

# Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon<sup>1</sup>

## Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH

Magdalena Pöschl\*

- I. Was bisher Stand der Dinge war
  - II. Anlass zur Judikaturänderung
    - A. Besonderheiten des Anlassfalles
    - B. Sonderstellung der Charta
  - III. Äquivalenter Rechtsschutz im Sinne des VfGH
    - A. Womit vergleichen?
    - B. Vom Benachteiligungsverbot zum Gleichbehandlungsgebot
    - C. Vom Schutz des Bürgers zum Schutz des VfGH
    - D. Die beschränkte Vorlagepflicht des VfGH
    - E. Günstigerer Rechtsschutz?
  - IV. Folgen für den Anlassfall
    - A. Die Berufung auf Charta-Rechte ist möglich ...
    - B. ... aber vergeblich
  - V. Folgen für den Rechtsschutz
    - A. Bescheidkontrolle
    - B. Kontrolle genereller Normen
    - C. Anfechten oder vorlegen?
  - VI. Fazit und Ausblick
- Verwendete Literatur

**Zusammenfassung** Am 14. März 2012 hat der VfGH in einer spektakulären Entscheidung ausgesprochen, dass die Rechte der Grundrechte-Charta ab nun – anders als das übrige Unionsrecht – einen Prüfungsmaßstab seiner Rechtskontrolle bilden. Er stützt sich dabei auf das unionsrechtliche Äquivalenzprinzip; ob dieses Prinzip die Entscheidung trägt, ist indes fraglich. Der vorliegende Beitrag untersucht die Argu-

---

\* Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl, Karl-Franzens-Universität Graz, Institut für österreichisches, europäisches und vergleichendes öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre, Universitätsstraße 15/D3, 8010 Graz, Österreich, <magdalena.poeschl@uni-graz.at>

<sup>1</sup> Dieser Anmerkung liegt ein Berufungsvortrag zugrunde, den die Verfasserin am 11. Jänner 2012 an der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät über die „Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon“ gehalten hat; für viele wertvolle und überaus anregende Diskussionen zu diesem Thema danke ich *Franz Merli*, *Michael Holoubek* und *Theo Öhlinger*. Sehr profitiert habe ich auch von einem Vortrag, den *Stefan Griller* über das hier besprochene Erkenntnis am 19. Juni 2012 an der Wirtschaftsuniversität Wien gehalten hat. Erst nach Abschluss des vorliegenden Beitrages erschienen ist *St. Mayr*, Verfassungsgerichtlicher Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab im Spannungsfeld nationaler, konventions- und unionsrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen, ZfV 2012, 401, der (409 ff) viele weiterführende Erwägungen zum Erkenntnis des VfGH anstellt; sie konnten hier nicht mehr berücksichtigt werden.

mente des VfGH und skizziert, welche Folgen diese Entscheidung für den Rechtsschutz in Österreich hat.

**Abstract** On 14 March 2012 the Austrian Constitutional Court has stated in a spectacular decision that the rights guaranteed by the EU Charter of Fundamental Rights would from now on serve as a yardstick for its judicial review – unlike the rest of EU law. The Court based its decision on the principle of equivalence of EU law remedies to national remedies; however, it seems doubtful whether this principle forms a suitable basis. This comment examines the arguments of the Constitutional Court and outlines the decision's consequences for the Austrian system of legal protection.

**Schlüsselwörter** Asylrecht; Äquivalenzprinzip (Rechtsschutz); Diskriminierungsverbot; Gesetzesbeschwerde; Gleichbehandlungsgebot; Grundrechte; Grundrechte-Charta (Europäische Union); Normenkontrolle; Präjudizialität; Recht auf mündliche Verhandlung; Rechtsbereinigung; Rechtsschutz; Unionsrecht; Verfassungsgerichtsbarkeit; VfGH; Vorabentscheidungsverfahren, Vorlagepflicht; VwGH, Abgrenzung der Zuständigkeit.

**Normenverzeichnis** Art 7, 89, 132a, 133 Z 1, 139, 140, 144, 144a B-VG; Art 6 EUV; Art 267 AEUV; Art 47, 52 GRC; Art 6 EMRK; § 41 Abs 7 AsylG 2005.

## I. Was bisher Stand der Dinge war

Die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit weist im internationalen Vergleich gewisse Besonderheiten auf, die sich schrittweise entwickelt und im Großen und Ganzen wohl auch bewährt haben. Die Geburtsstunde der Verfassungsgerichtsbarkeit liegt bekanntlich im Jahr 1867, als das Reichsgericht betraut wurde zu entscheiden, ob die Verwaltung Bürger in ihren Grundrechten, genauer: in ihren „durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte[n]“ verletzt hat. Diese Kompetenz übernahm 1920 der VfGH als Rechtsnachfolger des Reichsgerichts; zudem wurde ihm – als einzigem Gericht – die Aufgabe übertragen, rechtswidrige generelle Normen aus dem Rechtsbestand zu beseitigen, und zwar mit der Technik der negativen Legislatorik: Der VfGH hebt rechtswidrige Normen auf, und diese Aufhebung wird dort kundgemacht, wo die Norm zuvor publiziert worden ist. So muss der Bürger, um die Rechtslage zu erkennen, nicht erst die Judikatur studieren; es genügt, dass er das Gesetzblatt liest – so jedenfalls das Konzept der Art 139 ff B-VG. Anders als man sich das ursprünglich vorgestellt hatte, setzte der VfGH diese Normenkontrolle in der Folge nicht nur ein, um zu prüfen, ob Bundes- und Landesgesetzgeber die ihnen gezogenen Kompetenzgrenzen einhalten; er kontrollierte generelle Normen vielmehr auch und insbesondere auf ihre Grundrechtskonformität. Diese drei Elemente: Normenkontrolle, Sonderverwaltungs- und Grundrechtsgerichtsbarkeit sind für die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit prägend.

Sie haben freilich durch den Beitritt Österreichs zur EU auch gewisse Änderungen erfahren. Den gravierendsten Einschnitt hat zweifellos der Anwendungsvorrang des Unionsrechts bewirkt. Dass *alle* österreichischen Behörden und Gerichte nun

generelle Normen auf ihre Unionsrechtskonformität prüfen und sie gegebenenfalls als unanwendbar verwerfen müssen, dezentralisiert zum einen die zuvor beim VfGH monopolisierte Normenkontrolle.<sup>2</sup> Zum anderen schien der Anwendungsvorrang zunächst auch den VfGH in seiner ureigenen Kompetenz zu beschränken, Normen als rechtswidrig aufzuheben. Denn unanwendbare Normen sind in gerichtlichen Verfahren nicht präjudiziell, und sie greifen auch unabhängig von solchen Verfahren nicht in die Rechtssphäre des Bürgers ein. Damit fehlt aber die Prozessvoraussetzung für die praktisch bedeutendsten – durch Gerichtsantrag, Individualantrag oder amtswegig eingeleiteten – Normprüfungsverfahren. Der VfGH hat diese empfindliche Beschränkung seiner Normenkontrollkompetenz freilich rasch ihrerseits begrenzt und sich als ermächtigt angesehen, Normen amtswegig oder auf Gerichtsantrag schon dann zu prüfen und gegebenenfalls als rechtswidrig aufzuheben, wenn sie nicht *offenkundig* unanwendbar sind.<sup>3</sup> Das hat in der Literatur zwar vereinzelt Widerspruch ausgelöst,<sup>4</sup> wurde im Großen und Ganzen aber akzeptiert.<sup>5</sup>

Spätestens seit dem Vertrag von Lissabon ist der VfGH mit einer neuen Veränderung konfrontiert, die tiefer zu gehen scheint, obschon der Vertrag von Lissabon in Wahrheit nur sichtbar macht, was lange zuvor begonnen hat: Die Bindung der Unionsorgane und der Mitgliedstaaten an die Grundrechte der Union. Diese Rechte beruhen seit dem Vertrag von Lissabon auf drei Säulen. Sie ergeben sich weiterhin aus den allgemeinen Grundsätzen, die der EuGH in wertender Rechtsvergleichung aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten entwickelt (Art 6 Abs 3 EUV). Die Union will außerdem der EMRK beitreten (Art 6 Abs 2 EUV). Schließlich ist die vordem unverbindliche Charta der Grundrechte (GRC) nun Teil des Primärrechts geworden (Art 6 Abs 1 EUV). Das hat Folgen: Die Kodifizierung macht die Unionsgrundrechte zunächst leichter erkennbar; deshalb berufen sich Bürger vor Behörden und Gerichten schon jetzt zunehmend auf die Charta. Dann steht zu erwarten, dass die schriftliche Fixierung der Grundrechte auch die Judikatur stimulieren und den EuGH veranlassen wird, seine Grundrechtsdogmatik stärker als bisher zu elaborieren. Schließlich messen auch nationale Behörden und Gerichte der Charta zunehmend mehr Bedeutung bei: Sie alle müssen, soweit der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist, staatliche Normen im Lichte der Charta auf ihre Grundrechtskonformität prüfen und gegebenenfalls als unanwendbar verwerfen.

Anlass zu solchen Normprüfungen am Maßstab der Charta-Grundrechte haben im Zivil- und gerichtlichen Strafrecht die ordentlichen Gerichte und im Verwaltungsrecht primär die Verwaltungsbehörden, der VwGH und künftig auch die Verwaltungsgerichte. Wie die Grundrechte der Charta „richtig“ auszulegen sind, bestimmt dabei der EuGH, der sich wiederum an der Judikatur des EGMR orientiert, soweit Charta-Garantien den Rechten der EMRK entsprechen. Der VfGH kommt bei all dem nicht

---

<sup>2</sup> Die freilich nie ganz rein bestand; denn zu prüfen, ob eine Norm gehörig kundgemacht ist, steht den Gerichten nach Art 89 B-VG seit jeher zu.

<sup>3</sup> VfSlg 15.215/1998; 17.150/2004. Anderes gilt für Normprüfungen auf Individualantrag: VfSlg 15.771/2000.

<sup>4</sup> Vgl. Thienel, Anwendungsvorrang und Präjudizialität im amtswegigen Normprüfungsverfahren vor dem VfGH, ZfV 2001, 342, insb 351 ff.

<sup>5</sup> ZB Potacs, VfGH und Anwendungsvorrang, ZfV 2001, 756 mwN.

mehr vor, denn er hat nach dem Beitritt zur EU ja rasch erklärt, dass das Unionsrecht im Allgemeinen kein Maßstab für seine Rechtskontrolle ist.<sup>6</sup> So scheint dem Gerichtshof nach dem Normprüfungsmonopol nun auch die Grundrechtsgerichtsbarkeit zu entgleiten. Dass ein Verfassungsgericht das als ernste Bedrohung empfinden kann, ist verständlich und wurde Anfang des Jahres von einem Mitglied des VfGH auch schon problematisiert.<sup>7</sup> Am 14. März 2012 beschloss der VfGH dann das hier zu besprechende Erkenntnis U 466/11 ua, das für Überraschungen und Diskussionen sorgt. In der Tat geht dieses Erkenntnis auch deutlich weiter als sein literarischer Vorbote.

