der EMRK ergeben, und sprach ausdrücklich von einer „höherrangige[n] Rechtsnorm“,<sup>17</sup> die „zu einer Ausnahme von Anhang 2 [des Direktwahlaktes] führt“.<sup>18</sup> Konsequenterweise sah er eine Verdrängung der einschlägigen Bestimmung des Direktwahlaktes nur im Hinblick auf Unionsbürger, da weder aus Art 3 Abs 1 i. ZPEMRK noch aus dem *Matthews*-Urteil eine Pflicht zur Einräumung des Wahlrechts auch gegenüber Drittstaatsangehörigen hervorgehe und insoweit daher keine „Gefahr der Kollision mit

<sup>13</sup> EuGH (FN 11) Rz 90.

<sup>14</sup> EuGH (FN 11) Rz 74.

<sup>15</sup> Spanien hatte vor der eigenen Klageerhebung auch vergeblich versucht, die Kommission zu einer Klage zu veranlassen.

<sup>16</sup> *Besselink* (FN 11) 807 f.

<sup>17</sup> Schlussanträge (FN 9) Rz 129.

<sup>18</sup> Schlussanträge (FN 9) Rz 131.

den Grundsätzen der EMRK“ bestehe.<sup>19</sup> In diesem letzten Punkt folgte ihm der Gerichtshof nicht, doch das ändert nichts am Wesentlichen: an der Annahme einer Normenhierarchie zwischen EMRK und primärrechtsgleichem Gemeinschaftsrecht und an der Inanspruchnahme einer Art von inzidenter Normenkontrolle eines primärrechtsgleichen Akts durch den EuGH. Der EuGH fügte damit dem bekannten Prinzip der konventionskonformen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, etwa der Gemeinschaftsgrundrechte,<sup>20</sup> ein weiteres und zusätzliches Element hinzu, das die Bindung der EG an die Konvention verstärkte und auch noch nach einem Beitritt der EU zur EMRK, wie ihn Art 6 Abs 2 EUV idF von Lissabon vorsieht, zur Bereinigung von Konventionen verstößen bedeutsam bliebe.

Die Entscheidung ist aber auch ein Beispiel für eine verfassungsschonende Auslegung von Gemeinschaftsrecht. Im konkreten Fall verwies der EuGH zweimal explizit darauf, dass die Erstreckung des Wahlrechts auf QCC (auch bei nationalen Wahlen) mit der Verfassungstradition des Vereinigten Königreiches zusammenhänge.<sup>21</sup> Indem er darauf verzichtete, dem Gemeinschaftsrecht weiter gehende Festlegungen zu entnehmen, als sich unmittelbar aus dem Text der einschlägigen Vorschriften ergaben, ließ er dem Vereinigten Königreich den notwendigen Spielraum zur Aufrechterhaltung dieser Verfassungstradition. Allgemein ist eine solche verfassungsschonende Auslegung ein Mittel, um unauflösbare Pflichtenkollisionen der Mitgliedstaaten zwischen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, der Menschenrechtskonvention und der nationalen Verfassung zu vermeiden.<sup>22</sup>

Schließlich steht die Entscheidung für ein pluralistisches Demokratiekonzept in der EU. Aus ihr und einer weiteren Entscheidung vom selben Tag<sup>23</sup> zum Wahlrecht von Unionsbürgern auf Aruba, einem niederländischen Gebiet außerhalb der EU, ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten das aktive Wahlrecht einerseits auch auf ihrem Gebiet lebenden Drittstaatsangehörigen, andererseits aber auch eigenen Bürgern, die nicht im Gemeinschaftsgebiet wohnen, verleihen und damit zwischen einer „Staatsbürger-“ und einer „Betroffendendemokratie“ wählen oder sich auch für Mischformen entscheiden können.

Die Entscheidungsfreiheit der einen Mitgliedstaaten hat freilich Auswirkungen auf die anderen. Dies sei nun am Beispiel Österreichs gezeigt.

## II. Demokratie in Österreich

Das Recht der Republik Österreich geht nach Art 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920 (B-VG) vom „Volk“ aus. Der Nationalrat, das Parlament auf Bundesebene, wird nach Art 26 B-VG vom „Bundesvolk“ gewählt. Zur Wahl der Landtage, der gesetzgebenden Körperschaften auf Landesebene, sind nach Art 95 B-VG die „Landesbürger“ berechtigt.

<sup>19</sup> Schlussanträge (FN 9) Rz 130; vgl auch *Thienel*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht im sich einigenden Europa: Das „Volk“ im Sinne des Art 3 i. ZPEMRK, in *Öhlinger-FS* (2004) 356. Dass die EMRK kein Wahlrecht für Nichtstaatsbürger verlangt, scheint *Dörr* (FN 11) 211, nicht zu teilen: Anders als der Generalanwalt sieht er in einer konventionsrechtlichen Pflicht die Erklärung auch für die Erstreckung des Wahlrechts auf QCC.

