

Prof. Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider
Ordinarius für Öffentliches Recht

Hubertusstr. 6
90491 Nürnberg

An den
Verfassungsgerichtshof Österreich
Judenplatz 11

A-1010 Wien

3. Oktober 2008

Antrag gemäß Art. 140a Abs. 1 in Verbindung mit
Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG
Antrag auf andere Abhilfe

– Antragsteller –

gegen

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

– Antragsgegner –

Diesen Schriftsatz hat Prof. Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider, Erlangen-
Nürnberg, vorbereitet.

INHALT

<i>Anträge</i> _____	<i>1</i>
I. Antrag gemäß Art. 140a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG	
II. Antrag auf andere Abhilfe _____	2
<i>Sachverhalt</i> _____	<i>3</i>
1. Teil - Zulässigkeit der Anträge _____	5
I. Antrag zu I. - Art. 1; Art. 26 mit Art. 24; Art. 44 Abs. 3 B-VG;	
Widerstandsrecht _____	5
1. Politische, bürgerliche und allgemeine Freiheit und Gleichheit (Art. 1 B-VG) _____	6
a), aa) Verletzung der politischen Freiheit und politischen Gleichheit als verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten _____	6
bb) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller in der politischen Freiheit und politischen Gleichheit _____	15
b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit _____	21
2. Recht auf Vertretung durch den Nationalrat in der Gesetzgebung (Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 24 B-VG) _____	24
a) Verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Vertretung durch den Nationalrat in der Gesetzgebung _____	24
b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller in dem Recht auf Vertretung durch den Nationalrat in der Gesetzgebung _____	33
3. Recht auf Abstimmung bei Gesamtänderung der Bundesverfassung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG _____	35
a) Verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Abstimmung des gesamten Bundesvolkes bei Gesamtänderung der Bundesverfassung _____	35
aa) Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht durch Staatsvertrag _____	35
bb) Subjektives Recht auf Abstimmung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG _____	39
cc) Beitrittsstaatsvertrag ohne vorherige Gesamtänderung der Bundesverfassung _____	41
dd) Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Vertrag von Lissabon ohne Abstimmung des gesamten Bundesvolkes _____	43
b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller im Abstimmungsrecht aus Art. 44 Abs. 3 B-VG _____	45
4. Widerstandsrecht _____	47

a) Widerstandslage und Widerstaatsrecht	47
b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller durch die Widerstandslage	48
II. Antrag zu II. - Recht auf andere Abhilfe	48
1. Widerstandslage, Widerstandsrecht und Recht auf Abhilfe	48
2. Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller in ihrem Recht auf ihre freiheitliche und gleichheitliche Verfassung	50
III. Kundmachung des Vertrages von Lissabon ohne Relevanz für den Verfassungsrechtsschutz	51
IV. Der Verfassungsrechtsschutz gegen die europäische Integration Österreichs nach der Ablehnung des Vertrages von Lissabon durch die Iren	52
1. Rechtsschutz der unabänderlichen Verfassungsprinzipien Österreichs	52
2. Verfassungsrechtsschutz gegen die Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union	55
3. Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Vertrag von Lissabon	56
2. Teil - Begründetheit der Anträge	58
A. - Existentielle Staatlichkeit des Unionsstaates ohne demokratische Legitimation	64
I. Existentielle Staaten und existentielle Staatlichkeit im Bundesstaat	64
II. Republik Österreich als unechter Bundesstaat – existentielle Staatlichkeit der Länder Österreichs	78
III. Substantielle und existentielle Staatlichkeit der Union	82
IV. Existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die Integrationsgrenzen Österreichs	104
V. Kritik der Integration zum europäischen Bundesstaat mit einer existentiellen Union	108
B. - Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten, Herkunftslandprinzip, Unternehmensbegriff	115
I. Diskriminierungsverbot	116
II. Grundfreiheiten	118
1. Arbeitnehmerfreizügigkeit	118

2. Niederlassungsfreiheit _____	123
3. Kapitalverkehrsfreiheit _____	135
III. Integrationismus zu Lasten der nationalen Gesetzgebung _____	140
IV. Herkunftsland- oder Anerkennungsprinzip zu Lasten der nationalen Gesetzgebung _____	152
V. Selbstermächtigung des Europäischen Gerichtshofs durch seinen Unternehmensbegriff _____	165
<i>C. - Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik _____</i>	<i>168</i>
I. Wirtschaftspolitik _____	168
II. Währungspolitik _____	186
III. Haushaltspolitik _____	191
IV. Beschäftigungspolitik _____	198
V. Sozialpolitik _____	202
<i>D. - Unionspolitik der inneren Sicherheit als existentielle Entstaatlichung der Mitgliedstaaten _____</i>	<i>206</i>
I. Existentielle Gebietshoheit der Europäischen Union _____	209
II. Justizpolitik in Zivilsachen _____	212
III. Justizpolitik in Strafsachen _____	213
IV. Polizei _____	220
V. Europäischer Haftbefehl _____	223
<i>E. - Grundrechtspolitik der Union _____</i>	<i>228</i>
I. Konventsverfahren _____	228
II. Grundrechtelage in der Europäischen Union _____	229
III. Grundrechte als Erkenntnisse der praktischen Vernunft _____	234
IV. Liberalistische, statt republikanischer Konzeption _____	236
V. Soziale Rechte _____	243

VI. Arbeitnehmerrechte	245
VII. Ökologische, biologische und gesundheitliche Rechte und Grundsätze	247
VIII. Prozedurale Rechte	249
IX. Ermöglichung der Todesstrafe und der Tötung	251
X. Keine Grundrechtebeschwerde	254
XI. Unionsstaat als existentieller Verfassungsstaat	255
F. - Verlust der existentiellen Rechtshoheit der Mitgliedstaaten	258
I. Integrationistische Judikatur des Europäischen Gerichtshofs	261
II. Extensive Textauslegung und textlose Rechtsgrundsätze	268
III. „Recht“ im Sinne des Art. 9f (19) Abs. 1 Uabs. 1 S. 2 EUV	271
IV. Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts und begrenzte Befugnisse der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit	276
V. Einheit des Gemeinschaftsrechts als Hebel der vertragswidrigen Integration	280
VI. Demokratisches Defizit der Unionsgerichtsbarkeit	287
VII. Unionsgerichte als völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane	293
G. - Verteidigungs(Militär)hoheit	298
I. Verlust existentieller Verteidigungshoheit der Mitgliedstaaten	298
II. Immerwährende Neutralität	303
H. - Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union	305
I. Flexibilitätsklausel	305
II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung	307
III. Vereinfachte Änderungsverfahren	309
1. Art. 48 Abs. 6 EUV	309
2. Art. 48 Abs. 7 EUV	314
IV. Unionsbürgerschaft	314
V. Subsidiarität	317

<i>J. - Zunehmende Demokratiedefizite in der Europäischen Union</i>	323
3. Teil - Spezifische Begründung der Verfassungswidrigkeit des Vertrages von Lissabon	336
I. Vereinfachtes Änderungsverfahren	337
II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung	341
III. Flexibilitätsklausel	344
IV. Bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung	346
V. Vorrang des Unionsrechts	357
VI. Immerwährende Neutralität	363

Prof. Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider
Ordinarius für Öffentliches Recht

Hubertusstr. 6
90491 Nürnberg

An den
Verfassungsgerichtshof Österreich
Judenplatz 11

A-1010 Wien

3. Oktober 2008

Antrag gemäß Art. 140a Abs. 1 in Verbindung mit
Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG
Antrag auf andere Abhilfe

– Antragsteller –

gegen

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

– Antragsgegner –

Diesen Schriftsatz hat Prof. Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider, Erlangen-
Nürnberg, vorbereitet.

Anträge

I. Antrag gemäß Art. 140a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG

Namens und in Vollmacht der Antragsteller beantrage ich, festzustellen, daß das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union vom 9. September 1994 (BGBl. 1994/744), der Vertrag über den des Königreichs Norwegen, der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden zur Europäischen Union vom 26. April 1994 (EU-Beitrittsvertrag, BGBl. 1995/45), in Kraft getreten am 1. Januar 1995, soweit er die Mitgliedschaft der Republik Österreich in der Europäischen Union begründet, das Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundesverfassungsgesetz in der Fassung von 1929 geändert wird, abgekürzt (EU-BegleitBVG, BGBl. 1994/1013), das Bundesverfassungsgesetz über den Abschluß des Vertrages von Amsterdam vom 4. Juni 1998 (BGBl. I 1998/76), in Kraft getreten am 12. Mai 1998, und den Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997, in Kraft getreten am 1. Mai 1999, das Bundesverfassungsgesetz über den Abschluß des Vertrages von Nizza vom 8. November 2001 (BGBl. I 2001/120), in Kraft getreten am 19. November 2001 und den Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001, in Kraft getreten am 1. Februar 2003, sowie den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 zur Änderung des Vertrages für die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (ABL EU vom 7. Dezember 2007, 2007/C-306/01), welche der Nationalrat am 9. April 2008 genehmigt, dem der Bundesrat am 24. April 2008 zugestimmt und den der Bundespräsident am 28. April 2008 ratifiziert hat, gegen das Bundesverfassungsgesetz verstoßen, insbesondere gegen Art. 1 B-VG, gegen Art. 26 Abs. i.V.m. Art. 24 B-VG, gegen Art. 44 Abs. 3 B-VG sowie gegen Art. 9 Abs. 2 B-VG und die Antragsteller/Beschwerdeführer in ihren verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten aus Art. 1-BVG, Art. 26 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 B-VG und Art. 44 Abs. 3 B-VG sowie in dem ungeschriebenen Widerstandsrecht verletzt.

II. Antrag auf andere Abhilfe

Namens und in Vollmacht der Antragsteller beantrage ich, gestützt auf Art. 1 B-VG, andere Abhilfe zum Schutz der österreichischen Verfassungsordnung dadurch zu geben, daß die im Antrag zu I. aufgeführten Rechtsakte wegen Verstoßes gegen Art. 1 und Art. 2 B-VG und die weiteren Baugesetz der Republik Österreich in Österreich für unanwendbar erklärt werden.

Sachverhalt

Die Republik Österreich ist seit dem 1. Januar 1995 Mitglied der Europäischen Union. Am 12. Juni 1994 ist eine Abstimmung des gesamten Bundesvolkes über das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union durchgeführt worden. Das Beitrittsbundesverfassungsgesetz hat in Artikel I die „zuständigen Organe ermächtigt, den Staatsvertrag über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union entsprechend dem am 12. April 1994 von der Beitrittskonferenz festgelegten Verhandlungsergebnis abzuschließen.“ Der Beitrittsvertrag selbst war noch nicht geschlossen. Er ist am 24. Juni 1994 in Korfu unterzeichnet worden. Die Mehrheit derer, die sich an der Abstimmung beteiligt haben, haben für dieses Gesetz gestimmt. Aufgrund dieses Beitrittsbundesverfassungsgesetzes ist die Republik Österreich in dem Vertrag über den Beitritt des Königreichs Norwegens, der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schwedens zur Europäischen Union vom 26. April 1994, der am 1. Januar 1995 in Kraft getreten ist, der Europäischen Union beigetreten. Der Beitrittsvertrag wurde am 13. Januar 1995 neben anderen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft kundgemacht. Der Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 und der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 einschließlich dessen Änderungen zuletzt durch den Vertrag über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag) wurden erst 1999 kundgemacht. Am 4. Juni 1998 wurde das Bundesverfassungsgesetz über den Abschluß des Vertrages von Amsterdam erlassen, das am 10. Juni 1998 kundgemacht wurde und (bereits) am 12. Mai 1998 in Kraft getreten ist. Der Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 ist am 1. Mai 1999 in Kraft getreten und am 18. Juni 1998 kundgemacht worden. Am 8. November 2001 wurde das Bundesverfassungsgesetz über den Abschluß des Vertrages von Nizza erlassen, das am 16. November 2001 kundgemacht wurde und am 17. November 2001 in Kraft getreten ist. Der Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001 ist am 1. Februar 2003 in Kraft getreten. Er wurde am 21. November 2001 kundgemacht. Nach dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und vor den genannten Verträgen und auch nach diesen sind weitere Verträge im Rahmen der Europäischen In-

tegration geschlossen worden, insbesondere Beitrittsverträge, aber auch der Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004 aufgrund des Bundesverfassungsgesetzes über den Abschluß des Vertrages über eine Verfassung für Europa, dessen Inkrafttreten an den Ablehnungen in der Republik Frankreich und in den Niederlanden gescheitert ist, aber auch in der Bundesrepublik Deutschland nicht die gesetzliche Zustimmung gefunden hatte. Am 13. Dezember 2007 wurde in Lissabon der Vertrag zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unterzeichnet, welchen der Nationalrat am 9. April 2008 genehmigt, dem der Bundesrat am 24. April zugestimmt und den der Bundespräsident am 28. April 2008 ratifiziert hat. Der Vertrag von Lissabon ist auf der Grundlage des geänderten Art. 50 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 4 B-VG geschlossen worden. Der Vertrag von Lissabon ist noch nicht in Kraft getreten und noch nicht kundgemacht. Die Republik Irland hat den Vertrag in der Volksabstimmung vom 12. Juni 2008 abgelehnt.

Die Verfassungsklage richtet sich gegen die im Sachverhalt angeführten Rechtsakte der Republik Österreich. Mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit dieser Rechtsakte, insbesondere des Staatsvertrages über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union entfällt auch die Grundlage für die Verbindlichkeit der verschiedenen im Sachverhalt nicht näher aufgeführten Verträge und sonstigen Rechtsakte der Europäischen Union in Österreich.

1. Teil

Zulässigkeit der Anträge

I.

Antrag zu I.

Art. 1; Art. 26 mit Art. 24; Art. 44 Abs. 3 B-VG; Widerstandsrecht

Der Antrag nach Art. 140a Abs. 1, Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG ist zulässig (und begründet), weil die Antragsteller als Bürger durch die im Antrag zu I. aufgeführten Bundesverfassungsgesetze, Staatsverträge und weiteren Rechtsakte und insbesondere durch die Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon vom 13. Dezember 2007 durch die Bundesregierung, dessen Genehmigung durch den Nationalrat, die Zustimmung des Bundesrates und die Ratifikation durch den Bundespräsidenten in seinen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der politischen Freiheit und politischen Gleichheit aus Art. 1 B-VG und auf Vertretung durch den Nationalrat aus Art. 26 Abs. 1 und Art. 24 B-VG und auf Abstimmung bei Gesamtänderungen der Bundesverfassung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG selbst, unmittelbar und aktuell verletzt werden. Auch das Recht des Widerstandes aus Art. 1 B-VG trägt die Zulässigkeit (und Begründetheit) des Antrages, ebenso wie der Grundsatz der Menschenwürde.

1. Politische, bürgerliche und allgemeine Freiheit und Gleichheit (Art. 1 B-VG)

a), aa) Verletzung der politischen Freiheit und politischen Gleichheit als verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten

Aus Art. 1 B-VG folgen die verfassungsrankigen Rechte der politischen Freiheit und der politischen Gleichheit der Bürger. Das Gleichheitsprinzip ist zudem in Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG verankert. Eine „demokratische Republik“ ist ein Gemeinwesen von freien und in der Freiheit gleichen Menschen. Wenn „das Recht vom Volk ausgeht“, ist der Geltungsgrund des Rechts die Freiheit und die Gleichheit der Bürger, deren Willensautonomie und deren Willensgleichheit. Die demokratische Republik ist die Staatsform der allgemeinen politischen Freiheit und der politischen Gleichheit¹. Das Fundamentalprinzip Österreichs, der „demokratischen Republik“, in der (logisch) „das Recht vom Volk ausgeht“, ist identisch mit der politischen Freiheit und Gleichheit² der Bürger. Kein anderes Rechtsprinzip Österreichs bedarf mehr des verfassungsrechtlichen und verfassungsgerichtlichen Schutzes als die politische Freiheit, die den Bürgern verantwortlich für sein Gemeinwesen, seine Republik, macht und ihm dadurch das Recht gibt und die Pflicht auferlegt, die Verfassungsordnung seiner Republik zu verteidigen. Diese politische Freiheit ist allgemein

¹ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Aufl. 2007, Rdn. 148, S. 79, Rdn. 1348, S. 642; W. Berka, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, 1999, Rdn. 1 ff., S. 1 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi. Grundlegung einer allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 14 ff., 71 ff., 111 ff., 275 ff., 410 ff., 441 ff., 519 ff.; ders., Freiheit in der Republik, 2007, S. 44 ff., 67 ff., 115 ff., 318 ff., 391 ff., 405 ff., 440 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, 2006, S. 22 ff.

² G. Winkler, Studien zum Verfassungsrecht, 1991, S. 54; auch W. Antonioli, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in: FS A. Merkl, 1971, S. 33 (35); P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 2000, Art. 1 B-VG, Rdn. 26 f.; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 148, S. 79, Rdn. 1348, S. 642.

und damit zugleich das Prinzip der politischen Gleichheit. Der Bürger entfaltet seine Bürgerlichkeit in einem freiheitlichen Gemeinwesen, in der Republik. Als solcher entfaltet er sich vor allem durch seine Teilhabe an der politischen und damit staatlichen Willensbildung. Sonst wäre die freie Entfaltung des Menschen liberalistisch auf den nichtstaatlichen, den gesellschaftlichen, privaten Bereich beschränkt. Ohne politische Freiheit ist der Mensch im eigentlichen Sinne kein Bürger. Die politische Freiheit findet in besonderen Menschen- und Grundrechten, wie vor allem dem Recht der freien Meinungsäußerung des Art. 10 Abs. 1 MRK, der Pressefreiheit des Art. 13 Abs. 2 StGG und Z.2 des Beschlusses der Prov. NV von 1918 und der Vereins- und Versammlungsfreiheit des Art. 12 StGG und Art. 11 EMRK, aber auch in dem Recht, den Nationalrat zu wählen und durch den Nationalrat vertreten zu werden, das Art. 26 Abs. 1 und Art. 24 B-VG regeln, und in dem Recht aus Art. 44 Abs. 3 B-VG, über Gesamtänderungen der Bundesverfassung abzustimmen, eine besondere Ausgestaltung. Diese Rechte hat jeder Bürger in gleicher Weise. Sie sind somit auch Ausdruck der politischen Gleichheit. Das verdrängt aber nicht das allgemeine Recht der politischen Freiheit. Die politische Freiheit und politische Gleichheit verwirklichen sich wesentlich im Staat und damit nach Maßgabe des den Staat verfassenden Verfassungsgesetzes. Gerade die politische Freiheit und politische Gleichheit materialisieren das Recht der Menschenwürde, der sich Österreich als einem „allgemeinen Wertungsgrundsatz seiner Rechtsordnung“³ auch durch seine Zustimmung zur Grundrechte-Charta der Europäischen Union (Art. 1) verpflichtet weiß. Die Menschenwürde vermag sich nur in einem freiheitlichen Gemeinwesen, einer demokratischen Republik, welche durch die Prinzipien Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit defi-

³ P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004, S. 674 f.; ders., Ungeschriebene Grundrechte und Grundprinzipien, FS Öhlinger, 2004, S. 461 ff.; Th. Öhlinger, Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2007, Rdn. 748, S. 326; vgl. W. Berka, Die Grundrechte, S. 1 ff., Rdn 1 ff.; vgl. auch P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 26; auch H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Kommentar, Art. 1 B-VG (2001), Rdn. 6.

niert ist, zu entfalten⁴. Demgemäß bekräftigt die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten in der Präambel (3. Erwägung) „den tiefen Glauben“ der Mitglieder des Europarats „an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden und die am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung sowie durch ein gemeinsames Verständnis und eine gemeinsame Achtung der diesen Grundfreiheiten zugrunde liegenden Menschenrechte gesichert werden“. Die Verweigerung eines Grundrechtsschutzes der politischen Freiheit und politischen Gleichheit ist die Trennung der Politischen Klasse, der Obrigkeit, von den Gewaltunterworfenen, den Untertanen, die Bürger genannt werden. Der Dualismus von grundrechtlicher Freiheit und demokratischer Herrschaft verkennt die Republikanität⁵, auch die Österreichs. Herrschaftlichkeit ist menschheitlich und menschenrechtlich nicht begründbar⁶. Das erweist das Weltrechtsprinzip des Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Es lautet:

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.“

Die politische Freiheit und politische Gleichheit verwirklichen sich zunächst und vor allem im Verfassungsgesetz, das die mit dem Menschen geborenen Rechte, die sich in der Trias von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit erweisen⁷, materialisiert⁸. Wie jede verfassungswidrige Gesetzgebung, welche den

⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1 ff., 14 ff., 71 ff., 234 ff., 253 ff., 441 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 15, 22 ff., 28 ff., 97 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 19 ff., 34 ff., 115 ff., 274 ff., 405 ff.

⁵ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 501 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 391 ff.

⁶ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 71 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 115 ff.

⁷ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 15, 22 ff., 97 ff.; weitere Hinweise in Fn. 4.

Menschen belastet, nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs und auch des deutschen Bundesverfassungsgerichts die allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt⁹, so beeinträchtigt und verletzt den Menschen und Bürger erst recht ein verfassungswidriges Verfassungsgesetz oder eben ein Verfassungsvertrag wie es der Vertrag von Lissabon der Sache nach ist, der die existentielle Staatlichkeit des durch das Verfassungsgesetz verfaßten existentiellen Staates einschränkt und verletzt, der die politischen Verhältnisse entgegen der unabänderlichen Verfassung, der Verfassung der Menschheit des Menschen, grundlegend verändert. Im 2. Teil zur Begründung dieser Antragschrift ist näher dargelegt, daß der Vertrag von Lissabon die existentielle Staatlichkeit Österreichs wesentlich einschränkt und dafür die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union in einem solchen Maße weiterentwickelt, daß die Union zu einem (echten) Bundesstaat wird, einem existentiellen Unionsstaat, der freilich der demokratischen Legitimation entbehrt, weil er nicht durch ein europäisches Volk, eine Unionsbürgerschaft, legitimiert ist. Damit sind auch die politische Freiheit und politische Gleichheit und die demokratischen Rechte in dem geschützten Kernbereich des demokratischen Prinzips und des Freiheits- und Gleichheitsprinzips verletzt¹⁰ (dazu 2.).

Die Entwicklung eines Unionsstaates, zumal eines Bundesstaates mit existentieller Staatlichkeit, überschreitet die Aufgaben und Befugnisse der Verfassungsorgane der Republik Österreich, ist also *ultra vires* und entbehrt damit der Verfassungsgrundlage. Die für eine solche Integration nötige Grundlage kann nur ein Verfassungsgesetz geben, das das Österreichische Volk sich nach Maßgabe des Art. 44 B-VG geben müßte, um seine existentielle Staatlichkeit zu beenden oder einzuschränken, damit eine existentielle Staatlichkeit der Union, ein Europäischer Bundesstaat, geschaffen werden kann. Dieser Bundesstaat müßte freilich demokratisch durch ein Volk der Europäischen Union legitimiert werden, durch ein gemeinsames Verfassungsgesetz, welches sich

⁸ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 86 ff., 94 ff.

⁹ Hinweise in Fn. 26; BVerfGE 6, 32 (37 f.); 19, 253 (257); 63, 88 (108 f.); 80, 137 (153).

¹⁰ Vgl. für Deutschland BVerfGE 89, 155 (182).

die Unionsbürger geben, genauer, welches die Unionsbürgerschaft, das Unionsvolk, konstituiert. Ein solches Unionsvolk kann nicht durch einen Vertrag geschaffen werden, schon gar nicht durch einen Vertrag, welchen Verfassungsorgane schließen, die ihre Aufgaben und Befugnisse überschreiten. Die Politische Klasse ist nicht berechtigt, die Staatsverfassung des Volkes aufzuheben oder auch nur wesentlich zu beeinträchtigen. Dem steht die Verfassungsentscheidung für die österreichische Staatseigenschaft und österreichische Staatlichkeit und für die demokratische Legitimation des Rechts und damit der Ausübung der ganzen Staatsgewalt durch das Österreichische Volk entgegen. Nicht einmal eine Gesamtänderung der Bundesverfassung mit Zustimmung des gesamten Bundesvolkes gemäß Art. 44 Abs. 3 B-VG vermag die fundamentalen Verfassungsprinzipien des Art. 1 B-VG und damit der politischen Freiheit aufzuheben oder auch nur einzuschränken, weil das die Menschenwürde, die Verfassung, die mit jedem Menschen geboren ist, die Menschheit des Menschen, mißachten würde. Das demokratische Prinzip der Republik und damit die Willensautonomie der Bürger als deren politische Freiheit, die (logisch) die politische Gleichheit einschließt, steht nicht zur Disposition der Politik, nicht einmal zu Disposition des Volkes, geschweige denn zur Disposition der Volksvertreter¹¹. Die Integration in die Europäische Union eliminiert aber das demokratische Prinzip weitestgehend aus dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten und damit auch Österreichs.

Die bürgerliche Freiheit der Antragstellers ist aber auch durch die wesentliche Neuordnung der Wirtschaftsverfassung durch die Unionsverträge, zumal durch die wesentliche Weiterentwicklung der Grundrechteordnung einschließlich der Rechtsprechungsgewalt des Gerichtshofs der Europäischen Union, durch die Entwicklung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Europäische Staatsanwaltschaft u.a.), vor allem aber durch die Erweiterung und Vertiefung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, die die Verteidigungspolitik einschließt, die im Vertrag von Lissabon vereinbart sind, beeinträchtigt (und verletzt), zumal die Militarisierung der Europäischen Union

¹¹ K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 281 ff., 293 ff.

und der Mitgliedstaaten „Missionen außerhalb der Union zur Friedenssicherung, Konfliktverhütung und Stärkung der internationalen Sicherheit“, Kriege in aller Welt also, vorsieht, die mit dem Gewaltverbot, dem Prinzip der Nichteinmischung (Art. 2 Abs. 1 UNO-Charta)¹², und erst recht nicht mit der immerwährenden Neutralität Österreichs nicht vereinbar sind.

All die Bestimmungen der Unionsverträge , zunächst des Beitrittsvertrages Österreichs zur Europäischen Union vom 24. Juni 1994 (auf dem Stand des Maastricht-Vertrages der Union vom 7. Februar 1992), der weiteren die primärrechtlichen Verträge ändernden Verträge von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 und von Nizza 26. Februar 2001 und auch der verschiedenen Beitrittsverträge, insbesondere des Vertrages von Lissabon, der die europäische Integration verfestigt und weiterentwickelt, ändern die Verfassung der Menschen und Bürger in Österreich grundlegend und wären mit der politischen/bürgerlichen Freiheit nur vereinbar, wenn sie nicht verfassungs- und staatswidrig wären.

Die politische Freiheit und die politische Gleichheit sind die wichtigsten Rechte des Bürgers im freiheitlichen Gemeinwesen, der Republik. Als solcher entfaltet der Bürger sich vor allem in seiner Teilhabe an der politischen und damit staatlichen Willensbildung, welche durch die entdemokratisierende Übertragung der Hoheitsrechte auf die Europäische Union durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, die weiteren Verträge und zuletzt durch den Vertrag von Lissabon verletzt wird, weil weite Bereiche der existentiellen Staatlichkeit nicht mehr demokratisch und damit nicht mehr durch die Antragsteller legitimiert ausgeübt werden können (und auch gegenwärtig schon nicht mehr ausgeübt werden). Art. 1 B-VG schützt wesentlich die Bürgerlichkeit der Bürger im staatlichen Gemeinwesen. Die politische Freiheit wird ver-

¹² Vgl. dazu *Ch. Hillgruber*, Humanitäre Intervention, Großmachtpolitik und Völkerrecht, *Der Staat* 40 (2001), S. 165 ff.; *H.-J. Blanke*, Menschenrechte als Interventionstitel, *AVR* 1998, S. 257 (264); *D. Thürer/M. Herdegen*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The failed State“, in: *Berichte DGVR* 34 (1996), S. 58 m.N.; *A. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, 2008, S. 167 ff., 175 ff.

letzt, wenn die Staatlichkeit, zumal die existentielle Staatlichkeit, nicht so gestaltet ist, wie es das Bundes-Verfassungsgesetz, das den existentiellen Staat Österreich verfaßt, vorschreibt. Die österreichische Verfassung entgegen deren fundamentalen Prinzipien geändert zu haben und weiter zu ändern, werfen die Antragsteller den angegriffenen Rechtsakten, zuletzt der Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon durch die Bundesregierung, dessen Genehmigung durch den Nationalrat, der Zustimmung durch den Bundesrat und der Ratifikation des Vertrages durch den Bundespräsidenten vor, weil die Politik der Integration Österreichs in die Europäische Union die österreichische Staatlichkeit und das Prinzip der demokratischen Legitimation mißachtet. Die verletzten Prinzipien stehen, wie ausgeführt, nicht einmal zur Disposition der gesamtverfassungsändernden Politik. Es bedürfte zunächst einmal eines neuen Verfassungsgesetzes Österreichs, um den Integrationsschritt zum existentiellen Unionsstaat (Bundesstaat), den der Vertrag unternimmt, zu ermöglichen. Ein solches Verfassungsgesetz müßte nicht nur vom österreichischen Volk angenommen werden, es müßte vor allem den politischen Schritt klar und deutlich formulieren (Transparenzprinzip oder Klarheitsprinzip). Die Bürgerlichkeit eines Menschen wird auch und wesentlich durch den Staat, in dem er lebt, und das Recht, das sein Leben leitet, sein Recht, bestimmt. Deswegen „geht das Recht vom Volk aus“ (Art 1 S. 2 B-VG). Die Antragsteller sind Österreicher und leben in Österreich. Der Vertrag von Lissabon schafft (entwickelt weiter) eine europäische Identität, eine Unionsbürgerschaft, und gestaltet das Leben in der Europäischen Union weitestgehend unionistisch. Das darf nicht obrigkeitlich verordnet werden, sondern muß dem Willen der Österreicher entsprechen, bedarf also eines neuen Verfassungsgesetzes Österreichs. Aber ein solches Verfassungsgesetz dürfte um der Freiheit und des Rechts willen einer demokratie- und damit rechtsstaats- und sozialstaatswidrigen Integration europäischer Staaten nicht den Weg ebnen, weil das, wie schon hervorgehoben, der Verfassung, die nicht zur politischen Disposition steht, die mit der Würde jedes Menschen und folglich mit der Würde jeden Österreichers verbunden ist, widerspräche.

Der Rechtsschutz des Verfassungsgerichtshofs gegen die Mißachtung der Bundesverfassung in Grundprinzipien und Baugesetzen, die Schutzgegenstand

der politischen Freiheit sind, kann nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil das Bundes-Verfassungsgesetz (von 1920) die politische Freiheit nicht ausdrücklich als Grundrecht benennt. Die politische Gleichheit ist demgegenüber in Art. 7 Abs. 1 B-VG, Art. 2 StGG enthalten¹³. Der Gleichheitssatz ist ein wesentlicher Bestandteil des demokratischen Baugesetzes¹⁴. Das heißt zugleich, daß die Mißachtung des Baugesetzes die Demokratie den Gleichheitssatz, der als Grundrecht geschützt ist, verletzt. So wie das ungleiche Stimmgewicht die Wahlgleichheit verletzt und demokratiewidrig ist, ist die Demokratiewidrigkeit der Rechtsetzung wie die der Europäischen Union eine Verletzung des Gleichheitssatzes, nämlich der politischen Gleichheit, die wie die politische Freiheit wesensmäßig durch die demokratische Willensbildung verwirklicht werden soll und muß. Selbst das Stimmgewicht der Österreicher bei den Wahlen zum Europäischen Parlament entspricht nicht dem Prinzip der Egalität der Wahlen, abgesehen von dem gleichheitswidrigen Status Österreichs und damit der Österreicher im Rat und in der Kommission, die wegen der gleichheitswidrigen Repräsentation der jeweiligen Bürger der Mitgliedstaaten nicht zur eigenständigen Rechtsordnung legitimiert sind, sondern allenfalls zur ausführenden Rechtsetzung im Rahmen einer begrenzten Ermächtigung, die so bestimmt, daß die Ausführungsmaßnahmen der Unionsorgane für die die Rechtsetzung legitimierenden nationalen Parlamente voraussehbar und dadurch verantwortbar sind (dazu 2. Teil A III 5 b).

Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG verlangt, daß ein Antragsteller „in seinen Rechten“ verletzt zu sein behauptet. Die Praxis stellt auf verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte ab¹⁵. Die beeinträchtigten und verletzen Verfassungsprinzipien sind zwingendes Rechts. Sie stehen nicht zur Disposition der Verfassungsorgane, soweit sie unabänderlich sind, nicht einmal zur Disposition des Bundesvolkes nach Art. 44 Abs. 3 B-VG. Dennoch können sie mißachtet (ver-

¹³ P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 27.

¹⁴ VfGH VerfSlg. 15.373/1998.

¹⁵ VfGH VfSlg. 11.765/1988, G 76/87; 175.88/205, G 62/05.

letzt) werden. Dagegen kann nur der Verfassungsgerichtshof Schutz geben. Sonst wären auch zwingende Rechtsprinzipien, immerhin die wichtigsten und höchstrangigen Rechtsprinzipien der Republik Österreich, schutzlos und verlören ihren eigentlichen Rechtscharakter; denn Recht und die Befugnis zu zwingen sind einerlei, lehrt Kant¹⁶. Ein Verfassungsstaat gibt dem Recht (größtmöglichen) Schutz, sonst ist er weder Verfassungsstaat noch Rechtsstaat, wie schon Art. 16 der Erklärung der Rechte des Menschen und des Bürgers von 1789 ausgesprochen hat¹⁷. Der Rechtsstaat gibt ein Recht auf effektiven Rechtsschutz¹⁸. Ohne Rechtsschutz der Verfassungsprinzipien stehen die Verfassung und die Verfassungsgesetze zur Disposition derer, die spezifisch durch die Verfassung und die Verfassungsgesetze in ihrer Macht eingeschränkt werden sollen, nämlich die Verfassungsorgane. Die Verfassungsgerichtsbarkeit dient dem Schutz der Bürger. Sie soll die Widerstandslage verhindern. Das muß vor allem für die Grundlagen der Verfassung gelten. Eine Verfassungsverletzung, die jeden Bürger verletzt, muß auch jeder Bürger abzuwehren das Recht haben, zumal jeder Bürger die Pflicht hat, die Verfassung und die Verfassungsgesetze zu verteidigen. Erst recht hat er ein dahingehendes Recht. Das bestmögliche Mittel zur Verteidigung des Verfassungsrechts ist der Rechtsschutz durch den Verfassungsgerichtshof, sofern dieser die unverzichtbare richterliche Unabhängigkeit hat und praktiziert. Das ist die Lehre aus Zeiten des großen Unrechts. Dagegen kann keinesfalls das Popularklageargument eingewandt werden. Dieses greift nur, wenn ein Kläger Rechte geltend macht, die nicht er, sondern ein Dritter hat. Es greift nicht, wenn das Unrecht alle Bürger in ihren Rechten verletzt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat

¹⁶ *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 338 f. (Rechtslehre, § D); dazu K. A. *Schachtschneider*, *Freiheit in der Republik*, S. 100 ff.

¹⁷ Zum Rechtsschutzprinzip K. A. *Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 118 ff., zum Verfassungsstaat *ders.*, daselbst, S. 87 ff.

¹⁸ VfGH VfSlg. 11.196/1986; 12.683/1991; 13.003/1992; 13.305/1992; 14.374/1995; 14.671/1996; 15.218/1998; 15.511/1999; 16.245/2002; 17.340/2004; 17.346/2004; u.ö.; R. *Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 167, S. 91 f., Rdn. 1564, S. 804, Rdn. 1566, S. 805 f.

jüngst allein aus dem zwingenden Charakter einer Richtlinie (Feinstaubrichtlinie) geschlossen, daß jeder durch Feinstaub betroffene Bürger ein subjektives Recht hat, die Umsetzung der Richtlinie einzuklagen (EuGH v. 25.07.2008 – Rs. C-237/07 (Janecek/Freistaat Bayern)). Verfassungsrecht dient dem Schutz der Bürger vor dem Unrecht. Folglich haben alle Bürger auch Schutzrechte. Das entscheidende Schutzrecht ist das Recht, das Verfassungsunrecht vor den Verfassungsgerichtshof zu tragen, um Rechtsschutz durch Rechtsklärung zu bewirken. Ein solches subjektives Recht muß nicht ausdrücklich im Verfassungsgesetz oder im Verfassungsgerichtsgesetz formuliert sein.

bb) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller in der politischen Freiheit und politischen Gleichheit

Die Freiheit und Gleichheit jedes Menschen und Bürgers sind aber durch all die Verträge und durch die jeweilige Genehmigung des Nationalrates, die Zustimmung des Bundesrates und die Ratifikation des Bundespräsidenten unmittelbar, aktuell und persönlich tiefgreifend beeinträchtigt; denn der Bürger als Teil des *pouvoir constituant* wurde durch die Integrationsverträge Österreichs und wird erneut durch die Genehmigung, Zustimmung und Ratifikation des Vertrages von Lissabon, der (zumal völkerrechtlich) unumkehrbar ist (sein soll), in seinem ursprünglichen Recht, zusammen mit seinen Mitbürgern das Verfassungsgesetz zu geben, verletzt. Dieses ursprüngliche Recht, nichts anderes als die politische Freiheit und Gleichheit, findet einen (wesentlichen) Ausdruck in Art. 44 Abs. 3 B-VG, der Gesamtänderungen der Bundesverfassung von einer (zustimmenden) Abstimmung des gesamten Bundesvolkes abhängig macht. Wenn Art. 44 Abs. 3 B-VG mißachtet wurde, wie durch die gesamte Integrations- und insbesondere die Lissabon-Politik der Staatsorgane Österreichs, ist jeder Österreicher in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht verletzt, an einer Gesamtänderung der Bundesverfassung mitzuwirken (dazu 3.)¹⁹. Durch die Zustimmung des gesamten Bundesvolkes zum Beitritt

¹⁹ T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 901, S. 399; a.A. in einer Nebenbemerkung VfGH 175.88/205, G 62/05.

Österreich zur Europäischen Union am 12. Juni 1994, d.h. zu dem Bundesverfassungs-Gesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union²⁰ haben die Bürger Österreichs nicht der durch den Beitritt bewirkten Gesamtänderung der Bundesverfassung zugestimmt²¹; denn die Gesamtänderung der Bundesverfassung stand nicht zur Abstimmung. Insbesondere wurde den Bürgern kein dahingehender Text vorgelegt, aufgrund dessen sie die gesamtverfassungsändernde Wirkung ihrer Zustimmung zum Beitritt zur Union hätten erkennen und einschätzen können. Die Staatsverträge sind verfassungswidrig und jeder Österreicher ist befugt, die Rechtswidrigkeit gemäß Art. 140a Abs. 1 S. 1 B-VG in Verbindung mit Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG beim Verfassungsgerichtshof geltend zu machen. Die „unmittelbare Rechtsverletzung“ ergibt sich allein schon aus der Mißachtung der Bürgerrechte bei der Gesamtänderung der Bundesverfassung. Entweder ist Art. 44 Abs. 3 B-VG auch bei Staatsverträgen anzuwenden²² oder (richtigerweise) durften und dürfen Staatsverträge keine Gesamtänderungen der Bundesverfassung zum Inhalt haben. Die Gesamtänderung mußte und muß vielmehr dem Staatsvertrag vorausgehen²³. In beiden Fäl-

²⁰ BGBl 1994/744.

²¹ A.A. L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 1997, 1.060/9, S. 245 f., 248; H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44 B-VG, Rdn. 52; H. Schäffer, daselbst, Art. 140, Rdn. 33; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 146, S. 78, S. 130, auch Rdn. 246/6, S. 130, Rdn. 246/21, S. 142; T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 135, 137, S. 88 f., Rdn. 191, S. 105 f.; ders., in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 15, 25; P. Pernthaler, Österreichisches Bundesrecht, S. 51.

²² R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 146, S. 78, Rdn. 246/6, S. 130, auch Rdn. 246/21, S. 142; i.d.S. T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 135, 137, S. 88 f., Rdn. 191, S. 105 f.; ders., in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 6, 9.

²³ So H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 4, Fn. 8, Art. 44, Rdn. 12; dazu Th. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 5 mit w.H.

len wäre das Recht des Bürgers auf seine Beteiligung an Gesamtänderungen der Bundesverfassung verletzt.

Wenn schon der Bürger ein subjektives Verfassungsrecht hat, an Gesamtänderungen der Bundesverfassung mitzuwirken (Art. 44 Abs. 3 B-VG), ein wesentlicher Verfahrensschutz der Baugesetze des Verfassungsgesetzes, dann folgt daraus mit dem Argument a minore ad maiorem, daß der Bürger erst recht ein subjektives Recht hat, den unabänderlichen (menschheitlichen) Kern des Verfassungsgesetzes zu schützen, also die Befugnis, den verfassungswidrig verfassungsändernden Staatsvertrag abzuwehren. Der einzig tragfähige Rechtsbehelf ist der Antrag beim Verfassungsgerichtshof auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit nach Art. 140a Abs. 1 S. 1, Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG; denn dieser Rechtsbehelf ist zwingend dem Widerstand vorgeschaltet, zu dem die Bürger gegen die Beseitigung ihrer Verfassungsordnung (im Kern) berechtigt sind (dazu II). Durch die Integrationsverträge lebt jeder Mensch und Bürger in Österreich in staatsrechtlich völlig veränderten Verhältnissen, die das Recht weitaus weniger gewährleisten als das Bundes-Verfassungsgesetz, insbesondere in entdemokratisierten Verhältnissen. Um es zu wiederholen: Art. 44 Abs. 3 B-VG erweist die verfassungsrangigen Bürger(grund)rechte der politischen Freiheit und der politischen Gleichheit.

Abgesehen von dem demokratischen Defizit der politischen Verhältnisse durch die europäische Integration wird die politische Freiheit der Menschen und Bürger dadurch tiefgreifend beeinträchtigt, daß Änderungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in wesentlichen Teilen möglich sind, ohne daß die nationalen Gesetzgebungsorgane dem zustimmen müßten (Art. 48 Abs. 6, aber auch Art. 48 Abs. 7 EUV). Weder der Nationalrat kann sich die Genehmigung von Vertragsänderungen im vereinfachten Änderungsverfahren vorbehalten, weil Art. 50 Abs. 2 Ziff. 1 B-VG n.F. nicht eingreift, noch gar das Bundesvolk ist an den Verfahren, in denen die Bundesverfassung weitestgehend zur Disposi-

tion steht, beteiligt. Auch die Möglichkeit nach Art. 269 (311*) Abs. 2 und 3 AEUV, Eigenmittel zur Finanzierung der Europäischen Union zu kreieren, also auch europäische Steuern, ohne daß das der Zustimmung der nationalen Parlamente bedarf, ist eine verfassungswidrige Beeinträchtigung der politischen Freiheit und Gleichheit. Das allein schon sind Gesamtänderungen der Bundesverfassung, welche zumindest das Baugesetz der Demokratie verletzt.

Den Schutz der politischen Freiheit und der politischen Gleichheit kann jeder Bürger beanspruchen; denn dieses Recht ist logisch allgemein. Die neue Verfassungsordnung des Lebens in Österreich, wie sie der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union geschaffen hat und wie sie durch die weiteren Verträge, jetzt durch den Vertrag von Lissabon weiter entwickelt wird, beeinträchtigt und verletzt darum jeden Bürger Österreichs unmittelbar, aktuell und persönlich. Wegen des demokratischen Defizits beeinträchtigt diese darüber hinaus die Bürgerlichkeit der Bürger, soweit letztere zur Würde des Menschen gehört, tastet also die Menschenwürde an.

Die Antragsteller (wie jeder Bürger Österreichs) haben durch die weite und offene Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union und damit die Verlagerung der existentiellen Staatlichkeit von den Mitgliedstaaten auf die Union in allen wichtigen Bereichen der Wirtschaft, der Währung, des Sozialen, aber auch in wichtigen anderen Bereichen der Politik, wie dem der Gesundheit und des Umweltschutzes, in dem Maße, in dem die Rechtssetzungsbefugnisse auf die Organe der Europäischen Union übergeleitet werden, zugleich den Rechtsschutz der österreichischen Gerichte, insbesondere des Verfassungsgerichtshofs, weil die Grundrechtegerichtsbarkeit gegenüber den sekundären und auch tertiären Rechtsakten der Union auf den Gerichtshof der Europäischen Union übergeht, der ohnehin die wesentliche Verantwortung für die

* Die in Klammer gesetzten Zahlen benennen die Artikelbezeichnungen gemäß den Übereinstimmungstabellen nach Art. 5 des Vertrages von Lissabon.

Grundrechte und die Grundsätze des Rechts erlangt (und schon erlangt hat)²⁴, verloren. Die rechtsverkürzende Entwicklung der Integration setzt der Vertrag von Lissabon fort. Der Verlust der Rechtshoheit ist demokratiewidrig (dazu 2. Teil, F) und beeinträchtigt und verletzt jeden Bürger, auch die Antragsteller, unmittelbar, aktuell und persönlich in seiner politischen Freiheit, wie überhaupt in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit. Durch die gänzlich andere institutionelle, personelle und prozedurale Gestaltung des Grundrechtsschutzes wie überhaupt des Rechtsschutzes verändern die Grundrechte und die sonst verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte, aber auch das Recht überhaupt ihre Schutzwirkung. Die Rechtlichkeit läßt sich nicht von ihrer legitimatorischen Grundlage, also nicht von der demokratischen Legitimation, trennen.

Die Integration Österreichs in die Europäische Union, zumal der Vertrag von Lissabon, ändern die allgemeinen Lebensverhältnisse Österreichs und damit auch und insbesondere die Lebensverhältnisse der Antragstellers unmittelbar, aktuell und tiefgreifend. Spätestens mit dem Vertrag von Lissabon werden die Österreicher und werden die Antragsteller in einem Bundesstaat Europäische Union mit existentieller Staatlichkeit, aber ohne hinreichende demokratische Legitimation durch einen existentiellen Staat, ein Unionsvolk, leben (müssen). Das bewirkt eine substantielle Änderung ihrer Möglichkeiten, wie der Möglichkeiten jedes Österreichers, die Persönlichkeit frei zu entfalten, insbesondere als Bürger politisch tätig zu sein. Nicht nur das institutionelle und das strukturelle demokratische Defizit beeinträchtigt die politische Freiheit und auch die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern auch die Verdünnung des politischen Einflusses jedes Bürgers, weil die politische Intensität der Demokratie mit der Größe des Staates, der die Staatsgewalt ausübt, verbunden ist, also mit dem Prinzip der kleinen Einheit.

Die Antragsteller sind, wie schon ausgeführt, durch die (verfassungswidrige) Mißachtung der Bundesverfassung unmittelbar, aktuell und persönlich in ihrer

²⁴ Vgl. *T. Öhlinger*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 23 f.

politischen Freiheit und politischen Gleichheit beeinträchtigt und verletzt. Das Leben jeden Österreicher wird umfassend und vorrangig von den Bundesverfassungsgesetzen bestimmt. Diese geben dem Leben in Österreich nicht nur eine materielle Ordnung, sondern gestalten auch und vor allem das politische Leben. Sie gestalten dieses demokratisch, rechtlich, sozial und föderal. Vornehmlich das demokratische Prinzip, nicht nur Baugesetz der Republik Österreich, sondern in der Substanz der Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers entzogen, materialisiert (gestaltet näher) die politische Freiheit und Gleichheit der Bürger Österreichs. Eine Änderung des Bundesverfassungsrechts, aber auch eine Änderung der Verfassungswirklichkeit, die verfassungswidrig sind, verletzen somit die politische Freiheit und Gleichheit zu Lasten jedes Österreicher. Politische Freiheit und politische Gleichheit sind nur das Recht, an Wahlen und Abstimmungen teilzunehmen, sondern weit darüber hinaus nach Maßgabe der Verfassung und der Verfassungsgesetze an der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken, also das gemeinsame Leben in Österreich mitzugestalten. Die Einschränkungen dieser Möglichkeit sind somit eine unmittelbare und jederzeit aktuelle Beschränkung der politischen Freiheit und Gleichheit und deren Verletzung, wenn sie verfassungswidrig ist. Jeder Österreicher ist dadurch persönlich betroffen und verletzt. Der Rechtsschutz durch den Verfassungsgerichtshof ist auch notwendig, weil Rechtsschutz gegen den verfassungsändernden Beitritt der Republik Österreich zur Europäischen Union und gegen die verfassungsändernden Verträge durch andere Gerichte nicht in Betracht kommt.

Die Antragsteller können auch nicht auf besondere Vollzugsakte warten, weil die Verfassungsänderungen unmittelbar ihre lebensverändernden Wirkungen entfalten, etwa durch die Übertragung der Hoheitsrechte auf die Europäische Union den Einfluß der Bürger Österreichs auf die Rechtsetzung und auch auf die Rechtsprechung mindern, aber auch die Wirtschaftsverfassung in vielfältiger Weise mit unmittelbarer Wirksamkeit umgestalten, etwa die Markt- (Grundfreiheiten) und die Wettbewerbslage für Unternehmer und Verbraucher verändert, eine neue Währung mit den vielfältigen Wirkungen auf das Leben eingeführt, aber auch die innen- und außenpolitische Lage neu gestaltet haben. Österreich ist als Mitglied der Europäischen Union ein gänzlich

anderer Staat geworden, unmittelbar, aktuell und persönlich für jeden Bürger Österreichs. Diese Bürgerschaft hat eine neue Qualität gefunden.

b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit

Die Antragsteller sind auch in ihrem Grundrecht der allgemeinen (Handlungs)Freiheit durch die Integrationspolitik, also den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, die weiteren Verträge und zuletzt den Vertrag von Lissabon unmittelbar, persönlich und aktuell beeinträchtigt und verletzt. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die wenn nicht mit Logik aus dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 18 Abs. 1 B-VG²⁵, so doch aus dem Freiheits- und Rechtsprinzip folgt, wird verletzt, wenn verfassungswidrige, gar staatswidrige Gesetze oder auch Staatsverträge diese einschränken²⁶. Sie ist das Grundrecht des Bürgers, nur durch solche Vorschriften in der Handlungsfreiheit beeinträchtigt zu werden, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind²⁷. Wenn die Ausübung der Staatsgewalt, die Staatlichkeit, und damit die Gesetzgebung und Vertragsgebung nicht so praktiziert wird, wie das Verfassungsgesetz das vorschreibt, sind die verfassungswidrigen Gesetze nicht nur verfassungswidrig und nichtig, sondern verletzen die allgemeine Handlungsfreiheit, auch die der Antragstellers, die ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf verfassungsgemäße Gesetzlichkeit und Vertraglichkeit haben. Eine

²⁵ Dazu R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1339 ff., S. 629 ff.

²⁶ H. Schäffer, in: H. P. Rill/H. Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Kommentar, 2001, Art. 140, Rdn. 61; R. Machacek (Hrsg.), Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof, 5. Aufl. 2004, S. 99; B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2003, Rdn. 1094, 1113 ff.; vgl. auch T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 1051 ff., S. 475 f.; W. Berka, Die Grundrechte, Rdn. 243, S. 142; vgl. VfGH VfSlg. 8009/1977; 8594/1979; 10.177/1984; 10.353/1985; 11.765/1988; 14.975/1997; 14.772/1997; 15.427/1999; für Deutschland BVerfGE 6, 32 (37 f.); st. Rspr. etwa BVerfGE 80, 137 (153); U. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., Art. 2 Abs. 1, Rdn. 12.

²⁷ Vgl. BVerfGE 29, 402 (408).

Gesetzgebung, die nicht mehr (hinreichend) Ausübung österreichischer Staatsgewalt ist und darüber hinaus nicht mehr demokratisch, also gemäß dem Bundes-Verfassungsgesetz nicht mehr wesentlich vom Österreichischen Volk, legitimiert ist (weil das Prinzip der begrenzten Ermächtigung mißachtet ist), ist nicht mehr die vom Bundes-Verfassungsgesetz verfaßte Staatlichkeit und kann darum die allgemeine Handlungsfreiheit nicht verfassungsgemäß einschränken. Eine solche Rechtsetzung geht nicht mehr vom Volk aus (Art. 1 S. 2 B-VG). Die Vertragswerke der Europäischen Union einschließlich des Vertrages von Lissabon wahren nicht einmal den Vorbehalt existentieller Staatlichkeit des existentiellen Staates. Die Verfassungsprinzipien der österreichischen und der demokratischen Staatlichkeit sind durch Verfassungsgesetzänderungen nicht abänderbar, auch nicht durch Schritte europäischer Integration aufgrund von völkerrechtlichen Verträgen. Alle Rechtsakte der Europäischen Union, von denen jeder Mensch vielfältig betroffen ist oder sein kann, widersprechen der Verfassung und dem Verfassungsgesetz, wenn die Ordnung des Bundes-Verfassungsgesetzes, welche wesentlich durch die fundamentalen Prinzipien des Art. 1 und 2 B-VG bestimmt ist, aufgehoben oder auch nur wesentlich verzerrt ist. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit sichert auch und vor allem das Recht auf eine verfassungsgemäße Rechtsetzung, aber auch auf einen verfassungsgemäßen Gesetzesvollzug und insbesondere auf eine verfassungsgemäße Rechtsprechung. Auch und vor allem die Rechtsprechung der Europäischen Union ist nicht demokratisch legitimiert und verletzt darum die allgemeine Handlungsfreiheit der Antragsteller verfassungswidrig, nämlich demokratie- und staatswidrig.

Die allgemeine Handlungsfreiheit der Antragsteller ist durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und durch die Verträge der Union vielfältig unmittelbar, aktuell und persönlich verletzt. Die Mitgliedschaft der Republik Österreich in der Europäischen Union hat die Rechtsverhältnisse jedes einzelnen Bürgers Österreichs unmittelbar, aktuell und persönlich vielfältig verändert. Das Unionsrecht beansprucht nicht nur den Vorrang des Primärrechts vor dem nationalen Recht einschließlich den nationalen Verfassungen und Verfassungsgesetzen, sondern auch den Vorrang des Sekundär- und Territärrechts vor dem gesamten nationalen Recht. Nach der ständigen Rechtspre-

chung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der die Praxis in Österreich folgt, ist das Unionsrecht unmittelbar in Österreich vorrangig anwendbar²⁸. Dadurch ist die Rechtslage in Österreich unmittelbar und aktuell sowie mit Wirkung für jeden einzelnen Österreicher, also persönlich, umgewandelt. Allein die Währungsunion hat die Geld- und Kreditverhältnisse, die nunmehr von der Europäischen Zentralbank gesteuert werden, verändert. Jeder Österreicher lebt mit einer anderen Währung und ist damit der Entwicklung der Stabilität in der Währungsunion von (inzwischen) 17 Mitgliedstaaten ausgesetzt. Das hat zu einer drastischen Teuerung in Österreich geführt, der sich kein Bürger entziehen kann. Die unmittelbar anwendbaren und vorrangig geltenden Grundfreiheiten der Europäischen Union haben die wirtschaftlichen Verhältnisse der Unternehmer und Verbraucher und auch die der Antragsteller unmittelbar, aktuell und persönlich tiefgreifend verändert. Sie leben durch die Mitgliedschaft in der Europäischen Union in einem anderen Markt und in einem anderen Wettbewerb. Der Binnenmarkt hat eine große Menge von Sekundärrecht, Verordnungen und Richtlinien u.a., nach sich gezogen, welche die wirtschaftlichen Verhältnisse wesentlich umgewälzt haben. Das sind Regelungen, die jeder Bürger Österreichs und auch die Antragsteller tagtäglich zu spüren bekommen. Allein das Herkunftslandprinzip, das die Judikatur der Europäischen Union aus den Grundfreiheiten herleitet (dazu 2. Teil B IV)²⁹, bewirkt,

²⁸ VfGH VfSlg. 15.427/1999, 17.065/2003; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.027, S. 223, 17.084, S. 260 f.; *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 246/8 ff., S. 134 f. (Vorbehalt eines „integrationsfesten Verfassungskerns“, Rdn. 248 ff.); *T. Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rdn. 144 f., S. 91 f., Rdn. 156 f., S. 95 f., Rdn. 191, S. 105 (mit Vorbehalt der „leitenden Grundsätze der Bundesverfassung“); *ders.*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn 49 ff. (zu den Grenzen Rdn 54 f.).

²⁹ EuGH v. 20.02.1979 – Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 (664, Rdn. 14); EuGH v. 07.05.1991 - Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357 (2382 ff., Rdn. 10 ff.); EuGH v. 05.11.2002 - Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919 (9968, Rdn. 72 ff.); EuGH v. 30.09.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 99 ff.; vgl. auch *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 175 ff., S. 73 f.

daß in Österreich (jetzt) außer der österreichischen weitere 26 Rechtsordnungen für die Waren- und Dienstleistungen der Unternehmer gelten, je nach dem, aus welchem Mitgliedstaat die Leistungen erbracht werden. Das bewirkt (u.a.) wesentliche Veränderungen der Produktstandards, aber auch des Dienstleistungsrechts u.a.m. Die Veränderungen der Lebensmittelstandards etwa treffen jeden Österreicher. Im Dienstleistungsbereich führt das Herkunftslandprinzip zu einer gänzlich neuen Wettbewerbslage, welche die Marktchancen österreichischer Unternehmer wesentlich schmälern. Das Herkunftslandprinzip im Bereich der Niederlassungsfreiheit hat dazu geführt, daß Unternehmen in ausländischer Rechtsform geführt werden können, so daß der Gläubigerschutz gegenüber Unternehmen sich wesentlich verändert hat. Auch das trifft jeden Österreicher, der mit solchen Unternehmen Geschäfte macht. All das sind Beispiele unmittelbarer, aktueller und persönlicher Betroffenheit von Österreichern und auch der Antragsteller durch die Mitgliedschaft Österreichs in der Europäischen Union, die durchgehend verfassungswidrig sind, weil die Mitgliedschaft und die Unionsverträge mit den Grundprinzipien und den Baugesetzen der Bundesverfassung der Republik Österreich unvereinbar sind. Folglich ist das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit vielfältig unmittelbar, aktuell und persönlich verletzt. Die Landwirtschaft etwa unterliegt in der Europäischen Union gänzlich anderen Regelungen als ohne diese. Das hat zu einem erheblichen Bauernsterben geführt. Besondere Vollzugsakte gerichtlich anzugreifen ist unzumutbar. Die Verfassungssache ist zudem von grundsätzlicher Bedeutung.

2. Recht auf Vertretung durch den Nationalrat in der Gesetzgebung (Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 24 B-VG)

a) Verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht auf Vertretung durch den Nationalrat in der Gesetzgebung

Die Antragsteller werden auch als Bürger in ihrem Recht aus Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 24 B-VG auf Gesetzgebung des Bundes durch den Nationalrat durch die Verträge der Europäischen Union, zumal den Beitrittsvertrag, zuletzt den Vertrag von Lissabon beeinträchtigt (und verletzt), so daß sie

nach Art. 140a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG befugt sind, die Feststellung der Rechtswidrigkeit der genannten Rechtsakte und des Vertrages von Lissabon beim Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Diese Rechtsakte beeinträchtigen (und verletzen) sie selbst, unmittelbar und aktuell in ihren Verfassungsrecht auf Vertretung durch den Nationalrat.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat 1993 im Maastricht-Urteil das verfassungsbeschwerdefähige grundrechtsgleiche Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG auf substantielle Vertretung der Wähler durch den Deutschen Bundestag anerkannt³⁰. Das Gericht hat ausgesprochen:

„Das durch Art. 38 GG gewährleistete Recht, durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluß zu gewinnen, schließt es im Anwendungsbereich des Art. 23 GG aus, dieses Recht durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages so zu entleeren, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird.“³¹

Das Gericht hat weiter ausgeführt, daß „im Blick auf die Europäische Union und die ihr zugehörigen Gemeinschaften Art. 23 Abs. 1 GG den Bundesgesetzgeber“ ermächtigt, „unter den dort genannten Voraussetzungen der Europäischen Union die eigenständige Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen bis zur Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG einzuräumen (Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG)“³². Wenn „der Deutsche Bundestag Aufgaben und Befugnisse aufgibt, insbesondere zur Gesetzgebung und zur Wahl und Kontrolle anderer Träger von Staatsgewalt, so“ berühre „das den Sachbereich, auf den der demokratische Gehalt des Art. 38 GG sich“ beziehe³³. Weiterhin:

„Das Recht des Beschwerdeführers aus Art. 38 GG kann demnach verletzt sein, wenn die Wahrnehmung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages so weitge-

³⁰ BVerfGE 89, 155 (171 ff.).

³¹ BVerfGE 89, 155 (182).

³² BVerfGE 89, 155 (172).

³³ BVerfGE 89, 155 (172).

hend auf ein von den Regierungen gebildetes Organ der Europäischen Union oder der Europäischen Gemeinschaften übergeht, daß die nach Art. 20 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG unverzichtbaren Mindestanforderungen demokratischer Legitimation der dem Bürger gegenüberstehenden Hoheitsgewalt nicht mehr erfüllt werden.“³⁴

Weiter hat das Gericht ausgesprochen:

„Art. 38 GG wird demnach verletzt, wenn ein Gesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung und Anwendung von Recht der – supranationalen – Europäischen Gemeinschaften öffnet, die zur Wahrnehmung übertragenen Rechte und das beabsichtigte Integrationsprogramm nicht hinreichend bestimmbar festlegt (vgl. BVerfGE 58, 1 (37)). Steht nicht fest, in welchem Umfang und Ausmaß der deutsche Gesetzgeber der Verlagerung der Ausübung von Hoheitsrechten zugestimmt hat, so wird die Inanspruchnahme nicht benannter Aufgaben und Befugnisse durch die Europäischen Gemeinschaften ermöglicht. Dies käme einer Generalermächtigung gleich und wäre damit eine Entäußerung, gegen die Art. 38 GG schützt.“³⁵

Für die Republik Österreich gilt nichts anderes. Nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 B-VG wird der Nationalrat vom Bundesvolk gewählt. Nach Art. 24 B-VG übt der Nationalrat die Gesetzgebung des Bundes gemeinsam mit dem Bundesrat aus. Der Nationalrat vertritt somit das Bundesvolk in der Gesetzgebung. Die Abgeordneten des Nationalrates sind jeder einzelne Vertreter des Bundesvolkes. Das folgt auch aus Art. 1 S. 1 B-VG, nämlich daraus, daß Österreich eine demokratische Republik ist. In einer Republik, die demokratisch sein muß, übt das Volk die Staatsgewalt durch Vertretungsorgane und in den Vertretungsorganen durch Organwähler als Vertreter des Volkes aus, soweit das Volk nicht unmittelbar die Staatsgewalt durch Abstimmungen ausübt³⁶. Nur durch eine solche Organverfassung kann „das Recht vom Volk ausgehen“ (Art 1 S. 2 B-VG). Die Vertretungsdogmatik folgt zudem aus dem Prinzip der repräsentati-

³⁴ BVerfGE 89, 155 (172).

³⁵ BVerfGE 89, 155 (187).

³⁶ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 637 ff.

ven Demokratie, das nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs Baugesetz Österreichs ist³⁷. Die Verfassungsrechtslage der Republik Österreich unterscheidet sich somit nicht wesentlich von der der Bundesrepublik Deutschland. Wenn die Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes entleert sind, hat der Nationalrat keine hinreichenden Gesetzgebungsbefugnisse mehr, so daß dem Wahlrecht der Männer und Frauen des Bundesvolkes aus Art. 26 Abs. 1 S. 1 B-VG die Substanz genommen ist. Das demokratische Prinzip, das durch Art. 26 Abs. 1 S. 1 B-VG und Art. 24 B-VG für den Bund seine nähere Gestalt findet, ist entwertet, wenn der Bund keine substantiellen Gesetzgebungsbefugnisse mehr hat. Der Vertrag von Lissabon überträgt zu den durch die früheren Verträge auf die Europäische Union übertragenen Hoheitsrechten weitere Hoheitsrechte auf die Europäische Union, insbesondere im Bereich des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, im Bereich der Außen- und der Sicherheitspolitik und in anderen Bereichen, vor allem aber begründet der Vertrag von Lissabon weitreichende Kompetenz-Kompetenzen. Die Gesetzgebung des Bundes wird weitgehend auf die Umsetzung der Politik der Europäischen Union reduziert. Das Wahlrecht, durch das das Bundesvolk Einfluß auf die Gesetzgebung des Bundes nehmen kann und nimmt, so daß der fundamentale Grundsatz des Art. 1 S. 2 B-VG, daß das Recht vom Volk ausgeht, Substanz findet, hat für die Gesetzgebung durch die Integration Österreichs in die Europäische Union weitgehend an Bedeutung eingebüßt. Das Bundesvolk ist entmachtet. Das beeinträchtigt (und verletzt) das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht aus Art. 26 Abs. 1 S. 2 B-VG in Verbindung mit Art. 24 B-VG; denn das Grundrecht schützt nicht nur die Allgemeinheit, Gleichheit, Unmittelbarkeit, Geheimheit, Persönlichkeit und Freiheit der Wahlen, sondern auch die politische Relevanz der Wahlen.

³⁷ VfGH VfSlg. 3134/1956; 13.500/1993; 16.241/2001; T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 342 ff., S. 157 ff.; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 149, S. 80; P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 14; vgl. eher kritisch zur Repräsentativität P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 73 ff. (76).

In der Begründung des 2. Teils wird dargelegt, daß der Vertrag von Lissabon das demokratische Defizit bei der Ausübung von Staatsgewalt, das durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und die weiteren Verträge der Union entstanden ist, weiter verstärkt. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, das demokratierechtlich die Verantwortung für die Unionspolitik den nationalen Parlamenten zuzurechnen erlaubt, ist noch stärker mißachtet als bisher schon. Die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union ist soweit getrieben, daß der Restbereich existentieller Staatlichkeit der Mitgliedstaaten zunehmend schwindet. Insbesondere ermächtigt der Vertrag von Lissabon die Europäische Union ohne Zustimmung der nationalen Parlamente, Vorschriften/Maßnahmen zu erlassen, um die Ziele der Verträge zu erreichen, auch wenn der Union keine Befugnisse übertragen sind (Art. 308 (352) AEUV, Flexibilitätsklausel), weiterhin sich mit Mitteln auszustatten, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politiken durchführen zu können, auch eigene Steuern zu erheben (Art. 269 (311) AEUV) und sogar den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ohne daß die nationalen Parlamente zustimmen müssen, in wesentlichen Teilen zu ändern (Art. 48 Abs. 6 EUV). Auch die Aufgaben und Befugnisse der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik werden zu Lasten der Verantwortung des Nationalrates erweitert, obwohl sie schon durch die vorausgegangenen Vertragswerke soweit entwickelt waren, daß das demokratische Prinzip des Art. 1 B-VG ausgehöhlt war. Das gilt insbesondere für die existentielle Währungspolitik³⁸. Hinzu kommt eine im Vertrag über die Europäische Union definierte Verteidigungspolitik, die den Auftrag des Bundesheeres wesentlich auf „Missionen außerhalb der Union zur Friedenssicherung, Konfliktverhütung und Stärkung der internationalen Si-

³⁸ Vgl. *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998; *dies.*, Verfassungsbeschwerde und Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Währungspolitik der Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG vom 12. Januar 1998, Az.: 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98; dazu BVerfGE 97, 350 ff.

cherheit“, also Kriege in aller Welt, erweitert und sich zunehmend von der notwendigen demokratisch-parlamentarischen Legitimation löst.

Weiterhin ist die Rechtsprechung in hohem Maße dem Gerichtshof der Europäischen Union überantwortet, der durch den Vertrag von Lissabon weiter an Macht gewinnt, aber für die Grundsatzfragen einer rechtsprechenden Gewalt jedenfalls nicht ausreichend demokratisch legitimiert ist. Mit dem rechtsstaatlichen Baugesetz effektiven Rechtsschutzes³⁹ ist das unvereinbar; denn ein solcher Rechtsschutz muß Rechtsschutz des Österreichischen Volkes, also demokratisch legitimiert sein. Die weiten und offenen Ermächtigungen, Grundfreiheiten und Grundrechte, aber auch Prinzipien und Werte der Europäischen Union haben zu einer die Lebensverhältnisse weit- und tiefgehend bestimmenden Rechtsprechung geführt, die der nationale Gesetzgeber aufgrund der Verträge nicht erwarten konnte, weil sie nicht voraussehbar waren und darum auch von dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber nicht verantwortbar waren, und sie werden weiter dazu führen. Durch die Erweiterungen der nationalen Ermächtigungen wird nicht nur die Rechtserkenntnisbefugnis dieses Gerichtshofs erweitert, sondern auch dessen politische Gestaltungsmacht. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat keine eigenständige demokratische Legitimation, welche das demokratische Defizit der Rechtsetzung durch die Vertragsgebung ausgleichen könnte. Die Regelungen des Vertrages von Lissabon sind in einem Maße offen und weit, daß sie, gemessen am rechtsstaatlichen Bestimmtheitsprinzip, auch Teil des Baugesetzes Rechtsstaat⁴⁰ als unbestimmt anzusehen sind. Eine solche Offenheit und Weite verträgt ein Verfassungsgesetz, nicht aber ein Staatsvertrag, wenn dieser dem

³⁹ VfGH VfSlg. 11.196/1986; 16.245/2001; *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 29, 33; *T. Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rdn. 74, S. 60; *H. Mayer*, B-VG, Art 6 MRK, C S. 603; *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 167, S. 91 f.; Rdn. 1564, S. 804, Rdn. 1566, S. 805 f.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 138 ff.

⁴⁰ *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 165, S. 90 f.

Prinzip der begrenzten Ermächtigung entsprechen soll. Das ist (längst) nicht mehr der Fall, führt aber dazu, daß die Integration auf eine wirkliches Verfassungsgesetz gestützt werden müßte, die aber einen Verfassungsakt, jedenfalls des Österreichischen Volkes, voraussetzt, der eine solche Integration ermöglicht.

Das Bürgerrecht aus Art. 26 Abs. 1, Art. 24 B-VG auf politische (gesetzgeberische) Vertretung durch den Nationalrat ist auch dadurch verletzt, daß der Nationalrat über die Genehmigung des Vertrages von Lissabon entschieden hat, ohne daß ihm ein lesbarer Text des Vertrages vorlag. Der im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte Vertrag von Lissabon hat lediglich die Änderungen bezeichnet, die am Vertrag über die Europäische Union und am Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft vorgenommen werden sollten. Eine konsolidierte Fassung, die das Studium des Vertrages ermöglicht hätte, gab es nicht. Es ist ohnehin außerordentlich schwierig, das Vertragswerk zu verstehen. Das setzt Kenntnisse des Primärrechts, des Sekundärrechts und der Praxis der Europäischen Union, insbesondere der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, voraus, über welche die Abgeordneten der Parlamente nicht zu verfügen pflegen. Davon abgesehen aber bedarf eine Abstimmung über einen Staatsvertrag, nicht anders als eine Abstimmung über ein Gesetz, einer ohne größere Schwierigkeiten zugänglichen Fassung des Gesetzestextes (Klarheitsprinzip). Das hat der Verfassungsgerichtshof bereits entschieden⁴¹. Allein schon aus diesem (unfaßbaren) Defizit des Vertragsschlusses in Lissabon selbst folgt die Rechtlosigkeit des Genehmigungsverfahrens durch den Nationalrat.

Die Gesetzgebungsbefugnisse des Nationalrates, der mehr und mehr nur noch Richtlinien der Europäischen Union umzusetzen hat, sind weit zurückgedrängt. Explizit schließen die ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeiten der Europäischen Union nach Art. 2a (2) Abs. 1 AEUV die Zuständigkeit der

⁴¹ VfGH VfSlg. 3130; 12.420/1990; 16.379/2001; 16.381/2001; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 167, S. 93.

Mitgliedstaaten zur Gesetzgebung aus, wenn sie nicht von der Union hierzu ermächtigt werden oder um Rechtsakte der Union durchzuführen. Auch bei geteilten Zuständigkeiten büßen die Mitgliedstaaten nach Absatz 2 dieser Vorschrift ihre Zuständigkeiten ein, sofern und soweit die Union diese Zuständigkeit ausgeübt hat. Die Union ist bereits in weiten, fast allen Lebensbereichen gesetzgeberisch tätig geworden. 80 % bis 85 % der Rechtsetzung ist in dieser oder jener Form von den (exekutivistischen) Organen der Europäischen Union beschlossen⁴² oder veranlaßt. Die Mitgliedstaaten haben darum kaum noch Zuständigkeiten von Bedeutung.

Die Gesetzgebung der Europäischen Union ist selbst nicht demokratisch legitimiert, wie das im 2. Teil zu A und K näher dargestellt wird. Das Europäische Parlament begründet keine demokratische Legitimation, weil es nicht gleichheitlich (egalitär) gewählt ist, abgesehen davon, daß es kein Unionsvolk mit originärer Hoheit vertritt. Die anderen an der Gesetzgebung der Union beteiligten Organe, nämlich die Kommission, der Rat, der Europäische Rat und auch die Ausschüsse, sind Exekutivorgane und können die Gesetzgebung nicht demokratisch legitimieren. Sie sind allenfalls demokratisch legitimiert, soweit sie im Rahmen wirklich begrenzter Ermächtigungen Rechtssätze beschließen. Das demokratische Defizit hat sich durch die Erweiterung der Europäischen Union erheblich vergrößert, weil der politische Einfluß des jeweiligen Vertreters eines Mitgliedstaates im Rat dadurch verringert worden ist. Die Kommissare sind unabhängig von ihren Mitgliedstaaten und vertreten nicht die Völker der Mitgliedstaaten. Der wesentliche Teil der in Österreich geltenden Gesetze ist nicht mehr demokratisch in der Weise legitimiert, wie das Art. 26 Abs. 1 und Art. 24 B-VG, dem fundamentalen Prinzip des Art. 1 B-VG gemäß, vorschreiben. Die Mitwirkung oder Mitentscheidung des Europäischen Parlaments an der Rechtsetzung der Europäischen Union kann somit den Verlust an politischem Einfluß der Wähler Österreichs auf die Gesetzgebung nicht ausgleichen, ganz davon abgesehen, daß der Einfluß der Wähler Österreichs auf das Europäische Parlament durch die unionsweiten Wahlen außerordentlich

⁴² Deutsches Bundesministerium der Justiz für den Zeitraum von 1998 bis 2004.

minimiert ist. Die Bürger Österreichs machen nicht einmal 2 % der Unionsbürgerschaft aus. Die (nicht verfaßte) Unionsbürgerschaft vermag das Bundesvolk der Österreicher nicht zu surrogieren. Demokratische Legitimation durch das österreichische Volk unterscheidet sich substantiell und existentiell von (im übrigen gleichheitswidriger) Legitimation quasi-demokratischer Art durch die Unionsbürgerschaft. Auch die ebenso demokratischen wie rechtsstaatlichen Prinzipien des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes werden (und sind schon) weitestgehend substanzlos, wenn die Rechtsakte nicht wesentlich von dem ausschließlich demokratisch legitimierten österreichischen Gesetzgeber verantwortet werden⁴³. Der Rechtsstaat ist eine untrennbare Einheit mit der Demokratie⁴⁴. Die Gesetzgebung in Österreich muß wesentlich auf dem Willen des Bundesvolkes der Österreicher beruhen⁴⁵, also durch das österreichische Volk selbst oder durch sein wesentliches Gesetzgebungsorgan, den Nationalrat, beschlossen werden; denn „das Recht geht vom Volk aus“ (Art. 1 S. 2 B-VG).

Die substantielle Minderung der Aufgaben und Befugnisse der Vertreter des Volkes im Nationalrat greift in den Wesensgehalt des Wahlprinzips des Art. 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 24 B-VG und damit der demokratischen Legitimation der Gesetzgebung ein. Dieser Wesensgehalt ist unantastbar und wird darum als Teil des demokratischen Prinzips nicht nur als Baugesetz geschützt, sondern ist unabänderlich. Er steht erst recht nicht zur Disposition der Vertragsgebung und damit auch nicht zur Disposition der europäischen Integrationspolitik. Jeder Bürger Österreichs und damit auch die Antragsteller haben Anspruch darauf, daß der Wahlakt nicht nur den formalen Wahlprinzipien

⁴³ Vgl. *T. Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rdn. 356, S. 161; *P. Oberndorfer*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 2, 10, 11.

⁴⁴ *T. Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rdn. 73, S. 60; *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 555; *ders.*, allgemeine Staatsrechtslehre und Verfassungslehre, 2. Aufl. 1996, S. 174; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 ff., 50 ff.

⁴⁵ Vgl. für Deutschland BVerfGE 83, 37 (50 f.).

entspricht⁴⁶, sondern auch darauf, daß die Wahl nicht ihres wesentlichen Inhalts beraubt wird, nämlich das wirkliche Gesetzgebungsorgan für Österreich zu wählen.

b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller in dem Recht auf Vertretung durch den Nationalrat in der Gesetzgebung

Die Antragsteller sind durch die Verträge der Europäischen Union, insbesondere den Beitrittsstaatsvertrag vom 24. Juni 1994, die weiteren Verträge und zuletzt den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007 unmittelbar, aktuell und persönlich in ihrem Grundrecht auf Vertretung durch die Vertreter des ganzen Volkes aus Art. 26 Abs. 1 und Art. 24 B-VG in der Gesetzgebung des Bundes beeinträchtigt und verletzt. Das Prinzip der Vertretung des ganzen Volkes durch die Abgeordneten des Nationalrates ist durch die genannten Verfassungsartikel geschützt. Die Wahl vermittelt das Volk, „von dem das Recht ausgeht“ (Art. 1 S. 2 B-VG), und damit jeden einzelnen Bürger als Teil des existentiellen Staates mit dem wesentlichen Organ der Gesetzgebung in Österreich, dem Nationalrat, der unmittelbar demokratisch legitimiert ist und grundsätzlich allein (gegebenenfalls im Zusammenwirken mit dem Bundesrat) legitimiert ist, die Gesetze für das Bundesvolk der Österreicher zu geben. Rechtsakte der Europäischen Union müssen durch den Nationalrat (und auch den Bundesrat) legitimiert sein. Das ist nur möglich, wenn die Hoheitsrechte, die der Union zur gemeinschaftlichen Ausübung der Staatsgewalt übertragen sind, derart begrenzt und bestimmt sind, daß die Politik der Union vom Nationalrat aufgrund der Vorhersehbarkeit politisch verantwortet werden können. Die Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Union gehen weit über das Prinzip der begrenzten Ermächtigung hinaus. Sie sind offen und weit. Die Verträge verschaffen der Europäischen Union Aufgaben und Befugnisse existentieller Staatlichkeit, ohne freilich durch einen existentiellen Staat, durch ein durch Verfassungsgesetz verfaßtes Unionsvolk, legitimiert zu sein. Der Vertrag von

⁴⁶ T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 901, S. 398 f.; P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 18.

Lissabon führt diese Entwicklung entgegen dem Demokratieprinzip fort. Art. 26 Abs. 1 und Art. 24 B-VG schützen die Teilhabe des ganzen österreichischen Bundesvolkes und damit jeden Bürger Österreichs, also auch die Antragsteller, an der Ausübung eines Teils der Staatsgewalt, nämlich der Rechtsetzung (Art. 1 S. 2 B-VG). Durch den Vertrag von Lissabon wird mehr denn je durch die Unionsverträge den Bürgern Österreichs und den Antragstellern unmittelbar und gegenwärtig und jedem einzelnen persönlich die demokratische Teilhabe an der politischen Willensbildung weitgehend genommen, indem Hoheitsrechte weit und offen an die Europäische Union übertragen werden, weil deren Politik durch das Organ der Vertretung des ganzen Volkes, in Österreich der Nationalrat, nicht mehr verantwortet werden kann. Der demokratische Legitimationszusammenhang zwischen dem Bundesvolk der Österreicher und damit jedem einzelnen Bürger Österreichs, auch den Antragstellern, und der Ausübung der Staatsgewalt durch die Organe der Europäischen Union ist zerrissen. Wenn die Europäische Union eine eigenständige demokratische Legitimation gewinnen will, bedarf das der Verfassung eines Europäischen Volkes mit einer Verfassung der Europäischen Union. Ein solcher Schritt setzt aber ein neues Verfassungsgesetz Österreichs voraus. Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union zum 1. Januar 1995 war dieser Schritt nicht; denn er hat Österreich nicht für einen Unionsstaat als Bundesstaat öffnen wollen⁴⁷. Der Vertrag von Lissabon schafft (endgültig) einen Bundesstaat Europäische Union mit Aufgaben und Befugnissen existentieller Staatlichkeit, den das Bundes-Verfassungsgesetz Österreichs nicht zuläßt. Das ist in der Begründung der Anträge näher ausgeführt.

Auch der Vertrag von Lissabon verletzt die Antragsteller (wie jeden Bürger Österreichs) unmittelbar und aktuell in diesem Recht, weil die Vertreter der Bürger im Nationalrat, die Abgeordneten, durch diesen Vertrag (weiter) entmachtet werden. Die Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts aus Art 26 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 24 B-VG droht in einer Wei-

⁴⁷ Vgl. *T. Öhlinger*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 20, 30.

se, die den Verfassungsrechtsschutz jetzt sofort erfordert; denn das Inkrafttreten des Vertrages hängt nicht mehr von Rechtsakten Österreichs ab. Die Relevanz der Kundmachung ist zu III. und IV. dargelegt. Die Antragsteller (wie jeder Bürger Österreichs) sind durch den Vertrag von Lissabon persönlich in ihrem politischen Status als Bürger und Wähler Österreichs beeinträchtigt und verletzt. Einzelne Gesetze oder sonstige Rechtsakte, deren Grundlage der Beitrittsstaatsvertrag und/oder die weiteren Unionsverträge sind, anzugreifen ist unzumutbar. Die Verfassungsrechtssache ist von grundsätzlicher Bedeutung.

3. Recht auf Abstimmung bei Gesamtänderung der Bundesverfassung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG

a) Verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Abstimmung des gesamten Bundesvolkes bei Gesamtänderung der Bundesverfassung

aa) Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht durch Staatsvertrag

Eine Gesamtänderung der Bundesverfassung erfordert nach Art. 44 Abs. 3 B-VG abgesehen von dem Beschluß des Nationalrates nach Art. 44 Abs. 1 B-VG und der Beteiligung des Bundesrates gemäß Art. 42 B-VG „eine Abstimmung des gesamten Bundesvolkes. Das soll auch gegolten haben, wenn Staatsverträge eine Gesamtänderung der Bundesverfassung enthielten⁴⁸. Aus der Verweisung des Art. 50 Abs. 3 B-VG a.F. auf Art. 44 Abs. 1 und 2 konnte keinesfalls geschlossen werden, daß Gesamtänderungen der Bundesverfassung durch Staatsverträge allein durch den Nationalrat und den Bundesrat ohne Abstimmung des Bundesvolk erfolgen konnte. Es wäre absurd, wenn Gesamtänderungen der Bundesverfassung im ordentlichen Verfahren der Änderungen des Verfassungsgesetzes der Abstimmung des ganzen Bundesvolkes bedürfen würden, nicht aber Gesamtänderungen der Bundesverfassung durch Staatsver-

⁴⁸ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 146, S. 78, Rdn. 246/6, S. 130, auch Rdn. 246/21, S. 142; vgl. auch T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 135, 137, S. 88 f., Rdn. 191, S. 105 f.; P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 51.

träge. Umgekehrt war daraus, daß Art. 50 Abs. 3 B-VG Art. 44 Abs. 3 B-VG a.F. nicht nannte, zu schließen, daß Staatsverträge Gesamtänderungen der Bundesverfassung nicht vornehmen durften⁴⁹. Jedenfalls war und ist die letztere Logik allein schon wegen des Wortlautes naheliegend und auch in der Sache überzeugend.