## II. Anlass zur Judikaturänderung

### A. Besonderheiten des Anlassfalles

Die Anlassfälle hätte der VfGH nicht besser wählen können; sie weisen gleich zwei Besonderheiten auf. Zum einen handelt es sich um Asylbeschwerden, Beschwerden also in einem Segment der Verwaltung, in dem der Rechtsschutz atypisch defizitär ist, weil hier die nachprüfende Kontrolle des VwGH ausgeschaltet und durch eine Vorabkontrolle des VwGH ersetzt wurde, die totes Recht ist.<sup>8</sup> Die zweite Besonderheit ist, dass die beiden Beschwerdeführer beim VfGH nur geltend machten, in einem Recht der Charta, nämlich dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gemäß Art 47 GRC, verletzt worden zu sein. Das ist ungewöhnlich, angesichts der im Erkenntnis geschilderten Vorgeschichte (Rz 1 ff) aber auch verständlich. Danach sind die Beschwerdeführer chinesische Staatsangehörige mit unterschiedlichem Fluchtvorbringen. Während der eine Beschwerdeführer vor der Behörde angab, ihm drohe in China wegen seiner Schulden eine Gefängnisstrafe, brachte die zweite Beschwerdeführerin vor, sie könne nicht nach China zurückkehren, weil sie dort eine Polizistin verletzt habe. Das Bundesasylamt hielt beide Fluchtgeschichten für unglaubwürdig und versagte den beantragten internationalen Schutz. Die dagegen erhobenen Beschwerden wies der AsylGH ab, und zwar in beiden Fällen im Wesentlichen mit der gleichen Begründung: Das Fluchtvorbringen sei unglaubwürdig, weil sich die Beschwerdeführer im Laufe des Verfahrens in zahlreiche Widersprüche verstrickt hätten, ihrem Vorbringen mangle es zudem an Plausibilität, und auch die allgemeine Situation in China lasse nicht auf eine Gefährdung der Beschwerdeführer schließen. Zu dieser Beweiswürdigung kam der AsylGH allein aufgrund der Akten; eine mündliche Verhandlung hatte er, obwohl sie in beiden Verfahren beantragt worden war, nicht durchgeführt. Eben das rügten die Beschwerdeführer vor dem VfGH. Sie behaupteten zwar allgemein, in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt zu sein, nannten als verletztes Recht dann aber allein

<sup>6</sup> VfSlg 14.886/1997, 15.189/1998. Die Anwendung offenkundig unionsrechtswidriger Normen konnte der VfGH freilich schon bisher als denkmögliche Rechtsanwendung wahrnehmen: VfSlg 14.886/1997, 16.143/2001, 16.627/2002, 17.614/2005.

<sup>7</sup> Müller, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta, ÖJZ 2012, 159, insb 165 ff.

<sup>8</sup> S Art 132a B-VG, wonach der VwGH nur über Grundsatzentscheidungen entscheidet, die ihm der AsylGH vorlegt; nach VfSlg 18.613/2008 hat der Asylwerber allerdings kein Recht darauf, dass der AsylGH eine solche Grundsatzentscheidung beim VwGH einholt. Wenig überraschend hat sich der AsylGH bisher auch noch nie dazu veranlasst gesehen.

Art 47 GRC (Rz 16) – was sonst hätten sie auch vorbringen sollen und, nachdem der VfGH für sie nicht erreichbar ist, vor allem: vor wem, wenn nicht vor dem VfGH?

## B. Sonderstellung der Charta

Vor dem VfGH waren diese Beschwerden schon deshalb zulässig, weil sie die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte behaupteten, was nach der Judikatur genügt.<sup>9</sup> Dennoch tritt der Gerichtshof hier in eine weit ausgreifende Zulässigkeitsprüfung ein und findet dabei Gelegenheit, seine Judikatur zum Unionsrecht zu revidieren – allerdings nur für die Grundrechte-Charta: Soweit die Rechte der Charta „in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleich[en]“, sollen sie ab nun Prüfungsmaßstab in Verfahren nach Art 144 und 144a B-VG sowie in Verfahren der generellen Normenkontrolle sein (Rz 35). Dass diese Wirkung von vornherein nur bei Charta-Rechten eintreten kann und nicht auch bei anderen Unionsrechten, begründet der VfGH nur für das Primärrecht und hier wiederum für die Verträge und für die allgemeinen Rechtsgrundsätze je verschieden:

Zum einen bilde die GRC „innerhalb des Unionsrechts einen von den ‚Verträgen‘ deutlich abgegrenzten Bereich“. Dazu zitiert der VfGH Art 6 Abs 1 EUV (Rz 25), der „die Charta der Grundrechte und die Verträge“ nennt, um sie aber – was der VfGH nicht mehr zitiert – für „rechtlich gleichrangig“ zu erklären. Dass die Charta jenseits der Verträge kodifiziert wurde, rechtfertigt ihre gesonderte Behandlung daher gerade nicht, so wie angesichts Art 149 B-VG auch nie erwogen wurde, die Rechte des StGG nur deshalb besonders zu behandeln, weil sie „deutlich abgegrenzt“ vom B-VG garantiert sind.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze kommen für den VfGH als Prüfungsmaßstab nicht in Frage, weil ihm die „Herleitung von Rechtspositionen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen“ mit einem „detaillierten Katalog[...] von Rechten und Pflichten“ wie der GRC „nicht [...] vergleichbar“ erscheint (Rz 38). Tatsächlich sind die Garantien der GRC mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber nicht nur „vergleichbar“, sondern teils sogar deckungsgleich, weil die GRC ja nach ihrer Präambel auch jene Rechte bekräftigt, die sich „aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen [...] der Mitgliedstaaten“ ergeben.<sup>10</sup> Insoweit sind auch die Rechte hier und dort gleich detailliert. Keinen wesentlichen Unterschied begründet schließlich, dass die Grundrechte der Charta in einem Katalog niedergeschrieben sind, während sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten, also aus mehreren Katalogen ergeben. Das mag zwar dazu führen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Einzelfall aufwendiger zu ermitteln sind; den Inhalt eines Grundrechts festzustellen, kann aber auch bei der Charta schwierig und muss vor allem nicht die Sorge des VfGH sein, denn diese Auslegungsfragen zu klären, ist ohnedies Aufgabe des EuGH.

Eine Sonderstellung der Charta lässt sich also weder damit begründen, dass sie Grundrechte kodifiziert, noch damit, dass diese Kodifikation außerhalb der Verträge

<sup>9</sup> VfSlg 4062/1961, 6024/1969, 7370/1974, 9030/1981; vgl zB auch VfSlg 12.166/1989.

<sup>10</sup> Vgl neben der Präambel konkret auch die Erläuterungen des Präsidiums, ABl 2007, C 303, 17, zu Art 10 Abs 2, Art 14, Art 17, Art 20, Art 41, Art 47, Art 49 Abs 3 GRC.

erfolgt ist. Wenn der VfGH dennoch nur die Charta zum Prüfungsmaßstab seiner Kontrolle erhebt, dann wohl primär aus pragmatischen Gründen: Er dürfte in der Charta zum einen die praktisch bedeutsamste Quelle unionaler Grundrechte sehen, deren Auslegung zudem seltener auf Vorlagen an den EuGH angewiesen sein könnte als die Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Schließlich unterscheidet die Charta von den Verträgen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass sie erst vor kurzem verbindlich und Primärrecht geworden ist. Das ermöglicht es dem Gerichtshof, seine Judikaturänderung kleiner zu machen als sie ist, hier also eine neue Situation anzunehmen, die eine neue Beurteilung erfordert (Rz 25). Dass der VfGH diese neue Beurteilung später auf andere Unionsrechte erstreckt, ist dabei aber durchaus denkbar; es entspräche auch besser seiner Annahme, dass die Grundrechte, die sich aus den nationalen Verfassungen, völkerrechtlichen Verträgen und der Grundrechte-Charta ergeben, „möglichst kohärent auszulegen“ sind (Rz 46). Ein international kohärenter Grundrechtsschutz lässt sich nämlich wohl nur erreichen, wenn man alle Grundrechtsquellen einbezieht, also jedenfalls auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze.

### III. Äquivalenter Rechtsschutz im Sinne des VfGH

Das führt zur Frage, ob es dem Grunde nach überzeugend ist, Charta-Garantien (und in späteren Schritten vielleicht auch andere Unionsrechte) zum Prüfungsmaßstab des VfGH zu erklären, wenn diese Garantien verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichen. Der VfGH stützt diese Konstitutionalisierung der Charta-Rechte auf das unionsrechtliche Äquivalenzprinzip (Rz 26 ff). Danach dürfen die Mitgliedsstaaten Unionsrechte prozessual nicht ungünstiger behandeln als innerstaatliche Rechte, die „ähnlich und vergleichbar“ sind,<sup>11</sup> und zwar hinsichtlich ihres Gegenstandes, ihres Rechtsgrundes und ihrer wesentlichen Merkmale.<sup>12</sup>

Die Anwendung des Äquivalenzprinzips setzt also (auf der Tatbestandsebene) die Feststellung voraus, welchen innerstaatlichen Ansprüchen ein unionales Recht nach Gegenstand, Rechtsgrund und wesentlichen Merkmalen ähnelt; sodann ist (auf der Rechtsfolgenebene) zu prüfen, ob die Durchsetzung des unionalen Anspruches prozessual ungünstiger ausgestaltet ist als die Durchsetzung des entsprechenden innerstaatlichen Anspruchs.

#### A. Womit vergleichen?

Welchen innerstaatlichen Ansprüchen die Charta-Garantien entsprechen, lässt sich, wie auch der VfGH klarstellt (Rz 36), nicht pauschal sagen, denn die Garantien der Charta sind durchwegs sehr verschieden:

Zum Teil gewährt die Charta gar keine einklagbaren Rechte, sondern legt bloße „Grundsätze“ fest wie den Umweltschutz (Art 37 GRC) oder die Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen (Art 22 GRC). Grundsätze ähneln ver-

<sup>11</sup> EuGH 19.06.2003, Rs C-34/02 (Pasquini) Slg 2003 I-6515, Rz 59.