<sup>20</sup> Dazu zB *Merli*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, *VVDStRL* 66 (2007) 392 (403 ff mwN).

<sup>21</sup> EuGH (FN 11) Rz 63 und 79. Das Wahlrecht der QCC bei Unterhauswahlen beruht auf dem Representation of the People Act 2000, [www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/2/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/2/contents) (1. 2. 2011).

<sup>22</sup> Dazu *Merli* (FN 20) 413 ff mwN.

<sup>23</sup> EuGH 12. 9. 2006, C-300/04, *Eman und Sevinger*, *Slg* 2006 I-8055 *EuGRZ* 2007, 48.

## A. Demokratie als Staatsbürgerdemokratie

Der österreichische VfGH hat diese Bestimmungen iS einer Staatsbürgerdemokratie interpretiert. In einer Entscheidung aus 1989<sup>24</sup> deutete er zunächst den Ausdruck „Bundesvolk“ in Art 26 B-VG auf der Grundlage von systematischen und historischen Überlegung als Gesamtheit (nur) der Staatsbürger. Daraus ergibt sich, wenn das auch nicht das eigentliche Thema der Entscheidung war, dass die Verfassung die Teilnahme von Drittstaatsangehörigen an den Nationalratswahlen verbietet.

Noch weiter reichende Folgen hat eine zweite Entscheidung des VfGH aus dem Jahr 2004<sup>25</sup> zur Wahl von Bezirksvertretungen, eine Art von Stadtteilparlamenten, in Wien. Für solche Wahlen enthält das B-VG keine expliziten Vorschriften nach dem Muster des Art 26 B-VG. Der VfGH berief sich nun aber auf den allgemeinen Grundsatz des Art 1 B-VG und entschied, auch das „Volk“ iS dieser Bestimmung bestehe nur aus österreichischen Staatsbürgern. Da Art 1 B-VG für alle Wahlen und Abstimmungen gilt, erwies sich damit die Einräumung des Wahlrechts an Drittstaatsangehörige bei den Bezirksvertretungswahlen in Wien als verfassungswidrig. Viel wichtiger ist jedoch die allgemeine Schlussfolgerung, zu der die Entscheidung zwingt: dass die Beschränkung des Wahlrechts auf Staatsangehörige zum – in Art 1 B-VG normierten – demokratischen Prinzip der Republik Österreich und damit zum Kern ihrer Verfassung gehört. Wenn das stimmt, kann ein Ausländerwahlrecht auf allen Ebenen nicht einmal mehr durch „normale“ Verfassungsänderung, sondern nach Art 44 Abs 3 B-VG nur mehr als „Gesamtänderung der Verfassung“ eingeführt werden, die einer Volksabstimmung unterworfen werden muss.<sup>26</sup>

Diese zweite Entscheidung ist aus dogmatischer Sicht keineswegs überzeugend,<sup>27</sup> doch hat sie Österreich zu einer reinen Staatsbürgerdemokratie gemacht. Ausnahmen bestehen nur für die Teilnahme von Unionsbürgern an den österreichischen Wahlen zum Europäischen Parlament und den Kommunalwahlen.<sup>28</sup> In diesem Punkt gleicht Österreich Deutschland, wo nach Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts das ausschließlich aus Staatsangehörigen bestehende „deutsche Volk“ die einheitliche demokratische Legitimationsgrundlage des Staates bildet.<sup>29</sup>

Diese Feststellung ist freilich irreführend, wenn man die Mitgliedschaft Österreichs (und Deutschlands) in der EU in den Blick nimmt.

## B. Relativierungen durch die EU-Mitgliedschaft

Auch der VfGH räumte in der letztzitierten Entscheidung ein, dass Art 1 B-VG durch den (auf einem gesamtändernden, durch Volksabstimmung gebilligten Verfassungsgesetz beruhenden) Beitritt zur EU eine Änderung erfahren habe, „derzufolge das ‚Recht‘ der Republik Österreich nunmehr nicht mehr allein vom ‚Volk‘, sondern zum Teil von Gemeinschaftsorganen ‚ausgeht‘“.<sup>30</sup> Ergänzen lässt sich, dass dieser Teil des Rechts mindestens ein Viertel

<sup>24</sup> VfSlg 12.023/1989.

<sup>25</sup> VfSlg 17.264/2004.

<sup>26</sup> Diese Konsequenz will *Handstanger*, *Wahlrecht mit Auslandsbezug: Europa-, Auslandsösterreich-, Ausländerwahlrecht*. JRP 2007, 131 (135), nicht ziehen, doch wäre das wohl nur möglich, wenn Art 1 B-VG auch Anforderungen enthielte, die nicht zu den Grundprinzipien der Verfassung zählen.

<sup>27</sup> Ausführliche Kritik bei *Pöschl*, *Wahlrecht und Staatsbürgerschaft*, in *Schäffer-FS (2006)* 633 (651 ff mwN).

<sup>28</sup> Art 19 EGV sowie Art 23a und 117 B-VG.

