

Franz Merli

Umleitung der Rechtsgeschichte

Abstract: Der VfGH will Rechte aus der Europäischen Grundrechtecharta zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab machen. Das einschlägige Erkenntnis kann dogmatisch nicht in allen Punkten überzeugen; vor allem verfehlt es seine Aufgabe, Rechtsschutz zu gewähren. Interessant und verständlich ist es aber als Versuch, den Bedeutungsverlust zu mildern, den die Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Europäisierung der Grundrechte erleidet.

Deskriptoren: Anwendungsvorrang; Äquivalenzprinzip; Asyl; Grundrechte; Grundrechtecharta; Normenkontrolle; Präjudizialität; Recht auf eine mündliche Verhandlung; Rechtsbereinigung; Rechtsschutz, effektiver; Rechtsschutz, gleichwertiger; Verfassungsgerichtsbarkeit; Verfassungsgerichtshof; Vorabentscheidungsverfahren; Vorlagepflicht.

Rechtsquellen: Art 89, 139, 140, 144, 144a B-VG; Art 47, 52 GRC; Art 267 AEUV.

I. Der Jubilar kann auf ein erfülltes Leben zurückblicken. Zu den Bereichen, in denen er sich, theoretisch wie praktisch, als Autor, Hochschullehrer, in der Bundesvergabekontrollkommission und der Privatrundfunkbehörde, im Bundeskommunikationssenat, im Österreich-Konvent und im VfGH, besonders engagiert hat, gehört der Rechtsschutz. Auch im Konvent zur Erarbeitung der Europäischen Grundrechtecharta hat *Michael Holoubek* mitgearbeitet, und zuletzt wirkte er an einer Entscheidung des VfGH mit, das aus diesen Chartarechten einen verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab macht. Dieses Erkenntnis¹ soll hier im Mittelpunkt stehen.

¹ VfGH U 466/11 und U 1836/11 vom 13.3.2012; Randzahlen beziehen sich auf die über vfgg.gv.at zugängliche Internetfassung der Entscheidung. Ich habe darüber mit vielen Personen gesprochen und einige Diskussionen miterlebt. Daher kann ich nicht für die Originalität aller folgenden Gedanken garantieren. Viel verdanke ich jedenfalls *Magdalena Pöschl*.

Dogmatisch ist es nicht über jeden Zweifel erhaben. Den entsprechenden Abschnitt (II.) kann der Jubilar, auch wenn uneitle Diskussionsfreude und erfahrungsgesättigte Gelassenheit zu seinen Haupttugenden zählen, ohne Schaden für seine Seele überspringen. Vielleicht liest er lieber den konstruktiven Teil zur Frage, welche Funktion die Entscheidung für die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit und des VfGH im Rechtsschutzsystem Österreichs haben könnte (III.); dieser Teil ist auch kürzer.

II. Zur Erinnerung: Das Erkenntnis erging zu zwei Beschwerden von Asylwerbern, die eine Verletzung ihres Rechts auf eine mündliche Verhandlung aus Art 47 GRC durch den Asylgerichtshof geltend gemacht hatten. Der VfGH sah es aus europarechtlichen Gründen, nämlich wegen der Pflicht zur Gewährleistung gleichwertigen Rechtsschutzes für unionsrechtliche und innerstaatlichen Rechte, als geboten an, das Recht aus Art 47 GRC wie ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht iSd Art 144a B-VG zu behandeln und erklärte die Beschwerden für zulässig. In der Sache selbst wies er sie ab.

Zunächst irritiert, dass der VfGH die Zulässigkeit der Beschwerden insgesamt (und nicht ihres Umfangs) von der Qualifikation des Rechts auf eine mündliche Verhandlung abhängig macht, denn die Beschwerdeführer hatten dieses Recht „unter der allgemeinen Behauptung, in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt zu sein“ (Rz 16), geltend gemacht. Diese allgemeine Behauptung war nicht denkunmöglich, zB im Hinblick auf eine willkürliche Verletzung von Verfahrensvorschriften, und hätte daher nach der bisherigen Rechtsprechung für die Zulässigkeit gereicht. Dem entspricht auch, dass der VfGH am Schluss selbst ausspricht, die Beschwerdeführer seien auch nicht „in einem von ihnen nicht geltend gemachten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht“ oder „wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt“ worden; insoweit müssen die Beschwerden also wohl zulässig gewesen sein.