Die Neufassung des Art. 50 B-VG bestätigt diese Interpretation. Zwar dürfen Staatsverträge die „vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union“ mit Genehmigung des Nationalrates (Abs. 1 Nr. 2) und mit Zustimmung des Bundesrates (Abs. 4 S. 1) ändern, aber nur „unbeschadet des Art. 43 Abs. 3 (Abs. 4). Eine Gesamtänderung der Bundesverfassung verlangt somit in jedem Fall des Verfahrens des Art. 44 Abs. 3 B-VG, auch Gesamtänderungen im Zuge der staatsvertraglichen Vertragsänderung der Europäischen Union. Nach dieser Bestimmung genügt es nicht, daß das gesamte Bundesvolk der Änderung des jeweiligen Unionsvertrages, der materiell eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt, zustimmt, sondern die Gesamtänderung muß eigenständig gemäß Art. 42 B-VG und Art. 44 B-VG beschlossen und abgestimmt werden. Es muß ein formelles „Verfassungsgesetz“ oder eine formelle „Verfassungsbestimmung“ beschlossen werden, das der Abstimmung des gesamten Bundesvolkes unterzogen wird. Das folgt aus Art. 44 Abs. 1 Halbsatz 2 B-VG. Diese Dogmatik wird durch die Legistik-Dokumentvorlage zu Z 10 vom 3. September 2008 bestätigt. Dort heißt es:

„Hervorzuheben ist, dass Art. 50 Abs. 1 Z 2 iVm. Abs. 4 nicht zum Abschluss von „gesamtändernden“ Staatsverträgen ermächtigt. Durch die in Art. 50 Abs. 4 gewählte Formulierung („unbeschadet des Art. 44 Abs. 3“) soll klargestellt werden, daß der allfällige Abschluß eines – die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union ändernden – Staatsvertrages, durch den eines der leitenden Prinzipien der Verfassung geändert werden würde, eine entsprechende bundesverfassungsgesetzliche Ermächtigung voraussetzen würde, wobei *diese* gemäß Art. 44 Abs. 3 als „Gesamtänderung“ einer Volksabstimmung zu unterziehen wäre.“

⁴⁹ So H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1 B-VG, Rdn. 4, Fn. 8, Art. 44 B-VG, Rdn. 12.

Wenn somit ein Staatsvertrag, durch den die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union geändert werden, eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt (bewirken würde) wie der Vertrag von Lissabon, kann er nur abgeschlossen werden, wenn zuvor (u.a.) mit Zustimmung des gesamten Bundesvolkes eine Gesamtänderung der Bundesverfassung erfolgt ist, welche diese Gesamtänderung verfassungsgesetzlich trägt und zwar durch als solches bezeichnetes „Verfassungsgesetz“ oder als solche bezeichnete „Verfassungsbestimmung“. Letzteres dient der unverzichtbaren Klarheit, damit der Verfassungsgesetzgeber, insbesondere bei Gesamtänderungen das Volk, weiß, was er bzw. es tut.

Das war auch vor der Novellierung des Art. 50 B-VG richtig und galt somit auch für die Gesamtänderung der Bundesverfassung im Zuge des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union (Art. 50 Abs. 3 B-VG a.F.). Wenn auch durch Staatsverträge keine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt werden durfte, weil Art. 50 Abs. 3 B-VG nicht auf Art. 44 Abs. 3 B-VG Bezug genommen hatte, so galt doch das Bezeichnungsgebot im Sinne des Klarheitsprinzips. Dieses steht auch in Art. 44 Abs. 1 B-VG. Es ist ein allgemeines Gesetzgebungsprinzip des Rechtsstaates. Der Gesetzgeber und erst recht der Verfassungsgesetzgeber muß wissen können, was er tut/beschließt. Das Beitrittsbundesverfassungsgesetz hat (politisch gewollt) auf diese Klarstellung verzichtet, weil diese zu leisten undurchführbar erschien⁵⁰. Die Vorschriften des Art. 50 B-VG über politische Staatsverträge, insbesondere das Bezeichnungsgebot sei durch das Beitrittsbundesverfassungsgesetz dispensiert worden, letztlich wegen (vermeintlich) zu großer rechtstechnischer und politischer Schwierigkeiten⁵¹. Man wollte die Bürger, die abstimmen sollten (und mußten), nicht

⁵⁰ T. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 8; kritisch *St. Griller*, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, ZfRV 1995, S. 90 ff.

⁵¹ T. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 9, 29 („politische Erwägungen“), so kraß *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.061, S. 247.

irritieren, wohl auch nicht über die wirkliche politische Bedeutung ihrer Entscheidung informieren. Die dogmatische Konstruktion aus der Not der Verfassungswidrigkeit des Verfahrens zum Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und damit des Beitritts selbst, daß nämlich Art. 50 B-VG dispensiert worden oder auch die, daß die Beitrittsermächtigungen des Volkes das außergewöhnliche Verfahren und sogar die (dem Volk unbekannt) Gesamtänderungen der Bundesverfassung getragen habe, ist rechtlich unhaltbar. Die bundesverfassungsgesetzlichen Verfahrensregelungen einer Änderung des Bundesverfassungsgesetzes werden ausgerechnet beiseite geschoben, um die tiefgreifendste Verfassungsänderung gegen die Strukturprinzipien und gegen die Baugesetze durchzusetzen, die Österreich erlebt hat (abgesehen von der ständisch-autoritären Verfassung 1934 und den ohnehin rechtlosen Anschluß Österreichs an das Deutsche Reich 1938)⁵². Die formellen Verfahrensvorschriften sollen dem materiellen Verfassungsgesetz Schutz geben. Der Verfahrensverstöß wird keinesfalls durch die Zustimmung des gesamten Bundesvolkes geheilt, zumal dieses nicht einschätzen konnte, welche verfassungsrechtliche Wirkung die Zustimmung zum Beitritt Österreichs zur Europäischen Union für die Grundlagen der Bundesverfassung hat. Das Beitrittsverfassungsgesetz war trotz der mehrheitlichen Zustimmung ein Umsturz, weil die Prinzipien geschleift wurden, die nicht zur Disposition der Politik stehen, auch nicht einer Volksabstimmung. Österreich hätte das Verfahren wählen können, das kurz zuvor (1992) Deutschland mit dem neuen Art. 23 GG (Europartikel) eingeschlagen hat, nämlich durch Änderung des Bundesverfassungsgesetzes die Integration zu einem Verfassungsprinzip materialer Art zu erklären, welches freilich die Strukturprinzipien und, soweit es die Integration nicht unmöglich macht, die Baugesetze wahrt⁵³. Eine materiale, unbeschränkte Ermächtigung der Staatsorgane zum die Strukturprinzipien und Baugesetze bundesverfas-

⁵² Richtig *P. Oberndorfer*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 2000, Art. 1 B-VG, Rdn. 10, 22.

⁵³ Dazu *T. Öhlinger*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 25 („bewußt verzichtet“).

sungsgesetzändernden Beitritt zur Europäischen Union, ein unbeschränktes Ermächtigungsgesetz also, ist in einem (notwendig materialen) Verfassungsstaat wie Österreich verfassungsrechtlich untragbar, mag die Europäische Union auch noch so gut beleumdet sein. Daß die Europäische Union die Baugesetze und die Strukturprinzipien Österreichs als eines Staates der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit verletzt, ist gerade Gegenstand dieser Verfassungsklage.

bb) Subjektives Recht auf Abstimmung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG

Art. 44 Abs. 3 B-VG gibt jedem Bürger ein subjektives Recht darauf, daß über Gesamtänderungen der Bundesverfassung eine Abstimmung des gesamten Bundesvolkes durchgeführt wird. Der Verfassungsgerichtshof hat ein solches verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht in einer nicht näher begründeten Bemerkung in VGH VfSlg. 17588, G 62/05 zurückgewiesen und nur ein Recht auf Mitwirkung aus einer vom Bundespräsidenten angeordneten Gesamtabstimmung anerkannt⁵⁴. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG ist fraglos. Eine Gesamtänderung der Bundesverfassung ohne eine Abstimmung des gesamten Bundesvolkes ist verfassungswidrig und nichtig. Das Rechtsklärungsbedürfnis bei einem derart wichtigen Rechtsakt ist ebenso fraglos. Nicht weniger fraglos ist das Interesse jedes einzelnen Mitgliedes des Bundesvolkes, also jedes Bürgers Österreichs, daß eine Abstimmung des gesamten Bundesvolkes durchgeführt wird, wenn die Bundesverfassung einer Gesamtänderung unterzogen werden soll; denn die Bürger in ihrer Gesamtheit und damit jeder einzelne Bürger sind ein Verfassungsorgan, ohne welches eine Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht möglich ist. Das gesamte Bundesvolk kann das Recht auf Abstimmung im Verfahren zur Gesamtänderung der Bundesverfassung aus technischen Gründen nicht geltend machen. Ein besonderes Quorum von Bürgern, welches das Abstimmungsrecht zur Geltung bringen könnte, sieht weder das Bundes-Verfassungsgesetz noch das Verfassungsgerichtshofsgesetz vor. Angesichts dessen, daß die re-

⁵⁴ Vgl. T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 901, S. 399,

präsentativen Staatsorgane die Notwendigkeit einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes nach Art. 44 Abs. 3 B-VG verkennen können, wie dieser Verfassungsprozeß erweist, kommen nur die einzelnen Bürger Österreichs als Antragsteller in Betracht, die die Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen initiieren können. Wenn den Bürgern Österreichs ein dahingehendes Recht abgesprochen wird, gibt es niemanden, der Interesse hat und zugleich befugt ist, die wesentliche Klärung der Verfassungsverletzung herbeizuführen. Das ist, zumal wenn es um große Politik geht, wie bei der europäischen Integration, gar der Integration zu einem Bundesstaat, die für jeden Österreicher schicksalhaft ist, nicht hinnehmbar. Das zwingende Verfassungsrecht wäre dadurch rechtsschutzlos und seiner eigentlichen Rechtsqualität beraubt. Schon zum Recht der politischen Freiheit und Gleichheit ist darauf hingewiesen, daß das Recht um seiner Verbindlichkeit willen zwangsbewehrt, also mit Rechtsschutz verbunden sein muß. Art. 44 Abs. 3 B-VG ist ein Teil der verfassungsgesetzlichen Verwirklichung der politischen Freiheit in der Republik Österreich. Es ist keine andere Verfahrensregelung der politischen Willensbildung erkennbar als die des Art. 44 Abs. 3 B-VG, für die es selbstverständlicher wäre, daß ein subjektives Recht jedes einzelnen Bürgers auf Durchführung des Verfahrens bestünde. Jeder Bürger ist als Bürger betroffen und in seiner Bürgerlichkeit verletzt, wenn die Abstimmung des gesamten Bundesvolkes entgegen Art. 44 Abs. 3 B-VG unterbleibt. Diese Verfassungsvorschrift schreit geradezu nach ihrer Bewehrung durch ein subjektives Recht, um den Staatsorganen, welche die Abstimmung des ganzen Bundesvolkes verweigern, in ihre Grenzen weisen zu können. Wenn politische Staatsverträge eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken, ist Art. 44 Abs. 3 B-VG ganz unabhängig davon, ob solche Staatsverträge überhaupt der Bundesverfassung genügen, jedenfalls verletzt, wenn das gesamte Bundesvolk nicht darüber abstimmen konnte, wenn und weil eine solche Gesamtänderung der Bundesverfassung etwa das demokratische Prinzip, wie es das Bundes-Verfassungsgesetz gestaltet hat, mißachtet. Gesamtänderungen der Bundesverfassung erfordern eben ein Verfahren gemäß Art. 44 Abs. 1 bis 3 B-VG einschließlich der Abstimmung des gesamten Bundesvolkes. Das Recht der Bürger auf dieses Verfahren wird durch eine Gesamtänderung der Bundesverfassung durch Staatsverträge

nach Art. 50 B-VG ohne vorherige Abstimmung des gesamten Bundesvolkes über entsprechende Verfassungsgesetze, welche die Gesamtänderung formulieren, verletzt. Das gilt für Staatsverträge, die nach dem Art. 50 B-VG in alter Fassung abgeschlossen wurden nicht anders als für Staatsverträge, welche die Vertragsgrundlagen der Europäischen Union ändern, seit der Neufassung des Art. 50 B-VG.

cc) Beitrittsstaatsvertrag ohne vorherige Gesamtänderung der Bundesverfassung

Auch der Staatsvertrag über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union vom 24. Juni 1994 zum Jahre 1995, welchen die Staatsorgane Österreichs aufgrund der Ermächtigung im Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, das die Zustimmung des gesamten Bundesvolkes in der Abstimmung vom 12. Juni 1994 gefunden hatte, abgeschlossen haben, war, weil er eine (tiefgreifende) Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt hat, ohne daß diese so, wie es Art 44 B-VG vorschreibt, geändert wurde, verfassungswidrig. Der Beitrittsvertrag hat den (sogenannten) Besitzstand der Europäischen Union, des *acquis communautaire*, zum Gegenstand des Beitritts gemacht. Dem Bundesvolk, das über das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, abgestimmt hat, hat aber nicht über den Beitrittsvertrag abgestimmt und abstimmen können, weil der (vorbereitete, aber noch nicht geschlossene) Beitrittsvertrag nicht in das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt aufgenommen worden war⁵⁵. Vielmehr ist lediglich auf den Beitrittsvertrag hingewiesen worden. Eine Abstimmung

⁵⁵ T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 136, S. 89; ; vgl. auch *ders.*, in: K. Korinek/M. Houloubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 8, 7 ff., 16 ff., durchaus unklar und ohne jede rechtliche Begründung der jeweiligen Dezsionen, der aber selbst in Anschluß an P. Pernthaler, Der Verfassungskern. Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur, 1998, S. 795, von einer „merkwürdigen“ Rechtstechnik des EU-BeitrittsBVG spricht; im Ergebnis auch L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.0691 f., S. 247 f.

über Rechtstexte, die der Abstimmende allenfalls zufällig kennt, weil sie nicht in die Abstimmungsvorlage aufgenommen wurden, vermag diese Texte nicht zu legalisieren. Ein „Verfassungsgesetz“ im Sinne des Art. 44 Abs. 1 B-VG war das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union nicht⁵⁶. Die verfassungsgesetzlichen Bestimmungen, die einer Gesamtänderung unterzogen worden sind, waren nicht einmal bezeichnet, geschweige denn, daß die Gesamtänderung formuliert worden wäre. Davon abgesehen, konnten, wie dargelegt, Staatsverträge keine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirken. Vielmehr mußte (und muß) die Bundesverfassung selbst geändert werden, wenn Staatsverträge Rechtswirkungen erzielen können sollen, welche ohne die Änderung der Bundesverfassung verfassungswidrig wären (oder sind). Eine Verfassungsdurchbrechung durch ein Bundesverfassungsgesetz⁵⁷, das lediglich auf einen Staatsvertrag verweist, ist verfassungswidrig⁵⁸, erst recht, wenn der Staatsvertrag noch nicht abgeschlossen, sondern nur vorbereitet ist („von der Beitrittskonferenz festgelegtes Verhandlungsergebnis“). Durch die Abstimmung vom 12. Juni 1994 konnte das gesamte Bundesvolk der Österreicher lediglich der Ermächtigung der zuständigen Organe Österreichs zum Beitritt Österreichs zur Europäischen Union insoweit zugestimmt, als dieser Beitritt sich in den Grenzen des Bundesverfassungsgesetzes hielt. Eine andere Materie der Abstimmung wäre verfassungswidrig gewesen. Sie kann auch aus dem Abstimmungstext nicht geschlossen werden. Änderungen der Bundesverfassung hat somit diese Abstimmung nicht bewirkt, wie gesagt, aus mehrfachem Grunde. Die vielfach vertretene Dogmatik, daß der Beitritt Österreichs oder gar nur die Ermächtigung der zuständigen Organe zum Beitritt Österreichs zur Europäischen Union aufgrund eines Bundes-Verfassungsgesetzes, das der Abstimmung des gesam-

⁵⁶ A.A. L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.061, S. 27; T. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 15, 15; weitere Hinweise in Fn. 21.

⁵⁷ So T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 136, S. 89.

⁵⁸ Zu den Grenzen der Verfassungsdurchbrechung vgl. P. Pernthaler, Der Verfassungskern, S. 78 ff., insb. S. 82 ff.; ders., Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 682 f.

ten Bundesvolkes nach Art. 44 Abs. 3 B-VG unterzogen wurde, die Baugesetze des Bundes-Verfassungsgesetzes verändert habe⁵⁹, ist nicht tragfähig.

dd) Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Vertrag von Lissabon ohne Abstimmung des gesamten Bundesvolkes

α) Kompetenz-Kompetenz

Der Vertrag von Lissabon bewirkt eine weitere Gesamtänderung der Bundesverfassung. Das vereinfachte Änderungsverfahren des Art. 48 Abs. 6 EUV schafft eine Kompetenz-Kompetenz für den Europäischen Rat, aufgrund derer dieser alle vertraglichen Regelungen des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union beschließen kann. Das stellt die gesamte Bundesverfassung Österreichs zu Disposition der Politik des Europäischen Rates. Zwar hat Österreich durch die Einführung des Art. 50 Abs. 2 Ziff. 1 in das Bundes-Verfassungsgesetz dem Nationalrat ermöglicht, derartige Vertragsänderung in vereinfachten Vertragsänderungsverfahren von der Genehmigung des Nationalrats abhängig zu machen, aber diese Neuregelung gilt nur für die Staatsverträge nach „Abs. 1 Z 1“. Dazu gehören die „Staatsverträge, durch die die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union geändert werden“, (Abs. 1 Ziff. 2) nicht. Im übrigen wäre das Bundesvolk an diesen Verfahren nicht beteiligt. Die genannte Generalermächtigung ist nicht nur demokratiewidrig, sondern in einem Verfassungsstaat untragbar. Nicht einmal das Bundesvolk wäre berechtigt, ein dahingehendes Verfassungsgesetz einzuführen, weil es schlechterdings demokratische Prinzipien völlig negiert.

Das schließt aber nicht aus, daß durch die Einführung des vereinfachten Änderungsverfahrens im Vertrag von Lissabon Art. 44 Abs. 3 B-VG beeinträchtigt und verletzt wird, weil das Bundesvolk nicht über eine solche Gesamtänderung der Bundesverfassung abstimmen konnte. Ganz wesentlich dient Art. 44 Abs. 3 B-VG dem Schutz der Bundesverfassung durch das Bundesvolk. Auch die Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung des Art. 269 (311) Abs.

⁵⁹ Vgl. die Hinweise in Fn. 21.

3 AEUV ist eine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Diese Ermächtigung ermöglicht (u.a.) die Einführung von Unionssteuern durch Rechtsakte der Europäischen Union und verändert dadurch die Finanzverfassung der Mitgliedstaaten und auch Österreichs. Nichts anderes gilt für die erweiterte Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV, wonach die Union sich neue Befugnisse geben kann, wenn diese erforderlich erscheinen, um die Ziele der Union zu verwirklichen. Deren Ziele sind grenzenlos weit. Aufgrund dessen kann das Befugnisgefüge der Union gänzlich verändert werden, so daß auch dadurch die Bundesverfassung zur Disposition der Europäischen Union steht. Auch das ist eine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Zu diesen Kompetenz-Kompetenzen ist im 2. Teil zu H näher Stellung genommen.

β) Bundesstaat

Die bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung ändert sich durch Art. 2a bis e (2-6) AEUV grundlegend. Es entsteht eine typisch bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung, weil die Mitgliedstaaten im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Europäischen Union nicht mehr zuständig sind und im Bereich der geteilten Zuständigkeiten ihre Zuständigkeit einbüßen, wenn die Europäische Union von einer solchen Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Mit dieser Zuständigkeitsordnung entsteht endgültig der (echte) Bundesstaat Europäische Union. Österreich wird damit ein Gliedstaat im Bundesstaat Europäische Union. Das widerspricht der existentiellen Staatseigenschaft Österreichs, wenn man so will: dessen Souveränität, diametral. Die Eingliederung Österreichs in einen Bundesstaat und damit die Unterwerfung Österreichs unter einen Zentralstaat ist fraglos eine Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG, der das gesamte Bundesvolk hätte zustimmen müssen, wenn sie durch einen politischen Staatsvertrag überhaupt rechtens wäre.

γ) Vorrang des Unionsrecht

Der durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union praktizierte Vorrang des Unionsrechts auch vor dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten wird durch den Vertrag von Lissabon gefestigt. Zwar wird das nur in einer Erklärung dokumentiert (17. Erklärung), aber, weil diese Erklä-

nung eine Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs (im übrigen im Widerspruch zur Rechtsprechung verschiedener Mitgliedstaaten, insbesondere des deutschen Bundesverfassungsgerichts⁶⁰) ist, wird dieser typisch bundesstaatliche Vorrang des Rechts des Zentralstaates gegenüber dem Recht der Gliedstaaten zementiert. Die abweichende Rechtsprechung einiger Mitgliedstaaten wird sich dagegen nicht behaupten können. Demgemäß ist auch diese Erklärung eine Gesamtänderung der Bundesverfassung.

δ) Neutralität

Die immerwährende Neutralität findet (trotz gewisser Vorbehalte zugunsten der neutralen Mitgliedstaaten im Vertrag von Lissabon) im wesentlichen durch diesen Vertrag ein Ende. Die Neutralität Österreichs hat, wenn der Vertrag von Lissabon zur Geltung kommt, keine Substanz mehr. Die Neutralität ist ein wesentliches Baugesetz der Republik Österreich⁶¹. Dessen weitestgehende Einschränkung ist eine Gesamtänderung der Bundesverfassung.

b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller im Abstimmungsrecht aus Art. 44 Abs. 3 B-VG

Jeder Bürger hat ein verfassungsrankiges Recht darauf, unter einer Bundesverfassung zu leben, welche rechtmäßig ist. Die Einführung einer rechtswidrigen Bundesverfassung verletzt ihn in diesem fundamentalen Bürgerrecht (wie auch in der politischen Freiheit und politischen Gleichheit) unmittelbar, aktuell und persönlich. Andere Wege zur Klärung des Rechts sind unzumutbar. Die Verfassungsrechtssache ist von grundsätzlicher Bedeutung.

⁶⁰ BVerfGE 89, 155 (174 f., 188, 210).

⁶¹ Str., vgl. R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn.170, S. 95; Th. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 97, S. 72; a.A. H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Art 44 B-VG, Rdn 26; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 09.016, S. 101, 10.017, S. 132.

Weil Gesamtänderungen der Bundesverfassung durch Staatsverträge nach der Neufassung des Art. 50 B-VG erlaubt sind, diese aber der Abstimmung des gesamten Bundesvolkes gemäß Art. 44 Abs. 3 B-VG bedürfen, ist dieses Recht der Bürger und der Antragsteller dadurch verletzt, daß über den Vertrag von Lissabon keine solche Abstimmung durchgeführt worden ist. Die Verweigerung der Abstimmung der Gesamtänderung der Bundesverfassung durch das gesamte Bundesvolk beeinträchtigt (und verletzt) jeden Bürger Österreichs unmittelbar, aktuell und persönlich, weil sein Recht, an der Verfassungsänderung mitzuwirken, sein politisches Gestaltungsrecht, mißachtet ist.

Die Unvereinbarkeit des Unionsrechts in der derzeit geltenden Fassung der Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza ist verfassungsgerichtlich noch nicht zur Geltung gebracht. Der Vertrag von Lissabon entwickelt das Unionsrecht weiter. Diese Verfassungsklage legt somit nicht nur die verfassungswidrigen Änderungen des Bundesverfassungsrechts durch den Vertrag von Lissabon auf den Prüfstand des Verfassungsgerichtshofs, sondern das gesamte Vertragswerk, wie es sich entwickelt hat und nunmehr durch den Vertrag von Lissabon Gestalt gewinnt. Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, genauer: der Beitrittsstaatsvertrag, hat somit die Bundesverfassung Österreichs nicht an das Unionsrecht gemäß dem Vertrag von Maastricht angepaßt oder gar das Bundesverfassungsrecht einer Gesamtänderung unterzogen, sondern ist, was bisher gerichtlich nicht festgestellt worden ist, verfassungswidrig, soweit er mit den Baugesetzen der Bundesverfassung und erst recht mit den unveränderlichen Prinzipien der Verfassung der Österreicher unvereinbar war (und ist). Die Rechtmäßigkeit des Beitritts/Beitrittsstaatsvertrags hängt von dessen Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung ab. Jetzt kommt es darauf an, das Unionsrecht am Maßstab der Bundesverfassung Österreichs zu prüfen.

4. Widerstandsrecht

a) Widerstandslage und Widerstaatsrecht

Die Anträge auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Integration Österreichs in die Europäische Union durch den Beitritt, die weiteren Verträge und schließlich den Vertrag von Lissabon, nämlich dessen Unterzeichnung durch die Bundesregierung, dessen Genehmigungen durch den Nationalrat, der Zustimmung des Bundesrates zu diesem Vertrag und dessen Ratifizierung durch den Bundespräsidenten sind auch aufgrund des Widerstandsrechts zulässig (und begründet). Das ist näher im Antrag zu II. auf andere Abhilfe dargelegt. Die Verfassungsordnung Österreichs zu verteidigen hat jeder Österreicher das Recht und die Pflicht; denn es geht um seine Freiheit, seine Gleichheit und seine Würde. Als logisches Minus hat das Widerstandsrecht auch das subjektive Recht zum Inhalt, daß der Verfassungsgerichtshof Maßnahmen der Verfassungsorgane, welche es unternehmen, die Verfassungsordnung Österreichs zu beseitigen, ins Unrecht setzt, unterbindet oder beseitigt. Die Maßnahmen, welche den Tatbestand des Widerstandsrechts erfüllen, sind die gesamte Integrationspolitik, der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, die weiteren Verträge und zuletzt die Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon, dessen Genehmigung, die Zustimmung und dessen Ratifikation durch die Bundesregierung, den Nationalrat, den Bundesrat und den Bundespräsidenten, weil zumindest dieser Vertrag ohne ein neues Verfassungsgesetz Österreichs, das den Weg zu einem Bundesstaat Europäische Union mit existentieller Staatlichkeit ebnet, diesen Unionsstaat mit existentieller Staatlichkeit, freilich ohne demokratisch legitimierendes Volk, begründet. Die Maßnahmen der Bundesregierung, des Nationalrates, des Bundesrates und des Bundespräsidenten, aber auch die vorbereitenden Maßnahmen der Bundesregierung verwirklichen als wesentliche Teile der vertraglichen Rechtsetzung erneut die Widerstandslage. Die Integrationsverträge ersetzen die bundesverfassungsgesetzliche Ordnung Österreichs weitestgehend durch die Ordnung der Unionsverträge, zumal diese uneingeschränkten Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten beanspruchen (17. Erklärung). Wenn aus den zu 1., 2. und 3. genannten Rechten, nämlich der politischen, der bürgerlichen und der allgemeinen Freiheit und Gleichheit,

des Rechts auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat und des Rechts auf Abstimmung über Gesamtänderungen der Bundesverfassung Rechtsschutz nicht gewährt wird, gibt das Widerstandsrecht zumindest subsidiär widerstandsrechtlichen Verfassungsschutz.

b) Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller durch die Widerstandslage

Die durch die Staatsorgane herbeigeführte Widerstandslage beeinträchtigt jeden Bürger Österreichs und damit auch die Antragsteller unmittelbar, aktuell und persönlich in ihrem Recht auf eine menschheitliche, Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit (Solidarität) achtende und demgemäß demokratische, rechtsstaatliche und soziale Verfassung mit wohlstandssichernder Wirtschaftsordnung. Andere Rechtsschutzmöglichkeiten sind nicht zumutbar, ja kommen gar nicht im Betracht.

II.

Antrag zu II.

Recht auf andere Abhilfe

1. Widerstandslage, Widerstandsrecht und Recht auf Abhilfe

Der Antragsteller hat ein verfassungsgerichtsfähiges Recht im Sinne des Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG aus dem Widerstandsrecht. Die Vertragswerke der Europäischen Union, zuletzt der Vertrag von Lissabon, sind mit der existentiellen Staatlichkeit Österreichs und mit dem Fundamentalprinzip des Art. 1 S. 1 B-VG, wonach das Recht vom Volk ausgeht, unvereinbar. Er verletzt auch die anderen Strukturprinzipien Österreichs, nämlich das Rechtsstaatsprinzip, vor allem durch die offenen und weiten (unbestimmten) Ermächtigungen der Unionsorgane, insbesondere des Gerichtshofs der Europäischen Union, aber auch den Verlust an Rechtsschutz und den Verfall der Gewaltenteilung, das Sozial-

prinzip, insbesondere durch eine Wirtschafts- und Währungsunion, die der Verwirklichung des Sozialprinzips keine Chance läßt, und das Bundesstaatsprinzip dadurch, daß die Länder Österreichs zu regionalen Selbstverwaltungen degradiert werden (vgl. Art. 3a (4) Abs. 2 EUV). Die Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon durch die Bundesregierung, dessen Genehmigung durch den Nationalrat, die Zustimmung des Bundesrates dazu und die Ratifikation des Vertrages durch den Bundespräsidenten beseitigen die Verfassungsordnung Österreichs, also die demokratische Republik und auch den Bestand der Republik Österreich, endgültig. Das ist im 2. Teil näher begründet. Die existentielle Staatlichkeit des Europäischen Unionsstaates, der nicht demokratisch legitimiert ist und sein wird, schafft eine Verfassungslage für Österreich, die mit den Grundprinzipien des Bundes-Verfassungsgesetzes unvereinbar ist. Die Verletzung des Rechts als Mitglied des Volkes, also als Bürger, in seiner Eigenschaft als *pouvoir constituant*, auf Recht, geht über die Verletzung des Art. 26 Abs. 1 und Art. 24 B-VG hinaus. Sie ist eine Verletzung der politischen Freiheit und Gleichheit als mit dem Menschen geborenes Recht⁶². Daraus erwächst das Recht als „ein wirkliches Rechtsgesetz der Natur“ auf eine „bürgerliche Verfassung“⁶³, als ein immerwährendes Recht des Menschen.

Das Widerstandsrecht, das jedem Bürger zusteht, wenn die Verfassung der Freiheit und Gleichheit, die Menschenwürde, oder eben das Verfassungsgesetz in seinem unabänderlichen Kern, seinen Strukturprinzipien, verletzt wird, hat auch das Recht zum Inhalt, mit dem Mittel der Rechtsklärung die Verfassungsordnung zu verteidigen. Vor allem die Verfassungsgerichtsbarkeit soll andere Abhilfe gegen Unternehmungen geben, welche die Verfassungsordnung, die freiheitliche Grundordnung, zu beseitigen versuchen⁶⁴. Aus dem Widerstandsrecht folgt somit das Recht auf verfassungsgerichtlichen Rechts-

⁶² *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 345; *K. A. Schachtschneider*, *Freiheit in der Republik*, S. 19 ff., 34 ff., 274 ff.

⁶³ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 374 ff., u.ö.; *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 280 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 44 ff., 281 ff.

⁶⁴ I.d.S. *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Komm., 1980, Art. 20 Abs. 4, Rdn. 8, 36.

schutz gegen Unternehmen der Staatsorgane, die Verfassung der Freiheit und das Recht zu beseitigen. Ohne diese Konzeption wäre das Widerstandsrecht weitestgehend sinnlos. Das Widerstandsrecht gibt ein besonderes subjektives Recht auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen verfassungs- und staatswidrige Unternehmungen. Auch der Nationalrat, der Bundesrat und der Bundespräsident kommen ebenso wie die Bundesregierung als Verfassungsorgane in Betracht, denen Unternehmungen gegen die Verfassung der Freiheit und Gleichheit und damit des Rechts vorgeworfen werden können. Eine derartige Unternehmung ist der Bundesregierung und den anderen Staatsorganen durch die Integrationspolitik, insbesondere die Politik des Beitritts zur Europäischen Union und erneut wegen des Vertragsschlusses vom 13. Dezember 2007 in Lissabon und dem Nationalrat, dem Bundesrat und dem Bundespräsidenten wegen der Genehmigung des Vertrages, der Zustimmung zu diesem Vertrag und dessen Ratifizierung anzulasten.

2. Unmittelbare, aktuelle und persönliche Verletzung der Antragsteller in ihrem Recht auf ihre freiheitliche und gleichheitliche Verfassung

Der Antrag eines der Verfassung der Freiheit und Gleichheit und damit des Rechts verpflichteten Bürgers Österreichs ist somit zulässig (und begründet), weil er, wie jeder Österreicher, das Recht (und die Pflicht) hat, Widerstand gegen jeden, der es unternimmt, die Freiheits-, Gleichheits- und somit Rechtsordnung zu beseitigen, zu leisten. Er hat das Recht (und die Pflicht), beim Verfassungsgerichtshof andere Abhilfe zu suchen. Die unmittelbare, aktuelle und persönliche Beeinträchtigung (und Verletzung) des Rechts jeden Bürgers Österreichs und damit auch der Antragsteller ergibt sich wiederum aus der Widerstandslage (vgl. zu I 4). Andere Rechtsschutzmöglichkeiten kommen nicht in Betracht.

III. Kundmachung des Vertrages von Lissabon ohne Relevanz für den Verfassungsrechtsschutz

1. Die Kundmachung kann für den Verfassungsrechtsschutz nur bedeutsam sein, wenn der Vertrag von Lissabon angefochten wird, nicht aber wenn die Verletzung der unabänderlichen Prinzipien durch die Integration Österreichs in die Europäische Union, die Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Beitritt Österreichs durch den Beitrittsstaatsvertrag und durch die Verträge von Amsterdam und Nizza usw. vom Verfassungsgerichtshof geprüft werden sollen, weil die entsprechenden Vertragstexte kundgemacht sind.

2. Soweit Gegenstand des Verfassungsprozesses der Vertrag von Lissabon ist, der noch nicht kundgemacht ist, kann der Umstand, daß der Vertrag erst kundgemacht werden wird, wenn er von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden ist und dadurch in Kraft getreten ist (Art. 51 EUV) nur für die politische Freiheit und politische Gleichheit (I 1 a), soweit diese durch den Vertrag von Lissabon (weiter) eingeschränkt wird, für die allgemeine Handlungsfreiheit (I 1 b), soweit diese durch den Vertrag von Lissabon (weitere) Einschränkungen erfährt und für das Recht auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat (I 2), soweit auch dieses Recht durch den Vertrag von Lissabon (weiter) beschnitten wird, bedeutsam sein. Das Recht auf GesamtAbstimmung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG (I 3) ist schon durch den Vertragsabschluß, unabhängig von der Kundmachung des Vertrages von Lissabon verletzt, weil keine GesamtAbstimmung über den Vertrag von Lissabon durchgeführt worden ist. Ebensovienig hängt das Recht auf andere Abhilfe durch Verfassungsgerichtsschutz, gestützt auf das Widerstandsrecht (II), von der Kundmachung des Vertrages von Lissabon ab, weil die Widerstandslage bereits durch die Gefährdung der unabänderlichen Verfassungsprinzipien entstanden ist, die das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon bewirken würde, welches nicht mehr von Rechtsakten der Organe Österreichs abhängt, ganz abgesehen von der Entwicklung der Widerstandslage durch die europäische Integration vor dem Vertrag von Lissabon.

3. Ganz unabhängig von der Kundmachung des Vertrages von Lissabon besteht also das Verfassungsrechtsschutzbedürfnis gegen die Integrationspolitik wegen der Entwicklung bis zum Vertrag von Lissabon aber auch die durch den Vertrag von Lissabon. Im übrigen ist es allenfalls für die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit (I 1 b) bedenkenswert, den Rechtsschutz von der Kundmachung des Vertrages von Lissabon abhängig zu machen, weil ohne Kundmachung des Vertrages, welche dessen Inkrafttreten voraussetzt, die allgemeine Handlungsfreiheit mangels Änderung der Rechtslage nicht (weiter) beeinträchtigt ist. Allerdings droht die Beeinträchtigung, was den grundrechtsgemäßen Schutz bereits rechtfertigt, wenn auch diese Grundrechtsgefährdung durch die Ablehnung des Vertrages durch die Iren geringer geworden ist.

IV.

Der Verfassungsrechtsschutz gegen die europäische Integration Österreichs nach der Ablehnung des Vertrages von Lissabon durch die Iren

1. Rechtsschutz der unabänderlichen Verfassungsprinzipien Österreichs

a) Wenn die Verteidigung der unabänderlichen Prinzipien der Verfassung Österreichs, die nicht zur Disposition der Politik stehen, auf die politische Freiheit und politische Gleichheit gestützt wird (I 1 a), ist die Ablehnung des Vertrages von Lissabon durch die Iren weitestgehend bedeutungslos. Die politische Freiheit und die politische Gleichheit sind durch die gesamte Integrationsentwicklung verletzt, soweit letztere die Bundesverfassung Österreichs und die unabänderlichen Prinzipien des österreichischen Verfassungsrechts verletzt. Dazu gehört vor allem das demokratische Prinzip, aber auch das Rechtsstaats-, das Sozial- und das Bundesstaatsprinzip, vor allem aber die existentielle Staatlichkeit Österreichs. Auch der Vertrag von Lissabon ist auf seine Vereinbarkeit mit den unabänderlichen Prinzipien der österreichischen Verfassung zu prüfen, weil er von Österreich ratifiziert worden ist, ohne daß das gesamte

Bundesvolk abgestimmt hat, obwohl der Vertrag eine Gesamtänderung der Bundesverfassung mit sich bringt. Es kommt dabei nicht darauf an, daß der einzelne Bürger bereits Nachteile durch den (noch nicht kundgemachten) Vertrag erleidet.

b) Die allgemeine Handlungsfreiheit (I 1 b) ist durch die Mißachtung der unabänderlichen Verfassungsprinzipien Österreichs im Zuge der Integrationsentwicklung vielfältig beeinträchtigt und verletzt, weil der in Österreich angewandten Rechtsordnung, die weitestgehend Unionsrecht ist oder auf Unionsrecht beruht, Verträge zugrundeliegen, welche nicht hätten geschlossen werden dürfen. Das Unionsrecht beansprucht Vorrang vor dem gesamten nationalen Recht und enthält mannigfache materiale Regeln, die unmittelbar anwendbar sind, etwa die Grundfreiheiten. Allein deren Regelungen bewirkten vielfältige Nachteile für die Österreicher, zumal für die österreichischen Unternehmen und Verbraucher. Die Grundfreiheiten, aber auch andere Vorschriften des Primärrechts der Union haben die Wirtschaftsverfassung Österreichs umgewälzt, weitgehend zum Nachteil von Österreichern. Das gilt auch für das Währungsrecht, das Wettbewerbsrecht und mannigfache andere Regelungen. Allein schon der größere Wirtschaftsraum des Binnenmarktes bewirkt in vielfältiger Weise Nachteile für Österreicher, die nicht auf verfassungsgemäßen Regelungen beruhen.

c) Das Recht auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat (I 2) ist schon durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union mittels des Beitrittsstaatsvertrages und die weitere Entwicklung des Unionsrechts verletzt, weil der Nationalrat viele Gesetzgebungsbefugnisse eingebüßt hat. Der Vertrag von Lissabon setzt diese Entwicklung fort, freilich nur wenn er in Kraft tritt. Dem steht bisher die Abstimmung in Irland entgegen. Es ist zu bedenken, daß die weitere Verkürzung der Gesetzgebungsbefugnisse des Nationalrats noch nicht eintritt, solange der Vertrag von Lissabon noch nicht in Kraft ist. Allerdings ist die Genehmigung des Vertrages von Lissabon durch den Nationalrat eine Selbstentmachtung des Nationalrates, welche mit dem Recht auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat unvereinbar ist. Das Recht auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat kann schon vor dem Inkrafttre-

ten des Vertrages von Lissabon gegen diesen Vertrag in Stellung gebracht werden, soweit der Vertrag unabänderliche Prinzipien der Verfassung Österreichs mißachtet, um diese Verfassung gewissermaßen vor ihrer verhängnisvollen Gefährdung zu schützen.

d) Das Recht auf Gesamtabstimmung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG (I 3) ist bereits durch das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und den Beitrittsstaatsvertrag Österreichs zur Europäischen Union und die Weiterentwicklung der Integration verletzt worden, weil diese Politik eine Gesamtänderung der Bundesverfassung mit sich gebracht hat, aber auch der Vertrag von Lissabon bedeutet als solcher gegenüber dem bisherigen Integrationsstand eine Gesamtänderung der Bundesverfassung und hätte vor seiner Ratifikation einer Abstimmung des ganzen Bundesvolkes unterzogen werden müssen. Die Verletzung des Art. 44 Abs. 3 B-VG ist unabhängig von der Kundmachung des Vertrages von Lissabon und auch unabhängig von dessen Inkrafttreten und damit unabhängig von der Ablehnung des Vertrages in Irland. Entscheidend ist allein, daß das Recht auf Gesamtabstimmung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG verletzt worden ist.

e) Das Recht auf andere Abhilfe durch Verfassungsrechtsschutz (I 4) gegen die Verletzung unabänderlicher Verfassungsprinzipien, welche ein Widerstandsrecht begründet, ist unabhängig von dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon und damit unabhängig von der Ablehnung des Vertrages durch die Iren. Es ist bereits durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und die Weiterentwicklung des Unionsstandes begründet, aber auch durch die Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon, durch dessen Genehmigung durch den Nationalrat, die Zustimmung des Bundesrates und die Ratifikation des Bundespräsidenten, die alle unabänderliche Prinzipien der Verfassung Österreichs verletzen, insbesondere das demokratische Prinzip durch die Kompetenz-Kompetenzen, die der Vertrag von Lissabon einführen soll.

2. Verfassungsrechtsschutz gegen die Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union

Die Verfassungsrechtsschutzlage entspricht der zu 1. geschilderten Rechtsschutzlage, weil und insoweit der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union die Weiterentwicklung und Integration eine Gesamtänderung der Bundesverfassung mit sich gebracht hat, ohne daß die Bundesverfassung in dem von Art. 44 Abs. 3 B-VG vorgeschriebenen Verfahren geändert worden wäre. Die vielfältige Änderung der Rechtsordnung von Österreich durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und die weitere Integration hat mannigfache Nachteile für Österreicher mit sich gebracht, so daß die allgemeine Handlungsfreiheit wegen der Verfassungswidrigkeit des Beitrittsrechtsaktes (EU-BeitrittsBVG und Beitrittsstaatsvertrag) verletzt wurde. Ebenso ist das Recht der Österreicher auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat verletzt. Die Frage, ob die Ratifikation des Vertrages von Lissabon, ohne daß diese kundgemacht ist oder in Kraft getreten ist, auch dieses Recht auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat verletzt, stellt sich ebenso wie zu 1 e. Das Recht auf Gesamtabstimmung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG ist wiederum verletzt, weil die bloße Abstimmung über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union keine Gesamtänderung der Bundesverfassung zu bewirken vermochte. Das gilt auch für den Vertrag von Lissabon, wie zu 1 d dargelegt. Auch für das Recht auf andere Abhilfe, gestützt auf das Widerstandsrecht, ergibt sich nichts anderes.

Wenn man davon ausgeht, daß der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bewirkt hat, war diese Gesamtänderung aus mancherlei Gründen verfassungswidrig, insbesondere wegen der Unbestimmtheit und Unklarheit, aber auch wegen der Verletzung unabänderlicher Verfassungsprinzipien Österreichs. So daß sich für die Rechtsschutzlage wegen dieser Verletzung der Verfassung keine Besonderheiten ergeben.

3. Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den Vertrag von Lissabon

a) Die politische Freiheit und politischer Gleichheit (I 1 a) der Bürger Österreichs ist bereits durch die Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon, dessen Genehmigung durch den Nationalrat, der Zustimmung durch den Bundesrat und der Ratifikation durch den Bundespräsidenten verletzt, weil diese Organe nur nach Maßgabe der Verfassung und des Verfassungsgesetzes handeln dürfen. Der Vertrag von Lissabon bewirkt aber eine Gesamtänderung der Bundesverfassung, ohne daß die Bundesverfassung vorgängig im vorgeschriebenen Verfahren verändert wurde, abgesehen davon, daß eine Änderung der Bundesverfassung, insbesondere um die Kompetenz-Kompetenzen des Vertrages von Lissabon zu ermöglichen, unabänderliche Prinzipien der Verfassung Österreichs mißachten würde. Die politische Freiheit und politische Gleichheit stehen einer solchen Politik der Organe Österreichs entgegen und ist bereits verletzt, auch wenn der Vertrag von Lissabon wegen der Abstimmung der Iren nicht in Kraft tritt und im übrigen nicht oder noch nicht kundgemacht ist.

b) Die allgemeine Handlungsfreiheit (I 1 b) wird erst verletzt, wenn der Bürger durch ein verfassungswidriges Gesetz oder einen verfassungswidrigen Vertrag Einschränkungen hinnehmen muß. Solange ein Gesetz oder ein Vertrag nicht in Kraft getreten ist, bewirken sie keine Nachteile. Für den Rechtsschutz der allgemeinen Handlungsfreiheit kommt es nur darauf an, ob der Vertrag kundgemacht wurde, so daß die Ablehnung des Vertrages durch die Iren relevant ist, wenn nicht die drohende Rechtsverletzung für den Verfassungsschutz als ausreichend anerkannt wird. Die Gefahr einer solchen Rechtsverletzung ist durch die Abstimmung der Iren solange nicht geringer geworden, als die maßgeblichen Integrationspolitiker weiter eine Zustimmung der Iren zum Vertrag von Lissabon anstreben.

c) Das Recht auf substantielle Vertretung durch den Nationalrat (Recht 3) ist, wie zu I 3 dargelegt, bereits durch die Selbstentmachtung des Nationalrates mittels der Genehmigung des Vertrages von Lissabon verletzt, wenn auch die

Gesetzgebungsbefugnisse des Nationalrates solange unverändert bleiben, als der Vertrag von Lissabon nicht in Kraft getreten ist. Insoweit ist die Kundmachung des Vertrages als solche nicht bedeutsam, weil die Hoheitsrechte, die der Vertrag von Lissabon auf die Europäische Union überträgt, auch wirksam übertragen sind, wenn der Vertrag nicht in Österreich kundgemacht wurde. Das folgt aus Art. 48 Abs. 3 EUV geltender Fassung, der das Inkrafttreten der Änderungsverträge und damit deren (nach der Judikatur) europarechtlich begründete unmittelbare Anwendbarkeit von der Ratifikation, nicht von der innerstaatlichen Veröffentlichung in den Mitgliedstaaten abhängig macht. Im übrigen wird die Kundmachung schnellstmöglich nach dem Inkrafttreten erfolgen, so daß Verfassungsrechtsschutz schon vor der Kundmachung angezeigt ist.

d) Das Recht auf Gesamtabstimmung aus Art. 44 Abs. 3 B-VG (I 1 d) ist durch die Ratifikation des Vertrages von Lissabon ohne Abstimmung des gesamten Bundesvolkes verletzt, es kommt insoweit weder auf die Kundmachung noch darauf an, ob die Abstimmung in Irland das Inkrafttreten des Vertrages behindert oder verzögert.

e) Auch das Recht auf andere Abhilfe (II) gegen die die Widerstandslage begründenden Organakte, aufgrund derer der Vertrag von Lissabon von Österreich ratifiziert wurde, besteht unabhängig von dem Inkrafttreten des Vertrages oder dessen Kundmachung.

2. Teil

Begründetheit der Anträge

1. Die Verfassungswidrigkeit der Verträge der Europäischen Union, des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union, der weiteren Verträge und zuletzt des Vertrages von Lissabon und demgemäß die Begründetheit des Antrags besteht auf den verschiedenen Ebenen der Verbindlichkeit der Verfassung der Österreicher und des Bundes-Verfassungsgesetzes der Republik Österreich.

Die Österreicher als ein zum Staat, nämlich der Republik Österreich, verfaßtes Volk, haben eine Verfassung, die gewissermaßen mit jedem Menschen und damit mit jedem Österreicher geboren ist, die Verfassung der Menschheit des Menschen⁶⁵. Diese Verfassung steht nicht zur Disposition der Politik. Vielmehr muß um des Rechts willen jedes Verfassungsgesetz dieser menschheitlichen Verfassung genügen. Auch eine Gesamtänderung der Bundesverfassung vermag rechtens diese Verfassung nicht zu ändern. Diese Verfassung sind die Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit der Menschen⁶⁶. Aus der Allgemeinheit der Freiheit folgt das Prinzip der Gleichheit in der Freiheit⁶⁷. Die Gleichheit in der Freiheit läßt sich politisch nur verwirklichen, wenn alle Menschen und Bürger das Sittengesetz, den kategorischen Imperativ, achten⁶⁸.

⁶⁵ Vgl. K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 86 ff.

⁶⁶ K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 19 ff., 115 ff., 174 ff., 405 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, 22 ff., 28 ff.; P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, 2000, Art. 1 B-VG, Rdn. 26 ff.

⁶⁷ K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 405 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 22 ff., 35 ff.

⁶⁸ K. A. Schachtschneider, *Freiheit in der Republik*, S. 34 ff., insb. S. 67 ff., 83 ff., 256 ff., *passim*; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 30 ff.

Das begründet das Prinzip der Brüderlichkeit, der Solidarität oder eben das Sozialprinzip⁶⁹. Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit zu verwirklichen, ist Zweck und Aufgabe des Staates. Jeder Mensch hat ein Recht auf Verwirklichung dieser menschheitlichen Fundamentalprinzipien, ein Recht auf Recht⁷⁰. Der Staat muß also Rechtsstaat sein⁷¹. Die Staatsform der allgemeinen Freiheit und damit der Gleichheit in der Freiheit und somit der Brüderlichkeit ist die demokratische Republik. Nur die demokratische Republik genügt den menschheitlichen Grundprinzipien der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit⁷². Als „demokratische Republik“ ist Österreich ein Gemeinwesen der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit. Demgemäß geht das Recht dieser Republik vom Volk aus (Art. 1 B-VG)⁷³. Das Recht ist der allgemeine Wille des Volkes⁷⁴. Die politische Form, in der der allgemeine Wille des Volkes verwirklicht wird, ist die Demokratie. Ohne Demokratie ist sowohl die Freiheit der Menschen und Bürger, als auch deren Gleichheit, sowie die Brüderlichkeit/Solidarität verletzt. Das demokratische Prinzip kann zu unterschiedlichen Gestaltungen führen. Das skizzierte Fundamentalprinzip der demokratischen Republik ist Allgemeingut der Europäischen Union, wie es in Art. 6 Abs. 1 EUV geltender Fassung und in Art. 2 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon zum Ausdruck kommt. Diese Fundamentalprinzipien der Menschheit des Menschen, also des Rechts von Menschen überhaupt, stehen nicht zur Disposition der Politik. Diese Fundamentalprinzipien können, durch welche Verfahren auch immer, nicht geändert werden, auch nicht durch Beschlüsse

⁶⁹ K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 256 ff., 551 ff., insb. S. 599 ff., 636 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 22 ff., 42 f.

⁷⁰ K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 44 ff., 281 ff.

⁷¹ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 ff., 50 ff., passim.

⁷² K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 115 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 50 ff.

⁷³ P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 26 f.

⁷⁴ K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 67 ff., 274 ff., 420 ff., 440 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff., 50 ff. 94 ff.

aller Verfassungsorgane einschließlich des gesamten Bundesvolkes. Sie sind der unabänderliche Verfassungskern⁷⁵. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat einen solchen Verfassungskern, der auch durch eine neue Verfassungsgebung nicht verletzt werden darf, anerkannt⁷⁶. Die Auffassung, daß auch die Demokratie und damit die politische Freiheit und Gleichheit der Menschen und Bürger in Österreich zur Disposition etwa einer Gesamtänderung der Bundesverfassung stehe⁷⁷, ist absurd, damit würde Österreich auch seine politische Entscheidung zugunsten der demokratischen Republik in Frage stellen und gar ermöglichen, daß einem Führerstaat der Weg geebnet werde⁷⁸.

An dem unabänderlichen Verfassungskern ist nicht nur der Vertrag von Lissabon zu messen, sondern die Integration Österreichs in die Europäische Union durch dessen Beitritt zur Europäischen Union und die weiteren Verträge, die im Vertrag von Lissabon ihre jüngste Gestalt findet. Der Vertrag von Lissabon setzt die Integrationspolitik fort und entwickelt den Besitzstand der Union, den *acquis communautaire*, weiter. Die Integration darf nur soweit gehen, als die unabänderliche Verfassung der Österreicher das zuläßt. Es gibt somit einen integrationsfesten Verfassungskern der Republik Österreich. Dieser Verfassungskern ist durch die Entwicklung der Integration verletzt, wie die Begründungen im Einzelnen dartun. Jeder Österreicher hat ein Recht dar-

⁷⁵ *P. Pernthaler*, Der Verfassungskern, S. 78 ff., insb. S. 82 ff.; *P. Oberndorfer*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art. 1 B-VG, Rdn. 10 f.

⁷⁶ BVerfGE 84, 90 (121).

⁷⁷ So *R. Walter*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, Aussprache, VVDStRL 29 (1971), S. 93; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 10.003; *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44 Abs. 21 B-VG; im Ergebnis auch *T. Öhlinger*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 19, indem er das Beitrittsbundesverfassungsgesetz trotz der alle Verfassungsschranken durchbrechenden Beitritts Österreichs zur Europäischen Union akzeptiert.

⁷⁸ Richtig *P. Oberndorfer*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 2000, Art. 1 B-VG, Rdn. 10 (gegen „Selbsterstörung“).

auf, daß seine unabänderliche Verfassung nicht durch die Politik verletzt wird. Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union auf dem Integrationsstand des Vertrages von Maastricht rechtfertigt somit keine Beeinträchtigung der unabänderlichen Kernverfassung. Das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union und der Beitritt zur Europäischen Union durch den Beitrittsstaatsvertrag vermochten diese Kernverfassung nicht zu verändern; denn sie ist unabänderlich. Ganz unabhängig davon, ob schon der Beitritt zum 1. Januar 1995 aufgrund des Beitrittsstaatsvertrages vom 24. Juni 1994 oder die Verträge von Amsterdam und von Nizza die unabänderliche Kernverfassung Österreichs verletzt haben, ist der Integrationsstand der Europäischen Union, den diese durch den Vertrag von Lissabon findet, an der unabänderlichen Kernverfassung Österreichs zu messen. Keinesfalls darf Österreich seine unabänderlichen Kernprinzipien der Freiheit verbunden mit Gleichheit und Brüderlichkeit und damit der Demokratie, des Rechtsstaates, des Sozialstaates und auch den Bundesstaates aufgeben. Diese haben aber durch die Integration Österreichs in die Europäische Union ihre Substanz in einem Maße verloren, das mit den unabänderlichen Prinzipien Österreichs unvereinbar ist. Der Vertrag von Lissabon verstärkt diesen Verlust der Kernverfassung

2. Auf einer zweiten Ebene sind Änderungen der Bundesverfassung durch die Integration der Europäischen Union zu beurteilen, welche mit den Baugesetzen des Bundesverfassungsrechts der Republik Österreichs unvereinbar sind, ohne schon den unabänderlichen Verfassungskern zu verletzen. Diese Baugesetze sind die Demokratie, der Rechtsstaat, der Sozialstaat, der Bundesstaat und die immerwährende Neutralität Österreichs.

a) Jede Verletzung des unabänderlichen Verfassungskerns verletzt auch die Baugesetze oder eines der Baugesetze der Bundesverfassung der Republik Österreich. Sowohl das Baugesetz Demokratie ist beeinträchtigt und verletzt, aber auch das Baugesetz Rechtsstaat, insbesondere die baugesetzlichen Bauteile des Rechtsstaates Gewaltenteilung, Rechtsschutz, Grundrechte, innere Sicherheit, das Baugesetz Sozialstaat, das Baugesetz marktliche Sozialwirtschaft, das Baugesetz Bundesstaat sowie das Baugesetz Neutralität. Durch

Staatsverträge durften die Baugesetze der Bundesverfassung Österreichs nicht geändert werden⁷⁹, vielmehr muß die Bundesverfassung in ihrem Text derart geändert werden, daß die Staatsverträge mit der Bundesverfassung vereinbar sind. Bereits die Verfassungsdurchbrechung zu Lasten der Baugesetze ist verfassungswidrig, erst Recht aber die Verfassungsdurchbrechung durch Staatsverträge. Der Beitritt der Republik Österreich zur Europäischen Union zum 1. Januar 1995 hat nicht etwa dadurch, daß das Bundesvolk am 12. Juni 1994 über das Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union abgestimmt und dem zugestimmt hat, die Baugesetze der Bundesverfassung verändert⁸⁰. Abgesehen davon, daß der unabänderliche Verfassungskern nicht zur Disposition der Politik, auch nicht der durch Gesamtabstimmung des Bundesvolkes legitimierten Politik, steht, waren die Baugesetze nicht Gegenstand der Abstimmung über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, sondern nur die Ermächtigung zum Beitritt durch die zuständigen Staatsorgane⁸¹. Sonst hätten die Österreicher ihre Bundesverfassung unter den Vorbehalt und Vorrang des gesamten Unions-/Gemeinschaftsrecht als einer „autonomen“, gewissermaßen fremden, nicht österreichischen Rechtsordnung gestellt, weil der (sogenannte) Besitzstand der Europäischen Union (*acquis communautaire*) durch den Beitrittsstaatsvertrag (weitestgehend) übernommen worden ist⁸². Das Unionsrecht ist keine „autonome Rechtsquelle“. Diese frühere Dogmatik des Europäischen Gerichtshofs entspricht nicht mehr dem Stand der Diskussion. Das deutsche Bundesverfassungsgericht, das sie

⁷⁹ *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht*, Art. 1 B-VG, Rdn. 4, Fn. 8, Art. 44 B-VG, Rdn. 12.

⁸⁰ Zur Gegenansicht Fn. 21.

⁸¹ *T. Öhlinger*, in: K. Korinek/M. Holoubek, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 5; auch *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, *Österreichisches Staatsrecht*, Bd. 1, Grundlagen, 17.061, S. 247.

⁸² So in der Tat *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, *Österreichisches Staatsrecht*, Bd. 1, Grundlagen, Bd. 1, 17.062, S. 248, 17.082, S. 258 f., auch 17.047, S. 236; dagegen *T. Öhlinger*, in: K. Korinek/M. Holoubek, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 14.

zunächst übernommen hatte, hat sie schon im Maastricht-Urteil nicht mehr aufgegriffen⁸³. Fraglos ist das Unionsrecht Teil der Ordnung Österreichs; denn die Österreicher leben in dieser Ordnung. Freilich ist diese Ordnung verfassungswidrig, also keine Ordnung des Rechts, keine Rechtsordnung. Die Auffassung, die Bundesverfassung Österreichs werde durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union nicht tangiert, also in ihren Baugesetzen nicht verletzt, ja nicht einmal geändert, heißt, die Strukturprinzipien und Baugesetze Österreichs haben zwar Bestand und Geltung, bewirken aber mangels Anwendbarkeit nichts. Vielmehr haben sich die Österreicher durch den Beitritt zur Europäischen Union von ihrer Verfassung losgesagt und einer bürokratischen Diktatur ohne Demokratie, ohne Rechtsstaat, ohne Sozialstaat und ohne wirksamen Grundrechtsschutz unterworfen. Eine solche Politik kann nicht durch eine bloße Ermächtigung der Bundesregierung, des Nationalrates, des Bundesrates und des Bundespräsidenten, den Beitritt zur Europäischen Union durch Staatsvertrag zu vollziehen, also mittelbar, erfolgen. Vielmehr hätte jedem Österreicher der Text zur Abstimmung vorgelegt werden müssen, der die Baugesetze der Bundesverfassung Österreichs verändert. Die bloße Möglichkeit, den Beitrittsvertrag einzusehen, genügt den Anforderungen an eine Änderung der Baugesetze der Bundesverfassung keinesfalls, zumal der Beitrittsvertrag entgegen dem Klarheitsprinzip keinerlei Transparenz über die baugesetzändernden Wirkungen des Beitritts gegeben hat. Über die Baugesetzwidrigkeit des Beitrittsstaatsvertrages und damit des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union hat der Verfassungsgerichtshof bisher nicht entschieden. In dem verfassungsgerichtlichen Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Volksabstimmung vom 12. Juli 1994 Aktenzeichen WT-6/94-17 hat der Antragsschreiber Prof. Dr. Erwin Bader zwar die Bedenken wegen der Verletzung der Baugesetze der Bundesverfassung durch den Beitritt vorgetragen, der Verfassungsgerichtshof hat darüber jedoch nicht befunden, weil diese Bedenken

⁸³ BVerfGE 89, 155 (188 f.); vorher BVerfGE 22, 293 (296); 31, 145 (173 f.); 37, 271 (277 f.); 58, 1 (27); EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, Rdn. 8 ff.; dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 74 f.

nicht Gegenstand einer Anfechtung des Volksbefragungsverfahrens gewesen seien (Urteil vom 30. August 1994, S. 38 ff. (41)). Die baugesetzliche Problematik des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union ist somit nicht *res iudicata*.

Wenn man es für richtig hält, daß durch Staatsverträge auch die Baugesetze der Bundesverfassung, freilich nur soweit diese überhaupt zur politischen Disposition stehen, geändert werden können, ohne daß diese Änderung der Baugesetze im Abstimmungstext benannt worden sind, so muß doch das Verfahren der Gesamtänderung der Verfassung, also eine Abstimmung des gesamten Bundesvolkes gemäß Art. 44 Abs. 3 B-VG durchgeführt werden, um die Baugesetze zu verändern, also eine Gesamtänderung der Bundesverfassung zu legitimieren. Auf eine solche Abstimmung des gesamten Bundesvolkes hat jeder Bürger Österreichs ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, wie dargetan ist.

A.

Existenzielle Staatlichkeit des Unionsstaates ohne demokratische Legitimation

I. Existenzielle Staaten und existenzielle Staatlichkeit im Bundesstaat

Die Europäische Union ist ein Bundesstaat. Sie wird durch den Vertrag von Lissabon als Bundesstaat gefestigt und weiterentwickelt⁸⁴.

⁸⁴ Zum Folgenden *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa“, in: W. Hankel/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty (Hrsg.), *Der Ökonom als Politiker – Europa, Geld und die soziale Frag*, FS für Wilhelm Nölling, 2003, S. 279 ff.

1. Es gibt keinen allseits oder auch nur vielerseits anerkannten oder gar einen völkerrechtlich verbindlichen Begriff des Bundesstaates⁸⁵. Kriterium des Bundesstaates, wie ihn die herrschende Staatsrechtslehre in Österreich und Deutschland vom Staatenbund unterscheidet, ist die Staatseigenschaft der Gliedstaaten neben der Staatseigenschaft des Zentralstaates, also ein vertikal geteilter Gesamtstaat⁸⁶, der aus zwei (oder auch drei⁸⁷) politischen Organisationsebenen mit Staatseigenschaft besteht. Der Bundesstaatsbegriff kann nicht

⁸⁵ Vgl. *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 294; *ders.*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Aufl. 1996, S. 291 ff.; *H. Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht (B-VG), 3. Aufl. 2002, Art. 2, I f.; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Staatsrecht), Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 648, 661; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 217, S. 96; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, 1987, § 26, Rdn. 5 ff.; *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, 1990, § 94, Rdn. 12; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, 1990, § 98, Rdn. 1 ff.; vgl. *St. Oeter*, Föderalismus, in: R. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 63 ff., der S. 71 von Mischsystemen spricht; vgl. aber BVerfGE 4, 115 (141), das vom „Wesen des Bundesstaats“ spricht.

⁸⁶ *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 296 („Staatenstaat“), S. 300 f., 461; *ders.*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 291 ff. (294); *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 13.001, S. 160; i.d.S. all die Lehren, welche die originäre Staatlichkeit von Bund und Ländern als Kriterium des Bundesstaates sehen; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 4; *Th. Maunz*, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 2 f., 14 ff.; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 5, 14, 19 f., 40 (eher zurückhaltend).

⁸⁷ Eine Unterscheidung des Zentralstaates oder Oberstaates vom Gesamtstaat im Sinne der Dreistaatenlehre (insbesondere *H. Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, Zweiter Teil, Staatsgesellschaftslehre, 2. Bd., Staatsfunktion; Staatsmittel, Staatsgewalt Staatsleben, Staatenwelt, 1955, S. 203; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, Dritter Teil, Staatsrechtslehre, 1956, S. 151 ff.; vgl. *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 295 (Drei-Kreise-Theorie); *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 13.003, S. 161, 13.019, S. 167; i.d.S. BVerfGE 6, 309 (363 f.); vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 7, 19 f.) vermag für die Lehre von der existentiellen Staatlichkeit Bedeutung zu entfalten, wird aber im Folgenden nicht dogmatisiert.

von der ‚äußeren Souveränität‘ der Gliedstaaten abhängig gemacht werden⁸⁸, die in der Bundesverfassung geregelt und aus guten Gründen weitestgehend dem Gesamtstaat überantwortet wird (Art. 10 Abs. 1 Nr. 2, Art. 65 Abs. 1 B-VG und Art. 16 Abs. 1 B-VG)⁸⁹. Die Souveränität war das maßgebliche Kriterium des Staates in der vom monarchischen Prinzip bestimmten Bundesstaatslehre des deutschen Konstitutionalismus, zu Recht⁹⁰; denn die Souveränität ist ein monarchischer Begriff. Im Republikanismus, in dem die Staatsgewalt Sache des Volkes ist (*res publica res populi*), ist die Teilung der Ausübung der Staatsgewalt auf unterschiedliche Volksverbände (Gebietskörperschaften) kein begriffliches Hindernis geteilter existentieller Staatlichkeit⁹¹. Der staatsrechtliche, nicht monarchische, Bundesstaatsbegriff muß ein Kriterium aufweisen, das den echten Bundesstaat substantiell vom unechten Bundesstaat, dem föderalisierten, wenn man das Wortspiel mitmacht, dem bundesstaatlichen (nicht etwa dem bloß dezentralisierten) Einheitsstaat, für den die Republik Österreich nicht anders als die Bundesrepublik Deutschland Beispiele ge-

⁸⁸ *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 645; *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 6, 11 ff., 15 ff. (21), 40; *R. Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., Art. 20 IV, Rdn. 8 f.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 65 ff.; so schon *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, 7. Neudruck 1960, S. 769 f.; *G. Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933 (WRV), Anm. 4 zu Art. 1; vgl. auch *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 8. Aufl. 1993, S. 371 ff.; a.A. die Dezentralisationstheorie der Wiener Schule *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 13.002, S. 160; *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 294 (für die Innsbrucker Schule S. 296).

⁸⁹ Vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 6, 21 f.

⁹⁰ *U. Scheuner*, Struktur und Aufgabe des Bundesstaates in der Gegenwart. Zur Lehre vom Bundesstaat, DÖV 1962, 641 f.; vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 11 ff., 15 ff.; *St. Oeter*, Föderalismus, S. 78 ff., 83 ff.; richtige Kritik am souveränitätsdogmatischen Ansatz *P. Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 294 f.

⁹¹ Zum Begriff der existentiellen Staatlichkeit zu 2; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die staatliche Integration der Europäischen Union. Ein Beitrag zur Lehre vom Staat nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag über die Europäische Union von Maastricht, in: W. Blomeyer/K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 75 ff., 103, 115 f.

ben⁹² (dazu II), unterscheidet. Dieses Kriterium ist das des wirklichen Bundes⁹³, der Bundes- oder Verfassungsvertrag der verbündeten Staaten, der als Bund einen Bundesstaat hervorbringt. Die deutschsprachige Staatsrechtslehre der Gegenwart geht auf dieses entscheidende Merkmal nicht ein⁹⁴, sondern ordnet mit *Georg Jellinek* durch Bünde gegründete Bundesstaaten zu den völkerrechtlichen Staatenbünden. Daß diese Lehre zu kurz greift, erweist die Europäische Union, die das Bundesverfassungsgericht Deutschlands darum als Staatenverbund⁹⁵ begreift und der Hoheitlichkeit (Hoheitsgewalt) zugemessen wird⁹⁶. Hoheitlichkeit aber ist, freiheitlich dogmatisiert, Staatlichkeit⁹⁷. Der

⁹² *P. Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 291 ff. (292 f., 296), der vom „klassischen Bundesstaat“ spricht.

⁹³ I.d.S. auch BVerfGE 1, 299 (315); 13, 54 (78), wo ohne weitere Konsequenzen vom „Bündnis“ gesprochen wird; entgegengesetzt *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 777 ff.; wie der Text *C. Schmitt*, Verfassungslehre, S. 363 ff., 389 f.; i.d.S. *P. Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 291 ff. (292, 295).

⁹⁴ Vgl. *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 644 ff.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, S. 517 ff.; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 269, S. 117, nur am Rande im Rahmen der Erörterung der Bundestreue.

⁹⁵ BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.); prägend *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, 1992, § 183, Rdn. 38, passim; *ders. u.a.*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 900, 904 f. (Intensität „mehr als Staatenbund, weniger als Bundesstaat“ (?)); vgl. *B. Kahl*, Europäische Union: Bundesstaat – Staatenbund – Staatenverbund? Zum Urteil des BVerfG vom 12. Oktober 1993, Der Staat 33 (1994), S. 241 ff.; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, 1996, S. 25 ff., 43 ff., 55 ff.

⁹⁶ Vgl. EuGH v. 05.02.1963- Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff., Rdn. 9 und 10; auch BVerfGE 22, 293 (296); 31, 145 (174); 89, 155 (175, 184, 186 f.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 64 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904.

⁹⁷ *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 50 ff., 58 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf ma-

Staatenverbund kann ein staatsrechtlicher Bundesstaat sein⁹⁸. Das hängt vom Staatsbegriff ab. „Der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“, lehrt *Kant*⁹⁹, also auch ein Bund. Weil sich mittels des völkerrechtlichen Vertrages Menschen verbinden, kantianisch gesprochen: unter Rechtsgesetzen vereinigen, vertreten durch ihre staatlichen Organe (Staaten im engeren Sinne¹⁰⁰), ergibt sich die funktionale und auch institutionelle Staatlichkeit und Staatseigenschaft des Bundes aus der zitierten freiheitlichen Definition des Staates. *Jellineks* Begriff war monarchisch¹⁰¹, jedenfalls nicht freiheitlich; denn „Herrschen ist“, lehrt *Georg Jellinek*, „die dem Staat notwendige Tätigkeit, ...“¹⁰². Das ist in einer republikanischen Lehre, also einer Staatslehre der Republik, die eine Freiheitslehre sein muß¹⁰³, im Ansatz nicht richtig. Der echte Bundesstaat ist ein Staatenverbund, wohl auch

teriale Privatisierung. Exemplifiziert am Beispiel des staatlichen und kommunalen Vermessungswesens in Bayern, 2005, S. 265 ff., 268 ff., 291 ff.; i.d.S. R. *Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 560, S. 277 („Staat, genauer: die Hoheitsträger“).

⁹⁸ Auch *H. Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, II, 2, S. 206, bezeichnet den Bundesstaat als „qualifizierten Staatenbund“.

⁹⁹ *Metaphysik der Sitten*, S. 431; *W. Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, HVerfR, 2. Aufl. 1994, S. 454, 461, 465; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 56.

¹⁰⁰ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 18, 100, 161 f.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76.

¹⁰¹ Vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 21; *St. Oeter*, Föderalismus, S. 78 ff., 83 ff.

¹⁰² Allgemeine Staatslehre, S. 772 f.; so auch *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 11.011, S. 144, 12.002, S. 156; zur Herrschaftslehre kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 115 ff.

¹⁰³ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994; *ders.*, Freiheit in der Republik, 2007; ganz so *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 38; *ders.*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S.294 f.

in der Begrifflichkeit des Bundesverfassungsgerichts, welches das Wort Bundesstaat wegen des Art. 20 Abs. 1 GG, dem grundgesetzlichen Bundesstaat, also einem unechten Bundesstaat, vorbehalten haben wollen dürfte.

Der Bund des bündischen, also echten, Bundesstaates muß selbst kein existentieller Staat sein, sondern kann der vertragliche Bund existentieller Staaten mit begrenzten Aufgaben und Befugnissen und insbesondere ohne eigenständige demokratische Legitimation durch ein Bundesvolk sein. Diese Verbindung kann man als Staatenverbund bezeichnen, der ein durch die Substantialität der funktionalen und institutionellen Staatlichkeit des Bundes gekennzeichnete Staatenbund ist.

Der Bund kann aber auch selbst ein existentieller Staat mit existentieller Staatlichkeit in Aufgaben, Befugnissen, Organisationen und Verfahren und vor allem demokratischer Legitimation durch ein verfaßtes Staatsvolk/Bundesvolk sein.

Bund ist nicht nur die Verbindung, sondern auch die durch die Verbindung geschaffene Institution, wie der Bund der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland¹⁰⁴ oder die Europäische Union, kurz Union genannt, oder (bislang) die Europäischen Gemeinschaften, meint also nicht die Länder bzw. die Mitgliedstaaten und schließt diese als Organisationsbegriff auch nicht ein. Der Bund und die Union werden im Folgenden auch als Unionsstaat bezeichnet. Die Staatlichkeit des Unionsstaates kann funktional, institutionell oder auch legitimatorisch unterschiedlich intensiv sein. Im echten Bundesstaat beruht sie auf einem Bund von Staaten, ist also ein Staatenbund, der mit gewisser Substanz den Status eines Bundesstaates erreicht, also eines Staates im funktionellen oder auch institutionellen Sinne, wie die Europäische Union. Der Unionsstaat eines solchen echten Bundesstaates bedarf der demokratischen Legitimation durch ein Bundesvolk, muß also wegen des demokratischen Prinzips ein existentieller Staat sein. Immer ist die Funktion des Bundes oder eben Unionsstaates eines Staatenbundes staatlich, weil sie Sache von

¹⁰⁴ Dazu *O. Kimminich*, *Der Bundesstaat*, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 40 ff.

Völkern ist, ganz unabhängig davon, wie die Verbindlichkeit der Verträge der Völker von den verbundenen Staaten begründet, gehandhabt oder erklärt wird¹⁰⁵. Es gibt keinen qualitativen Unterschied des Geltungsgrundes von Völkerrecht und Staatsrecht, sondern nur einen Unterschied der Verbindlichkeiten von Rechtsakten, weil es keinen Unterschied des Geltungsgrundes von Rechtsakten gibt. Dieser ist immer der Wille der Menschen, die sich zu einem Staat vereinigt haben, eines Volkes also (dazu 2); denn alles Recht beruht auf der Freiheit und geht darum von Volk aus (Art. 1 S. 2 B-VG)¹⁰⁶.

2 a) Der existentielle Staat ist die als Staat verfaßte Bürgerschaft in ihrer Gesamtheit, das Volk, welches die nicht übertragbare Hoheit hat, das Volk also, von dem alles Recht ausgeht, der Staat im weiteren Sinne¹⁰⁷. Die Bürgerschaft als das Volk ist die meist gewachsene, wesentlich aber willentliche, also durch Verfassungsgesetz verfaßte, Lebens-, Friedens- und Schicksalsgemeinschaft¹⁰⁸. Die Hoheit des Volkes ist die gemeinsame Macht der Bürger,

¹⁰⁵ K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff.; dazu Ch. Amrhein-Hofmann, Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren, 2003, S. 79 ff. (Dualismus), S. 152 ff. (völkerrechtsprimärer Monismus), S. 245 ff. (Monismus und Primat des innerstaatlichen Rechts), S. 296 ff. (duale Rechtsordnung); A. Emmerich-Fritsche, Recht und Zwang im Völkerrecht, insbesondere im Welthandelsrecht, in: K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 123 ff., insb. S. 28 ff., 201 ff.

¹⁰⁶ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP, Beiheft 71 (1997), S. 154 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 49 ff., 281 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität. Fundamente von Ethik und Politik in der Republik, 2004, in: *ders.*, Freiheit – Recht – Staat, hrg. v. D. I. Siebold/A. Emmerich-Fritsche, 2005, S. 23 ff., auch in: Aufklärung und Kritik, 2/2004, S. 7 ff., 1/2005, S. 29 ff.; i.d.S. P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 63.

¹⁰⁷ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 519 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 ff. (auch zum Folgenden), 93, 103, 115 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 162; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 58 ff.

¹⁰⁸ I.d.S. auch P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 909 ff.

die verfassungsgesetzlich organisiert ist. Der existentielle Staat als verfaßte Bürgerschaft ist die Rechtsgemeinschaft, in welcher Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit Wirklichkeit finden (finden sollen); denn der politische Wille des existentiellen Staates ist der vereinigte allgemeine Wille der Bürger. Existentielle Staatlichkeit ist funktional die Hoheitlichkeit der Bürgerschaft, ausgeübt vom Volke selbst durch Wahlen und Abstimmungen oder durch besondere Organe der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt oder Rechtsprechung. In der freiheitlichen Demokratie, in der Republik also, ist ausschließlich Hoheitlichkeit oder eben Staatsgewalt rechters, die Sache eines Volkes als eines existentiellen Staates ist oder, wie meist gesagt wird, demokratisch legitimiert ist; denn das „Recht geht vom Volk aus“ (Art.1 S. 2 B-VG). Ausübung von Staatsgewalt ist Verwirklichung des Rechts. Der Leitgedanke des existentiellen Staates ist: *Res publica res populi*.

b) Ein echter Bundesstaat kann somit, wenn nicht auch der Bund ein existentieller Staat ist, wegen des demokratischen Prinzips nur die Staatsgewalt der verbundenen Völker als existentieller Staaten gemeinschaftlich ausüben, aber auch nur insoweit, als ihm die Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten zur Ausübung übertragen sind¹⁰⁹. Eine originäre Hoheitsgewalt hat ein echter Bundesstaat, der kein existentieller Staat ist, trotz existentieller Staatlichkeit mangels eigenen Volkes nicht (so auch Art 3b (5) Abs. 2 EUV). Er ist Republik der Republiken, ein „Föderalismus freier Staaten“ im Sinne *Kants*¹¹⁰. Die Hoheitsgewalt eines solchen Bundesstaates muß wegen der demokratischen Legitimation derart beschränkt sein, daß die Politik von den Einzelstaaten, vor allem von deren Parlamenten, verantwortet werden kann. Die Politik muß Sache der verbundenen Völker, der Gliedstaaten also, sein. Sie muß wegen des

¹⁰⁹ So für die Europäische Union *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 161 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff. (70 f.); *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904 ff.; i.d.S. BVerfGE 89, 155 (188 f.).

¹¹⁰ Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 208; *K. A. Schachtschneider*, Republik der Völker Europas. S. 165 ff.

Prinzips der Gesetzlichkeit¹¹¹ im Wesentlichen¹¹² in einzelstaatlichen Gesetzen beschlossen liegen. Sonst geht das Recht nicht vom Volk aus; denn das Volk ist das Volk des Einzelstaates, also das Volk Österreichs, die Österreicher¹¹³. Die Aufgaben und noch mehr die Befugnisse des echten Bundesstaates ohne existentiellen Unionsstaat können darum um des demokratischen Prinzips willen nur eng begrenzt sein (Prinzip der begrenzten Ermächtigung)¹¹⁴. Ein solcher Bundesstaat kann nicht die Aufgaben und Befugnisse haben, die der existentielle Staat benötigt, um seinen Zweck, das gute Leben aller in Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit¹¹⁵, zu erreichen. Die Institutionen und die Organisation des Bundes oder der Union einer solchen Verbindung oder Organisation von Völkern/Staaten, wie sie meist als bloßer Staatenbund erfaßt werden, müssen nicht denen der demokratisch bestimmten Einzelstaaten entsprechen, vor allem also keine unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgebung einrichten.

c) Das organisatorische Homogenitätsprinzip gilt für den unechten Bundesstaat, in dem der Zentralstaat und die Gliedstaaten existentielle Staaten sind und darum um des genannten Staatszweckes willen demokratische Republiken, soziale Rechtsstaaten sein müssen. Die Verfassungshomogenität¹¹⁶ ist im

¹¹¹ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff.

¹¹² Zur Wesentlichkeitslehre etwa BVerfGE 33, 1 (10 f.); 89, 155 (191 f.); 95, 267 (387 f.); 98, 218 (251 ff.); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 116 ff.

¹¹³ Ganz so H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 24.

¹¹⁴ BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96, 113; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898, 903 ff.; dazu näher K, I, 2 mit Fn. 741.

¹¹⁵ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 350 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 22 ff., 42 f., 55 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 67 ff., 281 ff., 297 ff., 405 ff.; dazu H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 6 ff.

¹¹⁶ P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 309, 461 f.; Th. Maunz, Verfassungshomogenität von Bund und Ländern, HStR, Bd. IV, 1990, § 95, S. 443 ff.; K. Stern,

unechten Bundesstaat schon deswegen geboten, weil das Volk jedes Einzelstaates ein Teil des Bundesvolkes ist. So sind nach Art. 6 B-VG die Staatsbürger der Republik Österreich zugleich die Landesbürger der selbständigen Länder Österreichs. Ein Bund kann nicht die Verfassung, die mit dem Menschen geboren ist¹¹⁷, ändern, jedenfalls nicht die Strukturprinzipien des politischen Lebens wechseln. Die Verfassungsgesetze müssen der menschheitlichen Verfassung gemäß sein. Dieses Homogenitätsprinzip gilt darum auch im echten Bundesstaat mit existentielltem Unionsstaat. Die Politik muß in echten Bundesstaaten ohne existentiellen Unionsstaat, wie gesagt, in der Substanz, im Wesentlichen Sache der Einzelstaaten bleiben. Wenn die verbundenen Staaten in solchen Bundesstaaten zugunsten des Bundes entmachtet werden, sind sie entdemokratisiert und die Völker büßen ihre politische Freiheit ein. Der Bundesstaat wird demokratiewidrig. In diese Lage gerät auch die Europäische Union spätestens mit dem Vertrag von Lissabon (dazu IV, 2)¹¹⁸.

d) Zur existentiellen Staatlichkeit gehört die Gebietshoheit und zur Gebietshoheit die Befugnis und die Befähigung, die Gesetze durchzusetzen und das Recht zu verwirklichen¹¹⁹. Das besagt aber im Bundesstaat wie in jedem Staatenbund und Staatenverbund nicht, daß jeder der verbundenen Staaten, der Bund und die Gliedstaaten, die eigenen Gesetze vollziehen können muß. Auch im (unechten) Bundesstaat Österreich führen die Länder in der Regel die Bundesgesetze aus (Art. 11 ff. B-VG). Das ist in der Europäischen Union nicht anders. Die Mitgliedstaaten haben die Verpflichtung, das Unionsrecht anzuwenden (Art. 3a (4) Abs. 3 EUV, bislang Art. 10 EGV)¹²⁰, grundsätzlich mit Vorrang vor der nationalen Rechtsordnung (17. Erklärung zum Vertrag

Staatsrecht I, S. 646, 704 ff.; *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 79.

