

150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger

herausgegeben von

Dr. Franz Merli

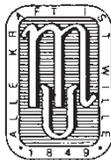
Universitätsprofessor

Dr. Magdalena Pöschl

Universitätsprofessorin

Dr. Ewald Wiederin

Universitätsprofessor



Wien 2018

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor*; [Titel] in *Merli/Pöschl/Wiederin* (Hrsg), 150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (2018) [Seite]

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 ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-07530-9

© 2018 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Franz Merli

Die Zukunft des Staatsgrundgesetzes*)

- I. Inhaltliche Verdrängung durch andere Grundrechte?
 - A. Vergleichsgrundlage und -zeitpunkt
 - B. Vergleichsgesichtspunkte: Reichweite und Intensität des Schutzes
 - C. Vergleichsergebnis: Teilweise exklusiver und stärkerer Schutz durch das StGG
- II. Geltungsverlust durch Derogation?
 - A. Unanwendbarkeit
 - B. Implizite Derogation durch Neukodifikation
 - C. Derogation als Konfliktlösung
 - D. Kumulation als bessere Lösung
- III. Verdrängung durch Unionsrecht
- IV. Verbliebene Bedeutung

Das Staatsgrundgesetz hat eine große Vergangenheit. Nun hat es auch, wenn schon keine bestimmte Theorie,¹⁾ so doch eine eigene Dogmatik.²⁾ Aber hat es auch eine Zukunft? Wurde es nicht längst durch neuere Grundrechtsverbürgungen überlagert, vielleicht sogar außer Kraft gesetzt, jedenfalls aber durch den Wandel der Gesellschaft seit dem 19. Jahrhundert und den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union funktionslos?³⁾

Für eine Antwort geht es im Folgenden um das inhaltliche Verhältnis des StGG zu anderen Grundrechten (I.), seine mögliche Derogation durch andere verfassungsgesetzliche Rechte (II.), seine Verdrängung durch Unionsrecht (III.) und seine verbliebene Bedeutung (IV.)

I. Inhaltliche Verdrängung durch andere Grundrechte?

A. Ausgangspunkt: Vergleichsgrundlage und -zeitpunkt

Wer die Rechte des Staatsgrundgesetzes mit späteren Verbürgungen vergleichen will, stößt gleich auf Schwierigkeiten, bei der Vergleichsgrundlage wie beim Vergleichszeitpunkt.

*) Für Hilfe bei den Recherchen danke ich *Philipp Mörth* und besonders *Florian Sebastian Werni*.

¹⁾ „Theoretisch sind dem Staatsgrundgesetz jedenfalls keine Grenzen gesteckt“, fasst *Manfred Stelzer*, in diesem Band, 32, seine Überlegungen zusammen.

²⁾ *Magdalena Pöschl*, in diesem Band, 33 ff.

³⁾ Vgl *Stelzer*, in diesem Band, 20 und 26 f.

Zum einen wäre es in den meisten Fällen wenig aussagekräftig, die bloßen Normtexte zu vergleichen; ohne weitere Information lässt sich nicht sagen, was Sätze wie „Das Eigentum ist unverletzlich“ bedeuten. Wir müssen also berücksichtigen, was die Judikatur in 150 Jahren aus dem StGG und später auch aus den anderen Grundrechten, mit denen wir es vergleichen wollen, gemacht hat, was sie herausgelesen, hineingelesen und hinzugedacht hat, aber auch, dass sie oft innerhalb allgemeinerer Garantien unterscheidbare Einzelrechte entwickelt hat. Wo Rechtsprechung fehlt oder selbst unklar ist, können wir uns mit Aussagen der Lehre, Annäherungen und Vermutungen behelfen.

Weil der Inhalt des StGG und auch jener der anderen Grundrechte von der Rechtsprechung abhängt und sich damit im Lauf ihrer Geltung verändern kann, stellt sich auch die Frage nach dem Vergleichszeitpunkt. Ich gehe im Folgenden vom Stand der Dinge hier und heute aus. Für die Klärung von Derogationsproblemen mag anderes gelten; dazu später unter II.

B. Vergleichsgesichtspunkte: Reichweite und Intensität des Schutzes

Grundrechte haben viele Eigenschaften. Sie lassen sich zusammenfassen in Reichweite und Intensität des Schutzes.

Die Reichweite beschreibt, welche Sachverhalte vom jeweiligen Grundrecht erfasst werden. Das hängt von seinem sachlichen und persönlichen Schutzbereich ab, aber auch davon, was als Eingriff gilt, wen das Grundrecht verpflichtet, damit also auch von einer allfälligen unmittelbaren Drittwirkung, und ob es (auch) positive Handlungspflichten enthält.

Daher gibt es trivialerweise vier Möglichkeiten: Die Reichweite eines anderen Grundrechts kann größer, gleich groß oder kleiner als die der jeweiligen StGG-Bestimmung sein; und sie kann größer und kleiner zugleich sein; dann liegt eine Überlappung vor.

Viele neuere Grundrechte reichen weiter als die Gewährleistungen des StGG. ZB reicht der Schutz, den die EMRK in Art 11 der Versammlungsfreiheit oder in Art 8 dem Fernmeldegeheimnis gewährt, weiter als jener nach Art 12 und Art 10a StGG, ua weil nach der EMRK die Versammlungsfreiheit auch Ausländern zusteht und dem Schutz der Privatsphäre nicht nur Inhaltsdaten, sondern auch Verbindungsdaten unterliegen⁴).

Grundrechte mit kleinerer oder gleich großer Reichweite wie jene des StGG sind dagegen nicht leicht zu finden. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art 7 Abs 1 B-VG lautet zwar fast gleich wie Art 2 StGG, reicht aber weniger weit, weil er durch die speziellen Gleichheitsgewährleistungen des restlichen Art 7 B-VG stärker verdrängt wird als Art 2 StGG durch Art 3, 14 Abs 2 und 19 Abs 2 und 3 StGG;⁵) und er reicht auch weiter, wenn man die nichtvergleichende

⁴) So jedenfalls *Ewald Wiederin*, Schutz der Privatsphäre, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) § 10 Rz 115 ff; aA *Walter Berka*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1428.

⁵) Vgl aber *Robert Walter*, Gleichheitsgrundsatz und Schadenersatzrecht, ZVR 1979, 33 (34): „Legt man der Formulierung des Art 7 B-VG die Judikatur des Reichsge-

Gleichheit (also etwa das allgemeine Sachlichkeitsgebot und das Willkürverbot) als Spezifikum des B-VG betrachtet.⁶⁾ Bei genauerem Hinsehen handelt es sich also eher um eine Überlappung.

Die Überlappung ist denn auch der häufigste Fall: ZB reicht Art 66 Abs 2 StV St. Germain weniger weit als Art 3 StGG, denn Art 66 Abs 2 StV St. Germain enthält ein Verbot, bei der Zulassung zu öffentlichen Ämtern nach der Religionszugehörigkeit oder dem Bekenntnis zu unterscheiden, garantiert aber nicht wie Art 3 StGG insgesamt die gleiche Zugänglichkeit der öffentlichen Ämter; andererseits schützt Art 66 Abs 2 StV St. Germain vor Diskriminierungen beim „Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte“ allgemein und im Besonderen bei der Zulassung zu öffentlichen Stellungen und Würden⁷⁾ oder bei den verschiedenen Berufs- und Erwerbstätigkeiten. Die Reichweite des Eigentumsrechts ist nach der EMRK kleiner als nach dem StGG, weil die EMRK staatliches Eigentum nicht umfasst,⁸⁾ und größer, weil sie auch öffentlich-rechtliche Vermögenspositionen schützt⁹⁾.

Die Schutzintensität ist schwerer zu beschreiben, weil sie sich auf mehreren Ebenen zeigen kann: als Verbot von allen Eingriffen, von Eingriffen durch Sonderregeln oder ein Verbot ganz bestimmter Eingriffe, zB der Zensur; durch formelle oder materielle Gesetzesvorbehalte; durch ein höheres oder niedrigeres Bestimmtheitsniveau der geforderten gesetzlichen Ermächtigung; in einer taxativen Aufzählung der möglichen Beschränkungsgründe oder Offenheit gegenüber jedem öffentlichen Interesse; in strengeren oder weniger strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen; durch besondere Schutzvorkehrungen in Verfahren und Organisation, etwa Richtervorbehalte. In jedem dieser Punkte kann

rechts zugrunde, so wäre freilich eher von einer Ausdehnung [des Art 2 StGG – F.M.] zu sprechen. Denn außer den Standesvorrechten waren nun auch Vorrechte aus bestimmten anderen Gründen explizit ausgeschlossen.“ Ähnlich zum Teilhabecharakter von Art 3 StGG *Pöschl*, in diesem Band, 40.