Wenig überzeugend ist auch der Versuch, die Entscheidung nicht als Änderung einer ständigen

Rechtsprechung darzustellen. Bisher war Gemeinschaftsrecht kein Prüfungsmaßstab der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, und das galt auch für die Gemeinschaftsgrundrechte. Der VfGH referiert seine einschlägige Judikatur und meint dann, sie könne nicht auf die GRC „übertragen“ werden, denn diese bilde „innerhalb des Unionsrechts einen von den ‚Verträgen‘ deutlich abgegrenzten Bereich“, und überhaupt sei die „Geltung eines detaillierten Katalogs von Rechten und Pflichten, wie ihn die Grundrechte-Charta enthält, [...] nicht mit der Herleitung von Rechtspositionen aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen vergleichbar“ (Rz 25, 38). Ersteres ist angesichts der Gleichrangigkeit von Verträgen und Charta (Art 6 Abs 1 EUV) unerheblich und zweiteres eine reine Behauptung. Gegen sie spricht ua, dass die Charta im Wesentlichen nur bereits vorhandene Rechte „sichtbarer“ machen soll (so ihre Präambel), dass manche Chartarechte auch vorher schon, zT auch detaillierter, in den Verträgen ausformuliert waren (zB einige Diskriminierungsverbote, die Grundfreiheiten, das Wahlrecht, das Petitionsrecht, die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger) und vor allem, dass gerade jene Chartarechte, um die es dem VfGH geht, auch vor dem Vertrag von Lissabon nach der Rechtsprechung des EuGH primärrechtsgleiche Stellung und durch die Rechtsprechung des EGMR feste Konturen aufwiesen und dass diejenigen Rechte der Charta, für die das nicht gilt, auch vom VfGH offenbar nicht als verfassungsgleich angesehen werden (vgl Rz 35 f). In Wirklichkeit haben wir es also nicht mit einer Übertragung einer alten Rechtsprechung auf eine neue Situation, sondern mit einer Änderung der Rechtsprechung zu tun, und das Inkrafttreten der Charta war vielleicht ein guter Anlass, die alte Rechtsprechung zu überdenken, aber für sich genommen kein Grund, sie zu ändern.

Das sind freilich Nebenaspekte. In der Hauptsache geht es um den Äquivalenzgrundsatz und seine Folgen: Ist es tatsächlich unionsrechtlich geboten, dass Chartarechte vor dem VfGH geltend gemacht werden können? Akzeptiert man einmal die grundsätzliche Vergleichbarkeit von Chartarechten und verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, liegt das im konkreten Fall auf der Hand: Die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch den AsylGH können Betroffene (beim VfGH) bekämpfen, die Verletzung von Chartarechten dagegen nicht (weder vor dem VfGH noch vor einer anderen Instanz). Chartarechte genießen daher im Vergleich zu österreichischen Grundrechten keinen gleichwertigen Rechtsschutz gegen Verletzungen durch den AsylGH, und daher lässt sich Art 144a B-VG, auch ohne Vorlage an den EuGH, als soweit verdrängt betrachten, als er der Geltendmachung

von Chartarechten bei der einzigen in Frage kommenden Rechtsschutzinstanz im Wege steht.

Der VfGH leitet aber viel mehr aus dem Äquivalenzprinzip ab: Er will die Chartarechte zum Prüfungsmaßstab auch in Bescheidprüfungs- und Normenkontrollverfahren machen (Rz 35). Diese Folgerung war für die konkreten Beschwerden zwar irrelevant, macht aber die allgemeine Bedeutung der Entscheidung aus, und daher lohnt sich ein Blick darauf. Grundlage dafür ist ein ganz spezifisches Verständnis des Äquivalenzgrundsatzes. Der VfGH „schließt“ nämlich aus der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung, dass unionsrechtliche Positionen „in einem Verfahren durchsetzbar sein müssen, das für vergleichbare Rechte besteht, die aus der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten stammen“ (Rz 29) – mit anderen Worten: dass Unions- und vergleichbare innerstaatliche Rechte in identischen Verfahren behandelt werden müssen. Geht man nun wieder von der grundsätzlichen Vergleichbarkeit von Chartarechten und verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten aus, dann müssen in der Tat zumindest alle dem individuellen Rechtsschutz dienenden verfassungsgerichtlichen Verfahren auch der Geltendmachung von Chartarechten offen stehen. Unter der Voraussetzung einer Pflicht zu identischer Verfahren ist die Entscheidung daher nachvollziehbar. Schön wäre nur noch gewesen, wenn der Gerichtshof erklärt hätte, ob er die einschlägigen Verfassungsbestimmungen nun in diesem Sinn europarechtskonform interpretiert oder sie als insoweit verdrängt betrachtet, als diese Bestimmungen dem gebotenen Ergebnis im Weg stehen.