<sup>12</sup> EuGH 29.10.2009, Rs C-63/08 (Pontin) Slg 2009 I-10.467, Rz 45.

fassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten nicht und sollen ihnen, wie der VfGH ausdrücklich sagt (Rz 36), auch nicht gleichgehalten werden.<sup>13</sup>

Eine weitere Garantie, die der VfGH eindeutig zuordnet, ist der im Anlassfall relevante Art 47 GRC. Er entspricht zwar im Ansatz Art 13 und Art 6 Abs 1 EMRK, baut aber beide Rechte aus. Wohl deshalb sieht der VfGH in Art 47 GRC ganz selbstverständlich eine Garantie, die einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht entspricht (implizit Rz 50 ff). Das ist eine mögliche Einstufung, zwingend ist sie aber nicht. Denn das – in den beiden Asylbeschwerden geltend gemachte – Recht auf eine mündliche Verhandlung ist in Österreich für Asylverfahren ja gerade nicht im Verfassungsrang, wohl aber einfachgesetzlich in § 41 Abs 7 AsylG gewährt. Mit Blick auf diese Bestimmung hätte sich auch sagen lassen, dass Art 47 GRC, soweit er über Art 6 EMRK hinausgeht, einem einfachgesetzlich gewährleisteten Recht entspricht.

Ähnlich ambivalent antwortet das österreichische Recht auf viele andere Charta-Garantien, etwa auf das Asylrecht (Art 18 GRC), das innerstaatlich im AsylG und in der Genfer Flüchtlingskonvention garantiert ist, oder auf das Recht auf Parteiengehör (Art 41 Abs 2 lit a GRC), das zB im AVG, VStG, in der BAO, StPO und ZPO gewährt ist. Punktuell sind diese Rechte allerdings auch verfassungsgesetzlich geschützt, nämlich durch das Willkürverbot und das Recht auf Parteiengehör zudem durch Art 6 EMRK. Wie sollen diese Charta-Rechte also eingestuft werden? Denkbar wäre eine Zuordnung auf Verfassungsstufe, sofern einfachgesetzliche Rechte ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht nur näher ausführen. Das in der Charta garantierte Asylrecht wäre dann in Österreich nur einem einfachgesetzlich gewährleisteten Recht gleichzuhalten, das Recht auf Parteiengehör hingegen wegen Art 6 EMRK im Zivil- und Strafrecht jedenfalls einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht; darüber hinaus ließe sich eine solche Zuordnung des Parteiengehörs gestützt auf den Gleichheitssatz erwägen, zwingend ist sie aber nicht. Bei anderen Rechten kann die Zuordnung noch wesentlich schwieriger sein. So ist zB der Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art 30 GRC), das Recht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art 31 GRC), das Verbot der Kinderarbeit und der Schutz Jugendlicher am Arbeitsplatz (Art 32 GRC) in Österreich zum Teil schon einfachgesetzlich vorgesehen: Erfüllt der Gesetzgeber damit nur, was ihm durch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geboten ist, und wenn ja: welche Rechte sind das?<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Die Erläuterungen des Präsidiums zur Charta, 35, nennen als Grundsätze beispielsweise Rechte älterer Menschen (Art 25 GRC), Integration von Menschen mit Behinderung (Art 26 GRC), Umweltschutz (Art 37 GRC), zum Teil Art 23 GRC (Gleichheit von Frauen und Männern), Art 33 GRC (Familien- und Berufsleben), Art 34 GRC (Soziale Sicherheit und Soziale Unterstützung). Überdies zählen hierher wohl auch die – auch vom VfGH in Rz 36 ausdrücklich genannte – Achtung der Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen (Art 22 GRC) und der Verbraucherschutz (Art 38 GRC).

<sup>14</sup> Diese Frage kann sich zB auch für das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Unternehmen (Art 27 GRC), das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art 28 GRC), das Recht auf Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst (Art 29 GRC), das Recht auf eine gute Verwaltung (Art 41 GRC) und Recht auf Zugang zu Dokumenten (Art 42 GRC) stellen.

Nicht einmal jene Charta-Garantien, die EMRK-Rechten<sup>15</sup> oder sonst in Österreich verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten entsprechen,<sup>16</sup> lassen sich völlig eindeutig zuordnen. Diese Freiheits-, Gleichheits- und Bürgerrechte hat der VfGH wohl primär im Auge, und sie sind auch offenkundig mit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten vergleichbar, aber eben nicht nur mit ihnen. Viele dieser Rechte finden sich nämlich auch im UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte,<sup>17</sup> der in Österreich nur auf einfachgesetzlicher Stufe steht. Zwar ließe sich gegen einen Vergleich der Charta-Rechte mit Rechten des UN-Pakts einwenden, dass die Rechte des UN-Pakts unter Erfüllungsvorbehalt stehen und daher nicht unmittelbar einklagbar sind. Der VfGH will Charta-Garantien mit innerstaatlichen Rechten aber nach ihrer Formulierung, Bestimmtheit (Rz 35) und vermutlich auch ihrem Inhalt (Rz 34) vergleichen; bei diesen Parametern bleiben die Rechte der UN-Pakte als Vergleichskandidaten wohl im Spiel. Daher ist etwa der allgemeine Gleichheitssatz des Art 20 GRC mit jenem des Art 26 UN-Pakt durchaus vergleichbar, freilich auch mit Art 7 B-VG.

Viele Charta-Rechte lassen sich daher verfassungsgesetzlichen Garantien ebenso zuordnen wie einfachgesetzlich gewährten Rechten. Wie der Gerichtshof die Charta-Rechte künftig einstufen wird, ist alles andere als eindeutig. Klar ist nur, dass der Spielraum für diese Zuordnung weit ist.

## B. Vom Benachteiligungsverbot zum Gleichbehandlungsgebot

Welche Konsequenzen hat es nun, wenn ein Charta-Recht einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht „ähnlich und vergleichbar“ ist? Nach der Judikatur des EuGH darf das Verfahren, das ein Mitgliedstaat für die Durchsetzung von Unionsrechten vorsieht, „*nicht ungünstiger* gestaltet sein als bei entsprechenden Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen“.<sup>18</sup> Der VfGH zitiert diese Judikatur, schließt aus ihr aber, „*dass Rechte, die von unmittelbar anwendbarem Unionsrecht garantiert werden, in einem Verfahren durchsetzbar sein müssen, das für vergleichbare Rechte besteht*, die aus der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten stammen“ (Rz 29<sup>19</sup>). Das ist nicht dasselbe.

<sup>15</sup> Nach den Erläuterungen des Präsidiums, 33, sind das jedenfalls Art 2 GRC / Art 2 EMRK; Art 4 GRC / Art 3 EMRK; Art 5 Abs 1 und 2 GRC / Art 4 EMRK; Art 6 GRC / Art 5 EMRK; Art 7 GRC / Art 8 EMRK; Art 10 Abs 1 GRC / Art 9 EMRK; Art 11 GRC / Art 10 EMRK unbeschadet der Einschränkungen, mit denen das Unionsrecht das Recht der Mitgliedstaaten auf Einführung der in Artikel 10 Abs 1 dritter Satz EMRK genannten Genehmigungsverfahren eingrenzen kann; Art 17 GRC / Art 1 1. ZPEMRK; Art 19 Abs 1 GRC / Art 4 4. ZPEMRK; Art 19 Abs 2 GRC / Art 3 EMRK; Art 48 GRC / Art 6 Abs 2 und 3 EMRK; Art 49 Abs 1 (mit Ausnahme des letzten Satzes) und Abs 2 GRC / Art 7 EMRK.

<sup>16</sup> UU Art 8 GRC / Art I DSG; Art 13 GRC / Art 17 und 17a StGG; Art 15 und 16 GRC / Art 6 StGG; Art 20, 21, 23 GRC / Art 7 B-VG, BVG Rassendiskriminierung, Art 14 EMRK; Art 24 GRC / BVG Kinderrechte; Art 39 GRC / Art 23a B-VG; Art 40 GRC / Art 117 Abs 2 B-VG; Art 45 GRC / Art 4 StGG und Art 6 StGG.

<sup>17</sup> BGBl 591/1978; s auch die Materialien, wonach ein „Vergleich mit der Europäischen Menschenrechtskonvention zeigt, daß der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte sehr weitgehend mit der Europäischen Menschenrechtskonvention übereinstimmt“ (RV 230 BlgNR XIV. GP 34).

<sup>18</sup> EuGH 01.12.1998, Rs C-326/96 (Levez) Slg 1998 I-7835, Rz 18 (Hervorhebung nicht im Original); s auch EuGH 16.12.1976, Rs 33/76 (Rewe) Slg 1976, 1989, Rz 5; EuGH 16.12.1976, Rs 45/76 (Comet) Slg 1976, 2043, Rz 11/18; EuGH 19.06.2003, Rs C-34/02 (Pasquini) Slg 2003 I-6515, Rz 59.

<sup>19</sup> Hervorhebung nicht im Original.

Der VfGH versteht das Äquivalenzprinzip hier nicht als Benachteiligungsverbot, sondern als striktes Gleichbehandlungsgebot, das für vergleichbare Ansprüche dasselbe Verfahren verlangt. Dass der EuGH das Äquivalenzprinzip bisher nicht so umschrieben hat, kommt nicht von ungefähr. Zu verlangen, dass zwei Vergleichsgruppen dieselbe Behandlung erhalten, hat nämlich nur Sinn, wenn die bloß gleichwertige Behandlung nach Art eines „separate but equal“ eine der beiden Vergleichsgruppen abwertet. Das wäre zB der Fall, wenn Schulkinder je nach ihrer Hautfarbe getrennt voneinander unterrichtet werden; es ist aber nicht der Fall, wenn ein unionsrechtlicher Anspruch prozessual zwar anders, aber nicht ungünstiger durchsetzbar ist als ein vergleichbarer innerstaatlicher Anspruch. Dass das Äquivalenzprinzip nicht dasselbe Rechtsschutzverfahren für vergleichbare Ansprüche fordert, sondern nur ungünstigere Verfahren für unionale Ansprüche untersagt, hat noch einen zweiten Grund: Als Benachteiligungsverbot erlaubt es sinnvollerweise, was ein Gleichbehandlungsgebot ausschließt: dass unionsrechtliche Ansprüche nämlich in günstigeren Verfahren durchgesetzt werden können als innerstaatliche Rechte. Eine solche Begünstigung kann zwar ein Verfassungsproblem auslösen; aus unionsrechtlicher Sicht besteht aber keine Notwendigkeit, sie zu verbieten.

Wenn der VfGH dennoch annimmt, Charta-Rechte seien prozessual so zu behandeln wie vergleichbare verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, geht er einer heiklen Frage aus dem Weg: Stellt der österreichische Gesetzgeber für die Durchsetzung von Charta-Rechten wirklich ein ungünstigeres Verfahren zur Verfügung, indem er die Charta – anders als die EMRK<sup>20</sup> – nicht in Verfassungsrang hebt und ihre Garantien damit prozessual so behandelt wie einfachgesetzlich gewährleistete Rechte? Für den Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten ist diese Einstufung der Charta-Rechte offenkundig kein Nachteil, weil der Rang eines Rechts dort prozessual keine Rolle spielt. So spitzt sich alles auf die Frage zu: Ist der Bürger wirklich schlechter dran, wenn er sich über eine bescheidmäßige Verletzung seiner Charta-Rechte statt beim VfGH beim VwGH beschweren muss?