<sup>29</sup> BVerfGE 83, 37 (50, 55); 83, 60 (71).

<sup>30</sup> *Novak*, *Lebendiges Verfassungsrecht (2004)*, JBI 2007, 220 (226) sieht darin eine „Nebenbemerkung [...] die dem traditionsbewussten Verfassungsrechtler die Schamröte ins Gesicht treiben muss.“ Ähn-

bis ein Drittel ausmacht<sup>31</sup> und dass er letztlich nicht von den Gemeinschaftsorganen, sondern von den Völkern Europas ausgeht, die den Gemeinschafts- bzw Unionsorganen über die Wahlen zum Europäischen Parlament und über die nationalen Parlaments- und Präsidentschaftswahlen die demokratische Legitimation verleihen.

Die Völker Europas entscheiden also über das Recht in Österreich mit, und daher fragt sich, wer zu ihnen gehört. Die Antwort hängt vom jeweils einschlägigen Wahlrecht, dem Staatsangehörigkeitsrecht der Mitgliedstaaten und schließlich vom Kreis der mitbestimmungsbefugten Völker ab.

Das Wahlrecht zum Europäischen Parlament kann, wie aus der zitierten Entscheidung Spanien/Vereinigtes Königreich hervorgeht, unter bestimmten Voraussetzungen auf Nichtstaatsbürger erstreckt werden.<sup>32</sup> Das Beispiel der QCC im Vereinigten Königreich zeigt, dass das auch tatsächlich vorkommt: An den britischen Wahlen zum Europäischen Parlament nehmen nicht nur die rund 200 QCC in Gibraltar, sondern rund eine Million solcher Personen im gesamten Vereinigten Königreich teil. Umso mehr gilt die Freiheit der Mitgliedstaaten zur Gestaltung des Wahlrechts für ihre nationalen Wahlen: Sie wird nur durch das demokratische Prinzip des Art 6 Abs 1 (jetzt Art 2) EUV und des Art 3 I. ZPEMRK begrenzt, unterliegt aber keinen spezifischen unionsrechtlichen Vorgaben. Die Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen ist daher durchaus erlaubt. Zwar machen die wenigsten Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch, doch enthalten immerhin die Verfassungen Belgiens, Irlands, Portugals, Spaniens und Sloweniens einschlägige Ermächtigungen,<sup>33</sup> und die Teilnahme der QCC an den britischen Unterhauswahlen zeigt ebenso wie jene bestimmter Brasilianer bei den portugiesischen Parlamentswahlen,<sup>34</sup> dass ein Ausländerwahlrecht für Drittstaatsangehörige auch jenseits der kommunalen Ebene mehr als reine Theorie ist.

Freiheit genießen die Mitgliedstaaten auch bei der Bestimmung der eigenen Staatsbürger. Nach einer ausdrücklichen Erklärung zum Vertrag von Maastricht und der Rechtsprechung des EuGH<sup>35</sup> ist das Staatsangehörigkeitsrecht eine ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten. Sie können daher auch Einbürgerungen nach freier Entscheidung vornehmen, solange sich diese im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts bewegen, dh auf einer „genuine connection“ zwischen den betroffenen Personen und dem jeweiligen Mitgliedstaat

lich wie der VfGH aber schon *Rill/Schäffer*, in *dies* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 2001)* Art 1 Rz 24.

<sup>31</sup> Der Anteil EG-bestimmter nationaler Gesetzgebung lag in Deutschland (für den Bund) zwischen 24 % und 40 % mit steigender Tendenz: Nachweise bei *Tietje*, *Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen*. VVDStRL 66 (2007) 45 (53 f) und *Hoppe*, *Die Europäisierung der Gesetzgebung: Der 80-Prozent-Mythos lebt*, *EuZW* 2009, 168. Die Größenordnungen dürften auf Österreich übertragbar sein. *Hoppe* selbst kommt mit einem anderen Ansatz, nämlich unter Einbeziehung des unmittelbar geltenden EU-Rechts, zum Ergebnis, dass etwa 80 % des in Deutschland geltenden Rechts aus europäischen Richtlinien, Verordnungen und Primärrecht und nur zu 20 % aus autonomer nationaler Gesetzgebung bestehen; die Zählweise ist mE aber anfechtbar, weil zwar alle genannten Arten europäischen Rechts, bei den deutschen Akten nur solche in Gesetzesform gezählt werden.

<sup>32</sup> Zu möglichen Änderungen durch den Vertrag von Lissabon unten III.

<sup>33</sup> Übersicht und Nachweise bei *Thienel* (FN 19) 374 ff; vgl auch *Bauböck*, *Expansive Citizenship-Voting beyond Territory and Membership*, *Political Science & Politics* 2005, 683 (684 f); *Waldrauch*, *Wahlrechte ausländischer Staatsangehöriger in europäischen und klassischen Einwanderungsstaaten: Ein Überblick*, *Wiener Hefte* 1-2003, 56 (zugänglich auch über [www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/waldrauch\\_wahlrechte.pdf](http://www.demokratiezentrum.org/fileadmin/media/pdf/waldrauch_wahlrechte.pdf) [1. 2. 2011]).