Freilich ist die Prämisse nicht überzeugend: Der Äquivalenzgrundsatz verlangt, wie schon sein Name sagt, gleichwertigen, nicht aber zwangsläufig identischen Rechtsschutz. Die vom VfGH zitierten Entscheidungen des EuGH sprechen durchwegs davon, dass die Klagen und Verfahren für unionsrechtliche Positionen nicht „ungünstiger“ sein dürfen als die „entsprechenden“ oder „gleichartigen“ Klagen oder Regelungen, die das innerstaatliche Recht betreffen. Auch die Entscheidung *Pontin*, die der VfGH „in diesem Sinn“, nämlich der Forderung nach identischen Verfahren, zitiert, besagt eher das Gegenteil, denn darin hält der EuGH ausdrücklich fest, dass für unionsrechtliche Positionen andere Verfahren eingerichtet werden können, wenn sie eben gleichwertig sind.² Das liegt auf der Linie der bisherigen

² EuGH Rs C-63/08, *Pontin*, Slg 2009 I-10467, Rz 42, 48, 52, 55. Deshalb ist, auch gelinde gesagt, merkwürdig, dass der VfGH in jenem Abschnitte (Rz 45) der *Pontin*-Entscheidung, den er wörtlich zitiert, folgenden Satz auslässt: „Dieser Grundsatz (der Äquivalenz – F.M.) darf jedoch nicht so verstanden werden, dass er einen Mitgliedstaat verpflichtet, die günstigste innerstaatliche Regelung auf alle Klagen zu erstrecken, die im Bereich

Rechtsprechung und leuchtet auch ein, weil die Forderung identischer Verfahren die mitgliedstaatliche Autonomie zur Gestaltung von Zuständigkeiten und Verfahren ohne zureichenden Grund einschränken würde. Die verfassungsgerichtliche Forderung nach identischen Verfahren beruht daher auf einer von der bisherigen EuGH-Judikatur nicht getragenen und zumindest zweifelhaften Auslegung des Unionsrechts. Seine Pflicht zur Vorlage der Frage an den EuGH hat der VfGH nur dann nicht verletzt, wenn man Abweisung und (Teil-)Zurückweisung der Beschwerden als ergebnisgleich betrachtet und daher die Frage nicht für entscheidungserheblich hält.

Möglicherweise sollten wir die zitierte Formulierung des VfGH aber nicht auf die Goldwaage legen, sondern die Erstreckung des verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes auf Chartagrundrechte als Ergebnis eines unausgesprochenen Günstigkeitsvergleichs zwischen den Verfahren vor dem VfGH und sonst in Betracht kommenden Verfahren verstehen. Chartarechte müssten demnach deshalb vor dem VfGH geltend gemacht werden können, weil sie vor anderen Instanzen schlechter geschützt sind.

Für die Bescheidkontrolle, zu der ja regelmäßig der VwGH angerufen werden kann, unternimmt der VfGH allerdings nicht einmal den Versuch einer solchen Begründung. Soweit die Zuständigkeit des VwGH nicht ausgeschlossen ist, wäre sie auch schwierig zu geben, weil der VfGH wie der VwGH den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang beachten und auf verdrängte innerstaatliche Bestimmungen gestützte Bescheide aufheben muss, also für den Rechtsschutzsuchenden nicht mehr tun kann, als der VwGH ohnehin schon leistet. (Die derzeit noch etwas längere Verfahrensdauer vor dem VwGH ist wohl kein ausreichendes Argument für eine Verdrängung von Verfassungsrecht.)

Was die Normenkontrolle anbelangt, verweist der VfGH auf die unionsrechtliche Pflicht zur Rechtsbereinigung, der er durch Aufhebung von chartawidrigen österreichischen Normen nachkommen könne (Rz 43). Doch erstens obliegt die Rechtsbereinigung den Mitgliedstaaten, idR also ihren Gesetzgebungsorganen, nicht aber spezifisch einem ihrer Gerichte. Zweitens fügt die Aufhebung der chartarechtswidrigen Norm dem individuellen Rechtsschutz nichts mehr hinzu, denn dieser ist bereits durch ihre (unionsrechtlich gebotene) Nichtanwendung gewährleistet. Eine allfällige verfassungsgerichtliche Aufhebungsbefugnis ändert, wie auch der VfGH feststellt (Rz 42), nichts an dieser Nichtanwendungspflicht aller mit dem Fall befassten Instanzen. Und drittens bereitet die verfassungsrechtliche Aufhebung chartawidriger Normen eigene Prob-