¹¹⁷ *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff.

¹¹⁸ Dazu Hinweise in Fn. 194.

¹¹⁹ *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 81 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 ff.

¹²⁰ *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 109 f.

von Lissabon)¹²¹. Die Aufgaben und Befugnisse sind im Bundesstaat, sei er echt oder unecht, zwischen dem Gemeinschaftsstaat und den Einzelstaaten geteilt oder eben verbunden. Das gilt namentlich für die eng verzahnte, „kooperative“ Rechtsprechung¹²², wie das im Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 (267) AEUV, besonders augenfällig ist. Die vertikale Teilung der für einen existentiellen Staat notwendigen Aufgaben und Befugnisse unter den Staaten gehört zum Wesen des Bundesstaates und stellt weder die funktionale und institutionelle Staatlichkeit noch auch eine existentielle Staatseigenschaft des Unionsstaates oder gar der Einzelstaaten in Frage (Mehrebenenstaat und -staatlichkeit). Die Aufgaben und Befugnisse, also die Staatlichkeit, sind auf Organisationen verteilt, welche insgesamt die Staatsgewalt ausüben. Das ist die Staatsgewalt entweder eines Volkes oder die Staatsgewalt mehrerer verbundener Völker, die von den Unionsorganen gemeinschaftlich ausgeübt wird, wie derzeit von der Europäischen Union¹²³. Die Staatsgewalt kann auch zwischen den Völkern der Einzelstaaten und dem Unionsvolk des Unionsstaates geteilt sein, wenn der Unionsstaat eine eigenständige demokratische Legi-

¹²¹ Der weitgehende Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht ist so gut wie unangefochten; vgl. EuGH v. 05.02.1963 – Rs. 26/62 (Van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff.; EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 ff.; EuGH v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 ff.; VerfGH VfSlg. 15.448/1999; 15.427/1999; BVerfGE 31, 145 (173 f.); 37, 271 (279 ff.); 58, 1 (28); 73, 339 (366 ff.); 75, 223 (244 f.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (182 ff., 190 f., 197 ff.); *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 246/9 f., S. 134 f.; *T. Öhlinger*, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 49; *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 615 ff., S. 228 ff., 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 2 ff., S. 182 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, DSWR 1999, S. 81 ff., 116 ff.

¹²² Dazu *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 246/23 ff., S. 142 ff.; vgl. BVerfGE 89, 155 (174 f.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 f.

¹²³ Vgl. die Hinweise in Fn. 159.

timiation hat. Jede der Organisationen der Staatlichkeit hat, staatsrechtlich betrachtet, die Staatseigenschaft, deren Legalität jedoch von der demokratischen Legitimation abhängt. Um es zu wiederholen: Existentielle Staatlichkeit des Unionsstaates bedarf der Trägerschaft durch ein (verfaßtes) Unionsvolk, also originärer, eigenständiger Hoheit. Bloß begrenzte Staatlichkeit kann durch die Übertragung von begrenzten Hoheitsrechten der verbundenen Völker demokratisch legitimiert werden. Die Völkerrechtssubjektivität ist eine andere Frage. Sie bestimmt die Staatseigenschaft der Organisationen nicht.

3. Der Entdemokratisierung wirkt eine eigenständige demokratische Legitimation des Bundes entgegen, die ein Bundesvolk voraussetzt, also einen existentiellen Staat als Bund. Beispiele geben die Republik Österreich und die Bundesrepublik Deutschland, die allerdings Bundesstaaten ohne wirklichen Bund, also unechte Bundesstaaten, sind (dazu II). Ein solcher existentieller Bund kann nur auf einem Verfassungsakt des Bundesvolkes beruhen, nicht auf einem Bundesvertrag, der kein Bundesvolk hervorzubringen vermag. Der Bundesvertrag kann die Gründung des existentiellen Staates durch den Akt des Gesamtvolkes, mit dem dies sich eine Verfassung gibt, nur vorbereiten. Die Menschen, die ein Volk bilden wollen oder auch zu bilden verpflichtet sind, weil sie sonst nicht miteinander im Recht leben können (Recht auf Recht und Pflicht zum Recht)¹²⁴, können freiheitlich, also rechtens, nur selbst, alle miteinander als *pouvoir constituant* das Verfassungsgesetz schaffen, das sie zu einem Volk, einem existentiellen Staat, macht. Das demokratische Prinzip, das jede freiheitliche Bundesstaatslehre leiten muß, steht einer geteilten existentiellen Staatlichkeit nicht entgegen, bei der die Aufgaben und Befugnisse zwischen den Einzelstaaten und dem Unionsstaat, dem Bund, wenn man so will, den Gliedstaaten und dem Zentralstaat, geteilt sind. Freilich müssen die Einzelstaaten und der Unionsstaat existentielle Staaten sein, die aus der Logik

¹²⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 290 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 34 ff., 274 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 50 ff. (56); *ders.*, *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 76 ff., 79 ff.; grundlegend *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, § 8, auch § 44, S. 365 f., 430 ff.

des Bundesstaates aus unterschiedlichen Völkern bestehen, wenn auch das Unionsvolk identisch mit den Völkern aller Einzelstaaten ist. Jedenfalls muß der Unionsstaat eigenständig demokratisch legitimiert sein, wodurch ihm originäre, vom Bundesvolk durch das Bundes-Verfassungsgesetz begründete, Hoheitsrechte ermöglicht werden. Durch ein einen existentiellen Unionsstaat begründendes Bundes- oder Unionsverfassungsgesetz kann und wird regelmäßig ein unechter Bundesstaat entstehen, wenn nämlich auch die Gliedstaaten im Wesentlichen von dem Bundes-Verfassungsgesetz verfaßt werden und der Zentralstaat nicht auf einem Bundesvertrag beruht. Beispiele sind wiederum die Republik Österreich und die Bundesrepublik Deutschland. Die Teilung der Aufgaben und Befugnisse zwischen den Einzelstaaten und dem Unionsstaat kann von den Einzelstaaten auch in einem Bundesvertrag mit dem Unionsstaat vereinbart werden, der durch eine Bundesverfassung des Bundesvolkes ein existentieller Staat ist. Dies wäre ein echter Bundesstaat, der auf einem Bundesvertrag und zusätzlich auf einem Verfassungsakt des Bundesvolkes beruht, also auf eigenständiger demokratischer Legitimation des Unionsstaates – vielleicht das Modell für ein zukünftiges Europa. Die Regelungen über Vertragsänderungen in Art. 48 EUV gehen in diese Richtung; denn die Organe der Union sind in die Vertragsänderungsverfahren einbezogen. Nach Art. 48 EUV hat der Europäische Rat bestimmende Befugnisse in den Vertragsänderungsverfahren, jedenfalls kann er Vertragsänderungen verhindern und (sogar) das Vertragsänderungsverfahren (demokratiewidrig) vereinfachen (Art. 48 Abs. 6 EUV). Allerdings fehlt es am Unionsvolk als legitimierendem Gesamtvolk des Unionsstaates.

4. Einen Bund können nur Völker miteinander schließen, welche die Bundeshoheit haben. Die Bundeshoheit gehört zur Verfassungshoheit und ist ein Teil der Staatsgewalt eines Volkes¹²⁵. Ein als Staat organisiertes Volk als existentieller Staat hat die eigenständige, originäre Staatsgewalt einschließlich

¹²⁵ P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 55; dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff. (89 f.); vgl. R. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl. 2002, S. 116 ff.

der Verfassungshoheit¹²⁶. Verfassungshoheit und Bundeshoheit sind Teil der politischen Freiheit des Volkes, der Bürgerschaft. Die Verfassungshoheit, nicht anders als die Bundeshoheit, sind unaufhebbarer Bestand der existentiellen Staatlichkeit eines Volkes, ganz unbeschadet einer Bundespflicht zur homogenen Verfassungsordnung, wie sie im Unionsrecht derzeit in Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV und auch im Vertrag von Lissabon in Art. 1a (2) EUV vorgeschrieben sind. Bundeshoheit des Volkes heißt auch, daß ein existentieller Staat das Recht hat, den vereinbarten Bund zu verlassen, zu separieren, ohne befürchten zu müssen, mittels Bundeszwanges, gar mittels militärischen Zwanges¹²⁷, im Bund gehalten zu werden. Der Bund ist für *Georg Jellinek* das Kriterium des Staatenbundes, den er streng vom Bundesstaat unterscheidet, weil der Staatenbund zwar Vereinsgewalt, aber keine Staatsgewalt habe¹²⁸. Konsequent läßt *Jellinek* einen Vertrag als Grundlage eines Bundesstaates nicht genügen¹²⁹. Nach *Carl Schmitt* setzt umgekehrt ein Bundesstaat eine vertragliche, also bündische, Grundlage voraus¹³⁰. Das Austrittsrecht (Sezessions-

¹²⁶ *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 55; vgl. auch *ders.*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 294 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff., 89 f.; vgl. auch *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 79 ff.; i.d.S. auch *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 909 ff.

¹²⁷ Dazu *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 544 f.; *ders.*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 303 (gegen militärische Lösungen); die Befugnis, militärischen Zwang als Mittel des Bundeszwanges zu üben, ist in Deutschland streitig, zur Praxis in der Weimarer Republik (Fall Sachsen 1923, Fall Preußen 1932) *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 34; dagegen etwa *Th. Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1960, Art. 37, Rdn. 49; auch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 116, Fn. 195.

¹²⁸ Allgemeine Staatslehre, S. 762 ff., 769 ff.

¹²⁹ Allgemeine Staatslehre, S. 774, 777 ff.; folgend *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 13.001, S. 160; vgl. auch *P. Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 292 ff. für den „klassischen Bundesstaat“.

¹³⁰ Verfassungslehre, S. 365 ff., 374 ff.

recht) gehört zum Wesen des Bundes. Eine dauerhafte Bundespflicht oder ein Austrittsverbot ist jedoch entgegen der Lehre von *Georg Jellinek*¹³¹ nicht das Kriterium des Bundesstaates, jedenfalls nicht des echten Bundesstaates, sondern das eines bundesstaatlichen Einheitsstaates, eines unechten Bundesstaates, und das auch nur in normalen Lagen. Ein Volk, das die Bundespflicht nicht einzuhalten vermag oder dazu nicht bereit ist, muß den Bund, also den echten Bundesstaat, verlassen oder wird notfalls ausgeschlossen. Ein Recht zur Separation vom unechten Bundesstaat besteht in existentiellen Lagen, im Rahmen der *clausula rebus sic stantibus* (vgl. Art. 62 WVK)¹³².

II. Republik Österreich als unechter Bundesstaat – existentielle Staatlichkeit der Länder Österreichs

1. a) Die Republik Österreich gilt weithin wie die Bundesrepublik Deutschland, die Schweizerische Eidgenossenschaft, die Vereinigten Staaten von Amerika u.a. Staaten als Bundesstaat, wäre aber nur ein echter Bundesstaat, wenn (u. a.) die existentielle Verfassungshoheit und damit die Bundeshoheit der Länder respektiert würden, wenn also der Bund ein echter Bund wäre. Art. 2 Abs. 1 B-VG verfaßt Österreich als Bundesstaat, der nach Absatz 2 aus „den selbständigen Ländern“ gebildet wird¹³³. Das Recht der „demokratischen Republik“ Österreich geht nach Art. 1 S. 2 B-VG „vom Volk aus“. Beides sind

¹³¹ Allgemeine Staatslehre, S. 762 ff. (767), 769 ff.

¹³² Zu diesem völkerrechtlichen Prinzip allgemein *W. Heintschel v. Heinegg*, Die völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts, in: *K. Ipsen*, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, S. 172 ff.; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 828 ff., S. 526 ff.; vgl. auch *K. Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 21 III, S. 322 f.

¹³³ Dazu (eher kritisch) *H. Mayer*, B-VG, Art. 1, I f.; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 13.010, S. 161 f.; *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 286, 300 f.

fundamentale Verfassungsprinzipien Österreichs, Baugesetze¹³⁴, die zum unabänderlichen Verfassungsgesetz gehören. Das Volk ist das österreichische Volk, die Staatsbürgerschaft der Republik Österreich (Art 6 Abs. 1 B-VG). Die Staatsgewalt des Bundes gründet somit nicht auf der Staatsgewalt der Länder, sondern auf der Hoheit des österreichischen Volkes, des Bundesvolkes, also dessen Macht und Freiheit¹³⁵ in Einheit. Darum kann der Bundesstaat, den das Bundes-Verfassungsgesetz verfaßt, kein echter Bundesstaat sein; denn er ist trotz gewisser bündischer Elemente kein wirklicher, vertraglicher Bund. Vielmehr ist die Republik Österreich ein in Länder gegliederter bundesstaatlicher Verfassungsstaat, ein föderalisierter Einheitsstaat¹³⁶, ein unechter Bundesstaat, ein Bundesstaat ohne Bundesvertrag. Die Verfassungsautonomie der Länder ist begrenzt (Art. 99 Abs. 1 B-VG). Allgemein wird die Kompetenz-Kompetenz des Bundes als das wesentliche Kriterium des (unechten) Bundesstaates genannt¹³⁷. Bekanntlich hat diese zu einer weitgehen-

¹³⁴ VerfGH, VfSlg. 2455; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 160, S. 87; P. Pernthaler, Der Verfassungskern, S. 36 f.; H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 10; Art. 44, Rdn. 21, die aber die Demokratie nicht „durch eine Ewigkeitsklausel“ geschützt sehen (Art. 1, Rdn. 22, 34); P. Oberndorfer, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 2000, Art. 1 B-VG, Rdn. 10; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 10.002, S. 124.

¹³⁵ Zur staatlichen Hoheit als der politischen Freiheit und Macht des Volkes als der Bürgerschaft K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 f., auch S. 79 ff.; ders., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 268 ff., 291 ff.

¹³⁶ Vgl. schon H. Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, II, 2, S. 203 f., der einen Bundesstaat, dem die „Kompetenzabgrenzung“ überwiesen sei, als „dezentralisierten Einheitsstaat“ auffaßt; dazu P. Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 296.

¹³⁷ BVerfGE 75, 223 (242)); dazu Th. Maunz, Staatlichkeit und Verfassungshoheit der Länder, HStR, Bd. IV, § 94, Rdn. 16; J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 82, 90 f.; P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 900, 906, 914; vgl. auch St. Oeter, Föderalismus, S. 91 ff.

den Entmachtung der Landesparlamente geführt¹³⁸. Zum fragwürdigen Ausgleich sind die Befugnisse des Bundesrates wegen der „sachlichen Unitarisierung“, der Tendenz zu einheitlichen Lebensverhältnissen im unechten Bundesstaat, vor allem bei der Gesetzgebung derart gestärkt¹³⁹. Die Bundesstaatlichkeit wird verschiedentlich zur Disposition einer Gesamtänderung der Verfassung gestellt¹⁴⁰. Bemerkte sei, daß die europäische Integration weiter an der Substanz der Staatlichkeit der Länder auch Österreichs zehrt. Art. 3a (4) Abs. 2 S. 1 EUV ordnet sie der „regionalen Selbstverwaltung“ zu, das Gegenteil des Staates oder gar existentiellen Staates.

b) Das Bundes-Verfassungsgesetz der Republik Österreich ist kein Bundesvertrag oder Bundesverfassungsvertrag, sondern eine unitarische Bundesstaatsverfassung¹⁴¹, deren Regelungen, soweit sie einschlägig sind, für den Bund und für die Länder gelten. Der unechte Bundesstaat ist durch mehr oder weniger starke Elemente eines Bundesstaates föderalisiert, aber nicht durch dessen wesentliches Element, den vertraglichen Bund, und darum an sich

¹³⁸ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 161, S. 87.

¹³⁹ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 161, S. 87; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 13.005, S. 161 f..

¹⁴⁰ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 160, S. 87; a.A. richtig P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 300.

¹⁴¹ Zum unitarischen Bundesstaat K. Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962; ders., Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 99, Rdn. 221; J. Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 4; O. Kimminich, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 10, 49 ff., 56; vgl. P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 286; ders., Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 305; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 161, S. 87; W. Pessendorfer, in: H. P. Rill/H. Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 99, Rdn. 6, 10; H. Mayer, B-VG, Art. 99, Rdn. II; grundlegend H. Triepel, Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, 1907.

auch und insbesondere nicht durch das Recht der Länder zu separieren¹⁴² bestimmt, weil er auf einem Verfassungsakt des Bundesvolkes gründet, welches als solches nicht in Landesvölker geteilt ist¹⁴³. Die Republik Österreich beruht nicht etwa wie das Deutsche Reich *Bismarcks* auf einem Bund, dem „ewigen Bund“ deutscher Fürsten (Präambel der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16. April 1871)¹⁴⁴. Sie ist entgegen dem bundesverfassungsgesetzlichen Wort für den Zentralstaat „Bund“ (etwa Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 und 2, Art. 7 Abs. 2 S. 1 B-VG) kein Bund der Länder. Jedes Verfassungsgesetz regelt den Bundesstaat in je eigener Weise.

Die Länder haben als vollentwickelte existentielle Staaten die Möglichkeit der eigenen Politik und damit auch die politische Verantwortung für das Schicksal ihrer Bürger. Sie sind insbesondere eigenständig demokratisch legitimiert und haben originäre Staatsgewalt, die Landesbürger, nämlich ein eigenes Volk (Art. 6 Abs. 2 B-VG)¹⁴⁵.

Der Vertrag von Lissabon wird die Staatlichkeit der Länder ausweislich Art. 3a (4) Abs. 2 S. 1 EUV beenden; denn er akzeptiert nach der grammatischen Interpretationslogik trotz der Achtung der „nationalen Identität ihrer Mitgliedstaaten, die in deren grundlegender politischer und verfassungsrechtlicher Struktur einschließlich der regionalen und kommunalen Selbstverwal-

¹⁴² Dazu *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem „Konventsentwurf einer Verfassung für Europa“, FS W. Nölling, S. 293 ff.

¹⁴³ Dazu *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR, Bd. IV, § 98, Rdn. 45 ff., 58 ff., der weitergehend Landesvölker negiert und lediglich „eine zwifache Organisation des Volkes zum Staat eines identischen Volkes“ erkennt; anders und richtig *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 62, 309; *ders.*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 296.

¹⁴⁴ Dazu *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 30; auch *St. Oeter*, Föderalismus, S. 76 ff.

¹⁴⁵ *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 62, 300, 309; dazu wenig klar *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 200 f., S. 106; vgl. VfSlg. 2.455.

tung zum Ausdruck kommt“, nur noch „regionale Selbstverwaltung“, nicht Staaten innerhalb der Mitgliedstaaten, schon gar nicht existentielle Staaten. Auch die unechte Bundesstaatlichkeit, die das Bundes-Verfassungsgesetz zumindest durch Art. 44 Abs. 3 B-VG verfaßt und besonders schützt, verbietet eine Entstaatlichung der Länder zu regionalen, dezentralen Selbstverwaltungskörperschaften. Die existentielle Staatseigenschaft und existentielle Staatlichkeit der Länder gehört zur demokratischen Republik Österreichs; denn „Österreich ist ein Bundesstaat“ (Art. 2 Abs. 1 B-VG). Die Entstaatlichung der Länder verletzt die politische Freiheit der Österreicher und auch ihr Wahlrecht, das durch die Gliederung Österreichs in Bund und Länder verdoppelt und verstärkt wird. Die Entstaatlichung der Länder schwächt die existentielle Staatlichkeit auch des Bundes, also des Gesamtstaates.

III. Substantielle und existentielle Staatlichkeit der Union

1. Die Europäische Union entwickelt sich in ihren Institutionen, Organen, Aufgaben und Befugnissen, sowie in ihren Instrumenten und Handlungsweisen vom Staatenverbund europäischer Völker¹⁴⁶, also einem föderalen echten Bundesstaat, mehr und mehr zum unitarischen unechten Bundesstaat, als wären die Unionsbürger ein Volk. *Ingolf Pernice* hält gar die Union für einen „Bürgerverbund“ oder „Verfassungsverbund“¹⁴⁷. Wenn die substantielle, d.h. eine weitgehende, für das gemeinsame Leben wichtige, gewissermaßen existentielle, Staatlichkeit der Union, die freilich nur einem existentiellen Staat zukommt, nicht schon mit dem Vertrag von Maastricht¹⁴⁸ erreicht war, so ist

¹⁴⁶ So BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff., 190); weitere Hinweise in Fn. 95.

¹⁴⁷ *I. Pernice*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866 ff. (870 f.).

¹⁴⁸ So *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, vom 18. Dezember 1992 (Maastricht-Verfassungsbeschwerde M. Brunner), in: *I. Winkelmann* (Hrsg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, S. 129 ff., 386 ff.; auch *J. Wolf*, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht. Ein Anwendungsfall des Art. 146

der entscheidende Schritt der Vertrag von Lissabon sein. Der Union mangelt jedoch noch der Träger existentieller Staatlichkeit, das Staatsvolk oder Unionsvolk als existentieller Staat, das die Staatsgewalt der Union demokratisch legitimieren könnte¹⁴⁹. Der Verfassungsvertrag konzipiert aber erste Elemente eines Unionsvolkes und damit eines existentiellen Unionsstaates, die Vertretung der „Bürgerinnen und Bürger“ durch das Europäische Parlament und deren Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen (Art.8a (10) Abs. 2 und 3 S. 1 EUV)¹⁵⁰. Demokratisches Leben impliziert (hat) ein Volk.

Der Staatenverbund ist durch den Unionsvertrag und die Gemeinschaftsverträge organisiert, welche die vornehmlich wirtschaftliche Integration vom Gemeinsamen Markt der Römischen Verträge (1957) zum Binnenmarkt der Einheitlichen Europäischen Akte (1986) bis hin zur Wirtschafts- und Währungsunion des Maastricht-Vertrages (1992) vertieft haben. Gleichzeitig ist

GG, JZ 1993, 594 ff. (597 f.); a.A. BVerfGE 89, 155 (188); dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff., insb. S. 92 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff.

¹⁴⁹ BVerfGE 89, 155 (184 ff., 188); K. A. Schachtschneider, Die Republik der Völker Europas, S. 166, 173; dazu ders., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff.; ders., Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten?, 2001, S. 323 ff.; P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 900 f., 906; zur Problematik eines „Gesamtvolkes“ oder „föderalen Staatsvolkes“ St. Oeter, Föderalismus, S. 106, 107 ff.

¹⁵⁰ Nach Art. 2 (3) Abs. 2 EUV bietet die Union ihren „Bürgerinnen und Bürgern“ einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen. Nach Art. 8 (9) S. 1 EUV achtet die Union „den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger“, nach Art. 8a (10) Abs. 3 EUV haben „alle Bürgerinnen und Bürger“ das Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen“, nach Absatz 4 tragen die politischen Parteien u.a. zum „Ausdruck des Willens der Bürgerinnen und Bürger der Unio“ bei. Art. 8 (9) S. 1 EUV achtet die Union die Gleichheit der „Bürgerinnen und Bürger“, „denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit“ der Union zuteil wird. Auch Art. 9 (13) Abs. 1 S. 1 EUV redet von „Bürgerinnen und Bürgern“, deren Interessen die Union zu dienen vorgibt. Nach Art. 9a (14) Abs. 2 S. 3 sind die „Bürgerinnen und Bürger“ degressiv proportional im Europäischen Parlament vertreten.

die Europäische Gemeinschaft der ursprünglich sechs zunächst auf fünfzehn und jetzt siebenundzwanzig Mitgliedstaaten erweitert worden. Auch die Türkei bereitet sich auf ihre Aufnahme vor. Beitrittsverhandlungen sind eingeleitet und werden bereits wieder für neue Beitrittskandidaten angekündigt. So attraktiv die Idee auf staatlicher Selbstbestimmung (Souveränität) beruhender Politik der Bindung und Einbindung aller im Europarat vertretenen Länder (Europa vom Atlantik bis zum Ural) ist - die übermäßige Verlagerung der existentiellen Staatlichkeit von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union muß auch unter dem Aspekt der Größe der Union jetzt und in Zukunft gesehen werden. Die Größe ist bedrückend und läßt keine Chance für eine Demokratie, einen Rechtsstaat oder gar einen Sozialstaat.

Die institutionellen Regelungen des Vertrages von Nizza (2000), der die Zusammenarbeit der erweiterten Union gestaltet, nach langen Mühen auch von Irland angenommen, stellen die Integrationspolitiker nicht zufrieden. Eine neue Gestalt soll die Europäische Union durch den Vertrag von Lissabon erhalten. Er ersetzt den in Frankreich, den Niederlanden gescheiterten und auch von Deutschland nicht ratifizierten Verfassungsvertrag¹⁵¹, den ein „Konvent zur Zukunft Europas“, auch Europäischer Konvent oder Verfassungskonvent genannt, unter der Präsidentschaft von Valéry Giscard d'Estaing erarbeitet und im Juni und Juli 2003 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hatte. Im Rahmen der Regierungskonferenz im Dezember 2003 in Laeken/Brüssel hatten die Staats- und Regierungschefs das Vertragswerk, weitgehend unverändert, wie der Konventspräsident es gewünscht hatte, angenommen. Die 25 Mitgliedstaaten hatten den Vertrag am 29. Oktober 2004 in Rom geschlossen, der nach den innerstaatlichen Zustimmungsverfahren möglichst zügig (bis zum November 2006) ratifiziert werden sollte. Auch für die Türkische Republik ist der Verfassungsvertrag (vorsorglich?) unterschrieben worden (!).

¹⁵¹ Kritisch zum Begriff „Verfassungsvertrag“ *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895 ff., weil der „Tatbestand der ‚Verfassung‘ im Staatsrecht grundsätzlich nur der Grundordnung eines Staates zugesprochen“ werde.

Nach Art. III-447 Abs. 2 VV sollte der Vertrag (möglichst) am 1. November 2006 in Kraft treten¹⁵².

Manche integrationistischen Staatsrechtslehrer meinen, daß schon bisher ein „Verfassungsverbund“ unter den Mitgliedstaaten bestand¹⁵³, welcher lediglich institutionell, prozedural und material zum Verfassungsstaat vervollkommen werden sollte. „Verfassung“ ist etwa für *Ingolf Pernice* „der Ausdruck des gemeinsamen Willens der sich durch sie konstituierenden Bürgerschaft, die Erfüllung bestimmter Ziele und Gemeinwohlaufgaben bestimmten durch sie geschaffenen Institutionen anzuvertrauen.“ ... „Pouvoir constituant der Union sind die Bürger der Mitgliedstaaten“. „Das nationale Zustimmungsgesetz ... ist nicht Rechtsanwendungsbefehl für die Geltung fremden Rechts, sondern Annahme des vereinbarten Vertragsinhalts als Ausdruck des gemeinsamen Willens der Unionsbürger zur originären Konstituierung europäischer öffentlicher Gewalt.“¹⁵⁴ Eine solche Lehre schafft den *pouvoir constituant* ab und läßt diesen im *pouvoir constitué* aufgehen. Die Integrationspolitiker wollen das bisher erfolgreiche Konzept fortsetzen, die Integration durch begrenzte Schritte zum „vereinten Europa“ (Präambel und Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) zu entwickeln und bis zur Unumkehrbarkeit zu führen. Auf diese Weise vermeiden sie und wollen sie vermeiden, alle Völker, auch die Österreicher, insbesondere aber die Deutschen, selbst über die Integrationsentwicklung abstim-

¹⁵² Vgl. die Erklärung des Europäischen Rates von Laeken vom 14./15. Dezember 2001 „Die Zukunft der Europäischen Union“; dazu *Th. Oppermann*, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/03, DVBl 2003, 1 ff.

¹⁵³ Etwa *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 163 ff.; vgl. *ders.*, Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, 1995, § 191, Rdn. 62 ff. (Rdn. 68: „supranationale Verfassung der Union“); i.d.S. auch *St. Oeter*, Föderalismus, S. 117 ff.; schon *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 2, 33 ff., S. 64 ff, hat das Primärrecht als „materielle Verfassung der Gemeinschaften“ dogmatisiert; so auch (noch) BVerfGE 22, 293 (296); dagegen *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895, 904.

¹⁵⁴ *I. Pernice*, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 870 f.

men zu lassen. Die Integrationisten dürfen damit rechnen, daß der Europäische Gerichtshof, der „Motor der Integration“¹⁵⁵, jedwedes Verfahren akzeptieren wird, welches die europäische Integration zu Vereinigten Staaten von Europa, dem Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika folgend, mit eigenständiger, substantieller, ja originärer, Staatlichkeit¹⁵⁶ vorantreibt. Letztlich gefährdet die Entwicklung die Republik Österreich in ihrem Bestand.

Die skizzierten Überlegungen und deren Kritik sind nach wie vor bedeutsam, weil der Vertrag von Lissabon die Politik des Verfassungsvertrages in der Substanz unverändert fortsetzt. Lediglich der Begriff „Verfassung“ ist (vorerst) aufgegeben, um den Schritt zum Verfassungsstaat Europäische Union nicht allzu deutlich werden zu lassen. Es kommt für den Befund, ob die Union ein Staat, ein Bundesstaat ist, auf die Ziele, Aufgaben und Befugnisse/Zuständigkeiten an, nicht wesentlich auf die Plakatierung mit dem Wort

¹⁵⁵ *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 12, 38; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 62, 64, 72; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 108; deutlich *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895, 923; *M. Zuleeg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 4, weist diesen Vorwurf zurück; ebenso *ders.*, Recht und Arbeit 1994, 77 ff.; *ders.*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, in: W. Blomeyer/K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 19 f., 34 ff.; abgewogen *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 32; dazu *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 152 f., Rdn. 384 ff., 3. Aufl. 2005, § 5, Rdn. 116 f. („Judicial Activism“), nicht unkritisch *S. Broß*, Überlegungen zur europäischen Staatswerdung, JZ 2008, 227 ff.

¹⁵⁶ Vgl. schon *P. Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den Internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), S. 34 ff. (57, 59 ff.); *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, § 9, Rdn. 61, S. 232; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 101; vgl. auch BVerfGE 22, 293 (295 f.); 89, 155 (175, 187); *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 13.009, S. 164; dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 103; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: Die Euro-Illusion, S. 329 f.; weitere Hinweise in Fn. 183.

„Verfassung“. Die Weiterentwicklung der existentiellen Staatlichkeit der Union betreibt der Vertrag von Lissabon nicht anders als der Verfassungsvertrag.

2. Der Vertrag über die Europäische Union, vereinbart in Maastricht am 7. Februar 1992, wegen des Maastricht-Prozesses vor dem Bundesverfassungsgericht¹⁵⁷ erst am 1. November 1993 in Kraft getreten, hat die Europäischen Gemeinschaften zusammengefaßt und eine Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (Titel V des EUV), aber auch eine polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Titel VI des EUV, zuvor: Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres) vereinbart. Die Union ist nicht nur stetig erweitert, sondern nicht zuletzt auch durch die Verträge von Maastricht (1992/93), Amsterdam (1997) und auch Nizza (2000) derart vertieft worden, daß sie aufgrund der ihr von den Mitgliedstaaten übertragenen Hoheitsrechte schon jetzt Aufgaben und Befugnisse eines existentiellen Staates ausübt, sowohl in der Rechtsetzung, als auch und vor allem in der Rechtsprechung. Das wird näher zu B, C, D, F, G, H dargelegt. Herausragende Einrichtung der existentiellen Staatlichkeit ist die Währungsunion mit den einen einheitlichen Staat symbolisierenden Geldzeichen¹⁵⁸, Euro und Cent, die seit 2002 in den Ländern der Eurozone (zur Zeit fünfzehn) genutzt werden. Die Ermächtigungen in den Gemeinschaftsverträgen, der Sache nach die Übertragung von Hoheitsrechten zur gemeinschaftlichen Ausübung der Staatsgewalt¹⁵⁹, welche die

¹⁵⁷ BVerfGE 89, 155 ff.; Dokumentation des Verfahrens mit Einführung von *I. Winkelmann*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994; zur Rechtslage nach dem Urteil *K. A. Schachtschneider* (Verfahrensbevollmächtigter der allein zugelassenen Verfassungsbeschwerde M. Brunners), *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 75 ff.

¹⁵⁸ Nach Art. I-8 Abs. 4 VV sollte der Euro als Währung der Union zu deren Symbolen gehören.

¹⁵⁹ *K. A. Schachtschneider*, *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 87 ff. (92 f.); *ders.*, *Die Republik der Völker Europas*, S. 161 ff., 165 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 58 ff., insb. S. 74 f.; *P. Kirchhof*, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 69; *ders.*, *Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund*, S. 905, 914; i.d.S. auch BVerfGE 89, 155 (189).

Zustimmung der nationalen Gesetzgeber gefunden haben, sind weit und offen und gewinnen durch den Vertrag von Lissabon keinesfalls an Bestimmtheit. Allein die ausschließlichen Zuständigkeiten der Union, die in Art. 2b (3) AEUV aufgelistet sind, nämlich (u.a.) „die Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, die den Euro eingeführt haben, die gemeinsame Handelspolitik, die Zollunion, ...“, weiterhin die „für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“, sind denkbar weit, so daß die Politik im Rahmen dieser Zuständigkeiten nicht vorhergesehen werden kann. Hinzu kommen die „geteilten Zuständigkeiten“, deren Hauptbereiche Art. 2c (4) AEUV nennt, nämlich (u.a.) „Binnenmarkt, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Landwirtschaft und Fischerei, ausgenommen..., Verkehr und transeuropäische Netze, Energie, Sozialpolitik hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte, wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt, Umwelt, Verbraucherschutz, gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich des Gesundheitswesens hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte“. „Der Umfang der Zuständigkeiten der Union und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich aus den Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen“ (Abs. 6 des Art. 2 a (2) AEUV). Das sind weitgehend, wenn auch mit bemerkenswerten Änderungen, die alten Regelungen des Gemeinschaftsvertrages, die aber wie noch gezeigt werden soll, die umfassende politische Verantwortung der Union erweisen. Besonders weit ermächtigt Art. 2d (5) AEUV die Union, die Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik zu koordinieren. Sie kann „Grundzüge“ der Wirtschaftspolitik und „Leitlinien“ für die Beschäftigungspolitik, wohlgermerkt der Mitgliedstaaten, beschließen (dazu näher C, I, IV). Dazu war sie durch Art. 99 und Art. 128 EGV auch bisher schon ermächtigt. Die Grundzüge und Leitlinien haben für die Mitgliedstaaten Verbindlichkeit, wie die näheren Vorschriften in Art. 99 ff., 125 ff. (121 ff., 145 ff.) AEUV erweisen. In Art. 308 (352) AEUV wird die (kleine) Generalklausel, jetzt „Flexibilitätsklausel“ genannt, beibehalten, wonach die Union sich die „erforderlichen Befugnisse“ selbst einräumen kann, wenn das „erforderlich erscheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen“. Das bedarf außer dem Vorschlag der Kommission der Zustimmung des Europäischen Parlaments und des einstimmigen Beschlusses des Ministerrates. Nach Art.

308 EGV geltender Fassung können nur Ziele „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ diese Kompetenz-Kompetenz begründen, die schon bisher derart extensiv genutzt wurde, daß das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil gemahnt hat, derartige Vertragsauslegungen oder Vertragsfortbildungen würden nicht zu Vertragsänderungen entarten dürfen¹⁶⁰. Der Vertrag von Lissabon wiederholt gar in Art. 269 (311) Abs. 1 AEUV die große Generalklausel des Art. 6 Abs. 4 EUV geltender Fassung (ursprünglich Art. F Abs. III), wonach „die Union sich mit den erforderlichen Mitteln ausstattet, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politik durchführen zu können“, der das Bundesverfassungsgericht die rechtliche Verbindlichkeit abgesprochen hat¹⁶¹. Ihre Ermächtigung war derart grenzenlos, daß, um den Vertrag über die Europäische Union zu retten, selbst die Bundesregierung, die Mitgliedstaaten und die Kommission im Maastricht-Prozeß erklärt hatten, daß diese Ermächtigung keine Kompetenz-Kompetenz gebe¹⁶². Jetzt steht die Klausel, etwas modifiziert, im Titel III des Sechsten Teils zu den Finanzierungsvorschriften in Kapitel 1 über die „Eigenmittel der Union“ und ist dadurch gegenständlich zumindest eingeschränkt, betrifft aber doch die Finanzierung der Union, die freilich ohne Zustimmung der Mitgliedstaaten nicht festgelegt werden kann (Art. 269 (311) Abs. 3 S. 2 AEUV). Sie ermöglicht aber der Union eigene Steuererhebung ohne die Zustimmung der nationalen Parlamente (dazu H, II).

Hoffnungen, dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung durch die Zuständigkeitsverteilung im Vertrag von Lissabon Geltung zu verschaffen, sind gescheitert. Die Auflistung der ausschließlichen und der geteilten Zuständigkei-

¹⁶⁰ BVerfGE 89, 155 (210); vgl. K. A. *Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 122 f.; P. *Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 916 ff.

¹⁶¹ BVerfGE 89, 155 (194, 197 f.); vgl. K. A. *Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 122 f.

¹⁶² BVerfGE 89, 155 (194, 197 f.); dazu K. A. *Schachtschneider*, Verfassungsbeschwerde gegen den Vertrag über die Europäische Union, Dokumentation Winkelmann, S. 398 f., 438 ff.

ten der Union in Art. 2b und c (3 und 4) AEUV ist denkbar weit und entspricht als typisch bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung eines Staatenverbundes nicht. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union formuliert die Aufgaben und Befugnisse der Union ohne nähere Einschränkung. Die Verpflichtung der Union auf Ziele und die Zuteilung nicht näher bestimmter Bereiche, zumal auch als Querschnittskompetenzen praktiziert, verschafft der Integration in Verbindung mit der Generalermächtigung der Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV dynamische Entfaltungsmöglichkeiten auch für Bereiche, in denen der Union in ihrem Arbeitsvertrag gerade keine Einzelbefugnis zugewiesen ist. Die Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union sind unter H näher dargelegt.

Hingewiesen sei schon hier auf die Rechtsprechungsbefugnisse des Europäischen Gerichtshofs, der durch seine denkbar weite Praxis der Grundfreiheiten, der Grundrechte, des Wettbewerbsrechts, zumal für die als öffentliche Unternehmen eingestuften staatlichen Verwaltungen, und weitere Vertragsbestimmungen fast unbegrenzte Möglichkeiten zur Gestaltung/Umwälzung der Politik in der Union einschließlich der Mitgliedstaaten hat. Von begrenzten Ermächtigungen der Union, deren Politik mittels der Unions/Gemeinschaftsverträge von den Parlamenten der Mitgliedstaaten verantwortet werden könne, weil sie hinreichend voraussehbar sei¹⁶³, kann keine Rede sein. Das gilt erst recht für die Ermächtigungen des Vertrages von Lissabon.

3. Die substantielle Staatlichkeit der Union wird durch den Vertrag von Lissabon deutlich verstärkt, sowohl institutionell als auch funktionell und materiell. Die institutionelle Umgestaltung wird die durch die völkerrechtliche ‚Souveränität‘ der Mitgliedstaaten charakterisierten Formen der internationalen

¹⁶³ BVerfGE 89, 155 (187); dazu *Th. C. W. Beyer*, Die Ermächtigungen der Europäischen Union und ihrer Grundfreiheiten, *Der Staat* 35 (1996), S. 189 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 113.

Zusammenarbeit weiter zurückdrängen und die (sogenannten) supranationalen, ja einzelstaatlichen, nationalen Formen der Integration ausbauen. Sie wird das Amt eines „Präsidenten des Europäischen Rates“, der für zweieinhalb Jahre gewählt wird und kein einzelstaatliches Amt innehaben darf (Art. 9b (15) Abs. 5 und 6 UAbs. 3 EUV), und das Amt eines „Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik“, der auch einer der „Vizepräsidenten der Europäischen Kommission“ sein soll (Art. 9e (18) EUV), einführen. Die Kommission soll ab dem 1. November 2014 „... nach einem System der gleichberechtigten Rotation zwischen den Mitgliedstaaten“ ausgewählt werden (Art. 9d (17) Abs. 5 EUV), um die Zahl der Mitglieder der Kommission auf „zwei Drittel der Zahl der Mitgliedstaaten“ zu begrenzen. Die Befugnisse des Europäischen Parlaments werden nicht nur im Rechtsetzungsverfahren ausgeweitet, sondern vor allem wird das Parlament als unmittelbare Vertretung „der Bürgerinnen und Bürger“ (Art. 8a (10) Abs. 2 UAbs. 1) und als Vertretung der „Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ konstituiert (Art. 9a (14) Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 EUV). Bislang ist dieses Europäisches Parlament genannte Organ (Art. 7 Abs. 1, Art. 189 ff. EGV) (nur) eine „Versammlung“ (so Art. 107 EWGV 1957) „der Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (Art. 189 Abs. 1 EGV). Die qualifizierte Mehrheit im Europäischen Rat (ohne die Präsidenten des Europäischen Rates und der Kommission (Art. 201a (235) Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV), also nur die Staats- und Regierungschefs) oder im Rat, letzterer nach wie vor das dominante Rechtsetzungsorgan, soll ab dem 1. November 2014 neuen Kriterien folgen, nämlich den Stimmen der Mehrheit von mindestens 55 % bzw. 72 % (Art. 205 (238) Abs. 2 AEUV) der Mitglieder des Rates, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern, die mindestens 65 % der Bevölkerung der Union ausmachen (Art. 9c (16) Abs. 4 EUV)¹⁶⁴, durchaus ein gewisses Entgegenkommen gegenüber den bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten, zumal Deutschlands, im gegenwärtigen Berechnungsmodus der qualifizierten Mehrheit oder

¹⁶⁴ Übergangsbestimmungen für die Definition der qualifizierten Mehrheit sind im Protokoll über die Übergangsbestimmungen festgelegt (Art. 9c (16) Abs. 5 EUV).

gar der einfachen Mehrheit im Rat (vgl. Art 205 EGV), das aber keinesfalls die demokratiewidrige Unterrepräsentation der Deutschen ausgleicht.

4. Diese und andere Entwicklungen sind beachtliche, zum Teil unter dem demokratischen Gesichtspunkt der existentiellen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten unfaßbare Integrationsschritte. Der Vertrag von Lissabon macht allemal den entscheidenden Schritt zum Unionsstaat im institutionellen Sinne, zu den Vereinigten Staaten von Europa, zum Bundesstaat, wenn die Europäische Union nicht bereits in ihrer bisherigen Gestalt ein Staat im institutionellen und nicht nur im funktionellen Sinne ist¹⁶⁵. Der Vertrag von Lissabon verstärkt den Staatscharakter der Union, freilich verfassungswidrig, weil ein Vertrag, den die Staatsorgane der Völker, also die *pouvoirs constitués*, schließen, kein Volk konstituieren kann¹⁶⁶. Das bedarf vielmehr eines gemeinsamen Verfassungsaktes der Menschen aller Völker als *pouvoir constituant*, die dadurch zu einem Volk im staat(srecht)lichen Sinne werden.

Die „Gemeinschaft ist (selbst) kein Staat, insbesondere (auch) kein Bundesstaat, ...“ hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (E 22, 293 (296); 37, 271 (278)) deklariert¹⁶⁷. Die Bundesstaatseigenschaft scheidet aber begrifflich

¹⁶⁵ Zum Ganzen *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 161 ff., insb. S. 166.

¹⁶⁶ Grundlegend *Abbé Sieyes*, Politische Schriften, 1796, I, 147, II, 421; *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 144, 466, 501, 507, 522 f.

¹⁶⁷ Auch BVerfGE 75, 223 (242); 89, 155 (188); sehr deutlich weist *P. Kirchhof*, Berichterstatter im Maastricht-Prozeß, etwa, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 906, den Staatscharakter der Union zurück, weil sie keine „Gebietshoheit“, keine „Personalhoheit“ habe und „kein von einem Unionsvolk getragener Staat“ sei und über „keine Kompetenz-Kompetenz“ verfüge; so auch *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 39 f.; ebenso weitestgehend die deutsche Staatsrechtslehre, die dem Bundesverfassungsgericht folgt, etwa *R. Streinz*, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rdn. 132, S. 51, vor allem, weil die Europäischen Gemeinschaften nicht über die Kompetenz-Kompetenz verfügen würden; *K. Stern*, Staatsrecht I, S. 540; *H. P. Ipsen*, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 8; *I. Pernice*, Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, § 191, Rd. 35; dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des

weder daran, daß der Bundesstaat durch einen Vertrag, also einen Bund, begründet ist, noch daran, daß die Bundespartner, die Mitgliedstaaten, ein Recht zum Austritt haben. Das Austrittsrecht gehört zum echten Bundesstaat, dessen Staatlichkeit sich aus den Hoheitsbefugnissen ergibt, die ihm von den Mitgliedstaaten zur Ausübung übertragen sind¹⁶⁸. Insofern ist die funktionale Staatseigenschaft/Staatlichkeit der Europäischen Union schon bislang und erst recht nach Maßgabe des Vertrages von Lissabon fraglos, in der Rechtsetzung, in der Rechtsprechung und zunehmend in der Verwaltung. Die eigenständige Organisation der Union macht deren institutionelle Staatseigenschaft aus und macht die Union zum Staat. Der Vertrag von Lissabon fügt explizit die Rechtspersönlichkeit der Union hinzu (Art. 46a (47) EUV).

Der Staatseigenschaft der Union steht nicht entgegen, daß die Union ihre Rechtsakte nur ausnahmsweise mit eigenen Organen gegenüber den Unionsbürgern, d.h. ihren „Untertanen“, vollziehen kann¹⁶⁹. Die Verwirklichung der Rechtsakte der Union ist in der Europäischen Union dank der unmittelbaren Anwendbarkeit des primären Rechts und der Verordnungen (Art. 249 Abs. 2 EGV) und weitgehend auch der Richtlinien (Art. 249 Abs. 3 EGV)¹⁷⁰ nicht weniger sichergestellt als die der Bundesgesetze im österreichischen Bundesstaat. Vor allem bewirkt das die Unterwerfung der Richter unter die Gesetze¹⁷¹. Die Aufgaben und die Befugnisse sowie die Organisationen und die

Rechtsstaates, S. 69 ff.

¹⁶⁸ Vgl. K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff. (74 ff.); P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 905, 914; i.d.S. schon W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, S. 40 f.; BVerfGE 89, 155 (189).

¹⁶⁹ Dazu R. Streinz, Europarecht, Rdn. 532 ff., S. 197 ff.; Th. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 635 ff., S. 237, 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 231 ff., S. 193 ff.; K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 109 f.

¹⁷⁰ Dazu Ch. Claßen, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, 1999, S. 34 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rdn. 404 ff., S. 137 ff., Rdn. 407 ff., S. 138 ff., Rdn. 426 ff., S. 147 ff.

¹⁷¹ Vgl. R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundes-

Verfahren sind die funktionale und institutionelle Staatlichkeit eines echten Bundesstaates. Im übrigen beansprucht die Union mehr und mehr Vollzugsbefugnisse in den Mitgliedstaaten (dazu D).

Die funktionale Staatlichkeit der Union findet ihre Grenze im demokratischen Prinzip, wonach die gesamte Politik eines solchen Bundesstaates von den verbundenen Staaten verantwortet wird und verantwortet werden können muß (Prinzip der begrenzten Ermächtigung, Art. 5 EUV geltender Fassung, Art. 5 Abs. 1 EGV, Art. 3b (5) Abs. 1 und 2 EUV¹⁷²). Eine Staatlichkeit, die darüber hinausgeht, also eine existentielle Staatlichkeit, kann nur die Staatlichkeit eines existentiellen Staates sein, der die unmittelbare Legitimation des Volkes hat, in dem also die territoriale Einheit des Staates und des Volkes besteht. Das ist meist der Zentralstaat eines unechten Bundesstaates, kann aber im echten Bundesstaat auch ein existentieller Unionsstaat sein, dessen Träger das Gesamtvolk, das Bundes- oder Unionsvolk, ist.

5. Der Vertrag von Lissabon konzipiert und dokumentiert die existentielle Staatlichkeit der Union in aller Klarheit durch seine Sprache, durch seine Regelungen, zumal den erklärten und uneingeschränkten Vorrang des primären und sekundären Unionsrechts (17. Erklärung), die Zuständigkeitsordnung des Art. 2a (2) ff. AEUV und durch die in Art. 6 (6) Abs. 1 EUV vereinbarte rechtliche Verbindlichkeit, der in Nizza proklamierten Charta der Grundrechte¹⁷³. Grundrechte als staatliche Materialisierung und Legalisierung der Menschenrechte sind ein wesentlicher Teil eines modernen Verfassungsstaates.

verfassungsrechts, Rdn. 165 f., S. 90 f.; *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 50, Art. 44, Rdn. 31; zur Dogmatik vom Rechtsanwendungsbefehl vgl. die Hinweise in Fn. 188.

¹⁷² BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96, 113; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 906, 914.

¹⁷³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Eine Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Recht und Politik 1/2001, S. 16 ff.; *ders.*, Eine Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte B 52-53/2000*, S. 13 ff.

Die Europäische Union praktiziert zwar seit langem Grundrechte als Rechtsgrundsätze, „wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“ (Art. 6 Abs. 2 EUV)¹⁷⁴, aber der eigenständige Grundrechtetext der Charta vervollständigt den unitarischen Charakter der konzipierten Union. Im Vertrag von Lissabon wird etwa von „Bürgerinnen und Bürgern“ (Art. 2 (3) Abs. 2; 8 (9) S. 1; 8a (10) Abs. 2 und 3 S. 1; 9 (13) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2; 9a (14) Abs. 2 S. 3 EUV), von „Gesetzgeber“ und „Gesetzen“, „Gesetzgebungsverfahren“ und Gesetzgebungsakten“ (Art. 9a (14) Abs. 1 S. 1; 9c (16) Abs. 1 S. 1; Art. 249a (289) mit 249b (290) AEUV), gesprochen, ja durchgehend die Sprache des Staatsrechts, also die Sprache des existentiellen Staates und unechten Bundesstaates, nicht die des Völkerrechts, die Sprache des echten Bundesstaates, benutzt. Die Worte bestimmen zwar die Sache nicht entgegen deren Eigenart, sie wollen und sollen aber die Sache, die gemeint ist, zur Sprache, auf den Begriff, bringen. In Rechtstexten, die das Sollen zum Ausdruck bringen, bestimmt die Sprache die Sache, nämlich das Gesollte, das Gesetz, und kann nur in Grenzen um der Sache willen, nämlich wegen des Rechts, umgedeutet werden. Die Sprache des Staates soll der Union das Verfassungsgesetz geben, das aber nur ein völkerrechtlicher Vertrag ist. Ein Verfassungsgesetz, wie es die Unionsverträge in der Sache sind, hat ein Verfassungsstaat, an sich nur ein existentieller Staat¹⁷⁵. Die Verfassung der

¹⁷⁴ EuGH v. 14.05.1974 - Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (507, Rdn. 13); *H. Lecheler*, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, 1967; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung. Mit Beiträgen zu einer gemeineuropäischen Grundrechtslehre sowie zum Lebensmittelrecht, 2000, S. 96 ff.; *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 185 ff., Rdn. 482 ff., 3. Aufl. 2005, § 6, Rdn. 26 ff., S. 146 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 753 ff., S. 280 ff.; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 125 ff., 137 ff.; dazu BVerfGE 37, 271 (280 ff.); 73, 339 (376 ff.).

¹⁷⁵ Der Europäische Gerichtshof dogmatisiert freilich die Gemeinschaftsverträge schon lange als europäisches Verfassungsrecht, vgl. EuGH v. 23.04.1986 - Rs. 294/83 (Les

Union soll durch Vertrag begründet werden. Ein Bundesvertrag begründet einen Bund und damit einen echten Bundesstaat (dazu I). Die Vertraglichkeit ändert aber nichts an dem verfassungsstaatlichen Selbstverständnis der im Vertrag verfaßten Union, die freilich in der Substanz mehr und mehr zum existentiellen Staat in einem echten Bundesstaat entwickelt wird und folglich eines Volkes als *pouvoir constituant* bedarf, wie *Georg Jellinek* das der Sache nach gelehrt hat¹⁷⁶. Die unitarische Entwicklung der Europäischen Union birgt gar die Tendenz zum unechten Bundesstaat nach den Beispielen der Republik Österreich und mehr noch der Bundesrepublik Deutschland, der als Rest der existentiellen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten das Austrittsrecht beläßt, das realiter nicht mehr als eine Möglichkeit *ultima ratio* ist.

6. Obwohl der Vertrag von Lissabon nicht mehr wie der gescheiterte Vertrag über eine Verfassung für Europa von „Verfassung“ spricht, um nicht deutlich werden zu lassen, daß mit dem Integrationsschritt ein Staat verfaßt wird, macht dieser Vertrag endgültig den Schritt vom Staatenverbund zum Bundesstaat, zum europäischen Unionsstaat. Das erweist (abgesehen von den staatsmäßigen weiten Aufgaben und Befugnissen der Union) die neue Zuständigkeitsordnung der Artikel 2 a-e (2-6) des Vertrages über die Arbeitsweise der Union (AEUV).

a) Bisher war die Europäische Union nach Auffassung der Praxis, insbesondere nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, kein Staat

Verts/Europäisches Parlament), Slg. 1986, 1339 (1365, Fn. 23); Gutachten 1/91, Slg. 1991, 6079 (6102, Rdn. 21), und hat damit der verfassungsstaatlichen Entwicklung der Union die Richtung gezeigt; so auch (noch) BVerfGE 22, 293 (296); schon *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, S. 39 ff., handelt von der „europäischen Verfassung“; i.d.S. *T. Öhlinger*, in: *K. Korinek/M. Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 74, 80; kritisch *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895 ff.; kritisch auch *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 48 ff.

¹⁷⁶ Allgemeine Staatslehre, S. 774 ff.

und kein Bundesstaat¹⁷⁷. Nach dem Vertrag von Lissabon ist der Staatscharakter der Union nicht mehr zu leugnen. Das ergibt sich insbesondere aus der Zuständigkeitsordnung. Bislang wurden die Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zur gemeinschaftlichen Ausübung übertragen. Die Hoheitsrechte verblieben den Mitgliedstaaten, weil ausschließlich die in den Mitgliedstaaten verfaßten Völker die Hoheit haben, sollten aber im Interesse der Gemeinschaft gemeinschaftlich von den Gemeinschaftsorganen ausgeübt werden, soweit sie dieser zu diesem Zweck übertragen waren¹⁷⁸. Dementsprechend behielten die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit, in allen politischen Bereichen Gesetze zu geben. Die Gesetze der Mitgliedstaaten wurden auch durch Rechtssetzungsakte der Gemeinschaft nicht nichtig. Vielmehr waren die Rechtssetzungsakte der Gemeinschaft lediglich vorrangig vor den Gesetzen der Mitgliedstaaten anwendbar, wenn ein Widerspruch zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht bestand¹⁷⁹. Die vorrangige Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts vor dem gesamten Recht der Mitgliedstaaten (einschließlich dem Verfassungsrecht) hat die usurpatorische Praxis des Europäischen Gerichtshofs durchgesetzt. Diese wurde aber von den Mitgliedstaaten hingenommen und war (mit unterschiedlichen Grenzen in den verschiedenen Mitgliedstaaten) der Besitzstand der Gemeinschaft, der *acquis communautaire*. Diese Gemeinschaftsrechtslage wurde im allgemeinen (fragwürdig) als Supranationalität der Europäischen Gemeinschaft verstanden, diese Supranationalität aber gerade nicht als Bundesstaat, sondern als ein Staatenverbund¹⁸⁰ dogmatisiert, wohl nur, weil jedenfalls in Österreich und auch in

¹⁷⁷ BVerfGE 22, 293 (296); 37, 271 (278); 75, 223 (242); 89, 155 (188); so auch *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.023, S. 222; vorsichtig *P. Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, S. 292 („viele bundesstaatsähnliche Merkmale“, so 1996!).

¹⁷⁸ BVerfGE 89, 155 (188 f.).

¹⁷⁹ EuGH – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 (24 f.); EuGH – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, 1269 f., Rdn. 8 ff.; BVerfGE 37, 271 (279 ff.); 58, 1 (28); 73, 339 (366 ff.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (182 ff., 190 f., 197 f.).

¹⁸⁰ So BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.).

Deutschland die Integration in einen Bundesstaat grundgesetzwidrig wäre und ist.

Die neue Zuständigkeitsteilung des Vertrages von Lissabon schließt die Dogmatik vom Staatenverbund aus. Die Dogmatik des Bundesstaates ist unabweichlich. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Union unterscheidet in Art. 2 a (2) Abs. 1 und Abs. 2 „ausschließliche Zuständigkeiten“ und „geteilte Zuständigkeiten“, abgesehen von Koordinierungszuständigkeiten in Art. 2 d (5) und Art. 2 e (6). Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten „kann nur die Union gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen“. „Die Mitgliedstaaten dürfen in einem solchen Fall nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der Union durchzuführen“ (Art. 2 a (2) Abs. 1 AEUV). Nach dem eindeutigen Wortlaut verlieren die Mitgliedstaaten im Bereich ausschließlicher Zuständigkeit der Union ihre Gesetzgebungshoheit, die sie durch den Vertrag von Lissabon auf die Europäische Union übertragen. Jedenfalls dadurch wird über die bisherige bundesstaatliche Integration hinaus ein Bundesstaat begründet. Die Mitgliedstaaten verlieren einen Teil ihrer Hoheit, d.h. sie können Staatsgewalt nur noch insoweit ausüben, als sie ihnen verblieben ist, wie das in einem Bundesstaat, in dem die Ausübung der Staatsgewalt zwischen dem Bund, dem Zentralstaat, und den Gliedstaaten, den Ländern, geteilt ist, üblich ist. Das Recht geht nicht mehr insgesamt vom Volk aus, wie das Art. 1 S. 2 B-VG („Das Recht geht vom Volke aus.“) vorschreibt, sondern in dem zur ausschließlichen Zuständigkeit der Union übertragenen Bereich von der Union. Das entspricht einer „autonomen“ Rechtsordnung der Gemeinschaft, von der der Europäische Gerichtshof vom Beginn seiner Judikatur ausgeht, die aber mangels originärer Hoheit keine Grundlage hat und im Maastricht-Urteil vom Bundesverfassungsgericht nicht mehr aufgegriffen wurde¹⁸¹. Das Fundamen-

¹⁸¹ Vgl. EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, Rdn. 8 ff.; BVerfGE 22, 293 (296), 31, 145 (173 f.); 37, 271 (277 f.); 58, 1 (27); richtig BVerfGE 89, 155 (188 f.); dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 74 f.; ders., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 100 f.; vgl. auch T. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holou-

talprinzip der Demokratie wird somit für den Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten der Union eingeschränkt, aber auch für den Bereich der geteilten Zuständigkeiten der Union nach Art. 2 a (2) Abs. 2 AEUV, soweit die Union die geteilten Zuständigkeiten ausgeübt hat. Wenn die Mitgliedstaaten in dem Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Union oder auch nur in dem Bereich der geteilten Zuständigkeit der Union, wenn diese die Zuständigkeit ausgeübt hat, gesetzgeberisch tätig werden, sind diese Gesetze mangels Zuständigkeit nichtig.

Die Mitgliedstaaten wahren ihre Eigenständigkeit, und, wenn man so will, Souveränität nur darin, daß sie gemäß Art. 49 a (50) EUV n. F. aus der Union austreten können. Diese Möglichkeit ändert nichts daran, daß die Mitgliedstaaten, solange sie Mitglied der Europäischen Union sind, Gliedstaat eines Bundesstaates sind, die nur noch einen (geringen) Teil der Hoheit, der Staatsgewalt also, inne haben.

b) Die zuständigkeitsrechtlichen Darlegungen, welche erweisen, daß die Europäische Union zum Bundesstaat entwickelt wird, werden nicht durch den Grundsatz „der begrenzten Einzelermächtigung“ des Art. 3 b (5) Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV n. F. eingeschränkt, sondern vielmehr verstärkt. Absatz 2 des Art. 3 b (5) EUV stellt klar, daß der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nicht mehr ist als das Prinzip der Zuständigkeiten; denn nach diesem Grundsatz „wird die Union nur innerhalb den Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“. „Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten“. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird somit explizit auf den Zuständigkeitsgrundsatz reduziert und verliert damit seine eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung. Daß Zuständigkeitsvorschriften die Zuständigkei-

bek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 42, der ein bundesstaatsmäßiges Gemeinschaftsrecht in den Mitgliedstaaten als „Gliedstaaten“ sieht, zu Recht; dem EuGH folgend *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.024, S. 222.

ten begrenzen, ist selbstverständlich. Die Zwecksetzung der Zuständigkeiten, nämlich die Verwirklichung der in den Verträgen niedergelegten Ziele, ist schon deswegen keinerlei Begrenzung der Zuständigkeiten, weil die Ziele der Union grenzenlos weit sind. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sagt nicht mehr, als daß die Union keine originäre Hoheit hat, sondern lediglich derivative, also von den Mitgliedstaaten übertragene Hoheitsrechte. Das ändert an der Bundesstaatlichkeit der Zuständigkeitsordnung nichts. Die eindeutige Definition des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 3 b (5) Abs. 2 EUV erweist erneut, daß der sogenannte Reformvertrag einen staatsrechtlichen Paradigmenwechsel vom Staatenverbund zum Bundesstaat vornimmt.

Der bisherige „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“, der in Art. 5 EUV und in Art. 5 Abs. 1 EGV, aber auch in Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 EGV verankert war, wonach die Gemeinschaft „innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig“ war, war jedenfalls in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts dahin verstanden worden, daß die Befugnisse der Gemeinschaft, also deren Ermächtigungen, derart bestimmt und begrenzt sein müssen, daß die Politik der Gemeinschaft für die nationalen Parlamente „voraussehbar“ und dadurch „verantwortbar“ ist (BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.)). In dieser Sicht war das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der entscheidende demokratierechtliche Baustein der Gemeinschaft, weil die Rechtsetzung der Gemeinschaft von den nationalen Parlamenten demokratisch legitimiert wurde, nicht vom Europäischen Parlament. Die Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Rechtsetzung der Gemeinschaft hat das Bundesverfassungsgericht lediglich als „Abstützung“ der demokratischen Legitimation bezeichnet (BVerfGE 89, 155 (184, 186)). Dadurch war der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung der Rettungsanker der demokratischen Legitimation der europäischen Integration. Das konnte er aber nur sein, wenn die Befugnisse oder Ermächtigungen der Gemeinschaft derart bestimmt und begrenzt waren, daß, wie gesagt, die nationalen Parlamente die Politik der Gemeinschaft verantworten konnten. Das setzte deren Voraussehbarkeit voraus. Davon kann angesichts der extensiven Auslegung der Befugnisse und Ermächtigungen in

der Praxis der Gemeinschaftsorgane keine Rede sein. Die Parlamentarier der nationalen Parlamente ahnen nicht einmal, welche Folgerungen die Kommission und der Gerichtshof aus den vertraglichen Regelungen der Politiken schließen. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung soll somit nach dem bisherigen Gemeinschaftsrecht die Ausübung der Befugnisse oder Ermächtigungen der Gemeinschaft auch im Sinne eines substantiellen Subsidiaritätsprinzips begrenzen. Demgegenüber verliert der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung durch den Vertrag von Lissabon (wie schon durch den gescheiterten Verfassungsvertrag) seine verfassungsrechtliche und politische Substanz, weil er nichts anderes besagt als das Zuständigkeitsprinzip. Die Zuständigkeiten der Union sind aber nach dem Vertrag von Lissabon grenzenlos weit und haben die entstaatlichende Wirkung für die Mitgliedstaaten, die dargelegt ist.

c) Die Europäische Union wird somit ausweislich der Zuständigkeitsordnung, aber auch aus anderen Gründen, insbesondere wegen der Generalermächtigungen (Kompetenz-Kompetenzen, dazu H) zu einem echten Bundesstaat. Auch der vertraglich begründete Bundesstaat ist ein Staat mit Staatsgewalt. Seine Besonderheit ist, daß ihm die Staatsgewalt von den Mitgliedstaaten übertragen wird, wie das auch durch den Vertrag von Lissabon geschieht. Der Charakter der Übertragung der Hoheitsrechte ändert sich mit diesem Vertrag grundlegend gegenüber der Übertragung der Hoheitsrechte in den früheren Gemeinschaftsverträgen, wie das oben zur Zuständigkeitsdogmatik dargelegt ist. Es gibt keine Entscheidung des Österreichischen Volkes, daß Österreich Mitglied eines derartigen echten Bundesstaates sein will, in dem bestimmte, genauer: der Großteil der Zuständigkeiten an die Union derart übertragen wird, daß Österreich diese nicht mehr wahrnehmen kann, so daß wegen der Übertragung der Hoheitsrechte die Staatlichkeit Österreichs, also dessen Staatsgewalt, weitestgehend eingeschränkt ist.

7. Der Vertrag von Lissabon kennt einheitsstaatliche Elemente eines unechten Bundesstaates, mit denen eine eigenständige demokratische Legitimation der Union, des Bundes also, durch ein (nicht konstituiertes) Unionsvolk deklariert (vorgetäuscht) wird. Nach Art. 8a (10) Abs. 2 EUV „sind die Bürge-

rinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten“, das Art. 9a (14) Abs. 1 S. 1 EUV „gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber“ bezeichnet (ebenso Art. 9c (16) Abs. 1 S. 1 EUV). Das Europäische Parlament soll somit nicht mehr Versammlung der Vertreter der Völker sein, sondern Gesetzgebungsorgan der „Bürgerinnen und Bürger“ auf Unionsebene, welche dadurch gewissermaßen als Unionsvolk konstituiert werden. Damit soll dem Europäischen Parlament und dessen Gesetzgebungsakten eine nicht durch die Mitgliedstaaten vermittelte demokratische Legitimation im Sinne einer „repräsentativen Demokratie“ (Art. 8a (10) EUV) zugeschrieben werden. Der Union soll die originäre Hoheitsgewalt, die sie nicht hat¹⁸² und welche die Integrationisten seit eh und je herbeireden wollen¹⁸³, verschaffen. Die für die demokratische Bundesstaatlichkeit und damit für die existentielle Staatseigenschaft und existentielle Staatlichkeit der Union wesentliche Kreation eines Unionsvolkes wirft unüberwindliche Verfassungsprobleme auf, solange der demokratische Fundamentalsatz des Art. 1 S. 2 B-VG: „Ihr (sc.: der Republik Österreich) Recht geht vom Volk aus“ oder des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, und entsprechende Sätze in den Verfassungsgesetzen anderer Mitgliedstaaten nicht aufgehoben sind¹⁸⁴. Volk ist das Volk der Österreicher als Bundes- oder (jeweils) als Lan-

¹⁸² K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 103; ders., Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: Die Euro-Illusion, S. 329; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 80 ff.; R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, 1999, Art. 23, Rdn. 26; i.d.S. BVerfGE 89, 155 (190); mit anderer Tendenz (noch) BVerfGE 22, 293 (296).

¹⁸³ Ch. Tomuschat, GG, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, 1981/85, Art. 24, Rdn. 15; H.-P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 2, 30, S. 62 f.; I. Pernice, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 31 ff.; ders., Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, § 191, Rdn. 25; M. A. Dausies, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, JöR NF, Bd. 31 (1982), S. 1 ff.; E. Grabitz, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966, S. 56; EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269 ff.); tendenziell auch R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 194, S. 104, zur Unionsbürgerschaft.

¹⁸⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111

desvolk¹⁸⁵. Weil aber dieser im übrigen menschheitliche Grundsatz, das demokratische Prinzip der Freiheit nämlich¹⁸⁶, unabänderlich ist, bedarf es der demokratischen Staatsgründung des neuen Staates, der Europäischen Union, entweder als existentiell unechten Bundesstaat mit existentiellen Mitgliedstaaten oder als echtem Bundesstaat mit einem existentiellen Unionsstaat, der Europäischen Union. Allein die Konstituierung eines neuen Staatsvolkes, des Unionsvolkes, kann dem fundamentalen Prinzip der Demokratie die Geltung und auch die Wirkung zurückgeben. Aber die Völker Europas müssen selbst zu einem europäischen Volk zusammenfinden, durch Willensakte der Bürgerschaften, deren Organe den *pouvoir constituant* nicht innehaben, sondern ihren *pouvoir constitué* durch ihre Integrationspolitik überschreiten. Der Vertrag von Lissabon würde die Europäische Union zu einer bundesstaatlichen Mischform entwickeln, nämlich Elemente eines nicht existentiellen mit Elementen eines existentiellen Bundes, der unmittelbar von einem fingierten Bundesvolk, den Unionsbürgern, legitimiert ist, verbinden, wenn auch zunächst nur das Parlament, das nur begrenzte Macht hat, unitarisch im Sinne eines existentiellen Bundes institutionalisiert werden soll. Die Besonderheit der Europäischen Union ist (und bleibt), daß die Aufgaben und Befugnisse, die Organe und Ermächtigungen, aber auch die Handlungsformen auf einem völkerrechtlichen Vertrag, auf einem Bund, beruhen. Nur die Legitimation des Parlaments wird im Vertragstext im Sinne eines existentiellen Staates auf ein Unionsvolk („Unionsbürger und Unionsbürgerinnen“) gestützt, obwohl

ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 170 ff.; i.d.S. auch A. *Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 207 ff., 215 ff.

¹⁸⁵ H. P. *Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 24; P. *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 62, 309.

¹⁸⁶ So auch R. *Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 246/10, S. 136, anders wohl *dies.*, Rdn. 147, S. 79 (nur Gesamtänderung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG); H. P. *Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 6 f.; P. *Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 38.

die Union als existentieller Staat noch keine Verfassungsgrundlage eines Unionsvolkes hat.

IV. Existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die Integrationsgrenzen Österreichs

1. Der Vertrag von Lissabon ist wie der Unionsvertrag zwar unbefristet (Art. 3 Vertrag von Lissabon, Art. 51 (53) EUV bzw. Art. 51 EUV geltender Fassung; Art. 312 (356) AEUV), aber der Vertrag wird nicht verletzt, wenn ein Mitgliedstaat die Union verläßt (Art. 49a (50) EUV)¹⁸⁷. Der „Rechtsanwendungsbefehl“, der nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts im Zustimmungsgesetz zu den Gemeinschaftsverträgen die Geltung des Gemeinschaftsrechts in Deutschland anordnet, kann durch „gegenläufigen Akt“ aufgehoben werden¹⁸⁸. Den Einzelstaaten ist die existentielle Hoheit

¹⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht ist insofern im Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155 (187 f., 190) meiner Argumentation in der Verfassungsbeschwerde gegen den Vertrag über die Europäische Union vom 18. 12. 1992, Schriftsatz vom 29. 3. 1993 (Dokumentation Winkelmann, S. 445 f.) gefolgt; vgl. *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 914; anders noch *ders.*, Der deutsche Staat im Prozeß der Europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 46 („Vertragsauflösung durch actus contrarius“); dagegen *H. P. Ipsen*, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 15 ff.; grundlegend *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 467; für den Staatenbund *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 762 ff.; für die Europäische Union *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.; dazu auch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 101 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 167 f., 171; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 320 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 79 f.; auch schon *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 767; kritisch auch *J. Schwarze*, Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt: Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12.10.1993, Neue Justiz 1994, 1 ff.; *Ch. Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, 2001, S. 170; *F. Götting*, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der Europäischen Union, 2000, S. 79 f., 107 ff. (144).

¹⁸⁸ BVerfGE 89, 155 (184, 190); zur Dogmatik vom Rechtsanwendungsbefehl vgl. schon

verblieben, wie das wegen des demokratischen Prinzips der Freiheit nicht anders sein kann¹⁸⁹. Die Mitgliedstaaten sind und bleiben „Herren der Verträge“¹⁹⁰, alle zusammen und jeder einzelne. Daraus erwächst das Recht, die Union zu verlassen. Dieses Austrittsrecht wird in Art. 49a (50) EUV ausdrücklich anerkannt und näher geregelt, wohl auch, um wegen des Maastricht-Urteils des Bundesverfassungsgerichts einem Scheitern des Verfassungsvertrages vorzubeugen. Das Recht, aus der Union auszuschcheiden, wahrt rechtlich einen wesentlichen Rest an ‚Souveränität‘ der Einzelstaaten, wenn auch ein Austritt jedenfalls der Kernstaaten der Union so gut wie unreal ist, jedenfalls ein Austritt Deutschlands. Das im Jahre 2000 beantragte Volksbegehren nach Art. 41 Abs. 2 B-VG, das zum Ziel hatte, erneut über die Mitgliedschaft Österreichs in der Europäischen Union abzustimmen, war wegen des Austrittsrechts von der Bundesregierung zugelassen worden und hat das Quorum erreicht. Freilich hat der Nationalrat eine Volksabstimmung nicht beschlossen. Die Mitgliedschaft in der Europäischen Union als einer internationalen Organisation bestimmt sich nach dem Bundes-Verfassungsgesetz, dessen internationale Offenheit (Prinzip der offenen Staatlichkeit)¹⁹¹ Grenzen kennt und

BVerfGE 31, 145 (173 f.); 45, 142 (169); 52, 187 (199); 73, 339 (367 f., 375); vgl. auch BVerfGE 75, 223 (244); P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 899, 908; kritisch K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 98 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 75 ff.

¹⁸⁹ Dazu K. A. Schachtschneider, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 268 ff., 291 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 58 ff., insb. S. 69 ff., 79 f.; ders., Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, S. 314 ff.

¹⁹⁰ BVerfGE 75, 223 (242); 89, 155 (190, 199); vgl. K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff., insb. S. 103 f.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 75 ff.; auch T. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 63.

¹⁹¹ U. Di Fabio, Das Recht offener Staaten, 1996; ders., Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 62 ff.; St. Hobe, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, Der Staat 37 (1998), S. 530 ff.; D. I. Siebold, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft. Ein Beitrag zur globalen wirtschaftlichen Integration, 2003, S. 162 ff.; auch BVerfGE 89, 155 (179, 182), „Integrationsoffenheit“.

keine beliebige Politik zuläßt, wenn die Integrationsgrenzen des unabänderlichen Verfassungskerns überschritten sind, insbesondere die aus der Einheit der Baugesetze (Strukturprinzipien) des Bundes-Verfassungsgesetzes bestehende unabänderliche Verfassung¹⁹²

2. Österreich kann und muß aus der Europäischen Union ausscheiden, wenn die Integration die Integrationsgrenzen¹⁹³ überschreitet und eine Rückführung der Integration auf das Maß, welches das Bundes-Verfassungsgesetz zuläßt, nicht erreichbar ist, wenn somit der verfassungswidrige Zustand nicht anders als durch Austritt aus der Union behoben werden kann. Der Vertrag von Lissabon bewirkt die Entdemokratisierung der Politik. Die durch die Ermächtigungen der Union im Einzelnen und in ihrer Gesamtheit und deren absehbare, wie bisher praktizierte weite Nutzung durch den Gerichtshof der Europäischen Union (dazu B, C, F) entmachtet die nationalen Parlamente. Die Mitwirkung des allein schon wegen der „degressiv proportionalen“, also nach wie vor nicht gleichen (egalitären), Vertretung der „Bürgerinnen und Bürger“ (vgl. Art. 9a (14) Abs. 2 S. 2 EUV) nicht demokratisch legitimierten Europäischen Parlaments vermag die in der Substanz exekutivistische Rechtsetzung nicht legitimatorisch zu kompensieren¹⁹⁴. Hingewiesen sei erneut auf die

¹⁹² Dazu *P. Pernthaler*, Der Verfassungskern, S. 26 ff., 57 ff.

¹⁹³ Zum Integrationsprinzip BVerfGE 89, 155 (183); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 91 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 153 f.; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, S. 320 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904 ff.; *Ch. Dorau*, Die Verfassung der Europäischen Union, S. 68 ff.; *I. Pernice*, Deutschland in der Europäischen Union, HStR, Bd. VIII, § 191, Rdn. 62 ff., akzeptiert keine Integrationsgrenzen zum „vereinten Europa“.

¹⁹⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff.; *ders.*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, in: W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty (Hrsg.), Währungsunion und Weltwirtschaft, FS W. Hankel, S. 119 ff., insb. S. 139 ff.; beschwichtigend alle Integrationisten, etwa *St. Oeter*, Föderalismus, S. 93 ff., 100 ff., 110 ff.; *W. Kluth*, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union. Eine Analyse der These vom Demokratiedefizit der Europäischen Union aus gemeineuropäischer Verfassungsperspektive, 1995, S. 11 ff., 93 ff., 110 ff.; *Ch. Dorau*, Die Verfassung der Euro-

Grundrechte- und Grundsatzrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der eine außerordentliche Macht usurpiert hat¹⁹⁵ und diese einsetzt, um die Lebensverhältnisse in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union umzuwälzen, (zur Zeit) liberalistisch und kapitalistisch. Die Mitgliedschaft in dieser Europäischen Union ist schon deswegen rechtswidrig, weil ein integrierter, substantieller Staat (im engeren Sinne) mit Zielen, Aufgaben, Befugnissen, Organen, Einrichtungen und Handlungsformen eines existentiellen Staates, also mit existentieller Staatlichkeit, geschaffen ist und weiterentwickelt wird, der kein existentieller Staat im demokratisch legitimatorischen Sinne, also im weiteren Sinne der Bürgerschaft, ist, ganz abgesehen von den Integrationsgrenzen Österreichs. Die Strukturdefizite sollen nicht etwa behoben werden, was eine Rückführung der Integration erfordern würde, sondern durch den Vertrag von Lissabon überspielt werden, indem die ohnehin unitaristischen Elemente der existentiellen Staatlichkeit der Union auf eine eigenständige, nicht von den Mitgliedstaaten abgeleitete und abhängige Existenz und Legitimation der Union gestellt werden soll, beginnend mit dem Vertrag, wenn auch nach wie vor die „Zuständigkeiten“ (dem Text nach) „nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“ „von den Mitgliedstaaten zugewiesen werden“ (Art. 3b (5) Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 EUV), also die föderale echte Bundesstaatlichkeit überwiegt, in der die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“ bleiben. Das ist der Anfang der Entwicklung zur dritten Form des Bundesstaates, des auflösbaren Bundes existentieller Gliedstaaten zu einem existentiellen Zentralstaat.

päischen Union, S. 8 ff., 180 ff.; für eine Umdeutung des Demokratiebegriffs *G. Lübke-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246 ff. (259 ff., 273 ff.); *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 207 ff., 215 ff., 224 ff., der richtig sieht, daß das Europäische Parlament nicht demokratisch legitimieren kann, aber (fragwürdig) die Achtung der nationalen Verfassungen und des Subsidiaritätsprinzips durch die Union als Ausgleich genügen läßt.

¹⁹⁵ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 ff., 212 ff.; dazu näher F.

Die ebenso völker- wie europarechtswidrigen Sanktionen gegen Österreich (2000)¹⁹⁶, das eine Regierung gebildet hat, welche einigen Führern Europas nicht genehm war, ist für alle Völker eine Warnung. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, die Anerkennung von deren existentieller Staatlichkeit durch die Völkergemeinschaft, das Völkerrecht also, ihre, wie meist mit anderem Akzent gesagt wird, Souveränität, ist in Not, aber noch nicht verloren. Der Kampf um die existentielle Staatlichkeit der Völker ist zugleich, wie die folgenden Überlegungen zeigen sollen, der Kampf um Freiheit, Recht und Wohl der Völker.

V. Kritik der Integration zum europäischen Bundesstaat mit einer existentiellen Union

1. Die Weiterentwicklung der europäischen Integration vor allem durch die Verträge von Maastricht, Amsterdam und Nizza, welche auf die Politische Union, die existentielle Staatlichkeit im engeren Sinne ohne existentiellen Staat im weiteren Sinne, also ohne wirkliche Bürgerschaft, zielten, und jetzt durch den Vertrag von Lissabon, der die Grenze zur existentiellen Union im europäischen Bundesstaat endgültig überschreitet, kann nicht zu einem Staat führen, welcher der Kultur Europas genügt. Wenn Europa in Frieden leben soll, muß die Integration die uneingeschränkte existentielle Staatlichkeit seiner Völker wahren, zumal die Wirtschafts-, Währungs- und Sozialhoheit der Mitgliedstaaten, deren Einheit nur zu Lasten der sozialen Entwicklung zerrissen werden kann, wie sich gegenwärtig zeigt¹⁹⁷. Weil der Vertrag von Lissabon ein europäisches Volk, eine Bürgerschaft der Union („Bürgerinnen und Bürger“¹⁹⁸) zu kreieren unternimmt, um der Unionspolitik eine eigenständige

¹⁹⁶ Dazu *Ch. Hillgruber*, Friedenssicherung durch Einmischung, in: H. Neuhaus (Hrsg.), *Sicherheiten in der Welt heute*, Atzelsberger Gespräche 2000, 2001, S. 27 ff.; *P. Unruh*, Die Unionstreue, *EuR* 2002, 41 ff., 65 ff.

¹⁹⁷ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Euro – der Rechtsbruch; Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, in: W. Hankel u.a., *Die Euro-Illusion*, S. 47 ff., bzw. S. 314 ff.; dazu näher C.

¹⁹⁸ Hinweise in und zu Fn. 150.

Legitimation über der mitgliedstaatlichen Legitimation aus den zur Ausübung übertragenen Hoheitsrechten¹⁹⁹ zu verschaffen, ist mit diesem Schritt verbunden, daß aus der Union als Bund eines echten Bundesstaates mehr und mehr auch im institutionellen Sinne ein existentieller Staat auf bündischer Grundlage, weil ausgestattet mit Aufgaben und Befugnissen, Organen und Einrichtungen der Staatlichkeit eines Zentralstaates, wie ein unechter Bundesstaat, wird, freilich ohne die existentielle Legitimation einer aus den Völkern Europas erwachsenen europäischen Bürgerschaft. Das ist mit dem demokratischen Prinzip der Republik Österreich unvereinbar.