### C. Vom Schutz des Bürgers zum Schutz des VfGH

Der VfGH lässt sich hier nicht auf einen Wettbewerb mit dem VwGH ein; er bleibt ganz bei sich und stellt unter Hinweis auf Art 144 und 144a B-VG sowie Art 133 Z 1 B-VG fest: „Das Rechtsschutzsystem des B-VG beruht darauf, dass die Geltendmachung der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte im Allgemeinen bei einer Instanz, nämlich dem Verfassungsgerichtshof, konzentriert werden soll“ (Rz 33).

Das ist neu, und es ist falsch. Im gesamten Bereich des Zivilrechts und des gerichtlichen Strafrechts wird die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte nicht beim VfGH, sondern bei allen ordentlichen Gerichten bis hin zum OGH geltend gemacht, der seine Funktion als Grundrechtsinstanz in den letzten Jahren auch zunehmend betont.<sup>21</sup> Im Bereich der Verwaltung sind verfassungsgesetzlich ge-

<sup>20</sup> Art II Z 7 des BGBl 1964/59.

<sup>21</sup> ZB Ratz, Grundrechtsschutz durch den Obersten Gerichtshof in Strafsachen in FS Steiner (2003) 109 (111 ff); Griss, Die Grundrechte in der zivilrechtlichen Rechtsprechung in Österreichische Juristenkommission (Hg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 54 (57, 62). Besonders deutlich OGH 01.08.2007, 13 Os 135/06m, zu § 363a StPO; dazu und zur immer „dichtere[n] grundrechtliche[n] Durchwirkung“ der Rsp des OGH Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, 2011, 206, 360 ff et passim.

währleistete Rechte ebenfalls zunächst bei allen Verwaltungsbehörden sowie beim AsylGH und künftig auch bei den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Für den nachfolgenden Rechtsschutz trifft zwar zu, dass die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte beim VfGH und daher nach Art 133 Z 1 B-VG nicht beim VwGH zu rügen ist. Doch ist zu bedenken, dass die meisten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte Eingriffe nur auf gesetzlicher Grundlage gestatten und dem Gesetzgeber bei der Erlassung solcher Eingriffsgesetze inhaltliche Schranken ziehen. Deshalb wird ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht in aller Regel verletzt, wenn die Behörde dieses Recht beschränkt und dabei entweder gesetzlos vorgeht oder sich auf ein verfassungswidriges Gesetz stützt oder dem Gesetz fälschlich einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt. Regelmäßig kann jede dieser Rechtsverletzungen nicht nur beim VfGH, sondern ebenso beim VwGH geltend gemacht werden,<sup>22</sup> weil ein Bescheid, der ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verletzt, praktisch immer auch einfachgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt. Von einer Konzentration verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte beim VfGH kann daher nicht die Rede sein, im Gegenteil: Den Bürger vor einer Verletzung dieser Rechte zu schützen, ist in Österreich eine Querschnittaufgabe aller Behörden und Gerichte.

Der VfGH meint weiter, dass er „auch als einzige Instanz über [...] Verletzungen [verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte] durch generelle Normen, nämlich Gesetze und Verordnungen, absprechen soll und als einzige Instanz die Befugnis zur Aufhebung solcher Normen hat“ (Rz 33).

Das ist unbestreitbar richtig. Doch ist zu bedenken, dass der Rechtsschutzsuchende vor unionsrechtswidrigen und daher auch vor chartawidrigen Normen bereits durch den Anwendungsvorrang geradezu perfekt geschützt ist. Die Aufhebung einer unionsrechtswidrigen Norm durch den VfGH bringt dem konkreten Rechtsschutzsuchenden nichts, eher im Gegenteil: Sie erfordert ein eigenes Normprüfungsverfahren, das die Erledigung der Beschwerde oder Klage im Anlassfall nur aufhält. Auch unter diesem Aspekt hat es viel für sich, dass sich der VfGH in ständiger – auch im vorliegenden Erkenntnis nicht revidierter – Rechtsprechung nicht ermächtigt sieht, offenkundig unionsrechtswidrige Normen amtswegig oder auf Antrag eines Gerichts oder UVS in Prüfung zu nehmen,<sup>23</sup> und dass er auch bereits begonnene konkrete Normprüfungsverfahren einstellt, sobald sich die geprüfte Norm als offenkundig unionsrechtswidrig erweist:<sup>24</sup> Für die Prüfung dieser – unanwendbaren – Normen durch den VfGH fehlt es nicht nur am Prozessfordernis der Präjudizialität; die Aufhebung solcher Normen ist für den Beschwerdeführer oder Kläger im Anlassfall auch gar nicht erforderlich, weil die unionsrechtswidrige Norm auf ihn ohnedies unangewendet bleiben muss und seinem Rechtsschutzbegehren schon deshalb stattgegeben werden kann. Kein Prozesshindernis ist die Unanwendbarkeit einer Norm nur bei der – praktisch wenig bedeutsamen – abstrakten Normenkontrolle, was ebenfalls folgerichtig ist. Denn hier ist die Normenkontrolle ja gerade nicht durch ein konkretes Rechtsschutzbegehren

<sup>22</sup> Ausnahmen bestätigen die Regel: die sog Feinprüfungsrechte Vereins- und Versammlungsfreiheit sind in der Tat beim VfGH konzentriert, allerdings nur, soweit es um Staatsbürger geht; Fremde können Verletzungen des Vereins- oder VersammlungsG auch beim VwGH geltend machen.

<sup>23</sup> VfSlg 15.215/1998, 15.267/1998, 15.368/1998, 16.293/2001, 17.150/2004, 17.614/2005.

<sup>24</sup> VfSlg 15.368/1998.

veranlasst, dem durch die unmittelbare Wahrnehmung des Anwendungsvorranges schneller entsprochen ist als durch ein Normprüfungsverfahren.

Der VfGH nimmt für sich also zum einen ein Monopol für verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte in Anspruch, deren Schutz das B-VG als Querschnittaufgabe allen Höchstgerichten überträgt. Zum anderen betont der VfGH sein Monopol der Rechtsbereinigung, die das B-VG aber in den hier relevanten Situationen bei unionsrechtswidrigen Normen nur ausnahmsweise zulässt. Aus beiden Prämissen schließt der VfGH sodann, dass es „dem Konzept der österreichischen Bundesverfassung einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit widersprechen [würde], wenn der Verfassungsgerichtshof über vielfach inhaltsgleiche Rechte der Grundrechte-Charta nicht absprechen könnte“ (Rz 34). In Verbindung mit dem Äquivalenzprinzip habe diese innerstaatliche Rechtslage zur Folge, dass Charta-Rechte vor dem VfGH als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gemäß Art 144 und 144a B-VG geltend gemacht werden können und dass sie auch einen Prüfungsmaßstab für seine generelle Normenkontrolle bilden (Rz 35).

Die Metamorphose des Äquivalenzprinzips ist damit vollendet. Nachdem der VfGH zuerst die unionale Schutzrichtung dieses Prinzips (von der Nichtbenachteiligung zur Gleichbehandlung) neutralisiert hat, wendet er nun das Schutzziel von einem individuellen in ein institutionelles und zudem rein nationales Interesse. So ist aus einem Prinzip, das den Bürger vor einer prozessualen Benachteiligung seiner Unionsrechte schützen soll, das Gebot geworden, ein nationales Verfassungsgericht vor einer Abwertung seiner Kompetenzen zu bewahren. Zwar ist nicht auszuschließen, dass der EuGH dieses Verständnis des Äquivalenzprinzips mittragen würde; über einen vernünftigen Zweifel erhaben ist es aber nicht. Warum der VfGH den EuGH damit nicht befasst hat, bleibt eine offene Frage.

#### D. Die beschränkte Vorlagepflicht des VfGH

Wenn der VfGH bisher der Meinung war, dass das Unionsrecht Prüfungsmaßstab für alle Behörden und Gerichte ist, nur nicht für den VfGH, so hatte dies den Effekt, dass er an den EuGH praktisch nie eine Auslegungsfrage herantragen musste, was Verfassungsgerichte im Allgemeinen auch ungern tun. Zieht der VfGH nun einen ihm wichtig erscheinenden Teil des Unionsrechts an sich, der zudem jung und noch nicht ausjudiziert ist, so wird er vermehrt vorlagepflichtig. Das ist der Preis für den Lohn, in Charta-Fragen mitreden zu können.

Tatsächlich kündigt der VfGH im vorliegenden Erkenntnis auch an, dass er „– wie schon bisher (vgl. VfSlg. 15.450/1999, 16.050/2000, 16.100/2001) – dann eine Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorlegt, wenn Zweifel an der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift bestehen, also auch im Falle der Grundrechte-Charta“ (Rz 40). Davon macht der Gerichtshof aber zwei gravierende Ausnahmen:

Ohne eine Vorabentscheidung einzuholen, will der VfGH erstens entscheiden, wenn Zweifel an der Auslegung der Charta „insbesondere vor dem Hintergrund der EMRK und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR und anderer Höchstgerichte“ nicht entstehen (Rz 40). Das versteht sich nicht von selbst. Denn der Sinn der Vorlagepflicht besteht doch darin, die Auslegung des Unionsrechts bei

einem einzigen Organ, dem EuGH, zu konzentrieren. Zwar haben Charta-Rechte, die Konventionsrechten entsprechen, nach Art 52 Abs 3 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite wie diese. Dem steht aber, wie Art 52 Abs 3 GRC ebenfalls sagt, „nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt“: Schon deshalb ist fraglich, ob die allein zur EMRK entwickelte Judikatur des EGMR den Inhalt eines Charta-Rechts abschließend klären kann. Noch weniger kann das die Judikatur „anderer Höchstgerichte“, zu denen sich der VfGH wohl auch selbst zählt. Denn wenn ein nationales Höchstgericht Zweifel an der Auslegung der Charta durch einen Blick in die eigene Judikatur beseitigt, ist nicht einmal sichergestellt, dass die Charta in der gesamten Union einheitlich angewendet wird. Man kann in diesem dezentralisierten Vorlagekonzept des VfGH vielleicht ein – seinerseits nicht vorlagepflichtiges, weil nur obiter geäußertes – Angebot an den EuGH sehen, sich Arbeit und Auslegungshoheit mit dem VfGH und anderen Gerichten zu teilen; solange der EuGH dieses Angebot nicht annimmt, widerspricht es aber seiner Judikatur.