leme, weil sie mit der unionsrechtlichen Nichtanwendung kollidiert: So kann der VfGH nach seiner bisherigen Rechtsprechung zu konkreten Normenkontrollverfahren chartawidrige Normen gar nicht aufheben, denn unionsrechtlich verdrängte Normen sind nicht anzuwenden und daher nicht präjudiziell; will er sie tatsächlich aufheben, muss er also zuerst ihre unionsrechtlich gebotene Nichtanwendung zur „Anwendung“ iSd der Art 89 Abs 2, Art 139 Abs 1, 140 Abs 1 B-VG und vergleichbarer Normen erklären, damit sie überhaupt Prüfungsgegenstand werden können. Weiters verlangt die Aufhebung einer Norm oft eine Anfechtung durch eine dazu berechnete Rechtsschutzinstanz und vom VfGH Überlegungen zu Aufhebungsumfang, Frist für das Inkrafttreten der Aufhebung, Wiederinkrafttreten alter Normen und Erstreckung der Anlassfallwirkung; beides verlängert das Verfahren gegenüber einer reinen Nichtanwendung; die Rechtsbereinigung kann daher im Effektivitätsvergleich sogar eine negative Rolle spielen. Schließlich gilt die Aufhebung nach dem B-VG unmittelbar nur für die Anlassfälle und im übrigen nach Kundmachung des Erkenntnisses, meist nach einer Frist; bis dorthin ist die Norm sogar verfassungsrechtlich unanfechtbar. Alles das kann unionsrechtlich nicht gelten, lässt sich aber nur zT durch verfassungsgerichtliche Aussprüche vermeiden. Durch die Aufhebung entsteht somit die Illusion der beschränkten Weitergeltung und Unanfechtbarkeit chartawidriger Normen; ob damit der unionsrechtlich gebotenen Rechtssicherheit³ mehr gedient ist als durch eine Rechtsbereinigung durch Gesetz- oder Ordnungsgeber, lässt sich bezweifeln. Der EuGH akzeptiert zwar in einer auch vom VfGH zitierten Entscheidung⁴ unter bestimmten Umständen solche Zwischenverfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit und scheint einige damit verbundene Nachteile für die Effektivität des Schutzes unionsrechtlicher Positionen hinzunehmen; dass solche Verfahren aber auch die Unionsrechtskonformität von Normen umfassen dürfen oder gar europarechtlich geboten sein könnten, geht aus dieser Entscheidung nicht hervor.

Damit bleibt noch folgendes Argument (Rz 33, 34):

„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, der auch als einzige Instanz über solche Verletzungen durch generelle Normen, nämlich Gesetze und Verordnungen, abprechen soll und als einzige Instanz

³ Vgl zB EuGH Rs C-162/99, *Kommission/Italien*, Slg 2001 I-541, Rz 22, 33.

⁴ *EuGH* Rs C-188/10, C-189/10, *Melki/Abdeli*, Slg 2010 I-5665.

des Arbeitsrechts erhoben werden (vgl. Urteil Levez, Randnr. 42).“

die Befugnis zur Aufhebung solcher Normen hat. [...] Wie vorhin dargelegt, erfüllt die Grundrechte-Charta für den Anwendungsbereich des Unionsrechts aber jedenfalls in vielen ihrer Bestimmungen – den ‚Rechten‘ – die gleiche Aufgabe, wie sie verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte für den (autonomen) österreichischen Rechtsbereich leisten. [...] Es würde dem Konzept der österreichischen Bundesverfassung einer zentralisierten Verfassungsgerichtsbarkeit widersprechen, wenn der Verfassungsgerichtshof über vielfach inhaltsgleiche Rechte der Grundrechte-Charta nicht absprechen könnte.“