⁶⁾ Letzteres ist nicht klar: Von einem „aus Art 7 B-VG entwickelten allgemeinen Sachlichkeitsgebot“ spricht *Michael Holoubek*, Art 7/1 S 1, 2, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2018) Rz 128; *Magdalena Pöschl*, Gleichheitsrechte, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) § 14 Rz 12, leitet ein nichtkomparatives Gebot der Achtung von Menschen vor allem aus Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG ab; die hier gestellte Frage wird aber von beiden nicht explizit behandelt.

⁷⁾ Zur damit bewirkten Erweiterung gegenüber den bloßen öffentlichen Ämtern *Markus Vašek*, Art 66 StV von St. Germain, in Benjamin Kneihls/Georg Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (21. Lfg 2018) Rz 14; vgl auch *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Art 3 StGG, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001) Rz 1 mwN; *dies*, StV St. Germain Art 66/2, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Rz 4.

⁸⁾ *Hans-Joachim Cremer*, Eigentumschutz, in Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg), EMRK/GG. Konkordanzkommentar² (2013) Rz 41, unter Verweis auf EGMR 23.11.2000, The Former King of Greece/Griechenland (GK), Nr 25701/94, Rz 51 ff.

⁹⁾ *Karl Korinek*, Art 1 1. ZPEMRK, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Rz 5.

ein späteres Grundrecht weniger, gleich viel oder mehr Schutz bieten als das StGG. Daher muss das Schutzniveau des einen Grundrechts nicht pauschal höher, gleich oder niedriger sein als jenes eines anderen, das dieselben Sachverhalte erfasst, sondern kann eben je nach Punkt unterschiedlich ausfallen.

So darf die Auswanderungsfreiheit für Inländer nach Art 4 Abs 3 StGG „nur durch die Wehrpflicht beschränkt“ werden,¹⁰⁾ nicht aber zu den relativ weit umschriebenen Zwecken des Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK. Soweit es allerdings um Abfahrtsgelder geht, bietet Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK stärkeren Schutz.¹¹⁾

Art 13 StGG schützt die Presse stärker als Art 10 EMRK, weil das StGG als Eingriffsgrundlage ein Parlamentsgesetz¹²⁾ statt nur eine allgemein zugängliche Regel¹³⁾ verlangt; es schützt die Presse schwächer, weil der Gesetzesvorbehalt des StGG nur formeller Natur ist und damit die Rechtfertigungsgründe weniger beschränkt als die EMRK;¹⁴⁾ es schützt sie wiederum stärker, weil es Zensur, ein Concessions-System und administrative Postverbote von vornherein ausschließt.

¹⁰⁾ Eingriffe sind jedoch darüber hinaus auch aus den in Art 2 Abs 1 PersFrG genannten Gründen zulässig: *Magdalena Pöschl*, Art 2 4. ZPEMRK, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2003) Rz 76 mwN.

¹¹⁾ *Magdalena Pöschl*, Art 4 StGG, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Rz 68; *dies* (FN 10) Rz 76 mwN. Bei fehlender Gegenseitigkeit schützt allerdings Art 4 StGG stärker, weil absolut.

¹²⁾ Die Gesetzesvorbehalte des StGG sollten ja ursprünglich nicht so sehr die Beschränkung der Grundrechte begrenzen, sondern nur die Macht dazu von der monarchischen Exekutive zum (teilweise) gewählten Parlament verschieben: *Erwin Melichar*, Der Schutz der Menschenrechte im Verfassungsrecht der Republik Österreich, in Österreichische Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974 (1974) 121 (123); *Stelzer*, in diesem Band, 23. Das geht nur mit der Bindung an parlamentarische Gesetze.

¹³⁾ Vgl EGMR 10.11.2005, Şahin/Türkei (GK), Nr 44774/98, Rz 88: “[T]he Court observes that it has always understood the term ‘law’ in its ‘substantive’ sense, not its ‘formal’ one; it has included both ‘written law’, encompassing enactments of lower ranking statutes (see *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, pp. 45–46, § 93) and regulatory measures taken by professional regulatory bodies under independent rule-making powers delegated to them by Parliament (see *Barthold v. Germany*, judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, pp. 21–22, § 46), and unwritten law. ‘Law’ must be understood to include both statutory law and judge-made ‘law’ (see, among other authorities, *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 30, § 47; *Kruslin*, cited above, pp. 21–22, § 29 *in fine*; and *Casado Coca v. Spain*, judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A, p. 18, § 43).” (Hervorhebungen im Original). Innerstaatlich ist freilich auch Art 18 Abs 1 B-VG zu berücksichtigen.

¹⁴⁾ Das ist allgemeine Meinung, aus der Rechtsprechung lässt es sich aber kaum belegen. Es gibt vielmehr Entscheidungen, die die Rechtfertigungsgründe der EMRK uferlos erscheinen lassen, und andere, die auch bei formellen Gesetzesvorbehalten nicht jeden Rechtfertigungsgrund durchgehen lassen: vgl EGMR 1.7.2014, S.A.S./Frankreich (GK), Nr 43835/11, Rz 113 ff, 121 f, und VfSlg 17.819/2006, beides allerdings keine glücklichen Entscheidungen. Zu Ansätzen eines materiellen Verständnisses der Gesetzesvorbehalte schon in der Monarchie *Michael Potacs*, in diesem Band, 60 ff, 66.

C. Vergleichsergebnis: Teilweise exklusiver und stärkerer Schutz durch das StGG

Ein vollständiger und systematischer Überblick kann hier nicht geleistet werden, und ohne Vereinfachungen geht es auch nicht. Aber schon ein exemplarischer Vergleich zwischen den StGG-Rechten und nachfolgenden Grundrechten zeigt ein relativ klares Bild: Bei der Reichweite des Schutzes ist es meist zu Verdoppelungen sowie sachlichen und persönlichen Erweiterungen gekommen. Nach wie vor gibt es aber einzelne Bereiche, die nur vom StGG geschützt werden. Dazu gehören aus

- der Aufenthalt und die Freizügigkeit der Staatsbürger in Österreich unterhalb der Schwelle der von der EMRK geschützten Wohnsitznahme (Art 6 StGG) und die Freizügigkeit des Vermögens (Art 4 Abs 1 StGG);¹⁵⁾
- die Freiheit von Zahlungspflichten, die über Steuern, sonstige Abgaben oder Geldstrafen iSd Art 1 1. ZPEMRK hinausgehen, also zB von Zahlungen an andere Private;¹⁶⁾ die wirtschaftliche Vertragsfreiheit („Privatautonomie“), soweit sie nicht die Nutzung von (eigenem) Eigentum oder die Verfügung darüber betrifft;¹⁷⁾ das Vermögen juristischer Personen öffentlichen Rechts¹⁸⁾ (Art 5 StGG);
- der Erwerb von Sachen, soweit er nicht ohnehin unter die Erwerbsfreiheit fällt, sei es unter dem Titel des Eigentums oder, bei Grundstücken, der Liegenschaftsfreiheit (nach Art 6 StGG);¹⁹⁾

¹⁵⁾ Pöschl (FN 10) Rz 75; dies (FN 11) Rz 47.

¹⁶⁾ ZB VfSlg 13.432/1993, 13.465/1993, 14.207/1995 zu bescheidförmigen Verpflichtungen, Schadenersatz zu leisten. Vgl dagegen Wolfgang Peukert, Artikel 1 des 1. ZP (Schutz des Eigentums), in Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2009) Rz 75: Die Einziehung von Kirchensteuer unter Zuhilfenahme staatlicher Zwangsgewalt ist kein Eingriff in Art 1 1. ZPEMRK.

¹⁷⁾ Siehe va VfSlg 12.227/1989: Verpflichtung zum Abschluss von Verträgen über die Bevorratung von Erdöl als Eigentumseingriff; vgl dazu Richard Novak, Die Eigentumsgarantie – Neue Aspekte, alte Fragen, in FS Pernthaler (2005) 255 (257 f); Ewald Wiederin, Die Unverletzlichkeit des Eigentums: Metamorphosen einer verfassungsgesetzlichen Gewährleistung, in FS Rill (2010) 273 (290 f). Der VfGH spricht in dieser Entscheidung pauschal vom Eigentum „gemäß Art 5 StGG und Art 1 des (Ersten) Zusatzprotokolls zur MRK“; in Van der Mussele/Belgien, 23.11.1983, Nr 8919/80, Rz 49, verneint der EGMR jedoch einen Eingriff in Art 1 1. ZPEMRK durch die Verpflichtung eines Rechtsanwalts zur unentgeltlichen Übernahme der Vertretung seines mittellosen Mandanten. Siehe auch FN 19 und 21.

¹⁸⁾ Das gilt nicht nur, wenn der Staat als Privatrechtsträger agiert und ihm Pflichten auferlegt werden, die auch Privatpersonen treffen können (zB VfSlg 9720/1983, 10.305/1984, 11.828/1988, 13.234/1992, 19.102/2010), sondern auch bei öffentlich-rechtlichen Pflichten, die unmittelbar im Zusammenhang mit seinen Verwaltungsaufgaben stehen (zB VfSlg 9520/1982, 11.575/1987, 16.105/2001, 17.086/2003, 18.257/2007); Zweifel äußert der VfGH allerdings in VfSlg 18.606/2009. Keinen Eigentumsschutz für den Staat gewährt der EGMR: Cremer (FN 8) Rz 56 ff.