2. Wenn ein solches Projekt gelingen soll, müßten die Europäer zuvor eine Nation geworden sein. Die Nationalität rechtfertigt bestmöglich den existentiellen Staat mit existentieller Staatlichkeit. Eine Nation findet zu der Solidarität, wie sie ein Staat erfordert, jedenfalls wenn dieser Staat freiheitlich, gleichheitlich und brüderlich sein soll²⁰⁰. Darauf gründet das Weltrechtsprinzip des Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, aber auch die fundamentalen Prinzipien der Verfassung Österreichs, die der Würde des Menschen oder, kantianisch gesprochen, der Menschheit des Menschen, entsprechen. Die Nationalisierung Europas, die ‚EU-Inländereigenschaft‘, schreitet trotz der wirtschaftlichen Integration des Staatenverbundes nicht voran und soll darum durch den Vertrag von Lissabon, der die Existentialität der Unionsstaatlichkeit verstärkt, verordnet werden, zumal durch die „Unionsbürgerschaft“, die zur „nationalen Staatsbürgerschaft“ „hinzutreten“ soll (Art 8 (9) S. 2 und 3 EUV). Dies „Verordnen“ mißachtet die Staatseigenschaft Österreichs und dessen demokratisches Prinzip.

¹⁹⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (189); K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff., insb. S. 74 f.; für eine Ergänzung der mitgliedstaatlichen durch eine föderale Legitimation durch ein „Gesamt-Volk“ oder „föderales Staatsvolk“ St. Oeter, Föderalismus, S. 88, 106, 107 ff., ohne demokratierechtliche Konzeption.

²⁰⁰ Vgl. K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 234 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 636 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Revolution der Krankenversicherung. Prinzipien, Thesen und Gesetz, 2002, S. 19 ff.

Diese durch das demokratische Defizit überhaupt erst mögliche Entwicklung erkennt, daß ein hinreichendes Maß an aufklärerischer Homogenität der Menschen Voraussetzung eines existentiellen Staates ist, wenn dieser den Maximen der Aufklärung: Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, genügen soll²⁰¹. Diese Maximen sind die fundamentalen Prinzipien des Rechts²⁰². Eine minimale Homogenität kann den Europäern der 27 Mitgliedstaaten, die bisher zu einem Bundesstaat mit weitgehend existentieller Staatlichkeit verbunden sind, nicht abgesprochen werden²⁰³. Es ist die Gesamtlage, die einer ‚EU-Nationalisierung‘, wohlgemerkt im nüchternen Sinne eines existentiellen Staates, entgegensteht. Das Prinzip der kleinen Einheit²⁰⁴ verbietet die Integration zu einem existentiellen Großstaat der Europäischen Union, weil freiheitliche Gemeinwesen durch das Prinzip der kleinen Einheit besser geschützt und gestützt werden. In Österreich ist das Prinzip der kleinen Einheit das Gründungsprinzip der Republik aus Bund und Ländern. Die Bundesstaatlichkeit ist darum ein Baugesetz/Strukturprinzip Österreichs²⁰⁵. Mit diesem bundesstaatlichen, föderativen Grundprinzip ist es unvereinbar, daß Österreich in einem Großstaat der Europäischen Union aufgeht²⁰⁶. Das vor allem prozedural

²⁰¹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 1177 ff., vgl. auch *ders.*, *Die Republik der Völker Europas*, S. 168 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 65.

²⁰² Vgl. K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, insb. S. 1 ff., 253 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 15, 22 ff., 50 ff., 97 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 19 ff., 34 ff., 405 ff., 606 ff.; *ders.*, *Sittlichkeit und Moralität*, S. 23 ff.

²⁰³ Vgl. K. A. Schachtschneider, *Die Republik der Völker Europas*, S. 168 ff.; zur Identität Europas auch Ch. Dorau, *Die Verfassungsfrage der Europäischen Union*, S. 142 ff., der die Europäer als Schicksalsgemeinschaft hinstellt (S. 84 f., 150, 153); merklich skeptisch A. Schmitt Glaeser, *Grundgesetz und Europarecht*, S. 213 f.

²⁰⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, *Die Republik der Völker Europas*, ARSP Beiheft 71 (1997), S. 173; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 45, 58, 171, 229; wegweisend Rousseau, *Vom Gesellschaftsvertrag*, III, 4 (S. 77), III, 15 (S. 103, 105).

²⁰⁵ VerfGH VfSlg. 2455; H. Mayer, B-VG, Art. 2, II; H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht*, B-VG, Art. 44, Rdn. 21 P. Perenthaler, *Verfassungskern*, S. 36 f.

²⁰⁶ Allgemein K. A. Schachtschneider, *Die Republik der Völker Europas*, S. 173; *ders.*,

substanzlose Subsidiaritätsprinzip schützt das demokratische Prinzip der kleinen Einheit nicht wirksam (dazu H V). Die Entwicklung der Europäischen Union geht im Vertrag von Lissabon über diese geschichtliche Verfassungserfahrung und gewachsene Verfassungslage hinweg.

Das propagandistische Postulat der Bürgernähe in den Verträgen (Art. 1 Abs. 2 EUV geltender Fassung; Art.8a (10) Abs. 3 S. 2 EUV; Nizza-Erklärung zur Zukunft der Union 2001 und Erklärung von Laeken vom 15. Dezember 2001) hätte hellhörig machen sollen, weil dessen Logik die Distanz der Obrigkeit zu den Untertanen ist. Die Politiker sollten Diener der Völker sein, nicht deren Herren. Der Nationalrat hat sich gescheut, den Österreichern den verfassungsgebundenen Einfluß (Art. 44 Abs. 3 B-VG) auf die Integrationspolitik einzuräumen.

3. Auch der Verfassungskonvent, auf dessen Entwurf der Verfassungsvertrag und dem folgend der Vertrag von Lissabon weitestgehend zurückgeht, hatte für die Aufgabe, eine Verfassung für Europa zu erarbeiten, keine demokratische Legitimation. Im Rahmen des Post-Nizza-Prozesses haben die Staats- und Regierungschefs einen Konvent für die Zukunft Europas eingesetzt, dessen Mitglieder (u.a.) außer Regierungsbeauftragten entsandte Abgeordnete der nationalen Parlamente und des Europäischen Parlaments waren²⁰⁷. Dieser Konvent sollte demokratische Legitimation erzeugen, entbehrte dieser aber gänzlich, weil weder die Regierungen der Mitgliedstaaten noch deren Parlamente, schon gar nicht das Europäische Parlament nach den nationalen Verfassungsgesetzen oder nach den Gemeinschaftsverträgen die Aufgabe oder gar die Befugnis haben, die Europäische Union zu einem existentiellen Verfassungsstaat zu entwickeln. Ein solcher Wille könnte rechtens nur durch

Prinzipien des Rechtsstaates, S. 45, 58, 171, 229; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, in: Mut zur Ethik, 2002, S. 70 ff.

²⁰⁷ Erklärung des Europäischen Rates von Laeken vom 14./15. Dezember 2001 „Die Zukunft der Europäischen Union“; dazu *Th. Oppermann*, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl 203, 1 ff. (3).

Referenden der Völker geäußert werden²⁰⁸. Ohne vorherigen Volksentscheid in einem Verfahren, das noch nicht eingerichtet ist, der die existentielle Staatlichkeit der jeweiligen Mitgliedstaaten zugunsten eines europäischen Bundesstaates einschränkt, wenn auch nicht gänzlich beendet, ist die Staatswerdung der Europäischen Union im existentiellen Sinne Verfassungsbruch. Die Integrationspolitik des Vertrages von Lissabon (wie zuvor des Verfassungsvertrages) gefährdet den Bestand der Republik Österreich in deren verfassungsrechtlicher Substanz.

Der Vertrag von Lissabon wird ohne Abstimmung des gesamten Bundesvolkes ein obrigkeitlicher Oktroi ohne demokratische Substanz sein. Wenn der Unionsvertrag oder die Gemeinschaftsverträge weiterentwickelt werden sollen, steht das Verfahren des Art. 48 EUV geltender Fassung zur Verfügung. Dieses ist wesentlich wie bei allen völkerrechtlichen Verträgen Sache der Regierungen. Ein Verfassungskonvent ist dort nicht vorgesehen. Er hat keine ausreichende demokratische Dignität, sondern war eine Arbeitsgruppe der Staats- und Regierungschefs. Auch die Einrichtung des Konvents war deshalb schon vertrags- und verfassungsrechtlich fragwürdig.

4. Das Fundamentalprinzip des Grundgesetzes in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, daß in Deutschland alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, hat das deutsche Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Rechtsetzung durch die Europäische Union zu der artifiziellen Dogmatik von der „begrenzten Einzelermächtigung“ gezwungen²⁰⁹. Diese kann zumindest fingieren, die die Rechtsakte der Union durch die nationalen Parlamente de-

²⁰⁸ K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 118; *ders.*, Entstaatlichung Deutschlands und Entrechtlichung Europas, in: Die Euro-Illusion, S. 43 ff.; auch *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 175.

²⁰⁹ BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 896, 906, 914; T. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 62 f..

mokratisch legitimiert seien, weil diese die Politik der Union verantworten können würden, die im Wesentlichen in den Unionsverträgen, denen die nationalen Parlamente zugestimmt hätten, vereinbart worden sei. Das Gleiche gilt für Österreich, weil das Recht vom Volk ausgeht (Art. 1 S. 2 B-VG). Einen meßbaren Einfluß haben die Abgeordneten auf die Verträge aber nicht, weil die Materie der Verträge völkervertraglich festgelegt ist und die Regierung sich gebunden hat. Die Dogmatik ist aber notwendig, wenn der schlechthin fundamentale Satz der Demokratie nicht ignoriert werden soll. Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus als unabdingbar erkannt, „daß dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substantiellem Gewicht verbleiben müssen“²¹⁰. Nichts anderes gilt für Österreich. Aber die Aufgaben und Befugnisse der Gesetzgebungsorgane Österreichs wurden entgegen dem demokratischen Prinzip durch den Vertrag von Lissabon entleert.

5. Ohne die kleinen Einheiten, die in Europa kleine oder doch föderalisierte, zumindest regionalisierte Nationalstaaten sind²¹¹, hat die Europäische Union keine Chance, die Prinzipien zu verwirklichen, welche die Menschheit des Menschen gebietet, nämlich Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, gelebte Rechtlichkeit (einschließlich der Sozialität) durch wirksame Staatlichkeit. Die europäische Wertegemeinschaft, welche durchaus die genannten Prinzipien hoch hält (vgl. Art. 6 EUV geltender Fassung; Art. 1a (2) EUV), wird nach dem Vertrag von Lissabon in der Europäischen Union noch weniger eine tragfähige Organisation finden als bisher schon nach den Unions- und Gemeinschaftsverträgen. Der institutionell einem „Nationalstaat“ nachgebildete Großstaat Europa²¹² nimmt allen Institutionen die freiheitliche Substanz, wel-

²¹⁰ BVerfGE 89, 155 (186); i.d.S. auch *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-GV, Art. 1, Rdn. 25.

²¹¹ Dazu *K. Bretz*, Föderalismus und Regionalismus in Deutschland, Spanien und der Europäischen Union, 2005.

²¹² Vgl. *U. Haltern*, Gestalt und Finalität, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 830, zu „Ikonographie“; kritisch auch *St. Oeter*, Föderalismus, S. 117; dazu auch *K. A. Schachtschneider*, Entstaatlichung Deutschlands und Entrechtlichung Europas, S. 43 ff.; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als Grundlage des inneren und äußeren Friedens, S. 70

che in den Nationalstaaten für die Verwirklichung der aufklärerischen Ziele der Menschheit des Menschen entwickelt worden sind. Insbesondere entzieht der Nationalstaat Europa dem Prinzip Recht die Grundlage. Der Gesetzgeber ist kein wirklicher, nämlich freiheitlicher, Gesetzgeber mehr; denn er ist nicht demokratisch legitimiert. Eine Rechtsordnung kann nur auf der politischen Freiheit der Menschen als Bürger beruhen²¹³. Die Exekutive der Europäischen Union ist nicht eine vollziehende Gewalt, die den Willen der Bürgerschaft verwirklicht, sondern hat sich mehr und mehr zu einem bürokratischen System entwickelt, welches über eine riesige Menge vereinzelter Untertanen herrscht. Die oberste Herrschaft üben die Staats- und Regierungschefs aus. Die pluralen Parteienoligarchien haben sich europaweit verbündet, gewissermaßen ihre Herrschaft integriert und dadurch stabilisiert. Demokratie und Rechtsstaat, beides Ausdruck der Freiheit, sind das nicht. Die Gewaltenteilung ist weitgehend verloren. Parteienstaaten sind keine Republiken und werden das auch nicht durch ihre Integration zum Herrschaftsbündnis. Der Europäische Gerichtshof ist trotz mancher nachvollziehbarer Rechtserkenntnisse kein der Gewaltenteilung genügendes Verfassungsgericht im freiheitlichen, demokratischen Sinne (dazu näher F, VI).

Die europäische Integration hat den Völkern Europas, staatsrechtlich bewertet, eine Hülse gelassen, in der noch manche Staatlichkeit im Sinne freiheitlicher Rechtlichkeit Wirklichkeit hat, die aber den substantiellen Verlust an Recht und Staat kaum noch zu kaschieren vermag. Nur Republiken, in denen die Völker die wirkliche Verantwortung für das gemeinsame Leben und damit für das Recht haben, sind Staaten im existentiellen und menschheitlichen Sinne. Die Völker sind, obwohl mit ihrer Verantwortung für das gemeinsame

ff.

²¹³ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 275 ff., 325 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 34 ff., 274 ff.; so auch R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 148, S. 79; H. P. Rill/H. Schäfer, in: dies. (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht, B-VG*, Art. 1, Rdn. 7; P. Pernthaler, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, S. 38.

Leben noch existentielle Staaten, durch die europäische Integration weitgehend funktional entstaatlicht, ohne daß die Europäische Union ein freiheitlicher Rechtsstaat geworden wäre oder auch nur werden könnte. *Kant* hat vor dem Großstaat gewarnt, weil „ein solcher Zustand eines allgemeinen Friedens (wie es mit übergroßen Staaten wohl auch mehrmalen gegangen ist) auf einer andern Seite der Freiheit noch gefährlicher“ ist, „indem er den schrecklichsten Despotismus herbeiführt“. *Kant* hat den „rechtlichen Zustand der Föderation nach einem gemeinschaftlich verabredeten Völkerrecht“ empfohlen²¹⁴.

B.

Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten, Herkunftslandprinzip, Unternehmensbegriff

Der Vertrag von Lissabon eröffnet unüberschaubaren und in keiner Weise voraussehbaren Regelungen des Gerichtshofs der Europäischen Union Tor und Tür. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, dessen demokratierechtliche Relevanz zu A III 6 b dargelegt ist, wird u.a. durch die Handhabung des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof der Europäischen Union, aber auch durch dessen wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff mißachtet. Demokratiewidrig ist insbesondere das aus den Grundfreiheiten entgegen dem Wortlaut hergeleitete Herkunftslandprinzip. Das Baugesetz der Demokratie ist durch diese im Folgenden erörterte Praxis unheilbar verletzt. Eine solche Entdemokratisierung kann auch das gesamt Bundesvolk nicht durch Gesamtabstimmung legalisieren, erst recht nicht durch die bloße Zustimmung zum Beitritt Österreichs zur Europäischen Union.

²¹⁴ Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 169 f.

I. Diskriminierungsverbot

Die Unbegrenztheit und Unvorhersehbarkeit der Integrationsentwicklung an den nationalen Parlamenten vorbei erweisen insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten. Diskriminierungsverbote und Grundfreiheiten sind auf alle Gebiete anwendbar, auf die sie sich Diskriminierung und Beeinträchtigung von Grundfreiheiten auswirken, auch wenn die Union nicht mit einer besonderen Ermächtigung zur Gesetzgebung oder zu anderen Maßnahmen ausgestattet ist. Sie sind unbegrenzt anwendbar und unterliegen in der Praxis nicht dem Prinzip begrenzter Ermächtigung. Die unbegrenzte und unvorhersehbare Wirkung der Grundfreiheiten intensiviert der Gerichtshof der Europäischen Union dadurch, daß er diesen, jedenfalls bisher, durch seine Auslegung geradezu unbegrenzte materielle Reichweite beimißt²¹⁵. Entweder handelt der Gerichtshof dabei *ultra vires* oder die Ausdehnung der Grundfreiheiten auf unvorhersehbare Lebenssachverhalte ist in den Grundfreiheiten angelegt. In dieser Praxis genügen die Grundfreiheiten dem Prinzip begrenzter Ermächtigung nicht, geschweige denn dem begrenzter Einzelermächtigung (Art. 3b (5) Abs. 1 EUV, Art. 5 Abs. 1 EGV), wenn diese (entgegen Absatz 2 S. 1 des Art 3b (5) EUV) demokratierechtlich interpretiert werden. Der Binnenmarkt (Art. 22a (26) Abs. 2 AEUV, Art. 14 Abs. 2 EGV) beruht auf Prinzipien unbegrenzter Ermächtigung, d.h. auf bloßer Zuständigkeitszuweisung (Art. 2c (4) Abs. 2 lit. a AEUV). Die Politik des Binnenmarktes ist für die nationalen Gesetzgebungsorgane nicht voraussehbar und erweitert stetig, wenn auch verdeckt, den Ausbau der existentiellen Staatlichkeit des Unionsstaates.

Für den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen „hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung“ (Art. 141 Abs. 3 EGV), den der Gerichtshof zu einem Grundrecht entwickelt hat, das zudem durch Sekundär-

²¹⁵ Dazu Beispiele in zu II, 1, 2, 3, 4, 5.

recht umgesetzt worden ist²¹⁶, gilt dies selbst, wenn der Europäischen Union keinerlei Aufgaben, geschweige denn Befugnisse übertragen sind, wie auf dem Gebiet der Landesverteidigung. Das ist nicht übersehbar und nicht bestimmt. Ein Beispiel ist der Fall Tanja Kreil²¹⁷. Daß eine derartige Wirkung des Diskriminierungsverbotes, wie sie der Gerichtshof in diesem Urteil festgestellt hat, nicht vorhersehbar war, zeigt sich an den Äußerungen von Regierungen der Mitgliedstaaten im Prozeß: Die deutsche Regierung hatte vorgebracht, daß das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht im Bereich der Verteidigung gelte, der zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik gehöre und in der Souveränität der Mitgliedstaaten verblieben sei. Auch die italienische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs, die in der mündlichen Verhandlung Stellung genommen haben, hatten geltend gemacht, daß Organisation und Kampfkraft der Streitkräfte nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen würden²¹⁸. Der Gerichtshof judizierte hingegen, auch wenn es den Mitgliedstaaten obliege, geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu ergreifen und Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen, seien derartige Entscheidungen nicht vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen²¹⁹. Er kam zu dem Ergebnis: „Die RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung ... steht der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegen, die wie die des deutschen Rechts Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben.“ Das Gericht erklärte damit Art. 12a Abs. 4 GG und die auf diese Vorschrift ge-

²¹⁶ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 09.02.1976 in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG vom 23.09.2002 (ABl. 2002 L 268/15), Gleichbehandlungsrichtlinie.

²¹⁷ EuGH v. 11.1.2000 – Rs. C-285/98 (Tanja Kreil), Slg. 2000, I-69 ff.

²¹⁸ Rdn. 12 f.

²¹⁹ Rdn. 16.

stützten Regelungen für unanwendbar²²⁰, obwohl Deutschland in seiner Verfassung entschieden hatte, daß Frauen „auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten“ dürfen. Die Vorstellung, daß die Abgeordneten des Deutschen Bundestages diese Politik der Union (durch Rechtsprechung des Gerichtshofs) in ihre Verantwortung übernommen hatten, wäre abwegig. Das Judikat hat den *ordre public* Deutschlands mißachtet.

II. Grundfreiheiten

1. Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Auch die unmittelbare Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit war Politik des Gerichtshofs der Europäischen Union.

Art. 39 Abs. 2 EGV/(45) AEUV) ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unmittelbar anwendbar, d.h. der einzelne Arbeitnehmer kann sich auch gegenüber den Mitgliedstaaten darauf berufen, selbst wenn keine materialisierenden Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts erlassen worden sind²²¹. Erst seit dem Amsterdamer Vertrag spricht dafür auch der Wortlaut des Art. 39 Abs. 1 EGV.

Unabsehbar und damit von den nationalen Parlamenten nicht verantwortbar und nicht verantwortet war wiederum die weite Tatbestandsauslegung des Gerichtshofs. Er hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot ausgedehnt. Art. 39 Abs. 2 EGV war nach der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs kein umfassendes Verbot jeglicher Beschränkungen der Freizügigkeit. Der Gerichtshof war der Auffassung, daß Art. 39 EGV nicht eine sich aus der Rechtsordnung ergebende unterschiedliche Behandlung verbiete, sofern diese sich ohne Rücksicht auf die Staatsan-

²²⁰ Siehe die Besprechungen von *T. Stein*, EuGH: Frauen in der Bundeswehr, EuZW 2000, 211 ff.; *C. Arndt*, Waffeneinsatz von Frauen bei der Bundeswehr, NJW 2000, 1461 ff..

²²¹ Seit EuGH v. 04.12.1974 - Rs. 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg. 1974, 1337 (1347).

gehörigkeit der Betroffenen auf alle der Ordnung unterworfenen Personen nach objektiven Merkmalen auswirke²²². Dazu gehört etwa die Forderung, Sprachkenntnisse oder bestimmte berufliche Qualifikationen nachzuweisen. Im Bosman-Urteil allerdings weitete der Gerichtshof Art. 39 EGV zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot aus²²³. In dem unterschiedslos geltenden Transfersystem beim Vereinswechsel von Berufsfußballspielern sah er eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Auch Berufssportler sollen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unter den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 39 EGV²²⁴ fallen.

Der Gerichtshof hat insbesondere den Arbeitnehmerbegriff über dessen eigentlichen Begriffsgehalt hinaus ausgeweitet, um der Arbeitnehmerfreizügigkeit ein weites Wirkungsfeld zu verschaffen. Zu erwarten war das bei der Zustimmung der Gesetzgebungsorgane Österreichs, zumal des gesamten Bundesvolkes, zum Beitritt Österreichs zur Europäischen Union zum 1. Januar 1995 nicht. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung wurde nicht geachtet. Der Gerichtshof zählt auch Personen in Ausbildung, insbesondere Studenten, zu begünstigten „Arbeitnehmern“ des Art. 39 EGV, wenn ein Zusammenhang zwischen der (früheren) Berufstätigkeit und dem Studium in dem betreffenden Mitgliedstaat festzustellen ist²²⁵. Besteht kein Zusammenhang zu einer in diesem Mitgliedstaat ausgeübten Berufstätigkeit, so wendet der Gerichtshof

²²² EuGH v. 28.06.1978 - Rs. 1/78 (Kenny/Insurance Officer), Slg. 1978, 1489 (1498); vgl. EuGH v. 23.01.86 - Rs. 298/84 (Iorio/Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato), Slg. 1986, 247.

²²³ EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-4962, Rdn. 94).

²²⁴ EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-4954, Rdn. 73); vgl. dazu kritisch *Ch. Palme*, Das Bosman-Urteil des EuGH: Ein Schlag gegen die Sportautonomie, JZ 1996, 238 ff.

²²⁵ EuGH v. 21.06.1988 - Rs. 39/86 (Lair/Universität Hannover), Slg. 1988, S. 3161 (Rdn. 37); EuGH v. 26.02.1992 - Rs. C-357/88 (Raulin/Ministers van Onderwij en Wetenschappen), Slg. 1992, I-1027 (Rdn. 21).

Art. 12 EGV an²²⁶. Selbst nationale Beamte werden vom Gerichtshof als „Arbeitnehmer“ im Sinne des Art. 39 Abs. 1 EGV behandelt. Im Fall Lawrie-Blum hat dieser festgestellt, daß auch ein Ausbildungsverhältnis im öffentlichen Dienst die Arbeitnehmereigenschaft begründe. Weil ein Studienreferendar während des Vorbereitungsdienstes Unterricht nach Weisung erteile und damit wirtschaftliche Leistungen erbringe²²⁷, für die er Unterhaltsbeiträge als Vergütung erhalte, erkennt der Gerichtshof die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses. Beamte stehen jedoch nicht in einem „Arbeitnehmerverhältnis“ zum Staat, sondern in einem Dienstverhältnis²²⁸. Die Besonderheit dieses Dienstverhältnisses (Beamten-Dienstrechtsgesetz; Länderdienstpragmatiken) ergeben sich aus dem Republikprinzip des Art. 1 B-VG²²⁹. Insbesondere folgt daraus das Erfordernis der demokratischen Legitimation der Amtswalter. Dem wird das Marktprinzip, dem die Arbeitnehmerfreizügigkeit als Grundfreiheit dient, keinesfalls gerecht. Beamte müssen im Prinzip Staatsangehörige sein, die mit Land und Leuten eng verbunden sind. Sonst verliert das Beamtenverhältnis seine demokratische Vertrauensbasis. Dieses Argument benutzt der Gerichtshof für die Interpretation des Art. 39 Abs. 4 EGV/AEUV selbst (dazu b). Es ist aber für alle öffentlich Bediensteten richtig, jedenfalls für die Beamten.

²²⁶ Z.B. EuGH v. 13.02.1985 - Rs. 293/83 (Gravier/Stadt Lüttich), Slg. 1985, 593 ff.; EuGH v. 02.02.1988 - Rs. 24/86 (Blaizot/Universität Lüttich), Slg. 1988, 379 ff.

²²⁷ Vgl. aber demgegenüber EuGH v. 07.12.1993 - Rs. C-109/92 (Wirth), Slg. 1993, I-6447 (Rdn. 13 ff.), in der der Gerichtshof erkannte, daß der Unterricht an einer Hochschule, die im wesentlichen aus öffentlichen Mitteln finanziert wird, keine Dienstleistung im Sinne der Dienstleistungsfreiheit sei.

²²⁸ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 555, S. 275; VerfGH VfSlg. 14.867/1997; W. Berka, in: H. P. Rill/H. Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 7, Rdn. 67; für Deutschland H. Lecheler, Der öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, 1988, § 72, Rdn. 21, 91 ff.; J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, 2. Aufl. 1994, § 32, Rdn. 12 ff., 50 ff.

²²⁹ Vgl. R. Balzer, Das Amtsprinzip der Republik, i.E.

b) Der Gerichtshof hat die Ausnahmen von der Arbeitnehmerfreizügigkeit eng gezogen.

Nach Art. 39 (45) Abs. 4 EGV/AEUV findet die Arbeitnehmerfreizügigkeit keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Einen gleich lautenden Vorbehalt enthält Art. 8 der VO 1612/68. Weder der Vertrag noch die Verordnung definieren die Begriffe „öffentliche Verwaltung“ oder „Ausübung eines öffentlichrechtlichen Amtes“. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist der Begriff „öffentliche Verwaltung“ gemeinschaftsweit einheitlich auszulegen und könne daher nicht völlig der Beurteilung der Mitgliedstaaten überlassen bleiben²³⁰. Wie der Gerichtshof bereits in seinen Urteilen vom 17. Dezember 1980²³¹ und vom 26. Mai 1982²³² ausgeführt hat, seien unter der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Art. 48 Abs. 4 EWGV (Art. 39 Abs. 4 EGV), die vom Geltungsbereich der Absätze 1 bis 3 dieses Artikels ausgenommen sei, diejenigen Tätigkeiten zu verstehen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich brächten, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet seien und die deshalb ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraussetzen würden, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde lägen. Ausgenommen seien nur die Stellen, die in Anbetracht der mit ihnen verbundenen Aufgaben und Verantwortlichkeiten die Merkmale der spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung auf den genannten Gebieten aufweisen würden. Diese sehr engen Voraussetzungen seien im Fal-

²³⁰ EuGH v. 02.07.1996 - Rs. C-473/93 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1996, I-3207 (3255, Rdn. 26).

²³¹ EuGH v. 17.12.1980 - Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1980, 3881 (3900, Rdn. 10, 12, 18).

²³² EuGH v. 26.05.1982 - Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1982, 1845 (1851, Rdn. 7).

le der Studienreferendarin nicht erfüllt²³³. Auch für das höhere Lehramt hat der Gerichtshof die engen Voraussetzungen „öffentlicher Verwaltung“ im Sinne von Art. 48 Abs. 4 EWGV (Art. 39 Abs. 4 EGV) verneint²³⁴.

Der Gerichtshof hatte (und hat) die Befugnis, den Begriff „öffentliche Verwaltung“ in einem derart restriktiven Sinne auszulegen. Dafür spricht zwar, daß dieser Begriff Tatbestandsmerkmal des damaligen Art. 48 Abs. 4 EWGV, in der Fassung des Vertrages von Amsterdam Art. 39 Abs. 4 EGV, ist. Diese Vorschrift macht jedoch eine Ausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit, weil die Mitgliedstaaten, dem Grundsatz des Art. 1 B-VG oder Art. 20 Abs. 2 GG entsprechend, den Vollzug der Gesetze ihren Staatsangehörigen vorbehalten dürfen²³⁵; denn der Vollzug der Gesetze ist Ausübung von Staatsgewalt, also hoheitlich. Er gehört zur existentiellen Staatlichkeit²³⁶. Der eigenständige Gesetzesvollzug gehört zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 3a (4) Abs. 2 S. 1 EUV, bislang Art. 6 Abs. 1 EUV. Die Ausübung der Staatsgewalt können nur die Mitgliedstaaten selbst bestimmen, nicht der Gerichtshof der Europäischen Union. Dieser kann zur Sicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur darüber wachen, daß die Ausnahmenvorschrift des Art. 39 (45) Abs. 4 EGV/AEUV von den Mitgliedstaaten nicht mißbraucht wird, indem bestimmte Berufsgruppen der Arbeitnehmerfreizügigkeit willkürlich entzogen werden, um den eigenen Arbeitsmarkt zu protegieren. Nützlich wäre ein unionsrechtlicher Rechtsakt über den Begriff des Arbeitnehmers, für

²³³ Vgl. auch EuGH v. 03.07.1986 - Rs. 66/85 (Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg), Slg. 1986, 2121 (2146 f., Rdn. 17 ff.); EuGH v. 30.05.1989 - Rs. 33/88 (Allué u. Coonan Università degli studi di Venezia), Slg. 1989, 1591 (1609, Rdn. 7).

²³⁴ EuGH v. 27.11.1991 - Rs. C-4/91 (Bleis/Ministère de l'Éducation nationale), Slg. 1991, I-5627 (5641, Rdn. 7).

²³⁵ § 4 Abs. 1 Nr. 1 BRRG n. F. (seit 1993) ermöglicht in Deutschland grundsätzlich die Verbeamtung von EU-Angehörigen; unter freiheitlichen demokratischen Gesichtspunkten wegen Art. 20 Abs. 2 GG fragwürdig.

²³⁶ K. A. Schachtschneider, Streik im öffentlichen Dienst, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2003, S. 260 ff., 269 ff.; vgl. auch J. Isensee, Öffentlicher Dienst, HVerfR, § 32, Rdn. 1, 64; H. Lecheler, Der Öffentliche Dienst, HStR, Bd. III, § 72, Rdn. 137.

den Art. 40 EGV/(46) AEUV eine Ermächtigung hergäbe. Ein solcher Rechtsakt wäre freilich ein Politikum. Der Gerichtshof beschränkt sich nicht auf eine Mißbrauchskontrolle. Der Status der Studienreferendarin und des Studienrats als Beamte waren keine Willkürakte, sondern entsprachen vom Grundgesetz gebotener (Art. 33 Abs. 4) und tradierter Praxis in Deutschland. Der Unterricht an staatlichen Schulen ist in Deutschland traditionell öffentlicher Dienst, der von Beamten geleistet wird²³⁷. Entsprechendes gilt für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst als typische Ausübung öffentlicher Gewalt. Der Gerichtshof hat die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten mit dem weiten, integrationistischen Begriff des Arbeitnehmers vertragswidrig und unerwartet eingeschränkt²³⁸. Keinesfalls haben die Österreicher dieser Judikatur, an die sie nicht dachten und die in dem Gemeinschaftsvertrag nicht angelegt war, durch den Beitrittsakt zugestimmt.

2. Niederlassungsfreiheit

a) Die unmittelbare Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV (vorher Art. 52 EWGV/EGV, jetzt Art. 43 (49) AEUV) ist (wie die der anderen Grundfreiheiten) Werk des Gerichtshof der Europäischen Union. Schon im Jahre 1964 hat der Gerichtshof in der Rechtssache *Costa/ENEL*²³⁹ die Regelung des Art. 52 EWGV, wonach die Mitgliedstaaten für Angehörige anderer Mitgliedstaaten keine neuen Niederlassungsbeschränkungen einführen sollten, zum Bestandteil der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (seit Inkrafttreten des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft) erklärt, nicht lediglich als Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten. Die Verpflichtung, die Niederlassung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten nicht durch neue Maßnahmen strengeren Vorschriften zu unterwerfen als die Nie-

²³⁷ Allg. zur Problematik vgl. etwa *Th. Schotten*, Der Zugang von Unionsbürgern zum deutschen Beamtenverhältnis, DVBl. 1994, S. 567 ff.

²³⁸ Kritisch auch *H. Lecheler*, Die Interpretation des Art. 48 Abs. 4 EWGV und ihre Konsequenzen für die Beschäftigung im (nationalen) öffentlichen Dienst, 1990, insb. S. 37 ff.

²³⁹ EuGH v. 15.07.1964 - Rs. 6/64 (*Flaminio Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1251 ff.

derlassung von Inländern, sei durch keinerlei Bedingungen eingeschränkt und bedürfe zu ihrer Erfüllung und Wirksamkeit keiner weiteren Handlung der Kommission oder der Mitgliedstaaten. Sie sei vollständig, rechtlich vollkommen und infolgedessen geeignet, unmittelbare Wirkungen in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den Einzelnen hervorzurufen²⁴⁰. Erst der Amsterdamer Vertrag, über den das gesamte Bundesvolk nicht gemäß Art. 44 Abs. 3 B-VG abgestimmt hat, hat die Vorschrift durch ein unbedingtes und eindeutiges Beschränkungsverbot in Art. 43 Abs. 1 EGV ersetzt. Wegen des Vorrangs des Unionsrechts ist es somit nicht nur vertragswidrig, wenn Mitgliedstaaten abweichende Vorschriften erlassen, sondern werden derartige Vorschriften nicht angewandt. Jedermann kann sich auf die so verstandene Niederlassungsfreiheit berufen, aber die Gerichte und die Behörden haben diese auch von Amts wegen zu berücksichtigen²⁴¹.

b) Den Tatbestand der Niederlassungsfreiheit hat der Gerichtshof weit ausgedehnt. Das Niederlassungsrecht wurde zunächst als bloßes Diskriminierungsverbot oder als Gebot der Inländergleichbehandlung, verbunden mit dem Bestimmungslandprinzip, verstanden. Selbst Diskriminierungen waren unter diesem Ansatz nicht allgemein und sofort abzuschaffen. Diese Betrachtung hat der Gerichtshof grundlegend geändert. Von 1974 an judizierte er, daß Diskriminierungen nicht erst durch Richtlinien aufzuheben, sondern daß sie seit Ablauf der Übergangszeit (Ende 1969) in direkter Anwendung des Vertrages rechtswidrig seien. Schließlich (nach dem Beitritt Österreichs) hat der Gerichtshof die Niederlassungsfreiheit zum allgemeinen Beschränkungsverbot entwickelt²⁴². Im Urteil Vlassopoulou hat er zwar festgestellt, daß die Mit-

²⁴⁰ Siehe auch EuGH v. 21.07.1974 - Rs. 2/74 (Reyners/Belgien), Slg. 1974, 631, Rdn 24, 28.

²⁴¹ Vgl. EuGH v. 22.07.1989 - Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo/Stadt Mailand), Slg. 1989, 1839 (1870, Rdn. 30).

²⁴² EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94 (Gebhard/Consiglio dell' ordine degli avvocati e procuratori di Milano), Slg. 1995, I-4165, Rdn. 37; vgl. auch schon EuGH v. 31.03.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663, Rdn. 32.

gliedstaaten, solange es an einer Harmonisierung der Voraussetzungen für den Zugang zu einem Beruf fehle, festlegen dürfen würden, welche Kenntnisse und Fähigkeiten zur Ausübung eines Berufes notwendig seien, und die Vorlage eines Diploms verlangen dürfen würden, mit dem diese Kenntnisse und Fähigkeiten bescheinigt würden²⁴³. Im Sinne eines allgemeinen Beschränkungsverbot hat er aber ausgeführt, daß nationale Qualifikationsvoraussetzungen, selbst wenn sie ohne Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit angewandt würden, sich dahingehend auswirken könnten, daß sie die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten in der Ausübung des ihnen durch Art. 52 EWGV gewährleisteten Niederlassungsrechts beeinträchtigen würden. Dies könne der Fall sein, wenn die nationalen Vorschriften die von dem Betroffenen in einem anderen Mitgliedstaat bereits erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten unberücksichtigt lassen würden (...).

Erst mit dem Amsterdamer Vertrag ist eine stufenweise Entwicklung der Niederlassungsfreiheit textlich aufgegeben und das Beschränkungsverbot formuliert worden, nachdem der Gerichtshof diese antizipiert hatte²⁴⁴.

c) Mittels der Auslegung der Niederlassungsfreiheit hat der Europäische Gerichtshof das Gesellschaftsrecht für die Mitgliedstaaten wesentlich umgestaltet.

Art. 48 Abs. 1 EGV/(54) AEUV, stellt Gesellschaften, die ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Union/Gemeinschaft haben, den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates gemäß Art. 43 Abs. 1 EGV/(49) AEUV, gleich. Diese Gesellschaften müssen, um überhaupt Rechtssubjekt zu sein, nach den Vorschriften eines der Mitgliedstaaten ge-

²⁴³ EuGH v. 07.05.1991 – Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357, Rdn. 4, 15; siehe auch EuGH v. 15.10.1987 - Rs. 222/86 (Unectef/Heylens), Slg. 1987, 4097 (4116, Rdn. 10).

²⁴⁴ Vgl. P. Troberg/J. Tiedje, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 44, Rdn. 1 ff.; W. Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rdn. 1864, S. 701 f.

gründet worden sein. Art. 48 EGV/AEUV bewirkt keine generelle Anerkennung jeder niederlassungswilligen Gesellschaft²⁴⁵. Nach Art. 293 Teilstrich 3 EGV sollen die Mitgliedstaaten über „die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2, die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen und die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen“, Verhandlungen einleiten. Durch Nr. 280 des Vertrages von Lissabon wird Art. 293 EGV aufgehoben, wohl weil er als Verhandlungsauftrag ohnehin nicht beachtet, vielmehr übergangen wurde, jedenfalls Teilstrich 3.

Um die Gesellschaft einem bestimmten ausländischen Recht zuzuordnen, sind die Kollisionsregeln des Internationalen Privatrechts heranzuziehen. Art. 48 EGV/AEUV trifft keine Entscheidung über die Maßgeblichkeit einer bestimmten, im nationalen Recht verankerten Lehre des internationalen Gesellschaftsrechts, etwa die über Sitz- oder Gründungslehre.²⁴⁶ Als Objekt des nationalen Gesellschaftsrechts hat eine Gesellschaft außerhalb der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine rechtliche Persönlichkeit. Daher durfte eine Gesellschaft ihren Sitz zwar in jeden anderen Mitgliedstaat verlegen, war aber gezwungen, sich im Heimatstaat aufzulösen und nach den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Aufnahmestaates neu zu gründen, jedenfalls nach britischem Recht²⁴⁷. Anknüpfungspunkt nach deutschem Recht war nach der Sitzlehre²⁴⁸ der tatsächliche Sitz der Gesellschaft. Wenn das Gesellschaftsrecht des Sitzes und das Gründungsstatut (das

²⁴⁵ P. Troberg/J. Tiedje, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 48, Rdn. 15.

²⁴⁶ P.-C. Müller-Graff, in: R. Streinz, EUV/EGV, 2004, zu Art. 48, Rdn. 15; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2070 ff., 2395, S. 776 ff., 895 ff.

²⁴⁷ EuGH v. 27.09.1988 - Rs. 81/87 (The Queen/Daily Mail), Slg. 1988, 5483, Rdn. 14 ff.

²⁴⁸ P. Kindler, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, in: Münchener Kommentar, BGB, Bd. 11, 3. Aufl. 1999, Rdn. 312 ff., S. 101 ff.; BGH, ZIP 2000, 967; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2072, S. 777 f.

Recht, nach dem die Gesellschaft errichtet wurde) auseinanderfielen, galt die Gesellschaft in Deutschland als aufgelöst²⁴⁹.

Der Gerichtshof hat die Sitzlehre, nachdem er in der Entscheidung „Daily Mail“ (vor dem Beitritt Österreichs) eine „Auswanderung von Gesellschaften“ ohne koordinierendes Abkommen noch für undurchsetzbar erklärt hatte²⁵⁰, in den Entscheidungen „Centros“ und „Überseering“ (nach dem Beitritt Österreichs) als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit relativiert²⁵¹ und schließlich in der Entscheidung „Inspire Art“²⁵² der Sache nach die Rechtswahlfreiheit in das europäische Gesellschaftsrecht eingeführt²⁵³. Er hat das nationale Gesellschaftsrecht dem sogenannten Wettbewerb der Rechtsordnungen ausgesetzt. Für unerheblich hielt er, daß das Gesellschaftsrecht nicht vollständig harmonisiert worden sei. In der Rechtssache „Inspire Art“ hat der Gerichtshof entschieden, daß in einem Mitgliedstaat wirksam gegründete Gesellschaften in jedem anderen Staat uneingeschränkt anerkannt werden müßten. Nicht nur die Rechts- und Parteifähigkeit einer zugezogenen Scheinauslandsgesellschaft sei anzuerkennen, sondern vielmehr ihr gesamtes Gründungsstatut. Eine Angleichung an das Gesellschaftsrecht des Zuzugstaates sei nicht erforderlich. Für Österreich und auch für Deutschland bedeutet diese Rechtsprechung, daß neben den klassischen deutschen Gesellschaftsformen, wie der Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder der Aktiengesellschaft, auch ausländische Rechtsformen, wie z.B. die britische limited company oder die französische société anonyme, am Rechtsverkehr teilnehmen können. Spätestens

²⁴⁹ P. Troberg/J. Tiedje, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 48, Rdn. 22; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2072, 2396, S. 777 f., 896.

²⁵⁰ EuGH v. 27.09.1988 - Rs. 81/87 (The Queen/Daily Mail), Slg. 1988, 5483, Rdn. 14 ff.

²⁵¹ EuGH v. 09.03.1999 – Rs. C-212/97 (Centros Ltd.), Slg. 1999, I-1459, Rdn. 27; EuGH v. 05.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH), Slg. 2002, I-9919, Rdn. 22 ff.

²⁵² EuGH v. 30.9.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 52 ff.

²⁵³ A.A. W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2398, S. 896 f.

aus der Entscheidung „Inspire Art“ folgt, daß die Sitzlehre für Zuzugsfälle nicht mehr maßgeblich ist²⁵⁴.

In Sachen „Inspire Art“ stellt der Gerichtshof auch fest, daß der Gläubigerschutz die fraglichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nicht rechtfertigen könne. Dabei verweist er darauf, daß die Eigenschaft als ausländische Gesellschaft erkennbar sei, die den Gläubigern deutlich mache, daß für ausländische Gesellschaften andere Regeln gelten würden²⁵⁵. Dieses Transparenzargument nimmt Allgemeininteressen faktisch jegliche Begründungskraft²⁵⁶. Zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus hat der Gerichtshof nur am Rande Stellung genommen.²⁵⁷

d) Diese Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Sitzlehre hat gravierende, bei Verabschiedung der Gemeinschaftsverträge ungeahnte Konsequenzen. Sie bewirkt die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaftsformen aus anderen Mitgliedstaaten, welche über die unmittelbar anwendbare Niederlassungsfreiheit durchgesetzt werden kann und wird. Mit dieser Rechtsprechung hat sich der Gerichtshof über die vertragliche Regelung des Art. 293 Spst. 3 EGV ausdrücklich hinweggesetzt, wonach die Mitgliedstaaten über die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften gesonderte völkerrechtliche Verhandlungen und Verträge außerhalb der unmittelbaren Geltung und des Vorrangs des Ge-

²⁵⁴ *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, 2007, S. 459 ff.; a.A. *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2096 ff., 2395 ff., S. 787 ff., 895 ff.

²⁵⁵ EuGH v. 30.9.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 135.

²⁵⁶ Im Gegensatz zu den Andeutungen in der „Überseering“-Entscheidung, EuGH v. 05.11.2002 - Rs. C-208/00 (Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH), Slg. 2002, I-9919, Rdn. 92), in welcher der EuGH die Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und auch des Fiskus als zwingende Gründe des Gemeinwohls anerkannt hat, die unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können würden.

²⁵⁷ EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 140.

meinschaftsrechts treffen wollen und sollen²⁵⁸. Art. 293 EGV ist nicht einmal eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsakten, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten nur, Verhandlungen über bestimmte völkerrechtliche Verträge einzuleiten. Die im Rahmen von Art. 293 EGV geschlossenen Abkommen sind kein primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht, sondern ergänzendes Völkervertragsrecht.²⁵⁹ Die Vorschrift schafft kein unmittelbar geltendes Recht, auf das man sich vor Gericht berufen könnte²⁶⁰, also keine subjektiven Rechte. Die extensive Auslegung des Art. 48 EGV, welche weiteren Verträgen vorbehaltenen Wirkung erreicht, verstößt kraß gegen das Prinzip begrenzter Ermächtigung und war nicht voraussehbar. Bezeichnenderweise kommt eine dem Art. 293 EGV entsprechende Vorschrift im Vertrag von Lissabon nicht mehr vor; der Erfolg der gegenseitigen Anerkennung ist durch die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit schon erreicht. Die genannten Urteile, insbesondere das letzte „Inspire Art“, verändern das österreichische (und auch deutsche) Gesellschaftsrecht weit über den im Wege der Rechtsangleichung erreichten Konsens hinaus.

e) Es geht vor allem um die Unternehmensmitbestimmung in Deutschland, die nach langen Kämpfen 1976 eingeführt wurde und Kapital und Arbeit in Deutschland befrieden sollte und (weitgehend) befriedet hat²⁶¹. Der deutsche Gesetzgeber ist aufgrund des Anerkennungsprinzips, das der Europäische Gerichtshof aus der Niederlassungsfreiheit herleitet, gehindert, seiner verfassungsrechtlichen Befriedungspflicht aus Art. 9 Abs. 3 GG, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in großen Unternehmen bestimmter Rechtsform zu gewährleisten, jedenfalls seiner Pflicht aus dem Mitbestimmungsgesetz vom

²⁵⁸ *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 434 f.

²⁵⁹ *S. Leible*, in: R. Streinz, EGV, Art. 293, Rdn. 3.

²⁶⁰ EuGH v. 12.05.1998 - Rs-C-336/96 (Gilly), Slg. 1998, I-2793, Rdn. 16; EuGH v. 10.02.1994 - Rs. C-398/92 (Mund & Fester), Slg. 1994, I-467, Rdn. 11.

²⁶¹ Dazu das große Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979, BVerfGE 50, 290 ff.

4. März 1976, nachzukommen²⁶². Diese Konsequenz war für die Abgeordneten des Deutschen Bundestages nicht voraussehbar, als sie dem Prinzip der Niederlassungsfreiheit zugestimmt haben, ganz gleich in welchem Vertrag im Laufe der Vertragsgeschichte der Union. Eine solche Verantwortung hätten sie im deutschen ‚Gewerkschaftsstaat‘ nicht zu übernehmen gewagt.

Auch das Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004, das den Arbeitnehmern in Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit sowie Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit jeweils mehr als 500 Mitarbeitern ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat dieser Gesellschaften einräumt, der zu einem Drittel aus Arbeitnehmern bestehen muß²⁶³, wird durch die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit gefährdet, weil es eine spezifisch deutsche Regelung ist.

Wer die deutschen Mitbestimmungsgesetze umgehen will, gründet in Frankreich eine société anonyme (S.A.) oder in Großbritannien eine private limited company Ltd., die als (konzernrechtlich) herrschendes Unternehmen (§§ 17, 18 AkG)²⁶⁴ eines deutschen mitbestimmten Unternehmens eingerichtet wird. In der Tochtergesellschaft bleibt die Mitbestimmung zwar bestehen, aber unternehmensrelevante Entscheidungen können von der nicht mitbestimmten Muttergesellschaft getroffen werden. § 5 MitbestG, der die Mitbestimmung für Konzerne regelt, erfaßt ausschließlich nationale Gesellschaftsformen (§ 1 MitbestG). Einer in Deutschland tätigen Ltd. oder S.A. kann diese Vorschrift keine Mitbestimmung verordnen. Die bisherige Rechtsprechung läßt auch nicht erwarten, daß der Gerichtshof eine Ausdehnung der deutschen

²⁶² Dazu *C. Kerstin/C.P. Schindler*, Die EuGH-Entscheidung „Inspire Art“ und ihre Auswirkungen auf die Praxis, RdW 11/2003, S. 621 ff., 4 a. E.

²⁶³ Es ersetzt das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 (§§ 76 ff.); dazu *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 145 ff., 162 ff..

²⁶⁴ *Ch. Windbichler*, in: K. J. Hopt/H. Wiedemann, Aktiengesetz (Großkommentar), 1. Bd., 4. Aufl. 2004, § 17, Rdn. 89, § 18, Rdn. 88.

Mitbestimmung, zumal der Unternehmensmitbestimmung, auf ausländische Gesellschaftsformen erzwingen wird. Dafür gibt es nicht nur keinen rechtlichen Ansatz, sondern, was wichtiger sein dürfte, kein Interesse des gegenwärtig bestimmenden Kapitalismus. Eine deutsche Regelung, welche die Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften erstreckt, hätte generellen Charakter. Nach dem 2. Leitsatz der Entscheidung „Inspire Art“ ist aber eine Mißbrauchsprüfung im Einzelfall erforderlich, um eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen zu können. Wie der Gerichtshof immer wieder betont, stellt die Wahl eines vorteilhafteren Rechts selbst dann keinen Mißbrauch der Niederlassungsfreiheit dar, wenn überhaupt keine Tätigkeit im Gründungsstaat ausgeübt wird oder auch nur werden soll.²⁶⁵ Der vierstufige Rechtfertigungstest im Sinne des „Centros“-Urteils²⁶⁶ gibt einer deutschen Sonderregelung (Sonderanknüpfung) wenig Chancen. Eine deutsche Regelung, welche die für nationale Gesellschaften ohnehin geltende Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften (auch wenn sie zum Schein gegründet wurden) erstrecken wollte, wäre zwar nicht diskriminierend, würde aber für Auslandsgesellschaften Probleme aufwerfen, wie Fragen der Repräsentation ausländischer Mitarbeiter, welche diese zumindest in ihrem Niederlassungsrecht behindern. Ein zwingendes Allgemeininteresse läßt sich im Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz und die freiheits- und grundrechtliche Bedeutung der Mitbestimmung durchaus erkennen²⁶⁷. Jedoch wird die Erforderlichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips angesichts des äußerst geringen Mitbestimmungsstandards in der Europäischen Union eine Mitbestimmungsregelung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner reduzieren, wie er sich in der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat und in der Verordnung über eine Euro-

²⁶⁵ EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 138 f.

²⁶⁶ EuGH v. 09.03.1999 – Rs. 212/97 (Centros Ltd), Slg. 1999, I-1459, Rdn. 34; vgl. auch EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 133.

²⁶⁷ So *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 547 ff., insb. S. 579 ff.

päische Aktiengesellschaft zeigt²⁶⁸. Daß die Mehrheit der Mitgliedstaaten in der Europäischen Union die Mitbestimmung ablehnt, hat sich in dem Ringen um die Europäische Aktiengesellschaft erwiesen²⁶⁹.

Im Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung bieten Auslandsgesellschaften wie die limited company und die société anonyme derzeit aus der Sicht der Unternehmer eine höhere Flexibilität als deutsche Gesellschaftsformen. Vergleichbar der Ausgangslage im Steuerrecht hat der Gerichtshof ein „company law shopping“ ermöglicht, das auch den deutschen Gesetzgeber zwingt, das deutsche Gesellschaftsrecht anzupassen, um im Wettbewerb der Systeme, der einseitig von Kapitalinteressen bestimmt wird, die Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Standorts zu erhalten. Frankreich hat zu diesem Zweck bereits mit der ‚Ein-Euro-SARL‘ eine der britischen Ltd. vergleichbare Rechtsform ermöglicht. In Deutschland wird an der Änderung des GmbH-Gesetzes gearbeitet.

f) Weil die Koordinierung der nationalen Gesellschaftsordnungen trotz verschiedener Richtlinien, die auf Art. 44 Abs. 2 lit. g EGV gestützt waren, keine vollständige Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts gebracht hat²⁷⁰, hat sich die Kommission auf Art. 308 EGV gestützt, um ein vom nationalen Recht unabhängiges europäisches Gesellschaftsrecht zu schaffen. Im Juni 1985 verabschiedete der Rat die Verordnung über die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, EWIV (Verordnung Nr. 2137/85 vom 25. Juli 1985, ABl. 1985, Nr. L 199, S. 1 ff.), die am 1. Juli 1989 in Kraft trat. Seit dem Jahre 1970 existierte ein auf Art. 308 EGV gestützter Vorschlag der Kommission für eine Verordnung über das Statut für europäische Aktiengesellschaften (ABl. 1970, Nr. C 124, S. 1 ff.). Besonders wegen des Streits

²⁶⁸ RL 94/45/EG vom 22. 9. 1994: ABl L 254/64. Diese Richtlinie regelt nur die Anhörung und Unterrichtung der Arbeitnehmer, nicht deren Mitbestimmung.

²⁶⁹ Dazu Hinweise in Fn. 270.

²⁷⁰ Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, , Rdn. 2155 ff., S. 808 ff.; *P. C. Müller-Graff*, Das Niederlassungsrecht, in: R. Streinz EGV/EUV, Komm., 2003, zu Art. 48 EGV, Rdn. 25, S. 693, exemplifiziert an der „public limited company“.

um die deutsche Unternehmensmitbestimmung ist eine Angleichung oder Koordination der Kernbereiche des Gesellschaftsrechts bisher nur sehr begrenzt gelungen²⁷¹. Eine fünfte Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaften ist seit Anfang der 1990er Jahre zurückgestellt²⁷².

Die Einigung, welche bisher in der EG-Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (*societas europea* = SE)²⁷³ erreicht worden ist, weicht von diesem Richtlinienvorschlag, der eine umfassende unternehmensverfassungsrechtliche Regelung, einschließlich der Mitbestimmung, vorgesehen hat, erheblich ab. Die SE ist keine originäre, sondern eine gewissermaßen derivative Gesellschaftsform (Fusion, Holding, Tochter, Umwandlung), die grenzüberschreitend gegründet wird (Art. 2 SE-VO)²⁷⁴.

Die Mitbestimmung ist im Statut der SE nicht geregelt. Auf der Grundlage der Europäischen Sozialcharta erging am 22. September 1994 die Richtlinie 94/45/EG, welche „Verfahren zur Konsultation der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen“ und in diesem Rahmen auch die Einführung von Euro-Betriebsräten vorsieht. Speziell zur Europäischen Gesellschaft trifft die Richtlinie 2001/86 vom 8. Oktober

²⁷¹ Dazu *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Art. 48, Rdn. 24 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2361, S. 884.

²⁷² *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Art. 44, Rdn. 34.

²⁷³ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) [Amtsblatt L 294 vom 10.11.2001]; deutsches Ausführungsgesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004, BGBl. 2004 I, Nr. 73 v. 28.12.2004. Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2361 ff., S. 884 ff.; *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 174 ff.

²⁷⁴ *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2361 ff., S. 884 ff.; *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 176 ff.

2001²⁷⁵ ergänzende Bestimmungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer. Geprägt ist die Richtlinie durch zwei Grundprinzipien, zum einen das Gestaltungsprinzip, nach dem das Verfahren der grenzüberschreitenden Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer sowie die Mitbestimmung vorrangig durch Vereinbarung zwischen den Unternehmensleitungen der Gründungsgesellschaften und einem allein dafür zu bildenden besonderen Verhandlungsgremium aus Arbeitnehmervertretern der verschiedenen Mitgliedstaaten zu treffen sind, zweitens durch das Ziel, die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer zu sichern. Der bei den Gründungsgesellschaften vorhandene Bestand an Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer soll sich im Grundsatz auch in der SE wiederfinden. Daß die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer leiden, wenn sie nicht mehr die Regel sind, sondern Vereinbarungen mit der Unternehmensleitung unterliegen, liegt angesichts der wirtschaftlichen Machtverteilung auf der Hand. Wesentlich ist, daß kein Unternehmen genötigt ist, die SE zu nutzen, um seinen Sitz oder seine Tätigkeit in einen anderen Mitgliedstaat als den Gründungsstaat zu verlagern. Die Regelung der SE hat der Gerichtshof leerlaufen lassen, bevor sie praktiziert wurde²⁷⁶.

Der Gerichtshof hat somit durch seine Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit eine Politik durchgesetzt, welche die Politiker in Kommission und Rat nicht durchzusetzen vermochten, nämlich die Lösung des Problems Mitbestimmung, vor allem ein Problem Deutschlands, letztlich den Anfang vom Ende der Unternehmensmitbestimmung und auch der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, zu Lasten der Arbeitnehmer und Gewerkschaften. Irgendeine Ermächtigung oder Berechtigung hatte (hat) der Gerichtshof für diesen politischen Kraftakt nicht.

²⁷⁵ Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

²⁷⁶ Vgl. *K. von der Linden*, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen nach deutschem Umwandlungsrecht und durch grenzüberschreitende Sitzverlegung, S. 178 ff.

3. Kapitalverkehrsfreiheit

a) Art. 56 EGV/(63) AEUV gewährleistet die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit. Kapitalverkehr (Geldkapital oder Wertrechte an Geld- und Sachkapital) ist jede über die Grenzen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinausgehende Übertragung (Erwerb, Veräußerung und Transfer) von Geld- oder Sachmitteln (im Gegensatz zum Zahlungsverkehr)²⁷⁷. Begünstigt und ‚befreit‘ durch die Kapitalverkehrsfreiheit sind das Kapital an sich, unabhängig von der Staatsbürgerschaft/Unionsbürgerschaft des Eigentümers, wenn man so will, der Kapital- und Zahlungsverkehr selbst²⁷⁸. Die Kapitalverkehrs- und Zahlungsverkehrsfreiheit stehen als Grundfreiheiten auch Bürgern/Unternehmen von Drittstaaten (ohne irgendeine Vermittlung) zu (Ausnahmen nach Art 57 Abs. 1 EGV/AEUV) und begünstigt diese einseitig²⁷⁹. Damit ging (geht) diese Vorschrift über die Zielsetzung des Vertrages in Art. 3 Abs. 1 lit. c EGV, der nur die Beseitigung der Hindernisse für den Kapitalverkehr im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten im Blick hatte, hinaus.

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist wie die anderen Grundfreiheiten unmittelbar anwendbar²⁸⁰. In seinem Urteil *Sanz de Lera u. a.* vom 14. Dezember 1995 (also nach dem Beitritt Österreichs) hat der Gerichtshof der Europäischen Union ungeachtet mitgliedstaatlicher Beschränkungsmöglichkeiten (Art. 57, 58 EGV) die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 56 Abs. 1 EGV festgestellt²⁸¹. Die unmittelbare Anwendbarkeit gilt auch für nicht im Gebiet der

²⁷⁷ J. C. W. Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, 2000, S. 152 ff., insb. S. 156 ff. (158), 198; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2734, S. 1031, Rdn. 2741, S. 1033 f.

²⁷⁸ J. C. W. Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, S. 149, 197 ff.; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2743 f., S. 1034.

²⁷⁹ J. C. W. Müller, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, S. 149; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2741 f., S. 1033 f.

²⁸⁰ J. C. W. Müller, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 142 ff. W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2745, S. 1034 f.

²⁸¹ EuGH v. 14.12.1995 - Verb. Rs. C-163/94, C-165/94, C-250/94 (*Sanz de Lera u. a.*),

Union Ansässige²⁸². Mit der unmittelbaren Rechtswirkung des Art. 56 EGV hat sich eine entscheidende Änderung gegenüber der früheren Regelung des Kapitalverkehrs vollzogen. Eine Beseitigung der Beschränkungen des Kapitalverkehrs war nach Art. 67 Abs. 1 EWGV nämlich nur vorgeschrieben, „soweit es für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes notwendig“ war²⁸³.

Der Gerichtshof hatte in seinem Urteil *Casati* vom 11. November 1981 entschieden, „daß die Beschränkungen der Ausfuhr von Banknoten unabhängig von der Regelung des Artikels 69 [EWGV] nicht mit dem Ende der Übergangszeit als beseitigt gelten können.“²⁸⁴ Er hatte weiter ausgesprochen: „Artikel 71 Absatz 1 [EWGV] erlegt den Mitgliedstaaten keine unbedingte Verpflichtung auf, auf die sich die einzelnen berufen könnten.“²⁸⁵ Damit wurde die vorrangige Geltung und die unmittelbare Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit durch den Gerichtshof im Gegensatz zu den anderen Grundfreiheiten nicht antezipiert, sondern bis zur Vertragsänderung abgelehnt.

Seit dem 1. Januar 1994 verbietet Art 56 Abs. 1 EGV alle Beschränkungen des freien Kapital- und Zahlungsverkehrs. Beschränkungen zwischen den

Slg. 1995, I-4821, Rdn. 40 ff.; auch schon EuGH v. 23.2.1995 – Verb. Rs. C-358/93, C-416/93 (Aldo Bordessa u.a.), Slg. 1995, I-361, Rdn. 32, 35.

²⁸² EuGH v. 13.07.2000 – Rs. C-484/98 (Albore), Slg. 2000, I-5965 (5999, Rdn. 6); *W. Kiemel*, in: v. der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 56, Rdn. 24, 35 f.; *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 149, 198; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2743, S. 1034.

²⁸³ Dazu *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146 f.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2720, 2746, S. 1024, 1035.

²⁸⁴ EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (*Casati*), Slg. 1981, 2595 (2619, Rdn. 8 ff.); EuGH v. 31.01.84 – Rs. 286/82 u. 26/83 (*Luisi und Carbone*), Slg. 1984, 377; EuGH v. 24.06.1989 – Rs. 157/85 (*Brugoni u. Ruffinengo*), Slg. 1986, 2013; *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146, 199.

²⁸⁵ EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (*Casati*), Slg. 1981, 2595 (2619, Rdn. 8 ff.); *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146.

Mitgliedstaaten und zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern sind in weiter Auslegung (analog der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu anderen Grundfreiheiten) alle Rechts- und Verwaltungsvorschriften und sonstigen mitgliedstaatlichen Maßnahmen, die für den grenzüberschreitenden Kapital- und Zahlungsverkehr eine gegenüber den Inlandsgeschäften abweichende Regelung vorsehen²⁸⁶ oder, anders formuliert, „die den Zufluß, den Abfluß oder den Durchfluß von Kapital der Form, dem Wert oder der Menge nach (auf Dauer oder zeitweise) behindern, begrenzen oder völlig untersagen“²⁸⁷. Im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung, in der er Genehmigungsverfahren zu Kontrollzwecken als gerechtfertigt erachtet hat²⁸⁸, akzeptiert der Gerichtshof inzwischen vorherige Genehmigungsverfahren der Mitgliedstaaten nicht mehr²⁸⁹.

b) Mit seinen Urteilen zu den sogenannten Goldenen Aktien schließt der Gerichtshof an diese Rechtsprechung an. Goldene Aktien geben dem Staat, etwa bei der Privatisierung von Staatsunternehmen, Sonderrechte (namentlich Sonderaktien, Mehrstimmrechte oder Zustimmungsrechte), die es ihm ermöglichen, den Einfluß ausländischer Anteilseigner gering zu halten und gegebenenfalls Übernahmen, insbesondere durch ausländische Konkurrenten, zu verhindern²⁹⁰.

²⁸⁶ *W. Kiemel*, in: *v. der Groeben/Schwarze*, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 56, Rdn. 7; *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 161 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2747, S. 1035.

²⁸⁷ EuGH v. 12.7.1973 – Rs. 2/73 (*Geldo/Ente Nazionale Risi*), Slg. 1973, 865 (866); vgl. *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 162, 199.

²⁸⁸ EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (*Casati*), Slg. 1981, 2595 (2613 ff.).

²⁸⁹ Vgl. EuGH v. 23.02.1995 – Rs. C-358/93 und C-416/93 (*Bordessa u. a.*), Slg. 1995, I-361, 384 ff.; EuGH v. 14.12.1995 - Rs C-163/94, C-165/94 bis C-250/94 (*Sanz de Lera*), Slg. 1995, I-4821, 4836 ff.; EuGH v. 01.06.1999 – Rs. C-302/97 (*Konle/Österreich*), Slg. 1999, 3099; EuGH v. 26.09.00 – Rs. C-478/98 (*Kommission/Belgien*), Slg. 2000, I-7587 (7620, Rdn. 17 ff.); *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 163 f.

²⁹⁰ Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundrechte, Rdn. 2806 ff., S. 1058 f.

Die drei von den EuGH-Urteilen betroffenen Länder (Belgien, Frankreich, Portugal) haben „Goldene Aktien“ bei Energieunternehmen eingeführt, um in Krisensituationen die Energieversorgung sicherstellen zu können. Während der Gerichtshof das belgische System der Vorabmeldung als verhältnismäßige Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit angesehen hat²⁹¹, wurden die Regelungen über Goldene Aktien in Frankreich und Portugal verworfen. Die vorherige Genehmigung, die beide Länder gefordert hatten, werde dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht gerecht. Außerdem fehle es an objektiven und genauen, überprüfbaren Kriterien²⁹². Im Falle Portugals wurde außerdem die Ausländerdiskriminierung als vertragswidrig angesehen²⁹³. Wegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Goldenen Aktien hat die Kommission in dem 45 Jahre alten Volkswagen-Privatisierungsgesetz von 1960 einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsprinzip des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit gesehen und Deutschland deswegen vor dem Europäischen Gerichtshof verklagt. Die Europäische Kommission hat insbesondere drei Regelungen im VW-Gesetz bemängelt: Erstens ist in dem Gesetz ein Höchststimmrecht verankert, wonach kein Aktionär in der Hauptversammlung mehr als 20 Prozent der Stimmen ausüben dürfe, unabhängig davon, wie viele Anteile an dem Unternehmen er hält (§ 2 Abs. 1 VW-Gesetz). Zweitens sieht das VW-Gesetz bei wichtigen Entscheidungen eine Sperrminorität von 20 Prozent vor (§ 4 Abs. 3 VW-Gesetz). Drittens enthält das Gesetz besondere Entsendungsrechte zur Vertretung im Aufsichtsrat (§ 4 Abs. 1 VW-Gesetz). Außerdem werde der Konzern für eine Übernahme uninteressant, weil kein Aktionär, selbst wenn er sich die Mehrheit zusammenkaufen würde, die Un-

²⁹¹ EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-503/99 (Kommission/Belgien), Slg. 2002, I-4809 (4832, Rdn. 46 ff.).

²⁹² EuGH v. 04.06.2002 – Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2002, I-4731, Rdn. 11 ff.; EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-483/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-4781 (4804, Rdn. 48 ff., 51).

²⁹³ EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2002, I-4731 (4775 f., Rdn. 52).

ternehmen beherrschen könne. Der Gerichtshof ist der Kommission gefolgt und hat Deutschland verurteilt²⁹⁴.

Aus besonderen Gründen, die in Art. 57 bis 60 (64-66, 75) EGV/AEUV geregelt sind, aber auch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses kann eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit gerechtfertigt sein²⁹⁵.

c) Die Kapitalverkehrsfreiheit nimmt den Mitgliedstaaten die Hoheit über den Einsatz des in der Volkswirtschaft erarbeiteten Kapitals, im wesentlichen die Ersparnisse der Bürger, im Interesse des gemeinsamen Wohls des Landes zu entscheiden. So weit, daß die Kapitaleigner ihr Kapital irgendwo in der Welt verwerten dürfen, auch wenn das dem eigenen Land schadet, reicht die Eigentumsgewährleistung allein schon wegen der Sozialpflichtigkeit nicht²⁹⁶. Die globale Kapitalverkehrsfreiheit ist mit dem Sozial- und dem Demokratieprinzip unvereinbar²⁹⁷. Die Kapitalverkehrsfreiheit nimmt dem Gemeinwesen zudem das „Eigentum“ an den Unternehmen, nämlich die Hoheit über die Unternehmen des Landes²⁹⁸. Die Kapitalverkehrsfreiheit ist ein wesentlicher Grund für den Niedergang der entwickelten Volkswirtschaften und für die darauf folgende Beschäftigungsnot²⁹⁹. Die Kapitalverkehrsfreiheit, global zugeschnitten, ist mit der existentiellen Staatlichkeit unvereinbar. Sie entmachtet

²⁹⁴ EuGH v. 23.10.2007 – Rs. C-112/05 (Kommission/Deutschland), Rdn. 17 ff., 72 ff.

²⁹⁵ Dazu *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2822 ff., S. 1064 ff., Rdn. 3873 f., S. 1080 ff.

²⁹⁶ *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, in: ders. (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 263 ff.

²⁹⁷ *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Demokratische und soziale Defizite der Globalisierung, in: ders., Freiheit – Recht – Staat, hrsg. v. D. I. Siebold/A. Emmerich-Fritsche, 2005, S. 668 ff.

²⁹⁸ *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 319 ff.; *ders.*, Eigentümer globaler Unternehmen, in: B. N. Kumar/M. Osterloh/G. Schreyögg (Hrsg.), Unternehmensethik und die Transformation des Wettbewerbs: Shareholder Value, Globalisierung, Hyper-Wettbewerb, FS H. Steinmann, 1999, S. 409 ff.

²⁹⁹ *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

den Staat und das Volk. Die Abwehr der „Goldenen Aktien“ nimmt den Mitgliedstaaten die letzten Möglichkeiten, ihren Einfluß auf ihre wichtigen Unternehmen, insbesondere Unternehmen der Daseinsvorsorge, zu verteidigen. Das bedroht die Existenz. Diese Wirkungen des Beitritts zur Europäischen Union dürfte kein Österreicher bedacht haben, als er dem Beitritt zugestimmt hat.

III. Integrationismus zu Lasten der nationalen Gesetzgebung

1. Der Gerichtshof hat die Aufgaben und Befugnisse der Union durch seine Judikatur weit ausgedehnt und die Schranken der Grundfreiheiten sehr eingengt, um dem Integrationsprinzip größtmögliche Effektivität zu verschaffen. Die Mitgliedstaaten dürfen die Grundfreiheiten nur einschränken, wenn sie das mit den im Vertrag ausdrücklich genannten Gründen rechtfertigen können (Art. 30, 39 Abs. 3, 46, 55 in Verbindung mit Art. 46 EGV (36, Abs. 3, 52, 62 i.V.m. 52)), oder (für Inländer und andere Unionsbürger) unterschiedslos treffende Beschränkungen als immanente Schranken als zwingende Erfordernisse des allgemeinen Wohls geboten sind³⁰⁰. Grundlegend hat der Gerichtshof im Urteil „Cassis-de-Dijon“ als „immanente Schranken“ des Art. 28 EGV (damals Art. 30 EWGV) weitere (nicht abschließende) Rechtfertigungsgründe neben Art. 30 EGV (damals Art. 36 EWGV) für unterschiedslos geltende Maßnahmen entwickelt³⁰¹. Auch unterschiedslos anwendbare nationale Rege-

³⁰⁰ EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649, Rdn. 8, 14; EuGH v. 31.03.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus/Land Baden-Württemberg), Slg. 1993, I-1663, Rdn. 32; ausdrücklich für die Niederlassungsfreiheit nunmehr EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94 (Gebhard/Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano), Slg. 1995, I-4165, Rdn. 35; dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn.827 ff., S. 315 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 486, 498 ff., S. 183, 188 ff.

³⁰¹ EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649, Rdn. 8, 14; modifiziert in EuGH v. 26.06.1997 - Rs. C-368/95 (Vereinigte Familienpress/Bauer Verlag), Slg. 1997, I-3689, Rdn. 8; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 998 ff., S. 379 ff.

lungen, welche die Dienstleistungsfreiheit beschränken, sind nur hinzunehmen und nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs mit dem Gemeinschaftsrecht nur vereinbar, wenn sie aus zwingenden Allgemeininteressen (etwa Kunden- und Gläubigerschutz) gerechtfertigt sind, die für alle im Gebiet des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, ansässige Personen verbindlich sind³⁰² und dem Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften des Herkunftslandes des Dienstleistungserbringers Rechnung getragen ist³⁰³. Für alle Grundfreiheiten praktiziert der Gerichtshof inzwischen einheitlich, „daß nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“ (Gebhard-Formel)³⁰⁴. Diese (nach dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union) geprägte Formel schränkt die Verwirklichung nationaler Interessen extrem ein und ist mit dem demokratischen Prinzip schlechterdings unvereinbar.

2. Im Gegensatz zur extremen Auslegung des Anwendungsbereichs der Tatbestände der Grundfreiheiten legt der Gerichtshof die Ausnahmen zu den

³⁰² EuGH v. 03.12.1974 - Rs. 33/74 (van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalvjoerheid), Slg. 1974, 1299 (1309, Rdn. 10/12); EuGH v. 4.12.1986 - Rs. 205/84 (Kommission/Deutschland ("Versicherungen")), Slg. 1986, 3755, Rdn. 30 ff.; EuGH v. 25.7.1991 - Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221, Rdn. 14 ff.; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2621 ff., 266 ff., S. 986 ff., 1000 ff.

³⁰³ EuGH v. 17.12.1981 - Rs. 279/80 (Strafverfahren gegen Webb), Slg. 1981, 3305 (3325, Rdn. 17); W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. Rdn 2689 ff., S. 1011 ff.

³⁰⁴ EuGH v. 30.11.1995 - Rs. C-55/94 (Gebhard/Consiglio dell' ordine degli avvocati e procuratori di Milano), Slg. 1995, I-4165, Rdn. 37; vgl. auch schon EuGH v. 31.03.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus/Land Baden-Württemberg), Slg. 1993, I-1663, Rdn. 32; dazu A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 418 ff.; W. Frenz, Europäische Grundrechte, Rdn. 478 ff., S. 180 ff.

Grundfreiheiten, die immanenten Schranken und Rechtfertigungsgründe für besondere Maßnahmen der Mitgliedstaaten, welche letzteren Gestaltungsmöglichkeiten lassen, möglichst restriktiv aus³⁰⁵. Damit will er im Sinne des *effet utile* den Grundfreiheiten maximale Wirkung verschaffen³⁰⁶. So läßt er Ausnahmen vom „grundlegenden Prinzip des freien Warenverkehrs“ nur insoweit zu, „als sie , gerechtfertigt, das heißt nötig sind“, um die in diesen Artikeln bezeichneten Ziele zu sichern³⁰⁷. Ob die Maßnahmen gerechtfertigt sind, überprüft der Gerichtshof insbesondere anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.³⁰⁸ In der damit verbundenen Abwägung von Rechtsgütern, die über Auslegung und Subsumtion hinausgeht, erweist sich die rechtsetzende Funktion des Gerichtshofs. Sie ist mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nicht vereinbar, also vertrags- und demokratiewidrig.

Der Gerichtshof bestimmt die Legitimität und damit die Legalität des von den Mitgliedstaaten bezweckten Schutzes anhand des Gemeinschaftsrechts und überläßt die Auslegung der Rechtfertigungsgründe nicht den Mitgliedstaaten. Vielmehr engt er die Begriffe der Ausnahmetatbestände, z. B. den der

³⁰⁵ EuGH v. 21.06.1974 - Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631, Rdn. 42 f.; EuGH v. 12.07.1979 - Rs. 153/78 (Kommission/Deutschland), Slg. 1979, 2555 (2565 ff., Rdn. 8 ff.); EuGH v. 08.04.1976 - Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, 497 (514, Rdn. 45/49 f.); EuGH v. 27.10.1977 - Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999 (2013, Rdn. 33/35); R. Streinz, Europarecht, Rdn. 833, S. 317; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 935, 946, 1632, S. 356, 360, 619 u.ö.

³⁰⁶ EuGH v. 25.7.1991 - Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221, Rdn. 12; R. Streinz, Europarecht, Rdn. 798, S. 304 f.

³⁰⁷ EuGH v. 12.07.1979 - Rs. 153/78 (Kommission/Deutschland), Slg. 1979, 2555 (2565 ff., Rdn. 8 ff.); EuGH v. 31.03.1993 - C-19/92 (Kraus/Land Baden Württemberg), Slg. 1993, I-1663 (Rdn 40).

³⁰⁸ Dazu A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 96 f., 410 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rdn. 833, S. 317; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 523 ff., 1051 ff., 1715 ff., 2291 ff., 2675 ff., S. 198 ff., 400 ff., 648 ff., 863 ff., 1006 ff.

„öffentlichen Gewalt“³⁰⁹, durch seine Definitionen scharf ein. Die Legitimität der Mittel, mit denen die Mitgliedstaaten die angeführten (vertragsgemäßen) Schutzziele zu verwirklichen suchen, überprüft der Gerichtshof. Die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Mittel mißt der Gerichtshof eng und streng an deren sachdienlicher Notwendigkeit³¹⁰. So hat sich der Gerichtshof im Fall Bosman, in dem es (u.a.) um die Vereinbarkeit der Transferregelungen im Profifußball mit Art. 39 EGV ging, nicht mit der Feststellung einer Teileignung des Transfersystems begnügt, sondern letztlich deren bestmögliche Zweckmäßigkeit für den Fußball zum Kriterium erhoben³¹¹. Das überschreitet die Grenzen richterlichen Prüfung. Das Kriterium der Erforderlichkeit hat der Gerichtshof oft auf eine „Unerläßlichkeit“ reduziert³¹², während er für das der Geeignetheit den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum läßt³¹³. Die Erforderlichkeit verneint der Gerichtshof regelmäßig, wenn der Schutz hinreichend durch Regelungen des Herkunftslandes gewährleistet ist³¹⁴. „In

³⁰⁹ EuGH v. 21.06.1974 - Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631 (655, Rdn. 51/53); *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2677, S. 742 ff..

³¹⁰ Z. B. EuGH v. 25.02.1988 - Rs. 427/85 (Kommission/Deutschland), Slg. 1988, 1123 (1162, Rdn. 26); EuGH v. 26.04.1988 - Rs. 352/85 (Bond an Adverteerders), Slg. 1988, 2085 (2135, Rdn. 36, 37).

³¹¹ EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-5071, Rdn. 106 ff.).

³¹² Z. B. EuGH v. 20.05.1976 - Rs. 104/75 (De Peijper), Slg. 1976, 613 (635 ff., Rdn. 14/18 ff.), EuGH v. 06.10.1987 - Rs. 118/86 (Openbaar Ministerie), Slg. 1987, 3883 (3907, Rdn. 14); EuGH v. 04.06.1992 - verb. Rs. C-13/91 u. C-113/91 (Debus), Slg. 1992, I-3617 (3643, Rdn. 24); EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (5072, Rdn. 110) unter Verweis auf die ausführlichen wirtschaftlichen Betrachtungen des GA C.O. Lenz, Schlußanträge, S. 4930 (5017, Nr. 226 ff.).

³¹³ Etwa EuGH v. 10.07.1980 - Rs. 152/78 (Kommission/Frankreich), Slg. 1980, 2299, Rdn. 15 ff.; *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 528, 1053 f., 2677, S. 200, 400 f., 1007.

³¹⁴ EuGH v. 28.01.1986 - Rs. 188/84 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, 419 (436, Rdn. 16); EuGH v. 28.11.1978 - Rs. 16/78 (Choquet), Slg. 1978, 2293 (2302 f., Rdn. 8); EuGH v. 17.12.1981 - Rs. 279/80 (Strafverfahren gegen Webb), Slg. 1981, 3305 (3325, Rdn. 17, 20);

der Frage der Erforderlichkeit drohen die meisten nationalen Maßnahmen zu scheitern“, resümiert Walter Frenz³¹⁵, der es an sich durch nichts an integrationsistischem Eifer fehlen läßt.

Teilweise verneint der Gerichtshof sogar, daß überhaupt ein Schutzbedürfnis bestehe, und behält sich vor, zu beurteilen, ob eine „ernsthafte Gefahr“ drohe³¹⁶. Er beurteilt nicht nur die Vertretbarkeit der mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahme, sondern maßt sich im Rahmen der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung eine eingehende Tatsachen- und Zweckbeurteilung an³¹⁷, wie er sie gegenüber den Akten der Gemeinschaftsorgane nicht ansatzweise beansprucht³¹⁸. Auf eine Angemessenheitsprüfung im engeren Sinne verzichtet er wegen der strikten Eignungs- und Erforderlichkeitsprüfung meist oder beschränkt sich auf die Prüfung auf offenkundiger Unangemessenheit³¹⁹. Bei der Abwägung berücksichtigt der Gerichtshof die Gemeinschaftsgrundrechte³²⁰.

EuGH v. 07.02.2002 – Rs. C-279/00 (Kommission/Italien), Slg. 2002, I-1425, Rdn. 34; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 531, 1055, 2689 ff., S. 201, 401, 1011 f.

³¹⁵ Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 532, S. 201.

³¹⁶ EuGH v. 13.12.1990 - Rs. C-42/90 (Bellon), Slg. 1990, I-4863 (4883, Rdn. 14); EuGH v. 04.06.1992 - verb. Rs. C-13/91 u. C-113/91 (Debus), Slg. 1992, I-3617 (3641 f., Rdn. 17).

³¹⁷ Dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 427 ff., 465 ff.

³¹⁸ Z. B. EuGH v. 13.11.1990 – Rs. C-331/88 (The Queen), Slg. 1990, I-4023 (4062 f., Rdn. 9 ff.); dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 232 ff., 492 ff.

³¹⁹ EuGH v. 25.07.1991 - verb. Rs. C-1/90 u. 176/90 (Aragonesa de Publicidad) Exterior, Slg. 1991, I-4151 84184, Rdn. 17); R. *Streinz*, Europarecht, Rdn. 833, S. 317; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 533 f., 1060 ff., 2694 f., S. 201, 402 f., 1013 f.

³²⁰ EuGH v. 26.07.1997 – Rs. C-368/95 (Vereinigte Familiapress/Bauer Verlag), Slg. 1997, I-3689, Rdn. 24 (Medienvielfalt); W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 42 ff., 64 ff., S. 19 ff., 29 ff.