Diese Passage erklärt die Entscheidung besser als sie sie begründet. Was die Konzentration des Grundrechtsschutzes beim VfGH anbelangt, war wohl der Wunsch der Vater des Gedankens, denn die Behauptung trifft ja offensichtlich nicht zu: Grundrechtsschutz haben alle untergeordneten Rechtsschutzinstanzen zu gewähren, und im gesamten Straf- und Zivilrechtsbereich obliegt auch der höchstgerichtliche Grundrechtsschutz nicht dem VfGH, sondern dem OGH. Richtig ist, dass das B-VG die Normenkontrolle beim VfGH monopolisiert, doch auch das ist hier nicht relevant: Die Wahrung von Verfassungskonzepten kann zwar ein verfassungspolitisches oder (in gewissen Grenzen auch) verfassungsrechtliches Argument darstellen und natürlich für die Auslegung von Verfassungsbestimmungen eine Rolle spielen; der VfGH gebraucht sie aber gar nicht autonom, sondern nur zur Stützung seiner Argumentation aus dem unionsrechtlichen Äquivalenzprinzip. Für dieses kommt es aber eben nur auf die gleiche Effizienz des Rechtsschutzes, nicht hingegen auf seine Übereinstimmung mit mitgliedstaatlichen Verfassungskonzepten ohne Bezug zur Effektivität des Rechtsschutzes der betroffenen Parteien an. Im Übrigen bildet der unionsrechtliche Kontext das denkbar schlechteste Anwendungsfeld für Rechtsschutzkonzentration, macht doch gerade der diffuse Charakter des unionsrechtlichen Rechtsschutzes in den Mitgliedstaaten (einschließlich der über den Anwendungsvorrang bewirkten Normenkontrolle) ein Wesensmerkmal des Systems aus.

Insgesamt stellt der VfGH also einen Günstigkeitsvergleich eher für seine eigene Stellung im Rechtssystem als für die Beschwerdeführer an. Den europarechtlichen Punkt trifft er damit nicht.

Eine nähere Betrachtung verdienen auch die Aussagen des Gerichtshofs zur Vorlagepflicht. Der VfGH gibt sich zunächst als Musterschüler und kündigt Vorlagen zur Klärung der Auslegung von Chartarechten an (Rz 40), fügt freilich gleich zwei weit reichende Ausnahmen hinzu: Von der Vorlagepflicht fühlt er sich entbunden, wenn „insbesondere vor dem Hintergrund der EMRK und der der dazu ergangenen Rechtsprechung des EGMR und

anderer Höchstgerichte“ keine Zweifel an der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift bestehen (Rz 40) und wenn die Auslegung eines Chartarechts nicht entscheidungserheblich ist, weil der Fall am Maßstab eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts mit dem gleichen Anwendungsbereich, insbesondere eines Rechts der EMRK, entschieden werden kann (Rz 44).

Die erste Ausnahme – keine Vorlage bei Klärung von Auslegungsfragen durch den EGMR – klingt vernünftig, soweit es um EMRK-gleiche Chartarechte geht. Sie setzt freilich voraus, dass Art 51 Abs 3 Satz 1 GRC die Unionsorgane und damit auch der EuGH bei der Auslegung der Chartarechte an die Auslegung ihrer EMRK-Pendants durch den EGMR bindet und dass Satz 2 dieser Bestimmung einen weitergehenden unionsrechtlichen Schutz des jeweiligen Rechts nur auf der Grundlage anderer Vorschriften, nicht aber einer strengeren Interpretation des EMRK-gleichen Chartarechts erlaubt.⁵ Aber auch wenn es vernünftig wäre: Derart offenkundig, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel bleibt, ist diese voraussetzungsvolle Auslegung des Art 267 AEUV nicht, und schon gar nicht, wenn die Vorlage an den EuGH unter Verweis auf die Rechtsprechung „anderer Höchstgerichte“, möglicherweise auch zu Chartarechten, die auf gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten beruhen, unterbleiben soll.

Die zweite Ausnahme verblüfft – nicht weil sie nicht einleuchten würde, sondern weil sie die erste Ausnahme und vor allem die zuvor getroffene Grundaussage in Frage stellt. Wenn es ohnehin ein EMRK-Pendant zum fraglichen Chartarecht gibt, dann lässt sich der Fall immer aufgrund der österreichischen Verfassungslage entscheiden. Und wenn deshalb die Vereinbarkeit mit einem Chartarecht nicht entscheidungserheblich ist, bleibt unerklärlich, warum dieses Chartarecht, überhaupt und aus europarechtlichen Gründen, zum verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab gemacht werden soll. Nimmt man also diese Aussage ernst, können nur jene Chartarechte Prüfungsmaßstab sein, die über verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte hinausgehen. Ob der VfGH das sagen wollte?

Doch auch zum Umfang seiner Vorlagepflicht war der VfGH mangels Entscheidungserheblichkeit der Frage nicht vorlagepflichtig, denn an seine eigene Auslegung hat er sich im konkreten Fall nicht gehalten: Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen den Antragstellern im Asylverfahren das in Art 47 GRC gewährleistete Recht auf eine mündliche Verhandlung vor einem Gericht vorent-

⁵ In diese Richtung zB *Borowśky*, Art 52, in: Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union³ (2011) Rz 37, 39 mwN.

halten werden darf, haben bisher mangels Zuständigkeit bzw Gelegenheit weder der EGMR noch der EuGH entschieden, noch verweist der VfGH dazu auf Entscheidungen anderer Höchstgerichte. Die Antwort auf die Frage liegt nicht auf der Hand, und sie kann auch nicht anhand eines EMRK-Rechts mit gleichem Anwendungsbereich entschieden werden. Hier also hätte der VfGH eine Vorabentscheidung des EuGH einholen müssen. Dass er es bei der ersten Gelegenheit nicht getan hat, stärkt sein Kooperationsbekenntnis nicht gerade.