¹⁹⁾ ZB bei Versagungen der Genehmigung des Grunderwerbs gegenüber dem Käufer: VfSlg 18.803/2009 mwN (das Verkaufen ist dagegen eine offensichtliche Eigentümerbefugnis); weiters zB VfSlg 15.575/1999: Erwerb von Zeitungen im Gefängnis. Zu Art 1 1. ZPEMRK grundlegend EGMR 13.6.1979, Marckx, Nr 6833/74, Rz 50 und Cre-

- natürlich die Erwerbstätigkeit,²⁰⁾ auch wenn die EGMR-Rechtsprechung mittlerweile verschiedene Aspekte davon unter Art 8, 10 und Art 1 1. ZPEMRK erfasst;²¹⁾
- der Status der anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften (Art 15 StGG) als Kern des Religionsverfassungsrechts,²²⁾ und ihr Religionsunterricht an der öffentlichen Schule (Art 17 Abs 4 StGG);²³⁾
- als Gegenpol die Religionsfreiheit aller gegenüber Kirchen und anderen Privaten, wenn man Art 14 Abs 3 StGG als unmittelbar drittwirkendes Verbot verstehen kann;²⁴⁾
- Gründung und Betrieb von Privatschulen,²⁵⁾ möglicherweise auch der häusliche Unterricht²⁶⁾ (Art 17 Abs 2 und 3 B-VG);
- die wissenschaftliche und künstlerische Produktion, wenn und soweit sie von den Kommunikationsrechten des Art 10 EMRK nicht erfasst wird,²⁷⁾

mer (FN 8) Rz 30: „Unter Eigentum i.d.S. ist [...] das Erworbenene und nicht die Erwerbsaussicht zu verstehen. Diese Aussage gehört zum Grundbestand der st.Rsp. des EGMR.“ Siehe allerdings FN 21.

²⁰⁾ Zum zentralen wirtschaftlichen Grundrecht musste Art 6 StGG freilich erst werden, auch zu Lasten des dafür vielleicht näherliegenden Art 18 StGG, denn nach Wortlaut („an jedem Orte des Staatsgebietes [...] jeden Erwerbszweig ausüben“), systematischer Stellung und Absicht ging es in Art 6 StGG zunächst eher um eine Art Binnenmarktfreiheit in der österreichischen Reichshälfte: *Christoph Bezemek*, Die Erwerbsfreiheit im StGG – Schutzgegenstand und Stellung, JBl 2014, 477 (483 ff).

²¹⁾ *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 623, 625 ff; und zB EGMR 16.10.2008, Kyriakides/Zypern, Nr 39058/05, Rz 49.

²²⁾ Die Ausgestaltung des Religionsverfassungsrechts lässt die EMRK weitgehend offen: *Christoph Grabenwarter*, Art 9 EMRK, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2003) Rz 7.

²³⁾ Das Recht auf Bildung (Art 2 1. ZPEMRK) schützt ua die religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen der Eltern, gewährt aber Kirchen und Religionsgesellschaften keine Ansprüche; vgl dazu *Karl Spielbüchler*, Grundrecht auf Bildung, in Rudolf Machacek/Willibald Pahr/Gerhard Stadler (Hrsg) Grund- und Menschenrechte in Österreich. Band II (1992) 149 (168 f).

²⁴⁾ Vgl *Pöschl*, in diesem Band, 48.

²⁵⁾ Ob sich ein solches Recht auch aus der EMRK ableiten lässt, ist nicht klar: *Birgit Peters*, Art 2 1. ZPEMRK, in Benjamin Kneihns/Georg Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (11. Lfg 2013) Rz 21; *Grabenwarter/Pabel* (FN 21) 354 f mwN. Falls doch, dürfte der Schutz durch das StGG stärker sein, weil er Eingriffe nur zur Gewährleistung der Befähigung zulässt und ein Konzessionssystem verbietet: *Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1490 mwN.

²⁶⁾ Dieser könnte freilich auch durch Art 8 EMRK gewährleistet sein: vgl *Spielbüchler* (FN 23) 167.

²⁷⁾ Das ist allerdings nicht klar: *Thomas Kröll*, Art 17 Abs 1, 5 StGG, in Benjamin Kneihns/Georg Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (13. Lfg 2014) Rz 161; *Stefan Hammer*, Art 17/1 StGG, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (12. Lfg 2016) Rz 11, 55; *Grabenwarter/Pabel* (FN 21) 388, 392, 427 f; *Birgit Daiber*, Art 10 EMRK, in Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar⁴ (2017) Rz 20 f, 60 f; jeweils mwN.

und die wissenschaftsadäquate Organisation der öffentlichen Universitäten²⁸⁾ (Art 17, 17a B-VG);

- schließlich das Petitionsrecht (Art 11 StGG) als vergessene Grundlage politischer Mitwirkung²⁹⁾ und die Rechte der Volksstämme (Art 19 StGG)³⁰⁾ als schlafende Schönheiten, die jederzeit aufwachen könnten.

In den überlappenden Bereichen gewährt das StGG in mancher Hinsicht stärkeren Schutz als nachfolgende Grundrechte:

- weil es bestimmte Eingriffe unabhängig von gerichtlichen Abwägungen ausdrücklich verbietet, etwa ein Konzessionssystem und administrative Postverbote für die Presse (Art 13 Abs 2), einen Befähigungsnachweis für den häuslichen Unterricht (Art 17 Abs 3) oder, schwächer formuliert, die Pflicht zur Erlernung einer zweiten Landessprache in der Schule (Art 19 Abs 3);
- weil es andere Eingriffe beschränkt, indem es sie an Bedingungen knüpft, wie Abfahrtsgelder an die Gegenseitigkeit (Art 4 Abs 4), oder indem es nur bestimmte Eingriffsgründe zulässt, wie die Wehrpflicht bei der Auswanderungsfreiheit (Art 4 Abs 3) oder die Befähigung bei den Privatschulen (Art 17 Abs 2). Grundsätzlich müssen auch die vorbehaltlosen Gewährleistungen hierher gezählt werden, weil sie keine „intentionalen“ Eingriffe erlauben. Allerdings wird das nicht bei allen Grundrechten, die keine gesetzliche Beschränkungsmöglichkeit erwähnen, gleich gehandhabt;³¹⁾ auch dort, wo die Formel anerkannt ist (Art 17, 17a StGG), besteht Uneinigkeit, was sie bedeutet;³²⁾ und im Ergebnis muss der Prüfungsmaßstab nicht strenger sein als jener der EMRK-Rechte.
- weil es in einigen Fällen besondere Organisations- und Verfahrensgarantien vorsieht, nämlich die Richtervorbehalte für Eingriffe in Brief- und

²⁸⁾ *Kröll* (FN 27) Rz 91 mwN.

²⁹⁾ *Karl Korinek*, Das Petitionsrecht im demokratischen Rechtsstaat (1977); *Ulrich Zellenberg*, Parlamentarische Rechtsetzung und Lobbyismus: Der rechtliche Rahmen, in Georg Lienbacher/Erich Pürgy (Hrsg), Parlamentarische Rechtsetzung in der Krise (2015) 47 (50 ff).

³⁰⁾ Zu ihrer möglichen Derogation und Einschränkungen etwa bei Art 19 Abs 2 und 3 durch Art 8 B-VG unten FN 53. Inhaltlich gehen hier vor allem die fehlende Beschränkung auf bestimmte Volksgruppen sowie die kollektive und leistungsrechtliche Dimension über andere Gewährleistungen hinaus: *Walter Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 1020; *Dieter Kolonovits*, Rechte der Minderheiten, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) § 21 Rz 10 ff mwN; *Pöschl*, in diesem Band, 40.

³¹⁾ Vgl zB zu Art 4 StGG VfSlg 13.097/1992 und *Pöschl* (FN 11) Rz 44; zu Art 18 StGG zB VfSlg 18.711/2009 und *Berka* (FN 30) Rz 699.

³²⁾ ZB bei der Wissenschaftsfreiheit: Eingriffe nur zulässig zugunsten verfassungsrangiger Rechtsgüter – *Kröll* (FN 27) Rz 124 mwN; Verbot nur von Eingriffen, die einzig in der Intention erlassen werden, die Wissenschaft zu beschränken – *Manfred Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991) 269 ff; *Iris Eisenberger*, Innovation im Recht (2016) 195 ff, beide mwN – oder die die Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft antasten – *Hammer* (FN 27) Rz 56.