Obwohl sich die Grundfreiheiten und Grundrechte und deren Schranken und Schranken-Schranken und damit deren Beurteilungskriterien ähneln³²¹, hat der Gerichtshof in zahlreichen Urteilen den Verstoß mitgliedstaatlicher Regelungen gegen Grundfreiheiten festgestellt, während er nicht einmal zu dem Ergebnis gekommen ist, ein Gemeinschaftsrechtsetzungsakt verstoße gegen Grundrechte. Nur selten hat er Gemeinschaftsrechtsakte an Grundfreiheiten scheitern lassen³²², die als Leitlinien auch die Gemeinschafts-/Unionsrechtsetzung binden³²³. Der Gerichtshof mißt dem demokratisch legitimierten nationalen Gesetzgeber einerseits einen äußerst kleinen und dem demokratisch defizitären Gemeinschaftsgesetzgeber andererseits einen denkbar großen politischen Spielraum zu. Damit sich die Politik („Steuerungskraft“) des Gemeinschaftsgesetzgebers möglichst ungehindert entfalten könne³²⁴, greift der Gerichtshof sehr stark in den mitgliedstaatlichen Gestaltungs-

³²¹ Dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 435 ff.; W. *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 42 ff., 65 ff., S. 19 ff., 29 ff.

³²² Vgl. auch S. *Neri*, Principe de proportionnalité, RTDE 1981, S. 652 (679). Zu den unterschiedlichen Ergebnissen des BVerfG zu Verbraucherschützenden Maßnahmen am Maßstab des Art. 12 GG einerseits und des EuGH am Maßstab des Art. 28 EGV (Art. 30 EGV a.F.) andererseits G. *Nicolaysen*, Inländerdiskriminierung im Warenverkehr, EuR 1991, 95 (109 ff.).

³²³ EuGH v. 20.04.1978 – verb. Rs. 80/77 u. 81/87 (S.C.R.), Slg. 1978, 927; EuGH v. 29.02.1984 – Rs. 37/83 (Rewe-Zentrale), Slg. 1984, 1229, Rdn. 18; W. *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 309 ff., S. 123 ff.; dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 412 ff.

³²⁴ Z.B. EuGH v. 17.05.1988 - Rs. 84/87 (Erpelding/Secrétaire d' Etat), Slg. 1988, 2647 (2673, Rdn. 27); EuGH v. 27.06.1989 - Rs. 113/88 (Leukhardt/Hauptzollamt Reutlingen), Slg. 1989, 1991 (2015, Rdn. 20); EuGH v. 26.06.1990 - Rs. 8/89 (Zardi), Slg. 1990, 2515 (2533, Rdn. 11); EuGH v. 21.02.1990 - verb. Rs. C-267/88 bis C-285/88 (Wuidart), Slg. 1990, I-435 (481, Rdn. 14); EuGH v. 13.11.1990 - Rs. C-331/88 (The Queen/Fedesa), Slg. 1990, I-4023 (4063, Rdn. 14); EuGH v. 19.03.1992 - Rs. C-311/90 (Hierl), Slg. 1992, I-2061 (2081, Rdn. 13); EuGH v. 05.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat - Bananen), Slg. 1994, I-4973 (5068 f., Rdn. 47); EuGH v. 13.12.1994 - Rs. C-306/93 (SMW Winzersekt), Slg. 1994, 5555 (5581, Rdn. 21); EuGH v. 17.07.1997 - Rs. C-248/95 u. C-249/95 (SAM Schifffahrt u. Stapf), Slg. 1997, I-4475 (4512 ff.); kritisch z. B. *Ch. Tomuschat*, Aller guten Dinge sind III?, EuR

spielraum ein und verengt damit vertrags- und verfassungswidrig die allein demokratisch bestimmte Politik der nationalen Parlamente (Legislativorgane), obwohl er gelegentlich auf eine Entscheidungsprärogative und einen Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten hinweist³²⁵. Diese Judikatur widerspricht der existentiellen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten diametral. Sie kehrt das demokratisch gebotene Verhältnis begrenzter Politikmöglichkeiten der Union und weiter (nur durch die eigene Verfassung begrenzter) Politikmöglichkeiten der (Mitglied)Staaten im Staatenverbund in das Gegenteil um. In der Judikatur der Grundfreiheiten erweist sich die Europäische Union als Bundesstaat, der Befugnisse existentieller Staatlichkeit beansprucht, dafür allerdings keine Vertragsgrundlage hat, schon gar nicht eine, die demokratisch tragfähig wäre. Diese Machtverschiebung nimmt (wie die anderen, die in diesem Schriftsatz kritisiert werden) dem Nationalrat und damit jedem Nationalratsabgeordneten die substantielle Möglichkeit, das österreichische Volk zu vertreten und verletzt (auch) Art. 1 S. 2 und Art. 24 B-VG.

3. Die Überprüfung des Sekundärrechts der Union beschränkt der Gerichtshof demgegenüber meist auf eine Evidenzkontrolle, oft nur auf offensichtliche Ungeeignetheit, auf Willkür. Deutlich wurde dies im Bananenmarkt-Urteil.³²⁶ Der Schwere des Eingriffs in das Eigentumsgrundrecht und die Berufsausübungsfreiheit der Importeure hat der Gerichtshof bei der Abwägung mit den Marktordnungsinteressen keine Beachtung geschenkt. Darin lag ein folgenreiches Abwägungsdefizit³²⁷. Der Gerichtshof hat wiederum auf die Steuerungs-

1990, 340 (356); *J. Kokott*, Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), S. 599 (608 f.).

³²⁵ Für die Warenverkehrsfreiheit EuGH v. 15.09.1994 – Rs. C-293/93 (Houtwipper), Slg. 1994, I-4249, Rdn. 22; EuGH v. 15.06.1999 – Rs. C-394/97 (Heinonen), Slg. 1999, I-3599, Rdn. 43, für die Niederlassungsfreiheit vgl. z.B. EuGH v. 15.10.1987 - Rs. 222/85 (Unectef/Heylens), Slg. 1987, 4097 (4116, Rdn. 10); *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 523 ff., S. 198 ff. u.ö..

³²⁶ EuGH v. 5.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat; Bananenmarkt), Slg. 1994 I, 4973 (5048 ff.).

³²⁷ VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24.10.1996, EuZW 1997, 182 (190).

funktion des Gemeinschaftsgesetzgebers hingewiesen, die nicht behindert werden dürfe. Die Bananenmarktordnung verfolge die Ziele, die Gemeinschaftsproduktion zu gewährleisten, die Einkommen der Gemeinschaftserzeuger zu steigern und die Verpflichtungen aus dem Lomé-Abkommen zu erfüllen. Auf mildere Alternativen und eine eingehende Angemessenheitsprüfung hat sich der Gerichtshof, anders als das deutsche Bundesverfassungsgericht in vergleichbaren Fällen³²⁸, nicht eingelassen.

4. Grundrechteverletzungen meint der Gerichtshof erst feststellen zu sollen, wenn der Wesensgehalt eines Grundrechts verletzt ist, was er bisher immer, nicht anders als im übrigen das deutsche Bundesverfassungsgericht, verneint hat³²⁹. Das Bundesverfassungsgericht begnügt sich bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen, wenn die Berufsausübungsfreiheit oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit nur am Rande berührt sind, mit einer Evidenzkontrolle.³³⁰ Sie verdichtet sich jedoch zu einer Vertretbarkeitskontrolle oder sogar zu einer genaueren inhaltlichen Kontrolle, wenn die Grundrechte intensiver betroffen sind.³³¹ Die Bereitschaft des Gerichtshofs der Europäischen Union, gegen-

³²⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 21, 150 (157 ff.), Parallelfall zur Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, S. 3727 (3748 ff.); BVerfG-Beschl. v. 25.1.1995, EuR 1995, 91; VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24.10.1996, EuZW 1997, 182 (190), sieht darin ein strukturelles Defizit der Grundrechtensprechung des EuGH, das nicht dem unabdingbaren Grundrechtsestandard entspreche, den der EuGH nach dem Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155 (174)) zu gewährleisten habe.

³²⁹ Z.B. EuGH v. 15.02.1996 - Rs. C-370/93 (Duff), Slg. 1996, I-569 (611, Rdn. 30); EuGH v. 15.04.1997 - Rs. C-22/94 (The Irish Farmers Association), Slg. 1997, I-1809 (1840, Rdn. 29); vgl. auch die Rechtsprechungsanalyse bei A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 365 ff.; zur Wesensgehaltsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts vgl. K. A. *Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., 831 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 420 ff.; R. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 269 ff.

³³⁰ Vgl. etwa BVerfGE 30, 250 (263); 37, 1 (20); 39, 210 (230 f.); 40, 196 (222 f.); 77, 84 (106 f.); 87, 363 (383 f.); 103, 293 (307 f.).

³³¹ Siehe BVerfGE 50, 290 (333); 85, 36 (57 u. 2. LS); K. *Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 1997, S. 357 ff.; A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 155 ff.

über Gemeinschaftsakten Rechtsschutz zu geben, steigt demgegenüber selbst bei erheblicher, manchmal substantieller Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit oder sogar der Eigentumsgewährleistung nicht wesentlich³³². Darum hat der Gerichtshof bisher noch nicht eine Verordnung oder Richtlinie für grundrechtswidrig erklärt.

Wenn der Gerichtshof sich vorbehält, das Vorbringen eines Mitgliedstaates, er wolle die Verbraucher schützen, auf seine Legitimität und Zweckmäßigkeit zu prüfen, schafft er eine Rechtfertigungslast der Mitgliedstaaten³³³. Eine solche auferlegt er dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht, weil für die Rechtmäßigkeit des Gemeinschaftshandelns eine Vermutung spreche. Gelegentlich kehrt er sogar, rechtstaatlich bedenklich, die Rechtfertigungslast um und lastet diese dem Bürger auf, der nachweisen solle, daß die Beschränkungen nicht im allgemeinen Interesse lägen und daß die Regelung ein im Hinblick auf ihr Ziel übermäßiger Eingriff sei³³⁴.

5. Der Gerichtshof pflegt (tendiert dahin) den politischen Spielraum der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung einzuengen³³⁵, selbst wenn die Gemeinschaft für eine bestimmte Politik keine Befugnis hat, verbindliches Recht zu setzen, sondern lediglich Programme oder Erklärungen beschlossen hat oder ähnliche

³³² Vgl. z.B. EuGH v. 13.12.1979 - Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727 (3748 ff.); EuGH v. 22.10.1991 - Rs. C-44/89 (v. Deetzen/Hauptzollamt Oldenburg), Slg. 1991, I-5119 (5156, Rdn. 28 ff.); EuGH v. 10.01.1992 - Rs. C-177/90 (Kühn/ Landwirtschaftskammer Weser-Ems), Slg. 1992, I-35 (63 f., Rdn. 16, 17).

³³³ N. Reich, Förderung und Schutz diffuser Interessen, 1987, S. 70; W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 524, S. 199.

³³⁴ EuGH v. 18.03.1980 - Verb. Rs. 26 u. 89/79 (Forges de Thy-Marcinelle et Monceau-Kommission), Slg. 1980, 1083 (1093, Rdn. 6); dazu kritisch R. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, S. 416, Fn. 303.

³³⁵ Vgl. EuGH v. 12.07.1979 - Rs. 153/78 (Kommission/Deutschland; "Fleischzubereitungen"), Slg. 1979, 2555 (2565 ff., Rdn. 10 ff.); EuGH v. 26.04.1988 - Rs. 352/85 (Niederländischer Staat), Slg. 1988, 2085 (2135, Rdn. 36 f.); EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921 (5062 ff.).

an sich unverbindliche Maßnahmen, etwa im Koordinationsinteresse, getroffen hat³³⁶. Damit geht die Verantwortung für die Rechtsgüter, deren Schutz ein Mitgliedstaat durch seine Beschränkungen der Grundfreiheiten bezweckt, zunehmend auf die Union über und unterliegt deren Politik³³⁷. Eine Berufung auf die Schranken der Grundfreiheiten wird vom Gerichtshof überhaupt ausgeschlossen, wenn in Gemeinschaftsvorschriften einem Schutzgut bereits abschließend Rechnung getragen wurde³³⁸. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts kann allenfalls insoweit ein Grund sein, nationale Schutzvorschriften zurückzudrängen, als eine abschließende und der Form nach verbindliche gemeinschaftliche Regelung hinreichende Schutzmaßnahmen getroffen hat. Sonst ist die existentielle Schutzpflicht³³⁹ der Mitgliedstaaten verletzt. Im *Cassis de Dijon-Urteil*³⁴⁰ heißt es richtig, daß es „in Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung ... Sache der Mitgliedstaaten“ sei, „alle die Herstellung und Vermarktung betreffenden Vorschriften für ihr Hoheitsgebiet zu erlassen“. Der Gerichtshof reduziert den mitgliedstaatlichen Spielraum jedoch auch, indem er primäres (auch ungeschriebenes) oder sekundäres Gemeinschaftsrecht zur Auslegung des legitimen Schutzgutes heranzieht. Durch neue vertragliche Aufgaben und Befugnisse (etwa für den Umweltschutz und Ver-

³³⁶ EuGH v. 08.06.1999 – Rs. C-337/97 (Meeusen), Slg. 1999, 3289 (3314, Rdn. 27 f.); vgl. auch EuGH v. 19.02.1998 – Rs. C-212/96 (Chevasses-Marche), Slg. 1998, 743, Rdn. 44.

³³⁷ Vgl. *N. Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen, S. 66, 158.

³³⁸ EuGH v. 05.10.1977 - Rs. 5/77 (Tedeschi/Denkavit Commerciale), Slg. 1977, 1555 (1576, Rdn. 35); EuGH v. 08.11.1979 - Rs. 251/78 (Denkavit/Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen), Slg. 1979, 3369 (3388, Rdn. 14); vgl. auch EuGH v. 30.11.1983 - Rs. 227/82 (van Bennekom), Slg. 1983, 3883 (3904, Rdn. 35). Eine Abweichung ist bei aufgrund Art. 95 EGV erlassenen Maßnahmen nur nach Maßgabe des Art. 95 Abs. 4 - 7, 10 EGV möglich; auch hier einschränkend *H. Matthies*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Stand Sept. 1992), Art. 36, Rdn. 10: nur soweit die nach Art. 95 EGV erlassenen Maßnahmen keinen "umfassenden" Charakter haben.

³³⁹ Zu den Schutzpflichten Hinweise in Fn. 351.

³⁴⁰ EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 (662, Rdn. 8).

braucherschutz, für das Gesundheitswesen, für die soziale, innere und die äußere Sicherheit) werden die Wirkungsmöglichkeiten der Union, zumal des Gerichtshofs erweitert, weil jede Unionspolitik die Querschnittskompetenzen verstärkt und vertieft, selbst wenn rechtsangleichende Maßnahmen explizit ausgenommen sind.

6. Die integrationistisch motivierte, einschränkende Auslegung Schranken der Grundfreiheiten durch den Gerichtshof verschiebt die Aufgaben und Befugnisverteilung des Primärrechts zu Lasten der existentiellen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten und damit zu Lasten der Freiheit der Bürger, nämlich zu Lasten des demokratischen Prinzips. Die im Vertrag geschriebenen sowie die ungeschriebenen Schranken der Grundfreiheiten belegen, daß die mitgliedstaatlichen Schutzinteressen als gleichrangiger Bestandteil des Allgemeinwohls anzusehen sind. Eine generelle Argumentationslastregel „in dubio pro communitate“ gibt das Integrationsprinzip des Grundgesetzes nicht her. Dies gilt um so mehr, als die nationalen Belange des gemeinen Wohls zugleich legitime Ziele oder sogar Grundsätze der Gemeinschaftsordnung sind. Der Grundsatz des *effet utile* darf allenfalls die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts sichern, darüber hinaus jedoch nicht zu Machtverschiebungen führen³⁴¹. Eine prima facie-Präferenz zugunsten der in den Grundfreiheiten enthaltenen Prinzipien gegenüber ihren Ausnahmen als Argumentationslastregel³⁴² ist jedenfalls dann nicht tragfähig, wenn die Ausnahmen ihrerseits Prinzipien mit Verfassungsrang (z.B. Grundrechte) oder essentielle Belange der Mitgliedstaaten schützen sollen. So darf etwa der Konflikt zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten als Teil der Gemeinschaftsverfassung nur im Sinne praktischer Konkordanz, nicht aber im Sinne eines (ideologischen) Vorrangs der Grundfreiheiten gelöst werden³⁴³.

³⁴¹ BVerfGE 89, 155 (210).

³⁴² GA *J.-P. Warner*, Schlußanträge, Rs. 53/80 (Kaasfabrik Eyssen), Slg. 1981, 424 (429).

³⁴³ So aber GA *C.O. Lenz*, Schlußanträge, Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), 4930 (5013, Nr. 216): nur ein "überragend wichtiges Verbandsinteresse" könne eine Beschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen; der EuGH verdrängt die Vereinigungsfreiheit als Gemeinschafts-

Mit seiner Praxis, die unterschiedliche Maßstäbe an Beschränkungen wirtschaftlicher Freiheit anlegt, je nachdem, ob sie von den Mitgliedstaaten oder von der Union ausgehen, verschiebt der Gerichtshof die von den Unionsverträgen vorgesehene Verteilung der Aufgaben und Befugnisse, der politischen Macht also, stetig zu Lasten der Mitgliedstaaten. Er verfehlt damit nicht nur seine Aufgabe, das „Recht zu wahren“, sondern vor allem verletzt er auch das Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Der Gerichtshof hat schrittweise und gezielt die Europäische Union zu einem Bundesstaat mit existentieller Staatlichkeit ausgebaut. Von der „Begrenztheit“ der Ermächtigung kann wegen der dynamischen Praxis des Gerichtshofs, den Staatenverbund der europäischen Mitgliedstaaten zum europäischen Unionsstaat zu entwickeln, keine Rede sein.

Die unterschiedliche Handhabung der Grundfreiheiten gegenüber den Gesetzen der Mitgliedstaaten (integrationistisch) und der Grundrechte gegenüber der Rechtsetzung der Unionsorgane (etatistisch) hat System, nämlich den systematischen Vorrang des Marktprinzips des übergeordneten Unionsstaates vor dem Sozialprinzip der untergeordneten Mitgliedstaaten. Dem folgt die Struktur der Europäischen Union, in welcher alle Unionsorgane der Integration, wie auch immer diese materialisiert wird, verpflichtet sind, und eigene Politik der Mitgliedstaaten als integrationswidrig zurückweisen, schon weil eine solche dem Marktprinzip zuwiderläuft. Der Gerichtshof agiert mehr als integrationistische Aufsichtsinstanz des Bundesstaates über die Mitgliedsstaaten denn als gerichtliche Gegengewalt zu den exekutivistischen Organen der Union. Für die letztere Aufgabe ist die Besetzung des Gerichtshofs auch allzu heterogen, zumal seine Judikate keine Rechtserkenntnisse sind, sondern die unterschiedlichen Interessen befriedende Machtsprüche. Die Interessen haben aber die Rechtsakte schon bedient, gegebenenfalls bestmöglich befriedet.

grundrecht von vornherein aus der Argumentation, EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-5065, Rdn. 79); vgl. auch *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 42 ff., insb. Rdn. 75 f., S. 19 ff., 33 f.

IV. Herkunftsland- oder Anerkennungsprinzip zu Lasten der nationalen Gesetzgebung

1. Diskriminierungsverbote oder das Gebot der Inländerbehandlung verlangen, die Rechtsvorschriften des Bestimmungslandes einzuhalten. Ihnen entspricht das Bestimmungslandprinzip³⁴⁴. Werden die Grundfreiheiten nicht nur als Diskriminierungsverbote, sondern auch als allgemeine Beschränkungsverbote interpretiert³⁴⁵, wie das der Gerichtshof der Europäischen Union in ständiger Rechtsprechung praktiziert, wird die Inländergleichbehandlung gegebenenfalls dennoch als Beschränkung der Grundfreiheiten angesehen, wenn in den betroffenen Staaten unterschiedliche Standards bestehen. Ein Weg, um solche Beschränkungen zu minimieren, ist die Rechtsangleichung, ein anderer die Anerkennung der anderen Standards nach dem Herkunftslandprinzip³⁴⁶. Während die Rechtsangleichung auf eine Harmonisierung zielt, greift nach dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ein Wettbewerb der Standards Platz, in dem sich gemeinschaftsweit einheitliche Regelungen im Wege (nur) faktischer Angleichung aufgrund der Präferenzen der Marktbeteiligten herauszubilden vermögen³⁴⁷.

Seit den 80-er Jahren setzt man in Anlehnung an die insoweit bahnbrechende „Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung“ auf die gegenseitige Anerkennung der mitgliedstaatlichen Regelungen, dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens folgend³⁴⁸. Ob dieses Vertrauen tatsächlich besteht und gerechtfertigt ist, ist

³⁴⁴ *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998, S. 28.

³⁴⁵ Dazu näher *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 795 ff., S. 304 ff.

³⁴⁶ Umfassend *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 25 ff., 55 ff.; dazu *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.053, S. 241.

³⁴⁷ *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 33 f.

³⁴⁸ Dazu *R. Wägenbaur*, Neue Wege der Anerkennung der Hochschuldiplome - Die Verwirklichung der Freizügigkeit in der Gemeinschaft -, EuR 1987, 113 ff.

angesichts der unterschiedlichen Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten mehr als fraglich.

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung liefert einen wesentlichen Beitrag zur Integration, aber auch zur existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union. Gegen das Herkunftslandsprinzip ist einzuwenden, daß es aus ökonomischen Zwängen zu einer faktischen Angleichung der Standards auf dem gemeinschaftsweit niedrigsten Niveau führt.³⁴⁹ Außerdem werden, wenn die Standardwahl (aufgrund der Funktion der Grundfreiheiten als subjektive Rechte) der Präferenzentscheidung jedes einzelnen Unternehmers oder Verbrauchers überlassen wird, die durch den Bestimmungsstaat demokratisch getroffenen gesetzgeberischen Entscheidungen unterlaufen³⁵⁰. Dadurch können auch grundrechtliche Schutzpflichten³⁵¹ betroffen werden. Aus rechtlichen Gründen darf das Herkunftslandprinzip daher allenfalls begrenzt zur Verwirklichung des Binnenmarktes eingesetzt werden.

Zunächst müßte sich das Herkunftslandprinzip aus den Ermächtigungen der Unionsverträge ergeben. Auch der Vertrag von Lissabon enthält keine Bestimmung, die ausdrücklich eine generelle Verpflichtung der Mitgliedstaaten zu einer Anerkennung von Rechtsakten anderer Unionsstaaten ausspricht. Eine solche aus der Pflicht zur gegenseitigen Treue abzuleiten (Art. 3a (4) Abs. 2 EUV, bislang Art. 10 EGV) wäre allenfalls zu bedenken, wenn die Europäi-

³⁴⁹ So schon die deutsche Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zu EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (REWE/BfB), Slg. 1979, 649 (656); entsprechende Bedenken äußerte der deutsche Bundesrat im Rahmen der Beratungen des Weißbuchs der Kommission über den Binnenmarkt und die EEA, BR-Drs. 289/85 v. 14.3.1986, Rdn. 15; BR-Drs. 150/86 v. 16.5.1986, S. 7.

³⁵⁰ *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 40; *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 142 ff.

³⁵¹ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); st. Rspr.; BVerfGE 88, 203 (251 ff.); 90, 145 (195); vgl. *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, HStR, Bd. V, § 111, Rdn. 93; dazu *K. A. Schachtschneider*, Umweltschutz, in: ders., Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2003, S. 304 ff.

sche Union den Integrationsstand eines rechtmäßig verfaßten Bundesstaates erreicht hätte³⁵².

Ernst Steindorff hat für alle Grundfreiheiten im Binnenmarkt ein Herkunftslandprinzip postuliert: Jede Ware und Dienstleistung könne „im ganzen Gemeinsamen Markt abgesetzt werden, wenn sie den rechtlichen Anforderungen des Herkunftsstaats“ genüge. „Jedermann“ könne „in selbständiger oder abhängiger Position in anderen Staaten tätig werden, wenn er über die hierzu erforderlichen Befähigungsnachweise des Herkunftsstaates“ verfüge.³⁵³ Eine solche Konzeption würde jedoch einer begrenzten Ermächtigung der Union gänzlich widersprechen. Die Fülle der anzuerkennenden Vorschriften aus 27 Mitgliedstaaten, die sich jederzeit ändern können, ohne daß hierauf die anderen Staaten Einfluß nehmen können, wäre unabsehbar und in keinsten Weise „voraussehbar“. Im übrigen wäre eine Rechtsvereinheitlichung durch Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften gemäß Art. 94 (114) AEUV, bislang Art. 95 EG, für das Funktionieren des Binnenmarktes entbehrlich³⁵⁴. Der Staat, in dem die Leistungen erbracht werden, würde die Verantwortung für die Sicherheit nicht mehr übernehmen können. Diese Verantwortung hätte (hat) die Union, die sich in dem Maße, in dem das Herkunftslandprinzip verwirklicht ist, als existentieller Bundesstaat erweist. Das aber verletzt die Rechte des Volkes und dessen Vertreter aus Art. 1 und 24 B-VG, aber auch die Rechte jedes Bürgers aus diesen Vorschriften; denn es ist mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar.

Der Gerichtshof hat in seinem Urteil *Cassis de Dijon* den Grundsatz begründet, daß jede Ware, die in einem Mitgliedstaat legal hergestellt und in Verkehr gebracht wurde, im gesamten Gemeinschaftsgebiet verkehrsfähig

³⁵² BVerfGE 11, 6 (19 ff.); *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung, S. 46 f.

³⁵³ *E. Steindorff*, Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 150 (1986), 687 (689).

³⁵⁴ *W. Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 169, S. 70 f.

sei³⁵⁵. Im Interesse der Personenfreizügigkeit müßten ausländische Diplome und sonst erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten anerkannt werden, außer sie würden mit den inländisch geforderten Qualifikationen nicht übereinstimmen; dann bedürfe es zumindest deren adäquater Berücksichtigung³⁵⁶. Im Falle der Gleichwertigkeit der Qualifikation dürfe ein Mitgliedstaat Angehörige anderer Mitgliedstaaten nicht durch irgendwie mit mangelnder Qualifikation begründete Entscheidungen belasten. Für die Niederlassungsfreiheit hat der Gerichtshof entschieden, daß in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig gegründete Unternehmen auch im Inland als handlungsfähig anzusehen seien³⁵⁷. Für aus anderen Mitgliedstaaten zuziehende Menschen dürfe zwar eine Meldebescheinigung gefordert werden; diese ist aber nur formaler Natur. Wenn sie fehlt, dürfe keine Ausweisung verfügt werden³⁵⁸. Die Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten gängigen Qualitätsstandards ist nicht formal, sondern erfolgt aufgrund einer Äquivalenzkontrolle und wird, falls erforderlich, mit zusätzlichen Anforderungen versehen. Das ist (immerhin) kein absolutes Herkunftslandprinzip. Der Europäische Gerichtshof setzt aber das Herkunftsland gegenüber dem Bestimmungslandprinzip überaus weitgehend und folgenreich durch³⁵⁹. Das Bestimmungslandprinzip wird seit der Keck-Rechtsprechung allerdings für Maßnahmen praktiziert, die den Marktzugang nicht behindern³⁶⁰.

³⁵⁵ EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 (664, Rdn. 14).

³⁵⁶ EuGH v. 07.05.1991 - Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357 (2382 ff., Rdn. 10 ff.).

³⁵⁷ EuGH v. 05.11.2002 - Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919 (9968, Rdn. 72 ff.); EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155, Rdn. 99 ff.; dazu näher II, 4.

³⁵⁸ EuGH v. 27.10.1977 - Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999 (2010 f., Rdn. 15/18).

³⁵⁹ Vgl. W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 175 ff., S. 73 f.

³⁶⁰ EuGH v. 24.11.1993 - Rs. C-267 u. 268/91 (Keck), Slg. 1993, I-6097 (6131, Rdn. 16); W. Frenz, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 177 ff., S. 74.

Die Kommission hat die Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung allzu pauschal dahingehend ausgelegt, daß in einem Mitgliedstaat rechtmäßig hergestellte und vermarktete Erzeugnisse auch in anderen Mitgliedstaaten zugelassen seien. Ihre Einfuhr dürfe nicht beschränkt werden, weil im Herstellungsstaat legitime Ziele mit anderen Mitteln verfolgt würden als im Empfängerstaat (Mitteilung der Komm. an die Mitgliedstaaten, ABl. 1980, C 256, 2 ff.). Die Kommission führte im Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes unter Berufung auf die Cassis de Dijon-Rechtsprechung des Gerichtshofs aus:

„In den Fällen, in denen eine Harmonisierung der Vorschriften und Normen nicht aus gesundheits-, sicherheits- und industriepolitischen Gründen als wesentlich angesehen wird, muß die sofortige uneingeschränkte Anerkennung unterschiedlicher Qualitätsnormen ... die Regel sein“³⁶¹.

Dies verringert den Umfang der notwendigen Rechtsangleichung. Ein formelles Anerkennungsprinzip, wie es Art. 100 b EGV vorsah³⁶², sollte es jedoch nicht geben. Sicherheitsstandards, die für den Verbraucher nicht einfach erkennbar sind, dürfen nicht der Marktregulierung überlassen bleiben.

Alle Ermächtigungsgrundlagen zur Anerkennung im Vertrag (z. B. Art. 47 EGV/(53) AEUV) sind gegenständlich begrenzt. Eine Vorschrift, die eine allgemeine formelle Anerkennung ermöglicht, wie der ehemalige Art. 100b EGV, ist im Amsterdamer Vertrag aus gutem Grund aus dem Vertragswerk herausgenommen worden. Nach Art. 100 b EGV konnte der Rat die gegenseitige Anerkennung von Rechtsvorschriften beschließen³⁶³.

³⁶¹ Kom. (85) 310 endg., S. 22 Nr. 77.

³⁶² Dazu umfassend *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998.

³⁶³ Dazu *R. Streinz*, Herstellung des Binnenmarktes im Bereich des Lebensmittelrechts, ZLR 1992, 233 (251); *ders.*, Die Herstellung des Binnenmarktes im Bereich des Lebensmittelrechts. Rechtsangleichung und gegenseitige Anerkennung als ergänzende Institute, ZfRV 1991, 357 ff.; umfassend *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 94 ff., 208 ff., 266 ff.

Ein allgemeines Herkunftslandprinzip auf die Ermächtigungen der Rechtsangleichung stützen zu wollen, ist mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nicht vereinbar³⁶⁴. Richtlinien können nur die Anerkennung unterschiedlicher Standards anordnen, nicht aber deren Angleichung. Angleichung und Anerkennung sind ein Unterschied. Anerkennungsrichtlinien im Rahmen der Rechtsangleichung widersprechen den vom deutschen Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil³⁶⁵ gestärkten Grundsätzen der Bestimmtheit und Voraussehbarkeit der gemeinschaftlichen Ermächtigung.

2. Es wurden zahlreiche Richtlinien aufgrund Art. 47 und 55 EGV erlassen, welche auf das Recht eines Herkunftslandes verweisen. Hierzu gehört im Rahmen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit die Regelung über die Anerkennung von Diplomen³⁶⁶, die Zulassung von Bankunternehmen³⁶⁷, von Di-

³⁶⁴ *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 80 ff.

³⁶⁵ BVerfGE 89, 155 (187 f.)

³⁶⁶ Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen, ABl. EG 1989 Nr. L 19/16 (ergänzt durch Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18.6.1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG, ABl. EG Nr. L 209/25). Vgl. auch die (vereinheitlichende) Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Überwachungsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise, ABl. EG 1999, Nr. L 201 / 77.

³⁶⁷ Art. 18 f. der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.3.2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABl. EG 2000 Nr. 2000 Nr. L 126 / 1 i. d. F. der Richtlinie 2000, ABl. EG 2000 Nr. L 275 / 37 zurückgehend auf Art. 18 Abs.1 der Zweiten Richtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77 / 780 / EWG, ABl. EG 1989 Nr. L 386/1.

rekt- und Lebensversicherungsunternehmen³⁶⁸ oder von Investmentfonds und Wertpapierdienstleistungen³⁶⁹ für die gesamte Gemeinschaft. So können Banken und Versicherungen ihre Niederlassungs- und Dienstleitungsrechte in anderen Mitgliedstaaten ausüben, wenn sie dies der zuständigen Behörde ihres Herkunftslandes lediglich mitteilen³⁷⁰. Für Banken und Versicherungen erstreckt sich das Anerkennungs- oder Herkunftslandsprinzip auch auf Aufsichtsmaßnahmen, für die der Herkunftsstaat zuständig bleibt³⁷¹. Aus dem Herkunftslandprinzip folgt insbesondere im Bereich der Finanzdienstleistungen das Prinzip der Sitzlandkontrolle, dem zahlreiche Richtlinien folgen³⁷². Es wird sogar auf Insolvenzrisiken angewendet. Deshalb hat die Gemeinschaft

³⁶⁸ Art. 6 der Ersten Richtlinie 73/239/EWG des Rates vom 24.7.1973 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung), ABl. EG 1973, Nr. L 228 / 3 i. d. F. des Art. 7 der Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18.6.1992 sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG und 88/357/EWG (Dritte Richtlinie Schadensversicherung), ABl. EG Nr. L 63/1 i. d. F. des Art. 4 der Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10.11.1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. EG 1992 Nr. L 360 / 1.

³⁶⁹ Art. 14 der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. EG 1993, Nr. L 141 / 27; Art. 4 UAbs. 2 der Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20.12.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen von Wertpapieren, ABl. EG 1985, Nr. L 375 / 3.

³⁷⁰ Siehe z. B. Art. 20 und 21 der Bankenrichtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.3.2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute ABl. 2000 Nr. L 126, S. 1

³⁷¹ Art. 26 Abs. 1 der Kreditinstitutsrichtlinie, Art. 13 der Direktversicherungsrichtlinie (RL 73/240/EWG v. 24.7.1973, ABl. EG Nr. L 228/20) und Art. 15 der Lebensversicherungsrichtlinie 92/96/EWG ABl. Nr. L 360 /1, geändert durch Richtlinie 95/26/EG v. 29.6.1995, ABl. EG Nr. L 168/7 und Richtlinie 2000/64/EG v. 7. 11. 2000, ABl. EG Nr. L 290/27.

³⁷² Richtlinie 2000/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.9.2000 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geldinstituten, ABl. 2000 Nr. L 275, S. 39.

bei Kreditinstituten das Prinzip der obligatorischen Mitgliedschaft von Kreditinstituten in einem Einlagensicherungssystem des Herkunftsstaates eingeführt³⁷³. Die Fernsehrichtlinie³⁷⁴ regelt neben dem Herkunftslandprinzip das notwendige Mindestmaß, um den freien Sendeverkehr zu verwirklichen, also kein formelles Herkunftslandprinzip. In der Europäischen Union muß ein Internetanbieter grundsätzlich nur noch das Recht des Mitgliedstaates beachten, in dem er niedergelassen ist, auch wenn er in einem anderen Mitgliedstaat Teledienste anbietet³⁷⁵. Allen diesen Richtlinien ist gemeinsam, daß sie erstens nur für bestimmte Dienstleistungen gelten und zum anderen neben dem Herkunftslandprinzip eine Mindestharmonisierung vorsehen. Sie werden auf den denkbar weiten Art. 47 Abs. 2 EGV gestützt, der eine derart weitgehende Politik nicht erwarten läßt, schon gar nicht die weitgehende Durchsetzung des demokratiewidrigen Herkunftslandprinzips.

3. Für Dienstleistungen, deren Anerkennung nicht geregelt ist, galt bisher das Bestimmungslandprinzip. Abweichend von dem Konzept sektoraler Richtlinien in Verbindung mit einer Mindestharmonisierung hat die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006 L 376/37 v. 27.12.2006) grundsätzlich das Herkunftslandprinzip für Dienstleistungen zugrundegelegt, ohne das ausdrücklich zu deklarieren (Art. 16 ff.). Durch das Herkunftslandprinzip soll sichergestellt werden, daß ein Mitgliedstaat grenz-

³⁷³ Art. 4 Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.1994, ABl. 1994 Nr. L 126, S. 5.

³⁷⁴ Richtlinie des Rates v. 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (89/552/EWG), ABl. L 298 vom 17.10.1989, S. 23; geändert durch Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997; ABl. EG, L 202, 60 v. 30.7.1997; berichtigt durch ABl. L 331 vom 16.11.1989, S. 51 (89/552).

³⁷⁵ Art. 3 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 S. 1; § 4 Teledienstgesetz (TDG) allerdings mit zahlreichen Ausnahmen.

überschreitende Leistungen eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleisters nicht dadurch beschränkt, daß er an diesen Dienstleister Anforderungen stellt, die von denen seines Herkunftslandes abweichen, insbesondere diese verschärfen. Für den Arbeitsmarkt in den Mitgliedstaaten mit hohen Lohnkosten hat das Herkunftslandprinzip, das auch erlaubt, die Dienstleistungen nach dem Arbeitsrecht und dem Lohn(Tarif)recht des Herkunftslandes zu erbringen, verheerende Wirkungen. Der Sache nach ermöglicht eine solche Regelung einen gespaltenen Arbeitsmarkt, einen nach den Tarifen (Flächentarifen) des Bestimmungslandes, etwa Österreich oder Deutschland, einen anderen nach dem des Herkunftslandes, etwa Polen, also Lohnunterschiede von etwa 7 zu 1.

Die Tarifautonomie Österreichs, ein existentielles Prinzip österreichischer Staatlichkeit, im Wesensgehalt unantastbar, bricht dadurch zusammen (und soll das wohl auch)³⁷⁶. Die massive Kritik an dieser Politik hat bewirkt, daß nach Art. 16 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie die Mitgliedstaaten ihre Bestimmungen über die Beschäftigungsbedingungen, einschließlich derjenigen in Tarifverträgen, anwenden können, freilich nur im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht, das Diskriminierungen (u.a.) verbietet. Es bleibt abzuwarten, wie der Europäische Gerichtshof diese Richtlinie handhaben wird, im Zweifel wegen des Vorranges des Primärrechts im Sinne des Herkunftslandprinzips.

Die Richtlinie ist auf Art. 47 Abs. 2 S. 1 und 3 EGV und Art. 55 EGV gestützt. Diese Ermächtigung erlaubt „Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten“. Eine Koordinierung, die zumindest eine gewisse Rechtsangleichung für die Dienstleistungen verlangt³⁷⁷, sieht die Richtlinie mit dem formellen Herkunftslandprinzip gerade nicht vor. Aner-

³⁷⁶ Zu den Flächentarifen *K. A. Schachtschneider*, Flächentarife und die Soziale Frage, in: R. Krause/W. Veelken/K. Vieweg (Hrsg.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa*. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, 2004, S. 245 ff.

³⁷⁷ Vgl. *P. Tiedje /J. Troberg*, in: Groeben/Schwarze, *EU-/EG-Vertrag, Kommentar*, zu Art. 47 Abs. 2 Rdn. 43 ff.

kennung und Koordinierung sind nicht gleichzusetzen. Die Verweisung auf das Recht des Herkunftslandes ist von der Ermächtigung des Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV nicht gedeckt³⁷⁸. Der Wortlaut „selbständiger Tätigkeiten“ in Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV deutet im übrigen darauf hin, daß nicht unternehmerische, sondern freiberufliche Tätigkeiten geregelt sind. Das ergibt der Zusammenhang mit Diplomen (u.a.) in Absatz 1 der Vorschrift und mit Absatz 2, der ärztliche (usw.) Berufe regelt.

Der umfassend horizontale Ansatz der Dienstleistungsrichtlinie folgt einem Effektivitätsprinzip. Er soll bereichsspezifische, besondere Harmonisierungen ersetzen, die schwierige Verhandlungen erfordern würden. Er erfaßt, um öffentliche Verhandlungen und schwierige Rechtsetzungsverfahren (Art. 251 EGV, Art. 251 (293) AEUV) zu vermeiden³⁷⁹, also rechtsmißbräuchlich, nicht lediglich bestimmte Dienstleistungen, sondern grundsätzlich alle Dienstleistungen, die im Wettbewerb angeboten werden. Die Richtlinie erfaßt auch Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, wenn sie wirtschaftlicher Art sind, wie Gesundheits- und Sozialdienste, Postdienste, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung.

Die Ausnahmen, welche die Dienstleistungsrichtlinie vorsieht, ändern an dieser grundsätzlichen Kritik nichts. Sie macht gewisse Ausnahmen zugunsten der Mindestlöhne und des Arbeitsschutzstandards im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie, zugunsten der Berufsqualifikation der medizinischen Berufe, zugunsten der Qualität und der Erschwinglichkeit der Leistungen der Postdienste, Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgungen, zugunsten von Dienstleistungen im Bereich der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Gesundheit jeweils des Bestimmungslandes.

³⁷⁸ P. Tiedje /J. Troberg, in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 47 Abs. 2 Rdn. 34 ff.

³⁷⁹ Kommission, Strategiepapier, unter: http://europa.eu.int/comm/internal_market/services/strategy/2004-prop.

Die Entsenderichtlinie³⁸⁰ verhindert nicht, daß die deutschen Arbeitsrechts- und Sozialstandards durch das in der Dienstleistungsrichtlinie materialisierte Herkunftslandprinzip ausgehöhlt werden. Zwar sieht die Entsenderichtlinie vor, daß für die in deren Art. 3 genannten arbeitsrechtlichen Standards (Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz für Schwangere, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche, Nichtdiskriminierung) die gesetzlichen und allgemein verbindlich erklärten tariflichen Bestimmungen des Bestimmungslandes gelten sollen, jedoch betreffen die tarifrechtlichen Regelungen gemäß Art. 3 Abs. 1 2. Spstr. in Verbindung mit dem Anhang der Richtlinie bisher nur den Bereich des Bauhaupt- und Nebengewerbes (z. B. Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten i.e.S., Umbau, Renovierung ...) und erstrecken sich nicht wie die Dienstleistungsrichtlinie auf grundsätzlich alle Dienstleistungen. Außerdem nimmt die Dienstleistungsrichtlinie durch besondere Ausführungsbestimmungen zur Entsenderichtlinie dem Bestimmungsland nahezu alle effektiven Kontrollmöglichkeiten. Für die Einhaltung der Genehmigungskriterien für das Dienstleistungsunternehmen soll nach der Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr wie gemäß dem Bestimmungslandprinzip der Entsenderichtlinie (Art. 3: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür ...“) das Bestimmungsland, sondern das Niederlassungsland, also das Herkunftsland zuständig werden (Art. 16 Abs. 2). Nach Art. 16 Abs. 3 lit. a-d, g der Dienstleistungsrichtlinie werden Anforderungen des Dienstleistungsempfängerlandes, also des Bestimmungslandes, an einen grenzüberschreitend tätigen Dienstleistungserbringer untersagt, welche der Dienstleistungsfreiheit dienen, namentlich eine Niederlassung zu unterhalten, eine Genehmigung einzuholen, eine bestimmte Form oder Art der Infrastruktur zu errichten (einschließlich Geschäftsräumen oder einer Kanzlei), die Anwendung bestimmter

³⁸⁰ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. Nr. L 18/1.

vertraglicher Vereinbarungen zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger, einen besonderen Ausweis für eine Dienstleistung ausstellen zu lassen, u.a. Beschränkende Anforderungen des Bestimmungslandes sind grundsätzlich nach Art. 19 der Richtlinie unzulässig, insbesondere eine Genehmigung des Bestimmungslandes. Namen und Anschrift usw. muß der Dienstleistungserbringer dem Dienstleistungsempfänger angeben (Art. 22 der Richtlinie). Damit können alle Unternehmen, die ihren formalen Sitz außerhalb des Bestimmungslandes nehmen, zu weitgehend von diesen unkontrollierten Bedingungen in diesen Dienstleistungen erbringen. Dies gilt sowohl für die Beschäftigung inländischer Arbeitskräfte als auch für Entsendekräfte aus anderen Mitglieds- oder sogar Drittstaaten (vgl. Art. 16 Nr. 9 der Richtlinie).

Die Ausnahmen der Dienstleistungsrichtlinie von Herkunftslandprinzip sind, weil die Ausnahmen eng begrenzt sind, noch enger als die Schranken, die der Gerichtshof bei unterschiedslosen Beschränkungen aus Gründen zwingenden Allgemeininteresses als immanente Grenzen der Grundfreiheiten praktiziert. In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung eines Berufes steht es den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nämlich grundsätzlich frei, nichtdiskriminierende, verhältnismäßige Berufsordnungen zu schaffen³⁸¹. Welche Einschränkung aus Gründen zwingenden Allgemeininteresses im Einzelfall hingenommen werden muß, hängt von der Verhältnismäßigkeitsabwägung ab. Das kann der formale Ansatz der Richtlinie nicht leisten, weil nur einige wenige allgemeine (pauschalierte) Ausnahmen zugestanden werden. Die Richtlinie koordiniert damit nicht nur die Hemmnisse, die der Gerichtshof aufgrund der Grundfreiheiten ohnehin feststellen würde (Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie), sondern geht in nicht voraussehbarer Weise darüber hinaus.

³⁸¹ EuGH v. 12.07.1984 - Rs. 107/83 (Ordre des avocats on Barreau de Paris/Klopp), Slg. 1984, 2971 (1989, Rdn. 17).

Wenn in allen wesentlichen Aspekten auf das Recht des Herkunftslandes verwiesen wird, geht es nicht mehr um die Anerkennung als Technik des Wechsels von einem nationalen Rechtssystem in ein anderes, sondern das demokratisch legitimierte Recht des Bestimmungslandes tritt hinter dem des Herkunftslandes zurück, das nur dort demokratisch legitimiert ist, nicht aber im Bestimmungsland. Die Grundfreiheiten und die Befugnisse des Art. 47 Abs. 2 S. 1, Art. 55 EGV/(53, 62) AEUV werden zur Ermächtigung, andere Völker, fremdzubestimmen, das Gegenteil der Freiheit als Selbstbestimmung. Die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit werden durch eine solche Richtlinie gegen das demokratische Prinzip und damit gegen den Kern der existentiellen Staatlichkeit gewendet. Weil sie an die Bestimmungen in den Herkunftsmitgliedstaaten anknüpft, ohne daß ein gemeinschaftliches Mindestniveau in allen denkbaren Standards erreicht ist oder auch nur versucht wird, ist die Richtlinie ultra vires und ihre Wirkung in keiner Weise voraussehbar. Ein hohes Gemeinschaftsniveau wird nicht durchgesetzt. Es wäre auch für die weniger entwickelten Mitgliedstaaten schwer erreichbar und würde den bezweckten arbeits- und wettbewerbspolitischen Effekt, vor allem Lohnsenkungen, vereiteln. Die Dienstleistungsrichtlinie setzt die neoliberale Umwandlung der Arbeitsverhältnisse in Warenverhältnisse (Arbeit als Ware, Menschen als Humankapital) fort. Die Würde der Menschen wird durch den Preis für Menschen verdrängt.

Ein formelles Herkunftslandsprinzip verschiebt die vertraglichen Ermächtigungen. Die Grundfreiheiten sind entgegen ihrem ursprünglichen Regelungsgehalt von der Rechtssprechung zu Ermächtigungen vor allem der Rechtssprechung selbst umgewandelt worden und weitgehend und vertrags- und demokratiewidrig vom Gerichtshof als Grundlage eines Herkunftslandprinzips mißbraucht worden. Jetzt wird diese staatswidrige Praxis durch eine Richtlinie für Dienstleistungen übertroffen, die der Sache nach ein formelles Herkunftslandprinzip durchsetzt und Schutzstandards nur sehr eingeschränkt und Qualitätsstandards so gut wie gar nicht schont oder gar stärkt. Es liegt auf der Hand, daß dadurch vertragswidrig die (zeitlich begrenzte) Zurückstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit einzelner Beitrittsländer unterlaufen wird (und werden soll).

Ein formales Verständnis des Anerkennungsprinzips, wie es der Dienstleistungsrichtlinie zugrunde liegt, war nach den vertraglichen Ermächtigungen nicht voraussehbar. Es widerspricht nicht nur den demokratischen Grundsätzen, sondern auch den Grundrechten als Schutzpflichten. Aus der wechselseitigen Treuepflicht der Mitgliedstaaten und aus der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes folgt durchaus die Pflicht, den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich zu mißtrauen³⁸². Dieses Vertrauen darf aber nicht dazu führen, daß Schutzpflichten vernachlässigt werden und daß das demokratische Prinzip durch das Integrationsprinzip verdrängt wird. Grundlage der gegenseitigen Anerkennung ist das Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der anderen Mitgliedstaaten. Immerhin dürfen nur demokratische Rechtsstaaten, welche die Menschenrechte achten, Mitglied in der Europäischen Union sein (Art. 49 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 EUV), aber dieses Vertrauen kann nur begrenzt sein. Das ist der Grund des Demokratieprinzips. Der demokratische Standard ist nicht anerkennungsfähig, weil er an ein bestimmtes Volk gebunden ist. Schutzpflicht des Staates und Wahlrecht der Bürger sind untrennbar verbunden. Darum ist das weit gespannte Anerkennungsprinzip zwar Ausdruck der existentiellen Staatlichkeit der Union, aber demokratiewidrig, und verletzt das Wahlprinzip des Art. 26 Abs. 1 B-VG, wie die politische Freiheit der demokratischen Republik nach Art. 1 B-VG.

V. Selbstermächtigung des Europäischen Gerichtshofs durch seinen Unternehmensbegriff

Weder der Gemeinschaftsvertrag noch der Vertrag von Lissabon enthalten eine Legaldefinition für den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff. Der Gerichtshof der Europäischen Union legt den Begriff des Unternehmens, um den europäischen Wettbewerbsregeln (Art. 81 ff. EGV/(101) AEUV) möglichst weitgehende Anwendbarkeit zu verschaffen, denkbar weit aus. Er

³⁸² Vgl. BVerfGE 18, 111 (117 f., 120 f.); auch BVerfGE 73, 339 (374).

vertritt einen weiten funktionalen Unternehmensbegriff³⁸³. Demzufolge bezeichnet er als Unternehmen im Sinne der Art. 81, 82 EGV/(101, 102) AEUV jede eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung³⁸⁴. Dieser weite Begriff ermöglicht keinerlei Abgrenzung, weshalb sich der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts stetig ausdehnt.³⁸⁵ Der funktionale Unternehmensbegriff ermöglicht es, auch Einheiten, die nur partiell wirtschaftlich tätig sind und keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, als Unternehmen zu qualifizieren³⁸⁶. Wesentlicher Anhaltspunkt für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft ist, daß die Tätigkeit auch von einem privaten Unternehmen ausgeübt werden könnte³⁸⁷. Weil der Begriff „wirtschaftlich“³⁸⁸ nicht geeignet ist,

³⁸³ *E.-J. Mestmäcker*, Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, *RabelsZ* 52 (1988), S. 536; *ders./H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, § 33, Rdn. 18, S. 840; *Th. Eilmannsberger*, in: *Streinz*, EUV/EGV, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 81 Rdn. 21.

³⁸⁴ EuGH v. 23.4.1991 - Rs. C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 21; EuGH v. 17.2.1993 - verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (Christian Poucet), Slg. 1993, I-637, Rdn. 17; EuGH v. 16.11.1995, Rs. C-244/94 (Fédération française des Sociétés d' Assurance u. a.), Slg. 1995, I- 4022, Rdn. 14; EuGH v. 21.9.1999 – Rs. C-67/96 (Albany International BV), Slg. 1999, I-5863, Rdn. 77; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn 18 ff., S. 840 ff.

³⁸⁵ *V. Emmerich*, in: *U. Immenga/E.-J. Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdn. 22.

³⁸⁶ EuGH v. 23.4.1991 - Rs. C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 21; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 20 f., S. 840 f.

³⁸⁷ EuGH v. 21.10.1997 - Rs. T-229/94 (Deutsche Bahn), Slg. 1997, II-1689, Rdn. 53; EuGH v. 12.12.2000 – Rs. T-128/98 (Aéroports de Paris), Slg. 2000, II-3929, Rdn. 123, bestätigt durch EuGH v. 6.12.2002 - Rs. C-82/01 (Aéroports de Paris), Slg. 2002, I-9297, Rdn. 79; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 39, S. 848.

³⁸⁸ Der EuGH definiert wirtschaftliche Tätigkeit als jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten; EuGH v. 18.6.1998 - Rs. C-35/96 (Kommission/CNSD), Slg. 1998, I-3886 (3895 f., Rdn. 36); EuGH v. 24.10.2002 - Rs. C-82/01 P (Aéroports de Paris), Slg. 2002, I-9297, Rdn. 79; *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 21, S. 841.

privates Handeln von staatlicher Verwaltungstätigkeit zu unterscheiden und nahezu jede Tätigkeit auch eine wirtschaftliche Bedeutung hat, fällt auch staatliche Verwaltung meist unter den Begriff des „Unternehmens“ in Art. 81 EGV/AEUV und damit unter die Wettbewerbsregeln. So hat der Europäische Gerichtshof die Verwaltung der deutschen Bundesanstalt für Arbeit, die nicht gewinnorientiert war, zumindest die Vermittlung von Führungskräften, als „Unternehmen“ eingestuft³⁸⁹. Der Gerichtshof hat mittels des Wettbewerbsrechts die nationalen Verwaltungsstrukturen umgewälzt. Die Wettbewerbsregeln sind durch den unbestimmten Begriff des Unternehmens zu unbegrenzten und unbegrenzbar Ermächtigungen gemacht worden. Daß sie das ermöglichen, war für den Nationalrat, den Bundesrat und das Volk Österreichs nicht vorhersehbar, zumal die Judikatur des Gerichtshofs inkonsequent (willkürlich) ist. Teilweise werden Sozialversicherungen als Unternehmen im Wettbewerbsrecht qualifiziert³⁹⁰, teilweise wird ihre Unternehmenseigenschaft oder auch die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln abgelehnt³⁹¹. Die Judikatur nutzt zur Materialisierung des Unternehmensbegriffs verschiedene wiederum überraschende Kriterien, wie das der „Solidarität“, die unterschiedlich beurteilt und durch andere Elemente (etwa das Kapitalisierungsprinzip) wie-

³⁸⁹ EuGH v. 23.4.1991 - Rs. C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 21; bestätigt im Urteil v. 11.12.1997 - Rs. C-55/96 (Job Centre), Slg. 1997, I-7119, Rdn. 25.

³⁹⁰ EuGH v. 23.4.1991 - Rs. C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979, Rdn. 23; EuGH v. 16.11.1995 - Rs. C-244/94 (Fédération française des Sociétés d' Assurance u. a.), Slg. 1995, I-4022, Rdn. 21; EuGH v. 21.9.1999 - Rs. C-67/96 (Albany International BV), Slg. 1999, I-5863, Rdn. 87; EuGH v. 21.9.1999 - Rs. C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken BV), Slg. 1999, I-6125, Rdn. 77; EuGH v. 12.9.2000 - Verb. Rs. C-1890/98 und C-184/98 (Pavel Pavlov u. a.), Slg. 2000, I-6451, Rdn. 118.

³⁹¹ EuGH v. 17.2.1993 - Verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (Christian Poucet), Slg. 1993, I-637, Rdn. 18, 19; EuGH v. 22.1.2002 - Rs. C-218/00 (Cisal di Battisello Veneziano & Co.), Slg. 2002, I-691, Rdn. 45; EuGH v. 16.03.2004 - Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 u. C-355/01 (AOK Bundesverband), Slg. 2004, I-2493, Rdn. 47; anders Schlußanträge des Generalanwalts F. G. Jacobs v. 22.5.2003, der die Unternehmenseigenschaft bejahte; vgl. *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 32 ff., S. 845 ff.

der überlagert werden können³⁹². Eine solche Judikatur ist ohne Maßstäbe, ist willkürlich und aus den Ermächtigungen der Art. 81 ff. EGV/AEUV nicht voraussehbar.

C.

Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik

I. Wirtschaftspolitik

Kapitel 2 des Titels VII des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 98 ff. (120 ff.) AEUV), der die Wirtschaftspolitik regelt, verletzt die Wirtschaftshoheit Österreichs, die Teil der existentiellen Staatlichkeit ist.

1. Ohne Wirtschaftshoheit kann ein Staat seine Aufgabe und Pflicht, die wirtschaftliche Stabilität herzustellen, zu wahren und zu fördern, nicht erfüllen. Das Sozialprinzip als die verfassungskräftige Maxime der mit der Freiheit und der Gleichheit untrennbar verbundenen Brüderlichkeit³⁹³ gehört zu der mit

³⁹² EuGH v. 16.11.1995 - Rs.C-244/94 (Fédération française des Sociétés d' Assurance u.a.), Slg. 1995, I- 4022, Rdn. 21; EuGH v. 21.9.1999 - Rs. C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken BV), Slg. 1999, I-6125, Rdn. 71; EuGH v. 9.12.2000 - Verb. Rs. C-1890/98 und C-184/98 (Pavel Pavlov u.a.), Slg. 2000, I-6451, Rdn. 115, 117, 118; vgl. *E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33, Rdn. 32, 38, S. 845, 847; kritisch auch *M. Burgi*, Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1997, 265.

³⁹³ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20, 22 ff., 97 ff.

dem Menschen geborenen Verfassung der Menschheit des Menschen³⁹⁴, also zur existentiellen Staatlichkeit eines existentiellen Staates. Einer „demokratischen Republik“ ist das Sozialprinzip immanent³⁹⁵; denn eine Republik ist ein solidarisches Gemeinwesen und das demokratische Prinzip ist das Movens der sozialen Realisation. Auch ein Rechtsstaat muß um des Rechts willen Sozialstaat sein; denn der Rechtsstaat verwirklicht die allgemeine Freiheit, die aber ist der praktischen Vernunft, der Sittlichkeit, verpflichtet, deren Gesetz das Sittengesetz, der kategorische Imperativ ist. Das Sittengesetz ist das (christliche) Liebesprinzip, das Prinzip der Brüderlichkeit oder eben der Solidarität. Freiheitlichkeit und Brüderlichkeit sind eine untrennbare Einheit und darum auch Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat³⁹⁶. Obwohl das Sozialprinzip in den Verfassungsgesetzen Österreichs nicht expliziert ist, ist es ein Strukturprinzip der Republik Österreich. Österreich ist ein „hochentwickelter Sozialstaat“³⁹⁷ und muß das sein. Nichts würde das Volk Österreichs stärker verletzen als eine Politik gegen das Sozialprinzip. Eine solche Politik wäre gegen das Volk nicht durchzusetzen, solange das demokratische Prinzip wirkungsmächtig ist. Das Sozialprinzip ist ein ungeschriebenes Baugesetz der

³⁹⁴ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 84, 90 (120 f.).

³⁹⁵ So im Ergebnis P. Pernthaler, Über Begriff und Standort der leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBL 1965, 57, 62; ders., Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 690; L. Fröhler, Die verfassungsrechtliche Grundlegung des sozialen Rechtsstaates in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Österreich, 1967, S. 22 ff.; B. Binder, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1999, Rdz. 198 ff.; vgl. L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 10.025, S. 138 f. ablehnend H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 22.

³⁹⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 599 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 ff.; ders., Demokratische und soziale Defizite der Globalisierung, S. 668 ff..

³⁹⁷ H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 41.

demokratischen Republik Österreich³⁹⁸. Seit langem gibt es Bemühungen, Österreich explizit im Bundes-Verfassungsgesetz als Sozialstaat auszuweisen. Jeder aufklärerische Kulturstaat ist wesentlich Demokratie, Rechts- und Sozialstaat.

Das Sozialprinzip ist das bestimmende Verfassungsprinzip der Wirtschaftsordnung³⁹⁹, die, auch wenn sie „soziale Marktwirtschaft“ genannt zu werden pflegt, die Sozialpflichtigkeit des Gemeinwesens als bestimmendes Prinzip der Wirtschaftsverfassung anerkennt und anerkennen muß. Als wirtschaftsverfassungsrechtliches Prinzip des existentiellen Staates gebietet das Sozialprinzip eine Wirtschaftspolitik, welche neben der Preis(niveau)stabilität auch die hohe Beschäftigung, das außenwirtschaftliche Gleichgewicht und stetiges Wachstum zu gewährleisten bemüht ist, jedenfalls die Verantwortung für die Stabilität und das Wachstum der Wirtschaft trägt und zu tragen hat⁴⁰⁰. Die Verantwortung für das gute Leben aller, also die Wohlstandsverantwortung, hat der Staat im weiteren Sinne, die Bürgerschaft, das Volk als existentieller Staat, auch deswegen, weil das Sozialprinzip demokratisch verantwortet wer-

³⁹⁸ Vgl. Fn. 395; *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 22; i.d.S. *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 690; a.A. *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 10.026, S. 139.

³⁹⁹ *K. A. Schachtschneider*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, 2001, S. 314 ff. (315); *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, in: *ders.* (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, S. 289 ff. (292); *ders.*, Marktliche Sozialwirtschaft, in: *K. Farmer/W. Harbrecht* (Hrsg.), Theorie der Wirtschaftspolitik, Entwicklungspolitik und Wirtschaftsethik, FS W. Lachmann, 2006, S. 41 ff.; *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip. Die gesamtwirtschaftliche Stabilität der deutschen Wirtschaftsverfassung und die Europäische Währungsunion, 2002, S. 93 ff.; i.d.S. *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 10.026, S. 139.

⁴⁰⁰ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 61 ff., 92 ff., 138 ff., 142 ff.

den muß. Der Motor der sozialen Entwicklung ist die Demokratie⁴⁰¹. Die Verwirklichung des Sozialprinzips darf nicht von der Verantwortung des Volkes als existentieller Staat für die Wirtschaftspolitik gelöst werden, weil letztere das gemeine Wohl des Volkes existentiell (schicksalhaft) bestimmt. *Salus publica suprema lex est*. Wegen der volkswirtschaftlich unauflöselichen Einheit von Wirtschafts-, Währungs- und Sozialpolitik⁴⁰² verbietet nicht nur das demokratische Prinzip der existentiellen Staatlichkeit, die wirtschaftspolitische und sozialpolitische sowie erst recht die währungspolitische Verantwortung auseinanderzureißen, sondern die wirtschaftspolitische Hoheit ist selbst Gegenstand der sozialen Verantwortung des existentiellen Staates mit höchstem Verfassungsrang. Grob gefaßt heißt das: Wegen des Sozialprinzips gebietet das Prinzip der existentiellen Staatlichkeit, die Wirtschaftshoheit dem existentiellen Staat zu belassen. Oder umgekehrt: Die politische Einheit, welche die Wirtschaftshoheit innehat, verfügt über existentielle Staatlichkeit, welche einen existentiellen Staat voraussetzt. Die Wirtschaftsverfassung einer demokratischen Republik ist die Sozialwirtschaft, die um der liberalen Grundrechte willen (Unternehmerfreiheit, Eigentumsgewährleistung usw.) und um der Effizienz der Wirtschaft willen das Markt- und Wettbewerbsprinzip einsetzen muß und demgemäß als marktliche Sozialwirtschaft begriffen werden kann und sollte⁴⁰³.

⁴⁰¹ *H. F. Zacher*, Die soziale Zielsetzung, HStR, Bd. I, § 25, Rdn. 65 ff., 86 ff.; *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 86 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Das Sozialprinzip, zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, 1974, S. 48 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 247 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 301; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 636 ff.

⁴⁰² *W. Nölling*, Euro – der Sozialstaatsbruch, in: *W. Hankel u.a.*, Die Euro-Illusion, 2001, S. 107 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Euro – der Rechtsbruch, daselbst, S. 47 f.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 319 f.; *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage, 1998, S. 274 ff.

⁴⁰³ *K. A. Schachtschneider*, Marktliche Sozialwirtschaft, FS Lachmann, 2006, S. 41 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht der europäischen Union, 2. Teil, Wirtschaftsverfassung, § 1, I.

Nicht nur die existentielle Währungspolitik (für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist) ist seit der Währungsunion (1998) aufgrund des Maastricht-Vertrages (Art. 4 Abs. 2, Art. 105 ff. EGV) in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union übergegangen (Art. 2b (3) Abs. 1 lit. c) AEUV), sondern auch die Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik ist trotz der andersartigen Formulierungen im Vertrag von Lissabon wesentlich in die Hand der Union gegeben, insbesondere für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (Art. 115a ff. (136 ff.) AEUV). Art. 2d Abs. 1 und 2 AEUV lauten:

„(1) Die Mitgliedstaaten koordinieren ihre Wirtschaftspolitik innerhalb der Union. Zu diesem Zweck erläßt der Rat Maßnahmen; insbesondere beschließt er die Grundzüge dieser Politik.

Für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, gelten besondere Regelungen.

(2) Die Union trifft Maßnahmen zur Koordinierung der Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, insbesondere durch die Festlegung von Leitlinien für diese Politik.“

Die Mitgliedstaaten haben ihre Wirtschaftspolitik im Rahmen der in Art. 2 (3) Abs. 3 AEUV genannten Grundzüge nicht nur an den Zielen der Union im Sinne des Art. 99 Abs. 2 (121) AEUV auszurichten, sondern sie haben wie die Union selbst „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird“, zu handeln und sich dabei an die in Art. 97b (119) AEUV genannten Grundsätze, insbesondere „stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz“ zu halten.

2 a) Der „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 97b (119) AEUV) verpflichtet die Mitgliedstaaten wie die Union zu einer weltweit offenen Wirtschaftspolitik, also zur globalen wirtschaftlichen In-

tegration⁴⁰⁴. Diese Regelung verbietet den Mitgliedstaaten jeden Schutz einheimischer Produkte, obwohl solche Maßnahmen je nach Wirtschaftslage und je nach Einzelfall notwendig⁴⁰⁵ und darum von dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Sozialprinzip geboten sein kann und jedenfalls nicht durch einen Vertrag der Europäischen Union für die Mitgliedstaaten gänzlich ausgeschlossen werden darf. Die gegenwärtige Krise der österreichischen und noch mehr deutschen Wirtschaft erweist die kredit- und lohnpolitischen Nöte beider Länder, die wegen der Währungsunion ihre zinspolitischen (hart erarbeiteten) Vorteile, aber auch ihre zinspolitische Hoheit verloren hat und wegen des unionsweiten Binnenmarktes zum einen und des weltwirtschaftsrechtlich begründeten globalen Marktes zum anderen wesentlich wegen der unerreichbar niedrigen Löhne anderer Standorte (Lohndumping) am Waren-, aber auch am Dienstleistungsmarkt in vielen Bereichen nicht mehr wettbewerbsfähig sind. Die unvermeidliche Folge ist der Verlust der Arbeitsplätze, in hohem Maße begleitet und hervorgerufen durch die Standortverlagerung der Unternehmen oder Betriebe, durch die Globalisierung also⁴⁰⁶, eine Entwicklung, die zu einfuhr-, standort- und kapitalverkehrspolitischen Maßnahmen zwingen kann. Die verbindliche Vorgabe der Art. 97b (119) Abs. 1 und 2, Art. 98 (120)

⁴⁰⁴ Dazu *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, S. 147 ff., 273 ff.

⁴⁰⁵ Zur Problematik des Freihandels *A. G. Scherer*, Multinationale Unternehmen und Globalisierung, 2003, S. 63 ff., insb. S. 79 ff.; *M. Friedman/R. Friedman*, Free to Choose. A Personal Statement, 1980; *H. Siebert*, Disziplinierung der nationalen Wirtschaftspolitik durch die internationale Kapitalmobilität, in: D. Duwendag (Hrsg.), Finanzmärkte im Spannungsfeld von Globalisierung, Regulierung und Geldpolitik, 1998, S. 41 ff.; *Paul A. Samuelson*, Journal of Economic Perspectives, Bericht von *Th. Fischermann*, Die Zeit 40/2004; vgl. auch *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, i. E. § 10 I.

⁴⁰⁶ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 297 ff., 319 ff.; *ders.*, Republikanismus und Globalismus am Beispiel der Kapitalverkehrsfreiheit, in: H. Herrmann/K.-I. Voigt (Hrsg.), Globalisierung und Ethik. Ludwig-Erhard-Ringvorlesung an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, 2004, S. 141 ff.; *ders.*, Demokratische und soziale Defizite der Globalisierung, S. 681 ff., 692 ff.

AEUV, der Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, verbietet aber den Mitgliedstaaten jede eigenständige Wirtschaftspolitik, selbst wenn diese als unabdingbar notwendig von einem Mitgliedstaat erkannt werden sollte, um nicht nur die soziale, sondern auch die politische Stabilität des Landes zu verteidigen. Damit ist die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten unvertretbar eingeschränkt, ja wesentlich beseitigt. Von Art. 1 B-VG ist eine Zustimmung zu diesen Vorschriften des Vertrages von Lissabon nicht gedeckt.

Dem kann nicht entgegeng gehalten werden, den Mitgliedstaaten bleibe die Möglichkeit des Art. 49a (50) EUV, aus der Union auszutreten⁴⁰⁷. Diese Möglichkeit ist wegen des politischen Schadens, den ein solcher Schritt verursacht derart unreal, daß sie sich politisch verbietet. Allenfalls im Notfall kommt der Austritt in Betracht.

Das Verfassungsrecht Österreichs hat, gerade wenn man dessen Wirtschaftsverfassung als die der marktlichen Sozialwirtschaft versteht, die wirtschaftliche Ordnungspolitik im wesentlichen offengelassen (wirtschaftspoliti-

⁴⁰⁷ So das Maastricht-Urteil BVerfGE 89, 155 (190); so schon *K. A. Schachtschneider*, VVDStRL 50 (1991), S. 178 (Aussprache); *ders./A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.; auch schon *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 767; *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, 1992, § 183, Rdn. 46, hat noch der bloßen "Vertragsauflösung durch 'actus contrarius'", also durch Vertrag, das Wort geredet; die faktische Möglichkeit auszuscheiden sieht ähnlich *A. Ranzelzhofer*, Staatsgewalt und Souveränität, HStR, Bd. I, 1987, § 15, Rdn. 34; ähnlich auch *A. Mosler*, Die Übertragung von Hoheitsgewalt, HStR, Bd. VII, 1992, § 175, Rdn. 23 (Austritt "normalerweise nicht zu erwarten"), Rdn. 27 ("faktisch irreversibel"), bloße Empirismen, die Rechtserkenntnisse nicht ersetzen können; *H. P. Ipsen*, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 15 ff., lehnt das "Sezessionsrecht" weiterhin ab, wie schon *ders.* Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 58, 232, es bleibe (mit Götz) nur die "faktische Komponente der Souveränität"; *V. Götz*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, 1085; scharfe Kritik von *M. Zulegg*, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 7 (These des Zweiten Senats führt ... „zum offenen Vertragsbruch“).

sche Neutralität⁴⁰⁸) und sich weder einem grundsätzlichen Marktprinzip, wie es das Substantiv Marktwirtschaft geböte, noch gar einem Prinzip offener Marktwirtschaft, das es zumindest erschwert, Bedrängnissen der Globalisierung entgegenzutreten, verschrieben. Allein das wird dem Prinzip der staatlichen Verantwortung für das Gemeinwohl des Volkes gerecht. Bereits der Grundsatz der (schränkenlosen) „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ überschreitet die Grenzen, welche das Prinzip der existentiellen Staatlichkeit eines existentiellen Staates für die Integrationspolitik zieht. Ein solcher Grundsatz ist nicht mehr sozial, aber auch nicht mehr demokratisch im Sinne des Art. 1 S. 1 BV-G. Allein schon die Mitgliedstaaten auf den Grundsatz einer Marktwirtschaft festzulegen, schränkt die für einen existentiellen Staat existentielle Wirtschaftshoheit ein. Die grundrechtliche Verfassung impliziert aufgrund ihres Privatheitsprinzips⁴⁰⁹, insbesondere wegen der Eigentumsschutzes aus Art. 5 StGG und Art. 1 des 1. ZProt. MRK, welche richtigerweise auch das Recht am Unternehmen umfaßt und damit neben der Erwerbsfreiheit des Art. 6 Abs. 1 StGG die Unternehmensfreiheit schützt⁴¹⁰, eine

⁴⁰⁸ VerfGH VfSlg., 5653, 5831/1968, 5862, 5966, 11483/1987; vgl. *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 40 f.; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 10.024, S. 137, Bd. 3, Grundrechte, 2003, 42.241, S. 156; *B. Binder*, Wirtschaftsrecht, Rdz. 0023. Das Bundesverfassungsgericht Deutschlands geht von der wirtschaftspolitischen Neutralität in den Grenzen der Grundrechte aus, BVerfGE 4, 7 (17 f.); 7, 377 (400); 50, 290 (338); vgl. auch BVerfGE 25, 1 (19 f.); 30, 292 (317 ff.); 95, 267 (308 f.); dagegen vor allem *H. C. Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1961, 3. Aufl. 1965; vgl. dazu (im Sinne eines Verfassungsprinzips) *H. H. Rupp*, Die Soziale Marktwirtschaft in ihrer Verfassungsbedeutung, HStR, Bd. IX, 1997, § 203, S. 129 ff.

⁴⁰⁹ *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 67 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 386 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 465 ff.; i.d.S. *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte, 42.242, S. 156.

⁴¹⁰ VfSlg 11.483/1987; 12.227; 13.963, 15.771; 15, 907; *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1478, S. 745, Rdn. 1484, S. 750, Rdn. 1495, S. 757; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte, 42.242, S. 156; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Fallstudien zum

marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung⁴¹¹, nämlich in Verbindung mit dem Sozialprinzip die marktliche Sozialwirtschaft. Aber das Verfassungsrecht Österreichs läßt auch eine andere Ordnung zu, soweit dies für das Gemeinwohl um der Verwirklichung anderer Verfassungsprinzipien willen geboten ist, wie für die Sozialversicherung, welche fraglos ein wesentlicher Teil der Wirtschaft ist⁴¹², aber auch für die Daseinsvorsorge, die immer noch in weiten Bereichen von der öffentlichen Hand, vor allem den Kommunen, geleistet wird, und ebenso fraglos zur Wirtschaft gehört, wie die Praxis des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 86 EGV erweist, welche die öffentlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft unterwirft⁴¹³. Viele Unternehmensbereiche der Daseinsvorsorge sind vor allem im Interesse der Ausdehnung des Binnenmarktes, aber auch des Wettbewerbs materiell privatisiert worden, weitgehend die Energieversorgung, auch der Eisenbahnverkehr, das Postwesen und die Telekommunikation. Es ist schwer einzuschätzen, ob sich die Versorgung mit den jetzt privatisierten, früher öf-

Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2004, Produktwarnung der Bundesregierung (Glykol-Skandal), S. 114 ff., 187 ff.; Umweltschutz (FCKW-Verbot), S. 334 ff., 342 f.; Konkurrentenklage gegen Subventionen der öffentlichen Hand, S. 453 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 263 ff., 274 ff., 281 ff., 283 ff.

⁴¹¹ Ganz so *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 40; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte, 42.242, S. 156; *B. Binder*, Wirtschaftsrecht, Rdz. 23.

⁴¹² Vgl. VfGH VfSlg. 3670; *U. Rengalchier*, in: *H. P. Rill/H. Schäffer* (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 10, Abs. 1 Ziff. 11, Rdn. 10 ff.; i.d.S. auch *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 10.027, S. 141 zur gesetzgeberischen Disponibilität des System der deutschen Sozialversicherung BVerfGE 103, 172 (185); systemkritisch *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Revolution der Krankenversicherung, S. 19 ff.

⁴¹³ Dazu *I. F. Hochbaum/R. Klotz*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, 2003, Art. 86, Rdn. 58 ff.; kritisch zur Anwendung des Wettbewerbsrechts auf öffentliche Unternehmen *K. A. Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie. Exemplifiziert an § 1 UWG, 1986; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 183 ff., 190 ff., 300 ff., 306 ff.

fentlichen (richtigerweise hoheitlichen) Dienstleistungen verbessert hat. Entscheidend für die Frage der existentiellen Staatlichkeit ist, daß die Mitgliedstaaten die Hoheit über die Wirtschaft in Form der Daseinsvorsorge (vielfach und weitgehend) aufgegeben haben, weil sie sich unionsrechtlich verpflichtet sehen (und haben), dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu genügen. Art. 16 EGV, der „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ der „Sorge“ der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten überantwortet, hat diese Entwicklung nicht merkbar gehemmt. Die Nachfolgeregelung des Art. 16 (14) AEUV läßt nicht mehr Wirkung erwarten.

Immerhin stellt Art. 98 (120) VAEUV wie zuvor schon Art. 98 EGV diesen Grundsatz unter den Vorbehalt, daß der effiziente Einsatz der Ressourcen gefördert werde. Dieser Vorbehalt lehrt nicht etwa eine volkswirtschaftliche Theorie, um den Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu rechtfertigen, obwohl er in der deutschen Übersetzung so formuliert ist⁴¹⁴, sondern ist ein Rechtssatz, der die Verbindlichkeit des Grundsatzes davon abhängig macht, daß die offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb den effizienten Einsatz der Ressourcen fördert. Das läßt auch unionsrechtlich andere Wirtschaftsformen zu, auch öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge. Für die existentielle Staatlichkeit ist jedoch entscheidend, daß nicht die Mitgliedstaaten darüber zu entscheiden haben, ob die Wirtschaftsform den effizienten Einsatz der Ressourcen fördert, sondern, weil das Unionsrecht von dem Grundsatz eine Ausnahme macht, die Union, insbesondere mittels der noch zu erörternden Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union gemäß Art. 99 Abs. 2 ff. EGV/(121) AEUV, im Streitfall durch Erkenntnisse des Gerichtshofs der Europäischen Union.

b) Mit der Marktwirtschaft ist der Wettbewerb verbunden, den das Unionsrecht als „freien Wettbewerb“ bezeichnet. Die Freiheit des Wirtschaftens, sei

⁴¹⁴ Im Gegensatz zur Vertragsfassung in der französischen und englischen Sprache, nämlich: „favorisant une allocation efficace des ressources“ bzw. „favouring an efficient allocation of resources“.

es als Unternehmer, sei es als Verbraucher, sei es als Anbieter, sei es als Nachfrager, ist die Voraussetzung von Wettbewerb. Die Privatheit des Wirtschaftens hat Wettbewerb zur Folge⁴¹⁵. Staatliches Wirtschaften unterliegt nicht dem Wettbewerbsprinzip. Staatlichkeit (Ausübung von Staatsgewalt) und Wettbewerb sind unvereinbar⁴¹⁶. Wenn der Staat als Unternehmer dem Wettbewerbsprinzip unterworfen wird, ist das, unabhängig von der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Form der Organisation und des Handelns, staatswidrige Privatisierung. Auch der freie Wettbewerb muß einen effizienten Einsatz der Ressourcen fördern, wovon nach wirtschaftswissenschaftlichen Erfahrungen und Theorien meist ausgegangen werden kann. Entscheidend für die existentielle Staatlichkeit ist jedoch wiederum, daß nicht die Mitgliedstaaten, sondern die Union die Begriffshoheit hat, also zu entscheiden hat, ob die Mitgliedstaaten außer der Union selbst ihre Wirtschaftsordnung einem freien Wettbewerb gemäß gestaltet haben, im Streitfall wiederum der Gerichtshof. Das gesamte Wirtschaftsrecht einschließlich des Handels- und Gesellschaftsrechts, des Kapitalmarktrechts, des Gewerberechts, des Berufs- und Arbeitsrechts und auch des Steuer- und Sozialrechts, greift in den freien Wettbewerb, wie auch in die offene Marktwirtschaft, ein, ohne daß dadurch der Grundsatz verletzt sein muß, aber die Grenzen, welche der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb der Politik der Mitglied-

⁴¹⁵ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 396 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 491 ff.; *ders.*, *Verfassung der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung*, § 3 II; vgl. L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, *Österreichisches Staatsrecht*, Bd. 3, *Grundrechte*, 42.242, S. 156.

⁴¹⁶ K. A. Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, insb. S. 281 ff.; *ders.*, *Der Anspruch auf materiale Privatisierung*, S. 183 ff., 190 ff., 300 ff., 306 ff.; W. Löwer, *Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber*, *VVDStRL 60* (2001), S. 418 ff. Wenn der Staat oder Einrichtungen des Staates zu Privatrechtssubjekten erklärt werden, wie durch Art. 17 und 116 Abs. 2 B-VG, werden diese (fragwürdig) entstaatlicht und privatisiert; dazu R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 561 ff., S. 278 ff.; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, *Österreichisches Staatsrecht*, Bd. 1, *Grundlagen*, 19.053 ff., S. 303 ff.

staaten zieht, bestimmt die Union, wiederum durch die Grundzüge des Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV und im Streitfall durch Erkenntnisse des Gerichtshofs.

3. Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten wird vor allem durch die Grundzüge der Wirtschaftspolitik eingeschränkt, ja aufgehoben, welche der Rat für die Mitgliedstaaten und die Union entwirft, dem Europäischen Rat berichtet und, nachdem der Europäische Rat auf der Grundlage dieses Berichts eine Schlußfolgerung erörtert hat, auf der Grundlage dieser Schlußfolgerung den Mitgliedstaaten der Union empfiehlt (Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV). Diese Empfehlung ist entgegen Art. 249 (288) Abs. 5 AEUV nicht etwa nicht verbindlich⁴¹⁷. Vielmehr verschaffen die Absätze 3 bis 6 des Art. 99 (121) AEUV dieser Empfehlung rechtliche Verbindlichkeit, die sogar gegenüber der bisherigen Regelung des Art. 99 Abs. 3 bis Abs. 6 EGV verschärft ist; denn an Mitgliedstaaten, deren Wirtschaftspolitik mit den genannten Grundzügen nicht vereinbar ist oder das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht, kann die Kommission nach der Regelung des Vertrages von Lissabon eine „Verwarnung“ richten (Art. 99 (121) UAbs. 4 S. 1 AEUV), während nach der bisherigen Regelung des Art. 99 Abs. 4 S. 1 EGV die Kommission lediglich „die erforderliche Empfehlungen“ an den betreffenden Mitgliedstaat richten durfte. Der Begriff der „Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union“ ist nicht näher definiert⁴¹⁸. Er ermöglicht die Gestaltung der Wirtschaftspolitik weit- und tiefgehend. Die Grundzüge der Wirtschaftspolitik müssen die Rechtsordnung der Union berücksichtigen, nicht aber die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Diese müssen vielmehr ihre Gesetze ändern, wenn letztere nicht den Grundzügen

⁴¹⁷ So aber *St. Anwörter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, 2003, Art. 99 EG, Rdn. 14; *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 99 EGV, Rdn. 6.

⁴¹⁸ *St. Anwörter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 99 EG, Rdn. 13, 19.

der Union entsprechen⁴¹⁹. Das folgt aus der Logik des „gemeinsamen Interesses“, das nur verwirklicht werden kann, wenn nicht auch die besonderen Interessen der Mitgliedstaaten, welche diese durch mitgliedstaatliche Gesetze regeln können, berücksichtigt werden müssen. Nach dem Wortlaut des Art. 98 (120) AEUV ist die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten vorrangig an die Grundzüge des Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV gebunden. Freilich sind die Ziele der Union im Sinne des Art. 2 (3) EUV anzustreben, die aber denkbar weit sind und sich von einer allgemeinen wohlfahrtsstaatlichen Zielsetzung nicht wesentlich unterscheiden. Das wirtschaftliche Handeln muß zudem im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb und dem des effizienten Einsatzes der Ressourcen stehen. Der wirtschaftsverfassungsrechtlich relevante Absatz 3 des Art. 2 (3) EUV lautet:

„Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.

Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes.

Sie fördert den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.“

Von einer begrenzten Ermächtigung kann keine Rede sein. Das demokratische Defizit dieser wirtschaftspolitischen Befugnis der Union wird dadurch verstärkt, daß das Europäische Parlament nach Art. 99 (121) Abs. 2 Unterabs. 2 S. 3 AEUV von der Empfehlung des Rates, in der die Grundzüge dargelegt werden, lediglich unterrichtet wird. Nicht einmal dieses „Parlament“ hat also

⁴¹⁹ *St. Anwarter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU/EG-Vertrag, Art. 99 EG, Rdn. 61; *B. Kempen*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Art. 99 EGV, Rdn 1.

auf diese Maßnahme einen nennenswerten Einfluß. Die Grundzüge sind aber Grundlage der Überwachung der Mitgliedstaaten durch den Rat anhand von Berichten der Kommission daraufhin, ob deren Wirtschaftspolitik mit den Grundzügen vereinbar ist. Im übrigen wird die wirtschaftliche Entwicklung der Mitgliedstaaten wie die der Union im Interesse der engen Koordinierung der Wirtschaftspolitik und der dauerhaften Konvergenz der Wirtschaftsleistungen vom Rat anhand von Berichten der Kommission überwacht. Allein schon die Unvereinbarkeit der Wirtschaftspolitik eines Mitgliedstaates mit den Grundzügen der Wirtschaftspolitik der Union ermöglicht die Verwarnung des Mitgliedstaates durch die Kommission. Eine Verwarnung kann die Kommission an den Mitgliedstaat auch richten, wenn dessen Wirtschaftspolitik das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht. Der Rat kann des weiteren auf Empfehlung der Kommission die erforderlichen Empfehlungen an den Mitgliedstaat richten und auf Vorschlag der Kommission seine Empfehlungen veröffentlichen. Der Rat beschließt die Überwachungsempfehlung ohne Berücksichtigung des betreffenden Mitgliedstaates (Art. 99 (121) Abs. 4 UAbs. 2 AEUV). Dem Europäischen Parlament haben der Präsident des Rates und die Kommission über die Ergebnisse der multilateralen Überwachung Bericht zu erstatten, der von dem zuständigen Ausschuß des Europäischen Parlaments mit dem Präsidenten des Rates erörtert werden kann, wenn der Rat seine Empfehlung veröffentlicht hat (Art. 99 (121) Abs. 5 AEUV). Die Verwarnungen und Empfehlungen der multilateralen Überwachung setzen die Wirtschaftspolitik des betroffenen Mitgliedstaates ins Unrecht, weil er das gemeinsame Interesse der Mitgliedstaaten, das in den Grundzügen definiert ist, nicht beachtet hat oder gar das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht. Das verpflichtet diesen Mitgliedstaat nicht nur politisch, sondern rechtlich, seine Wirtschaftspolitik zu ändern, weil er die Wirtschaftspolitik nach Art. 99 (121) Abs. 1 AEUV als Angelegenheit von gemeinsamem Interesse zu behandeln hat. Die Mitgliedstaaten sind dadurch, aber auch allge-

mein durch Art. 3a (4) Abs. 3 AEUV verpflichtet, das Unionsinteresse zu verwirklichen⁴²⁰. Sie haben „alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen“. Zu diesen Handlungen gehören auch die empfohlenen Grundzüge als Grundlage der multilateralen Überwachung. Die wirtschaftspolitischen Grundzüge materialisieren die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur „loyalen Zusammenarbeit“ (Art. 3a (4) Abs. 3 UAbs. 1 EUV)⁴²¹

Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten, die durch die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Art. 28 ff., 39 ff., 43 ff., 49 ff., 56 ff. EGV/(34 ff., 45 ff., 49 ff., 56 ff., 63 ff.) AEUV) und das Wettbewerbsregime der Union (Art. 81 ff. EGV/(101 ff.) AEUV, aber auch durch die vielen anderen wirtschaftsrelevanten Politiken existentiell eingeschränkt ist, wird durch die Ermächtigung der Union, den Mitgliedstaaten Grundzüge der Wirtschaftspolitik verbindlich zu machen, in einer Weise geschmälert, die der existentiellen Staatseigenschaft widerspricht. Die Mitgliedstaaten werden wirtschaftspolitisch zu überwachen, also untergeordneten Wirtschaftseinheiten der Union herabgestuft, denen die Verantwortung für ihr wirtschaftliches und damit existentielles Schicksal nicht mehr zugestanden wird. Die wirtschaftspolitische Überwachungsbefugnis der Union erinnert an die selbständige Reichsaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 Nr. 3 der deutschen Reichsverfassung 1871⁴²². Besonders hinzuweisen ist noch einmal auf das Demokratiedefizit der wirtschaftspolitischen Überwachung der Mitgliedstaaten durch die Union nach Art. 99 (121) Abs. 2 ff. AEUV, das dadurch verstärkt wird, daß die ex lege wirkenden Grundfreiheiten des Binnenmarktes wie die Prinzipien des Wettbewerbs ebenfalls ohne hinreichende demokratische Legitimation ver-

⁴²⁰ Dazu für Art. 10 EGV *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Komm., 6. Aufl. 2003, Art. 10 EG, Rdn. 1 ff.

⁴²¹ I.d.S. auch *B. Kempen*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Art. 99 EGV, Rdn. 8, 11.

⁴²² Grundlegend *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 441 ff.; dazu *P. Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 127, 131 ff. zu Art. 84.

wirklicht werden, nämlich vornehmlich durch den Gerichtshof der Union, der für diese Judikatur nicht demokratisch legitimiert ist, wie noch näher dargelegt werden wird⁴²³, aber dennoch außerordentliche politische Relevanz hat, welche den Begriffen der Grundfreiheiten genauso wenig entnommen werden kann wie den Begriffen des Wettbewerbsrechts. Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten ist somit ohne eigenständige unionsdemokratische Legitimation durch denkbar weite und offene Begriffe des Vertrages von Lissabon (wie schon des Maastricht-Vertrages) eingeschränkt, ja aufgehoben, die dem für die Integration demokratierechtlich notwendigen Prinzip der begrenzten Ermächtigung augenfällig widerstreitet. Die Relevanz dieses Befundes für die Erkenntnis des Verlustes existentieller Staatlichkeit der Mitgliedstaaten und der Begründung existentieller Staatlichkeit der Union wird nicht dadurch relativiert, daß die wirtschaftspolitische Hoheit der Mitgliedstaaten bereits mit dem Maastricht-Vertrag aufgegeben war. Akzeptiert hat das Bundesvolk der Österreicher das nicht; denn die Bürger Österreichs waren darüber nicht unterrichtet.

4. Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten wird weiter durch die Befugnis des Rates nach Art. 100 Abs. 1 EGV/(123) AEUV), „auf Vorschlag der Kommission ... im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten über die Wirtschaftslage angemessenen Maßnahmen zu beschließen, insbesondere falls gravierende Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren, vor allem im Energiebereich, auftreten“. Ein Beschluß ist verbindlich, obwohl er kein Gesetz ist (Art. 249 (288) Abs. 4 AEUV). Er kann an bestimmte Adressaten gerichtet sein. Diese Ermächtigung kennt keinerlei materielle Voraussetzungen. Nach dem Text rechtfertigt jede Wirtschaftslage „angemessene Maßnahmen“, „unbeschadet der sonstigen in der Verfassung vorgesehenen Verfahren“. Es ist davon auszugehen, daß die Maßnahmen den wirtschaftspolitischen Zielen und Prinzipien der Union entsprechen müssen. Diese Ermächtigung würde auch wirtschaftspolitische Maßnahmen gegenüber Be-

⁴²³ Zu F, VI; auch I; dazu K. A. Schachtschneider, Demokratierechtliche Grenzen der Gemeinschaftsrechtsprechung, FS H. H. v. Arnim, 2004, S. 779 ff

schlüssen des Bundestages rechtfertigen, welche etwa die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands stärken wollen, um die außerordentliche Arbeitslosigkeit zu beheben.

Solchen Maßnahmen, die aufgrund des Vertrages von Lissabon den Unionsorganen übertragen sind, steht die Tarifautonomie der Koalitionsfreiheit des Art. 12 StGG und Art. 11 Abs. 1 MRK⁴²⁴ entgegen, ja sie würden sogar den Wesensgehalt dieses Grundrechts mißachten. Ein Beschluß des Rates ist aber an das nationale Grundrecht nicht gebunden. Vielmehr ist die Charta der Grundrechte der Europäischen Union maßgeblich (Art. 51 der Charta). Art. 28 der Charta schützt zwar auch das Recht der Tarifpartner, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen, gibt aber gegenüber der Koalitionsfreiheit nur einen schwachen Grundrechtsschutz. Die Tarifautonomie ist aber im Kern Gegenstand des Grundrechtsschutzes der Koalitionsfreiheit⁴²⁵. Das Grund- und Menschenrecht ist auch nur einschränkbar, wenn das notwendig ist, um andere verfassungsrangige Güter zu schützen⁴²⁶, während das Grundrecht der Charta der Grundrechte der Union zum einen durch das Unionsrecht (abgesehen von den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten) begrenzt ist, also auch durch Beschlüsse des Rates nach Art. 100 (123) Abs. 1 AEUV, die der Wirtschaftslage angemessene Maßnahmen festlegen. Zwar müssen Einschränkungen der Ausübung der Rechte und Freiheiten der Charta nach Art. 52 Abs. 1 der Charta „den wesentlichen Gehalt dieser Rechte und

⁴²⁴ Vgl. *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1469, S. 738; *H. Mayer*, B-VG, Art. 12 StGG, IV.2; *W. Berka*, Lehrbuch Grundrechte, 2000, Rdn. 380, S. 147 f.

⁴²⁵ Für Deutschland BVerfGE 4, 96 (110); 20, 312 (317), vgl. auch BVerfGE 18, 18 (27 f.); 28, 295 (304); 38, 281 (305); 38, 386 (393); 50, 290 (368 f.); 53, 233 (247 f.); 57, 220 (245 f.); 84, 212 (225); 88, 212 (228); 93, 352 (358 ff.); stärker BVerfGE 94, 268 (283); 100, 271 (282 f., 285 ff.); BAG etwa E 48, 307 (311); *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdn. 299 ff.; dazu *K. A. Schachtschneider*, Streik im öffentlichen Dienst, S. 221 ff., S. 221 ff.

⁴²⁶ Für Deutschland BVerfGE 18, 18 (32); 50, 290 (371); 84, 212 (228); 88, 103 (114 ff.); 92, 26 (41); st. Rspr.; etwa BVerfGE 100, 214 (223 f.); 100, 271 (283 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Streik im öffentlichen Dienst, S. 222 ff.

Freiheiten achten“, aber über den Schutz dieses Wesensgehalts entscheidet nicht etwa der Verfassungsgerichtshof Österreichs, sondern der Gerichtshof der Union, weil der Beschluß ein Rechtsakt der Union ist⁴²⁷. Es ist völlig offen, wie eng oder weit der Gerichtshof die Tarifautonomie zumessen wird. Die Erfahrung lehrt, daß der Gerichtshof Grundrechteverletzungen durch Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft nicht zu erkennen vermag, also keinen Grundrechtsschutz gibt, obwohl er die Rechtsakte an den Grundrechten, zumal an deren Wesensgehalt (äußerst cursorisch) zu prüfen pflegt⁴²⁸. Der Gerichtshof hat in seiner gut 50jährigen Praxis noch nicht ein einziges Mal einen Rechtsetzungsakt der Gemeinschaft an einem Grundrecht oder dessen Wesensgehalt scheitern lassen. Für die existentielle Staatlichkeit kommt es allein darauf an, daß die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten und damit Österreichs durch Art. 100 (123) Abs. 1 AEUV empfindlich eingeschränkt ist, ohne daß nähere Tatbestandsmerkmale im Sinne des Prinzips der begrenzten Ermächtigung genannt wären. Österreich muß sich jede Maßnahme des Rates, welche dieser mit qualifizierter Mehrheit (Art. 9c (16) Abs. 3 EUV) beschließt, gefallen lassen, wenn sie denn den weiten und offenen Zielen und Prinzipien der Wirtschaftsverfassung der Union entsprechen, was wiederum der Gerichtshof zu beurteilen hätte. Österreich muß wirtschaftspolitische Maßnahmen, welche mit der Wirtschaftsverfassung Österreichs, zumal den Wirtschaftsgrundrechten Deutschlands nicht vereinbar sind, hinnehmen, und darf nach dem Vertrag von Lissabon die Wirtschaftshoheit nicht mehr nach dem eigenen Verfassungsgesetz und schon gar nicht nach den eigenen Interessen ausüben. Dabei beansprucht Vorrang vor dem Verfassungsrecht Österreichs nicht nur der Vertrag als solcher, sondern auch das von den Organen

⁴²⁷ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 246/21 f., S. 142; BVerfGE 89, 155 (174 f.). Zum Wesensgehalt VfGH VfSlg. 3118/1956, 3505/1959; W. Berka, in: H. P. Rill/H. Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Vorbem. StGG, Rdn. 108; *ders.*, Lehrbuch Grundrechte, Rdn. 158, 559; dazu P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 654, 712.

⁴²⁸ Dazu A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 348 ff., auch S. 365 ff.

der Union erlassene Sekundär- und Tertiärrecht (17. Erklärung zum Vertrag von Lissabon).

II. Währungspolitik

Auch Kapitel 2 des Titels VII des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 105 (127) ff. AEUV), der die Währungspolitik regelt, verletzt das wirtschaftliche Stabilitätsprinzip, das verfassungsrechtlich durch das Baugesetz des Sozialprinzips geschützt ist.

1. Zur existentiellen Staatlichkeit eines Volkes gehört die Währungshoheit. Mittels der Währungspolitik wird die Geld- und Kreditpolitik gesteuert. Die Währungspolitik ist essentiell für die wirtschaftliche Entwicklung eines Gemeinwesens⁴²⁹. Sie hat wesentlichen Einfluß auf die wirtschaftliche Stabilität einer Volkswirtschaft, nicht nur auf die Preisstabilität, sondern auch auf die Beschäftigungslage, das Wachstum und das außenwirtschaftliche Gleichgewicht⁴³⁰. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die

⁴²⁹ A. Tietmeyer, Währungsunion, ein Weg ohne Umkehr, *Integration* 15 (1972), S. 17 ff.; ders., Probleme einer Europäischen Währungsunion und Notenbank, in: J. Isensee (Hrsg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, 1993, S. 45 ff., 49, 54 f.; F. U. Willeke, Die Europäische Währungsunion als ordnungspolitische und stabilitätspolitische Fehlkonstruktion, in: E. Kantzenbach/O. G. Mayer, *Europäische Gemeinschaft – Bestandsaufnahme und Perspektiven*, 1993, S. 41 ff.; K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 129 f.; ders., *Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip*, S. 314 ff.

⁴³⁰ Dazu W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998, insb. die volkswirtschaftliche Analyse, S. 25 ff., aber auch die rechtliche Würdigung, S. 192 ff.; dies., Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten? 2001, insb. J. Starbatty, Euro – der Stabilitätsbruch, S. 53 ff., W. Hankel, Euro – der Integrationsbruch, S. 191 ff.

außerordentliche Bedeutung der Währungspolitik für die Stabilität Deutschlands herausgestellt und dies im Euro-Beschluß unterstrichen⁴³¹.

Die außerordentliche Relevanz der Währungspolitik für die existentielle Staatlichkeit wird durch die fast allgemeine Erkenntnis unterstrichen, daß eine einheitliche Währung die Wirtschafts- und Sozialunion, letztlich die Politische Union, erzwingt⁴³². Demgemäß ist die Einführung der Währungsunion als der Hebel zur Politischen Union, zur Entwicklung des existentiellen Unionsstaates, angesehen und eingesetzt worden⁴³³. Dieser Hebel scheint erhebliche Kraft zu haben. Inwieweit dies so bleibt, wenn die Währungsunion, wie es der Vertrag von Lissabon konzipiert (Art. 116a (139) ff. AEUV), auf die neuen Beitrittsländer Mittel- und Osteuropas ausgedehnt wird, steht dahin.

2. Eine Währungspolitik, welche das Stabilitätsprinzip zu verwirklichen sucht, ist gescheitert. Die von der Europäischen Zentralbank verteidigte Preisniveaustabilität bringt die außerordentlich hohe (verfassungswidrige) Arbeitslosigkeit in den großen Volkswirtschaften der (sogenannten) Euro-Länder mit

⁴³¹ BVerfGE 89, 155 (200 ff.); 97, 350 (370 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 129 ff.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.

⁴³² *H. Steinberger*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 16 Fn. 20; i.d.S. *H. Tietmeyer*, Probleme einer europäischen Währungsunion und Notenbank, S. 45, 53 ff. (Währungsunion erfordert die politische Union); auch *M. Seidel*, Probleme der Verfassung der Europäischen Gemeinschaft als Wirtschafts- und Währungsunion, in: Festschrift B. Börner, S. 417 ff., 424 f.; vgl. auch *J. Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung 1992, S. 39; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 752; klar *W. Hankel*, Europas Währungsunion kommt zu früh, in: M. Brunner (Hrsg.), Kartenhaus Europa?, 1993, S. 69 ff.; *ders. u.a.*, Die Euro-Klage, S. 27 ff., 247 ff.; *W. Hankel/J. Starbatty*, Nizza: Es wird keine politische Union geben, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 241 ff.; auch *W. Hankel*, Euro – der Integrationsbruch, daselbst, S. 191 ff., insb. S. 225 ff.; i.d.S. *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.003, S. 209.

⁴³³ Dazu (kritisch) *W. Hankel/J. Starbatty*, Nizza: Es wird keine politische Union geben, S. 241 ff.

sich, wie vor allem in Deutschland und in Frankreich. Die (partielle) Kausalität der Währungsunion für diese krasse Verletzung des Ziels der hohen Beschäftigung im Rahmen des Stabilitätsprinzips ist nicht zu leugnen⁴³⁴. Neben den Lasten der deutschen Einheit und den Umwälzungen der wirtschaftlichen Globalisierung ist die Währungsunion einer der drei wesentlichen Gründe für den wirtschaftlichen, sozialen und letztlich politischen Niedergang Deutschlands, nicht etwa wesentlich die Lohn- und Sozialpolitik⁴³⁵. Das gilt für Österreich nicht im gleichen Maße wie für Deutschland, weil Österreich beachtliche wirtschaftliche Vorteile durch den Beitritt seiner östlichen Nachbarn zur Europäischen Union hat. Die Nachteile der Währungsunion, insbesondere eine außerordentliche Teuerung, verbunden mit einer gewissen Inflation, muß Österreich freilich auch hinnehmen. Die Einführung des Euro ist schicksalhaft für Österreich und für Deutschland und voraussichtlich auch für die Union, die an dem Versuch, mittels der einheitlichen Währung den existentiellen Staat herbeizuzwingen, zerbrechen dürfte.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil klargestellt, daß „die langfristigen Vorgaben, die das Stabilitätsziel zum Maßstab der Währungsunion machen“, „durch institutionelle Vorkehrungen die Verwirklichung dieses Zieles sicherzustellen suchen“ und daß diese „letztlich – ultima ratio – beim Scheitern der Stabilitätsgemeinschaft auch einer Lösung aus der Gemeinschaft nicht entgegenstehen“⁴³⁶. Zu den Vorkehrungen gehört (u.a.) auch der Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17. Juni 1997. Er ist kläglich gescheitert. Die Währungsunion ist ein wesentlicher Grund der hohen Arbeitslosigkeit. Folglich ist die Stabilitätspolitik, zu der die Beschäftigungs-

⁴³⁴ Dazu *W. Nölling*, Euro – der Sozialstaatsbruch, S. 107 ff.

⁴³⁵ Insofern irrig *H.-W. Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, insb. S. 143 ff., 187 ff., der aber S. 93 ff. zu den drei Schocks, die Deutschland auf ein Mal zu verkraften hat, den Euro, den Binnenmarkt und die Osterweiterung der EU rechnet.

⁴³⁶ BVerfGE 89, 155 (204); dazu *W. Hankel u.a. (K. A. Schachtschneider)*, Die Euro-Klage, S. 192 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Euro – der Rechtsbruch, in: *W. Hankel u.a.*, Die Euro-Illusion, S. 27 ff.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, daselbst, S. 314 ff.

politik existentiell gehört (dazu I und IV), erfolglos. Die Verantwortung für die wirtschaftliche Stabilität hat das Bundesverfassungsgericht im Euro-Beschluß vom 31. März 1998 ausschließlich Parlament und Regierung zugewiesen und grundrechtlichen Rechtsschutz zurückgewiesen⁴³⁷. Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion bleiben⁴³⁸. Der Vertrag von Lissabon kennt aber nur den Austritt aus der Europäischen Union (Art. 49a (59) EUV), nicht den besonderen aus der Währungsunion (vgl. Art. 105 (127) ff. AEUV). Um ein weiteres ist die existentielle Staatlichkeit mißachtet.

3. Fraglos ist die Währungspolitik ein wesentlicher Bestandteil der existentiellen Staatlichkeit eines Volkes. Die Mitgliedstaaten haben als solche keinen Einfluß mehr auf die Währungspolitik. Sie ist dem eigenständigen Europäischen System der Zentralbanken und insbesondere der Europäischen Zentralbank überantwortet (Art. 105 ff. EGV/(127 ff.) AEUV). Nach Art. 108 EGV/(130) AEUV) dürfen weder die Europäische Zentralbank noch die nationalen Zentralbanken noch ein Mitglied ihrer Beschlußorgane Weisungen von Organen, Einrichtungen, sonstigen Stellen der Union, Regierungen der Mitgliedstaaten oder anderen Stellen einholen oder entgegennehmen. Die Unabhängigkeit des Zentralbanksystems mit allen ihren Einrichtungen ist in der Erwartung, daß dadurch das vorrangige Ziel der Währungspolitik, die Preisstabilität, bestmöglich gefördert wird, extrem weit getrieben, durchaus weiter als vormals die Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank. Das Europäische System der Zentralbanken und die Europäische Zentralbank sind lediglich an die Unionsverträge (einschließlich der Protokolle) über ihre Satzung (Art. 107 (129) Abs. 2 AEUV) gebunden⁴³⁹. Die währungspolitisch erfolgreiche Deut-

⁴³⁷ BVerfGE 97, 350 (370 ff.); dazu K. A. Schachtschneider, Die Rechtsverweigerung im Euro-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 274 ff.

⁴³⁸ K. A. Schachtschneider, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: W. Hankel u.a., Die Euro-Illusion, S. 320 ff.

⁴³⁹ Absatz 3 des Art. 107 (129) AEUV ermöglicht die Änderung gewisser Satzungsbestimmungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren entweder auf Empfehlung der Kommission und nach Anhörung der Europäischen Zentralbank oder auf Empfehlung der Eu-

sche Bundesbank war zwar nach § 12 BundesbankG ebenfalls unabhängig, aber diese Unabhängigkeit beruhte auf Gesetz, nicht auf einem schwer änderbaren völkerrechtlichen Vertrag und im übrigen war die Bundesbank dem einfachen Gesetz unterworfen, das seine Ziele, seine Aufgaben, seine Befugnisse und seine Instrumente ändern konnte. Die außerordentliche Unabhängigkeit des Zentralbanksystems und zumal der Europäischen Zentralbank ist mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar, wie mehr oder weniger auch das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil eingeräumt hat⁴⁴⁰. Die Entdemokratisierung der Währungspolitik ist nicht mit der fachlichen Aufgabe der Zentralbank zu rechtfertigen. In der Republik muß jede Aufgabe fachgerecht, meist wissenschaftlich, bewältigt werden. Gerade im Interesse größtmöglicher Fachlichkeit und Sachlichkeit ist das demokratische Prinzip entwickelt⁴⁴¹. Art. 48 Abs. 6 EUV (vereinfachtes Änderungsverfahren, dazu H, II), ermöglicht freilich dem Europäischen Rat, auch die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank aufzuheben.

4. Ein Staat hat seine existentielle Staatlichkeit wesentlich aufgegeben, wenn er die Währungspolitik aus der Hand gegeben hat. Er kann dann die Wirtschaft nicht mehr geld- und kreditpolitisch, also nicht mehr wirksam steuern. Auch die Sozialpolitik wird dadurch erheblich behindert, wie die gegenwärtige Entwicklung der Arbeitslosigkeit, in dem sich eine neue Soziale Frage entwickelt (hat), zeigt. Die Währungsunion muß die Wirtschafts- und Sozialunion, die Politische Union, nach sich ziehen, also den existentiellen Staat. Das aber setzt ein neues Verfassungsgesetz jedenfalls Österreichs wie

ropäischen Zentralbank nach Anhörung der Kommission. Absatz 4 dieser Vorschrift ermöglicht dem Rat nach Anhörung des Europäischen Parlaments auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Europäischen Zentralbank oder auf Empfehlung der Europäischen Zentralbank und nach Anhörung der Kommission die in bestimmten Artikeln genannten Bestimmungen zu erlassen.

⁴⁴⁰ BVerfGE 89, 155 (199, 207 ff.); dazu (kritisch) *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 130 f.

⁴⁴¹ *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 130 f.; *ders.*, Res publica res populi, S. 560 ff., insb. S. 567 ff.

auch Deutschlands voraus, die den existentiellen Staat Österreich bzw. Deutschland zugunsten des existentiellen Unionsstaates öffnet, der aufgrund eines verfaßten Volkes der Unionsbürger eine eigenständige demokratische Legitimation zu begründen vermag, soweit man einem Gemeinwesen von fast 500 Millionen Menschen, das sich weiter vergrößert, überhaupt eine demokratische Legitimationsfähigkeit zumißt.

III. Haushaltspolitik

Das Haushaltsregime über die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten, das der Vertrag von Lissabon aufrecht erhält, ist ein Verstoß gegen die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten, zumal gegen das demokratische Prinzip des Art. 1 B-VG, auch soweit dies als Baugesetz des österreichischen Verfassungsrecht unabänderlich ist.

1. Die Mitgliedstaaten haben die Haushaltshoheit, die wesentlicher Bestandteil der Wirtschaftshoheit ist, weitestgehend aufgegeben und damit das den demokratischen oder besser republikanischen Parlamentarismus geradezu definierende Budgetrecht des Parlaments (Art. 51 Abs. 1 B-VG)⁴⁴² in einer Weise eingeschränkt, welche die existentielle Staatlichkeit demokratiewidrig, ja staatswidrig aus der Hand gibt. Österreich hat nähere Regelungen im Konsultationsmechanismus (BGBl I 1999/35) und im Österreichischen Stabilitäts-

⁴⁴² R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 511 ff., S. 254 ff.; H. Mayer, B-VG, Art. 53, I.3; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 2, Staatliche Organisation, 1998, 21.044, S. 32; vgl. P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 134 ff.; für Deutschland BVerfGE 45, 1 (32); Th. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1981, Art. 110, Rdn. 3 ff (5); K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 589, S. 252, Rdn. 705, S. 294; K. Stern Staatsrecht I, S. 1004; ders., Staatsrecht II, 1980, S. 1064 ff. (zur Geschichte); G. Kisker, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, 1990, § 89, Rdn. 3 ff., 13.

pakt (BGBl I 1999/101) getroffen⁴⁴³. Art. 104 (126) AEUV bezweckt übermäßige öffentliche Defizite der Mitgliedstaaten zu unterbinden. Die Kommission hat das Recht, die Entwicklung der Haushaltslage, des öffentlichen Schuldenstandes, in den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Feststellung schwerwiegender Fehler zu überwachen. Insbesondere prüft sie die Einhaltung der Haushaltsdisziplin anhand der Kriterien des jährlichen Haushaltsdefizits, gemessen am Bruttoinlandsprodukt, nach dem Referenzwert von 3%, und den öffentlichen Schuldenstand, gemessen am Bruttoinlandsprodukt, nach dem Referenzwert von 60%. Die Haushaltsdisziplin ist jeweils gewahrt, wenn im ersten Fall das Verhältnis des öffentlichen Defizits zum Bruttoinlandsprodukt erheblich und laufend zurückgegangen ist und einen Wert in der Nähe des Referenzwerts erreicht hat oder der Referenzwert nur ausnahmsweise und vorübergehend überschritten wird und das Verhältnis in der Nähe des Referenzwerts bleibt, und im zweiten Fall, wenn das Verhältnis des öffentlichen Schuldenstands zum Bruttoinlandsprodukt hinreichend rückläufig ist und sich rasch genug dem Referenzwert nähert (Art. 104 (126) Abs. 2 AEUV). Die Referenzwerte sind in dem Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (12. Protokoll zum EU-Vertrag 1992) festgelegt. Das in den Absätzen 3 ff. des Art. 104 (126) AEUV näher geregelte Verfahren, hat die Kommission zu betreiben. Der Rat faßt auf Vorschlag oder Empfehlung der Kommission Beschlüsse, Entscheidungen oder Empfehlungen, gegebenenfalls mit besonders geregelter qualifizierter Mehrheit und gegebenenfalls ohne Berücksichtigung der Stimme des den betreffenden Mitgliedstaat vertretenden Mitglieds des Rates. Falls der betroffene Mitgliedstaat einem Beschluß nicht nachkommt, durch den er mit der Maßgabe in Verzug gesetzt wird, innerhalb einer bestimmten Frist Maßnahmen für den nach Auffassung des Rates zur Sanierung erforderlichen Defizitabbau zu erlassen (Absatz 9 des Art. 104 (126) AEUV), kann der Rat nach Absatz 11 dieser Vorschrift be-

⁴⁴³ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 511, S. 254; P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 418 ff.; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 2, Staatliche Organisation, 21.063, S. 40 f.; H. Mayer, B-VG, Art. 51, Vorbem.

stimmte Maßnahmen anzuwenden oder gegebenenfalls zu verschärfen beschließen, unter anderem nach Teilstrich 3 von dem Mitgliedstaat verlangen, eine unverzinsliche Einlage in angemessener Höhe bei der Union zu hinterlegen, bis der Rat der Ansicht ist, daß das übermäßige Defizit korrigiert worden ist, und nach Teilstrich 4 Geldbußen in angemessener Höhe verhängen.

2. Durch den Stabilitäts- und Wachstumspakt vom 17. Juni 1997 sind im Interesse der Stabilität des Euros die Befugnisse verschärft worden⁴⁴⁴. Insbesondere ist die Höhe der Geldbuße dahin festgelegt worden, daß der Mitgliedstaat, dessen Haushaltspolitik defizitär ist, 0,2 % (und eine variable Komponente) des Bruttoinlandsprodukts zu erbringen hat, die zur Geldbuße umgewandelt wird, wenn das übermäßige Defizit nicht zwei Jahre nach dem Einlagebeschluß korrigiert ist⁴⁴⁵. Weiterhin sollte der Rat entgegen Absatz 11 des Art. 104 EGV kein Sanktionsermessen haben, sondern zu Sanktionsmaßnahmen quasi automatisch auf Grund des Defizits des Mitgliedstaates verpflichtet sein. Der Stabilitäts- und Wachstumspakt war schon deswegen problembehaftet, hat aber auch die Kompetenzordnung des Vertrages verletzt, weil die wesentliche Materie des Stabilitäts- und Wachstumspaktes durch den Europäischen Rat festgelegt worden war, der nach Art. 4 Abs. 1 EUV nicht befugt war, verbindliche Rechtsakte zu erlassen⁴⁴⁶. Dem Stabilitäts- und Wachstums-

⁴⁴⁴ Dazu *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Verfassungsbeschwerde und Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Währungspolitik der Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG vom 12. Januar 1998, Teil C, III, 3, S. 123 ff., D, VI, S. 316 ff., die sich in Sachen 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98 in den Akten des Bundesverfassungsgerichts befindet.

⁴⁴⁵ Art. 12 und 13 der VO (EG) Nr. 1467/97 des Rates vom 7.7.1997 (ABl. EG, Nr. L 209/6 ff. v. 02.08.1997).

⁴⁴⁶ Dazu *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Verfassungsbeschwerde und Antrag auf einstweilige Anordnung gegen die Währungspolitik der Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 38 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG vom 12. Januar 1998, Teil D, VI, 1, 2, S. 316 ff.

pakt wird eine hohe politische Verbindlichkeit zugemessen⁴⁴⁷. Die Kommission hat auf seiner Grundlage Sanktionsmaßnahmen gegen Deutschland wegen dessen Haushaltsdefizits im Jahre 2002/2003 durchzusetzen versucht und ist damit im Rat gescheitert. Der Gerichtshof hat die Klage der Kommission gegen den Rat als unzulässig abgelehnt, aber die Schlußfolgerungen des Rates, mit denen dieser das Defizitverfahren aussetzen wollte, für nichtig erklärt⁴⁴⁸. Mehrere Mitgliedstaaten waren jahrelang nicht in der Lage, das verbotene Defizit abzuwenden, insbesondere nicht Deutschland und Frankreich. Sanktionen haben sich gegen diese Mitgliedstaaten nicht durchsetzen lassen. Die Voraussetzungen für die Feststellung des öffentlichen Haushaltsdefizits und des übermäßigen öffentlichen Schuldenstandes sind von den Regierungschefs in der Regierungskonferenz vom 22./23. März 2005 durch einfachen Beschluß geändert worden⁴⁴⁹. Insbesondere soll Deutschland nach näheren Kriterien die Transferleistungen in die neuen Länder und die Nettozahlungen an die Europäische Union bei der Berechnung des Haushaltsdefizits und des Schuldenstandes berücksichtigen können⁴⁵⁰. Der vom damaligen Kommissionspräsidenten Romano Prodi öffentlich als „stupido“ bezeichnete Stabilitäts- und Wachstumspakt ist dadurch zumindest in zentralen Teilregelungen geändert und in der Sache für obsolet erklärt worden.

3. Für den Verlust der Mitgliedstaaten an existentieller Staatlichkeit und als Baustein der existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union ist die Ein-

⁴⁴⁷ Vgl. die Erklärung der Schlußakte zu Artikel 104 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union: „Der Stabilitäts- und Wachstumspakt ist ein wichtiges Instrument für die Verwirklichung dieser Ziele“ (Wachstum und solide Haushaltslage). „Die Konferenz bekennt sich erneut zu den Bestimmungen über den Stabilitäts- und Wachstumspakt als Rahmen für die Koordinierung der Haushaltspolitik in den Mitgliedstaaten“.

⁴⁴⁸ EuGH v. 13.07.2004 – Rs. C-27/04 (Kommission/Rat), Rdn. 29 ff., 44 ff., 81, 92; *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 104 EGV, Rdn. 23, 119.

⁴⁴⁹ Vgl. die ÄnderungsVOen (EG) Nr. 1055 und 1056 des Rates vom 26.06.2005 (ABl. 2005 L 174/1 und L 174/5); dazu *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 104 EGV, Rdn. 126 ff.

⁴⁵⁰ *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 104 EGV, Rdn. 125 f.

schränkung der Haushaltshoheit und damit der Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten durch das haushaltsrechtliche Defizitregime der Union wesentlich. Art. 104 EGV zwingt den Mitgliedstaaten eine bestimmte monetaristische Theorie der Stabilität der Wirtschaft als Verfassungs(vertrags)recht auf. Diese Theorie mißt der Preisstabilität den Vorrang einer wirtschaftlichen Stabilität zu und verpflichtet darum die Währungspolitik vorrangig auf die Preisstabilität (Art. 105 Abs. 1 EGV/(127 Abs. 1) AEUV). Die Preisstabilität scheint dieser Theorie aber schon gewährleistet, wenn die Staaten übermäßige öffentliche Defizite vermeiden, preisniveaustabilisierende Geld- und Kreditpolitik vorausgesetzt⁴⁵¹. Dieser Theorie steht bekanntlich die fiskalistische, keynesianische Theorie gegenüber, die in bestimmten Wirtschaftslagen, zumal bei hoher Arbeitslosigkeit, öffentliche Defizite und öffentliche Schulden in begrenztem Umfang (deficit spending, antizyklische Fiskalpolitik) für notwendig erachtet, um mittels des Wachstums der Wirtschaft die Beschäftigung und letztlich die Preise zu stabilisieren. Demgemäß ermöglicht in Deutschland § 6 Abs. 2 StabWG, bei einer die Ziele des § 1 StabWG gefährdenden Abschwächung der allgemeinen Wirtschaftstätigkeit zusätzliche Ausgaben zu leisten, und § 6 Abs. 3 StabWG, zu diesem Zweck Kredite über die im Haushaltsgesetz erteilten Kreditermächtigungen hinaus bis zur Höhe von „fünf Milliarden Deutsche Mark“ aufzunehmen. Der Keynesianismus wirft dem Monetarismus vor, die Preisstabilität zu Lasten der Beschäftigung zu präferieren und hält moderate Defizite der öffentlichen Hand in bestimmten Wirtschaftslagen für geboten, um Wachstum und Beschäftigung zu fördern. Inwieweit die gegenwärtige Wirtschaftsentwicklung in Deutschland die Richtigkeit der keynesianischen Theorie, jedenfalls für bestimmte Wirtschaftslagen, beweist, ist in der ökonomischen Wissenschaft heftig umstritten. Die Frage stellt sich auch für Österreich. Unbestritten ist, daß das mittels des Sozialprinzips und des Prinzips des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art.

⁴⁵¹ O. Issing, *Gesunde Finanzen – stabile Währung – Erfordernisse in Deutschland und Europa*, Deutsche Bundesbank, Auszüge aus Presseartikeln, Nr. 19 vom 26.3.1996, S. 4; vgl. W. Hankel u.a., *Die Euro-Klage*, S. 70 ff.; dazu H.-M. Hänsch, *Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip*, S. 201.

13 Abs. 2 B-VG) verfassungsrangige wirtschaftliche Stabilitätsprinzip der keynesianischen Theorie⁴⁵² jedenfalls nicht entgegensteht. Schließlich ist der in Österreich wie in Deutschland maßgebliche wirtschaftliche Stabilitätsbegriff nicht durch den Vorrang der Preisstabilität bestimmt, sondern durch die Gleichrangigkeit der Ziele des magischen Vierecks, wie es in Deutschland § 1 des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes von 1967 und in Österreich § 2 Abs. 2 BHG⁴⁵³ definiert, nämlich durch die gleichrangigen Ziele der Stabilität des Preisniveaus, des hohen Beschäftigungsstandes, des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts und des stetigen und angemessenen Wachstums im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung. Diese Ziele, welche die Wirtschaftspolitik gleichzeitig anzustreben hat⁴⁵⁴, haben Verfassungsrang, auch in Österreich. Das ergibt sich schon aus dem Sozialprinzip, welches vornehmlich dem Beschäftigungsziel Verfassungsrang gibt, aber auch den Zielen der Preisstabilität und des Wachstums⁴⁵⁵. Das gilt aber wegen der internationalen Interdependenz der Wirtschaft auch für das außenwirtschaftliche Gleichgewicht, also

⁴⁵² *J. M. Keynes*, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London 1936; vgl. dazu *W. Hankel*, *Keynes – und die Agenda 2010*, FS U. Jens, i.E. (in der Anlage beige-fügt); kritisch *J. Starbatty*, *Stabilitätspolitik in der freiheitlich-sozialstaatlichen Demokratie*, 1977, S. 20 ff.; *H.-M. Hänsch*, *Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip*, S. 152 f.

⁴⁵³ *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 515, S. 256, Rdn. 542, S. 268; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, *Österreichisches Staatsrecht*, Bd. 1, Grundlagen, 10.019, S. 133.

⁴⁵⁴ *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 515, S. 256; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, *Österreichisches Staatsrecht*, Bd. 1, Grundlagen, 10.019, S. 133; i.d.S. BVerfGE 79, 311 (339); *K. Vogel/M. Wiebel*, BK, GG, Art. 109 (Zweitbearbeitung, 1972), Rdn. 112 ff.; *H.-M. Hänsch*, *Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip*, S. 181 ff.

⁴⁵⁵ *K. Stern*, *Staatsrecht*, Bd. II, 1980, S. 1078 ff.; *G. Kisker*, *Staatshaushalt*, HStR, Bd. IV, § 89, Rdn. 18; *K. A. Schachtschneider*, *Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip*, S. 314 ff.; *ders.*, *Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit*, S. 294 ff.; *H.-M. Hänsch*, *Wirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip*, S. 142 ff., 157 ff.; vgl. BVerfGE 79, 311 (338 f.), das den Begriff gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht offenhält.

den Zahlungs- und den Leistungsbilanzausgleich. Es gibt keine wirtschaftliche Stabilität, wenn eines der Ziele verfehlt wird, wie gegenwärtig durch die dramatische Arbeitslosigkeit, jedenfalls in Deutschland⁴⁵⁶, die nach (fast) allgemeiner Auffassung nur durch Wachstum überwunden werden kann. Das skizzierte wirtschaftliche Stabilitätsprinzip folgt auch aus dem Eigentumsrecht⁴⁵⁷. Die Festlegung im Vertrag von Lissabon (Art. 104 (126) AEUV) auf die monetaristische Theorie widerspricht in ihrer einseitigen Ausrichtung dem verfassungsrangigen wirtschaftlichen Stabilitätsprinzip, welches als Teilprinzip des Sozialprinzips zu den Baugesetzen Österreichs gehört.

4. Mit der Haushaltshoheit ist die Wirtschaftshoheit existentiell eingeschränkt. Ein Mitgliedstaat der keine eigenständige Haushaltspolitik zu machen berechtigt ist, sondern dem selbst zu Lasten einer existentiellen Beschäftigungslage verboten ist, gegebenenfalls notwendige, durch öffentliche Schulden finanzierte konjunkturpolitischen Maßnahmen zu ergreifen, hat einen wesentlichen Teil existentieller Staatlichkeit aufgegeben.

5. Das völkervertragliche Defizitverbot widerspricht im übrigen der Konzeption des Art. 51a Abs. 2 B-VG, der es erlaubt, Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten zu dürfen, Ausnahmen zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu machen. Die Existentialität der Haushaltshoheit als Teil der Wirtschaftshoheit zeigt sich in der gegenwärtigen Wirtschaftslage Deutschlands mit aller Deutlichkeit. Sie erweist sich auch in der demokratiepolitischen Substanz des Budgetrechts des Parlaments (Art. 51 Abs. 1 B-VG), das wegen der haushaltspolitischen Beschränkung durch das Unionsrecht gehindert ist, seine Verantwortung für das Wohl des Landes wahrzunehmen.

⁴⁵⁶ Dazu das deutsche Bundeswirtschaftsministerium BT Drs. V/2511, S. 23 (0,8 %); i.d.S. *K.-H. Hansmeyer*, in: *Stern/Münch/Hansmeyer, StWG*, 2. Aufl. 1972, S. 128; *A. Möller*, *StWG*, 2. Aufl. 1969, § 1, Rdn. 10; vgl. *H.-M. Hänsch*, *Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip*, S. 176 f.

⁴⁵⁷ *K. A. Schachtschneider*, *Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip*, S. 318 ff.

IV. Beschäftigungspolitik

Die Beschäftigungspolitik des Titels VIII, des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 125 ff. (145 ff.) AEUV ist mit dem durch das Sozialprinzip geschützten Prinzips der hohen Beschäftigung⁴⁵⁸ auch insoweit unvereinbar, als das Sozialprinzip als Baugesetz der demokratischen Republik Österreich unantastbar ist.

1. In den Bereich der Wirtschaftshoheit gehört auch die Beschäftigungspolitik. Die Beschäftigungspolitik ist zunächst Sache der Unternehmen, aber auch Sache der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, welche diese durch ihre Tarifpolitik wesentlich beeinflussen⁴⁵⁹. Die Beschäftigungspolitik hat im Unionsrecht ausweislich des Art. 105 Abs. 1 EGV/(127) AEUV gegenüber der Währungspolitik keinen Vorrang, obwohl die Union durch „einen in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ auf „Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ (Art. 2 (3) Abs. 3 UAbs. 1 EUV). Grundlage der „nachhaltigen Entwicklung Europas“ soll ein „ausgewogenes Wirtschaftswachstum“ und „Preisstabilität“ sein (Art. 2 (3) Abs. 3 UAbs. 1 EUV). Die wirtschaftspolitische Zielsetzung des Vertrages von Lissabon bleibt somit im Kern bei der monetaristischen Konzeption von Markt, Wettbewerb und Preisstabilität. Die Marktwirtschaft soll zwar „sozial“ sein, wird es aber nur sein können, wenn sie in der globalisierten Wirtschaft (wider Erwarten) erfolgreich ist; denn sie soll „in hohem Maße wettbewerbsfähig“ sein, nicht etwa in Europa oder gar in Österreich oder Deutschland, für das *Ludwig Erhard* und *Alfred Müller-Armack* den Begriff der sozialen Marktwirtschaft geprägt haben

⁴⁵⁸ *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff.; *ders.*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit?, GS J. G. Helm, S. 827 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff., insb. S. 296, 305 ff.; vgl. auch *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 85 f., 101 f.; *ders.*, Aspekte einer Verfassungslehre der Arbeit, AöR 109 (1984), S. 630 ff.

⁴⁵⁹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Flächentarife und die Soziale Frage, GS W. Blomeyer, S. 254 ff.

und prägen konnten und wegen des Sozialprinzips prägen mußten, sondern in der Welt; denn der Grundsatz ist die „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 98 (120) AEUV). In dieser Konzeption ist das Soziale eine nachrangige Zielsetzung, von der erhofft wird, daß die neoliberale Wirtschaftsordnung des Binnenmarktes sie von selbst verwirklicht, wie das in Art. 136 (151) Abs. 3 AEUV sogar ausgesprochen wird – eine Illusion, jedenfalls keine verfassungsgemäße Wirtschaftsverfassung.

Zwar gehört ein hohes Beschäftigungsniveau gemäß Art. 127 (147) AEUV zu den Zielen der Union, zu denen diese nach Absatz 1 dieser Vorschrift aber lediglich durch Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und Unterstützung von deren Maßnahmen beiträgt, die Maßnahmen der Mitgliedstaaten erforderlichenfalls ergänzen soll, und das die Union nach Absatz 2 der Vorschrift bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen berücksichtigen soll. Aber die Beschäftigungspolitik hat sich in die Grundzüge der Wirtschaftspolitik des Vertrages von Lissabon (Art. 99 (121) AEUV) einzufügen (Art. 126 (146) AEUV), wie auch die Leitlinien des Rates nach Art. 128 (148) Abs. 2 AEUV, welche die Mitgliedstaaten in ihrer Beschäftigungspolitik zu berücksichtigen haben, mit den Grundsätzen nach Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV im Einklang stehen müssen. Diese Leitlinien binden nach Absatz 3 des Art. 128 (148) AEUV die Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten, vermögen diese also auch zu behindern. Wesentlich geht es um die internationale Verwertbarkeit des Kapitals aufgrund der in der Union bereitstehenden Ressourcen. Globale Unternehmensbetätigung begünstigt die Kapitalverwertung, weil sie die Arbeit zur Ware macht und die Gewerkschaften schwächt. Das ist die Logik des Grundsatzes der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, aber auch die Logik des Binnenmarktes, zumal eines der Grundprinzipien des Binnenmarktes der weltweit offene Kapitalverkehr gemäß Art. 56 Abs. 1 EGV/(63) AEUV) ist⁴⁶⁰. Während also die Vollbeschäftigung in Österreich durch das Sozial(staats)prinzip höchsten Verfassungsrang hat, hat das hohe Beschäftigungsniveau nach dem Vertrag von Lissabon un-

⁴⁶⁰ Dazu K. A. Schachtschneider, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 253 ff.

tergeordnete Bedeutung. Die Mitgliedstaaten, auch Österreich, müssen aber auch bei ihrer Beschäftigungspolitik die verbindlichen Grundzüge nach Art. 99 (121) Abs. 2 AEUV und die Leitlinien nach Art. 128 (148) Abs. 2 AEUV berücksichtigen, so daß sie an einer gezielten Beschäftigungspolitik gehindert sind, auch wenn diese von den nationalen Parlamenten, auch vom Nationalrat, für richtig und geboten erachtet würden. Die vom Sozialprinzip gebotene Beschäftigungspolitik mit zumindest gleichem Rang wie die Politik der Preisstabilität läßt der Verfassungsvertrag nicht zu. Er erhofft sie aufgrund der (fragwürdigen) monetaristischen Theorie.

2. Die Mitgliedstaaten sind des weiteren durch die Grundfreiheiten, aber auch durch das wettbewerbsrechtliche Beihilferegime nach Art. 87 ff. EGV/(108 ff.) AEUV) an einer eigenständigen Beschäftigungspolitik gehindert. Hinzu kommt die dramatische Wirkung der globalen Integration der Wirtschaft für die Beschäftigungslage in einem (bislang) hoch entwickelten Sozialstaat wie Österreich, welche aber Österreich (genausowenig wie die anderen Mitgliedstaaten) nicht eigenständig verändern kann, weil die Außenwirtschaftspolitik in die (sogar) ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. 2b (3) Abs. 1 lit. e AEUV, „Gemeinsame Handelspolitik“, fällt, näher geregelt in Art. 188b und Art. 188c AEUV (bislang Art. 131 ff. EGV)⁴⁶¹. Als Standortpolitik der Mitgliedstaaten wie Österreich, die im weltweiten Vergleich ein hohes Lohnniveau haben und insbesondere mit einem hohen Sozialniveau leben, bleiben vom Vertrag von Lissabon nur Maßnahmen erlaubt, welche die Lohnkosten senken und das Sozialniveau abbauen⁴⁶². Eine derarti-

⁴⁶¹ Schon bisher hat die Europäische Gemeinschaft gemäß der AETR-Judikatur (vgl. EuGH v. 31.03.1971 – Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263) weitestgehend die ausschließliche Zuständigkeit in der Handelspolitik, auch für die handelspolitischen Abkommen, in Anspruch genommen; vgl. *M. Hahn*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 133 EGV, Rdn. 5 ff.; Kritik *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7 III.

⁴⁶² Ganz so *H.-W. Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, S. 143 ff. („Arbeitsmarkt im Würgegriff der Gewerkschaften“), S. 187 ff. („Der Sozialstaat: Mächtigster Konkurrent der Wirtschaft“), 311 ff. („Der Steuerstaat: Faß ohne Boden“), 521 ff. („Programm für den Neuan-

ge Reduktion der parlamentarischen und gouvernalen politischen Gestaltungsmöglichkeiten Österreichs ist von der Wirtschaftsordnung der demokratischen Republik Österreich, die sozial sein muß, nicht gestattet und trifft diese in ihrem Kern.

3. Weiteres Hindernis für eine Beschäftigungspolitik der betroffenen Mitgliedstaaten ist die Währungsunion, die wegen ihrer in jedem dieser Mitgliedstaaten unterschiedlich wirkenden, für alle Teilnehmer der Währungsunion identischen Leitzinsen, jedenfalls für Österreich wie auch Deutschland verheerende beschäftigungspolitische Auswirkungen hat, weil die hohen Realzinsen in Österreich wie in Deutschland angesichts einer partiellen und tendenziellen Deflation trotz bereichsweiser Preissteigerung (Teuerung) nicht durch stark inflationäre Entwicklungen, wie in anderen Mitgliedstaaten (etwa Italien, Spanien, Portugal, Griechenland, Irland) gemäßigt werden, so daß die Investitionsentscheidungen der Unternehmer gegen den Standort Österreich wie auch Deutschland ausfallen⁴⁶³.

4. Insgesamt sind der Beschäftigungspolitik, jedenfalls Österreichs wie auch Deutschlands, engste Fesseln angelegt, welche die Wirtschaftshoheit in einer Weise einschränken, welche die existentielle Staatlichkeit tiefgreifend beeinträchtigt. Die Propaganda hat versprochen, daß der Maastricht-Vertrag und vor allem die Währungsunion viele Arbeitsplätze schaffen würden. Die Entwicklung beweist, jedenfalls für Deutschland, das Gegenteil. In Österreich ist die Beschäftigungslage aus spezifischen Gründen ähnlich dem des Freistaates Bayern (noch) günstiger. Obwohl es kein anderes Thema in Deutschland gibt, das die Öffentlichkeit mehr bewegt, als das der Arbeitslosigkeit, haben die Bemühungen um eine höhere Beschäftigung nichts bewirkt. Sie werden auch weiterhin nichts bewirken, weil der deutschen wie in der österreichischen Po-

fang“), der eine Wende der Globalisierungspolitik zu thematisieren von vornherein abweist, S. 98 ff.

⁴⁶³ Vgl. *W. Hankel*, Euro – der Integrationsbruch, in: ders. u.a., *Die Euro-Illusion*, S. 215 ff., 285 ff.; *ders.*, *Die Euro-Lüge und andere volkswirtschaftliche Märchen*, 2007.

litik wirksame Maßnahmen durch die Integration in die Europäische Union seit dem Maastricht-Vertrag, weiterentwickelt durch die Verträge von Amsterdam und Nizza, verwehrt sind. Diese (Fehl)Entwicklung wird durch den Vertrag von Lissabon nicht nur fortgeführt, sondern dadurch verfestigt und verstärkt, daß letzterer einen Bundesstaat begründet, dessen existentielle Staatlichkeit weiter ausgebaut wird, ohne freilich die Legitimation eines existentiellen Staates zu gewinnen.

5. Symptomatisch ist, daß entgegen den Menschenrechten, nämlich Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, Art. 1 der Europäischen Sozialcharta von 1961, Art. 6 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 und entgegen den Verfassungen der meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union, aber auch entgegen dem Sozialprinzip und richtigerweise entgegen der Eigentumsgewährleistung⁴⁶⁴ die Grundrechtecharta der Europäischen Union kein Recht auf Arbeit anerkennt, in der durchaus begründeten Einschätzung, daß die Wirtschaftsverfassung der Union einer Vollbeschäftigung und damit einem Recht auf Arbeit für alle keine Chance läßt. Ein solches Recht auf Arbeit schafft die Pflicht des Staates, eine vorrangige Politik der Vollbeschäftigung zu betreiben, die nach dem Vertrag von Lissabon, wie dargestellt, nicht nur nicht möglich, sondern nicht vorgesehen ist; denn den Primat hat die Preisstabilität, wie das dem Kapitalinteresse entspricht. Art. 15 der Grundrechtecharta kennt nur ein Recht zu arbeiten, nicht aber ein Recht auf Arbeit.

V. Sozialpolitik

Die zur Wirtschaftspolitik und zur Beschäftigungspolitik (I, IV) dargelegte Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union läßt wenig Spielraum für eine Sozialpolitik, welche den Zielen der Union nach Art. 2 (3) Abs. 3 EUV ent-

⁴⁶⁴ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Recht auf Arbeit – Pflicht zu Arbeit, GS J. G. Helm, S. 827 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

spricht. Demnach bleibt die Verantwortung für die Verwirklichung des Sozialprinzips weitestgehend bei den Mitgliedstaaten, denen allerdings durch den Vorrang neoliberaler Wirtschaftsprinzipien, insbesondere dem Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb, den Grundfreiheiten des Binnenmarktes, der währungspolitischen Preisstabilität und anderes mehr die Hände gebunden sind.

Dennoch hat die Union weitestgehende Möglichkeiten der Sozialpolitik, die dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung widersprechen, nämlich nach Art. 2c (4) Abs. 2 lit. b AEUV die geteilte Zuständigkeit für die „Sozialpolitik hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte“, aber auch die Zuständigkeit nach lit. c dieser Vorschrift für den „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“. Die sozialpolitischen Ziele sind in Art. 136 (151) Abs. 1 AEUV denkbar weit geregelt, nämlich „die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen.“ Hinzu kommen die in Art. 137 (153) Abs. 1 AEUV aufgelisteten Bereiche, in denen die Union zur Verwirklichung der soeben genannten Ziele die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten unterstützt und ergänzt, nämlich: Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer (lit. a), die Arbeitsbedingungen (lit. b), die soziale Sicherheit und der soziale Schutz der Arbeitnehmer (lit. c), Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrages (lit. d), Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (lit. e), Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 6 (lit. f), Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen dritter Länder, die sich rechtmäßig im Gebiet der Gemeinschaft aufhalten (lit. g), berufliche Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen, insbesondere des Artikel 150 (lit. h), Chancengleichheit von Frauen und Männern auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz (lit. i), Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung (lit. j), Modernisierung der Systeme des sozialen

Schutzes, unbeschadet des Buchstaben c (lit. k). Wenn auch Art. 137 (153) AEUV nicht „für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht, sowie das Aussperrungsrecht“ gilt (Absatz 6), so sind das doch „genannte Aspekte“, so daß das Arbeitsentgelt- und Arbeitskämpfrecht, d.h. die Tarifautonomie, nicht aus der Zuständigkeit der Union ausgenommen sind. Die genannten Ziele und Bereiche erfassen so gut wie alle Aspekte der Sozialpolitik einschließlich der Arbeitspolitik. Das ermöglicht der Union, sich nach der Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV Befugnisse zu geben, welche über die Befugnisse des Art. 137 (153) Abs. 2 AEUV hinaus gehen, und auch andere geeignete Maßnahmen zu treffen. Im übrigen gehört die Sozialpolitik in den Dritten Teil des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (als Titel IX), der im vereinfachten Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 6 EUV durch Beschluß des Europäischen Rates ohne (primärrechtlich notwendige) Zustimmung der nationalen Gesetzgebungsorgane umgestaltet werden kann, weil die Zuständigkeit für die Sozialpolitik, wie dargelegt, äußerst weit ist. Deswegen vermag auch Absatz 6 des Art. 137 (153) AEUV eine Politik, welche die Staats- und Regierungschefs durchsetzen wollen, nicht zu verhindern. Nicht einmal das Harmonisierungsverbot des Absatz 3 der Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) AEUV ist einschlägig, weil Art. 137 (153) Abs. 6 AEUV kein Harmonisierungsverbot formuliert, die Ziele aber, welche für die Flexibilitätsklausel maßgeblich sind, in einem anderen Artikel, nämlich Art. 136 (151) Abs. 1 AEUV, genannt sind.

Letztlich steht das gesamte Arbeits- und Sozialrecht zur Disposition der Europäischen Union. Das hat für sich, daß Sozialpolitik nicht von den Wirtschafts- und Währungspolitik getrennt werden kann. Nur eine Wirtschafts- und Währungsunion kann erfolgreich sein, die zugleich Sozialunion ist⁴⁶⁵. Diese Einheit ist auch durch das wirtschaftsverfassungsrechtliche Leitprinzip

⁴⁶⁵ W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty, Die Euro-Klage, S. 192 ff., 247 ff.; W. Nölling, Euro – der Sozialstaatsbruch, in: W. Hankel, u.a., Die Euro-Illusion, S. 107 ff.; K. A. Schachtschneider, Ohne Sozialunion keine erfolgreiche Währungsunion, daselbst, S. 47 ff.

Österreichs, das Sozialprinzip, geboten. Die gegenwärtige Vertragslage, die durch den derzeitigen Text des Vertrages von Lissabon nicht wesentlich geändert wird, schafft einen unvollkommenen Staat, der der höchststrängigen sozialen Zielsetzung einer Republik nicht gerecht werden kann. Der Union aber wird durch den Vertrag der Weg geebnet, auch die Sozialpolitik im umfassenden Sinne zu übernehmen und damit auch Sozialunion zu werden, also die existentielle Staatlichkeit nicht nur im Bereich der Wirtschaft und der Währung, sondern auch im Bereich des Sozialen an sich zu ziehen. Die Entwicklung der Sozialpolitik ist angesichts des globalen Umbruchs der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse denkbar ungewiß, die Sozialpolitik der Union demgemäß weder voraussehbar noch von den nationalen Parlamenten verantwortbar. Die Sozialpolitik wird durch den Vertrag von Lissabon (wie schon durch den Gemeinschaftsvertrag) von der demokratischen Legitimation der Völker abgekoppelt, obwohl gerade die Sozialpolitik unabdingbar der demokratischen Legitimation bedarf. Das demokratische Prinzip ist der Motor der sozialen Gerechtigkeit. Sowohl die Entwicklung der europäischen Integration zu existentiellen Staatlichkeit ohne die demokratische Legitimation eines Volkes widerstreitet der sozialpolitischen Zielsetzung der Union als auch das Prinzip der begrenzten Ermächtigung.

Die Koordinierungsaufgabe, welche der Kommission durch Art. 140 (156) AEUV übertragen ist, erweist die umfassende sozialpolitische Verantwortung der Union; denn sie umfaßt die Gebiete der Beschäftigung, des Arbeitsrechts und der Arbeitsbedingungen, der beruflichen Ausbildung und Fortbildung, der sozialen Sicherheit, der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten, des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit und des Koalitionsrechts und der Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Umfassender läßt sich der Bereich des Arbeits- und Sozialrechts kaum benennen. Koordinierungsmaßnahmen der Union haben nicht nur hohe politische Verbindlichkeit, sondern auch erhebliche rechtliche Relevanz, weil der Gerichtshof der Europäischen Union die Unionspolitik, die in den Koordinierungsmaßnahmen zum Ausdruck kommt, als Rechtfertigung für sonstige Politiken der Union genügen läßt. Das materielle Legitimationsgeflecht der Verträge überdeckt ohnehin weitestgehend den gesamten Bereich staatlicher Politik, so

daß es nicht mehr nachvollziehbar ist, der Union den Charakter als Staat abzusprechen. Die Staatseigenschaft (wenn auch nicht die eines existentiellen Staates, der ein verfaßtes Volk voraussetzt) kann nicht mit dem Begriff der Supranationalität als einer neuen Form, Hoheitsgewalt gemeinschaftlich auszuüben, verdrängt werden. Diese Supranationalität ist nichts anderes als Staatseigenschaft und Staatlichkeit. Die Union verfügt sogar über Aufgaben und Befugnisse existentieller Staatlichkeit, wie gezeigt auch im Bereich der Sozialpolitik. Mit dem demokratischen Prinzip des Art. 1 B-VG, soweit dieses nicht zur Disposition der Staatsorgane steht, ist das schlechterdings nicht vereinbar.

Schlußbemerkung zu C

Die Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion hat im Verbund mit der Haushaltshoheit die existentielle Staatlichkeit Österreichs wie die der anderen Mitgliedstaaten weitestgehend zugunsten der existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union aufgehoben. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung ist gänzlich bedeutungslos.

D.

Unionspolitik der inneren Sicherheit als existentielle Entstaatlichung der Mitgliedstaaten

Gemäß Art. 2 (3) Abs. 2 EUV bietet die Union „ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Außengrenzen das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist“, der bislang nach Art. 2 Abs. 1 Sp. 4 EUV nur als Ziel formuliert worden war. Titel IV des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union regelt in Art. 61 (67 ff.) den „Raum der Frei-

heit, der Sicherheit und des Rechts“. Ein Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist nach klassischer Definition ein Staat. *Kant* lehrt:

„Der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. So fern diese als Gesetze a priori notwendig, d. i. aus Begriffen des äußeren Rechts überhaupt von selbst folgend (nicht statutarisch) sind, ist seine Form die Form eines Staates überhaupt, d. i. der Staat in der Idee, wie er nach reinen Rechtsprinzipien sein soll, welche jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinsamen Wesen (also im Inneren) zur Richtschnur (norma) dient. Ein jeder Staat enthält drei Gewalten in sich, d. i. den allgemein vereinigten Willen in dreifacher Person (trias politica): die Herrschergewalt (Souveränität), in der des Gesetzgebers, die vollziehende Gewalt, in der des Regierers (zu Folge dem Gesetz) und die rechtsprechende Gewalt (als Zuerkennung des Seinen eines jeden nach dem Gesetz), in der Person des Richters (potestas legislativa, rectoria et iudicaria)“.⁴⁶⁶

Nicht erst seit dem Vertrag von Lissabon verfügt die Europäische Union über Gesetzgebungsgewalt (Kommission, Rat und Europäisches Parlament), vollziehende Gewalt (Kommission und auch Rat) und rechtsprechende Gewalt (Gerichtshof). Die Staatsqualität der Europäischen Union wurde bisher trotzdem abgelehnt⁴⁶⁷, weil sie mit der existentiellen Staatseigenschaft und existentiellen Staatlichkeit („Souveränität“) der Mitgliedstaaten unvereinbar ist. Diese Problematik wurde demokratierechtlich mit der Fiktion der begrenzten Ermächtigung zu lösen versucht. Weil die Außen- und Sicherheitspolitik (dazu G) und weitgehend die Politik der inneren Sicherheit, sowie die Koordinierung der Justizpolitik in den Aufgaben- und Befugnisbereich der ‚supranational‘ verfaßten Union übertragen ist, verfügt diese, herkömmlich formuliert, über innere und äußere Souveränität mit allen klassischen Staatsaufga-

⁴⁶⁶ *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 431(A 165 B 195); dazu *K. A. Schachtschneider*, *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 75 ff.

⁴⁶⁷ BVerfGE 89, 155 (188 ff); dazu *K. A. Schachtschneider*, *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 87 ff.; richtig aber *J. Sack*, *Die Staatswerdung Europas – kaum eine Spur von Stern und Stunde. Der Entwurf einer Verfassung für Europa in seinen tragenden Teilen kritisch abgeklopft und bewertet*, *Der Staat* 44 (2005), S. 67 ff.; dazu näher A, III.

ben. Supranationalität⁴⁶⁸ ist das Wort für die Staatlichkeit der Union, die fraglose Hoheitsgewalt nicht als Staatsgewalt deklariert, weil dieser Unionsstaat vor allem mangels demokratischer Legitimation kein Staat sein darf, schon gar nicht ein Staat mit existentieller Staatlichkeit. Dem stehen in Österreich Art. 1 B-VG und in Deutschland Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, Art. 79 Abs. 3 GG entgegen. Freiheit und Sicherheit sind der Existenzzweck von Staaten⁴⁶⁹. Der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ stellt klar, daß die Europäische Union nicht nur über einen Staatszweck, sondern auch über ein eigenes Staatsgebiet verfügt und neben den Mitgliedstaaten Gebietshoheit beansprucht.

Nach Art. 61a (68) AEUV „legt der Europäische Rat die strategischen Leitlinien für die gesetzgeberische und operative Programmplanung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts fest“. Diese Bestimmungen der Richtlinien der Politik binden die gesetzgebenden Unionsorgane, sind aber in dieser Bindung nicht demokratisch legitimiert. Die Politik des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts greift durchgehend in Grundrechte ein und unterliegt dadurch dem Gesetzesvorbehalt nach den Verfassungsgesetzen der Mitgliedstaaten, jedenfalls nach dem Grundgesetz. Die Rechtsakte der Union beanspruchen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten, auch vor deren

⁴⁶⁸ Zur Supranationalität der europäischen Hoheit *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.023 ff., S. 222 ff.; *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, S. 40 ff.; *M. Zuleeg*, Wandlungen des Begriffs der Supranationalität, *Integration* 1988, 103 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898, 904, 905 f.; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Kontrolle der auswärtigen Staatsgewalt, *Aussprache*, *VVDStRL* 56 (1997), S. 100 f.; ablehnend polnischer Verfassungsgerichtshof, Urteil vom 11.05.2005 (Akz.: K 18/04), *EuR* 2006, S. 236 (241 f.).

⁴⁶⁹ *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 545 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 100 ff.; *Ch. Link*, *Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz*, *VVDStRL* 48 (1990), S. 19 ff., 27 ff., 42 ff.; *G. Ress*, daselbst zum nämlichen Thema, S. 83 ff., 98 ff.; *J. Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 3 ff.; *ders.*, *Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates*, *JZ* 1999, 265 (268 ff.).

Verfassungsgesetzen⁴⁷⁰ (17. Erklärung zum Vertrag von Lissabon). Abgesehen davon, daß die Gesetzgebung der Union nicht demokratisch legitimiert ist, soweit sie nicht dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung genügt und darum durchgehend das Gesetzlichkeitsprinzip des Rechtsstaates verletzt, mißachtet die Bindung der Unionsgesetzgebung an strategischen Leitlinien des Europäischen Rates auch ein Gesetzlichkeitsprinzip der Union, wie es auch in Art. 52 Abs. 1 der Grundrechtecharta formuliert ist. Wegen dieser allgemeinen Bestimmung genügt die Regelung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht dem Rechtsstaatsprinzip, aber eben auch nicht dem demokratischen Prinzip, soweit dieses durch Art. 1 B-VG und als Verfassung von Menschen überhaupt der Politik entzogen ist.

I. Existentielle Gebietshoheit der Europäischen Union

Die Europäische Union erlangt ein eigenes Staatsgebiet, nämlich den „Raum“ „von Freiheit, Sicherheit und Recht“, und damit neben den Mitgliedstaaten Gebietshoheit. Das ergeben die Ermächtigungen über Grenzkontrollen an den Außengrenzen, über Asyl und Einwanderung in Art. 61 ff. (67 ff.) AEUV, welche die Befugnisse der Europäischen Union gegenüber Art. 61 ff. EGV außerordentlich erweitern. Gegenüber den bisherigen Bestimmungen des Gemeinschaftsvertrages werden nicht mehr lediglich die jeweiligen Regelungen der Mitgliedstaaten über Asyl und Einwanderung zum Schutz ihrer Staatsgebiete abgestimmt (vgl. Art. 63 Nr. 1 EGV), sondern darüber hinaus wird eine gemeinsame Politik der Union zur Stärkung ihrer Außengrenzen begründet.

Die Europäische Union hat „Außengrenzen“ (vgl. Art. 61 (67) Abs. 2 AEUV, bislang Art. 62 Abs. 1 Nr. 2 EGV) und führt „schrittweise ein integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen“ ein (Art. 62 (77) Abs. 1

⁴⁷⁰ VfGH VfSlg 15.427; *L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1, Grundlagen, 17.027, S. 223, 17.084, S. 260 f.; *H. Mayer*, B-VG, Art. EU, III, IV, V.

lit. c AEUV), zu dessen Verwirklichung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen (z. B. die gemeinsame Politik in Bezug auf Visa und kurzfristige Aufenthaltstitel, Kontrollen, denen Personen beim Überschreiten der Außengrenzen unterzogen werden“, „integrierte Grenzschutzsysteme an den Außengrenzen“, „Abschaffung der Kontrolle von Personen gleich welcher Staatsangehörigkeit beim Überschreiten der Binnengrenzen“) erlassen werden sollen (Art 62 (77) Abs. 2 AEUV). Die Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten sollen verschwinden, folglich deren Gebietlichkeit, also deren existentielle Staatlichkeit, ja Staatseigenschaft; denn es gibt keinen Staat ohne Staatsgebiet⁴⁷¹. Mit eben diesem Staatsgebiet schwindet tendenziell, soweit die Befugnisse der Union in Legislative, Exekutive und Judikative reichen, auch die Gebietshoheit der Mitgliedstaaten, also deren Staatshoheit, letztlich die Mitgliedstaaten als existentielle Staaten und Völkerrechtssubjekte. Dementsprechend soll die Europäische Union gemäß Art. 63 (78) AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren „Maßnahmen in Bezug auf ein gemeinsames europäisches Asylsystem“ erlassen und nach Art. 63a (79) Abs. 2 AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren auch eine „gemeinsame Einwanderungspolitik“ (Abs. 1) schaffen.

Der Union werden im Vertrag von Lissabon durch Art. 63a (79) Abs. 2 lit. c AEUV Befugnisse zu Maßnahmen und durch Absatz 3 dieser Vorschrift Befugnisse zu Übereinkünften mit Drittländern über „eine Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland, die Vorausset-

⁴⁷¹ Für Österreich *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 171 ff., S. 96 ff.; *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 306; allgemein *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 174 ff., 394 ff.; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 1976, S. 201 ff.; *O. Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 1976, 6. Aufl. 1997, S. 134 f.; *J. Isensee*, Staat und Verfassung, HStR, Bd. I, § 13, Rdn. 30 ff.; kritisch *R. Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955, S. 127 f.; *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, S. 60 ff.; kritisch (Smend folgend) auch *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 145 f.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 82 f.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 ff.

zungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten oder die Anwesenheit oder den Aufenthalt in diesem Gebiet nicht oder nicht mehr erfüllen“, eingeräumt.

Gesteigerte bundesstaatliche Solidarität und gerechte Aufteilung der Verantwortlichkeiten, auch in finanzieller Hinsicht im Sinne eines Finanzausgleichs über Art. 63 Nr. 2 lit. b EGV hinaus, schreibt Art. 63b (80) AEUV vor. Der bisherige Titel IV des Dritten Teils des Gemeinschaftsvertrages ist demgegenüber mehr vom Prinzip geteilter Verantwortung für die Aufnahme von Flüchtlingen geprägt.

Auch das Verfahren wird weiter zentralisiert. Aufgrund des Vertrages von Amsterdam hat seit dem 1. Mai 2004 die Kommission das ausschließliche Vorschlagsrecht für Rechtsakte im Bereich des Titels IV des Dritten teils des Gemeinschaftsvertrages. Der Vertrag von Lissabon streicht die Klausel in Art. 67 Abs. 2 1. Sp. EGV (Nr. 67), nach der die Kommission Anträge aus Mitgliedstaaten prüfen muß.

Während Art. 61 ff. EGV als Handlungsform in der Regel „Maßnahmen“ vorsehen, schließen die Ermächtigungen des Vertrages von Lissabon mit ihrer Beschränkung auf die ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unverbindliche Maßnahmen von vornherein aus. Außer für vorläufige Maßnahmen, falls plötzlich Zuströme von Drittstaatsangehörigen eine Notlage schaffen, für die das Europäische Parlament lediglich angehört wird (Art. 63 (78) Abs. 3 AEUV), werden im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Rechtsakte erlassen (Art 63 (78) Abs. 2, Art 63a (79) Abs. 2 AEUV). Während bislang Einstimmigkeit (Art. 67 Abs. 1 und 2 EGV) und ausnahmsweise qualifizierte Mehrheit (Art. 67 Abs. 3 bis 5 EGV) vorgesehen waren, genügt nach dem Vertrag von Lissabon durchgehend die qualifizierte Mehrheit. Auch dies stärkt die existentielle Staatlichkeit der Union.

II. Justizpolitik in Zivilsachen

Die justitielle Zusammenarbeit der Union in Zivilsachen (Art. 65 ff. (81 ff.) AEUV, bislang Art. 65 EGV) soll auf „dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen beruhen“ (Art. 65 (81) Abs. 1 S. 1 AEUV). Sie kann „den Erlaß von Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten umfassen“ (Art. 65 (81) Abs. 1 AEUV). Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren können zu diesem Zweck Maßnahmen erlassen werden, die eine Fülle von Zielen erreichen sollen (Art. 65 (81) Abs. 2 AEUV).

Gemäß Art. 293 4. Sp. EGV besteht bislang die Möglichkeit, Verhandlungen über die „Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen und Schiedssprüche“ zu führen. Art. 293 EGV schafft aber kein unmittelbar geltendes Recht und ist keine Ermächtigungsnorm⁴⁷². Die aufgrund Art. 293 EGV geschlossenen Abkommen sind nicht Gemeinschaftsrecht, sondern normales Völkerrecht⁴⁷³. Aufgrund Art. 61 lit. c, Art. 65 lit. a in Verbindung mit Art. 67 Abs. 1 EGV ist die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen weitgehend vergemeinschaftet worden⁴⁷⁴, läßt aber immerhin den Mitgliedstaaten den Vorbehalt des *ordre public*⁴⁷⁵. Die Verordnung Nr. 805/2004 hat einen europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen geschaffen⁴⁷⁶. Dieser kann, sobald er im Ursprungsstaat ausgefertigt worden ist, wie ein inländischer Titel in allen europäischen Staaten vollstreckt werden. Art. 65 (81) Abs. 2 lit. a AEUV soll nun Maßnahmen über

⁴⁷² S. Leible, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 293 EGV, Rdn. 1 ff.

⁴⁷³ S. Leible, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 293 EGV, Rdn. 12.

⁴⁷⁴ Siehe etwa VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 12/1 v. 16.01.2001.

⁴⁷⁵ Vgl. Art. 34 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001.

⁴⁷⁶ Verordnung (EG) Nr. 805/2004 vom 21.04.2004, ABl. (EG) L 143/14 v. 30.04.2004.

die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten ermöglichen. Damit werden die bisherigen Anerkennungsregelungen durch ein formales Anerkennungsprinzip ersetzt⁴⁷⁷. Der bisherige *ordre public*-Vorbehalt sowie jede andere Nachprüfung der Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates entfallen dadurch.

Weil ein formales Anerkennungsprinzip dazu führt, daß einem Mitgliedstaat das System eines anderen oktroyiert wird, wird nicht nur die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten empfindlich berührt, sondern es sind Systembrüche zu besorgen, welche eine Harmonisierung des Zivil- und Zivilprozeßrechts unvermeidlich machen. Aufgrund der Ermächtigungen in Art. 65 (81) Abs. 2 AEUV können alle kollisionsrechtlichen und weitgehend zivilprozessualen Regelungen betroffen sein.

Art. 65 (81) Abs. 3 AEUV ermöglicht „abweichend von Absatz 2“ „Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen vom Rat im besonderen Gesetzgebungsverfahren“, einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments. Die Sonderregelung für das Familienrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen erweist, daß der Vertrag von Lissabon die Rechtsangleichung im Zivilrecht, sogar im besonders empfindlichen Familienrecht, im Auge hat. Auch die Regelung der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen gehört in das Konzept des Unionsbundesstaates.

III. Justizpolitik in Strafsachen

1. Bislang ist die „polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit“ in Titel VI EUV (Art. 29 bis 42 EUV) als „dritte Säule der Europäischen Union“ mit lediglich „intergouvernementaler“ Geltung, die nicht am sogenannten supranationalen Gemeinschaftsrecht teilnimmt, bezeichnet worden⁴⁷⁸. Die polizeiliche

⁴⁷⁷ Vgl. Punkt 33, 34 der Schlußfolgerungen von Tampere, NJW 2000, 1925.

⁴⁷⁸ H. Satzger, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 29 EUV, Rdn. 4.

und justizielle Zusammenarbeit müsse mangels Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union⁴⁷⁹ den Mitgliedstaaten zugerechnet werden.⁴⁸⁰ Im Maastricht-Urteil hat das deutsche Bundesverfassungsgericht geäußert:

„Die Bereiche der Außen- und Sicherheitspolitik sowie der Justiz- und Innenpolitik sind zwar Gegenstände europäischer Zusammenarbeit im Rahmen der Union, sie sind jedoch von den Vertragsstaaten bewußt nicht in die supranationale Zuständigkeitsordnung der Europäischen Gemeinschaften eingegliedert worden. Bereits die Bestimmung über die Grundlagen der Union in Art. A Abs. 3 EUV unterscheidet zwischen den - supranationalen - Europäischen Gemeinschaften und ihren Ergänzungen durch die mit den Titeln V und VI des Unions-Vertrags neu eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit. Diese Trennung bestätigt Art. E EUV mit der Regelung, daß die europäischen Organe ihre Befugnisse entweder nach Maßgabe des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaften in seiner geänderten Fassung oder nach Maßgabe der übrigen Bestimmungen des Unions-Vertrags ausüben. Der Rat kann dementsprechend auf die supranationalen Handlungsformen des Europäischen Gemeinschaftsrechts nicht zurückgreifen, wenn er in den Bereichen Außen- und Sicherheitspolitik oder Justiz und Inneres tätig wird. Etwas anderes gilt nur insoweit, als der Vertrag Bestimmungen des EG-Vertrags in diesen Bereichen für anwendbar erklärt. Art. J.11 Abs. 1 und Art. K.8 Abs. 1 EUV ordnen eine solche Geltungserstreckung zwar für einige Bestimmungen des EG-Vertrags an, klammern aber Art. 189 EGV aus, der die EG-Rechtsakte mit Durchgriffswirkung definiert.“⁴⁸¹

Die Trennung in (vermeintlich) „supranationale“ und „intergouvernementale“ Tätigkeitsbereiche hat der Vertrag von Lissabon aufgegeben und die den Mitgliedstaaten zugerechneten Politiken des Äußeren und der Sicherheit und der Justiz und des Inneren der „Gemeinschaftsmethode“ unterstellt. Damit verschleiert der Begriff „Zusammenarbeit“ einen neuen wesentlichen Schritt zum Europäischen Bundesstaat. Der Vertrag, welcher die Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union ausdrücklich festlegt (Art. 46a (47) EUV), be-

⁴⁷⁹ BVerfGE 89, 155 (195).

⁴⁸⁰ Dazu R. Streinz, *Europarecht*, Rdn. 133, S. 53.

⁴⁸¹ BVerfGE 89, 155 (176 f.).

zieht das Kapitel 4 des Titel IV im Dritten Teil über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Recht in die „supranationalen“, richtiger: in die existentiell staatlichen Zuständigkeiten der Europäischen Union ein (vgl. auch Art. 2c (4) Abs. 2 lit. j AEUV). Die sogenannte dritte Säule wird abgeschafft und die Union macht einen großen Schritt zum existentiellen Bundesstaat.

Die zur Zeit möglichen Rechtsakte (gemeinsame Standpunkte, Entscheidungen, Rahmenentscheidungen, Übereinkommen) werden durch Verordnungen und Richtlinien, aber auch Maßnahmen ersetzt, die grundsätzlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden. Grundsätzlich genügen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 251 (294) AEUV bestimmte Mehrheiten im Rat und im Europäischen Parlament (Mehrheit als Regelverfahren). Ein Mitglied des Rates hat lediglich (als „Notbremse“) das Recht, wenn er der Auffassung ist, daß der Entwurf einer Richtlinie nach dem Absatz 2 des Art. 69a (82) AEUV (vornehmlich Aspekte des Strafverfahrens) grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde, zu beantragen, den Europäischen Rat mit der Sache zu befassen. In diesem Fall wird das ordentliche Gesetzgebungsverfahren ausgesetzt. Wenn der Europäische Rat Einvernehmen über den Entwurf erzielt, verweist er ihn binnen vier Monaten nach Aussetzung des Verfahrens an den Rat zurück. Dadurch wird die Aussetzung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens beendet (Art. 69a (82) Abs. 3 UAbs. 1 AEUV). Wenn kein Einvernehmen erzielt wird, können mindestens neun Mitgliedstaaten eine Verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des Entwurfes der Richtlinie begründen (UAbs. 2). Die Ermächtigung dazu gilt dann, wenn diese Mitgliedstaaten binnen vier Monaten dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission mitgeteilt haben, nach Art. 10 (20) Abs. 2 EUV/Art. 280d (329) Abs. 1 AEUV als erteilt und die Bestimmungen über die Verstärkte Zusammenarbeit finden Anwendung (UAbs. 2). Die gleiche Befugnis haben die Mitgliedstaaten nach Art. 69b (83) Abs. 3 AEUV gegenüber Richtlinien über Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität.