<sup>34</sup> Zum portugiesischen Wahlrecht *Abrantes Mendes/Miguéis*, *Lei eleitoral da Assembleia da República* (2005, zugänglich unter [www.cnc.pt/dl/legis\\_lear\\_2005\\_annotada.pdf](http://www.cnc.pt/dl/legis_lear_2005_annotada.pdf) [1. 2. 2011]) Art I Anm III.

<sup>35</sup> *EuGH* 7. 7. 1992, C-369/90, *Micheletti*, Slg 1992 I-4239; 20. 2. 2001, C-192/99, *Kaur*, Slg 2001 I-1252; 19. 10. 2004, C-200/02, *Chen*, Slg 2004 I-9925. Zu stärkeren Beschränkungen bei der Aberkennung der Staatsbürgerschaft mit der Folge des Verlusts der Unionsbürgerschaft *EuGH* 2. 3. 2010, C-135/08, *Rottmann*, noch nicht in Slg.



beruhen.<sup>36</sup> In sehr vielen Mitgliedstaaten bestehen auch Regelungen zu privilegierten Einbürgerung von bestimmten Personengruppen vor allem aufgrund früherer kolonialer oder ethnischer Verbindungen – von den Bürgern Hongkongs im Vereinigten Königreich bis zu Moldawiern in Rumänien.<sup>37</sup> Alle Eingebürgerten werden Unionsbürger und damit Teil der Völker Europas und können damit auch das Recht der Republik Österreich mitbestimmen, wiederum ohne dass Österreich darauf direkt oder indirekt, also über die EU, irgendeinen Einfluss hätte.

Dazu kommt, dass bei jeder Erweiterung der EU weitere Völker Europas zum Kreis der Mitbestimmungsbefugten hinzustoßen. Darauf hat Österreich zwar Einfluss, weil nach Art 49 EUV die Beitrittsverträge durch alle Mitgliedstaaten ratifiziert werden müssen. Bisherige Beitrittsverträge wurden in Österreich aufgrund von sonderverfassungsgesetzlichen Ermächtigungen parlamentarisch genehmigt, und auch künftige bedürfen nach (der 2008 novellierten Bestimmung des) Art 50 Abs 4 B-VG einer Genehmigung mit Verfassungsmehrheit.<sup>38</sup> Eine Diskussion unter dem Gesichtspunkt einer Umgestaltung des demokratischen Souveräns ist damit freilich nicht garantiert. Bei einem allfälligen Beitritt der Türkei mag sich dies ändern. Jedenfalls aber bringt jeder neue Mitgliedstaat sein eigenes Wahlrecht und sein eigenes Staatsangehörigkeitsrecht in die Union mit und trägt damit zur weiteren Vielfalt der Völker Europas bei.

Von einer exklusiven Staatsbürgerdemokratie kann in Österreich daher keine Rede mehr sein.

### C. Die Unbestimmbarkeit des demokratischen Souveräns

1922 schrieben *Hans Kelsen*, *Georg Froehlich* und *Adolf Merkl* in ihrem Kommentar zur österreichischen Bundesverfassung, Art 1 B-VG habe „keinen relevanten Rechtsinhalt“; ob Österreich eine Demokratie sei, ergebe sich nicht aus Art 1, sondern aus den nachfolgenden Bestimmungen der Bundesverfassung.<sup>39</sup> Inzwischen ist Art 1 B-VG durch Lehre und Rechtsprechung durchaus ein eigenständiger normativer Gehalt erwachsen;<sup>40</sup> zuletzt hat der VfGH sogar angedeutet, dass der Demokratiegrundsatz ein „ewiger“, also auch durch Verfassungsänderung mit nachfolgender Volksabstimmung nicht beseitigbarer Inhalt der Verfassung

<sup>36</sup> International Court of Justice, *Nottebohm case*, ICJ Reports 1955, 4.

<sup>37</sup> British Nationality (Hong Kong) Act, www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/20/contents (1. 2. 2011); Art 37 des rumänischen Gesetzes über die Staatsangehörigkeit von 1991, www.legislationline.org/documents/id/4391 (1. 2. 2011). Zu Vielfalt und Wandel der Staatsangehörigkeit zB *Aleinikoff/Klusmeyer* (eds), *Citizenship Today: Global Perspectives and Practices* (2001); *Bauböck/Ersboll/Groenendijk/Waldrauch* (eds), *Acquisition and Loss of Nationality*, Volume 1: Comparative Analyses, Volume 2: Policies and Trends in 15 European Countries: Country Analyses (2007); *O'Leary/Tiilikainen* (eds), *Citizenship and Nationality Status in the New Europe* (1998); *Wiederin*, Staatsbürgerschaftsrecht in Europa: Elemente und Entwicklungen, ZÖR 2009, 421; und die Beiträge zum Symposium „Changing Citizenship Theory and Practice: Comparative Perspectives in a Democratic Framework, Political Science & Politics 2005, 667–699.