Fernmeldegeheimnis (Art 10, 10a StGG) und, als Folge der Integration des Gesetzes zum Schutze des Hausrechtes in Art 9 Abs 2 StGG, bei Hausdurchsuchungen nicht nur den Richtervorbehalt,³³⁾ sondern auch zB Rechte der Betroffenen, Ermächtigungen zu sehen und Bescheinigungen ausgestellt zu bekommen³⁴⁾. (Der Verweis auf die Ausgestaltungsgesetze in Art 12 StGG schützt dagegen, weil er an ihrem einfachgesetzlichen Rang nichts ändert, vor dem Gesetzgeber nicht mehr als andere Vorbehalte, und gegen die Vollziehung verlagert er den Schutz für die Einhaltung der einfachgesetzlichen Ausgestaltungsvorschriften – oder, nach der neuen Judikatur, ihrer zentralen Elemente³⁵⁾ – nur vom VfGH zum VfGH.) Insgesamt bleibt somit gar nicht so wenig vom StGG.

II. Geltungsverlust durch Derogation?

Glaukt man dem RIS, den gängigen Gesetzessammlungen, den Höchstgerichten, Lehrbüchern und Kommentaren, ist das StGG geltendes Recht. Allerdings gibt es einige Ausnahmen, und eine Derogation einzelner seiner Vorschriften durch nachfolgende Grundrechte wird auch über die anerkannten Ausnahmen hinaus immer wieder erwogen. Das sind aber meist tastende Mutmaßungen; ausführlichere Erörterungen habe ich nur zu Art 19 StGG gefunden.

Klar ist zunächst, dass Art 1 StGG zwar nicht formal aufgehoben wurde, aber seine Geltung gem § 1 ÜG 1920 und 149 Abs 1 B-VG verloren hat, weil die darin geregelte Staatsbürgerschaft mit der Stammfassung von Art 6 B-VG in Widerspruch stand; ebenso Art 4 Abs 2 StGG wegen Widerspruchs zur Gemeindevahlrechtsregelung des Art 119 Abs 2 B-VG 1920;³⁶⁾ und dass Art 8 StGG durch Art 8 Abs 2 BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit (BGBl 1988/684) und Art 20 StGG durch Art 149 Abs 2 B-VG aufgehoben wurde.

Nicht ganz so klar ist die Wirkung des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. 10. 1918 (StGBI 1918/3). Er hebt „jede Zensur“, „die bisher verfügten Einstellungen von Druckschriften und Postverbote“ und „die Ausnahmsverfügungen betreffs des Vereins- und Versammlungsrechtes“ ausdrücklich auf. Dass dazu nicht nur verfügte Beschränkungen, sondern auch Beschränkungsermächtigungen des StGG oder sogar sein Art 16 gehören sol-

³³⁾ Nach der EMRK ist eine richterliche Zustimmung nicht unbedingt erforderlich: *Ewald Wiederin*, Art 8 EMRK, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (5. Lfg 2002) Rz 117.

³⁴⁾ Zu den Sonderrechten nach dem HausrechtsG *Harald Stolzlechner*, Schutz des Hausrechtes, in Rudolf Machacek/Willibald Pahr/Gerhard Stadler (Hrsg) Grund- und Menschenrechte in Österreich. Band II (1992) 303 (329 f).

³⁵⁾ Dazu zB *Mathis Fister*, Der Grundrechtseingriff bei der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, ZÖR 2012, 501; *Johannes Hengstschläger*, Vereins- und Versammlungsfreiheit – Ausführungs- oder Eingriffsvorbehalt? in FS Holzinger (2017) 325; *Christoph Grabenwarter*, Verhältnismäßig einheitlich: Die Gesetzesvorbehalte des StGG 1967 im Wandel, JBl 2018, 417 (421 f).

³⁶⁾ So auch VfSlg 15.063/1997.

len,³⁷⁾ liegt nicht auf der Hand: Nach den Worten des Berichterstatters ging es vielmehr um spezialgesetzliche Beschränkungen.³⁸⁾

Strittig sind schließlich Fälle materieller Derogation, allgemein wie für einzelne Gewährleistungen. Nach *Felix Ermacora* gehen bei gleichem Gewährleistungsgehalt die StGG-Rechte vor, weil die EMRK keine abschließende Regelung sei.³⁹⁾ *Berthold Moser* sagt das Gegenteil: Die neueren Grundrechte haben jene des StGG „im Wege der stillschweigenden Derogation außer Kraft gesetzt.“⁴⁰⁾ Für *Walter Berka* ist die Frage schwer und va nicht einheitlich entscheidbar.⁴¹⁾ Zu Art 2 StGG berichtet *Josef Azizi*: „Insb Art 7 B-VG. Diese Bestimmung hat wegen ihres gleichgerichteten normativen Sinngehalts dem (engeren) Gebot des Art 2 StGG derogiert (mdl Mitt *Rills*). AM jedoch die hL und Rsp“⁴²⁾. *Walter Berka* erwägt eine Derogation des Art 2 StGG durch die lex posterior des Art 7 Abs 1 B-VG, hält aber für fraglich, ob die generalklauselartig formulierten Grundrechtsbestimmungen nach diesen Grundsätzen zu behandeln sind, solange sie nicht in einem Widerspruch stehen.⁴³⁾ Nach *Christoph Bezemek* ist keine Derogation des Art 2 StGG anzunehmen.⁴⁴⁾ Die RV zur

³⁷⁾ ZB *Jens Budischowsky*, Anerkennung von Kirchen und Religionsgesellschaften, Verordnungserlassung und Säumnisbeschwerde, ÖJZ 1997, 401 (406 FN 62): „ME ist Art 16 StGG nicht erst mit dem StV v St Germain außer Kraft getreten: Die ProvNV hob durch den Beschluß v 30. 10. 1918 (StGBI 1918/3, gem Art 149 Abs 1 B-VG gilt der Beschluß als Verfassungsbestimmung) alle Ausnahmeverfügungen betreffend die Vereins- und Versammlungsfreiheit auf. Dieser Beschluß beseitigte nicht nur die durch den 1. Weltkrieg notwendig gewordenen Ausnahmeverfügungen auf dem Gebiet des Vereins- und Versammlungsrechts, vielmehr sollten damit alle diesbezüglichen Beschränkungen aufgehoben werden (*Hofer-Zent*, Die Versammlungsfreiheit, EuGRZ 1984, 358; *Gampl/Potz/Schinkele*, Österreichisches Staatskirchenrecht I [1990] 53 f). Nach der Lehre (*Tezner*, Versammlungsrecht, in ÖStWB IV 752) stellte Art 16 StGG eine lex specialis zu Art 12 StGG dar, er schränkte das Grundrecht der Versammlungsfreiheit ein. Er trat daher bereits mit 30. 10. 1918 außer Kraft.“ Fraglich ist hier auch, ob Art 16 StGG überhaupt eine Beschränkung – oder genauer: eine „Ausnahmeverfügung“ iSd Beschlusses – darstellt. Seiner Funktion nach wurde er als Beschränkung verstanden: *Felix Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 440; sein Wortlaut spricht aber nicht dafür. Dazu und zu einer möglichen materiellen Derogation durch Art 63 StV St. Germain unten bei FN 50 und 69.

³⁸⁾ ProvNV, StenProt 2. Sitzung vom 30.10.1918, 57 f.

³⁹⁾ *Ermacora*, Die Grundrechte in Österreich, in Karl August Bettermann/Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey (Hrsg), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Erster Band 1. Halbband (1966) 125 (140).

⁴⁰⁾ *Berthold Moser*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht. Zum Problem der Drittwirkung von Grundrechten (1972) 95.

⁴¹⁾ *Walter Berka*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstradition, ÖJZ 1979, 365, 428 (428).

⁴²⁾ *Josef Azizi*, Zum Verfassungsgebot der Wirtschaftsgebietseinheit und zu seiner wirtschaftspolitischen Tragweite. Eine Erörterung am Beispiel der Energiepolitik, ÖJZ 1985, 97 (102 FN 50).

⁴³⁾ *Berka* (FN 30) Rz 883; *ders*, Art 7 B-VG, in Benjamin Kneihls/Georg Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 2001) Rz 8.

⁴⁴⁾ *Christoph Bezemek*, Gleichheitssatz, in Gregor Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 228 (230 FN 9); ohne nähere Begründung.