Erstaunlich ist auch die zweite Einschränkung, die der VfGH für seine Vorlagepflicht trifft: Er betont zunächst im Einklang mit der Judikatur des EuGH, dass eine Vorlagepflicht dann nicht besteht, wenn eine Rechtsfrage nicht entscheidungserheblich ist, meint in der Folge aber weiter: „Dies ist im Bereich der Grundrechte-Charta dann der Fall, wenn ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, insbesondere ein Recht der EMRK, den gleichen Anwendungsbereich wie ein Recht der Grundrechte-Charta hat. In diesem Fall erfolgt die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs daher auf Grund der österreichischen Verfassungslage, ohne dass eine Vorabentscheidung im Sinne des Art. 267 AEUV einzuholen wäre“ (Rz 44). An einem Beispiel veranschaulicht, bedeutet das wohl: Wenn ein Bescheid oder eine generelle Norm das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu verletzen scheint, wird der VfGH diese Bedenken nach Art 8 EMRK prüfen, nicht nach Art 7 GRC, weil Art 8 EMRK den gleichen Anwendungsbereich hat wie Art 7 GRC. Daher ist Art 7 GRC nicht entscheidungserheblich und der VfGH folglich auch nicht vorlagepflichtig. Nicht, dass man das nicht so sehen könnte, genau das entsprach ja auch bislang der Vorgangsweise des VfGH. Und ob der Bürger seine Normbedenken unter dem Titel eines EMRK-Rechts oder eines Charta-Rechts an den VfGH heranträgt, wird auch in den meisten Fällen gleichgültig sein. Das spricht durchaus für die Linie des VfGH, nur: Warum ist die Konstitutionalisierung dieser Charta-Rechte dann erforderlich? Und umgekehrt gefragt: Wenn es wirklich durch das „Konzept der Bundesverfassung“ in Verbindung mit dem Äquivalenzprinzip geboten ist, dass der VfGH über Charta-Rechte abspricht, wie können diese Charta-Rechte dann im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich sein?

#### E. Günstigerer Rechtsschutz?

Die Frage, die der VfGH bei der Begründung seiner neuen Zuständigkeit offen gelassen hat, ist nach all dem leicht zu beantworten: Der Bürger ist nicht schlechter dran, wenn er bescheidmäßige Verletzungen seiner Charta-Rechte nicht beim VfGH, sondern „nur“ beim VwGH geltend machen kann.

Der VwGH gewährt Rechtsschutz gegen Bescheide, die ein Charta-Recht gesetzlos, gestützt auf ein chartawidriges Gesetz oder in unrichtiger Anwendung eines char-

takonformen Gesetzes beschränken. Er gibt Beschwerden gegen solche Bescheide bei offensichtlicher Chartawidrigkeit ohne weiters und sonst nach einer Vorlage an den EuGH statt.

Ob der VfGH bescheidmäßige Beschränkungen eines Charta-Rechts wie der VwGH in jede Richtung auf ihre Rechtmäßigkeit prüfen wird, lässt das Charta-Erkenntnis offen. Die Erledigung der beiden Beschwerdefälle legt eher nahe, dass sich der VfGH auf eine Grobprüfung beschränken will.<sup>25</sup> Dann müsste der Bürger, um vollen Rechtsschutz zu erhalten, nach dem VfGH noch den VwGH anrufen. Das macht den Rechtsschutz erstens komplizierter. Hinzu kommt zweitens, dass der VfGH anscheinend beabsichtigt, chartawidrige Normen nicht (wie der VwGH) einfach unangewendet zu lassen, sondern sie von Amts wegen in Prüfung zu ziehen und aufzuheben. Das bringt dem Beschwerdeführer im Anlassfall nichts, was er nicht vor dem VwGH schneller bekommt, verzögert also seinen Rechtsschutz. Handhabt der VfGH seine Vorlagepflicht wie im Charta-Erkenntnis angekündigt, wird er den EuGH drittens seltener mit einer Vorlage befassen als der VwGH das tut. Das kann zwar die Beschwerdeerledigung beschleunigen, bringt den Bürger aber um die ihm zustehende Mitwirkung des EuGH. Schließlich ist viertens derzeit noch unklar, welche Charta-Garantien verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichen; bis der VfGH das für alle Charta-Garantien ausgesprochen hat, wird einige Zeit vergehen. So lange wird der Bürger Verletzungen der Charta sicherheitshalber sowohl beim VfGH als auch beim VwGH geltend machen müssen. Auch diese Unklarheit ist ein Nachteil, der vor dem Charta-Erkenntnis nicht bestand.

Alles in allem konnte der österreichische Gesetzgeber daher mit gutem Grund annehmen, dass er dem Äquivalenzprinzip Genüge tut, wenn er die Charta nicht in Verfassungsrang hebt und sie damit prozessual einfachgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichstellt. Indem der VfGH nun für sich in Anspruch nimmt, die Charta Schritt für Schritt zu konstitutionalisieren, weitet er seine Kompetenzen aus, ohne dass dies dem Bürger im Regelfall merklich nützt. Ausnahmen bestätigen die Regel.

#### IV. Folgen für den Anlassfall

##### A. Die Berufung auf Charta-Rechte ist möglich ...

Die beiden Anlassfälle sind solche Ausnahmen, deshalb sind sie auch so gut gewählt. Denn gegen Urteile des AsylGH steht dem Rechtsschutzsuchenden eine Beschwerde an den VwGH von vornherein nicht zu; ihm bleibt daher zur Geltendmachung seiner Charta-Rechte nur die Beschwerde an den VfGH, und es leuchtet in der Tat ein, dass der Gerichtshof in einer solchen – für das Verwaltungsrecht aber atypischen und durch die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit für die Zukunft ausgeschlossenen – Situation<sup>26</sup> in die Bresche springt und über die Verletzung von Charta-Rechten abspricht. Das müsste dann allerdings für *alle* einklagbaren Charta-Garantien gelten, dh zwar nicht für die „Grundsätze“, wohl aber für die Rechte. Deshalb ist hier

---

<sup>25</sup> S noch näher IV.B.

<sup>26</sup> Die man auch anders lösen könnte, s EuGH 22.05.2003, Rs C-462/99 (Connect Austria) Slg 2003 I-5197, Rz 41, die man aber auch lösen kann, indem man eine Zuständigkeit des VfGH annimmt.

mE auch belanglos, ob Art 47 GRC nun einem verfassungsgesetzlich oder einem einfachgesetzlich gewährleisteten Recht entspricht. Vertretbar ist ferner, wenn der VfGH andere, nicht geltend gemachte Rechte der Charta, etwa das in Art 18 GRC garantierte Asylrecht nicht näher prüft, denn auch der VwGH beschränkt sich im Beschwerdebeschwerdeverfahren auf die jeweils gerügten Rechtsverletzungen.<sup>27</sup>

Dass der VfGH den EuGH zur Auslegung des Art 47 GRC nicht befragt hat, entspricht auf den ersten Blick den Prämissen des vorliegenden Erkenntnisses: Zwar hat Art 47 GRC nicht den „gleichen Anwendungsbereich“ (Rz 44) wie ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, er geht vielmehr sowohl über Art 6 EMRK als auch über Art 13 EMRK hinaus, sodass die Entscheidung des VfGH nicht ausschließlich aufgrund der österreichischen Verfassungslage (und schon deshalb ohne Vorlage) erfolgen konnte. Der VfGH war hier aber offenbar der Ansicht, dass eine Vorlage entbehrlich ist, weil die Bedeutung des Art 47 GRC „insbesondere vor dem Hintergrund der EMRK und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR und anderer Höchstgerichte“ nicht zweifelhaft ist (Rz 40). So führt der Gerichtshof also am konkreten Fall vor, wie die Auslegung eines Charta-Rechts durch die Judikatur zu einem EMRK-Recht geklärt werden kann, und zwar selbst dann, wenn die fragliche Charta-Garantie über die Garantie der EMRK hinausreicht.

#### B. ... aber vergeblich

Der VfGH bejaht zunächst die Anwendbarkeit der Charta auf das sekundärrechtlich stark vorgeprägte Asylverfahren (Rz 48 f), rezitiert dann den Wortlaut des Art 47 GRC samt den dazugehörigen Erläuterungen (Rz 50 f) sowie die Allgemeinen Bestimmungen über die Auslegung und Anwendung der Charta, aus denen sich ua ergibt, dass Art 47 Abs 2 GRC unter Gesetzesvorbehalt steht (Rz 52 ff). Diese Garantie hat, wie der VfGH sodann ausführt, im Anwendungsbereich des Art 6 EMRK die gleiche Tragweite und Bedeutung wie Art 6 EMRK; jenseits dessen gelten die Garantien des Art 6 EMRK entsprechend, allerdings „in Abhängigkeit von der Materie, vom Verfahrensgegenstand und von der Instanz in unterschiedlichem Maße [...], das wiederum vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt ist“ (Rz 55). An Strafverfahren, so führt der VfGH weiter aus, sind die strengsten Anforderungen anzulegen; demgegenüber dürfe das Recht auf eine mündliche Verhandlung in Verwaltungsverfahren beschränkt werden, die bloße Auswirkungen auf Zivilrechtspositionen haben. Das ergebe sich aus der Judikatur des VfGH und des EGMR, die mit VfSlg 11.500/1987 belegt wird (Rz 55), also mit jener berühmten Entscheidung, in der der VfGH in Abkehr von der Rechtsprechung des EGMR seine Rand- und Kernbereichsjudikatur entwickelt hat.

Diese Überlegungen „überträgt“ der VfGH sodann auf den über Art 6 EMRK hinausgehenden Teil des Art 47 Abs 2 GRC und kommt „auch für diesen zum Ergebnis, dass weitergehende Beschränkungen (als etwa im Strafverfahren) zulässig sind“ (Rz 56). Das mag für viele Verfahren zutreffen, überzeugt aber für das entscheidungsgegenständliche Asylverfahren nicht. Dass die Verfahrensgarantien des

<sup>27</sup> VfSlg 11.525 A/1984 (verst Sen); VwGH 25.03.2004, 2004/16/0003; VwGH 18.10.2005, 2005/14/0040.

Art 6 EMRK in strafrechtlichen Verfahren strikter sind als im „Randbereich“ ziviler Rechte, ist plausibel, weil im ersten Fall typischerweise das Rechtsgut der persönlichen Freiheit auf dem Spiel steht, während es im zweiten Fall primär um Vermögensansprüche geht. Daraus folgt aber gerade nicht, dass mündliche Verhandlungen im Asylverfahren eher verzichtbar sind als im Strafverfahren. Im Asylverfahren steht nämlich ebenfalls die persönliche Freiheit auf dem Spiel, darüber hinaus aber auch das Leben. Zudem kommt es im Asylverfahren wie in kaum einem anderen Verfahren auf die Glaubwürdigkeit des Rechtsschutzsuchenden an, die sich nach aller Erfahrung in einer mündlichen Anhörung am verlässlichsten beurteilen lässt. Das legt nahe, im Asylverfahren zumindest ebenso strenge Verfahrensgarantien anzunehmen wie im Strafverfahren, nicht aber mildere.