<sup>38</sup> In Deutschland ist – anders als in Österreich – sogar strittig, ob die parlamentarische Genehmigung von Beitrittsverträgen überhaupt einer Verfassungsmehrheit bedarf: zB *Classen* in v. *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg), *Kommentar zum Grundgesetz II*<sup>6</sup> (2010) Art 23 Rz 18; *Heintschel v. Heinegg* in *Epping/Hillgruber* (Hrsg), *Grundgesetz* (2009) Art 23 Rz 23.1; *Hölscheidt/Schotten*, Die Erweiterung der Europäischen Union als Anwendungsfall des neuen Europaartikels 23 GG? DÖV 1995, 187; *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*<sup>6</sup> (2009) Art 23 Rz 23; *Pernice* in *Dreier* (Hrsg), *Grundgesetz*, *Kommentar II*<sup>6</sup> (2006) Art 23 Rz 90; *Streinz* in *Sachs* (Hrsg), *Grundgesetz*<sup>6</sup> (2009) Art 23 Rz 80.

<sup>39</sup> *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 65.

<sup>40</sup> Dazu zB *Novak*, Demokratisches Prinzip und Verfassungswandel, in *Mantl-FS* (2004) I 117.

sein könnte.<sup>41</sup> Nun scheint es aber, dass *Kelsen* und seine Mitautoren auf ganz andere Weise als gedacht doch noch Recht behalten. Technisch gesehen, ist nämlich Art 1 B-VG seit dem EU-Beitritt Österreichs in erheblichem Ausmaß zu einer bloßen dynamischen Verweisung geworden: einer Verweisung auf nicht vorhersehbare Rechtsakte einer nicht vorhersehbaren Zahl von auf nicht vorhersehbare Weise gewählten Parlamenten anderer EU-Mitgliedstaaten. Inhaltlich bedeutet das, dass es kein klar definiertes Staatsvolk mehr gibt und dass trotz aller Bemühungen der Verfassungsgerichte eine „Einheitlichkeit der demokratischen Legitimationsgrundlage“ nicht mehr hergestellt werden kann. Aus Gründen der Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten ist der Träger der österreichischen Demokratie vielmehr strukturell unbestimmbar.

### III. Lehren für die Europäische Union

Die strukturelle Unbestimmbarkeit des demokratischen Souveräns gilt nicht nur für Österreich, sondern auch für die anderen Mitgliedstaaten und die EU selbst. Sie ist eine Folge der Verschränkung der demokratischen Legitimationsprozesse auf mitgliedstaatlicher und Unionsebene und damit dem Unionsmodell immanent.

An diesem Modell hätte auch der Verfassungsvertrag nicht viel geändert, und daran ändert auch der Reformvertrag von Lissabon kaum etwas. Ebenso wie zuvor Art I-20 Verfassungsvertrag bestimmt zwar Art 14 Abs 2 EUV idF von Lissabon, dass sich das Europäische Parlament nunmehr (statt aus „Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“) aus „Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ zusammensetzt. Aus dieser Bestimmung (sowie Art 20 Abs 2 lit b AEUV und Art 39 Grundrechtecharta über das Wahlrecht der Unionsbürger) könnte man daher eine Beschränkung des Wahlrechts zum Europäischen Parlament auf Unionsbürger ableiten, sodass die Entscheidung Spanien/Vereinigtes Königreich überholt wäre.<sup>42</sup> Doch angesichts der Erklärung des Vereinigten Königreichs zu dieser Bestimmung<sup>43</sup> ist das nicht so sicher.<sup>44</sup> Vor allem aber tastet der Vertrag von Lissabon die zweite, immer noch wichtigere Legitimations Säule der EU nicht an, nämlich die nationalen Wahlen, und auch das Staatsangehörigkeitsrecht bleibt nach wie vor Sache der Mitgliedstaaten.

Im Übrigen deuten auch die allgemeinen Rahmenbedingungen auf eine weitere Aufweitung einer klar definierten Staatsbürgerdemokratie. Zu ihnen gehört ein genereller Wandel im Demokratieverständnis in Richtung einer „postmodernen Staatlichkeit“, die auf multiplen Identitäten und Zugehörigkeiten aufbaut. Die Basis dafür bilden der Migrationsdruck und die demografische Entwicklung in Europa wie auch die Erfahrung, dass Menschen in einem Land, in dem sie längere Zeit leben und gebraucht werden, früher oder später auch Rechte erhalten. Schließlich ist noch auf den „Klinkeneffekt“ des Ausländerwahlrechts und der Einbürgerung hinzuweisen: Einmal eingeführt, sind solche Regelungen aus politischen

<sup>41</sup> VfSlg 16.327/2001.

<sup>42</sup> Dafür *Aust* (FN 11) 269 ff.