Genehmigung des 4. ZPEMRK meint, dass bestimmte Beschränkungsmöglichkeiten der Freizügigkeit nach Art 4 und 6 StGG durch Art 2 4. ZPEMRK als derogiert angesehen werden müssten.⁴⁵⁾ Zur Derogation des Art 5 StGG durch Art 1 1. ZPEMRK verweisen *Johannes Hengstschläger* und *David Leeb* sowie *Daniel Ennöckl* auf die ablehnende Haltung des VfGH.⁴⁶⁾ *Theo Öhlinger* und *Harald Eberhard* berichten auch von dieser Praxis, „obwohl eine partielle materielle Derogation dieser Bestimmung durch Art 1 1. ZPEMRK anzunehmen ist.“⁴⁷⁾ Nach *Friedrich Koja* ist von einer Derogation des Art 12 StGG durch Art 11 EMRK auszugehen;⁴⁸⁾ *Michael Potacs* verneint das unter Hinweis auf nicht näher genannte günstigere Gewährleistungen des Art 12 StGG.⁴⁹⁾ Relativ einig ist die Lehre, dass Art 16 StGG nicht mehr gilt; meist wird Art 63 Abs 2 StV St. Germain als Grund genannt.⁵⁰⁾ Art 19 StGG ist für *Ludwig Adamovich* nicht mehr anwendbar.⁵¹⁾ Nach Auffassung des VfGH wurde ihm durch Art 66, 67, 68 StV St. Germain und durch Art 8 B-VG materiell derogiert.⁵²⁾ Viele Autoren, zB *Franz Sturm*, *Theo Öhlinger*, *Walter Berka*, *Dietmar Bachmann* und *Dieter Kolonovits*, glauben das nicht.⁵³⁾ *Felix Ermacora* beschränkt eine Derogation auf Art 19 Abs 2 StGG.⁵⁴⁾

⁴⁵⁾ RV 1202 BlgNR 11. GP 7.

⁴⁶⁾ *Johannes Hengstschläger/David Leeb*, Grundrechte² (2013) 130; *Daniel Ennöckl*, Der Status der Ausländer, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) § 5 Rz 33.

⁴⁷⁾ *Theo Öhlinger/Harald Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 867.

⁴⁸⁾ *Friedrich Koja*, Der Gesetzesvorbehalt am Beispiel der Vereins- und Versammlungsfreiheit, JRP 1997, 167 (172).

⁴⁹⁾ *Michael Potacs*, Recht auf Zusammenschluss, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) § 17 Rz 6.

⁵⁰⁾ *Ermacora* (FN 37) 440 f; *Herbert Kalb/Richard Potz/Brigitte Schinkele*, Religionsrecht (2003) 50; *Karl Schwarz*, Eine kultusrechtliche Quadratur des Kreises? Anmerkungen zur gesetzlichen Anerkennung der Herrnhuter Brüderkirche im Jahre 1880, öarr 2003, 481 (493); *Christoph Grabenwarter*, Art 16 StGG, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Rz 3; *Christian Kopetzki*, Muss Forschung „ethisch vertretbar“ sein? in FS Mayer (2011) 253 (256 FN 21); *Georg Lienbacher*, Religiöse Rechte, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) § 12 Rz 15; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* (FN 25) Rz 1448; *Berka* (FN 4) Rz 1431; *Öhlinger/Eberhard* (FN 47) Rz 938. Zurückhaltender *Stefan Schima*, Die Entfaltung der Religionsfreiheit in Österreich von der Dezemberfassung bis heute. Einblicke in die letzten 150 Jahre, in Stephan Hinghofer-Szalkay/Herbert Kalb (Hrsg), Islam, Recht und Diversität (2018) 3 (29): „nicht mehr maßgeblich“.

⁵¹⁾ *Ludwig Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971) 564.

⁵²⁾ VfSlg 2459/1952 und zuletzt 18.451/2008. In früheren Entscheidungen ließ er dies mitunter auch offen (VfSlg 3509/1959, 9224/1981).

⁵³⁾ *Franz Sturm*, Minderheiten- und Volksgruppenschutz, in Rudolf Machacek/Wilfried Pahr/Gerhard Stadler (Hrsg) Grund- und Menschenrechte in Österreich. Band II (1992) 77 (87 f); *Theo Öhlinger*, Der Verfassungsschutz ethnischer Gruppen in Öster-

Um sich hier zurechtzufinden, helfen ein paar Vergewisserungen. Zunächst gilt es, drei Situationen zu unterscheiden: die Unanwendbarkeit einer Norm, weil ihre Tatbestandsvoraussetzungen faktisch nicht (mehr) erfüllt werden; die implizite Aufhebung einer Norm durch eine abschließende Neuregelung; und der Geltungsverlust einer Norm als Folge eines inhaltlichen Konflikts mit einer anderen.

A. Unanwendbarkeit

Dass eine Norm unanwendbar geworden ist, weil kein Sachverhalt mehr existiert, auf den sie angewendet werden könnte, ändert (jedenfalls im innerstaatlichen Recht) nichts an ihrer Geltung, hat also mit Derogation nichts zu tun.⁵⁵⁾ Die Geltung von Art 19 StGG hängt daher nicht davon ab, ob es heute noch „Volksstämme“ in Österreich gibt,⁵⁶⁾ wie auch Art 7 StGG geltendes Recht ist, obwohl keine Untertänigkeits- und Hörigkeitsverbände mehr existieren. Beide Vorschriften können bei Änderung der Umstände auch wieder Wirkung entfalten.

B. Implizite Derogation durch Neukodifikation

Geltungsverlust kann als implizite Aufhebung durch eine neuere Norm eintreten, wenn diese erkennen lässt, dass sie früheres Recht zum Thema beseitigen will, weil sie als abschließende Regelung zum Thema konzipiert ist.⁵⁷⁾ Die Beseitigung trifft dann regelmäßig alle früheren einschlägigen Normen auch außerhalb des Überlappungsbereichs und unabhängig davon, ob sie mit den neuen Normen in Konflikt stehen oder nicht. Der abschließende Charakter der Neuregelung versteht sich aber nicht von selbst, sondern muss jeweils interpretativ ermittelt werden. Die EMRK hat jedenfalls keinen abschließenden Charakter. Ihr Sinn ist die Garantie von Mindeststandards, nicht aber die Kodifizierung, Vereinheitlichung oder Bereinigung der innerstaatlichen Rechtslage. Eine implizite Aufhebung früherer Normen könnte daher nur mit der innerstaatli-

reich, in FS Kojka (1998) 373 f; *Berka* (FN 30) Rz 1020; *Dietmar Bachmann*, Migrationsminderheiten als künftige österreichische Volksgruppen? *migraLex* 2010, 46 (49); am ausführlichsten *Dieter Kolonovits*, Minderheitenschulrecht im Burgenland (1996) 31 ff (aber 36 zu einer Einschränkung des Art 19 Abs 3 StGG durch die Staatssprachenregelung des Art 8 B-VG); *ders*, Sprachenrecht in Österreich. Das individuelle Recht auf Gebrauch der Volksgruppensprachen im Verkehr mit Verwaltungsbehörden und Gerichten (1999) 87 ff mit sehr ausführlichen Literaturnachweisen und 107 zu einer Modifikation von Art 19 Abs 2 StGG durch Art 8 B-VG; *ders*, Rechte der Minderheiten, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich²* (2014) § 21 Rz 10.

⁵⁴⁾ *Ermacora* (FN 37) 532.

⁵⁵⁾ Klare Unterscheidung bei *Kolonovits*, Minderheitenschulrecht (FN 53) 31 ff.

⁵⁶⁾ Gute Gegenargumente bei *Kolonovits*, Minderheitenschulrecht (FN 53) 31 ff; *ders*, Sprachenrecht (FN 53) 102 ff.

⁵⁷⁾ *Rudolf Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft. Bd II (1990) 281; *Ewald Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht (1995) 265.

chen Genehmigung verbunden werden. Darauf gibt es aber keine Hinweise; im Gegenteil: Die Regierungsvorlage zur Genehmigung der EMRK und ihres 1. ZP zählte die betroffenen StGG-Rechte auf und hielt dann fest: „Die erwähnten österreichischen Rechtsvorschriften werden durch die Ratifikation der Konvention und des Zusatzprotokolls weder eingeschränkt noch sonst berührt.“⁵⁸⁾ Auch die Genehmigung des 4. ZPEMRK bildet keine Ausnahme, schon weil die Regierungsvorlage,⁵⁹⁾ wo sie von einer Gesamtkodifikation der Grundrechtsordnung spricht, nicht die Wirkung des ZP, sondern künftige Absichten unter Berücksichtigung des ZP meint. Die übrigen neuen Grundrechte sind alle punktuelle Gewährleistungen und daher von vornherein nicht als Neukodifikation verstehbar.

C. Derogation als Konfliktlösung

Derogation durch die *lex posterior* kann eintreten, wenn zwei Normen auf denselben Sachverhalt anwendbar sind und im Konflikt miteinander stehen. Anders als bei der impliziten Aufhebung durch vollständige Neuregelung setzt Derogation einen Überlappungsbereich der betroffenen Normen und einen Konflikt voraus; ein bloßer Vereinfachungswunsch bei Schutzverdopplungen reicht nicht als Derogationsgrund.⁶⁰⁾

Wann ein Normenkonflikt vorliegt, ist gar nicht so klar.⁶¹⁾ Nach einer brauchbaren Definition stehen Normen dann in Konflikt miteinander, wenn ein Verhalten entsprechend der Norm A die Norm B verletzt. Zwischen Erlaubnissen können daher keine Normenkonflikte entstehen, weil die Inanspruchnahme der einen Erlaubnis nicht die andere verletzen kann. Wohl aber bestehen Konflikte zwischen Erlaubnissen oder Ermächtigungen und Verboten. Das kann bei Grundrechtsüberlappungen der Fall sein: Das eine Grundrecht erlaubt, das andere verbietet eine Beschränkung durch die Gesetzgebung; wenn sie also Gebrauch von der Ermächtigung der einen Norm macht, verletzt sie das Verbot der anderen. Bei gleicher Schutzintensität, also etwa in den überlappenden Bereichen der Zensurverbote von Art 13 StGG und Z 1 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung oder von Art 2 StGG und Art 7 Abs 1 Satz 1 B-VG, besteht dagegen kein Normenkonflikt und auch kein Grund für Derogation.