In der Folge breitet der VfGH zahlreiche Entscheidungen des EGMR zu Art 6 EMRK aus, darunter auch solche zur hier relevanten Frage, wann eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden muss. Dazu trifft der VfGH jeweils gestützt auf die Judikatur des EGMR drei Feststellungen: Erstens bestehe grundsätzlich ein Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, wenn eine Verhandlung beantragt worden ist (Rz 57). Zweitens dürfe eine mündliche Verhandlung unterbleiben, „wenn außergewöhnliche Umstände dies rechtfertigen“; etwa bei sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen, die ausschließlich rechtliche oder in hohem Maße technische Fragen aufwerfen (Rz 60). In Anlehnung an die Rsp des EGMR zum Gebot der öffentlichen mündlichen Verhandlung im Rechtsmittelverfahren sei drittens auch maßgeblich, „welche Bedeutung und Notwendigkeit eine Verhandlung für die Beweiserhebung und Beweiswürdigung sowie für die Lösung von Rechtsfragen hat“ (Rz 62). Das alles spricht dafür, dass in den beiden Beschwerdefällen eine mündliche Verhandlung durchgeführt hätte werden müssen: Nach der Sachverhaltsschilderung des VfGH (Rz 4 und 11) wurde erstens eine mündliche Verhandlung beantragt. Zweitens waren in beiden Verfahren nicht nur rechtliche oder in hohem Maße technische Fragen zu klären, sondern primär die Glaubwürdigkeit der beiden Beschwerdeführer. Deshalb wäre drittens eine mündliche Verhandlung für die Beweiswürdigung in beiden Asylverfahren von zentraler Bedeutung gewesen.

Der VfGH meint allerdings weiters – ohne Judikatur des EGMR zu nennen –, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Art 6 Abs 1 EMRK könne „im Hinblick auf die Mitwirkungsmöglichkeiten im Verwaltungsverfahren regelmäßig unterbleiben, wenn das Vorbringen erkennen lässt, dass die Durchführung einer Verhandlung eine weitere Klärung der Entscheidungsgrundlagen nicht erwarten lässt. Hat der Asylwerber hingegen bestimmte Umstände oder Fragen bereits vor dem Bundesasylamt releviert oder sind solche erst nachträglich bekannt geworden, ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Asylgerichtshof erforderlich, wenn die vom [...] Asylwerber [...] aufgeworfenen Fragen – allenfalls mit ergänzenden Erhebungen – nicht aus den Verwaltungsakten beantwortet werden können, und insbesondere, wenn der Sachverhalt zu ergänzen oder die Beweiswürdigung mangelhaft ist“ (Rz 61). Diese Standards laufen darauf hinaus, dass sich der AsylGH nicht grundsätzlich in einer mündlichen Verhandlung selbst ein Bild von der Glaubwürdigkeit des Asylwerbers machen muss, sondern dass er diese Frage ebenso nach den Verwaltungsakten beurteilen, dh im Wesentlichen die Einschätzung der weisungsgebundenen Verwaltungsbehörde übernehmen kann, sofern sie ihm nicht

fehlerhaft erscheint. Mit den strengen Maßstäben, die der VfGH zuvor der Judikatur des EGMR entnommen hat, erscheint das nicht ohne Weiteres vereinbar, und es ist auch zweifelhaft, dass eine derart weit reichende Beschränkung des Rechts auf eine mündliche Verhandlung vor einem Gericht selbst in Verfahren verhältnismäßig ist, in denen es – wie in den beiden Beschwerdefällen – primär um die Glaubwürdigkeit des Rechtsschutzsuchenden geht. Ob die restriktive Deutung des VfGH wirklich dem Art 47 GRC entspricht, wäre daher dem EuGH auch nach den Prämissen des VfGH (Rz 40) als Frage vorzulegen gewesen.

Dass der VfGH in der Folge „vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung“ § 41 Abs 7 AsylG für verfassungsrechtlich unbedenklich hält (Rz 64), verwundert nicht. Diese Bestimmung lässt den Entfall der mündlichen Verhandlung nämlich im Wesentlichen unter den vom VfGH zuvor aufgestellten Voraussetzungen zu, dh dann, „wenn der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint oder sich aus den bisherigen Ermittlungen zweifelsfrei ergibt, dass das Vorbringen nicht den Tatsachen entspricht.“ Unter diesen Bedingungen darf, wie der VfGH noch ergänzt, eine mündliche Verhandlung im Einklang mit Art 47 Abs 2 GRC entfallen, „wenn zuvor bereits ein Verwaltungsverfahren stattgefunden hat, in dessen Rahmen Parteiengehör gewährt wurde“ (Rz 64). Wohl weil beide Beschwerdeführer vom Bundesasylamt angehört wurden, kann der VfGH dann auch nicht finden, dass der AsylGH § 41 Abs 7 AsylG einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt hat, als er von der mündlichen Verhandlung absah (Rz 64). Das genügt dem VfGH, um festzustellen, dass die Beschwerdeführer nicht in ihrem durch Art 47 Abs 2 GRC garantierten Recht verletzt sind (Rz 65). Die zentrale Frage – war der Sachverhalt hier wirklich aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt oder hat sich die Fluchtgeschichte doch als zweifelsfrei tatsachenwidrig erwiesen? – erörtert der VfGH nicht. Zwar kann man diskutieren, ob hier eine Feinprüfung vorzunehmen gewesen wäre oder ob eine Grobprüfung genügt. Nur das Gesetz und seine Auslegung auf ihre Charta-Konformität zu prüfen und nicht ansatzweise zu fragen, ob das Gesetz auf den konkreten Fall überhaupt anwendbar war, unterschreitet aber sogar den Standard einer Grobprüfung und ist damit dem Prüfungsniveau, das der VfGH für verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte etabliert hat, gerade nicht äquivalent. Das ist schwer zu verstehen.

Was bleibt, ist der Eindruck, dass der VfGH aus der Masse der Asylwerber, die jährlich bei ihm um Rechtsschutz ersuchen, mit sicherer Hand zwei für seine Zwecke „passende“ Fälle herausgehoben hat, um sie zunächst zum Objekt eines gewaltigen obiter dictum zu machen und die Beschwerdeführer dann wieder auf ihren Platz zu verweisen, nicht ohne ihnen zu versichern, dass kein Gericht sich ihre Geschichte anhören muss.

## V. Folgen für den Rechtsschutz

### A. Rechtsschutz gegen Bescheide

Jenseits dieses Anlassfalles stellt sich die Frage, welche Folgen das Charta-Erkenntnis für den Rechtsschutz in Österreich allgemein hat. Dabei bedarf zuerst der Klärung, ob der VfGH die Zuständigkeit für jene Charta-Rechte verliert, die der VfGH

verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichhält. Art 133 Z 1 B-VG legt das nahe, denn er schließt von der Zuständigkeit des VwGH ja Angelegenheiten aus, die in die Kompetenz des VfGH fallen. Dass der VfGH nun abstrakte eine Zuständigkeit für erst näher zu bestimmende Charta-Rechte in Anspruch nimmt, bindet den VwGH dabei allerdings noch nicht.

Der VwGH könnte die Rechtsmeinung des VfGH auch für falsch halten und weitermachen wie bisher, also alle Beschwerden zulassen, die die Verletzung von Charta-Rechten geltend machen. Das würde wohl über kurz oder lang in einen positiven Kompetenzkonflikt münden, den der VfGH dann nach Art 138 Abs 1 Z 2 B-VG im Einzelfall verbindlich zu entscheiden hätte.

Der VwGH könnte an der Rechtsmeinung des VfGH aber auch nur vernünftige Zweifel haben und die nächste Beschwerde, die sich ausschließlich auf ein Charta-Recht beruft, zum Anlass nehmen, zur Klärung seiner Zuständigkeit dem EuGH die Frage vorzulegen, ob das Äquivalenzprinzip wirklich so zu verstehen ist wie es der VfGH versteht. Akzeptiert der EuGH diese Vorlage, entscheidet er den Kompetenzkonflikt zwischen VfGH und VwGH, und zwar nicht nur bezogen auf den konkreten Fall.

Der VwGH könnte die Rechtsansicht des VfGH schließlich auch für richtig halten und folglich seine Zuständigkeit für konstitutionalisierte Charta-Rechte nach Art 133 Z 1 B-VG verneinen, wobei wiederum zwei Spielarten denkbar sind: Der VwGH überlässt es dem VfGH zu entscheiden, welche Charta-Garantien verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten gleichzuhalten sind, oder er beteiligt sich an der Einstufung der Charta-Rechte. Im letzten Fall wäre abermals mit Kompetenzkonflikten zu rechnen, zumindest aber mit Judikaturdivergenzen zur Frage der Zuständigkeit der beiden Höchstgerichte.

Im Übrigen ändert sich an der Zuständigkeit des VwGH mE weniger als es auf den ersten Blick scheint. Denn wie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte werden auch Charta-Rechte regelmäßig durch die fehlerhafte Anwendung einfacher Gesetze und sekundärrechtlicher Vorschriften verletzt. Diese einfachen Gesetze und sekundärrechtlichen Vorschriften vermitteln ihrerseits Rechte, deren Verletzung weiterhin beim VwGH gerügt werden kann. Auch wenn der Beschwerdeführer vor dem VwGH Charta-Rechte nicht mehr als Beschwerdepunkt geltend machen kann, steht es ihm doch frei, sich in der Beschwerdebegründung auf die Charta zu berufen. Bei der Prüfung solcher Beschwerden stellen sich dem VwGH dann im Wesentlichen dieselben Fragen wie dem VfGH: Sind die Rechtsvorschriften überhaupt chartakonform und daher gültig bzw anwendbar, und wenn ja: Hat die Behörde sie chartakonform ausgelegt? VwGH und VfGH beurteilen dann denselben Bescheid am selben Maßstab; auch das erhöht die Wahrscheinlichkeit von Judikaturdivergenzen.