Damit sind wir bei den konkreten Beschwerden, die erfolglos blieben, weil im konkreten Fall eben kein Recht auf mündliche Verhandlung bestehe. Dazu nur wenige Bemerkungen:

- Die vom VfGH zitierten Entscheidungen des EGMR zur Beschränkbarkeit des Rechts auf eine mündliche Verhandlung aus Art 6 EMRK tragen diese Feststellung nicht.
- Dass im Asylverfahren, in dem es um befürchtete politische Verfolgung, Folter oder Tod geht, weitergehende Beschränkungen der Verfahrensgarantien als in Verfahren über (manchmal nicht besonders gewichtige) strafrechtliche Anklagen und civil rights möglich sein sollen (Rz 56), lässt sich mit dem (laut VfGH hier anwendbaren) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art 52 Abs 1 GRC schlecht vereinbaren.
- Der VfGH hält eine mündliche Verhandlung ua dann für verzichtbar, wenn „der Sachverhalt, aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint“ (Rz 64). Die Erfahrung lehrt jedoch, dass der Schein trügen kann und dass sich solche Sachverhalte nach einer mündlichen Verhandlung oft ganz anders darstellen als vorher. Gerade deshalb gibt es sie ja.
- Ganz besonders gilt das, wenn es, wie häufig in Asylverfahren und anscheinend auch in den Beschwerdefällen (Rz 4, 11), um die Glaubwürdigkeit der Antragsteller geht.
- Überhaupt nicht berücksichtigt hat der VfGH, dass eine öffentliche mündliche Verhandlung auch das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichtsbarkeit stärken soll.
- Ob schließlich der Sachverhalt in den konkreten Verfahren tatsächlich geklärt erscheinen konnte oder das Vorbringen der Antragsteller zweifelsfrei tatsachenwidrig war, hat der VfGH, soweit aus dem Entscheidungstext erkennbar, nicht überprüft.

Insgesamt hat der Gerichtshof also viel Aufwand für wenig Rechtsschutz auf sich genommen.

III. Wenn man die Entscheidung auch aus dogmatischer Sicht in einigen Punkten kritisieren kann, so versteht man doch ihr Anliegen gut: Der VfGH wehrt sich gegen einen drohenden Bedeutungsverlust.

Bedeutung verliert er durch die Europäisierung des Rechts, vor allem der Grundrechte, auf zweierlei Weise. Zum einen werden die nationalen Grundrechte immer mehr durch europäische Grundrechte verdrängt, ersetzt oder überlagert, und in diesem stark wachsenden Bereich hat der VfGH nicht mehr das letzte Wort, sondern kann oft nur mehr Straßburger und Luxemburger Vorgaben umsetzen. Bei der EMRK haben wir uns daran gewöhnt, bei den EU-Grundrechten ist das noch nicht so selbstverständlich und auch noch nicht so weit gediehen. Unabhängig davon, ob die EU-Grundrechte schon vorher rechtlich dieselben waren, hat der VfGH vermutlich recht, wenn er im Inkrafttreten der Grundrechte-Charta eine Änderung erblickt: Faktisch wird die Charta wohl zu einem Bedeutungsschub der EU-Grundrechte und einem weiteren Bedeutungsverlust der nationalen Grundrechte führen.

Dazu kommt, dass die EU-Grundrechte, anders als jene der EMRK, nicht nur durch ein europäisches Gericht ausgelegt, sondern in vielen Fällen auch sekundärrechtlich präzisiert und ausgestaltet werden. Das ist etwa bei der Freizügigkeit der Unionsbürger oder in weiten Bereichen der Grundfreiheiten der Fall, und ein besonders markantes Beispiel wird bald das Datenschutzgrundrecht des Art 8 GRC bilden, wenn, wie geplant, an die Stelle der Datenschutzrichtlinie eine sehr umfassende Verordnung tritt, die nicht nur den grenzüberschreitenden Datenverkehr, sondern alle auch nur innerstaatlichen Datenverwendungen erfasst. Für ein nationales Grundrecht auf Datenschutz wird dann kaum mehr Raum bleiben, und die mitgliedstaatliche Datenschutzjudikatur wird, wenn überhaupt, allenfalls als Inspirationsquelle für europäische Standards eine gewisse Bedeutung behalten.⁶