2. Die Mitwirkung der nationalen Parlamente, die in den Art. 8c (12) lit. c EUV, 61b (69), 61c (70) S. 2, 61d (71) S. 2 AEUV geregelt wird, mindert das

demokratische Defizit nicht. Im derzeitigen System müssen der Nationalrat und der Bundesrat jedenfalls den im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit nach Art. 34 Abs. 2 lit. d EUV ergangenen Übereinkommen nach Art. 50 Abs. 1 B-VG zustimmen, weil das völkerrechtliche Verträge sind, und begründen so für diesen Bereich die demokratische Legitimation. Nach dem Vertrag von Lissabon gibt es dieses Verfahren nicht mehr, so daß die völkerrechtliche Zustimmungsbedürftigkeit des Nationalrates und des Bundesrates entfällt. Diese Zustimmung kann, wie etwa die Angleichung des Strafrechts zeigt, durch die Zustimmung oder die Mitwirkung des Europäischen Parlaments nicht ersetzt werden. Der Wegfall der gesonderten Zustimmungsbedürftigkeit durch die nationalen Gesetzgebungsorgane im Bereich der Strafjustiz und Polizei, die noch Nähe zu völkerrechtlichen Beziehungen wahren sollte, verdeutlicht zusätzlich, daß sich die Union mit der Integration der klassischen Staatsfunktionen der inneren und äußeren Sicherheit vom Staatenverbund zum Bundesstaat mit existentieller Staatlichkeit gewandelt hat. Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit beschränkt sich die Rolle der nationalen Parlamente gemäß Art. 61b (69) AEUV in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprotokoll auf die wenig einflußreiche Sorge für das Subsidiaritätsprinzip (dazu H, V) und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit einem Viertel der den nationalen Parlamenten insgesamt nach diesem Protokoll zustehenden Stimmen kann die subsidiaritätsrechtliche Überprüfungspflicht im Bereich der justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Kapitel 4) und der polizeilichen Zusammenarbeit (Kapitel 5) ausgelöst werden (Art. 7 Abs. 2 S. 2 des Protokolls), „Frühwarnsystem“.

Die „Beteiligung“ und „Einbeziehung“ der nationalen Gesetzgebungsorgane sichert nicht die Befugnis, Rechtsakte abzulehnen. Damit stehen die Vorschriften des Vertrages von Lissabon hinter dem zurück, was das deutsche Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil als Grenze der vorrangigen Geltung des Gemeinschaftsrechts erkannt hat, insbesondere die Grenze des Mehrheitsprinzips, wenn es um „elementare Interessen der Mitgliedstaaten“

geht⁴⁸². Nach Art. 61c (70) S. 2 und Art. 61d (71) S. 3 AEUV werden die „nationalen Parlamente“ lediglich „unterrichtet“ bzw. „auf dem Laufenden gehalten“. Nach Art. 8c (12) lit. a EUV i.V.m. Art. 69d (85) Abs. 1 UAbs. 3 AEUV und Art. 69g (88) Abs. 2 UAbs. 2 AEUV werden die „nationalen Parlamente“ an der Bewertung der Tätigkeit von Eurojust bzw. an der politischen Kontrolle von Europol beteiligt. Diese Informations- und Beteiligungsrechte sind kein Ersatz für die Entscheidungsbefugnisse der Volksvertretung, welche die „nationalen Parlamente“ durch den Vertrag von Lissabon verlieren.

3. Der Vertrag von Lissabon erweitert die Handlungsbefugnisse und Handlungsformen der Union im Bereich der strafrechtlichen und polizeilichen Zusammenarbeit gegenüber den Regelungen des Vertrages über die Europäische Union auch in materieller Hinsicht. Art. 69a (82) AEUV legt den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen fest. Damit werden bisherige völkerrechtliche Anerkennungsregelungen⁴⁸³, die insbesondere auf dem Grundsatz auch materieller Gegenseitigkeit beruhen, also eine ausschließlich formale Anerkennung ausschließen, durch ein formales Anerkennungsprinzip ersetzt. Das kann dazu führen, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, Urteile anderer Staaten anzuerkennen und diese gegebenenfalls zu vollziehen, obwohl sie selbst die Tat nicht unter Strafe gestellt haben. Das ist wegen Art. 7 Abs. 1 MRK mehr als bedenklich⁴⁸⁴. Letztlich erzwingt eine solche Handhabung eine gewisse Harmonisierung des Strafverfahrensrechts und auch des materiellen Strafrechts⁴⁸⁵. Art. 69a (82) Abs. 2 AEUV ermöglicht die Festlegung von Mindestvorschriften im ordentlichen

⁴⁸² BVerfGE 89, 155 (189, 193, 210 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 106 f.; vgl. auch die Kritik von *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 25.

⁴⁸³ *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 31 EUV, Rdn. 3 ff.

⁴⁸⁴ Dazu allgemein *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1556, S. 798; *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1992, Art. 103 Abs. 2, Rdn. 252 f.

⁴⁸⁵ Vgl. *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 31 EUV, Rdn. 8.

Gesetzgebungsverfahren im Bereich des Strafverfahrensrechts. Art. 69b (83) AEUV sieht vor, daß im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren „Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität“, nach Unterabsatz 2 der Vorschrift „Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, illegaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität“, festgelegt werden, die unter besonderen Voraussetzungen eine grenzüberschreitende Dimension haben. Mit Aufgaben und Befugnissen im Rahmen des Straf- und Strafverfahrensrechts nimmt die Europäische Union staatliche Kernaufgaben in Anspruch. Daß nur ein Teil des Strafrechts harmonisiert wird, steht der Annahme eines Bundesstaates mit existentieller Staatlichkeit nicht entgegen.

4. Die Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden und der Polizei der Mitgliedstaaten wird intensiviert. Während der Rat bislang in diesem Bereich nach Art. 34 Abs. 2 EUV gemeinsame Standpunkte annehmen, Rahmenbeschlüsse zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften und gewisse den Zielen der PJZS gemäße Beschlüsse erlassen und Übereinkommen erstellen kann, sollen dahingehende Maßnahmen nach Art. 69d (85) Abs. 1, Art. 69f (87) Abs. 2, Art. 69g (88) Abs. 2 AEUV nur noch durch Verordnungen bzw. Maßnahmen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, also durch Gesetzgebungsakte möglich sein. Völkerrechtliche Verträge sind ausgeschlossen. Auch der materielle Anwendungsbereich der Ermächtigungen ist ausgeweitet worden.

Art. 69d (85) AEUV erweitert die operationellen Befugnisse von Eurojust. Nach Art. 69d (85) Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a bis c AEUV kann Eurojust nicht nur nationalen Behörden Ermittlungen vorschlagen (a) und Ermittlungen koordinieren (b), sondern selbst Ermittlungen einleiten sowie Kompetenzkonflikte „beilegen“ (c). Damit wird eine eigene Strafverfolgungskompetenz der Union geschaffen und der Kern polizeilicher Staatsgewalt in Anspruch genommen. Das ist existentiell Sache eines Staates.

Insbesondere wird mit Art. 69e (86) Abs. 1 UAbs. 1 AEUV die Befugnis geschaffen, durch Verordnung gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren ausgehend von Eurojust eine Europäische Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von bestimmten Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union einzusetzen, also ein neues ausgesprochen staatstypisches Organ kreiert. Das Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften vom 26. Juli 1995 und seine Protokolle (es handelt sich um Rechtsakte, die aufgrund von Bestimmungen des Titels VI EUV verabschiedet wurden) sind noch nicht alle von den Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Aber auch wenn alle diese Instrumente in Kraft wären, hätte die Europäische Union bislang keine Möglichkeit, Betrug zum Nachteil der Gemeinschaft zu verfolgen. Sie ist noch auf die herkömmlichen Verfahren der Rechtshilfe⁴⁸⁶ zwischen den Mitgliedstaaten angewiesen⁴⁸⁷. Nach Art. 69e (86) AEUV nimmt die Europäische Staatsanwaltschaft bei diesen Straftaten vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr. Insbesondere kann sie die Anklage erheben (S. 1). Damit wird die Europäische Staatsanwaltschaft nicht nur ermächtigt, im Gebiet der Gemeinschaft Ermittlungen zu überwachen⁴⁸⁸, sondern die „strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung“, gegebenenfalls in Verbindung mit Europol selbst durchzuführen. Sie hat die Befugnis, in den Mitgliedstaaten als staatliches Kernorgan aufzutreten sowie entsprechende nationale Organe partiell zu ersetzen. Das bedeutet nicht nur eine direkte Einmischung in die Gerichtsorganisation und Jurisdiktion, d.h. in einen Kernbereich der Gebietshoheit der Mitgliedstaaten, sondern auch einen unmittelbaren Eingriff in die durch Art.

⁴⁸⁶ Dazu *H. Satzger*, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 31 EUV, Rdn. 3 ff.

⁴⁸⁷ Siehe das Übereinkommen vom 26.07.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. C-316 v. 27.11.1995.

⁴⁸⁸ Mitteilung der Kommission vom 29.09.2000. Ergänzender Beitrag der Kommission zur Regierungskonferenz über die institutionellen Reformen. Der strafrechtliche Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaften: das Amt eines europäischen Staatsanwalts [KOM(2000) 608 endg. - nicht im Amtsblatt veröffentlicht].

87 Abs. 1 B-VG, Art. 6 Abs. 1 MRK geschützte Unabhängigkeit der Gerichte⁴⁸⁹. Der Vertrag von Lissabon begründet damit die Möglichkeit der Union, eigene Strafansprüche in den Mitgliedstaaten durchzusetzen und damit unmittelbar „Herrschaft“ gegenüber den Bürgern auszuüben. Das ist die existentielle staatliche Vollzugshoheit, die bislang den Mitgliedstaaten vorbehalten ist. Damit wird sogar eine unionsstaatliche Staatsraison beansprucht, welche der Idee eines Staatenverbundes diametral widerspricht. Dem dienen aber auch die Amtsbezeichnungen, die Organbenennungen und die sonstige staatsgemäße Sprache der Union.

Weil nach Art. 69e (86) Abs. 4 AEUV die Befugnisse der Staatsanwaltschaft durch Beschluß des Europäischen Rates nach Zustimmung des Europäischen Parlaments und Anhörung der Kommission zur Bekämpfung „schwerer Kriminalität“ nahezu beliebig ohne Vertragsänderung erweitert werden können, liegt auch darin eine dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung, dem Demokratiegebot des Art. 1 B-VG und den Rechten aus Art. 26 S. 1 B-VGG widersprechende Kompetenz-Kompetenz, die durch das Einstimmigkeitserfordernis nicht kompensiert werden kann. Sie ist mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar. Gleichzeitig wird mit einer Europäischen Staatsanwaltschaft die bisherige Zwangsgewalt der Europäischen Union erheblich gestärkt.

IV. Polizei

Wie die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen wird die polizeiliche Zusammenarbeit, die bisher wie diese als „intergouvernemental“ bezeichnet

⁴⁸⁹ R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 757, S. 366 f., Rdn. 770, S. 373, Rdn. 1534 ff., S. 785 ff.; L. K. Adamovich/B.-Ch. Funk/G. Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 2, Staatliche Organisation, 35.006, S. 251; P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 261; H. Mayer, B-VG, Art. 6 MRK, C II, 1, 3, Art. 87 B-VG, I.

wird⁴⁹⁰, aber eher interadministrativ funktioniert⁴⁹¹, nach dem Vertrag von Lissabon mit dem Wegfall der dritten Säule Teil der ‚supranationalen‘ Unionstätigkeit. Darin liegt der offene Paradigmenwechsel zur existentiellen Bundesstaatlichkeit. Darauf, daß die Befugnisse in diesem Bereich materiell nur in Grenzen weiterentwickelt worden sind, kommt es nicht wesentlich an. Der beibehaltene Terminus „Zusammenarbeit“ als Überschrift ist irreführend; denn die Union verfügt als Rechtsperson nach dem Vertrag von Lissabon über eigene polizeiliche Befugnisse und beschränkt sich nicht auf die Organisation der polizeilichen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten. Durch die Befugnisse von Europol in Art. 69a (88) AEUV wird die Amtsgewalt der Europäischen Union gestärkt. Daß es sich um Amtsgewalt der Union handelt, zeigt sich darin, daß Europol verpflichtet wird, die Charta der Grundrechte zu achten (Art. 61 (67) Abs. 1 AEUV) und der Kontrolle durch den Gerichtshof unterliegt (vgl. Art. 230 (263) Abs. 4 und Art. 240b (276) AEUV). In dem Auftragsbereich von Europol „der Verhütung und Bekämpfung der zwei oder mehrere Mitgliedstaaten betreffenden schweren Kriminalität“, „des Terrorismus und der Kriminalitätsformen, die ein gemeinsames Interesse verletzen, das Gegenstand einer Politik der Union ist“, können Verordnungen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren den Aufbau, die Arbeitsweise, den Tätigkeitsbereich und die Aufgaben von Europol gemäß Art. 69g (88) Abs. 2 AEUV regeln. Die Aufgaben betreffen u.a. das Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen von Informationen, die Koordination, Organisation und Durchführung von Ermittlungen und von operativen Maßnahmen⁴⁹². Europol erfährt eine erhebliche Ausdehnung seiner Befugnisse. Bedienstete dieser Einrichtung dürfen künftig auch operativ tätig werden (Art. 69g (88) Abs. 2 lit. b AEUV). Allerdings darf Europol operative Maßnahmen nur in Verbindung und in Absprache mit den Behörden des Mitgliedstaates oder der Mitglied-

⁴⁹⁰ R. Streinz, Europarecht, Rdn. 133, S. 53.

⁴⁹¹ BVerfGE 113, 273 (297 f.); dazu H. Satzger, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 30 EUV, Rdn. 1 ff.

⁴⁹² Dazu H. Satzger, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 30 EUV, Rdn. 4 f.

staaten ergreifen, dessen / deren Hoheitsgebiet betroffen ist (Art. 69g (88) Abs. 3 S. 1 AEUV). Die Anwendung von Zwangsmaßnahmen bleibt „ausschließlich den zuständigen einzelstaatlichen Behörden“ vorbehalten. Das hindert nicht die Annahme eines europäischen Bundesstaates. Für den Bundesstaat ist es nicht Voraussetzung, daß der Bund selbst das Strafrecht vollzieht oder das Polizei- und Sicherheitsrecht ausschließlich setzt und vollzieht. Ein Beispiel ist die Bundesrepublik Deutschland, in der das Polizei- und Sicherheitsrecht (weitgehend) Zuständigkeit der Länder ist (Art. 30, 70 GG).

Maßnahmen im Bereich nicht operativer Zusammenarbeit können mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet werden. Die Bestimmungen über die operative Zusammenarbeit der zuständigen Behörden (Art. 69f (87) Abs. 3 AEUV) und diejenigen zum Handeln von Behörden im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats (Art. 69h (89) AEUV) müssen einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlamentes beschlossen werden. Dennoch wird durch Vorschriften wie Art. 69h (89) AEUV die Gebietshoheit der jeweiligen Staaten erheblich betroffen, wenn diese Bestimmungen Teil des ‚supranationalen‘ Unionsrechts sind, insbesondere unmittelbare Geltung und Vorrang entfalten. Die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten schrumpft zusehends.

Nach Art. 61e (72) AEUV (bislang Art. 33 EUV) soll der Titel IV des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union nicht „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit“ berühren. Angesichts der tatsächlich übertragenen Befugnisse, welche den Schutz der inneren Sicherheit zum Gegenstand haben, ist dieses Postulat bloße Makulatur und dient als Ablenkung davon, daß mit diesem Titel Staatsgewalt der Europäischen Union im Bereich der inneren Politik, zumal in der menschheitlich besonders empfindlichen Politik der Justiz und Polizei, begründet wird, deren Aufgaben und Befugnisse nicht mehr begrenzt und begrenztbar, nicht mehr bestimmt und bestimmbar sind.

V. Europäischer Haftbefehl

Die justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit der Europäischen Union in Strafsachen (Art. 69a ff. (67 ff.), 69 f ff. (87 ff.) AEUV, bislang Art. 29 ff. EUV) ist spätestens seit dem Vertrag von Lissabon nicht mehr bloße intergouvernative Zusammenarbeit mit normaler völkerrechtlicher Verbindlichkeit. Der Vertrag von Lissabon reiht den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu den Hauptbereichen geteilter Zuständigkeit (vgl. Art. 2c (4) Abs. 2 lit. j AEUV) Die innere und die äußere Sicherheit ist die wichtigste Staatsaufgabe und Kern der existentiellen Staatlichkeit eines Volkes⁴⁹³. Die Politiken in dem Bereich Sicherheit (Polizei und Justiz) müssen auch wegen ihrer besonderen Grundrechtsgefahren stark demokratisch legitimiert sein. Das Subsidiaritätsprinzip gebietet grundsätzlich, diese Politiken den Mitgliedstaaten zu belassen. Ein „Integrationsmehrwert“⁴⁹⁴ von Zuständigkeiten der Europäischen Union im Bereich Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist jedenfalls für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit allenfalls ausnahmsweise begründbar, wie gewissermaßen Art. 61e (72) AEUV einräumt. Gerade die Integration im Bereich der inneren Sicherheit, der Polizei und der Justiz zeigt, daß die Europäische Union über existentielle Staatlichkeit verfügt und diese stetig, auch durch den Vertrag von Lissabon, ausbaut. Augenfällig wird dies an der Befugnis zur Strafrechtsangleichung in Bereichen besonders schwerer Kriminalität gemäß Art. 69b (83) AEUV.

⁴⁹³ Ch. Link/G. Röss, Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL, 48 (1990), S. 83 ff., 98 ff., bzw. S. 19 ff., 27 ff., 42 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 545 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 100 ff., 353, 381; ders., Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, Mut zur Ethik, Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und Völkerrecht versus Krieg, 2002, S. 6 ff.

⁴⁹⁴ Richter Prof. Dr. S. Broß, Abweichende Meinung zum Urteil des zweiten Senats vom 18.07.2005 (2 BvR 2236 (04) zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, Rdn. 149, BVerfGE 113, 273 (325).

Die Übernahme des Kerns existentieller Staatlichkeit hat sich im Rahmenbeschuß über einen Europäischen Haftbefehl gezeigt⁴⁹⁵. Dieser Haftbefehl ersetzt das System der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten (Rahmenbeschuß und Erwägungsgrund). Ein Europäischer Haftbefehl erlaubt einer Justizbehörde eine „gesuchte Person“ der Justizbehörde eines anderen Mitgliedstaates zu überstellen. Nach Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses ist der Europäische Haftbefehl „eine justizielle Entscheidung, die in einem anderen Mitgliedstaat ergangen ist und die Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung bezweckt.“ Er ist also eine Vollzugsanweisung der Behörden eines Mitgliedstaates an die eines anderen.

Der Zweite Senat des deutschen Bundesverfassungsgerichts hat durch Urteil vom 18. Juli 2005 zum Aktenzeichen 2 BvR 2236/04 das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 21. Juli 2004 (EuHbG, BGBl. I, S. 176) für nichtig erklärt (BVerfGE 113, 273 ff). Das Gericht hat aber den Rahmenbeschuß nicht für rechtswidrig erklärt, ja nicht einmal auf seine Rechtswidrigkeit hin geprüft, im Gegensatz zur ablehnenden Meinung des Richters Professor Broß, der durch den Rahmenbeschuß Integrationsschranken des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, namentlich des mit dem demokratischen Prinzip verbundenen Subsidiaritätsprinzips, verletzt sieht⁴⁹⁶, zu Recht.

⁴⁹⁵ Rahmenbeschuß II/ 2002 des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten v. 07.06.2002, 7253/02; gestützt auf Art. 31 Abs. 1 a, b, 34 Abs. 2 b EUV; Amtsblatt L 190 vom 18.07.2002; Umsetzung in Österreich Bundesgesetz über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG), in Kraft am 01.01.2004 bzw. 02.08.2005 (Zweiter Abschnitt des III. Hauptstücks); Umsetzung in Deutschland durch Europäisches Haftbefehlsgesetz v. 21.7.2004; BGBl. 2004 I, Nr. 38, S. 1748.

⁴⁹⁶ BVerfGE 113, 273 (325).

Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluß verpflichtet die Mitgliedstaaten, jeden Europäischen Haftbefehl nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu vollstrecken. Wenn die Justizbehörde eines Mitgliedstaates um die Übergabe einer Person im Rahmen der strafrechtlichen Verfolgung dieser Person ersucht, um ein Strafurteil vollstrecken zu können und gemäß Art. 9 ff Rahmenbeschluß einen Haftbefehl an einen Mitgliedstaat übermittelt, muß der ersuchte Mitgliedstaat die Entscheidung anerkennen und den Haftbefehl vollziehen (Art. 1 Abs. 2, 15 Abs. 1 Rahmenbeschluß). Die Auslieferungspflicht besteht unabhängig davon, ob die Tat in dem Auslieferungsstaat strafbar ist, wenn die Tat eine Strafvorschrift des Staates verletzt, der den Haftbefehl ausgestellt hat und unter eine der in Art. 2 des Rahmenbeschlusses wenig bestimmten Straftaten (etwa illegaler Handel mit Drogen, Korruption, Betrugsdelikte) fällt. Nur für andere Straftaten können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 4 Rahmenbeschluß die Vollstreckung ablehnen, wenn „die Handlung, aufgrund deren der Europäische Haftbefehl ergangen ist, nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates keine Straftat darstellt; in Steuer-, Zoll- und Währungsangelegenheiten kann die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls jedoch aus diesem Grunde nicht abgelehnt werden. Die materielle Voraussetzung der Anerkennung, die beiderseitige Strafbarkeit (§ 81 Abs. 1 Nr. 4 IRG), wird zugunsten einer formellen Anerkennung aufgegeben⁴⁹⁷. Die Möglichkeiten, die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls abzulehnen (Art. 3, 4 Rahmenbeschluß), sind auf ganz bestimmte Fälle (z.B. Amnestie, Vorverurteilung) begrenzt. Der Vorbehalt des *ordre public* ist nicht genannt, so daß nicht einmal ein Minimalbestand strafrechtlicher, strafprozessualer und grundrechtlicher Garantien gegenseitig gewährleistet wird. Das Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbe-

⁴⁹⁷ Berechtigte Kritik an dem Formalismus die abweichende Stellungnahme des Richters *Prof. Dr. S. Broß*, BVerfGE 113, 273, Rdn. 152; a.A., wenn auch im Interesse des nationalen Grundrechtsschutzes relativierend, die Senatsmehrheit BVerfGE 113, 273 (316 f.).

fehls ist im wesentlichen justizieller Art. Das politische Ermessen, welches das Auslieferungsverfahren zuvor geprägt hat, entfällt⁴⁹⁸.

Der Europäische Haftbefehl materialisiert den Grundsatz der Unionsbürgerschaft. Er hebt die wichtigste Funktion der Staatsbürgerschaft, die Schutzfunktion, auf, und verpflichtet zur Auslieferung auch der eigenen Staatsangehörigen⁴⁹⁹. Art. 16 Abs. 2 GG, der die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger ohne Ausnahme verboten hatte, ist in diesem Sinne geändert worden⁵⁰⁰. Nicht anders ist § 12 ARHG zu Lasten der Staatsangehörigen Österreichs geändert worden.

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in Justiz und Strafvollzug, insbesondere der Europäische Haftbefehl zeigen, wie weit die existentielle Unionsstaatlichkeit bereits verwirklicht ist. Daß Art. 31 Abs. 1 lit. a und Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV geltender Fassung zum Erlaß des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehls ermächtigen, gibt der Wortlaut dieser Vorschrift nicht her, war nicht voraussehbar und ist deswegen vom Nationalrat nicht verantwortet. Art. 31 Abs. 1 lit. a EUV geltender Fassung regelt nur die Erleichterung der Zusammenarbeit von Ministerien, Justiz- und Vollzugsbehörden. Eine Ermächtigung zur Festnahme und Übergabe einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat zur Strafverfolgung oder zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung (vgl. Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluß) gibt diese Vorschrift nicht. Art. 31 Abs. 1 lit. b EUV geltender Fassung nennt ausdrücklich nur die „Erleichterung der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten“, die gerade durch den Haftbefehl obsolet gemacht werden soll (siehe 5. Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses). Der Rahmenbeschluß ist demnach *ultra vires* und ver-

⁴⁹⁸ Dazu BVerfGE 113, 273 (297 f.).

⁴⁹⁹ Dazu BVerfGE 113, 273 (292 ff., 295 ff.).

⁵⁰⁰ Vgl. für Deutschland Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 16), BGBl. 2000 I, S. 1633, in Kraft getreten am 2.12.2000; BGBl. 2000 II, S. 1393; dazu A. Uhle, Auslieferung und Grundgesetz – Anmerkungen zu Art. 16 Abs. 2 GG, NJW 2001, 1889 ff.

letzt das Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Auch der Vertrag von Lissabon gibt keine Ermächtigung für eine Richtlinie wie den Rahmenbeschluß über den Europäischen Haftbefehl und eine entsprechende Vollstreckungsverpflichtung der Mitgliedstaaten (Art. 1 Abs. 2 Rahmenbeschluß) her. Art. 69a (82) Abs. 1 lit. a AEUV spricht nur von der Anerkennung von Urteilen und gerichtlichen Entscheidungen. Art. 69a (82) Abs. 1 lit. d AEUV ermöglicht Maßnahmen, welche „die Zusammenarbeit zwischen den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten im Rahmen der Strafverfolgung sowie des Vollzugs und der Vollstreckung von Entscheidungen“ erleichtern. Diese Ermächtigung erlaubt nur die „Erleichterung“ der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Justizbehörden oder entsprechenden Behörden, jedoch nicht die Zusammenarbeit durch eine Pflicht und ein „System der Übergabe“ (5. Erwägungsgrund) zu ersetzen, schon gar nicht die Begründung einer Auslieferungspflicht. Derartige Pflichten, die ein fremder Staat begründet, sind mit dem Gewaltmonopol des Staates auf seinem Territorium, seiner Gebietshoheit⁵⁰¹, nicht vereinbar, ganz unabhängig von der Auslieferungsmöglichkeit, die Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG für Deutschland (menschheitlich mehr als bedenklich⁵⁰²) geschaffen hat. Aber die Auslieferung muß der Staat, dessen Staatsangehöriger der betroffene Mensch ist, materiell, zumal grundrechtsgebunden und rechtsschutzbewährt entscheiden⁵⁰³.

Insbesondere widerspricht der Rahmenbeschluß über den Europäischen Haftbefehl dem demokratischen Prinzip, auch in dem unabänderlichen Bereich. Österreich konnte deshalb nach Art. 9 Abs. 2 B-VG für derartige Maßnahmen keine Hoheitsrechte übertragen. Das Demokratieprinzip fordert, daß die Gesetze eines Staates gegenüber dessen Bürgern durch demokratisch legi-

⁵⁰¹ Dazu K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 f.; ders., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 79 ff.

⁵⁰² A. A. BVerfGE 113, 273, Rdn. 70 (keine verfassungswidrige Verfassungsnorm).

⁵⁰³ I.d.S. BVerfGE 113, 273 (309 ff., zur Bewilligungsentscheidung).

timierte Organe dieses Staates vollzogen werden⁵⁰⁴. Das Prinzip der demokratischen Republik ist mißachtet, wenn der etwa von einer spanischen Justizbehörde gegen einen österreichischen Staatsangehörigen ausgestellte Haftbefehl ohne materielle, zumal grundrechtliche Prüfung durch österreichische Organe vollzogen werden muß und wird. Die Prüfung der Haftunahme durch den ausländischen Richter löst das Legitimationsproblem nicht.

E.

Grundrechtspolitik der Union

I. Konventsverfahren

Allein schon das Verfahren, in dem die Charta der Grundrechte für die Europäische Union vorbereitet worden ist und durchgesetzt wird, nimmt ihr die freiheitliche, also demokratische, Legitimation. Ein völkerrechtliches Vertragsverfahren, welches die Zustimmung der Legislative zu einem Grundrechtvertrag voraussetzt (Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG), wird diesen Mangel nicht (mehr) heilen, vor allem weil die repräsentativen Legislativorgane wegen der Parteienoligarchie nicht mehr demokratisch zu legitimieren vermögen⁵⁰⁵. Die Abgeordneten folgen meist, ohne sich mit der Sache zu befassen, den Vorlagen ihrer Parteiobrigkeit, zumal in europäischen und sonst internationalen

⁵⁰⁴ Allgemein vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 ff.; *B. Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20, Rdn. 9 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rdn. 12 f., 22, 24; i.d.S. *H. Mayer*, B-VG, Art. 1 B-VG, II.4 f.; schiefer *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 152, S. 81 f.

⁵⁰⁵ *K. A. Schachtschneider*, Der republikwidrige Parteienstaat, FS H. Quaritsch, 2000, S. 141 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 592 ff., 772 ff., 1060 ff., 1086 ff., 1113 ff.

Angelegenheiten. Noch immer wird entgegen dem Recht eine eigenständige auswärtige Gewalt, deren Handeln allenfalls in äußersten Grenzen judiziabel sei, reklamiert⁵⁰⁶, obwohl seit langem Innenpolitik durch Außenpolitik gemacht wird. Diese Charta ist ein Oktroi, nicht die gemeinsame Erkenntnis freier Menschen von ihrem Recht.

II. Grundrechtelage in der Europäischen Union

Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß die europäischen Rechtsakte an den Grundrechten der europäischen Mitgliedstaaten, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben, überprüft werden und daß der Wesensgehalt der Grundrechte geachtet wird⁵⁰⁷. Der Gerichtshof hat erklärt, daß er Gemeinschaftsrecht nicht als rechtens anerkennen werde, das mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten unvereinbar sei⁵⁰⁸.

Zur Achtung der Grundrechte ist die Europäische Union durch Art. 6 Abs. 2 EUV verpflichtet. Der Grundrechtesschutz gegenüber der integrierten Aus-

⁵⁰⁶ Vgl. etwa BVerfGE 4, 157 (168 ff.); 97, 350 (370 ff.); dazu *W. G. Grewe*, Auswärtige Gewalt, HStR, Bd. III, 1988, § 77, Rdn. 89 ff.

⁵⁰⁷ Etwa EuGH 14.05.1974 – Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (508); EuGH v. 13.12.1979 - Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727 (3747); vgl. BVerfGE 37, 271 (280 f.); 73, 339 (374 ff., 386 f.); 89, 155 (174 f.); *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 348 ff. m.w.Hinw.; dazu auch *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Das Verhältnis des Europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, DSWR 1999, S. 82 ff., 116 ff.

⁵⁰⁸ EuGH v. 14.05.1974 - Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (507, Rdn. 13); EuGH v. 13.12.1979 - Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, 3727 (3745); EuGH v. 11.07.1989 - Rs. 265/87 (Schräder/Hauptzollamt Gronau), Slg. 1989, 2237 (2267 f.); vgl. *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 125 ff.

übung der Staatsgewalten der Völker soll durch den kooperativen Grundrechtsschutz zwischen den mitgliedstaatlichen Grundrechtengerichten, vor allem den Verfassungsgerichten, und dem Europäischen Gerichtshof der Rechtslage nach gewährleistet sein⁵⁰⁹. Die Praxis der Grundrechte ist eine andere Frage.

Durch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon erkennt die Union „die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepaßten Fassung niedergelegt sind“. „Die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig“. Unterabsatz 3 bestimmt: „Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Titels VII der Charta, der ihre Auslegung und Anwendung regelt, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quelle dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt.“ Im übrigen tritt die Union nach Absatz 2 S. 1 des Art. 6 EUV „der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei“. „Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind“ nach Absatz 3 dieser Vorschrift „als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“.

Das menschenrechtliche Schutzniveau bestimmter Menschenrechte und Grundfreiheiten soll nach Art. 53 der Charta nicht eingeschränkt oder verletzt werden. Vielmehr wird dieses durch Absatz 5 der Präambel bekräftigt, und nach Absatz 4 der Präambel soll der Schutz der Grundrechte dadurch gestärkt werden, daß die Grundrechte „in einer Charta sichtbarer gemacht werden“. Insbesondere der europarechtliche Menschenrechtsgehalt der Grundrechte wird durch Absatz 5 der Präambel und durch Art. 53 der Charta akzeptiert. Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft des Friedens und der Gerechtig-

⁵⁰⁹ BVerfGE 89, 155 (174 f.).

keit in der Welt sind die unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte. Das gilt für Österreich wie für Deutschland (Art 1 Abs. 2 GG). Österreich hat eine alte Grundrechtejudikatur. Das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder vom 21. Dezember 1867 (RGBl. 1867, 142) gilt noch heute und hat Verfassungsrang (Art. 149 Abs. 1 Nr. 1). Hinzugekommen ist insbesondere die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950 und deren Zusatzprotokolle, die Verfassungsrang haben⁵¹⁰. Die Grundrechte sind Teil des Rechtsstaates und stehen als wesentlicher Teil einer Verfassung von Menschen im Wesensgehalt nicht zur Disposition der Politik⁵¹¹. Die Grundrechteformulierungen der Charta bleiben hinter internationalen Menschenrechtserklärungen, insbesondere hinter Menschenrechten der zweiten und dritten Generation, den sozialen und den ökologischen Rechten, zurück. Beispielsweise wird im Gegensatz zu Art. 17 AEMR kein Recht auf Eigentum anerkannt⁵¹². Im Widerspruch zu Art. 23 AEMR ist in der Charta ein Recht auf Arbeit⁵¹³ nicht enthalten. Demgegenüber ist erstmals in der Grundrechtsgeschichte die „unternehmerische Freiheit“ (Art. 16) anerkannt. Der Grundrechtstandard des Grundgesetzes wird unterschritten.

Angesichts dessen, daß die Grundrechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs bisher keine verbindliche Textgrundlage hatte, wird die Charta sich zum maßgeblichen Text zunächst der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und dann auch der Gerichte der Mitgliedstaaten ent-

⁵¹⁰ Dazu *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1319 ff., S. 618 ff., Rd. 1345 ff., S. 635 ff.; *W. Berka*, in: H. P. Rill/H. Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Vorbem. StGG, Rdn. 7 ff.; *P. Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, S. 628, 630.

⁵¹¹ *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86.

⁵¹² *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum. Aspekte freiheitlicher Eigentumsgewährleistung, FS W. Leisner, 1999, S. 743 ff., insb. S. 755 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 579 ff.

⁵¹³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit, GS J. G. Helm, 2001, S. 827 ff.

wickeln. Das ist bezweckt. Die Charta soll nach Art. 51 für „die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gelten. Das „Recht der Union“, die vielen Richtlinien und Verordnungen, vor allem aber das primäre Vertragsrecht, etwa die wirtschaftlichen Grundfreiheiten, sind derart in das Recht der Mitgliedstaaten verwoben, daß es nur wenige Lebensbereiche gibt, deren Regelungen nicht vom „Recht der Union“ weitgehend bestimmt wären. Insbesondere alles wirtschaftliche Handeln ist weitestgehend unions geregelt. Es ist aber ausgeschlossen, Handlungen des Staates nach unterschiedlichen Grundrechtstandards zu bewerten. Dem steht das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung entgegen. Letztlich kommt es für die grundrechtliche Bewertung der Rechtsakte auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union an, zum einen weil alle Rechtsfragen, die unionsrechtliche Probleme aufwerfen, vom Gerichtshof der Europäischen Union in Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 (267) AEUV) geklärt werden, also zunehmend alle Rechtsfragen, jedenfalls im Bereich der Wirtschaft, zum andern, weil der Gerichtshof der Europäischen Union auf die unterschiedlichen Grundrechteverhältnisse der Mitgliedstaaten keine Rücksicht nehmen kann. Das Prinzip der unionsweiten Einheit des Gemeinschaftsrechts⁵¹⁴ verbietet auch eine grundrechtebedingte Unterschiedlichkeit der Handhabung der Rechtsakte der Union. Diese aber materialisieren die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten schon jetzt und zunehmend weitreichend und tiefgreifend. Die Grundrechtepraxis in der Union insgesamt leiten und sich an dem Text der Charta ausrichten (müssen). Schon jetzt bewirkt das sogenannte Kooperationsverhältnis in der Grundrechtepraxis zwischen dem Bundesverfassungsgericht in Deutschland und dem Gerichts-

⁵¹⁴ EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269 f.); EuGH v. 17.12.1970 - Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- u. Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1970, 329 (331); K. A. *Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Das Verhältnis des Europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, DSWR 1999, S. 81 ff.

hof der Europäischen Union⁵¹⁵, daß letzterer die Grundrechtepraxis bestimmt. Das Bundesverfassungsgericht etwa will generell den Wesensgehalt der Grundrechte gegenüber Rechtsakten der Gemeinschaften schützen. Dieser Vorbehalt ermöglicht es, Schutz des widerstandsfesten Kerns der Grundrechte beim Bundesverfassungsgericht zu beantragen, wenn der Gerichtshof der Union allgemein den Wesensgehalt der Grundrechte mißachtet⁵¹⁶. Das wäre der Sache nach die schwer darstellbare und noch schwerer nachweisbare grundrechtliche Widerstandslage. Die Integration des Grundrechtesschutzes hat bereits, auch ohne die Charta, dem Grundrechtesschutz geschadet, weil der Gerichtshof der Europäischen Union nicht ein einziges Mal einen Rechtsetzungsakt der Union für grundrechtswidrig (im engeren Sinne) erklärt⁵¹⁷, also ein laues Grundrechteklima geschaffen hat. Letztlich ist der Grundrechtesschutz wie im 19. Jahrhundert Sache der Gesetzgebung und damit abhängig vom demokratischen Niveau des Gemeinwesens. Die Union ist aber demokratisch defizitär⁵¹⁸. Die Charta wird somit den Verfall der Grundrechtekultur beschleunigen. Die Charta stärkt nicht das Recht, sondern schwächt es.

⁵¹⁵ BVerfGE 89, 155 (174 f.).

⁵¹⁶ BVerfGE 102, 147 (154 ff., 160 ff., 164 ff.), Anmerkung von A. Emmerich-Fritsche, BVBl. 2000, S. 755 ff.; vgl. auch BVerfGE 73, 339 (378 ff.); 89, 155 (174 f.).

⁵¹⁷ Ein atypischer Fall ist EuGH v. 5.10.1994 – Rs. C-404/92 P (X/Kommission), Slg. 1994, I-4737 (I-4789 ff). Es ging um eine verdeckte Einstellungsuntersuchung (Aidsverdacht), der der Bewerber nicht zugestimmt hatte, so daß sein Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) verletzt war. Grundrechtliche Grundsätze, wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip, hat der Gerichtshof wiederholt den Rechtsakten der Gemeinschaft entgegengestellt, freilich objektiv-rechtlich dogmatisiert; dazu A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 105 ff., 258 ff., 409 ff.

⁵¹⁸ H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 9 („Das werdende Europa ist noch keine Demokratie“); K. A. Schachtschneider, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 119 ff.; ders., Quo vadis Europa? – Ad Finem Democratiae! in: W. Lachmann/R. Haupt/K. Farmer (Hrsg.), Zur Zukunft Europas, Marktwirtschaft und Ethik, Bd. 12, 2007, S. 16 ff.; dazu näher A, IV, V, F, IV, J.

III. Grundrechte als Erkenntnisse der praktischen Vernunft

Die Menschenrechte sind gewissermaßen wie die Freiheit mit dem Menschen geboren. Die Grundrechte sind die gesetzliche Form der Menschenrechte, jedenfalls der Wesensgehalt der Grundrechte⁵¹⁹. Kein Politiker kann den Menschen die Grundrechte gewähren. Diese sind vielmehr menschheitliche Erkenntnisse, die auf Erfahrungen der Menschheit beruhen. Als philosophische Erkenntnisse der für die Menschen richtigen Grundsätze des gemeinsamen Lebens stehen die Menschenrechte nicht zur Disposition des Staates. Es ist Sache der praktischen Philosophie, die Menschen- und Grundrechte zu materialisieren, und Sache der Völker, deren Erkenntnisse verbindlich zu machen. Die Repräsentanten der Parteienoligarchien sind denkbar ungeeignet, die Grundrechte der Menschen zu formulieren, zumal sie dem Gesetz der Negativauslese in den Parteien⁵²⁰ unterliegen. Die Grundrechte können nur sittliche Vertreter der Völker ausarbeiten. Diese müssen die Besten der praktischen Philosophen sein, die in geeigneten Verfahren von den Völkern ausgewählt werden. Die praktische Philosophie ist Rechtslehre im eigentlichen Sinne. In der Sache ist Politik, wenn sie menschheitlich ist, durchgehend „ausübende Rechtslehre“ (*Kant*)⁵²¹. Rechtslehre aber ist Erkenntnis des Richtigen für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit (Gleichheit und Brüderlichkeit) auf der Grundlage der Wahrheit⁵²². Der Charta jedoch fehlt die philoso-

⁵¹⁹ Grundlegend *G. Dürig*, Der Grundrechtsschutz der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 1 ff., 46 ff.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., insb. S. 827; i.d.S. BVerfGE 80, 367 (373 f.); vgl. schon *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 348.

⁵²⁰ *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie, ed. Winkelmann, 5. Aufl. 1972, S. 838 ff.; *R. Michels*, Zur Soziologie des Parteienwesens in der Demokratie, 2. Aufl. 1925, S. 349; *R. Wassermann*, Die Zuschauerdemokratie, 1986/89, S. 112 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 1064 ff.

⁵²¹ Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 228 ff.

⁵²² *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 350 ff., 567 ff. (569), 978 ff., 990 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20 f.

phische Fundierung, welche die Aufklärung auf der Grundlage des Christentums geleistet hat und die bestens in der Rechtslehre *Kants* zu studieren ist. Mit ihrem ökonomistischen Liberalismus will die Charta Europa das Recht für das 21. Jahrhundert geben. Im 19. Jahrhundert war der konstitutionalistische Liberalismus ein großer Schritt zur Freiheit. Heute ist diese Unzeitigkeit nicht zukunftsweisend; denn das monarchische Prinzip ist Vergangenheit. Heute nutzt der Liberalismus den Interessen der multinationalen Unternehmen. Er macht den Bürgern die Bürgerlichkeit streitig, deren Sache der Staat ist. *Res publica res populi*. Den Untertanen gesteht er eine erträgliche Obrigkeit zu (Art. 41 der Charta).

Die Rechtslehre ist schon aus Gründen der philosophischen Erkenntnis der Tradition der Menschenrechte verpflichtet, welche die Erkenntnisse der Menschheit des Menschen zur Sprache bringen; denn es ist Hybris, Grundrechtetexte schreiben zu wollen, wenn diese nicht auf langer Erfahrung oder zumindest auf ausgiebiger Erörterung beruhen. Der Grundrehtediskurs muß alle Menschen, deren Leben von den Grundrechten bestimmt werden soll, und alles Wissen, welches über das gemeinsame Leben der Menschen besteht, einbeziehen. Praktische Vernunft setzt theoretische Vernunft voraus. Republikanische Politiker hätten ihre Texte bestmöglich der Öffentlichkeit zur Kritik unterbreitet, um Hilfe zu erbitten, nicht aber die Auseinandersetzung um die große Politik allein schon durch den Terminplan so gut wie unmöglich gemacht. Ein demokratisches Verfahren ist ein Verfahren bestmöglicher Rechtserkenntnis. Die Öffentlichkeitsarbeit des Konvents hatte allenfalls Alibifunktion, abgesehen davon, daß es eine europäische Öffentlichkeit, eine wesentliche Voraussetzung eines europäischen Verfassungsstaates, nicht gibt. Wie wenig die Charta bedacht war, zeigen die schnellen zum Teil bedeutsamen Änderungen, welche der Entwurf vom 28. Juli 2000 in den Texten vom 21. und vom 28. September 2000 gefunden hat. Die Menschen und Völker werden durch die Charta, deren vertragliche Verbindlichkeit ihr, wie die Grundrechtsgeschichte erweist, langdauernden und schwer abänderbaren Bestand geben wird, vergewaltigt. Das *Procedere* hat gezeigt, daß die Führer Europas und ihre Helfershelfer in ihrem Integritätsseifer keinerlei demokratisches Ethos wahren.

Ein menschenrechtlicher Grundrechtetext muß ein Text großer Worte sein, welche den großen Erkenntnissen der Menschheit des Menschen genügen. Praktizistischer Minimalismus ruiniert eine Charta von Grundrechten. Die Alltagspraxis hat viel Übung darin, die großen Texte auf die Alltagsfragen herunterzubrechen. Aber ein Grundrechtetext darf kein Verwaltungsgesetz sein. Vielmehr soll er, gerade wenn er identitätstiftende Symbolik entfalten will, ein Manifest der großen Werte sein, die angemessen zur Sprache zu bringen sind. Dem widerspricht schon die Menge der Sätze, welche die Charta benötigt, um die Rechte, Freiheiten und Grundsätze zu formulieren. So viele Grundsätze gemeinsamen Lebens hält die Rechtsordnung nicht bereit. Wer die Praxis der Verfassungsgerichte kennt, weiß, daß nur wenige Grundsätze die Rechtsordnung bestimmen. Vorbildlich ist wiederum die Erklärung von 1789. Die Verfassung besteht aus den Rechtsprinzipien, welche die Menschheit des Menschen ausmachen, welche mit dem Menschen geboren sind, vor allem die Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, aber auch aus dem in einem freiheitlichen Gemeinwesen apriorischen Prinzip des Eigentums⁵²³. Wer außerdem das Leben und die Gesundheit, das wesentliche Eigentum des Menschen, und das Recht der freien Rede (einschließlich der Freiheit der Weltanschauung) und das Recht, sich zu vereinigen, Ehe und Familie sowie eine hinreichende Privatheit, zu der die Freizügigkeit gehört, schützt, hat schon alles Wesentliche getan.

IV. Liberalistische, statt republikanischer Konzeption

1. Im Absatz 2 Satz 1 der Präambel kennt die Charta auch die „Freiheit“, welche neben den Grundsätzen der „Würde des Menschen“, „der Gleichheit und der Solidarität“, die zu Recht als „unteilbar und universell“ bezeichnet werden, aber auch neben den „Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit“, genannt wird. Zu Satz 2 dieses Absatzes 2 stellt die Union „den

⁵²³ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 743 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 537 ff.

Menschen ... in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsbürgerschaft und einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts begründet“. „Anerkannt“ werden nach Absatz 7 der Präambel jedoch „die nachstehend aufgeführten Rechte, Freiheiten und Grundsätze“. Nach dem Titel I über die „Würde des Menschen“ folgt demgemäß der Titel II zu den „Freiheiten“. Im Titel III wird die „Gleichheit“, im Titel IV die „Solidarität“ und schließlich im Titel V und Titel VI werden die „Bürgerrechte“ und die „Justiziellen Rechte“ geschützt. Auch die sogenannten Freiheiten des Titels II sind aber meist als „Rechte“ bezeichnet. Es sind im Großen und Ganzen die klassischen liberalen Grundrechte der ersten Generation, nicht aber die politische Freiheit, nicht die Freiheit als Autonomie des Willens⁵²⁴, nicht die Bürgerlichkeit des Bürgers, nicht die Freiheit des Menschen als Gesetzgeber. Art. 6 formuliert: „Jeder Mensch hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit“. Mit der Freiheit in dieser Vorschrift dürfte lediglich die Bewegungsfreiheit, die in Art. 1 Abs. 1 PersFrG (BVG vom 29. November 1988, „Recht auf Freiheit und Sicherheit (persönliche Freiheit)“⁵²⁵), im deutschen Grundgesetz in Art. 2 Abs. 2 S. 2 steht und durch Art. 5 EMRK geschützt ist, gemeint sein⁵²⁶, nicht aber die Freiheit an sich, die große Freiheit. Nach Art. 11 Abs. 2 werden jedoch „die Freiheit der Medien und ihre Pluralität geachtet“. Nach Art. 13 sind auch die Kunst und Forschung frei und wird die „akademische Freiheit geachtet“. Auch die (neue) unternehmerische Freiheit hat das Wort Freiheit für sich (Art. 16). Sie wird aber nur „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“. Die Freiheiten sind nach dem Text der Charta der Sache nach Rechte. Die sogenannten Bürgerrechte des Titels V sind das aktive und passive Wahlrecht zum Europäischen Parla-

⁵²⁴ Zur kantianischen Freiheitslehre K. A. *Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 275 ff., 325 ff., 427 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 34 ff., 274 ff., 405 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 28 ff.

⁵²⁵ VerfGH VfSlg. 10.627/1985; 11.594/1988; dazu R. *Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 1403 ff., S. 684 ff.; W. *Berka*, *Lehrbuch Grundrechte*, Rdn. 228 ff., S. 85 ff.; H. *Mayer*, B-VG, PersFrG, I.1.

⁵²⁶ Ch. *Callies*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV, Art. 6 GRCh*, Rdn. 4, 7, 9.

ment und bei den Kommunalwahlen (Art. 39 und 40), das „Recht auf eine gute Verwaltung“ des Art. 41 und neben den Rechten auf Zugang zu Dokumenten (Art. 42), einen Bürgerbeauftragten mit Mißständen in der Verwaltung der Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft zu befassen (Art. 43), dem Petitionsrecht (Art. 44) und dem Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz (Art. 46) ist als Bürgerrecht in Art. 45 auch die Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit der Unionsbürger im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten geregelt, also eine klassische liberale Freiheit. Die „Bürgerrechte“ gehören nicht anders als einige der „Freiheiten“, insbesondere „das Recht auf freie Meinungsäußerung“ des Art. 11, das Recht des Art. 12, „sich insbesondere im politischen, gewerkschaftlichen und zivilgesellschaftlichen (im Erstentwurf: „staatsbürgerlichen“, !?) Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit andern zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen“ (einschließlich einer Gewerkschaftsfreiheit, die nicht die die Arbeitgebervereinigungen umfassende Koalitionsfreiheit ist), aber auch „das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit“ des Art. 10, zur politischen Freiheit, die in den Grundrechteerklärungen der ersten Generation geschützt sind.

Die Charta anerkennt die Freiheit in ihrem in einer Republik einzig möglichen politischen Begriff, abgesehen von ihrem Schutz durch das Menschenwürdeprinzip, allenfalls in Absatz 2 der Präambel und verwehrt dieser damit den Grundrechtsschutz, wenn nicht der Freiheitsbegriff in Art. 6 als politische Freiheit verstanden werden soll. In den Grundrechteformulierungen vermag die Charta die „Freiheiten“ und „Rechte“ nicht zu unterscheiden. Die Freiheit ist mit dem Menschen geboren. Sie ist das Urrecht des Menschen, zu handeln, wenn er anderen nicht schadet, wenn er also die Freiheit aller anderen Menschen achtet. Die äußere Freiheit ist eine Einheit mit der inneren Freiheit. Die äußere Freiheit ist die „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“ (*Kant*)⁵²⁷. Die innere Freiheit ist die Sittlichkeit, die ihr Gesetz im katego-

⁵²⁷ Metaphysik der Sitten, S. 345.

rischen Imperativ hat⁵²⁸. Das Sittengesetz, der Schlüsselbegriff des deutschen Grundgesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG, von den meisten Interpreten des Grundgesetzes allerdings vernachlässigt, taucht in der Charta nicht auf, obwohl das Sittengesetz das Prinzip der allgemeinen Freiheit ist. Anstelle dessen verbindet Absatz 6 der Präambel „die Ausübung dieser Rechte ... mit Verantwortung und mit Pflichten sowohl gegenüber den Mitmenschen als auch gegenüber der menschlichen Gemeinschaft und den künftigen Generationen.“ Das ist der Sache nach der kategorische Imperativ, in andere Worte gefaßt – immerhin! Die Freiheit findet ihre Wirklichkeit in der allgemeinen, dem Recht gemäßen Gesetzlichkeit⁵²⁹. Sie ist die politische Freiheit, die Freiheit des Menschen unter Menschen also. Um der Wirklichkeit der allgemeinen Freiheit willen geben sich die Menschen, zum Staat vereint, Gesetze und sichern die Gesetzlichkeit des gemeinsamen Lebens. Diese republikanische Freiheit ist mit dem Begriff der *liberté* der Erklärung von 1789 gemeint und diese Freiheit wird durch die verschiedenen Grundrechte, welche man als Freiheitsrechte oder als Freiheiten bezeichnen kann, geschützt. Es ist immer dieselbe Freiheit des Menschen, die gegen Gefährdungen, die sich im Laufe der Geschichte gezeigt haben, geschützt wird. Unterschiedliche Freiheiten eignen dem Menschen nicht, aber es gibt unterschiedliche Rechte und damit auch unterschiedliche Grundrechte. Abgesehen von dem Urrecht der Freiheit und den mit diesem Urrecht verbundenen Rechten auf freie Rede⁵³⁰ sowie auf und am Eigentum gibt es nur Rechte, welche ihre Grundlage in der allgemeinen Frei-

⁵²⁸ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 275 ff., 325 ff., u.ö.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 67 ff., 420 ff., u.ö.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff.

⁵²⁹ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 35 ff., 275 ff., 303 ff., 325 ff., 494 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff., 94 ff., u.ö.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 34 ff., 274 ff., 420 ff., u.ö.

⁵³⁰ BVerfGE 5, 85 (134, 199, 206); 7, 198 (208); 8, 104 (112 ff.); 12, 113 (125); 20, 56 (98); 42, 163 (169); 69, 315 (344); K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 588 f., 602 ff., 836; zur Kommunikationsfreiheit W. Berka, *Lehrbuch Grundrechte*, Rdn, 318 ff., S. 123 ff.

heit haben, weil diese sich in der allgemeinen Gesetzlichkeit verwirklicht, wenn die Gesetze dem Recht genügen. Diese politische Freiheit ist die Würde des Menschen (*Kant*)⁵³¹. Sie ist aber in der Charta nicht hinreichend zur Sprache gebracht. Diese politische Freiheit, diese Freiheit des Menschen als Bürger, der mit anderen Bürgern in gleicher Freiheit lebt, nicht individualistisch, sondern sozial, in Brüderlichkeit, meint Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Dort heißt es: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.“ Art. 2 Abs. 1 GG hat das für Deutschland gut formuliert: „Jeder hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

„Freiheiten“ und „Rechte“ identifiziert ein Liberalismus, welcher die politische Freiheit des Menschen nicht zur Wirkung kommen lassen will, sondern den Staat als Einrichtung der Herrschaft mißversteht, der Freiheiten vornehmlich als „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“ (BVerfGE 7, 198 (204))⁵³² entgegengestellt werden. Dementsprechend unterscheidet der Entwurf auch „Freiheiten“ und „Bürgerrechte“, die er als politische Rechte des Unionsbürgers vorstellt, den er der Sache nach zum Unionsuntertanen degradiert. Wer Freiheiten sagt, rechtfertigt Herrschaft und moderiert diese durch liberale, soziale und politische Rechte. Ein Gemeinwesen, das sich auf die Grundsätze der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit, der Solidarität, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit gründet, ist eine Republik. Eine solche legitimiert keinerlei Herrschaft⁵³³, sondern verwirklicht Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit durch Recht. Konzeptionell verbleibt die Charta jedoch bei der Formulierung der einzelnen „Rechte, Freiheiten und Grundsät-

⁵³¹ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 67 f.

⁵³² Dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 441 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 343 ff.

⁵³³ *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 71 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 115 ff.

ze“ (vgl. Absatz 7 der Präambel), sei es aus dogmatischer Inkompetenz, sei es aus interessierter Inkonsistenz, weitgehend dem Konstitutionalismus verhaftet, der durch das monarchische Prinzip geprägt war. An die Stelle des monarchischen Prinzips ist das Prinzip der Parteienherrschaft getreten. Demgemäß festigt Art. 12 Abs. 2 der Charta erneut (vgl. schon Art. 191 EGV) die politischen Parteien auf der Ebene der Union, ein (in sich bedenklicher) Artikel, der im übrigen systematisch zu den „Bürgerrechten“ gehört, wenn man schon Freiheiten von Bürgerrechten meint unterscheiden zu müssen.

Der Wechsel des Freiheitsbegriffs ist paradigmatisch. Er verändert die Freiheitslage in Österreich und auch in Deutschland grundlegend und entzieht sowohl dem Demokratie- als auch dem Rechtsstaatsprinzip, aber auch dem Sozialprinzip die Substanz, nämlich die politische Freiheit. Eine derartige Entwertung ihres Status ist eine tiefgreifende Verletzung der Bürgerlichkeit der Österreicher und der Deutschen wie aller anderen Völker der Europäischen Union und eine ebenso unerträgliche Verletzung ihrer freiheitlichen demokratischen Grundordnung, ihres Staates und ihrer Staatlichkeit. Die Grundrechtecharta ist somit mit Art. 1 B-VG, der das republikanische Freiheitsprinzip verfaßt und der die Republik als freiheitliche Demokratie und als sozialen Rechtsstaat schützt, nicht vereinbar. Eine demokratische Republik, deren Rechts(begriff notwendig) vom Volk ausgeht, ist (soll sein) ein Gemeinwesen der Freiheit. Freiheit hat ihre politische Form in der Demokratie und Freiheit verwirklicht sich durch rechtliche Gesetzlichkeit, also im Rechtsstaat, und ist untrennbar verbunden mit der Gleichheit und Brüderlichkeit und somit der Staat der Freiheit Sozialstaat⁵³⁴.

2. Freiheit, Grundrechte, Menschenrechte, Grundfreiheiten, Freiheiten, Rechte, Ansprüche sind in der Charta in einer inkonsistenten Begrifflichkeit nebeneinander gestellt, welche Verwirrung bei den Interpreten und in der Praxis stiften wird. Schwer zu durchschauen, aber sicher folgenreich stuft die

⁵³⁴ K. A. Schachtschneider, Freiheit in der Republik, S. 34 ff., 274 ff., 429 ff., u.ö.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 28 ff., 94 ff., u.ö.

Charta mit den Verben „garantieren“, „schützen“, „einhalten“, „gewährleisten“, „anerkennen und achten“, „das Recht auf Achtung haben“, „achten“, „gewähren können“, „niemand darf ... werden“, „verboten sein“, „das Recht haben“, „frei sein“, „die Freiheit haben“, „Freiheit anerkennen“, „Anspruch haben“, „Anspruch auf Schutz haben“, „das Recht auf Zugang haben“, „sicherstellen“, „besitzen“ (das Wahlrecht) die Schutzintensität der Freiheiten, Rechte und Grundsätze ab. Ganz unklar bleibt, aus welchen „Grundrechten“ überhaupt subjektive Rechte, also Klagemöglichkeiten der Unionsbürger folgen sollen, aus den Grundsätzen, mit denen etwa der Umweltschutz (Art. 37) und der Verbraucherschutz (Art. 38) „sichergestellt“ werden, wohl nicht⁵³⁵. Elementare Menschheitsprinzipien, wie „die akademische Freiheit“ (Art. 13), werden lediglich „geachtet“, nicht etwa gewährleistet oder gar garantiert oder wenigstens als Recht anerkannt. Ob differenzierte Gesetzesvorbehalte der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten bestehen oder ob in Art. 52 Abs. 1 ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt gemacht ist, ist zweifelhaft. Die häufigen grundrechtsimmanenten Gesetzesvorbehalte sprechen dafür, daß die vorbehaltlosen Grundrechte wie die Freiheit der Kunst und Forschung, aber auch die Freiheit der Medien und die Rechte auf Leben und körperliche und geistige Unversehrtheit uneinschränkbar sein sollen. Dagegen spricht die Sache. Nach der in Österreich und auch in Deutschland praktizierten allgemeinen Grundrechtelehre kann ein vorbehaltloses Grundrecht (nur) zugunsten anderer Gemeinwohlbelange eingeschränkt werden, welche ihrerseits den Schutz des Verfassungsgesetzes genießen⁵³⁶.

⁵³⁵ Ch. Callies, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 37 GRCh, Rdn. 7 ff., Art. 38 GRGh, Rdn. 4.

⁵³⁶ VfSlg 3447, 5150, 10.401, 11, 576, 11, 737, 13.978, 14.485; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1340, S. 630 (zu 3.); W. Berka, in: H. P. Rill/H. Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, Vorbem. StGG, Rdn. 120 ff.; für Deutschland etwa BVerfGE 50, 290 (369); 84, 212 (228); 92, 26 (41); 100, 271 (283).

V. Soziale Rechte

Während die liberalen Rechte in den Titeln I, II und V eine weitgehende, der Grundrechtstradition verpflichtete Aufnahme in die Charta gefunden haben, freilich mit beunruhigenden Einschränkungen, wie in Art. 13, der die Freiheit der Lehre, die keinesfalls durch die in der neuen Fassung aufgenommene Achtung der „akademischen Freiheit“ hinreichend geschützt ist, nicht nennt, hat die Charta die sozialen Grundrechte der zweiten Generation weitgehend verschwiegen, obwohl der Titel IV die Überschrift „Solidarität“ trägt. Das Sozialprinzip als das Prinzip der Brüderlichkeit⁵³⁷, jetzt als Prinzip der „Solidarität“ gehandelt, wird entgegen der menschheitlichen Verfassung der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, zu der sich die Präambel bekennt, in kleinen Arbeitnehmerschutzrechten und in herkömmlichen Einrichtungen (schon fragwürdig gewordener) sozialstaatlicher Versicherungssysteme abgetan. Titel IV vermeidet die großen sozialen Postulate, welche sowohl in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 als auch in der Europäischen Sozialcharta von 1961, insbesondere aber in dem Internationalen Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte von 1966 und durchaus auch in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 enthalten sind. Aber das Sozialprinzip will gar nicht zum Kapitalprinzip passen, dem die Währungsunion (Euro) als geradezu logischer Baustein der Kapitalunion verpflichtet ist. Weil eine echte Europäische Sozialunion⁵³⁸ weder mittel- noch langfristig eine Chance hat, wird das freiheitliche Sozialprinzip schlicht aufgegeben – entgegen den Fundamenten der ebenso christlichen wie humanistischen (Aufklärung!) Kultur Europas, die mit

⁵³⁷ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 234 ff.; *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 636 ff.

⁵³⁸ Dazu J. Ringler, Die europäische Sozialunion, 1997; kritisch zu Recht W. Nölling, Euro – der Sozialstaatsbruch, in: W. Hankel u.a., *Die Euro-Illusion*, 2001, S. 107 ff.; K. A. Schachtschneider, *Verfassungsrecht der Europäischen Union*, Teil 2, *Wirtschaftsverfassung*, § 3.

dem (fragwürdigen) Hinweis in Absatz 2 der Präambel auf das „Bewußtsein ihres (sc. der Union) geistig-religiösen und sittlichen Erbes“ angesprochen ist.

Vor allem fehlt das Recht auf Arbeit, welches in dreizehn Verfassungen der bisherigen fünfzehn Mitgliedstaaten der Europäischen Union (außer Deutschland und Österreich) genannt ist, das die meisten Landesverfassungen Deutschlands kennen und das sowohl aus dem Sozialprinzip als bei richtiger Lesweise auch aus der Eigentumsgewährleistung folgt⁵³⁹. Aufgrund des Rechts auf Arbeit kann eine bestmögliche Beschäftigungspolitik eingefordert werden, wenn auch nicht ein Arbeitsplatz eigener Wahl. Ein Recht auf Arbeit setzt eine allein an der Preisstabilität orientierte Politik des Marktes und des Wettbewerbs (dazu C), welche die Unternehmensinteressen fördern mag, aber die Arbeitnehmerinteressen vernachlässigt, ins Unrecht. Eine Grundrechtecharta, welche die unternehmerische Freiheit anerkennt (Art. 16), aber das Recht auf Arbeit ausspart, verändert die Wirtschaftsverfassung grundlegend. Sie wandelt die marktliche Sozialwirtschaft⁵⁴⁰ in eine offene Wettbewerbswirtschaft.

Dem entspricht es, daß auch das „Eigentumsrecht“ des Art. 17 auf den Bestands- und Gebrauchsschutz des Eigentums reduziert wird, während die Menschenrechtstexte (Art. 17 AEMR) und, wiederum bei richtiger Lesweise, auch das deutsche Grundgesetz ein Recht auf Eigentum gewährleisten⁵⁴¹. Frei

⁵³⁹ K. A. Schachtschneider, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit, GS J. G. Helm, 827 ff.; *ders.*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff.; vgl. *ders.*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

⁵⁴⁰ K. A. Schachtschneider, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders.*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 314 ff.; auch W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998, S. 200 ff.; *ders.*, Marktliche Sozialwirtschaft, S. 41 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 471, 495, 586 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 1.

⁵⁴¹ K. A. Schachtschneider, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 775 ff.; *ders.*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit, GS J. G. Helm, S. 827 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 544 ff.

sind die Menschen nur, wenn sie selbständig sind; denn nur wer selbständig ist, ist der Autonomie des Willens, also der politischen Freiheit, fähig⁵⁴². Dementsprechend hat jeder ein Recht darauf, daß die Eigentumsordnung allen das erforderliche Eigentum gewährleistet. Die Eigentumsordnung muß dem Sozialprinzip genügen, also, wenn man so will, solidarisch sein. Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nennt die Charta nicht, obwohl der Europäische Gerichtshof eine soziale Grundrechtelehre der Gemeinschaftsverpflichtetheit praktiziert⁵⁴³. Eine liberalistische Stärkung des Privatheitsprinzips⁵⁴⁴ würde die funktionale Staatlichkeit der Mitgliedstaaten entgegen deren Verfassungsgesetzen relativieren, etwa die Verwirklichung des Sozialprinzips, in Österreich und in Deutschland ein Fundamentalprinzip⁵⁴⁵, das nicht zur Disposition der Integrationspolitik steht. Eine europäische Grundrechtecharta kann rechtens nicht vom Freiheits- zum Herrschaftsprinzip und auch nicht vom Sozial- zum Individualprinzip wechseln. Jedes Verfassungsgesetz muß die Verfassung der Menschheit des Menschen wahren.

VI. Arbeitnehmerrechte

Nicht nur das Recht auf Arbeit fehlt in der Charta, sondern die Rechte der Arbeitnehmer werden insgesamt geschmälert.

Zur Anerkennung der Arbeitnehmer als Miteigentümer der Unternehmen schreitet die Charta nicht fort, obwohl die Unternehmen genauso das Eigene

⁵⁴² *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 432 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 636 ff.

⁵⁴³ Etwa EuGH v. 14.5.1974 - Rs. 4/73 (Nold/Kommission), Slg. 1974, 491 (507); dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 333 ff.

⁵⁴⁴ Zum Privatheitsprinzip *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 465 ff.; *ders.*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 67 ff.

⁵⁴⁵ BVerfGE 84, 90 (121); 100, 271 (284).

und Eigentum der Arbeitnehmer sind wie das der Anteilseigner⁵⁴⁶. Allemal das Arbeitsverhältnis ist ein Eigentum des Arbeitnehmers. Das Arbeitsverhältnis gibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, aus eigener Kraft zu leben. Es ist sein Eigenes, das in Österreich und Deutschland etwa im Kündigungsschutz- und im Mitbestimmungs-, aber auch im Betriebsverfassungsrecht rechtlich anerkannt ist und anerkannt werden muß.

Die Arbeitnehmer werden in dem Titel IV, das „Solidarität“ verspricht, nur in kleinen Rechten geschützt. Sie sollen human behandelt, nämlich Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung, freilich nur „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ (Art. 30), Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, auf Begrenzung der Höchstarbeitszeiten, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31) und auf Mutterschafts- und Elternschutz, um das Familien- und das Berufsleben in Einklang bringen zu können (Art. 33), haben. Art. 32 verbietet die Kinderarbeit und schützt die Jugendlichen vor allem vor „wirtschaftlicher Ausbeutung“. Aber ein Recht auf Arbeit wird den Menschen nicht zugestanden.

Nach Art. 27 muß für die „Arbeitnehmer oder ihre Vertreter“ „auf allen Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind“. Die unternehmerischen Entscheidungen betreffen das Eigentum der Arbeitnehmer am Unternehmen, nämlich ihren Arbeitsplatz. Die unternehmerische oder auch nur die betriebliche Mitbestimmung ist nicht gewährleistet, obwohl sie in Österreich wie in Deutschland zu den Arbeitnehmerrechten gehört, für welche die Gewerkschaften jahrzehntelang gekämpft haben. Dafür gibt es das Recht auf Zugang zu einem „unentgeltlichen Arbeitsvermittlungs-

⁵⁴⁶ K. A. Schachtschneider, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 412 ff.

dienst“ (Art. 29), gegenüber dem Menschenrecht auf Arbeit ein Hohn für das Millionenheer von Arbeitslosen.

In Art. 12 Abs. 1 der Charta ist nicht nur die Gewerkschaftsfreiheit als eine Vereinigungsfreiheit aufgenommen, sondern in Art. 28 das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer (sc. der Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen) Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. Das gibt prinzipiell ein Streikrecht gegenüber dem Tarifpartner. Grundrecht kann nur die Streikfreiheit gegenüber dem Staat sein. Das Recht, Tarifverträge auszuhandeln und zu schließen, ist nur „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ gegeben, während die Tarifautonomie in Österreich und auch in Deutschland weitgehend zum Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit gehört und nur zu Gunsten anderer Verfassungsgüter eingeschränkt werden darf. Die Tarifautonomie muß somit hinter den Grundfreiheiten zurückstehen.

Durchaus wichtig ist es der Charta, die berufsrechtliche Frauenquote zu etablieren (Art. 23 Abs. 2). Entgegen dem allgemeinen Gleichheitsprinzip (Art. 20) und dem Diskriminierungsverbot auch wegen des Geschlechts (Art. 21) werden durch Art. 23 Abs. 2 „spezifische Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht“ erlaubt, also eine Ausnahme von den großen menschheitlichen Grundsätzen der Gleichheit gemacht.

VII. Ökologische, biologische und gesundheitliche Rechte und Grundsätze

Nach Art. 37 der Charta müssen „ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität in die Politik der Union einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden“. Ein Grundrecht gibt diese Vorschrift trotz ihrer Stellung in einer Grundrechtecharta dem Wortlaut nach nicht, jedenfalls kein subjektives Recht auf die zugesagte Sicherstellung. Ein solches Recht würde aus den Artikeln 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1, dem „Recht auf Leben“ bzw. dem „Recht auf körperliche und

geistige Unversehrtheit“ folgen, die mit der Schutzpflicht des Staates zugunsten von Leben und Gesundheit verbunden sind⁵⁴⁷. Art. 37 soll aber wohl als Spezialvorschrift grundrechtliche Rechte auf den Schutz der Umwelt um des Lebens und der Gesundheit willen ausschließen. Auch der Gesundheitsschutz ist durch Art. 35 auf den „Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ reduziert, so daß auch insofern die objektive Dimension der Artikel 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 der Charta nicht grundrechtlich zur Geltung gebracht werden dürfen soll. Das wird durch die Ergänzung der Charta in S. 2 des Art. 35, daß bei der „Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt“ werden wird, bestätigt. So formuliert man das Versprechen einer Politik, aber nicht ein einklagbares Recht. Entgegen den Erkenntnissen der Ökologik und der Sozialmedizin sind der Umweltschutz und der Gesundheitsschutz weit hinter den Stand der Grundrechte der dritten Generation zurückgedrängt. Jedenfalls wird den Bürgern das Recht streitig gemacht, den Schutz gerichtlich zu erzwingen.

Mehr als bedenklich sind die Verbotsregelungen des Art. 3 Abs. 2 der Charta für die Medizin und die Biologie, nicht hinsichtlich der genannten Grundsätze, sondern wegen der Einschränkung derselben. So sind eugenische Praktiken insbesondere verboten, wenn sie „die Selektion von Menschen zum Ziel haben“ (lit. b). Nicht verboten sind also eugenische Entwicklungen, die nicht schon Praktiken sind. Transplantationen steht nichts im Wege, wenn sie nicht „zur Erzielung von Gewinnen“ dienen; denn nur zu diesem Zweck dürfen der „menschliche Körper oder Teile davon“ nicht genutzt werden (lit. c). Nicht einmal die Einwilligung des Verstorbenen (zu dessen Lebzeiten) ist erforderlich, falls nicht das Einwilligungsprinzip des lit. a entgegen der Praxis in den

⁵⁴⁷ BVerfGE 39, 1 (41 f.); 46, 160 (164); 49, 89 (141 ff.); 53, 30 (57); 56, 54 (73 ff.); 77, 170 (214 f.); 88, 203 (251 ff.); K. A. *Schachtschneider*, Fallstudie zum Umweltrecht, S. 304 ff.

meisten Ländern der Europäischen Union gelten soll⁵⁴⁸. Nur das reproduktive Klonen von Menschen ist verboten (lit. d). Es gibt viele andere Formen des Klonens, die bedrohlich sind. Der Industrie, auch der medizinischen und biologischen, einschließlich der genetischen, sollen möglichst Hindernisse aus dem Weg geräumt werden, welche sich aus der Grundrechtsinterpretation des Absatz 1 des Art. 3 ergeben könnten.

VIII. Prozedurale Rechte

Die Bürgerlichkeit der Bürger ist in der Charta auf das Minimum reduziert, welches um der in Absatz 2 der Präambel beschworenen Grundsätze der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit willen unverzichtbar erscheint. Der Torso an Demokratie, den die Charta hinterläßt, ist ohnehin allenfalls eine formale Demokratie, welche schon *Karl Jaspers* beklagt hat⁵⁴⁹. Geradezu propagandistisch wird den Unionsbürgern in Art. 41 ein „Recht auf eine gute Verwaltung“, „unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist“, mit den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs, der Akteneinsicht („unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses“), der Begründungspflicht, der Amtshaftung, und der sprachlichen Verständlichkeit angedient, als ob dadurch die mannigfachen Prinzipien des Rechtsstaates verwirklicht würden⁵⁵⁰. Die Lehre und die Praxis haben das Rechtsstaatsprinzip als das Prinzip des Rechts vielfältig materialisiert. Die vier Absätze des Art. 41 der Charta können das allgemeine Verwaltungsrecht, das in Österreich seine gesetzliche, zum Teil kritikwürdige, Regelung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen gefunden hat, nicht ersetzen. Art. 41 birgt die Gefahr der Reduzierung verwaltungsrechtlichen Fortschrittes, der vor allem

⁵⁴⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider/D. J. Siebold*, Die "erweiterte Zustimmungslösung" des Transplantationsgesetzes im Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 129 ff.

⁵⁴⁹ Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, 1949, S. 213; *ders.*, Wahrheit, Freiheit, Friede, 1958, in: *ders.*, Lebensfragen der deutschen Politik, 1963, S. 160, 162, 165.

⁵⁵⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, 2006.

der intensiven Förderung rechtsstaatlicher Prinzipien in den 50er und 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts zu danken ist. Seitdem ist ein ständiger Rückschritt an prozeduralen Rechten zu beklagen, der sich in der Grundrechtecharta fortsetzt.

Wenn schon neben dem Wesensgehaltsschutz der „Rechte und Freiheiten“ der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ hervorgehoben wird (Art. 52 Abs. 1 der Charta), so wäre es richtig, auch andere Grundsätze des Rechtsstaates, wie das Vertrauensschutz- und das Bestimmtheitsprinzip, vor allem aber das Prinzip gewaltenteiliger Funktionenordnung (Gewaltenteilung)⁵⁵¹ in den Text aufzunehmen, gerade weil aus der Garantie ausgewählter Grundsätze mit gewisser Logik der Umkehrschluß gezogen werden kann, daß andere Grundsätze, die mit dem Rechtsstaatsprinzip verbunden werden, nicht gelten sollen. Entweder bleibt ein Grundrechtetext allgemein, wie das zu empfehlen ist, oder er befaßt sich mit den vielen Einzelheiten, welche aus dem Prinzip des Rechts folgen und regelt diese umfassend. Dann wird eine solche Charta eine Art Verwaltungsgesetz, wie die Charta der Grundrechte der Europäischen Union es denn auch zum Teil ist.

Auch die „justiziellen Rechte“ in Titel VI werden reduziert, wenn auch das Rechtsschutzprinzip in Art. 47 der Charta gewahrt bleibt, freilich nur für „durch das Recht der Union garantierte Rechte und Freiheiten“, so genügt doch für den Schuldvorwurf nach Art. 48, daß ein „rechtsförmlicher Beweis seiner Schuld“ des Angeklagten erbracht ist, während in Österreich und in Deutschland die Strafbarkeit den Schuldpruch eines Gerichts voraussetzt⁵⁵². Den Grundsatz: *nulla poena sine lege*, formuliert die Charta so wie Art. 7 EMRK (Art. 49 Abs. 1 S. 1 und 2). Das Strafgesetz muß nicht ein Gesetz des Staates sein, dem der Straftäter angehört oder in dem er die Straftat begangen hat, sondern es genügt, daß die Tat nach internationalem Recht strafbar war.

⁵⁵¹ Dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 167 ff.

⁵⁵² R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 1557, S. 798; BVerfGE 20, 49 (79 ff.).

Das Recht, Straftatbestände zu schaffen, wird dadurch internationalisiert (dazu näher D, IV).

IX. Ermöglichung der Todesstrafe und der Tötung

Die Grundrechtecharta ermöglicht ausdrücklich in den aufgenommenen „Erläuterungen“ und deren „Negativdefinitionen“ zu den Grundrechten, entgegen der durch das Menschenwürdeprinzip gebotenen Abschaffung der Todesstrafe (Art. 85 B-VG)⁵⁵³, die Wiedereinführung der Todesstrafe im Kriegsfall oder bei unmittelbar drohender Kriegsgefahr, aber auch die Tötung von Menschen, um einen Aufstand oder einen Aufruhr niederzuschlagen. Maßgeblich dafür ist nicht Art. 2 Abs. 2 der Charta, der die Verurteilung zur Todesstrafe und die Hinrichtung verbietet, sondern die in das Vertragswerk aufgenommene Erklärung zu diesem Artikel, die aus der Menschenrechtskonvention von 1950 stammt. Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV in der Lissabonner Fassung werden die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der Charta gemäß den allgemeinen Bestimmungen von Titel VII der Charta, in dem die Auslegung und Anwendung derselben geregelt ist, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten „Erläuterungen“, in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt. Die rechtliche Relevanz der Erläuterungen folgt auch aus Absatz 5 S. 2 der Präambel der Charta, wonach deren Auslegung „unter gebührender Berücksichtigung der Erläuterungen“ erfolgt, „die unter der Leitung des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta formuliert und unter der Verantwortung des Präsidiums des Europäischen Konvents aktualisiert wurden“, und noch mehr aus Art. 52 Abs. 3 der Charta, wonach Rechte der Charta, „die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechte entsprechen“, „die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie

⁵⁵³ Vgl. auch B-VG BGBl. 1968/73; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 787, S. 380; W. Berka, Lehrbuch Grundrechte, Rdn. 209 ff., S. 77.

ihnen in der genannten Konvention verliehen wird“. Absatz 7 des Art. 52 wiederholt die Pflicht der Gerichte der Union und der Mitgliedstaaten, die „Erläuterungen, die als Anleitung für die Auslegung der Charta der Grundrechte verfaßt wurden, gebührend zu berücksichtigen“. Absatz 5 S. 2 der Präambel und Absatz 7 des Art. 52 sind erst am 12. Dezember 2007 in die Charta (wieder) aufgenommen worden. Sie standen schon im gescheiterten Verfassungsvertrag vom 29. Oktober 2004. Zwischenzeitliche Politik gegen die Ermöglichung der Todesstrafe und Tötung ist jedenfalls durch diese Texterweiterung dementiert. Die „Erläuterungen“ betreffen auch und gerade Art. 2 Abs. 2 der Charta⁵⁵⁴.

Die Ermächtigungen der Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik genügen, um im Interesse der Effizienz der Missionen nach Art. 28a (42) Abs. 1 S. 2 und Art. 28b (43) Abs. 1 EUV oder auch der Verteidigung die Todesstrafe einzuführen, etwa die Ermächtigung des Rates durch Art. 28b (43) Abs. 2 S. 1 EUV in Beschlüsse über Missionen „die für sie geltenden allgemeinen Durchführungsbestimmungen festzulegen“. Daran sind weder das Europäische Parlament beteiligt noch gar die nationalen Parlamente. Ein solcher Beschluß wäre an dem Art. 2 Abs. 2 der Grundrechtecharta mit seiner Erläuterung zu messen. Im übrigen verpflichten sich die Mitgliedstaaten durch Art. 28 (42) Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EUV, „ihre militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern“. Die Kriege in der Vergangenheit und Gegenwart beweisen, daß die Todesstrafe etwa gegen Soldaten, welche Befehle auszuführen sich weigern, die militärischen Fähigkeiten einer Armee ungemein zu steigern vermag. Die Effizienz militärischer Maßnahmen kann auch durch die Hinrichtung von Terroristen und Saboteuren oder auch nur vermeintlichen Terroristen und Saboteuren erhöht werden, u.a.m. Die Praxis der Union, die Texte über Pflichten der Mitgliedstaaten extrem auszudehnen, läßt auch eine solche Interpretation nicht ausgeschlossen erscheinen, wenn die Lage es gebietet oder nahelegt. Nebenbei bemerkt ist die Aufrüstungsverpflichtung die-

⁵⁵⁴ *M. Borowsky*, in: J. Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 2, Rdn. 18 ff., 45.

ser Vorschrift mit dem Österreich und auch Deutschland (Präambel des Grundgesetzes, Art. 1 Abs. 2, Art. 26 Abs. 1 GG) bindenden Friedensprinzip unvereinbar.

In der Erklärung betreffend die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, die nach Art. 49b (51) EUV („Anhang“) Bestandteil der Verträge sind, also deren Verbindlichkeit haben, steht:

„3. Die Bestimmungen des Artikels 2 der Charta entsprechen den Bestimmungen der genannten Artikel der EMRK und des Zusatzprotokolls. Sie haben nach Artikel 52 Absatz 3 der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite. So müssen die in der EMRK enthaltenen „Negativdefinitionen“ auch als Teil der Charta betrachtet werden:

a) Art. 2 Abs. 2 EMRK:

Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um

- a) jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen;
- b) jemanden rechtmäßig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmäßig entzogen ist, an der Flucht zu hindern;
- c) einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen“.

b) Artikel 2 des Protokolls Nr. 6 zur EMRK:

„Ein Staat kann in seinem Recht die Todesstrafe für Taten vorsehen, die in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr begangen werden; diese Strafe darf nur in den Fällen, die im Recht vorgesehen sind, und in Übereinstimmung mit dessen Bestimmungen angewendet werden ...“.

Aufstände oder Aufrühre kann man auch in bestimmten Demonstrationen sehen. Der tödliche Schußwaffengebrauch ist in solchen Situationen nach dem Vertrag von Lissabon keine Verletzung des Rechts auf Leben. Im Krieg befinden sich Deutschland und Österreich auch gegenwärtig. Die Kriege der Europäischen Union werden mehr werden. Dafür rüstet sich die Union – auch durch den Vertrag von Lissabon.