Diese Doppelzuständigkeit ermöglicht es dem VwGH allerdings auch, vom VfGH unterlassene Vorlagen nachzuholen. Das kann zur Folge haben, dass sich eine Norm, die der VfGH für chartakonform befunden hat, nach der Vorlage an den EuGH ebenso als chartawidrig erweist wie der Bescheid, den der VfGH bestätigt hat. Gemeinsam mit dem EuGH kann der VwGH also chartarelevante Entscheidungen des VfGH falsifizieren. Eine solche „Kontrolle“ ist aber nicht nur von nebenan und von oben möglich, sondern ebenso von unten: Denn auch die UVS, der UFS, Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag und später die Verwaltungsgerichte können im zweiten Rechtsgang eine Charta-Auslegung des VfGH mit einer Vorlage an den

EuGH hinterfragen. Der viel beschworene „Dialog der Gerichte“ erhält so eine neue Facette, und er kann abermals am VfGH vorbeiziehen. Das zeigt: Wer nicht bereit ist vorzulegen, redet auch nicht mit.

## B. Generelle Normenkontrolle

Im Normprüfungsverfahren kommt auf den VfGH einiges an Adaptionsarbeit zu. Wenn der Gerichtshof chartawidrige Normen wirklich aus der Rechtsordnung beseitigen will, wird er zunächst das in Art 89 Abs 2, 139 Abs 1 und Art 140 Abs 1 B-VG statuierte Präjudizialitätserfordernis einschränken und eine Art „gespaltene Präjudizialität“ ausbilden müssen. So könnte der VfGH annehmen, dass die Anwendbarkeit einer Norm zwar eine Prozessvoraussetzung für die konkrete Normenkontrolle bleibt, dass die Unanwendbarkeit einer Norm aber dann kein Prozesshindernis bildet, wenn sie die Folge einer Chartawidrigkeit ist.

Ist das Präjudizialitätshindernis beseitigt, kann der VfGH chartawidrige Normen zwar aufheben. Dann entstehen aber neue Probleme, weil die Charta, auch wenn sie konstitutionalisiert wird, Unionsrecht bleibt. Das Unionsrecht reagiert auf Rechtswidrigkeiten aber ganz anders als das B-VG auf Verfassungsverstöße: Während Unionsrechtswidrigkeiten sofort abzustellen sind, und zwar pro futuro und grundsätzlich auch für vergangene Fälle, nimmt das B-VG die Anwendung verfassungswidriger Normen für die Vergangenheit (mit Ausnahme des Anlassfalles) regelmäßig und übergangsweise auch pro futuro hin. Diese beiden gegenläufigen „Korrekturkulturen“ prallen nun aufeinander, wenn eine Norm des Unionsrechts behandelt wird als wäre sie Verfassungsrecht.

Um diese Gegensätze zu mildern, wird der VfGH die in Art 139 Abs 5 und Art 140 Abs 5 B-VG vorgesehene Ermächtigung, das Außerkrafttreten einer aufgehobenen Norm bis zu 18 Monate hinauszuschieben, bei chartawidrigen Normen wohl nicht nützen können. Die chartawidrige Norm sofort außer Kraft treten zu lassen, kann aber überschießend sein, wenn bestimmte Normteile gar nicht chartawidrig sind und nur aus rechtstechnischen Gründen mit aufgehoben werden müssen. Zu denken ist etwa an Freiheitsbeschränkungen, die bei grenzüberschreitenden Sachverhalten rechtswidrig, bei reinen Binnensachverhalten hingegen zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorübergehend oder auch dauerhaft zulässig sind.<sup>28</sup> Während der Anwendungsvorrang solche unionsrechtswidrigen Belastungen punktgenau (hier: nur für grenzüberschreitende Sachverhalte) ausschalten kann, muss die Normaufhebung regelmäßig die gesamte Belastung erfassen, weil der chartawidrige Teil der Belastung im Normtext für gewöhnlich nicht isolierbar ist. So kann die Konstitutionalisierung der Charta den VfGH wohl auch zu unnötigen Eingriffen in die Rechtsordnung zwingen. Diese überschießenden Aufhebungen kann der VfGH wohl auch nicht abmildern, indem er das Außerkrafttreten der unbedenklichen Normteile aufschiebt, weil Art 139 Abs 5 und Art 140 Abs 5 B-VG eine solche Teilung nicht vorsehen.

Schwer in den Griff zu bekommen ist auch die Anwendung chartawidriger Normen auf Sachverhalte, die in der Vergangenheit liegen. Der VfGH könnte hier zwar die – vom B-VG (Art 139 Abs 6, Art 140 Abs 7) als Ausnahme konzipierte – Er-

<sup>28</sup> S zB VfGH 06.10.2011, G 41/10 ua (Bedarfsprüfung für Ambulatorien).

streckung der Anlassfallwirkung bei chartawidrigen Normen verstärkt einsetzen und aussprechen, dass die Norm (zumindest) auf jene Fälle nicht mehr anzuwenden ist, die von den chartawidrigen Normteilen betroffen sind. Keinen Einfluss nehmen kann der VfGH allerdings auf rechtskräftig entschiedene Fälle und auf Fälle, die sich zwischen Normaufhebung und Kundmachung der Aufhebung ereignen: Diese offene Flanke muss dann wohl der Anwendungsvorrang schließen.

Insgesamt besehen führt die Konstitutionalisierung der Charta-Rechte also im Normprüfungsverfahren zu einigen Komplikationen, die sich durch eine Spaltung des Präjudizialitätsbegriffs und eine flickwerkartig herbeigeführte Unanwendbarkeit der Norm mehr schlecht als recht beheben lassen. Entgegen der eigentlichen Funktion der Rechtsbereinigung, Rechtsklarheit zu schaffen, kann die Aufhebung chartawidriger Normen also auch eine unübersichtliche und verwirrende Rechtslage hinterlassen.

### C. Anfechten oder vorlegen?

Solange der VfGH seine Judikatur zur fehlenden Präjudizialität offensichtlich unionsrechtswidriger Normen nicht revidiert, haben Gerichte keinen Grund, Normen, die sie für chartawidrig halten, beim VfGH als verfassungswidrig anzufechten.<sup>29</sup> Räumt der VfGH dieses Prozesshindernis aber zur Seite, stellt sich die Frage, ob Art 89 B-VG die Gerichte zur Anfechtung chartawidriger Normen verpflichtet oder ob es unionsrechtliche Gründe gibt, die einer solchen Anfechtung entgegenstehen. Nach der Judikatur des EuGH muss es den Gerichten „in jedem Moment des Verfahrens, den sie für geeignet halten,<sup>30</sup> freistehen, eine Vorlagefrage an den EuGH heranzutragen, also auch die Frage, ob ein Charta-Recht so auszulegen ist, dass es einer innerstaatlichen Norm entgegensteht. Im Lichte dieser Judikatur kann dem Art 89 B-VG keine Pflicht entnommen werden, eine Norm vor oder gar anstelle einer Vorlage beim VfGH anzufechten. Im Regelfall haben die Gerichte vielmehr die Wahl, ob sie eine Norm anfechten oder den EuGH mit einer Vorlagefrage befassen wollen.

Eine Vorlage kommt nur dann nicht in Betracht, wenn die Chartawidrigkeit einer Norm offenkundig ist. Eine solche Norm beim VfGH anzufechten, wäre zwar unzweckmäßig, weil dem Rechtsschutzgesuch ja bereits durch die Nichtanwendung der Norm entsprochen werden kann. Unionsrechtswidrig wäre eine Normanfechtung in diesem Fall aber wohl nicht, sofern das anfechtende Gericht dem Kläger bzw. Beschwerdeführer im Anlassfall vorläufigen Rechtsschutz gewährt.<sup>31</sup>

Ist die Chartawidrigkeit der Norm nicht eindeutig, muss sich das Gericht zwischen Anfechtung und Vorlage entscheiden. Es könnte auch in diesem Fall eine Anfechtung als unnötigen Umweg betrachten, weil bei zweifelhafter Rechtslage ja auch der VfGH vorlegen müsste – vorlegen kann das Gericht aber ebenso gut selbst. An dieser Einschätzung muss auch der Umstand nichts ändern, dass der VfGH seine Vorlagepflicht sehr restriktiv erfüllen will, im Gegenteil. Das anfechtende Gericht

<sup>29</sup> Hier und im Folgenden ist aus Gründen der Einfachheit bloß von Gerichten die Rede, die anfechtungsberechtigten Verwaltungsbehörden sind mitgemeint.

<sup>30</sup> Vgl. EuGH 22.06.2010, Rs C-188/10, C-189/10 (Melki/Abdeli) Slg 2010 I-5667, Rz 57.

<sup>31</sup> Vgl. EuGH 22.06.2010, Rs C-188/10, C-189/10 (Melki/Abdeli) Slg 2010 I-5667, Rz 53.

könnte sogar der Meinung sein, dass eine Anfechtung unter diesen Bedingungen umso weniger in Betracht kommt, weil sie den Rechtsschutzwerber um sein Recht auf ein Vorlageverfahren vor dem EuGH bringt. Vom VfGH unterlassene Vorlagen kann nämlich auch das anfechtende Gericht nicht mehr nachholen, wenn der VfGH die Norm aufhebt; denn dann ist der Fall ja entscheidungsreif, eine Vorlage also für das Gericht nicht mehr iSd Art 267 AEUV zum „Erlass seines Urteils“ erforderlich.

Anderes gilt wohl, wenn der VfGH nur deshalb ohne Vorlage entscheiden will, weil eine Charta-Garantie den gleichen Anwendungsbereich hat wie ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht. Der VfGH prüft die Norm dann allein aufgrund der nationalen Verfassung, wie er das auch vor dem Charta-Erkenntnis getan hat. Dass eine Verfassungswidrigkeit zugleich auch ein Charta-Verstoß sein kann, hat die Gerichte bisher nicht von Normanfechtungen abgehalten und muss das auch weiterhin nicht tun. Insofern bleibt der VfGH für die Gerichte also eine Option neben dem EuGH.