<sup>43</sup> Die Erklärung (Nr 64, AB1 2008 C 115/358) lautet: „Das Vereinigte Königreich stellt fest, dass durch Artikel 9a des Vertrags über die Europäische Union und andere Bestimmungen der Verträge nicht die Grundlagen des Wahlrechts für die Wahlen zum Europäischen Parlament geändert werden sollen.“

<sup>44</sup> Zweifel an einer künftigen Änderung der Rechtsprechung hegt auch *Aust* (FN 11) 274. In den Kommentaren zum EUV idF von Lissabon wird die Entscheidung Spanien/Vereinigtes Königreich als anscheinend nach wie vor maßgeblich genannt: *Geiger* in *Geiger/Khan/Korzur*, EUV/AEUV (2010) Art 14 EUV Rz 2; *Kaufmann-Bühler* in *Lenz/Borchardt* (Hrsg), EU-Verträge<sup>4</sup> (2010) Art 14 EUV Rz 24; ebenso *Frenz*, *Handbuch Europarecht IV*, Europäische Grundrechte (2009) Rz 4427 f.

Gründen schwer rückgängig zu machen, weil sich die Betroffenen durch entsprechendes Wahlverhalten dagegen wehren können.

Es spricht also viel dafür, dass wir in Hinkunft in noch bunteren demokratischen Verhältnissen leben werden. Es wird Zeit, sich daran zu gewöhnen.

## Europarechtliche Verständnisansätze zwischen Ordoliberalismus und Konstitutionalisierungsprogramm

Peter-Christian Müller-Graff, Heidelberg<sup>1</sup>

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Der Zeitrafferblick auf die Entwicklung.....                                        | 514 |
| A. Völkerrechtliche Organisationsdogmatik .....                                        | 515 |
| B. Neofunktionaler Ordoliberalismus bzw ordoliberaler Neofunktionalismus.....          | 515 |
| C. Konstitutionalisierungsprogramm.....                                                | 518 |
| II. Der Gegenwartsblick auf die Entwicklung .....                                      | 519 |
| A. Parallele Gleichzeitigkeit der Verständnisansätze .....                             | 519 |
| B. Gedämpfter Konstitutionalisierungsblick .....                                       | 520 |
| C. Die wiederentdeckte Frage der Integrationsrolle des Wirtschaftsordnungsrechts ..... | 522 |
| III. Ausblick auf das Verhältnis der Verständnisakzente.....                           | 522 |
| A. Das Gewicht der inneren Systemrationalität des materiellen Unionsrechts .....       | 523 |
| B. Das Gewicht der Legitimation der unionspolitischen Verwirklichung .....             | 523 |
| C. Die Chance des symbiotischen Zusammenwirkens.....                                   | 524 |

Europarecht iSd Europäischen Gemeinschaftsrechts bzw Europäischen Unionsrechts der Frage zu unterziehen, ob es sich in der wissenschaftlichen Wahrnehmung aus seinen – aus deutscher Sicht – konzeptionellen Anfangsakzenten des „Ordoliberalismus“<sup>2</sup> zu einem „Konstitutionalisierungsprogramm“<sup>3</sup> entwickelt habe,<sup>4</sup> gibt das Inkrafttreten des Lissabonner Reformvertrags<sup>5</sup> ebenso Anlass wie das Forschungsinteresse von *Willibald Posch* im Europäischen Privatrecht.<sup>6</sup> Denn ein primärrechtlich verbindlicher Integrationsansatz, der das Zusammenwachsen und den Zusammenhalt der Europäischen Union konzeptionell und rechtsfest zuerst den alltäglich verbindenden Initiativen und Kräften einer transnationalen Marktgesellschaft und damit der grenzüberschreitenden Privatautonomie in einem politisch festgesetzten sozialen Ordnungsrahmen anvertraut,<sup>7</sup> führt unschwer auch auf die

<sup>1</sup> Universität Heidelberg. Geschäftsführender Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht.

<sup>2</sup> Zum Begriff s unten.

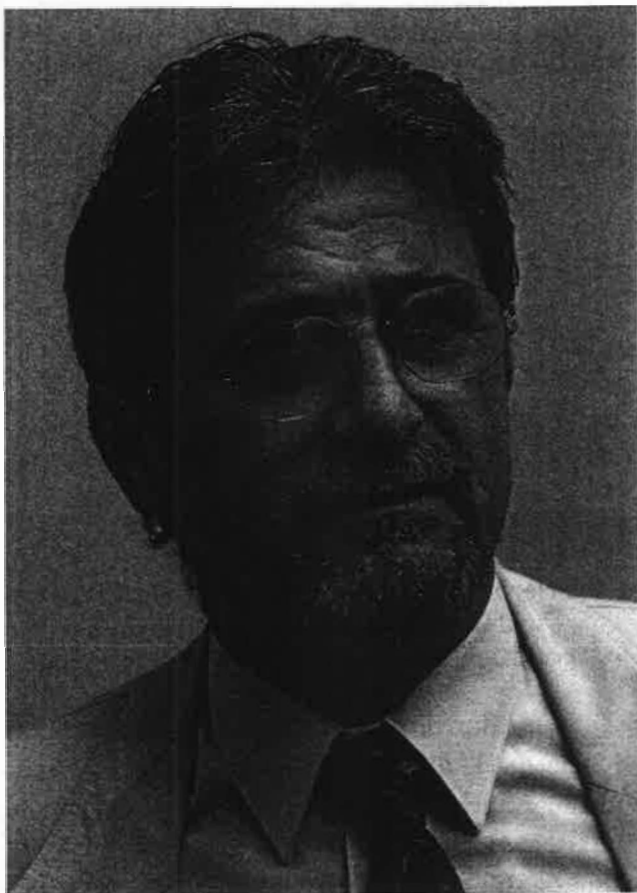
<sup>3</sup> Zum Begriff s unten.