⁵⁸⁾ ErläutRV 459 BlgNR 8. GP 32.

⁵⁹⁾ RV 1202 BlgNR 11. GP 7.

⁶⁰⁾ Allgemein zu Derogation als Geltungsverlust, zum Konkurrenzmodell und zum Konfliktmodell als unterschiedliche Derogationsordnungen und zum letzteren, das keine Derogation inhaltsgleichen Rechts vorsieht, als Lösung des B-VG, *Wiederin* (FN 57) 51 ff, 245 ff, 262. Zur Erforderlichkeit „eines geradezu kontradiktorischen Widerspruchs“ für eine Derogation VfSlg 7151/1973, 14.715/1996. AA in einem bestimmten Fall, nämlich für Derogation einer inhaltsgleichen Bestimmung des einfachgesetzlichen AtomsperrG durch das BVG Atomfreiheit, *Richard Novak*, BVG Atomfreiheit, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2003) Rz 12.

⁶¹⁾ Zum Folgenden *Ewald Wiederin*, Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normenkonflikt? RTh 1990, 311.

Ob nun konkrete Grundrechtsgewährleistungen in Konflikt miteinander stehen, ist oft sehr schwer zu sagen und manchmal gar nicht entscheidbar, aus rechtstheoretischen wie aus inhaltlichen Gründen: Grundrechte sind eigentlich Sammelbegriffe für eine Vielzahl von Normen und bestehen aus heutiger Sicht meist aus einer Kombination von Prinzipien und Regeln. Prinzipien verlieren durch gegenläufiges neueres Recht aber nicht ihre Geltung, sondern treten gegenüber neueren gegenläufigen Normen zurück.⁶²⁾ Ein Konflikt, der zu Derogation führen kann, besteht daher allenfalls zwischen einzelnen in ihnen enthaltenen oder aus ihnen abgeleiteten Regeln. Ob und wieweit ein Grundrecht Prinzipiencharakter hat, entscheiden aber erst die Gerichte. Auch die Regeln werden, ganz im Einklang mit dem entwicklungs-offenen Charakter der Grundrechte und der gesetzgeberischen Absicht,⁶³⁾ meist erst von den Gerichten geschaffen, die zugleich über ihre Schutzintensität wie über die Feinheiten ihres Anwendungsbereichs entscheiden. So lange diese Konkretisierung nicht stattgefunden hat, lässt sich über Charakter und Inhalt der einzelnen Gewährleistung und ihre Überlappung mit anderen wenig sagen, und ohne diese Entscheidungen wissen wir oft noch gar nicht, ob Derogation überhaupt in Frage kommt. Gerade die Geschichte der Gesetzesvorbehalte liefert gute Beispiele dafür. MaW: Grundrechte werden oft erst durch ihre gerichtliche Konkretisierung überhaupt konfliktfähig.

Zum einen kann man das nicht abwarten: Über Derogation kann nicht je nach aktueller Rechtsprechung entschieden werden,⁶⁴⁾ sondern die Frage muss schon für den Zeitpunkt des Inkrafttretens der zweiten Vorschrift beantwortet werden. Für die Rechte des StGG ist das in erster Linie das Inkrafttreten der EMRK – genauer: wenn man dem VfGH glaubt,⁶⁵⁾ erst das Inkrafttreten der Bestimmung, die die EMRK und das 1. ZP ausdrücklich in den Verfassungsrang hob,⁶⁶⁾ – und ihrer übrigen Zusatzprotokolle. Zu diesem Zeitpunkt war zwar schon einiges über die StGG-Rechte bekannt, wenngleich sich ihr Prinzipiencharakter und entscheidende Inhalte erst danach entwickelten. Aber mangels Rechtsprechung war nicht abschätzbar, was die EMRK im Einzelnen verlangte; allgemein war man der Meinung, dass sie keine großen Folgen für Österreich haben würde.⁶⁷⁾ In einer solchen Situation lässt sich ein Normenkonflikt noch nicht ausmachen, und daher ist auch für Derogation kein Anlass.

⁶²⁾ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Taschenbuchausgabe 1986) 77 ff zu Prinzipienkollisionen und Regelkonflikten.

⁶³⁾ Vgl Potacs, in diesem Band, 64 ff, 68.

⁶⁴⁾ Der VfGH ging allerdings, wenn auch nur als Drohung, in eine vergleichbare Richtung, als er in VfSlg 11.500/1987 eine Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Beitritt zur EMRK (oder ihre Hebung in Verfassungsrang?) letztlich von der späteren Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung abhängig machte.

⁶⁵⁾ VfSlg 4049/1961.

⁶⁶⁾ Art II Z 7 B-VG-Novelle BGBl 1964/59.

⁶⁷⁾ Die RV zur Genehmigung der EMRK (459 BlgNR 8. GP 32) meinte, dass die „in der Konvention und dem Zusatzprotokoll geschützten Rechte und Grundfreiheiten [...] durch die österreichische Rechtsordnung schon seit langer Zeit im wesentlichen gewährleistet sind“. S auch die Schilderung „zu den geradezu umstürzenden Folgen der neuesten Rechtsprechung des EGMR“ in VfSlg 11.500/1987.

Zum anderen eignen sich gerichtlich geschaffene Konkretisierungen nicht für Derogation. Gerichtsentscheidungen gelten zunächst nur für die Parteien des Verfahrens. Bei Höchstgerichten ist dies wegen ihrer Stellung im Rechtssystem und ihrer Aufgabe zur Rechtsvereinheitlichung etwas anders.⁶⁸⁾ Aber auch höchstgerichtlich entwickelte Regeln wirken nicht abstrakt für alle, sondern nur auf der Basis einer bestimmten Sachverhaltskonstellation für vergleichbare Situationen, und nur bis zur besseren Erkenntnis im Lichte eines neuen Falls; sie sind also beweglicher und vorläufiger als gesetzliche Normen. Ein allgemeiner Geltungsverlust durch Derogation würde ihrem Charakter nicht gerecht; er wäre zu pauschal, müsste an den mehr oder minder zufälligen Stand der Judikatur zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des späteren Grundrechts anknüpfen, und er würde auch eine Verbesserung dieses Standes durch Judikaturwandel abscheiden.

Die richtige Reaktion ist hier also nicht Derogation, sondern eine Anpassung der Rechtsprechung. So wie Normenkonflikte oft erst durch Auslegung entstehen, können sie auch durch Auslegung vermieden werden. Das trifft zB auf Art 4 StGG zu: Die RV spricht von Derogation, meint aber keine bestimmte Vorschrift, sondern einen vom VfGH zu Art 4 StGG hinzugedachten allgemeinen Gesetzesvorbehalt, den man sich eben auch wieder wegdenken kann.⁶⁹⁾ Ebenso lässt sich Art 16 StGG nicht nur als Einschränkung der Rechte aus Art 14 StGG, also systematisch, verstehen, sondern im Lichte der späteren Grundrechte wohl auch für sich, als bloße Garantie der häuslichen Religionsausübung ohne Aussage zur öffentlichen Ausübung. Wo eine harmonisierende Interpretation möglich ist, entfällt ebenfalls mit dem Konflikt der Derogationsgrund.

Freilich kann es auch grundrechtliche Anordnungen geben, die genau genug für einen Konflikt sind und sich auch nicht interpretativ versöhnen lassen. Doch auch wo tatsächlich ein Normenkonflikt vorliegt, ist Derogation nicht die automatische und selbstverständliche Lösung; weder allgemein,⁷⁰⁾ noch im österreichischen Recht: Es kennt etwa auch Kumulationsfälle, etwa bei verwaltungsrechtlichen Pflichten, oder *lex specialis*-Lösungen; und wenn ein Gesetz einem Grundrecht widerspricht, etwa weil es den Bürgern etwas verbietet, was das Grundrecht erlaubt, dann reden wir heute ebenfalls nicht mehr von Derogation,⁷¹⁾ sondern kombinieren den vorläufigen Vorrang des einfachen Gesetzes mit seiner Invalidation und Kassation durch den VfGH im Anfechtungsfall.

⁶⁸⁾ Zum Folgenden *Christoph Schönberger*, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012) 296 (318 ff); *Clemens Jabloner*, Richterrecht als Rechtsquelle? in GS Walter (2013) 185 (192 ff, 198).