Das ist aber nicht alles, und aus der Sicht eines spezialisierten Verfassungsgerichts noch nicht einmal das Schlimmste. Der Umgang des VfGH mit der EMRK zeigt, dass ein Verfassungsgericht auch wichtig bleiben kann, wenn die Letztentscheidung auf einer überstaatlichen Ebene getroffen wird. Voraussetzung dafür ist freilich eine privilegierte innerstaatliche Stellung: Diese verschaffen dem VfGH die bloß subsidiäre Anrufbarkeit des EGMR und sein Normprüfungsmonopol auch am Maßstab der EMRK. Der VfGH muss (im Umfang seiner innerstaatlichen Zuständigkeit) immer vor dem EGMR mit einer potentiellen Grundrechtsverletzung befasst werden, und auch zur Beseitigung genereller Normen, an denen der Gesetz- oder Ordnungsgeber festhält, kommt man an ihm nicht vorbei.

Bei EU-Grundrechten ist das jedoch anders, und dies ist die zweite Art von Bedeutungsverlust für

⁶ Vgl aus deutscher Sicht *Masing*, Ein Abschied von den Grundrechten, *Süddeutsche Zeitung* 9.1.2012.

den VfGH. Niemand muss zuerst den VfGH anrufen, um den Weg zum EuGH freizumachen; vielmehr können alle Gerichte, darunter auch solche, die Gesetze beim VfGH nicht anfechten dürfen, dem EuGH Auslegungsfragen vorlegen; und jede Behörde, ob Verwaltungsinstanz oder Gericht, muss innerstaatliche Normen, die mit den EU-Grundrechten unvereinbar sind, auch ohne Befassung des VfGH unangewendet lassen. Das Europarecht organisiert auf diese Weise eine Zusammenarbeit der mitgliedstaatlichen Gerichte mit dem EuGH, in der aber der VfGH kaum eine Rolle spielt, auch wenn es um Grundrechte geht.

Das zeigen auch ein paar Zahlen.⁷ Seit dem Beitritt zur EU gab es 393 Vorlagen österreichischer Rechtsschutzinstanzen an den EuGH, davon 48 mit einem offensichtlichen Grundrechtsbezug; zählt man die Grundfreiheiten, die ja in die Charta aufgenommen wurden, auch zu den Grundrechten, sind es noch viel mehr. Davon stammen 78 vom OGH, 64 vom VwGH, 24 vom Bundesvergabeamt, 19 von Oberlandesgerichten, 12 vom Handelsgericht Wien, 50 von Landesgerichten, 6 von Bezirksgerichten, 13 vom UFS, 42 von UVS, 20 von diversen Sonderrechtsschutzinstanzen der Verwaltung – und drei vom VfGH. Der Dialog mit dem EuGH, auch der Grundrechtsdialog, läuft also am VfGH vorbei.

Das ist es, was die besprochene Entscheidung verhindern oder zumindest mildern will. Der VfGH möchte in Grundrechtsfragen ein wichtiger und vielleicht gegenüber anderen österreichischen Rechtsschutzinstanzen auch ein privilegierter Dialogpartner des EuGH sein, der österreichische Fälle filtert, sie bei entsprechenden Voraussetzungen selbst klärt, sonst für den EuGH aufbereitet und nach einer Vorabentscheidung die für das österreichische Rechtssystem passenden Konsequenzen auch mit genereller Wirkung zieht. Vermutlich sieht er sich gemeinsam mit den Verfassungsgerichten der anderen Mitgliedstaaten auch als besonders geeigneten Impulsgeber für die Weiterentwicklung des EU-Grundrechtsschutzes und damit als Teil eines besonderen europäischen Grundrechtsschutzverbundes. Kann nun die vorliegende Entscheidung zu seiner Erfüllung beitragen?

Auf den ersten Blick liegt eine skeptische Antwort nahe, denn die entscheidende Parameter für die Stellung des VfGH liegen nicht im österreichischen Verfassungsprozessrecht, sondern sie ergeben sich aus unionsrechtlichen Entwicklungen und Grundsätzen, die sich einer verfassungsgerichtlichen Gestaltung entziehen. Die Europäisierung der Grundrechtsordnung, das Wachsen des Anwendungsbereichs der europäischen Grundrechte, der

direkte Kontakt von allen mitgliedstaatlichen Gerichten mit dem EuGH und die diffuse europarechtliche Normenkontrolle in den Mitgliedstaaten prägen die Situation in allen Mitgliedstaaten, und deshalb ist der Bedeutungsverlust der Verfassungsgerichtsbarkeit auch kein spezifisch österreichisches Problem, sondern eine allgemeiner Trend.⁸ Die vorliegende Entscheidung kann an diesen Voraussetzungen nichts ändern, und der VfGH weist auch ausdrücklich darauf hin, dass alle Gerichte, die Normen wegen Chartawidrigkeit bei ihm anfechten, nach wie vor berechtigt sind, eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen (Rz 41).