Will der VfGH sich in dieser Konkurrenz bewähren, muss er den Gerichten Besseres anbieten als der EuGH; das ist auch möglich. Der VfGH könnte etwa mit Raschheit punkten, indem er Normanfechtungen spürbar schneller erledigt als der EuGH seine Vorlagen. Man kann auch der Meinung sein, dass der VfGH das bessere Produkt liefert, jedenfalls in rechtstechnischer Hinsicht: Hebt der VfGH eine Norm auf, ist der Fall für das anfechtende Gericht nämlich für gewöhnlich erledigt. Es wendet die Norm auf den Anlassfall nicht mehr an, erledigt die Beschwerde oder Klage und wird mit der Norm auch nie wieder konfrontiert. Bekommt das Gericht hingegen eine Antwort vom EuGH, fängt die Arbeit erst an: Es muss diese Antwort zuerst verstehen und dann die bisweilen vagen Auslegungskriterien des EuGH auf den Anlassfall anwenden. Für ein Gericht, das diese Mühe nicht auf sich nehmen will, kann der Weg zum VfGH durchaus attraktiv sein. Der VfGH hat dem EuGH gegenüber schließlich auch einen Standortvorteil. Er ist mit unserer Rechtskultur vertraut, kann die angefochtene Norm daher besser kontextualisieren und anstehende Wertungen dementsprechend auch subtiler vornehmen. Diesen Vorteilen steht allerdings gegenüber, dass der VfGH schwerer zugänglich ist als der EuGH. So ist zunächst nicht einsichtig, dass es eine Vielzahl von Gerichten und Behörden gibt, die – wie Bezirks- und Landesgerichte und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag – zwar dem EuGH eine Frage vorlegen, nicht aber ein Gesetz beim VfGH anfechten können. Sieht man VfGH und EuGH als konkurrierende Gerichte an, wäre es an der Zeit, ihnen auch dasselbe „Einzugsgebiet“ zu verschaffen, also alle vorlageberechtigten Gerichte für anfechtungsberechtigt zu erklären. Davon abgesehen könnte aber auch der VfGH selbst noch „kundenfreundlicher“ werden und zB Individualanträge großzügiger zulassen als bisher, etwa indem er die Schwelle für die Zumutbarkeit eines Umweges senkt. Ebenso sollte er seine schwer, oft sogar nur durch zahlreiche Eventualanträge erfüllbaren Anforderungen an den „richtigen“ Anfechtungsumfang lockern: Denn solche Zugangshürden kann sich nur ein Monopolist leisten – was der VfGH in Grundrechtsfragen auch nach dem Charta-Erkenntnis nicht ist.

## VI. Fazit und Ausblick

Österreich stand historisch schon mehrfach vor dem Problem, einen sehr umfassenden internationalen Grundrechtskatalog in die nationale Rechtsordnung integrieren

zu müssen. Dafür wurden unterschiedliche Lösungen gefunden. So hat der Verfassungsgesetzgeber den Verfassungsrang der EMRK nachträglich klargestellt und den Nationalrat zur Vermeidung künftiger Zweifelsfälle zugleich ermächtigt, Staatsverträge ausdrücklich als verfassungsändernd zu genehmigen.<sup>32</sup> Eine solche Genehmigung im Verfassungsrang wurde zunächst auch bei den beiden UN-Pakten erwogen.<sup>33</sup> Nach ausführlicher Diskussion im Unterausschuss<sup>34</sup> entschied man sich aber dagegen und genehmigte beide Pakte nur im Rang einfacher Gesetze und zudem unter Erfüllungsvorbehalt.<sup>35</sup> Auch den Vertrag von Lissabon, der die Grundrechte-Charta für verbindlich erklärt, hat der Nationalrat nicht als verfassungsändernd genehmigt und hätte dies auch gar nicht tun können, weil die Möglichkeit, Verfassungsrecht durch Staatsverträge zu schaffen, mit der B-VG-Novelle 2008<sup>36</sup> wieder beseitigt worden ist. Diese Novelle schließt allerdings nicht aus, dass Staatsverträge sondergesetzlich in Verfassungsrang gehoben werden – gerade so, wie das 1964 bei der EMRK geschehen ist. Ein solches Verfassungsgesetz wurde bisher aber nicht erlassen. Dass der VfGH das misslich findet, kann man verstehen; dass er die Charta deshalb selbst konstitutionalisiert, ist aber ein Akt der Verfassungspolitik, der mit dem Äquivalenzprinzip nur begründet werden kann, wenn man dieses Prinzip ganz neu versteht.

Sieht man im Charta-Erkenntnis einen verfassungspolitischen Akt, darf auch gefragt werden, was er bringt: Zunächst Sand ins Rechtsschutz-Getriebe, denn die Gerichte werden nun in eine ausgedehnte Phase der Selbstreferenz eintreten. So wird für längere Zeit unklar sein, welche Charta-Rechte beim VfGH und welche allein beim VwGH geltend zu machen sind. Soweit der VfGH sich für zuständig hält, werden beide Gerichtshöfe insoweit denselben Bescheid im Ergebnis am selben Maßstab prüfen, sodass vermehrt mit Judikaturdivergenzen zu rechnen ist. Das Normenkontrollverfahren wird bis auf Weiteres eine Baustelle: Der VfGH muss dieses Verfahren für die Charta durch eine Änderung der Prozessvoraussetzungen öffnen; außerdem wird er die im B-VG vorgesehenen Folgen der Normaufhebung, so gut es geht, an die Korrekturkultur des Unionsrechts anpassen müssen.

Der Bürger profitiert von der Konstitutionalisierung der Charta-Rechte – wie die beiden Anlassfälle – jedenfalls in jenen Segmenten der Verwaltung, in denen der Weg zum VwGH verschlossen ist: Hier öffnet sich beim VfGH ein neuer Rechtsweg; ob er stets so unergiebig sein wird wie im vorliegenden Erkenntnis, bleibt abzuwarten. In allen anderen Fällen tritt der VfGH als zusätzliche Rechtsschutzeinrichtung neben den VwGH, wie es aussieht, aber nur mit einer Grobkontrolle; wer vollen Rechtsschutz will, muss daher nach dem VfGH auch noch den VwGH anrufen. Hinzu kommt, dass der VfGH von seiner Vorlagepflicht nur sehr restriktiv Gebrauch machen und die Beschwerdeverfahren anscheinend zudem für die Rechtsbereinigung nützen will, die dem konkreten Beschwerdeführer nichts bringt, sein Rechtsschutzverfahren also aufhält. Immerhin verhindert diese Bereinigung aber die Anwendung unionsrechtswid-

<sup>32</sup> Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964, mit dem Bestimmungen des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 über Staatsverträge abgeändert und ergänzt werden, BGBl 59/1964.

<sup>33</sup> RV 229 BlgNR XIV. GP 1, 19 f und RV 230 BlgNR XIV. GP, 1.

<sup>34</sup> AB 858 und 859 BlgNR XIV. GP.

<sup>35</sup> BGBl 590/1978 und 591/1978.

<sup>36</sup> BGBl I 2/2008.

riger Normen für die Zukunft, und sie kann auch zur allgemeinen Rechtssicherheit und -klarheit beitragen. Nicht ausgeschlossen ist allerdings auch, dass die Aufhebung einer unionsrechtswidrigen Norm aufgrund der sehr verschiedenen Korrekturkulturen des B-VG und des Unionsrechts eine eher verwirrende Rechtslage hinterlässt.

Der VwGH verliert durch das Charta-Erkenntnis weniger als es auf den ersten Blick scheint; wenn er das Vorbringen, in einem konstitutionalisierten Charta-Recht verletzt zu sein, rechtsschutzfreundlich vom Beschwerdepunkt in die Beschwerdegründe verschiebt, kann er im Wesentlichen weitermachen wie bisher. Der VfGH gewinnt durch das Charta-Erkenntnis zwar an Mitsprache in Charta-Fragen, aber weder spricht er hier das einzige noch das letzte Wort. So wenig er schon bisher ein Grundrechtsmonopolist war, so wenig ist er das durch das Charta-Erkenntnis geworden. Seine Mitsprache hat zudem einen Preis: Der VfGH muss unklare Fragen entweder selbst dem EuGH vorlegen, oder er muss damit rechnen, dass alle anderen Gerichte das an seiner Stelle tun und so unter Umständen gemeinsam mit dem EuGH Entscheidungen des VfGH korrigieren. Dass andere Gerichte Normen als chartawidrig beim VfGH anfechten statt dem EuGH eine Auslegungsfrage vorzulegen, ist zwar möglich, aber nicht allzu wahrscheinlich. Eher ist zu erwarten, dass die Gerichte wie bisher nur Normen anfechten, gegen die sie „echte“ verfassungsrechtliche Bedenken haben. So wird der VfGH sein Fallmaterial für die Prüfung chartawidriger Normen in erster Linie aus Bescheidbeschwerdeverfahren rekrutieren, deren Erledigungen allerdings durch den VwGH hinterfragt werden können.

Das sieht nach viel Mühe für wenig Ertrag aus. Doch muss man zugeben, dass das Charta-Erkenntnis wesentlich ergiebiger würde, wenn die Gesetzesbeschwerde eingeführt wird, auf die sich der Verfassungsausschuss kurz vor Zustellung des Charta-Erkenntnisses geeinigt hat.<sup>37</sup> Denn wenn jeder Bürger nach jedem Erkenntnis des OGH und VwGH den VfGH anrufen und geltend machen kann, auf ihn sei ein verfassungswidriges Gesetz angewendet worden, erhält der VfGH ein gewaltiges Fallmaterial für Charta-Prüfungen. Er ist dann weder auf eine Anfechtung durch die Gerichte angewiesen, noch braucht er sich der Konkurrenz durch den EuGH zu stellen, den der Bürger ja anders als die Gerichte nicht alternativ anrufen kann. Der VfGH könnte dann allenfalls auf Fallzufuhr aus Beschwerdeverfahren nach Art 144 B-VG verzichten, dessen Streichung schon vorgeschlagen wird<sup>38</sup>, mit dem Nebeneffekt, dass es dann keine verfassungsgerichtlichen Entscheidungen über die Charta-Konformität von Bescheiden mehr gäbe, die der VwGH im Ergebnis revidieren kann. Hebt der VfGH ein Gesetz aufgrund einer Gesetzesbeschwerde als verfassungswidrig auf, müsste das höchstgerichtliche Verfahren wieder eröffnet und auf Basis der neuen Rechtslage erledigt werden. Unter diesen Voraussetzungen ließe sich dann zwar noch immer nicht sagen, dass der VfGH ein Monopol auf Grundrechtsfragen hat, er hätte aber doch das letzte Wort: Könnte es sein, dass dies und nicht das geltende B-VG das „Konzept der Bundesverfassung“ war, das dem VfGH im Charta-Erkenntnis vor Augen stand?

<sup>37</sup> Parlamentskorrespondenz Nr 352 vom 02.05.2012; das Charta-Erkenntnis wurde zwei Tage später bekanntgemacht, s die Pressemitteilung des VfGH vom 04.05.2012. Vgl dann auch IA 2031/A und 2032/A 24. GP.

<sup>38</sup> IA 2032/A 24. GP Z 20.

## Verwendete Literatur

- Griss*, Die Grundrechte in der zivilrechtlichen Rechtsprechung in Österreichische Juristenkommission (Hg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 54.
- Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, 2011.
- Müller*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Europäische Grundrechtecharta, ÖJZ 2012, 159.
- Potacs*, VfGH und Anwendungsvorrang, ZfV 2001, 756.
- Ratz*, Grundrechtsschutz durch den Obersten Gerichtshof in Strafsachen in FS Steininger (2003) 109.
- Thienel*, Anwendungsvorrang und Präjudizialität im amtswegigen Normprüfungsverfahren vor dem VfGH, ZfV 2001, 342.

## JusPortal.at

---



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...