⁶⁹⁾ RV 1202 BlgNR 11. GP 7: „insbesondere das Erkenntnis Slg. Nr. 3447“; zum ebenfalls betroffenen Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit gleich unten.

⁷⁰⁾ Vgl *Wiederin* (FN 61) 328: „Aus einem Konflikt folgt also grundsätzlich gar nichts – es sei denn, in einer Rechtsordnung ist anderes angeordnet.“

⁷¹⁾ Anders war das aber früher: zur derogatorischen Wirkung des StGG gegenüber einfachen Gesetzen *Pöschl*, in diesem Band, 44, 46, 50, 52 f, und *Wiederin*, ebd, 74, 86. Zur heutigen Invalidationslösung *Robert Walter*, Derogation oder Invalidation. Ein rechts-theoretisches Problem im Lichte der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in Felix Ermacora/Hans R. Klecatsky/René Marcic (Hrsg), Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich (1968) 209 (216 ff) und zu einer

Für unseren Hauptfall, nämlich für Konflikte zwischen StGG und EMRK, besteht eine ausdrückliche Vorschrift: Nach dem Günstigkeitsprinzip des (heutigen) Art 53 EMRK bleibt schutzintensiveres nationales Recht unberührt. Eine materielle Derogation scheidet also insoweit von vornherein aus. Was mit konfligierenden ungünstigeren Vorschriften passiert, sagt die EMRK dagegen nicht explizit. Das Günstigkeitsprinzip wird allgemein als Anwendungsvorrang des im konkreten Fall günstigeren Rechts verstanden.⁷²⁾ Dann liegt es nahe anzunehmen, dass ungünstigeres nationales Recht im Konfliktfall ebenfalls nur zurücktritt. Zwingend ist das aber nicht; man könnte sich auch eine gespaltene Lösung vorstellen, nach der die EMRK günstigeren innerstaatlichen Vorschriften den Vortritt lässt und ungünstigeren derogiert. Da der Günstigkeitsvergleich im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Judikatur angestellt werden muss,⁷³⁾ also in Betracht ziehen muss, dass eine auf den ersten Blick ungünstiger erscheinende Norm sich unter spezifischen Umständen als günstiger entpuppen könnte, kämen für eine Derogation nur, aber immerhin Bestimmungen in Betracht, die schon von vornherein und kategorisch als ungünstiger qualifiziert werden können. Doch versteht sich eine solche gespaltene Lösung nicht von selbst; sie bedürfte eines Anhaltspunktes im Rechtsmaterial.

Ein Derogationswille kann der EMRK auf der völkerrechtlichen Ebene nun nicht unterstellt werden, denn sie verlangt von den Vertragsstaaten ja nicht einmal eine Umsetzung als unmittelbar anwendbares Recht.⁷⁴⁾ Auch innerstaat-

möglichen Ausnahme *Novak* (FN 60). Zu einer möglichen Derogation des Gesetzesvorbehaltes von Art 8 EMRK (also von anderem Verfassungsrecht) durch Art 10a StGG als neueres Recht *Benjamin Davy/Ulrike Davy*, Aspekte staatlicher Informationssammlung und Art 8 EMRK, JBl 1985, 656 FN 38.

⁷²⁾ ZB *Ingrid Siess-Scherz*, Art 53 EMRK, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 1999) Rz 2; *Christoph Grabenwarter*, Art 14 StGG, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Rz 7; *Andreas Th. Müller*, Art 53 EMRK, in Benjamin Kneih/Georg Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (15. Lfg 2015) Rz 13 f, bestimmt das Günstigkeitsprinzip aus „Straßburger Sicht“ als Auslegungsregel, aus österreichischer Sicht als „Koordinations- und Konkurrenzklausele“, der zufolge der Geltungsanspruch der EMRK gegenüber anderen Verbürgungen zurücktritt, insoweit diese grundrechtsfreundlicher sind.

⁷³⁾ ZB *Harald Eberhard*, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier/Gabriele Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VII/1 Grundrechte in Österreich² (2014) § 8 Rz 24.

⁷⁴⁾ *Jochen Abr. Frowein*, Art 1, in ders/Peukert (FN 16) Rz 2; *Ulrich Fastenrath*, Art 1, in Katharina Pabel/Stefanie Schmahl (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (14. Lfg 2012) Rz 164; *Thomas Giegerich*, Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, in Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg), EMRK/GG. Konkordanzkommentar² (2013) Rz 4 ff, 13; *Christian Johann*, Art 1, in Ulrich Karpenstein/Franz Mayer (Hrsg), EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar² (2015) Rz 3; *Grabenwarter/Pabel* (FN 21) § 3 Rz 1; *Martin Nettesheim*, Art 1, in Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar⁴ (2017) Rz 3.

lich gibt es keinen Hinweis auf Derogation.⁷⁵⁾ Eine Ausnahme macht allenfalls die Genehmigung des 4. ZPEMRK, weil, wie bereits erwähnt, die RV dazu ausführt, dass bestehende Ermächtigungen zur Beschränkung des Freizügigkeitsrechts aus Art 4 und 6 StGG als „derogiert angesehen werden müssen“⁷⁶⁾. Das klingt zwar eher wie eine Wissenserklärung, ein (vielleicht auch irriger) Hinweis auf einen Effekt, der sich aus einem Normenkonflikt automatisch ergibt, und weniger wie eine Derogationsanordnung. Jedenfalls aber beziehen sich die Äußerung und eine mögliche Derogation auf Einschränkungsmöglichkeiten durch (eine bestimmte VfGH-Rechtsprechung⁷⁷⁾ und) § 5 des (früheren) Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit, treffen also gar keine Vorschrift des StGG. Eine Derogation von StGG-Bestimmungen durch die EMRK lässt sich demnach nicht begründen.

Andere grundrechtsgewährleistende Staatsverträge enthalten kein Günstigkeitsprinzip, doch wegen ihres Sinns wird man auch ihnen unterstellen können, dass sie günstigeres nationales Recht nicht verbieten und daher auch nur potentiell günstigeren Vorschriften nicht derogieren. Gegenüber ungünstigerem Recht liegt eine derogierende Interpretation beim Staatsvertrag von St. Germain nahe, weil sein Art 62 Österreich die Verpflichtung auferlegt, „daß kein Gesetz, keine Verordnung und keine amtliche Handlung mit diesen Bestimmungen [des Abschnittes V StV St. Germain zum Schutz der Minderheiten – F.M.] im Widerspruch oder Gegensatz stehe“. Ein konkreter Widerspruch besteht aber allenfalls zwischen seinem Art 63 Abs 2 und Art 16 StGG und lässt sich, wie erwähnt,⁷⁸⁾ wohl interpretativ vermeiden.

D. Kumulation als bessere Lösung

Wenn also, wie im Regelfall, nicht einmal implizite Sonderanordnungen bestehen und Konflikte gar nicht dingfest gemacht oder aber vermieden werden können, spricht wenig für Derogation und viel für Kumulation.⁷⁹⁾ Das StGG gilt also neben den neueren Grundrechten.

Das bedeutet, dass die Eingriffs- und Ungleichbehandlungsverbote des StGG neben jenen anderer Grundrechtsgewährleistungen stehen. Ein Vorrang der einen oder der anderen Norm nach *lex specialis*-Gesichtspunkten besteht jedenfalls zwischen Gewährleistungen aus unterschiedlichen Quellen nicht, weil das nicht ihrem Sinn entspricht:⁸⁰⁾ ZB ist Art 12 StGG keine *lex specialis* für Inländer und für gemeinsame Willensbekundungen gegenüber Art 11 EMRK, der auch für Ausländer und Festakte⁸¹⁾ gilt. Der Staat hat also alle Verbote gleichzeitig zu achten, womit letztlich das im konkreten Fall und im jeweiligen

⁷⁵⁾ Siehe FN 66.

⁷⁶⁾ RV 1202 BlgNR 11. GP 7.

⁷⁷⁾ Siehe oben bei FN 69.

⁷⁸⁾ Nach FN 69.

⁷⁹⁾ Für Kumulation auch *Eberhard* (FN 73) Rz 13, 14, 30.

⁸⁰⁾ *Eberhard* (FN 73) 12 f, 29.

⁸¹⁾ VfSlg 12.501/1990: Festakt fällt nicht unter Art 12 StGG; kritisch *Berka* (FN 4) Rz 1500.

Punkt jeweils strengste von ihnen relevant ist. Indem der Staat auf die Inanspruchnahme einer Erlaubnis aus der weniger strengen Grundrechtsnorm verzichtet, vermeidet er auch einen Normenkonflikt. Soweit dem StGG Handlungspflichten zu entnehmen sind, müssen sie so ausgelegt werden, dass sie regelförmigen Verboten aus anderen Grundrechten nicht widersprechen, oder sonst auf Prinzipienebene, wenn nötig völkerrechtskonform, in Ausgleich gebracht werden.⁸²⁾ Unvermeidbare Normenkonflikte, in denen die Befolgung der einen Norm zwangsläufig die andere verletzt und den Adressaten daher nur mehr rechtswidriges Handeln bleibt,⁸³⁾ treten auch hier nicht auf.