<sup>4</sup> Es ist eine Frage, über die bei der Festveranstaltung zum 50-jährigen Jubiläum des Instituts für Europäische Politik und dessen Wissenschaftlichem Direktorium in Berlin im Oktober 2009 zu sprechen, der Autor von dem Politikwissenschaftler *Michael Kreile* (Humboldt Universität Berlin) angeregt wurde.

<sup>5</sup> Vertrag von Lissabon, in Kraft getreten am 1. 12. 2009.

<sup>6</sup> Vgl zB *Posch*, Europäisches Produkthaftungsrecht vor nationalen Gerichten – Zur Sonderstellung der österreichischen Gerichtspraxis. Versuch einer Erklärung, ZEuP 2001, 596; *ders*, Reaktionen des österreichischen Gesetzgebers auf die privatrechtliche Judikatur des Europäischen Gerichtshofs, ZEuP 2004, 581 ff; *ders*, Die Europäisierung und Dekodifikation des Privatrechts als Konsequenz der Teilnahme Österreichs am Europäischen Wirtschaftsraum, in *Ginther/Isak/Posch* (Hrsg), Recht und Politik in einem größeren Europa, 1993, S 13 ff; s auch *ders*, Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht – Eine Einführung in die internationalen Dimensionen des Privatrechts, 1999; *ders*, Bürgerliches Recht: Internationales Privatrecht, 5. Aufl 2010.

<sup>7</sup> Vgl dazu *Müller-Graff*, Die Europäische Privatrechtsgesellschaft in der Verfassung der Europäischen Union, in *Müller-Graff/Roth* (Hrsg), Recht und Rechtswissenschaft. Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn, 2000, S 271 ff; zur Komponente des Sozialgestaltungsrahmens vgl *ders*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, EuR Beiheft 1/2002, S 7 ff. In der Neufassung des Art 3 EUV durch den Lissabonner Reformvertrag erscheint erstmals im Primärrecht die adjektivische Konnotation der Marktwirtschaft als „wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ (Abs 3 S 2); vgl auch *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in v. *Bodgandy* (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S 748, 765 ff.



# Öffnung und Wandel – Die internationale Dimension des Rechts II

Festschrift  
für Willibald Posch  
zum 65. Geburtstag

herausgegeben von

**Univ.-Prof. Mag. Mag. Dr. Tomislav Borić**

**Univ.-Prof. Mag. Dr. Brigitta Lurger, LL.M.**

**Ass.-Prof. Mag. Dr. Peter Schwarzenegger**

**Ass.-Prof. Mag. Dr. Ulfried Terlitza**

 LexisNexis®

ALG F 216817

**Die LexisNexis-Gruppe weltweit**

|                |                                                               |
|----------------|---------------------------------------------------------------|
| Australien     | LexisNexis, CHATSWOOD, New South Wales                        |
| Benelux        | LexisNexis Benelux, AMSTERDAM                                 |
| China          | LexisNexis China, PEKING                                      |
| Frankreich     | LexisNexis SA, PARIS                                          |
| Großbritannien | LexisNexis Butterworths, a Division of Reed Elsevier (UK) Ltd |
| Hongkong       | LexisNexis Hong Kong, HONGKONG                                |
| Indien         | LexisNexis Butterworths Wadhwa Nagpur, NEU DELHI              |
| Irland         | Butterworths (Ireland) Ltd, DUBLIN                            |
| Italien        | Giuffrè Editore, MAILAND                                      |
| Japan          | LexisNexis Japan, TOKIO                                       |
| Kanada         | LexisNexis Canada, MARKHAM, Ontario                           |
| Korea          | LexisNexis, SEOUL                                             |
| Malaysien      | Malayan Law Journal Sdn Bhd, KUALA LUMPUR                     |
| Neuseeland     | LexisNexis NZ Ltd, WELLINGTON                                 |
| Österreich     | LexisNexis Verlag                                             |
| Polen          | Wydawnictwo Prawnicze                                         |
| Singapur       | LexisNexis Singapore                                          |
| Südafrika      | LexisNexis Butterworths                                       |
| USA            | LexisNexis, DAYTON                                            |

Bibliothek der Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften  
Universität Graz  
Inventarnummer 2011/6603

*Jeschke*

**Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

**ISBN 978-3-7007-5008-6**

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien  
<http://www.lexisnexis.at>  
Wien 2011  
Best.-Nr. 92.18.01

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Autoren oder des Verlags ausgeschlossen ist.