Bei näherem Hinsehen muss die Antwort aber trotzdem nicht negativ ausfallen. Wenn die Entscheidung auch die europarechtlichen Rahmenbedingungen nicht ändern kann, so eröffnet sie doch den Rechtsschutzsuchenden und -instanzen in Österreich mehr Wahlmöglichkeiten, weil sie nun bei Chartawidrigkeit zumindest auch den VfGH anrufen können, und dem VfGH damit mehr Gelegenheiten zur Teilnahme am europäischen Grundrechtsdialog. Wie genau die innerösterreichische Gerichtskooperation funktionieren könnte, ist noch nicht ganz klar. Am ehesten dürfte der Vorstellung des VfGH entsprechen, dass die zur Anfechtung von Normen berechtigten Instanzen nach Art 89 Abs 2 B-VG (und einer Änderung der Präjudizialitätsjudikatur) auch bei Chartawidrigkeit dazu verpflichtet sind, und dass sie bis zur Entscheidung des VfGH zwar allenfalls ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH richten, aber – vielleicht wegen § 62 Abs 3 VfGG – noch keine Entscheidung des Falls, auch nicht durch Nichtanwendung einer chartawidrigen österreichischen Norm, treffen dürfen. Das wäre freilich genau jene *Simmmenthal*-Situation, die der EuGH für rechtswidrig erklärt hat.⁹ Aber auch wenn die anderen Gerichte in jedem Verfahrensstadium zwischen Vorlage und Anfechtung wählen dürfen, ist der VfGH zumindest wieder mit im Spiel.

So oder so muss er aber die anderen Gerichte überzeugen: von seiner Auslegung des Äquivalenzgrundsatzes, weil sie ein anderes Gericht ja bezweifeln und seinerseits zum Gegenstand einer Vorlage an den EuGH machen und so uU zu Fall bringen könnte; allenfalls von der Verpflichtung der ande-

⁸ Vgl nur zum „Schwinden“ des deutschen Bundesverfassungsgerichtes *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht (2011) 9 (60 ff); ähnlich *Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, aaO, 281 (402).

⁹ EuGH Rs 106/77, *Simmmenthal*, Slg 1978, 629. Die zitierte *Melki*-Entscheidung ändert daran nichts, weil sie Zwischenverfahren zur Prüfung der Unionsrechtskonformität gerade nicht zum Gegenstand hatte: *EuGH* (FN 4) Rz 46 ff.

⁷ Für die Aufbereitung des Materials danke ich *Teresa Habjan*.

ren Gerichte, mit Vorrangentscheidungen zugunsten einer Anfechtung beim VfGH zuzuwarten, weil diese Pflicht europarechtswidrig und deshalb ebenfalls vorabentscheidungsträchtig sein könnte; jedenfalls aber von der Nützlichkeit der Anrufung des Schmiedls statt des Schmieds. Das könnte gelingen, wenn der VfGH die anderen Gerichte respektvoll behandelt, schnell reagiert und ihnen gegebenenfalls die Arbeit abnimmt, auch für Nichtösterreicher gut erklärte und begründete Vorlagefragen an den EuGH zu richten sowie dessen manchmal etwas kryptische Antworten im fortgesetzten Verfahren mit Sinn für Einzelfall und Rechtssystem zu berücksichtigen.

Schließlich muss er noch die Verfassungsgerichte der anderen Mitgliedstaaten überzeugen, dass auch sie Chartarechte wie innerstaatliche Grundrechte behandeln müssen. Gelingt dem VfGH auch das, hat er tatsächlich die Rechtsgeschichte umgeleitet.

IV. Ob das so kommt, ist unsicher. Zuversichtlich stimmt aber, dass der Jubilar die weitere Entwicklung nicht nur in bemerkenswerter geistiger Frische verfolgen, sondern mit ungebrochener Schaffenskraft mitgestalten kann.

Korrespondenz: Dr. Franz Merli, Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre an der Universität Graz, Universitätsstraße 15/D3, A-8010 Graz; franz.merli@uni-graz.at

JusPortal.at



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