Die Kumulationslösung ist dem österreichischen Recht nicht fremd, und im Grundrechtsbereich hat sie besondere Vorteile: Sie entspricht zunächst der historischen Wahrheit, denn die Gesetzgebung hat eben ohne systematische Überlegungen Grundrechte aufeinandergehäuft und keine Vorsorge gegen Verschlechterungen getroffen, wenn das eine oder andere wieder wegfällt. Kumulation wird weiters der Vagheit der meisten grundrechtlichen Formulierungen und dem damit verbundenen Konkretisierungsauftrag an die Gerichte am besten gerecht, weil sie eine Weiterentwicklung nicht an einem zufälligen Punkt abschneidet. Sie achtet das Günstigkeitsprinzip; sie macht es überhaupt erst im Einzelfall anwendbar, in dem ja erst der Konfliktbereich überblickt und die Günstigkeitsrelation bestimmt werden kann, während Derogation immer nur eine allgemeine Lösung sein kann. Kumulation erklärt die vom VfGH entwickelten „aggregierten“ Grundrechte, die Elemente des StGG mit jenen späterer Grundrechte kombinieren.⁸⁴⁾ Und nicht zuletzt ist sie vergleichsweise einfach anzuwenden.

III. Verdrängung durch Unionsrecht

Das StGG gilt also weiter; nicht überall gibt es strengeres Recht, und daher bleibt es auch relevant. Allerdings fragt sich, ob ihm nicht die Expansion der EU die Bedeutung raubt. Die Gefahr trifft alle nationalen Grundrechte, das StGG aber spezifisch. Dazu nur drei Bemerkungen:

Zunächst gibt es immer mehr EU-Rechte, die als konkretere oder weiterreichende Ansprüche in vielen Fällen die entsprechenden Rechte des StGG verdrängen. Das sind nicht nur die Freizügigkeitsrechte und die wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Unionsbürger sowie die vielfältigen Diskriminierungsverbote, die ja schon lange nicht mehr nur die Staatsangehörigkeit betreffen. Eine große Rolle spielt dabei auch die sekundärrechtliche Ausgestaltung, die die EU-

⁸²⁾ Tobias Thienel, Art 53 EMRK, in Ulrich Karpenstein/Franz Mayer (Hrsg), EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar² (2015) Rz 5 ff.

⁸³⁾ Zu vermeidbaren und nicht vermeidbaren Normenkonflikten *Wiederin* (FN 61) 319 f. Ein konkretes Beispiel bildeten das richtlinienförmige Gebot und das grundrechtliche Verbot der Datenspeicherung auf Vorrat.

⁸⁴⁾ ZB bei der Religionsfreiheit; kritisch *Grabenwarter* (FN 72) Rz 7; aber jeder Günstigkeitsvergleich im Einzelfall läuft auf eine Aggregation hinaus.

Freiheiten und Grundrechte erfahren, nicht nur weil die Ansprüche dadurch viel detaillierter werden, sondern weil es dann meist auch auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt als Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit gar nicht mehr ankommt. Für das StGG ist es gleichgültig, ob es durch die unternehmerische Freiheit der GRC, die Warenverkehrsfreiheit oder eine (im Konfliktfall unmittelbar anzuwendende) Produktzulassungsrichtlinie verdrängt wird. Betroffen sind hier va seine Artikel Art 2, 3, 4 und 6 sowie 18, also gerade jene, die noch Bedeutung neben der EMRK haben.

Dann gibt es immer mehr Rechtsbereiche, die durch Unionsrecht geregelt werden und für die die nationalen Grundrechte – und damit auch jene des StGG – ihre Maßstabsfunktion von vornherein verlieren. Die unionsrechtlichen Regeln selbst dürfen nicht an mitgliedstaatlichen Grundrechten gemessen werden; sie haben vielmehr Vorrang vor ihnen. Und seit Åkerberg Fransson und Melloni wissen wir, dass nationale Grundrechte auch für den mitgliedstaatlichen Vollzug von Unionsrecht und für andere Maßnahmen im weit verstandenen Anwendungsbereich des Unionsrechts neben den unionsrechtlichen Garantien nur dann eine Rolle spielen können, wenn das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen Spielraum lässt, und auch dann nur, „sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“.⁸⁵⁾ Im Ergebnis spielt also zB die Erwerbsfreiheit des Art 6 StGG für weite Bereiche des Wirtschaftsrechts, etwa das Wettbewerbsrecht oder die landwirtschaftliche Marktordnung, die Produktzulassung oder die Anerkennung von beruflichen Qualifikationen, keine nennenswerte Rolle mehr.

Schließlich lässt sich eine gewisse Konvergenz des nationalen und des europäischen Grundrechtsdenkens spüren:⁸⁶⁾ Diese Konvergenz kann gegenseitigen Lernerfahrungen im europäischen Gerichtsverbund entspringen;⁸⁷⁾ sie kann der Konfliktvermeidung zwischen diesen Gerichten oder der Vereinfachung einer Mehrebenen-Grundrechtshypertrophie dienen;⁸⁸⁾ oder sie kann auch der bloßen Faulheit zur Unterscheidung geschuldet sein. So oder so hat diese Konvergenz nivellierende Tendenzen, manchmal auch nach unten.⁸⁹⁾ Sie betrifft die Abwägungsgebote des StGG aber eher als seine konkreten Eingriffsverbote.

Spinnt man die Entwicklung einfach fort, dann sinken die nationalen Grundrechte irgendwann zu einer Art Landesverfassungsrecht mit diversen Kuriositäten herab, die man lieben muss, um es zu achten.

⁸⁵⁾ EuGH Rs C-617/10, Åkerberg Fransson, Rz 17 ff, 29; Rs C-399/11, Melloni, Rz 60.

⁸⁶⁾ ZB *Grabenwarter* (FN 35) 423 f.

⁸⁷⁾ ZB *Franz Merli*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007) 392, 397 ff; *Maria Daniela Poli*, Der justizielle Pluralismus der Europäischen Verfassungsgemeinschaft: „Babylonische Gerichte“ oder „Gerichte Für Babylon“? Der Staat 2016, 373.

⁸⁸⁾ ZB *Daniel Thym*, Vereint die Grundrechte! JZ 2015, 53.

⁸⁹⁾ ZB *Anneli Albi*, Erosion of Constitutional Rights in EU Law: A Call for ‘Substantive Co-operative Constitutionalism’, ICL Journal 2015, 151, 291.

IV. Verbliebene Bedeutung

Soweit ist es noch nicht: Von 2000 bis 2017 fällte allein der VfGH 500 Entscheidungen, in denen er sich zum StGG äußerte, also im Durchschnitt mehr als 27 pro Jahr.⁹⁰⁾ Soweit wird es vermutlich auch nicht kommen, schon weil die vereinheitlichende Kapazität des EuGH und EGMR beschränkt ist. Aber letztlich kommt es darauf gar nicht an:

Wir brauchen das Staatsgrundgesetz als Reserve, zur Wahrung der Vielfalt in den Spielräumen des übernationalen Rechts und zur Entwicklung von eigenen Impulsen für seine Handhabung.⁹¹⁾ Und weil wir eben nicht wissen, wie es weitergeht, brauchen wir es vor allem als Rückfalloption in schlechten Zeiten. Wenn nationale Egoismen wieder populär werden, ringsum illiberale Regime blühen, Länder aus der EU austreten und eine nunmehrige Regierungspartei nach einer „Evaluierung“ der EMRK ruft,⁹²⁾ sollten wir das StGG nicht gering schätzen, nur weil es derzeit nicht in jedem Fall maßgeblich ist.

Und schließlich, auch wenn wir es ohne *Pieter Judson*⁹³⁾ nicht begriffen hätten: Das StGG ist ein Stück unserer Identität, auf das wir auch ein bisschen stolz sein dürften.

⁹⁰⁾ RIS-Ergebnisse für VfGH – Entscheidungstexte – Norm: „StGG“.

⁹¹⁾ Vgl *Thym* (FN 88) 58 f.

⁹²⁾ Österreicher verdienen Fairness. Freiheitliches Wahlprogramm zur Nationalratswahl 2017, https://www.fpoe.at/fileadmin/user_upload/Wahlprogramm_8_9_low.pdf, 4: „Evaluierung der Europäischen Menschenrechtskonvention und gegebenenfalls Ersatz durch eine ‚Österreichische Menschenrechtskonvention‘, die auch das Heimatrecht der Österreicher schützt“.

⁹³⁾ *Judson*, in diesem Band, 2, 15. Vgl auch *Gerald Stourzh*, Die Entstehung des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. Dezember 1867 und seine unmittelbare Bedeutung, JRP 2018, 95 (98), der eine Gedenkplakette im Parlament für *Eduard Sturm*, den „eigentlichen Schöpfer des StGG“, vorschlägt.