Druckerei: Prime Rate GmbH, Budapest

ALG  
125

**Vorwort**

Mit der vorliegenden Festschrift zum 65. Geburtstag von *Willibald Posch* ehren die Herausgeber/in und Autoren/innen einen herausragenden Juristen und Universitätslehrer, der sein wissenschaftliches Wirken in einem umfassenden Sinne versteht, der stets die Herausforderung neuer Fragestellungen und Erkenntnisse sucht, aber sich auch immer der Verantwortung bewusst ist, welche er dabei zu tragen hat.

Diese Festschrift stellt die Fortsetzung – man möchte fast meinen, die logische Fortsetzung – zu der im Jahr 1996 anlässlich des 50. Geburtstages erschienenen Festschrift dar, welche dem Geehrten von seinen damaligen Assistenten gewidmet worden ist. Seit dieser Festschrift hat sich nicht nur die Zahl der wissenschaftlichen Veröffentlichungen des Jubilars in beeindruckendem Ausmaß erhöht, sondern sein Schaffen hat auch Ausdruck in hohen Auszeichnungen und Niederschlag in der Berufung in ehrenhafte Funktionen gefunden.

Das wissenschaftliche Interesse des Jubilars in dem Zeitraum zwischen dem Erscheinen der ersten und der nun vorliegenden Festschrift kann wie in der Zeit davor dahin gehend charakterisiert werden, dass es vom Bestreben geleitet war, die Relativität des nationalen Rechts zu beleuchten. Das Engagement des Jubilars war und ist der internationalen Dimension des Rechts verschrieben, was durch den zweiten Teil des Titels dieser Festschrift – wiederum – gebührend Ausdruck finden soll. Dieser Ansatz wurde vom Jubilar nicht nur in den vergangenen Jahren sowohl in der Lehre als auch in der Forschung stetig vorangetrieben. Die Schwerpunkte seiner Lehr- und Forschungstätigkeit bilden neben dem österreichischen Zivilrecht das Internationale Kaufrecht, die Rechtsvergleichung, das Europäische Privatrecht, das Internationale Privatrecht und die Rechtsvereinheitlichung.

Seit dem Erscheinen der ersten Festschrift im Jahr 1996 hat die von *Willibald Posch* stets betonte internationale Dimension des Rechts ein nahezu unüberschaubares Ausmaß angenommen. Insbesondere die Entwicklungen auf europäischer Ebene haben die nationalen Rechtsordnungen mittlerweile so stark beeinflusst und geprägt, dass die internationale Dimension heute nicht nur im nationalen Recht verankert, sondern auch in das Bewusstsein der Rechtsanwender/innen gerückt ist. Diesem Umstand versucht der erste Teil des Titels der Festschrift, „Öffnung und Wandel“, gerecht zu werden.

Die zahlreichen Autoren/innen dieser Festschrift vermögen einen Einblick in die wissenschaftliche Breite und die Vielfalt persönlicher Kontakte zu vermitteln, die der Jubilar zu knüpfen vermochte. Die Förderung von Kontakten zu ausländischen Universitäten und wissenschaftlichen Institutionen bzw internationalen Organisationen ist als sein besonderes Anliegen hervorzuheben. Seine fördernde Unterstützung war in besonderem Maße auf die Reformstaaten Mittel-, Ost- und Südosteuropas gerichtet. So mag es auch nicht verwundern, dass dem Jubilar im Jahre 2007 in Würdigung seiner Verdienste die Ehrendoktorwürde der juristischen Fakultät der Universität Olomouc verliehen wurde. Olomouc gehört wohl unzweifelhaft zu jenen Fakultäten, die dem Jubilar ein besonderes Anliegen war, was auch durch mehrfache Lehrtätigkeiten an dieser Fakultät bestätigt wird. Aber auch mit der juristischen Fakultät Maribor pflegt er einen intensiven Austausch, hält er doch seit Jahren gemeinsam mit Kollegen aus Maribor grenzüberschreitende Lehrveranstaltungen zum internationalen Warenkauf ab. Doch der Radius seines Wirkens beschränkt sich in geografischer Hinsicht nicht auf Europa. So nahm er ua im Jahr 2000 eine Gastprofessur in Kuala Lumpur/Malaysien wahr. Seine Gastprofessuren und Lehrtätigkeiten erstrecken sich zudem auch auf Frankreich, Großbritannien sowie die USA, wo er an einer der Partnerfakultäten der Grazer Fakultät, der Rutgers School of Law, Camden/N.J., mehrfach unterrichtet hat.