X. Keine Grundrechtebeschwerde

Eine Grundrechtebeschwerde der grundrechtsberechtigten Personen hat die Charta nicht aufgenommen. Auch das Unionsrecht kennt eine solche nicht, wenn man nicht Art. 230 (263) Abs. 2 und 4 AEUV) heranziehen will. Diese Vorschrift spricht gegen Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, die an natürliche oder juristische Personen gerichtet sind oder sie unmittelbar und individuell betreffen, wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung des Vertrages oder einer bei ihrer Durchführung anzuwendende Rechtsnorm oder auch wegen Ermessensmißbrauchs (Art. 230 (263) Abs. 2 AEUV) Rechtsschutz des Gerichtshofs der Europäischen Union zu. Aber Grundrechte ohne prinzipialen Rechtsschutz gegen Richtlinien und Verordnungen sowie andere Rechtsakte verdienen den Namen kaum. Die Bürgerbeschwerde wegen Grundrechteverletzung gehört zum Verfassungsstaat. Die Rechtsbeschwerde nach Art. 140 Abs. 1 S. 4 B-VG wie die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 90 ff. BVerfGG ist ein wesentliches Gut des österreichischen bzw. deutschen Verfassungs- und Rechtsstaates. Sie bestimmen wesentlich die Verfassungsverhältnisse Österreichs wie Deutschlands dadurch, daß sie es bezweckt und weitgehend erreicht, daß sich das Recht gegenüber der Politik, die vornehmlich in den Gesetzen Niederschlag findet, behauptet⁵⁵⁵. Durch die (immer größere) Ausweitung der Ermächtigungen zur Gesetzgebung und Rechtsprechung der Union verliert die Verfassungsbeschwerde gegen Verletzungen der Grundrechte des Grundgesetzes zunehmend an Bedeutung, zugleich auch der Schutz des Rechts (mittels der Grundrechte) durch deutsche Gerichte, zumal des Verfassungsgerichtshofs wie des Bundesverfassungsgerichts; denn alle nationalen Gerichte sind, wenn es um die Anwendung des Unionsrechts geht, (nur) an die Unionsgrundrechte der Charta gebunden und

⁵⁵⁵ K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20 ff., 54 f., 244 ff.; ders., Res publica res populi, S. 819 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 400 ff.

insoweit nicht mehr an die Grundrechte des Grundgesetzes. Selbst die nationalen Gesetze, welche Richtlinien umsetzen, werden nicht mehr an den nationalen Grundrechten gemessen, jedenfalls nicht, soweit die Richtlinien eine bestimmte Politik vorschreiben oder ermöglichen, sondern nur noch an den Grundrechten der Union (vgl. Art. 51 Abs. 1 S. 1 der Charta)⁵⁵⁶, erst recht der mitgliedstaatliche Vollzug des Unionsrechts⁵⁵⁷. Das letzte Wort in Sachen der Grundrechte bekommt (in der ganz großen Zahl der Fälle durch den Vertrag von Lissabon endgültig) der Gerichtshof der Europäischen Union.

XI. Unionsstaat als existentieller Verfassungsstaat

Ein Grundrechtetext ist klassischer Bestandteil eines Verfassungsgesetzes, welches ein Volk zum Staat verfaßt. Außerdem regelt ein Verfassungsgesetz die Ziele, Aufgaben und Befugnisse eines Staates und die Organisation des Staates, welche gewaltenteilig sein muß, um einer Verfassung der Freiheit und des Rechts zu genügen. Die organisationsrechtliche Verfassung (im funktionalen Sinne) enthalten die Verträge der Union. Dennoch werden diese Verträge im Gegensatz zur Auffassung des Gerichtshofs der Europäischen Union⁵⁵⁸ und einer früheren, inzwischen nicht wiederholten, Äußerung des Bundesverfassungsgerichts nicht als Verfassungsgesetz angesehen, weil sie die Europäische Union nicht zu einem Staat, einem Bundesstaat⁵⁵⁹, und die Unionsbürger nicht zu einem Volk im staatsrechtlichen Sinne integrieren wür-

⁵⁵⁶ Vgl. EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-292/97 (Karlsson u.a.), Slg. 2000, I, S. 2737, Rdn. 37; R. Streinz, in: ders., EUV/EGV, Art. 51 GRCh, Rdn. 11; Th. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art 51 GRCh, Rdn 8, 11.

⁵⁵⁷ M. Borowsky, in: J. Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51, Rdn. 25 ff.

⁵⁵⁸ EuGH v. 23.04.1985 – Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339 (1365); EuGH v. 14.12.1991 (Gutachten 1/91), Slg. 1991, I-6079, I-6079 (I-6102); K. A. Schachtschneider, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, i.V., § 1, Verträge und Vertragspartner.

⁵⁵⁹ BVerfGE 22, 293 (296); 89, 155 (188).

den⁵⁶⁰. Jedenfalls ist die Union trotz deren existentieller Staatlichkeit kein existentieller Staat; denn sie verfaßt kein Unionsvolk (dazu A, III, V). Es hat niemals eine Staatsgründung der Europäischen Union gegeben. Insbesondere sind die Politiken der Europäischen Union nicht eigenständig demokratisch legitimiert⁵⁶¹ (dazu A, V, K). Das aber wäre eine unabdingbare Voraussetzung eines freiheitlichen Gemeinwesens, einer Republik der Europäer. Die (defizitäre) demokratische Legitimation der Rechtsakte der Unionsorgane beruht auf den demokratisch legitimierten Zustimmungsgesetzen der mitgliedstaatlichen Legislativorgane zu den Unionsverträgen. Spezifisch daraus erwächst das Prinzip der begrenzten Ermächtigung der Unionsorgane durch die Übertragung von Hoheitsrechten zur gemeinschaftlichen Ausübung⁵⁶².

Mit der Charta der Grundrechte vertieft die Europäische Union ihre existentielle Staatlichkeit. Unbeirrt gehen die Integrationisten den Weg zum Großstaat Europa weiter, freilich ohne alle Völker zu fragen, ob diese das wollen. Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas (der Mitgliedstaaten) läßt nur eine gemeinschaftliche Ausübung der Staatlichkeit der Völker, also eine funktionale Staatlichkeit der Europäischen Union, zu. Zu diesem Zweck ist letzterer die gemeinschaftliche Ausübung von bestimmten und begrenzten Hoheitsrechten übertragen (Art. 9 Abs. 2 B-VG)⁵⁶³. Diese Hoheitsrechte dürfen nur nach Maßgabe der Grundrechte der Mitgliedstaaten ausgeübt werden; denn kein Staat hat Hoheit entgegen den Grundrechten der Menschen und der Bürger. Vielmehr sind die Grundrechte als solche negative Kompetenzen⁵⁶⁴. Grundrechte sind zwar einschränkbar, so daß auch die Rechtsakte der Europäischen Union, der funktionale Staatlichkeit delegiert ist, Grundrechte einzu-

⁵⁶⁰ I.d.S. BVerfGE 89, 155 (188); dazu A, I, III, V.

⁵⁶¹ K. A. Schachtschneider, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, 1999, S. 119 ff.; ders., Quo vadis Europa? – Ad Finem Democratiae!, S. 16 ff.

⁵⁶² BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.).

⁵⁶³ Dazu A, III, IV; B, I; K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.

⁵⁶⁴ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 353 f., 476, 821 f., 1030; weitere Hinweise in Fn. 634.

schränken vermögen, aber doch nicht zu Lasten des Wesensgehalts der Grundrechte. Das Bundesverfassungsgericht hat sich vorbehalten, den Grundrechtstandard, der zumindest den generellen Wesensgehalt der Grundrechte ausmacht, auch gegenüber Rechtsakten der Europäischen Union zur Geltung zu bringen⁵⁶⁵. Die Charta der Grundrechte verfolgt seit ihrer Proklamation den Zweck, die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union zu festigen. Als Verfassungsstaat, meinen manche, könne die Union die uneingeschränkte Grundrechteverantwortung für ihre Rechtsakte übernehmen, die tief in die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten einwirken, bis zur Strafverfolgung (dazu D, IV).

Die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union können jedoch nur die Völker der Mitgliedstaaten ermöglichen, weil sie, jedes Volk für sich, die eigene existentielle Staatlichkeit⁵⁶⁶ (ihre Souveränität) aufgeben müssen. Das setzt, wie schon mehrfach angesprochen, Verfassungsreferenden der Völker voraus. Ein Verfassungsgesetz für Europa bedarf einer Vorbereitung durch eine eigens für diese Aufgabe von allen Unionsbürgern gewählte europäische Nationalversammlung. Durch diese Wahl würden die Europäer ihre Konstituierung als Staatsvolk vorbereiten. Über das Verfassungsgesetz müßte schließlich das europäische Volk abstimmen. Sollte das Verfassungsgesetz durch die Mehrheit angenommen werden, wobei ein die Legitimation dieses existentiellen Aktes stärkendes Quorum notwendig wäre, wären das Volk der Unionseuropäer und der Unionsstaat begründet. Die gegenwärtigen Vertreter der mitgliedstaatlichen Völker in den Regierungen und Parlamenten haben weder die Aufgabe noch gar die Befugnis, die Union zu einem existentiellen Staat zu entwickeln. Das „vereinte Europa“ im Sinne des österreichischen und deutschen Integrationsprinzips ist eine Union als Staatenverbund⁵⁶⁷. Dieser setzt die existentielle Staatlichkeit der Völker der Mitgliedstaaten voraus.

⁵⁶⁵ BVerfGE 89, 155 (174 f.).

⁵⁶⁶ Dazu und zum Folgenden *K. A. Schachschnieder*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., insb. S. 111 ff.

⁵⁶⁷ BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.), Maastricht-Urteil.

F.

Verlust der existentiellen Rechtshoheit der Mitgliedstaaten

Zur existentiellen Staatlichkeit gehört allem voran die Rechtshoheit. Der existentielle Staat, das verfaßte Volk, setzt nur Recht, vollzieht nur Recht und spricht nur Recht, wenn diese Ausübung der Staatsgewalt demokratisch von dem verfaßten Volk, dem existentiellen Staat nämlich, legitimiert ist⁵⁶⁸. Dieses demokratische Prinzip ist das menschheitliche Fundamentalprinzip der Republik Österreich, aber auch die Grundlage der Verfassungskonzeption der Europäischen Union als Staatenverbund des Bundesverfassungsgerichts im Maastricht-Urteil. Aus diesem Prinzip hat das Bundesverfassungsgericht, zu Recht, das Konstrukt der begrenzten Ermächtigung („begrenzte Einzelermächtigung“) entwickelt⁵⁶⁹, dessen Anwendung zur Erkenntnis des Demokratiedefizits der europäischen Integration, zumal der nach dem Vertrag von Lissabon, führt. Neben der Rechtsetzungshoheit des Volkes, welche durch die vielfältigen offenen Ermächtigungen der Rechtsetzungsorgane („des Gesetzgebers“) der Union existentiell eingeschränkt ist, wie das in diesem Schriftsatz für einige Politiken, zumal die Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik, aber auch die Grundfreiheiten, exemplarisch dargelegt ist, und der Rechtsanwendungs- oder Vollzugshoheit, die weitgehend, wenn auch nicht durchgehend bei den Mitgliedstaaten verbleibt und durch die unmittelbare, vorrangige Anwendbarkeit des Unionsrechts von der Union integriert ist, hat die Rechtsprechungshoheit der Union (längst) das Gewicht existentieller Staatlichkeit erreicht und läßt sich demokratisch ohne einen existentiellen Unionsstaat nicht mehr legitimieren. Die Rechtspre-

⁵⁶⁸ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 14 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 49 ff., 188 ff., 194 ff., 281 ff., 318 ff., 440 ff.

⁵⁶⁹ BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); dazu näher K; weitere Hinweise in Fn. 741.

chungsbefugnisse sind der Unionsgerichtsbarkeit zum Teil durch die Unionsverträge verstärkt durch den Vertrag von Lissabon übertragen, zum Teil hat sie aber auch der Gerichtshof der Europäischen Union usurpiert. Das wird im Folgenden dargelegt. Das letzte Wort in Sachen des Rechts bedarf einer starken demokratischen Legitimation durch das Volk, in dessen Namen Recht gesprochen wird. Nur einem existentiellen Staat steht das letzte Wort in Sachen des Rechts zu. Eine Republik ist eine Rechtsgemeinschaft⁵⁷⁰; denn „der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“ (Kant)⁵⁷¹. Gewissermaßen hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil sein letztes Wort in Sachen des Rechts verteidigt⁵⁷², aber der Gerichtshof der Union respektiert keinerlei Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts⁵⁷³. Er hat somit in Gemeinschaftsrechtsfragen das letzte Wort beansprucht und sich damit zum höchsten Gericht der Europäischen Union aufgeschwungen. Dieser unbegrenzte Vorrang des Gemeinschaftsrechts, der seine weitreichende und tiefgehende Praxis gefunden hat, wird die 17. Erklärung zum Vertrag von Lissabon Bestandteil der Unionsverträge (Art. 49b (51) EUV) und damit Grundprinzip des Unionsrechts. Diese Erklärung lautet:

„Die Konferenz weist darauf hin, daß die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtspre-

⁵⁷⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 14 ff., 519 ff., 637 ff., 819 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 49 ff., 194 ff., 281 ff., 440 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 19 ff., 50 ff., 94 ff., 118 ff., 149 ff.

⁵⁷¹ *Metaphysik der Sitten*, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431.

⁵⁷² BVerfGE 89, 155 (174 f., 188, 210).

⁵⁷³ Vgl. EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269, Rdn. 8 ff.); EuGH v. 9.3.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 17 f.); folgend VfSlg 15.427; VerGH vom 20.07.2004, 2003/03/0103; *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f., 32 f.; vgl. *R. Streinz*, *Europarecht*, Rdn. 216 ff., S. 77 ff.; nicht unkritisch *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Rdn. 246/10, S. 135; vgl. auch *H. P. Rill/H. Schäfer*, in: dies. (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art 129, Rdn 9*; *T. Öhlinger*, in: *K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG*, Rdn. 54 f.

chung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in der Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.“

Angesichts der Grenzen, die dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus Gründen der existentiellen Staatlichkeit („Souveränität“) zu ziehen sind und die das Bundesverfassungsgericht gezogen hat (dazu im Folgenden), ist diese Erklärung allein schon Grund, den Vertrag von Lissabon als verfassungswidrig zurückzuweisen, weil in ihr der Streit zwischen dem Gerichtshof der Union und den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten um das letzte Wort in Sachen des Rechts entschieden wird, ja der Streit der Unionsgerichtsbarkeit mit den Gerichtsbarkeiten der Mitgliedstaaten. Die Zuständigkeitsabgrenzungen vermögen den Streit nicht auszuschließen, zumal es auch um das letzte Rechtswort in Unionsangelegenheiten geht. Der Vorrang des Unionsrecht vor dem Recht der Mitgliedstaaten ist typischer Ausdruck eines Bundesstaates, sei es ein echter Bundesstaat oder sei es ein unechter Bundesstaat⁵⁷⁴, wie das etwa Art. 31 GG zeigt, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht. Die Zuständigkeiten sind im Bundesstaat immer maßgeblich.

Die 17. Erklärung geht über die bindende Rechtserkenntnis zu den Grenzen des Anwendungsvorranges des Unionsrechts, die im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ausgesprochen sind (dazu IV und 3. Teil V.), hinweg.

Mit dem Vorrangprinzip in Verbindung mit der weiterentwickelten Unionsrechtsprechung, einschließlich deren Grundrechteverantwortung, welche durch die Grundrechtecharta eine textliche Grundlage findet, wird der Gerichtshof der Europäischen Union zum obersten Gericht der Union, dessen Rechtserkenntnisse über seine Zuständigkeiten hinaus Gewicht entfalten werden, weil nicht zu erwarten ist, daß grundsätzliche Rechtserkenntnisse des Gerichtshofs, aber auch der anderen Unionsgerichte, allein schon wegen ihrer unionsweiten Relevanz, von den mitgliedstaatlichen Gerichten nicht zur Grundlage ihrer Entscheidungen gemacht werden, wenn deren inzidente

⁵⁷⁴ Dazu näher A, I, III.

Rechtserkenntnisse dieselben Rechtsfragen aufwerfen. Rechtserkenntnisse haben über die Rechtskraft hinaus zumindest faktisch (präjudiziell) bindende Wirkung für die gesamte Gerichtsbarkeit. Für die tragenden Entscheidungsgründe der Erkenntnisse des deutschen Bundesverfassungsgerichts ist das sogar durch § 31 Abs. 1 BVerfGG, jedenfalls in der völlig berechtigten Praxis des Bundesverfassungsgerichts⁵⁷⁵, angeordnet. Hinzu kommt, daß die wesentlichen Lebensverhältnisse durch Unionsrecht geregelt werden, so daß die Rechtshoheit ohnehin der Unionsgerichtsbarkeit überantwortet ist. Das macht gerade die demokratierechtlich untragbare Verlagerung der existentiellen Staatlichkeit von den Mitgliedstaaten auf den Unionsstaat aus. Näherhin ist zu dem existentiellen Verlust an Rechtshoheit der Mitgliedstaaten das Folgende auszuführen:

I. Integrationistische Judikatur des Europäischen Gerichtshofs

„Der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz sichern im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags“, lautete Art. 220 Abs. 1 EGV. Art. 9 (19) Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 AEUV formuliert: „Er (sc.: Der Gerichtshof der Europäischen Union, zu dem der Gerichtshof, das Gericht und die Fachgerichte gehören, Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 AEUV) sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“. Der Gerichtsbarkeit der Union ist damit die klassische Rechtsprechungsaufgabe der verbindlichen Rechtsklärung⁵⁷⁶ übertragen. Das zu wahrende Recht ist das Unionsrecht, bislang das Gemeinschaftsrecht. Dazu rechnen Praxis und Lehre nicht nur die Gemein-

⁵⁷⁵ BVerfGE 1, 14 (37); 4, 31 (38), 19, 377 (391 f.); 20, 56 (87); 24, 289 (297); 40, 83 (93); 79, 256 (264); K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 943 f.; dazu W. Löwer, *Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, HStR, Bd. II, § 56, Rdn. 93 f. (kritisch).

⁵⁷⁶ Dazu K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 135 ff., 210 ff.; *ders.*, *Res publica res populi*, S. 870 ff.

schaftsverträge und das sekundäre Gemeinschaftsrecht, sondern auch ungeschriebenes Recht wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere die Grundrechte, aber auch das Völkerrecht⁵⁷⁷, eben das Recht mit Gemeinschafts/Unionsrang. Unionsrecht ist nicht nur die Gesamtheit der Rechtsakte der Union, sondern die Richtigkeit und damit Rechtlichkeit derselben als ihre Sittlichkeit oder praktische Vernünftigkeit⁵⁷⁸. Aus den offenen Begriffen des Unionsrechts erwächst dem Gerichtshof politische Macht; denn jeder Richterspruch ist auch eine politische Entscheidung, freilich rechtlich gebunden⁵⁷⁹. Der Gerichtshof beläßt allerdings dem Unionsgesetzgeber einen weiten politischen Entscheidungsspielraum, den er nicht am Recht mißt⁵⁸⁰. Recht ist politisch. Rechtsetzung ist Politik. Der Gerichtshof agiert im Machtgefüge der Union nicht als Gegenspieler des Rates und der Kommission, sondern beschleunigt die Integration über die Verträge hinaus. Das gilt in der parteienstaatlichen Wirklichkeit der Union nicht anders als in den Mitgliedstaaten mit einer entwickelten Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie Österreich und auch

⁵⁷⁷ Th. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 381, S. 151, 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 18, S. 188 f.; dazu näher H.-W. Daig, in: GBTE, Kommentar EWGV, 3. Aufl. 1983, Art. 164, Rdn. 6 ff.; dazu näher II.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu allgemein K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., insb. S. 978 ff., 990 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 20 ff., 207 ff.; ders., Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; ders., Freiheit in der Republik, S. 420 ff.

⁵⁷⁹ K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 909 ff.

⁵⁸⁰ Z.B. EuGH v. 15.7.1963 - Rs. 34/62 (Deutschland/Kommission), Slg. 1963, 287 (318); EuGH v. 12.7.197 - Rs. 166/76 (Italienische Republik/Rat), Slg. 1979, 2575 (2599); EuGH v. 05.05.1981 - Rs. 112/80 (Dürbeck/Hauptzollamt Frankfurt am Main - Flughafen), Slg. 1981, 1095 (1114); EuGH v. 19.3.1992 - Rs. C-311/90 (Hierl/Hauptzollamt Regensburg), Slg. 1992, I-2061 (I-2081, Rdn. 13); EuGH v. 5.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973 (I-5057, Rdn. 47); zum Kontrollumfang des EuGH siehe auch J. Schwarze, Grundzüge und neuere Entwicklung des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1992, 1065 (1069); A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 232 ff.; I. Pernice/F. C. Mayer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, EL 20, 2003, Art. 220 EGV, Rdn 60 ff.

Deutschland haben. Gegenüber den Mitgliedstaaten hat sich die Gerichtsbarkeit der Union mehr als Rechtsaufsicht⁵⁸¹ denn als Streitschlichtung entfaltet.

Weil die Union nur über begrenzte Zwangsbefugnisse⁵⁸² und insbesondere über keine eigene Vollstreckungsgewalt verfügt, ist sie auf die mitgliedstaatliche Verwirklichung des Unionsrechts angewiesen. Deshalb hat es der Gerichtshof der Union übernommen, die Durchsetzung des Unionsrechts zu sichern⁵⁸³. Er hat seinen politischen Einfluß weit ausgedehnt, um die Entwicklung der Gemeinschaft zu einem in seinem Sinn „vereinten Europa“ zu fördern und praktiziert ein Prinzip der „Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften“⁵⁸⁴. Seit der durch das Maastricht-Urteil⁵⁸⁵ belebten Diskussion um die Grenzen der Gemeinschaftsbefugnisse wird auch die Aufgabe des Gerichtshofs betont, dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung zur Durchsetzung zu verhelfen und so das Subsidiaritätsprinzip und damit die Selbstbestimmung der Mitgliedstaaten zu wahren⁵⁸⁶. Vor allem die gemeinschaftliche

⁵⁸¹ Dazu *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, 2006, insb. S. 238 ff.

⁵⁸² Zur Gebietshoheit *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 59 f.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 82 f., 92 ff.

⁵⁸³ Vgl. *Th. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 384, S. 152, 3. Aufl. 2005, § 7, Rdn. 31 ff., S. 192 ff.; siehe auch *ders.*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, 901 (905); *F. Schockweiler*, Die richterliche Kontrollfunktion: Umfang und Grenzen in Bezug auf den Europäischen Gerichtshof, EuR 1995, 191 ff.

⁵⁸⁴ Vgl. die im folgenden Text genannten Urteile; weitere Hinweise in Fn. 652, 654.

⁵⁸⁵ Vgl. *I. Winkelmann*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Oktober 1993, Dokumentation des Verfahrens mit Einführung, 1994, insb. die Schriftsätze *K. A. Schachtschneider*, S. 102 ff., 367 ff., 437 ff.; BVerfGE 89, 155 ff.

⁵⁸⁶ BVerfGE 89, 155 (210 f.); *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, 901 (905 f.); *A. v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: *ders.* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 194 ff. ("Prinzip der Vielfalt"); vgl. auch *P. M. Huber*, in: *R. Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 220, Rdn. 29 ff. ("letzverbindliche Entscheidung" des BVerfGes).

Gerichtsbarkeit selbst ist gefordert, sich in den Grenzen ihrer Ermächtigung zu halten, d.h. ihre Begriffsherrschaft zu zähmen.

Funktionell gehört der Gerichtshof der Europäischen Union zu den Rechtssetzungsorganen der Union⁵⁸⁷. Er versteht sich als „Integrationsfaktor erster Ordnung“ und ist ein „Motor der Integration“⁵⁸⁸.

Einige der wichtigsten Entscheidungen, die eine starke integrationistische Wirkung haben, seien genannt: In der Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff., hat der Gerichtshof durch Urteil vom 5. Februar 1963 in Abkehr von einem völkerrechtlichen Verständnis des Vertragsrechts die Doktrin der unmittelbaren Geltung („Durchgriffswirkung“) und unmittelbaren Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts, insbesondere gegen die Mißachtung der Grundfreiheiten, dekretiert⁵⁸⁹ und zugleich (vornehmlich im Interesse der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts) den subjektiven, also individuel-

⁵⁸⁷ K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 207 ff.; A. Emmerich-Fritsche, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 130 ff.

⁵⁸⁸ H.-J. Schlochauer, *Der Gerichtshof der EG als Integrationsfaktor*, in: E. v. Caemmerer/H.-J. Schlochauer/E. Steindorff (Hrsg.), *Festschrift W. Hallstein*, 1966, S. 431 ff.; so H. Steinberger, *Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50 (1991), S. 12, 38; E. Klein, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50 (1991), S. 62, 64, 72; K. A. Schachtschneider, *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 108; M. Zuleeg, *Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft*, daselbst, S. 19 f., 34 ff.; *ders.*, *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, JZ 1994, 4, weist diesen Vorwurf zurück; abgewogen H. P. Ipsen, *Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 32; dazu Th. Oppermann, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, S. 152 f., Rdn. 384 ff., 3. Aufl. 2005, § 5, Rdn. 116 f., S. 113 f., § 9, Rdn. 11, S. 222.

⁵⁸⁹ Dazu A. Emmerich-Fritsche, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 411 ff.; Ch. Walter, *Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten*, in: D. Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003, § 1, Rdn. 37 f., S. 15 f.; D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften*, *Allgemeine Lehren*, daselbst, § 7, Rdn. 8, 90 ff., S. 150, 184 f.

len Rechtsschutz ermöglicht (S. 25 f., Rdn. 7 ff.)⁵⁹⁰. Die Subjektivierung des Rechtsschutzes, die jeden von Rechtsverletzungen betroffenen Bürger zum Hüter auch des objektiven Rechts macht, hat sich als wirksamster Weg zur Rechtlichkeit des gemeinsamen Lebens erwiesen, zumal die staatliche Rechtsaufsicht wegen vielfältiger, insbesondere politischer und parteilicher, Rücksichtnahmen wenig effizient ist⁵⁹¹. In der Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 ff., hat der Gerichtshof durch Urteil vom 15. Juli 1964 das Gemeinschaftsrecht als eigenständige („autonome“) Rechtsordnung, die vom Völkerrecht geschieden und einheitlich in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen sei, qualifiziert. Daraus wurde und wird noch meist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, weitgehend auch vor deren Verfassungen, abgeleitet, der sich richtig aus dem Willen der Völker herleitet⁵⁹². Seit dem Urteil vom 12. November 1969 in der Rs. 29/69 (Stauder/Ulm), Slg. 1969, 419 ff., hat der Gerichtshof ungeschriebene Gemeinschaftsgrundrechte im Sinne von allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaftsordnung entwickelt. Die ausschließliche Befugnis der Gemeinschaft, mit Drittstaaten und internationalen Organisationen Verträge zu schließen, hat der Gerichtshof über ausdrücklich formulierte Befugnisse in den Verträgen hinaus im Urteil vom 31. März 1971 in der Rs. 22/70 (Kommission/Rat - AETR), Slg. 1971, 263 (274 ff.), auf alle Materien ausgeweitet, die im Gemeinschaftsrecht geregelt sind, wenn eine

⁵⁹⁰ Auch EuGH v. 4.12.1974 – Rs. 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg. 1974, 1337 (1347, Rdn. 4); EuGH v. 7.7.1976 – Rs. 118/75 (Watson und Belmann), Slg. 1976, 1185 (1. Ls); auch EuGH v. 15.7.1964 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1273 f.); EuGH v. 21.6.1974 - Rs. 2/74 (Reyners/Belgien), Slg. 1974, S. 631 (652, Rdn. 24/28); dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 410 ff.

⁵⁹¹ Zum Rechtsschutzprinzip K. A. *Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 118 ff.

⁵⁹² Dazu K. A. *Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, in: *ders.*, Verfassungsrecht der Europäischen, Teil 1, Organisationsverfassung, i.V., § 5, I, II, 3, III, 3.

Binnenzuständigkeit der Gemeinschaftsorgane bestehe⁵⁹³. Zugunsten der dynamischen Entwicklung der Gemeinschaftsbefugnisse hat der Gerichtshof das Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 Abs. 1, auch Art. 7 Abs. 1 EGV)⁵⁹⁴ weit ausgelegt. So hat er im Interesse eines „Europas der Bürger“ im Urteil vom 13. Februar 1985 in der Rs. 293/83 (Gravier), Slg. 1985, 594 ff., die Bildungspolitik in den Regelungsbereich der Freizügigkeit integriert. In der Rechtssache Rs. C-41/90 (Höfner, Elser/Macrotron GmbH), Slg. 1991, I-1979, hat der Gerichtshof durch Urteil vom 23. April 1991 das Arbeitsvermittlungsmopol der Bundesanstalt für Arbeit, in E 21, 245 (249 ff.) vom Bundesverfassungsgericht, obwohl objektive Zulassungsschranke, wegen des hohen Ranges „dieses Gemeinschaftswertes“ (sc.: der Vermeidung von Arbeitslosigkeit einerseits und Mangel an Arbeitskräften andererseits), eines „überragenden Gemeinschaftsgutes“, mit dem „Gebot der Sozialstaatlichkeit“ gegen die Berufswahlfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG verteidigt, als Mißbrauch von Marktmacht unterbunden und sich mit dem Begriff des öffentlichen Unternehmens in Art. 86 Abs. 1 EGV, den er nichtssagend als „wirtschaftliche Tätigkeit“ definiert, die Möglichkeit geschaffen, jedwede mitgliedstaatliche Verwaltung bis hin zur gesetzlichen Krankenversicherung⁵⁹⁵

⁵⁹³ Dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7 III.

⁵⁹⁴ Vgl. BVerfGE 89, 155 (181 ff., 191 ff.); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, 1992, § 183, Rdn. 47; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *ders.*, Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, in: *ders.*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, i.V. § 6; auch *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die staatliche Integration der Europäischen Union, daselbst, § 3, III, 5, Das Europäische Parlament, daselbst, § 7, III, 2, Der Rat, daselbst, § 8, II.

⁵⁹⁵ Zurückhaltend noch EuGH v. 17.2.1993 Rs. C-159/91, C-160/91 (Poucet und Pistre), Slg. 1993, I-637 (669 f., Rdn. 17 ff.); EuGH v. 16.11.1995 - Rs. C-244/94 (Coreva), Slg. 1995, I-4013; konsequent jetzt der Generalanwalt F. G. Jacobs, Schlußanträge in der verb. Rs. C-264/01, C-306/01 und C-355/01 (AOK Bundesverband u.a.) vom 22. 05. 2003; aber noch zurückschreckend (mit dem Solidarprinzip begründet) EuGH v. 16.03.2004 – Rs. C-264/01,

dem europäischen Wettbewerbsrecht zu unterwerfen und damit dem Wettbewerb auszuliefern. In der verb. Rs. C-6 und 9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357 ff., hat der Gerichtshof durch Urteil vom 19. November 1991 die Mitgliedstaaten zum Ersatz des Schadens der Bürger verpflichtet, den letztere dadurch erleiden, daß der Mitgliedstaat eine hinreichend bestimmte Richtlinie nicht fristgerecht in nationales Recht umgesetzt hat⁵⁹⁶. Überaus folgenreich ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit der Unternehmen in der Rechtsform ihres Gründungslandes, also zur sogenannten Sitztheorie, insbesondere EuGH – Rs. 167/01 (Inspire Art), Urteil vom 30. September 2003, welche der deutschen und auch der österreichischen Mitbestimmung ein Ende bereitet (dazu näher B, II, 4.). Dem Gerichtshof wird nicht zu Unrecht ein „gouvernement des juges“⁵⁹⁷ vorgeworfen. Seine Urteile sind aber von den Mitgliedstaaten akzeptiert und umgesetzt worden⁵⁹⁸.

Auch die Wirtschaftsordnung der Mitgliedstaaten liegt in der Hand des Gerichtshofs der Europäischen Union, weil die Grundfreiheiten des Binnenmarktes überaus weit, nach rechtsstaatlichen Prinzipien nicht hinreichend bestimmt⁵⁹⁹, formuliert sind. Der Gerichtshof hat die Macht, die Lebensverhält-

C-306/01, C-354/01, C-355/01 (AOK Bundesverband u.a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. u.a.), Slg. 2004, I-2493, Rdn. 47.

⁵⁹⁶ Dazu umfassend *Ch. Claßen*, Nichtanerkennung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, 1999, insb. S. 99 ff.; zur unmittelbaren Wirkung hinreichend klarer Richtlinien EuGH v. 5.4.1979 – Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, 1629 (Rdn. 20 ff.); EuGH v. 19.1.1982 – Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 53 (Rdn. 22).

⁵⁹⁷ Geprägt wurde dieser Begriff von *J. P. Colin*, *Le gouvernement des juges dans les Communautés Européennes*, 1966.

⁵⁹⁸ *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, 901 (905).

⁵⁹⁹ So der EuGH selbst für den fast gleichlautenden Art. 11 des GATT, Rs. C-280/93 (Deutschland/Kommission), Slg. 1994, I-4973, Rdn. 109; dazu kritisch *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, Ein Beitrag zur globalen wirtschaftlichen Integration, 2003, S. 255 ff., 266 ff.; zum Bestimmtheitsprinzip *K. A. Schacht-schneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 304 ff.

nisse in der Europäischen Union umzuwälzen, zumal die Wirtschaftsordnung, und nutzt diese Macht. Das Übermaß an Ökonomisierung der Lebensverhältnisse in der Europäischen Union, welche das Sozial(staats)prinzip zunehmend gefährdet, ist wesentlich Werk des Gerichtshofs. Mittels der Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit, aber auch Arbeitnehmerfreizügigkeit) erzwingt der Gerichtshof die Deregulierung und Liberalisierung vor allem der Wirtschaftsordnung⁶⁰⁰. In dem römischen Gründungsvertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 waren die Grundfreiheiten völkerrechtliche Verpflichtungen, welche die Vertragsstaaten nur als Völkerrechtssubjekte gebunden haben. Entgegen diesem Stand hat der Gerichtshof die Grundfreiheiten als subjektive Rechte der Menschen und Unternehmen, quasi als Grundrechte⁶⁰¹, praktiziert und sich damit ein wirksames Instrument geschaffen, die Wirtschaftsordnung in der Union zu gestalten. Der Gerichtshof hat eine Deregulierungsdynamik entfaltet, welche die Ökonomisierung zu Lasten des sozialen Ausgleichs forciert, neuerdings auch zu Lasten der kommunalen Daseinsvorsorge. Vor der Privatisierung der sozialen Sicherheitssysteme ist der Gerichtshof (noch) zurückgeschreckt. Er hat das mehr als fragwürdig damit begründet, daß die vom Solidaritätsprinzip bestimmten Einrichtungen der öffentlichen Hand keine Unternehmen im Wettbewerb seien⁶⁰².

II. Extensive Textauslegung und textlose Rechtsgrundsätze

Der Gerichtshof praktiziert eine variable und dynamische Interpretationsmethode, die, soweit es der Integration nützt, zur extensiven Auslegung der Text-

⁶⁰⁰ Dazu näher B, II, IV.

⁶⁰¹ Grundlegend EuGH v. 5.2.1963 - Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 (25 f., Rdn. 7 ff.); EuGH v. 15.7.1964 - Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1273); dazu A. *Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 410 ff.; Hinweise auch in Fn. 589.

⁶⁰² Hinweise in Fn. 595.

te führt⁶⁰³, und verwirklicht die material oft überaus offenen Leitentscheidungen der gemeinschaftsrechtlichen Texte durch funktional gesetzgebende Rechtserkenntnisse⁶⁰⁴. Das ist für ein Gericht, das die Funktion eines Verfassungsgerichts angenommen hat⁶⁰⁵, um der Befriedung der Lage willen unvermeidlich, zumal die Unionslage sich in einer rasanten Entwicklung befindet, die mit statischen Texten nicht befriedet werden kann. Die Begriffe des Unionsrechts selbst sind variabel und dynamisch, d.h. sie können der Lage angepaßt werden⁶⁰⁶. Im besonderen Maße galt (und gilt) das für die unionsrechtlichen Grundrechte, die bisher keine verbindlichen Texte hatten⁶⁰⁷. Von beson-

⁶⁰³ A. Bleckmann, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, 1177 ff.; ders., Europarecht, 6. Aufl. 1999, Rdn. 537 ff., S. 201 ff.; vgl. I. Pernice/F. C. Mayer, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 220 EGV, Rdn. 42 ff., die (zu Unrecht) die "richterliche Zurückhaltung", die allerdings geboten wäre, herausstellen.

⁶⁰⁴ Dazu allgemein E. Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 3 ff., 9 ff., 20 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 819 ff., 858 ff., 909 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 203 ff., 207 ff., auch S. 212 ff.; zur Gemeinschaftsrechtsprechung A. Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 130 ff.

⁶⁰⁵ W. Hallstein, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 39 ff.; G. C. R. Iglesias, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft als Verfassungsgericht, EuR 1992, 225 ff.; M. Zuleeg, in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 6. Aufl. 2003, Art. 1 EG Rdn. 10; Th. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 711, S. 269, 3. Aufl. 2005, § 9, Rdn. 4, S. 221; I. Pernice/F. C. Mayer, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 13 f.; dazu auch F. C. Mayer, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 229 ff.

⁶⁰⁶ Dazu allgemein K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 1033 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 90, 286 (361 ff.).

⁶⁰⁷ Zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union (kritisch) K. A. Schachtschneider, Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, Recht und Politik 1/2001, 16 ff.; ders., Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 52-53/2000, S. 13 ff.; R. Streinz, in: ders., EUV/EGV, 2003, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 2571 ff.; B. Beutler, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 6 EU, Rdn. 97 ff.; Ch. Callies, Die Europäische Grundrechtscharta, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 19, S. 447 ff.

derer Bedeutung sind die vom Gerichtshof entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu denen etwa der Grundsatz des Vertrauensschutzes⁶⁰⁸, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁶⁰⁹ und die gemeinschaftlichen Grundrechte gehören⁶¹⁰. Die Gerichtsbarkeit kann den zulässig beantragten Rechtsklärungen nicht ausweichen, auch wenn sie zu diesem Zweck die Gesetze und Verträge über die gebundene Interpretation hinaus politisch materialisieren muß⁶¹¹. Dabei besteht die Gefahr, daß sie Spielräume in Anspruch nimmt, welche die Gesetze und Verträge, richtig interpretiert, nicht lassen⁶¹². Jedes letztentscheidende Gericht hat die Möglichkeit, seinen politischen Einfluß zu erweitern oder auch zu schmälern. Politische Entscheidungen können allzu leicht als gesetzesabhängige Interpretationen ausgegeben werden⁶¹³. Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die Beachtung der Grenze

⁶⁰⁸ EuGH v. 20.9.1990 - Rs. C 5/89 (Kommission/Deutschland), Slg. 1990, I-3437 (I-3456); EuGH v. 10.1.1992 - Rs. C-177/90 (Kühn/Landwirtschaftskammer Weser-Ems), Slg. 1992, I-35 (I-62 f.); in der Ausprägung als Rückwirkungsverbot vgl. z.B. EuGH v. 25.1.1979 - Rs. 98/78 (Rake/Hauptzollamt Mainz) Slg. 1979, 69 (86); EuGH v. 19.5.1992 - Rs. C-104/89 (Mulder u.a./Rat u. Kommission), Slg. 1992, I-3061 (I-3132 f.).

⁶⁰⁹ Z.B. EuGH v. 19.03.1964 - Rs. 18/63 (Schmitz/Kommission), Slg. 1964, 175 (204); EuGH v. 5.7.1977 - Rs. 114/76 (Bela-Mühle/Grows Farm), Slg. 1977, 1211 (1221); EuGH v. 21.1.1992 - Rs. C-319/90 (Pressler/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft), Slg. 1992, I-203 (I-217 f.); *H. Kutscher*, Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: *H. Kutscher* (Hrsg.), *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, 1985, S. 89 ff.; umfassend *A. Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, 2000.

⁶¹⁰ Dazu *A. Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 329 ff.; *H.-W. Rengeling*, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993; *D. Ehlers* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2003.

⁶¹¹ BVerfGE 13, 318 (328); 66, 126 (138); 75, 223 (241 ff.); 84, 212 (226 f.); 98, 49 (59 f.); BAGE 23, 292 (319 f.); zum Richterrecht *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 203 ff.

⁶¹² Nicht unkritisch *Th. Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, Rdn. 386 ff., S. 152 f., 3. Aufl. 2005, § 9, Rdn. 11, S. 222.

⁶¹³ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 921 ff.

zwischen Vertragsinterpretation und Vertragsänderung angemahnt⁶¹⁴. Nur Interpretationen, welche lege artis, nach klassischen Methoden also, erfolgen, vermeiden politische Dezsionen der Richter. Im Gerichtsstaat ist die Begriffshoheit eine starke Macht.

Die Erkenntnis allgemeiner Rechtsgrundsätze ist weder Anwendung noch Auslegung formulierten Unionsrechts und der Sache nach, also funktional, Rechtsetzung. Rechtsetzung muß sich in die allgemeine, in den Mitgliedstaaten und auch in der Union anerkannte, Funktionenteilung der Staatlichkeit einfügen, die aus dem Freiheitsprinzip folgt (vgl. Art. 16 der Deklaration der Menschenrechte von 1789). Die freiheitlich begründete Rechtsstaatlichkeit⁶¹⁵ der Europäischen Union (Artikel 6 Abs. 1 EUV) verlangt nach Rechtsgrundlagen der Aufgaben und Befugnisse in den Verträgen, weil den Unionsorganen Hoheitsrechte (Befugnisse) der Mitgliedstaaten (zur Ausübung) übertragen sind (Art. 9 Abs. 2 B-VG), diese aber durchgehend auf allgemeinen Gesetzen beruhen müssen. Daraus ergibt sich insbesondere das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, welches das Bundesverfassungsgericht (zu Recht) wesentlich auf das demokratische Prinzip stützt⁶¹⁶. Weil die Union als Rechtsgemeinschaft konstituiert ist, lassen sich Rechtsakte nicht allein aus ihrer integrationsfördernden Wirkung und aus der Funktionenordnung der Union rechtfertigen.

III. „Recht“ im Sinne des Art. 9f (19) Abs. 1 Uabs. 1 S. 2 EUV

Die Befugnis (vor allem) des Gerichtshofs zur Ergänzung des geschriebenen Gemeinschaftsrechts um allgemeine Rechtsgrundsätze wird auf Art. 220 Abs. 1 EGV gestützt, auf die Aufgabe also, „die Wahrung des Rechts bei der Aus-

⁶¹⁴ BVerfGE 89, 155 (210).

⁶¹⁵ Dazu allgemein K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 519 ff.; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, 2006.

⁶¹⁶ Hinweise in Fn. 594.

legung und Anwendung dieses Vertrags“ zu sichern⁶¹⁷. „Recht“ im Sinne des Art. 220 Abs. 1 EGV, jetzt Art. 9f (19) Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 EUV, soll einen weiten Sinn haben, nämlich als „fonds commun d'idées d'ordre, de justice et de raison qui sont la base de la civilisation juridique à laquelle appartiennent les Etats membre“⁶¹⁸. Dazu sollen nicht nur die geschriebenen Texte gehören, sondern das gesamte „ius commune europaeum“⁶¹⁹, das dem Gemeinschaftsrecht als europäischer Rechtskultur, gar als „Inbegriff der Gerechtigkeitsidee der abendländischen Verfassungskultur“⁶²⁰, zugrundegelegt wird. Die grundlegenden Rechtsprinzipien, die mit dem Freiheitsprinzip der Gemeinschaft verbunden und von dem aufklärerischen Prinzip der Würde des Menschen gefordert sind, also die Verfassung der Menschheit des Menschen⁶²¹, sind geltendes Recht in der Union, wie die Präambeln, aber auch Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV/Art. 1a (2) EUV (Werte der Union) zeigen. In der 8. Erwägung der Präambel des Gemeinschaftsvertrages heißt es, daß die Gemeinschaft „durch den Zusammenschluß ihrer Wirtschaftskräfte den Frieden und die Freiheit wahren und festigen“ solle. In der 3. Erwägung der Präambel zum Maastrichter Vertrag haben die Mitgliedstaaten ihr Bekenntnis „zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit“ bestätigt. Im Vertrag von Amsterdam sind diese Grundsätze mit Art. 6 Abs. 1 EUV zur rechtlichen

⁶¹⁷ *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 738; *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 26; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 133 f., mit weiteren Hinweisen; *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, EUV, Art. 220 EGV, Rdn. 26 f.; *P. M. Huber*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Art. 220, Rdn. 11, 13.

⁶¹⁸ So *P. Pescatore*, in: Die Europäische Rechtsprechung nach 20 Jahren Gemeinschaftsleben, FIDE VI, 1976, 9 ff., 13.

⁶¹⁹ *H. Kutscher*, Der Schutz von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften, in: Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Hrsg. Deutsche Sektion der internationalen Juristenkommission, 1982, S. 40.

⁶²⁰ *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 17.

⁶²¹ Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff.

Grundlage der Union erklärt worden. Recht an sich ist die in den Rechtsakten bestmöglich materialisierte praktische Vernünftigkeit. Das Recht, dessen Wahrung der Gerichtshof der Europäischen Union zu sichern hat, lebt in der fortschreitenden Materialisierung in den vorgeschriebenen Verfahren durch die zuständigen Institutionen. An diesem diskurshaften Prozeß sind die Völker und deren staatliche Organe, die Organe der Union und jeder Bürger, vor allem die, welche die Rechtsklärung in einem Streitfall betreiben, im Sinne einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“⁶²² beteiligt. Die Sonderstellung des Gerichtshofs besteht in seiner Befugnis zur letztverbindlichen Klärung der von ihm zu entscheidenden Fragen des Unionsrechts⁶²³. Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Union hat das deutsche Bundesverfassungsgericht anerkannt, weil die Entwicklung von Richterrecht zur europäischen Rechtskultur gehöre und wegen der Justizgewährungspflicht der Gerichte und deren Verantwortung für das Recht unvermeidbar sei⁶²⁴. Freilich muß die gemeinschaftliche Rechtsfortbildung, wie gesagt, die Grenzen der Vertragsauslegung respektieren. Wenn dem Gerichtshof der Europäischen Union mit der Aufgabe aus Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV (bislang Art. 220 Abs. 1 EGV), das Recht zu wahren, das letzte Wort zum Recht in der Union übertragen ist, ist er als oberstes Rechtsorgan der Union institutionalisiert⁶²⁵; denn die Union versteht sich als Rechtsgemeinschaft⁶²⁶. Spezifisch die durch die gemeinschaftliche Gerichtsbarkeit gesicherte materielle Rechtlich-

⁶²² P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 ff.

⁶²³ Zur Verbindlichkeit der Erkenntnisse des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren EuGH v. 24.6.1969 – Rs. 29/68 (Milchkontor), Slg. 1969, 165 (178, Rdn. 3); EuGH v. 3.2.1977 – Rs. 52/76 (Benedetti), Slg. 1977, 163 (183, Rdn. 26, 27); J. Wohlfahrt, in: Grabitz, EWG-Kommentar (2. EL), Art. 177, Rdn. 70.

⁶²⁴ BVerfGE 75, 223 (241 f.); vgl. auch BVerfGE 84, 212 (226 f.); allgemein zum Richterrecht K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 536 ff. mit Hinweisen in Fn. 106; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 203 ff.

⁶²⁵ Vgl. für das Bundesverfassungsgericht K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 858 ff., 909 ff., 932 ff.; vgl. auch allgemein ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 244 ff.

⁶²⁶ W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33 ff.

keit allen Unionshandelns, der gemeinschaftliche Primat des Rechts, erlauben es gewissermaßen, von einer „Verfaßtheit“ der Gemeinschaft, vom Verfassungscharakter der Gemeinschaftsverträge⁶²⁷ und folglich vom Gerichtshof als einem Verfassungsgericht zu sprechen⁶²⁸. Gerade darin ist die Gemeinschaft nicht nur staatlich, sondern Staat; denn ein Staat ist, wie gesagt, „die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen“⁶²⁹. Die Verfassung der Rechtsgemeinschaft bestimmt, welche Erkenntnisse des praktisch Vernünftigen verbindlich sein sollen. Best- und größtmöglich sind es die des Rechtsetzers oder Gesetzgebers, dessen Rechtsakte oder eben Gesetze den Richter binden⁶³⁰. Nach den Bestimmungen des Vertrages ist die Setzung des „Rechts“ dem gemeinschaftlichen Rechtsetzer, der im Vertrag von Lissabon Gesetzgeber genannt wird (Art. 9a (14) Abs. 1 S. 1, Art. 9c (16) Abs. 1 S. 1 EUV), vorbehalten⁶³¹. Ein Gericht eines Staates verantwortet die Sittlichkeit der Gesetze und ist Hüter der praktischen Vernunft. Auch die Union ist Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsstaatlichkeit. Der Gerichtshof kann aber nur die Befugnis haben, alle Rechtsakte der Union, auch die rechtsetzenden, am Maßstab des primären und sekundären Vertragsrechts, an der Verfassung (im wei-

⁶²⁷ BVerfGE 22, 293 (296); EuGH v. 14.12.1991 - Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 (I-6102); *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, S. 901 (904); *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 149 ff.; *P. M. Huber*, daselbst zum nämlichen Thema, S. 196 ff.; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die Verträge der Gemeinschaften und der Union, in: ders., Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 1 II; *M. Zuleeg*, Die Vorzüge der Europäischen Verfassung, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 931 ff.; zurückhaltend *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, daselbst, S. 895 ff.

⁶²⁸ Vgl. Fn. 605.

⁶²⁹ *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 55 ff.; dazu oben A, I.

⁶³⁰ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 858 ff., 1027 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 94 ff., 118 ff., 210 ff.

⁶³¹ Vgl. *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. II, 2002, Art. 220, Rdn. 6.

ten Sinne), zu messen, weil seine Befugnisse nicht weiter reichen dürfen (können) als seine Legitimation. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind, zumal als ungeschriebenes Völkerrecht (Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut), der Unionsrechtsordnung immanent⁶³², aber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts lassen sich allenfalls in engen Grenzen Menschenrechte, ein Mindeststandard, nicht jedoch ein umfassender Grundrechtekanon ableiten⁶³³. Freilich müssen auch die Rechtsakte der Gemeinschaft die Grundrechte achten. Andere Hoheitsrechte können der Union schon deswegen nicht übertragen sein, weil die Mitgliedstaaten keine Hoheit zu Lasten der Menschen- oder Grundrechte haben⁶³⁴. Aber die Rechtsprechung der Gemeinschaft muß die Grenzen respektieren, die sich aus dem demokratischen Prinzip ergeben⁶³⁵. Das Legitimationsdefizit schließt das letzte Wort des Europäischen Gerichtshofs in Sachen des Rechts aus.

⁶³² Dazu und dafür *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 114; *M. A. Dausen*, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, JöR n.F 31, 1982, 1 ff., 9; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 116 ff., 120 ff.

⁶³³ Vgl. *K. Hailbronner*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in: W. Graf Vitzthum, Völkerrecht, 1997, S. 239 f., Rdn. 194 ff.; *K. Ipsen*, in: ders., Völkerrecht., 4. Aufl. 1999, § 50, Rdn. 10 ff.

⁶³⁴ Zu den Grundrechten als negativen Kompetenzen *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 223, 407 ff., 466; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdn. 291, S. 133; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 353 f., 821 f.

⁶³⁵ *K. A. Schachtschneider*, Rechtsstaatlichkeit als Grundlage des inneren und äußeren Friedens, S. 6 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 212 ff.; *ders.*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, 1999, S. 137 ff.; dazu *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, 2005, S. 123 ff., 211 ff.

IV. Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts und begrenzte Befugnisse der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit

Die den Gerichten der Union durch die Verträge zugewiesenen Rechtsprechungsbefugnisse sind wie alle Zuständigkeiten von Gerichten (wegen des Prinzips des gesetzlichen Richters, Art. 83 Abs. 2 B-VG) ausschließlich. Dennoch sind die mitgliedstaatlichen Gerichte nicht von der rechtlichen Prüfung der Rechtsakte der Gemeinschaft ausgeschlossen und können wegen ihrer demokratischen Verantwortung für das Recht davon nicht ausgeschlossen werden. Sie müssen gegebenenfalls nach Art. 234 (267) AEUV, die Vorabentscheidung des Gerichtshofs zur Klärung des Gemeinschaftsrechts, sowohl als Gemeinschaftspflicht als auch verfassungsgeboden (Art. 83 Abs. 2 B-VG) herbeiführen⁶³⁶. Soweit das nationale Verfassungsrecht dem Gemeinschaftsrecht vorgeht⁶³⁷, haben alle Gerichte, die nationalen wie die Gemeinschaftsgerichte, dieses gemäß dem nationalen Verfassungsgesetz zu beachten; denn die nationalen Verfassungsgesetze bestimmen (auch) die Grenzen der Hoheitsrechte, aber auch die Grenzen der Europäischen Union und sind damit in die Unionsrechtsordnung integriert⁶³⁸. Die Grenzen des Vorranges des Gemein-

⁶³⁶ VerfGH VfSlg. 14.390/1995 (st. Rspr.); VwGH 23.02.2004, 2001/10/0104; R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1522 zu 7, S. 775 f.; H. Mayer, B-VG, III.4; vgl. auch M. Potacs/D. Hattenberger, in: H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 144, Rdn. 31; BVerfG, EuZW 2001, 255 f.; vgl. BVerfGE 75, 223 (245); dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, in: K. A. Schachtschneider, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 11 II, 1b, ff.; R. Streinz, Europarecht, Rdn. 651 ff., S. 234 ff.

⁶³⁷ BVerfGE 89, 155 (174 f., 188, 210); dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 ff.; P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898 ff.; vgl. T. Öhlinger, in: K. Korinek/M. Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG, Rdn. 54 f.

⁶³⁸ Dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, in: ders., Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 3, III, 6; R. Streinz, Europarecht, Rdn. 225 ff., S. 80 f.; weitere Hinweise in Fn. 634, 650.

schaftsrechts vor dem nationalen Recht oder umgekehrt des nationalen Verfassungsrechts vor dem Gemeinschaftsrecht sind streitig⁶³⁹. Der Europäische Gerichtshof respektiert keinerlei Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts⁶⁴⁰. Er ist aber nur zur Anwendung und Auslegung des gemeinschaftlichen, nicht des nationalen Rechts berufen. Dazu gehört auch die Prüfung der Rechtsakte der Union am Unionsrecht, insbesondere nach Art. 230 (263) und Art. 241 (277) AEUV. Der Gerichtshof kann im Vertragsverletzungsverfahren (Art. 226, 227 (258, 259) AEUV) nach Art. 228 (260) Abs. 1 AEUV auch feststellen, daß ein Mitgliedstaat durch einen nationalen Rechtsakt, der im Widerspruch zum Unionsrecht steht, gegen den Vertrag verstoßen hat⁶⁴¹. Für diese Prüfung muß er den nationalen Rechtsakt kennen und in Orientierung an das nationale Verständnis des Rechtsaktes interpretieren. Eine Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrechtsakte wegen Verstoßes gegen das nationale, deutsche Verfassungsrecht hat das Bundesverfassungsgericht vorübergehend für unzulässig gehalten⁶⁴². Von dieser Praxis hat sich das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil ausdrücklich abgewandt und ein „Kooperationsverhältnis“ mit dem europäischen Gerichtshof konzipiert, „in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das

⁶³⁹ *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f.; *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5, III, 2, 3 d; vgl. auch *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 201 ff., S. 75 ff.; vgl. Hinweise in Fn. 637.

⁶⁴⁰ Vgl. EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269, Rdn. 8 ff.); EuGH v. 9.3.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 17 f.); vgl. (kritisch) *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 246/9 f., S. 134 f.; *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 129, Rdn. 9; folgend *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag., Art. 1, Rdn. 24 f., 32 f.; vgl. *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 216 ff., S. 77 ff.

⁶⁴¹ *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, § 11, II, 2a; *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, S. 85 ff.

⁶⁴² BVerfGE 22, 293 (295 f.); ebenso BVerfGE 58, 1 (27); der Sache nach auch BVerfGE 73, 339 (374 ff., 383 ff., 387); daran hält (in Verkennung der Eigenart des Gemeinschaftsrechts) *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 241 ff., S. 86 f., fest.

gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert“ und „das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtstandards (vgl. BVerfGE 73, 339 (387)) beschränken kann“⁶⁴³. Dieses Kooperationsverhältnis gefährdet einerseits die Rechtseinheit der Gemeinschaft⁶⁴⁴, andererseits aber auch den Grundrechtsschutz in demokratischer Legitimation.

Rechtsakte der Gemeinschaft können nach dem Maastricht-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts aus fünferlei Gründen gegen Prinzipien des Grundgesetzes, die dem Gemeinschaftsrecht vorgehen⁶⁴⁵, verstoßen: Erstens wegen allgemeiner Verletzung des Wesensgehalts der Grundrechte oder eben des allgemeinen deutschen Grundrechtstandards, zweitens wegen Verletzung der Strukturprinzipien des Art. 20 GG, also des demokratischen, des bundesstaatlichen, des sozialen und des rechtsstaatlichen Prinzips, so daß die vielfältigsten Möglichkeiten des Unrechts durch Gemeinschaftsrechtsakte in Betracht kommen. Drittens können die Rechtsakte gegen das Prinzip der begrenzten und bestimmbaren Ermächtigung der Gemeinschaften, also das ultra-vires-Prinzip, verstoßen. Viertens ist das Subsidiaritätsprinzip, welchem das Bundesverfassungsgericht als Kompetenzausübungsschranke Verbindlichkeit beigemessen hat, grundgesetzliche Grenze der Gemeinschaftsgewalt. Fünftens schließlich ist die gemeinschaftsrechtliche Mehrheitsregel durch die „elementaren Interessen der Mitgliedstaaten“ begrenzt, deren Respektierung ebenfalls von der deutschen Gerichtsbarkeit zu gewährleisten ist⁶⁴⁶. Für Öster-

⁶⁴³ BVerfGE 89, 155 (174 f.); auch BVerfGE 102, 147 (164) = BayVBl. 2000, 754 f. (mit Anm. von A. Emmerich-Fritsche, 755 ff.); dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 f.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 ff.; vgl. P. Kirchhof, Der deutsche Staat um Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 59.

⁶⁴⁴ Kritisch für viele M. Zuleeg, JZ 1994, 1 ff.; ders., in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1 Rdn. 25, 32.

⁶⁴⁵ Hinweise in Fn. 637.

⁶⁴⁶ BVerfGE 89, 155 (171 ff., 181 ff.); vgl. schon BVerfGE 37, 271 (279); 73, 339 (386, 387); dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104

reich kann nichts anderes gelten, weil es eine „demokratische Republik“ ist, deren „Recht vom Volk ausgeht“. Das österreichische Volk muß sein Recht selbst verantworten und verantworten können und dürfen.

Die Gerichtsbarkeit der Union hat die genannten Prinzipien ihren Rechtserkenntnissen zugrunde zu legen. Die letzte Verantwortung für die elementaren grundgesetzlichen Prinzipien hat aber nach dem Maastricht-Urteil für Deutschland die deutsche Gerichtsbarkeit. Für Österreich hat diese die österreichische Gerichtsbarkeit. Das folgt der Logik des existentiellen Staates, die in Deutschland in Art. 79 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt, aber auch aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 und 2 GG, in Österreich aus den unaufhebbaren Strukturprinzipien (Baugesetzen) der „demokratischen Republik“, daß nämlich die Union und damit auch die Gerichtsbarkeit der Union entgegen den grundlegenden Prinzipien über keine Hoheitsgewalt verfügen, nicht einmal Existenz hat (ultra-vires-Lehre) und nicht durch irrtümliche Interpretation der Ermächtigungsgrundlagen die ihnen zur Ausführung übertragenen Hoheitsrechte zu Lasten der deutschen bzw. österreichischen Staatsgewalt ausdehnen dürfen. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 3b (5) Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 EUV)⁶⁴⁷ gilt auch für die Gerichtsbarkeit der Union (Art. 9 (13) Abs. 2 EUV)⁶⁴⁸. Insbesondere können der Union keine Hoheitsrechte zur Ausübung übertragen sein, welche der übertragende Mitgliedstaat, zumal als Verfassungsstaat, selbst nicht innehat. Die Grenzen der Hoheitsübertragung müssen aber, weil alle Staatsgewalt von den jeweiligen Völkern ausgeht, namens dieser Völker überprüft werden (können und dürfen), ebenso wie die Wahrung der Strukturprinzipien, des Grundrechtstandards, des Subsidiaritätsprinzips und der elementaren Interessen.

ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 f.

⁶⁴⁷ Hinweise in Fn. 741.

⁶⁴⁸ Dazu *R. Bieber*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 7, Rdn. 51 ff.

V. Einheit des Gemeinschaftsrechts als Hebel der vertragswidrigen Integration

Im Österreich ist der Satz Bundesrecht bricht Landesrecht, wie in Deutschland kennt (Art. 31 GG), nicht anerkannt. Vielmehr sind Bund und Länder gleichgewichtig (Parität)⁶⁴⁹. Ein Überordnungsprinzip hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit dem Anwendungsvorrang des (gesamten) Unionsrechts vor dem nationalen Recht einschließlich dem Verfassungsrecht für die Gemeinschaft etabliert⁶⁵⁰. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich das zu Recht nicht mehr zu eigen gemacht, weil der uneingeschränkte Vorrang mit der existentiellen Staatlichkeit und der existentiellen Staatseigenschaft, der „Souveränität“ der Völker (wie das Gericht sagt), die ihren Ausdruck im demokratischen Prinzip finde, unvereinbar sei⁶⁵¹. An sich sollte in einer Rechtsgemeinschaft nur gelten, was in allen Mitgliedstaaten gilt. Das gebietet der Grundsatz der „Einheit des Gemeinschaftsrechts“⁶⁵². Sonst wird die All-

⁶⁴⁹ T. Öhlinger, Verfassungsrecht, Rdn. 218, S. 113.

⁶⁵⁰ EuGH v. 5.2.1963 – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 ff.; EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 ff.; EuGH v. 17.12.1979 - Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 ff.; vgl. BVerfGE 37, 271 (279 ff.); 58, 1 (28); 73, 339 (366 ff.); 89, 155 (182 ff., 190 f., 197 f.); H. P. Ipsen, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 58 ff.; I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 182 ff., fragwürdig mit einem Verfassungscharakter der Verträge begründet; M. Zuleeg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f.; dazu kritisch P. Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der Europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 66; K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 103 ff.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5 II, 1, III, 1.

⁶⁵¹ BVerfGE 89, 155 (181, 188 f., 191 ff.); K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96 ff.; P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898 ff.

⁶⁵² M. Zuleeg, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 3 f., 6 f.; ders., in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 32; H. P. Ipsen, Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 61; I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60

seitigkeit, wie die Gegenseitigkeit ein Grundprinzip einer Gemeinschaft wie jedes Vertrages, durchbrochen⁶⁵³. Aber es gibt andere, höherrangige Grundsätze. Wenn auch von der deutschen Gerichtsbarkeit und erst recht von der Österreichs große Zurückhaltung mit Kritik an europäischen Rechtsakten und insbesondere an Entscheidungen des Gerichtshofs der Union zu erwarten ist, um, durchaus im Sinne der von Art. 3a (4) Abs. 3 EUV (bislang Art. 10 EGV) gebotenen „loyalen Zusammenarbeit“, der Unionstreue⁶⁵⁴, die Gemeinschaftlichkeit nicht zu schwächen, so ist es doch auch nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts möglich, daß über die Rechtllichkeit der Gemeinschaftsrechtsakte, wenn auch nur am Maßstab der unverzichtbaren Rechtsprinzipien, jedes Volk letztlich allein entscheidet.

Weil zum Prinzip einer Rechtsgemeinschaft mehrerer Völker/Staaten als Staatenverbund⁶⁵⁵ als gemeinschaftliche Staatlichkeit genauer: gemeinschaftliche Ausübung der Staatsgewalt⁶⁵⁶, die Allseitigkeit der Geltung des Gemeinschaftsrechts in den verbundenen Staaten/Völkern gehört, entfalten Letztent-

(2001), S. 184; auch noch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 107 f. (notfalls Ausscheiden aus der Gemeinschaft); vgl. EuGH v. 9.3.1978 - Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 13 ff.); vgl. auch die Hinweise in Fn. 654.

⁶⁵³ *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 184.

⁶⁵⁴ *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 10, Rdn. 1 ff. (6); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82; vgl. EuGH v. 17.5.1972 - Rs. 93/71 (Leonesio/Ministerium für Landwirtschaft und Forsten), Slg. 1972, 287 (296, Rdn. 21/23); EuGH v. 2.2.1977 - Rs. 50/76 (Amsterdam Bulb/Produktschap voor Siergewassen), Slg. 1977, 137 (146, 150, Rdn. 4/7).

⁶⁵⁵ BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.); *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 69; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 92 f.; *ders.*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa“, FS W. Nölling, S. 297 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff.

⁶⁵⁶ *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 161 ff., 170 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 66 ff. (74 f.); i.d.S. BVerfGE 89, 155 (188 f.).

scheidungen der Völker über die Verbindlichkeit von Unionsrechtsakten in ihrem Hoheitsbereich Wirkung (nicht Geltung) für alle Völker. Die Union wird also durch die Gemeinschaftlichkeit der Gerichtsbarkeit für das Unionsrecht gestärkt⁶⁵⁷.

Das Prinzip der Rechtseinheit, geradezu deren innere Logik, verlangt durchaus nach der Rechtsprechungseinheit, die nur ein für alle verbindlich entscheidendes Gericht gewährleisten kann, wie das auch der Gerichtshof der Union für den umfassenden Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und sein letztes Wort zu Rechtsfragen der Gemeinschaft reklamiert⁶⁵⁸. So ist der Verfassungsgerichtshof Österreichs nicht anders als das Bundesverfassungsgericht als Gericht des österreichischen bzw. des deutschen (unechten) Bundesstaates konzipiert⁶⁵⁹. Die Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts „binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden“ (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), bekanntlich ein wesentlicher Grund für die Unitarisierung des deutschen Föderalismus, wenn nicht für die einheitsstaatliche Entwicklung der Lebensverhältnisse in Deutschland⁶⁶⁰, zumal das Gericht die Bindungswirkung auf die tragenden Gründe der Entscheidungen ausdehnt – im übrigen zu Recht⁶⁶¹. Nichts anderes

⁶⁵⁷ So *M. Zuleeg*, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, S. 17 ff.; *ders.*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1, Rdn. 24 f., 32 ff.; *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, S. 901 (906).

⁶⁵⁸ Hinweise in Fn. 652.

⁶⁵⁹ Vgl. *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 341 ff., 943 ff., 951 ff.; *G. Roellecke*, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgericht, HStR, Bd. II, 1987, § 53, Rdn. 17 ff.

⁶⁶⁰ Vgl. *O. Kimminich*, Der Bundesstaat, HStR, Bd. I, § 26, Rdn. 49 ff., 56 ff.; zum Föderalismusdiskurs der europäischen Integration *St. Oeter*, Föderalismus, in: R. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 63 ff.

⁶⁶¹ BVerfGE 1, 14 (Ls. 5, S. 37); 20, 52 (87); 79, 256 (264); st. Rspr.; *W. Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HStR, Bd. II, 1987, § 56, Rdn. 93 f. (kritisch); *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 951 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 247 f.

gilt in Österreich (Art. 139 Abs. 6 B-VG; § 60 Abs. 1 VfGG)⁶⁶². Die deutschen Länder müssen sich Fehlentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bis zur existentiellen Gefährdung⁶⁶³ gefallen lassen. Durch Befugnisse wird Macht zugeteilt⁶⁶⁴.

Die europäische Rechtsgemeinschaft verlangt durchaus nach der einheitlichen Materialisierung der formalen oder offenen Texte⁶⁶⁵ des Unionsrechts. Diese vermag nur ein Gericht, das für alle verbindlich entscheidet, zu leisten. Wenn die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten die Befugnis haben, die großen Rechtsprinzipien der Unionsverfassung zu materialisieren, kann das und wird das zu unterschiedlicher Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten führen, nicht zum Ende der Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, schon gar nicht zum Ende der Union überhaupt, wie das *Manfred Zuleeg*, von 1988 bis 1994 Richter des Europäischen Gerichtshofs, besorgt⁶⁶⁶, aber doch zu einem differenzierten Unionsrecht, wie es im übrigen auch jetzt schon aufgrund der

⁶⁶² R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 1131, S. 526; vgl. W. Aichreiter, in: H. P. Rill/H. Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 139, Rdn. 28 ff.

⁶⁶³ Zu den Grenzen der Entstaatlichung der Länder als existentiellen Staaten und zu einem Separationsrecht der Länder in existentiellen Lagen, insbesondere der der Integration der Europäischen Union zu existentieller Staatlichkeit ohne existentieller Staatseigenschaft, also ohne demokratische Legitimation, K. A. Schachtschneider, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 289 ff.; ders., Das Recht auf Eigenstaatlichkeit oder Das Recht Bayerns, sich von der Bundesrepublik zu separieren, 2006.

⁶⁶⁴ Zur Frage der Macht der Judikative ("Richter und Macht") W. Leisner, Das letzte Wort. Der Richter späte Gewalt, 2003, S. 135 ff. (192 ff.), 269 ff.

⁶⁶⁵ Th. C. W. Beyer, Die Ermächtigungen der Europäischen Union und ihrer Grundfreiheiten, Der Staat 35 (1996), S. 189 ff.; K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff. (121 ff.); ders., Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 297 ff. (300 ff.); vgl. BVerfGE 89, 155 (181, "noch nicht").

⁶⁶⁶ Hinweise in Fn. 652.

vertraglichen Vorbehalte besteht, zumal hinsichtlich der Währungsunion. Die uneingeschränkte Rechtseinheit wäre die Logik der Union der Europäer.

Die Union ist aber Union der Staaten, die ihre existentielle Staatlichkeit wahren⁶⁶⁷. Die Pflicht zur Rechtsgemeinschaft (Unionstreue) ergibt sich, wie gesagt, aus Art. 3 (4) Abs. 3 EUV, der durch Art. 226 ff. (258 ff.) AEUV mit Gerichtsschutz ausgestattet ist⁶⁶⁸. Danach stellt der Gerichtshof fest, welche Verpflichtungen die Mitgliedstaaten aus dem Vertrag haben. Eine kompetenzrechtliche Entscheidung eines Gerichts, welche erkennt, daß ein Rechtsakt der Union in Österreich oder in Deutschland keine Geltung hat⁶⁶⁹, könnte die Verpflichtungen aus dem Vertrag verletzen und die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten nach dem aufsichtsrechtlichen Vorverfahren zur Anrufung des Gerichtshofs berechtigen (Art. 226 und Art. 227 (258 und 259) AEUV)⁶⁷⁰. Nach dem Vertragstext hat das letzte Wort über die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus dem Vertrag der Gerichtshof der Europäischen Union (Art. 228 (260) AEUV). Der Klärung des Unionsrechts und damit zugleich der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten dient insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 (267) AEUV). Die Vertragspflichten sind aber begrenzt. Den Gemeinschaften ist das letzte Wort in Sachen des Rechts nicht übertragen, sondern nur in den Vertragsfragen, nicht in den Grundsatz- und

⁶⁶⁷ K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff. (111 ff.); ders., Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, S. 308 ff., 313 ff.; i.d.S. auch P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 904 ff., 909 ff.

⁶⁶⁸ Vgl. M. Zuleeg, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 10, Rdn. 2; R. Streinz, Europarecht, Rdn. 159 ff., S. 62 ff.

⁶⁶⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (187 f., 188 ff., 191 ff.); P. Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der Europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 47, 64; K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 751; kritisch H. P. Ipsen, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 1 ff. (10.)

⁶⁷⁰ Kritisch wegen der Unabhängigkeit der Gerichte zu Recht P. Wollenschläger, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, S. 223 ff.

Grundrechtsfragen. Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV ist eine Aufgaben-, keine Befugnisregelung⁶⁷¹, nach wie vor, obwohl der klarstellenden Passus „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten“ des Art 220 Abs. 1 EGV fallen gelassen wurde.

Das völkerrechtliche Gemeinschaftsrecht enthielt bis zum Vertrag von Amsterdam keine Rechtsgrundlage für eine Grundrechteverantwortung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit. Die Regelungen des Rechtsschutzes in den Artikeln 226, 227 (259, 259) AEUV, nämlich der Verstoß „gegen eine Verpflichtung aus diesem Vertrag“, aber auch die Nichtigkeitsklage in Art. Art. 230 Abs. 2 EGV (263) AEUV, der Rechtsschutz „wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei ihrer seiner Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmißbrauchs“ durch die Handlungen der Organe sind präzise auf die Verträge, nicht wie die allgemeine Aufgabenvorschrift für die Gerichtsbarkeit für die Union, Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV, auf „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieser Verträge“ bezogen. Nichts anderes gilt für die Untätigkeitsklage nach Art. 232 (265) AEUV („Verletzung dieser Verträge“) und für das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 234 (267) AEUV, in dem der Gerichtshof „a) über die Auslegung der Verträge, b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen oder Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ entscheidet. Das sind alles Rechtsfragen, Fragen des Rechts, aber sie machen nicht das Recht insgesamt zum Gegenstand oder Maßstab der Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit. Aus dem Text der Verträge ließ sich deren Befugnis zur Grundsatz- und Grun-

⁶⁷¹ T. Mähner, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 154 f.; dazu I. Pernice/F. C. Mayer, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 1 ff., die einen "Doppelgehalt des Artikels 220, nämlich Aufgabenstellung und materialrechtliche Bindung des Gemeinschaftshandelns an Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte" vertreten, was noch nichts darüber sagt, wer die Rechtllichkeit des Gemeinschaftshandelns letztlich zu verantworten hat; a.A. M. Zuleeg, Der rechtliche Zusammenhalt der Europäischen Gemeinschaft, S. 33 ff.

drehtrechtsprechung schwerlich herleiten, auch nicht aus dem Wort „Recht“ in Art. 220 EGV⁶⁷².

Die Befugnis zur Grundrechtejudikatur folgte aber seit dem Vertrag von Amsterdam 1997 aus Art. 46 lit. d EUV i.V.m. Art. 6 Abs. 2 EUV, der die Union zur Achtung „der Grundrechte“ verpflichtet, „wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“. Diese Zuständigkeitsregelung war im Vertrag von Maastricht 1992 noch nicht enthalten⁶⁷³. Die Änderung des Entscheidungsmaßstabes hat nicht nur die Befugnisse des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft wesentlich erweitert, sondern dessen Status legalisiert, den er lange vorher, seit dem Urteil vom 12. November 1969 in der Rechtssache 29/69 (Stauder), Slg. 1969, 419 (425, Rdn. 7), in Anspruch genommen hatte⁶⁷⁴, den Status eines Verfassungsgerichts⁶⁷⁵.

⁶⁷² A. A. D. Ehlers, Die Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft, Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 13, Rdn. 4, 10, S. 320, 322; weitere Hinweise in Fn. 617.

⁶⁷³ Vgl. K. A. Schachtschneider, Verfassungsbeschwerde M. Brunner gegen den Vertrag über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag), Schriftsatz vom 22.6.1993, in: I. Winkelmann (Hrsg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, S. 443, 449; vgl. auch D. Ehlers, Allgemeine Lehren, § 13, Rdn. 9; H. Krück, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 46 EU, Rdn. 10 ff. (14); B. Beutler, daselbst, Art. 6 EU, Rdn. 50.

⁶⁷⁴ Folgend EuGH v. 17.12.1970 - Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125 ff. (1135, Rdn. 4); EuGH v. 14.05.1974 - Rs. 4/73 (Nold), Slg. 1974, 491 (507, Rdn. 13); dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5, II, III; Chr. Walter, Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, § 1, Rdn. 1, 19 ff.

⁶⁷⁵ Vgl. die Hinweise in Fn. 605.

VI. Demokratisches Defizit der Unionsgerichtsbarkeit

Ein Gemeinschaftsorgan eines Staatenverbundes muß eine gewisse Schwäche der demokratischen Legitimation der Amtswalter hinnehmen, die nicht in gleicher Weise gewählt oder berufen sein können, wie es das demokratische Prinzip eines Volkes an sich verlangt⁶⁷⁶. Aber die Legitimation der Gerichte der Europäischen Union unterschreitet das demokratische Minimum, zumal im Verhältnis zu ihrer politischen Macht. Ein Gericht bedarf in der Funktion des Verfassungsgerichts einer starken demokratischen Legitimation, weil vor allem die Verfassungsgerichte Menschheitsfragen entscheiden, die ihre Antwort in der Sittlichkeit des Volkes finden müssen. Diese Vertretung ist die Substanz der demokratischen Legitimation⁶⁷⁷.

Das Gesetz der Sittlichkeit ist *Kants* kategorischer Imperativ, das „Sittengesetz“. Der kategorische Imperativ ist das Gesetz des Rechts. Ohne Moralität der Bürger und insbesondere deren Vertreter in den Organen des Staates ist Sittlichkeit ohne Chance. Moralität ist der gute Wille zur Rechtlichkeit⁶⁷⁸.

Für die große politische Verantwortung, insbesondere die Grundrechteverantwortung, fehlt es dem Gerichtshof der Europäischen Union an der (notwendig starken) demokratischen Legitimation⁶⁷⁹. Die Richter des Bundesver-

⁶⁷⁶ Vgl. BVerfGE 47, 253 (275); 83, 60 (71); 89, 155 (183 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, S. 119 ff., insb. S. 137 ff.; *G. Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 247 ff., 261 f., kritisch zum "Nichtübertragbarkeitsgrundsatz".

⁶⁷⁷ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 644 ff., 666 ff., 725 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 405 ff.

⁶⁷⁸ Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, insbesondere 5., 7. und 8. Teil; *ders.*, Freiheit in der Republik, insbesondere S. 34 ff. (zur Ethik Kants), 274 ff., 405 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.

⁶⁷⁹ *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 137 ff.; *ders.*, Quo vadis Europa? – Ad Finem Democratiae! S. 49 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 131 ff., 215 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *T. Mähner*, Der

fassungsgerichts werden beispielsweise „je zur Hälfte vom Bundestage und Bundesrate gewählt“⁶⁸⁰. Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, die in Nizza im Dezember 2001 deklariert wurde⁶⁸¹ und so gut wie unverändert durch den Vertrag von Lissabon zur Geltung gebracht wird (dazu E), geht den Weg in die entgegengesetzte Richtung und formuliert den bisher vermißten Grundrechtstext, den die Union und die Mitgliedstaaten „bei der Durchführung des Rechts der Union“, in Unionsachen also, judizieren sollen (Art. 51 der Charta). Der Gerichtshof der Europäischen Union ist, wie gesagt, Motor der europäischen Integration, der in engem Verbund mit der Kommission Europa zu einem existentiellen Staat entwickelt (hat)⁶⁸². Die Rechtsgrundsätze, welche der Gerichtshof praktiziert, sind allzu offen, als daß sie den Gerichtshof im Sinne der die Rechtsprechung definierenden Rechtsbindung zu binden und allein durch diese Bindung zu legitimieren vermöchten. Durch Bestimmtheit dieser Rechtsprinzipien wird jedenfalls das demokratische Legitimationsniveau⁶⁸³ der Gemeinschaftsrechtsprechung nicht gestärkt.

Diese Richter werden „im gegenseitigen Einvernehmen von den Regierungen der Mitgliedstaaten für eine Amtszeit von sechs Jahren ernannt“ (Art. 9f (19) Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 EUV). Nach Art. 223 (253) Abs. 1 AEUV werden

Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 184 ff. (194); wenig demokratisch *F. C. Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 276.

⁶⁸⁰ Zur Kritik der übermäßigen Einbindung der Richter in die Parteienoligarchie *W. K. Geck*, Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, *HStR*, Bd. II, 1987, § 55, Rdn. 2 ff., 13 ff.; *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 939 f., 964 f., 975 ff.

⁶⁸¹ Dazu Fn. 607.

⁶⁸² Dazu *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", *FS W. Nölling*, S. 279 ff., insb. S. 297 ff., 308 ff., 313 ff.; *ders.*, Das europäisierte Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", in: *Recht und Politik*, 4/2003, S. 202 ff.

⁶⁸³ Zu diesem Topos *BVerfGE* 83, 60 (71 f.); 89, 155 (182); 93, 37 (66 f.); *K. A. Schachtschneider*, *Prinzipien des Rechtsstaats*, S. 216, 263; vgl. auch *ders.*, *Res publica Res populi*, S. 970 ff.; *G. Lübke-Wolff*, *VVDStRL* 60 (2001), S. 280 f., kritisch ("Verdünnung repräsentativ-demokratischer Legitimationszusammenhänge").

sie „im gegenseitigen Einvernehmen nach Anhörung des in Artikel 224a (255) vorgesehenen Ausschusses für sechs Jahre ernannt“. Der Ausschuß nach Art. 224a (254) AEUV hat die Aufgabe, „vor einer Ernennung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten nach den Artikeln 223, 224 eine Stellungnahme zur Eignung der Bewerber für die Ausübung des Amtes eines Richters oder Generalanwalts beim Gerichtshof oder beim Gericht abzugeben“. Der „Ausschuß setzt sich aus sieben Persönlichkeiten zusammen, die aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, der Mitglieder der höchsten einzelstaatlichen Gerichte und der Juristen von anerkannter hervorragender Befähigung ausgewählt werden, von denen einer vom Europäischen Parlament vorgeschlagen wird.“ Der Rat erläßt nähere Bestimmungen auf Initiative des Präsidenten des Gerichtshofs.

Die Richter finden dadurch die Akzeptanz aller Mitgliedstaaten, aber eben nur die der Regierungen. Die Richter müssen somit vornehmlich das Vertrauen der Staats- und Regierungschefs, die sich als Führer Europas verstehen, haben, nicht das Vertrauen der Völker. Die erforderlich starke Legitimation ist das nicht. Jeder Mitgliedstaat stellt einen Richter im Gerichtshof und im Gericht (Art. 9f (19) Abs. 2 UAbs. 1 und 2 EUV), die durch den Vorschlag der jeweiligen Regierung allenfalls eine schwache demokratische Legitimation ihres Staates haben. Die Richter der anderen Staaten haben nur eine eingeschränkte demokratische Legitimation des einzelnen Landes, dessen Regierung sie benannt hat und keinerlei demokratische Legitimation der Völker, aus denen sie nicht stammen. Die kleinsten wie die größten Mitgliedstaaten stellen jeweils einen Richter für den Gerichtshof und das Gericht. Demokratie-rechtlich ist das angesichts einer Verantwortung für die Grundsatzfragen des Rechts untragbar. Die Legislativen und die Judikativen der Mitgliedstaaten sind allenfalls an der Auswahl des Richters ihres Landes (Art. 23c Abs. 2 B-VG) beteiligt, nur äußerst am Rande bei der Auswahl der Ausschußmitglieder nach Art. 224a (254) Abs. 2 S. 1 AEUV das Europäische Parlament. Die Exekutive vermag Richter nicht zu legitimieren, zumal in den Gerichten der Europäischen Union nur jeweils ein Richter aus einem Mitgliedstaat stammt und somit nur erwarten läßt, dessen Rechtsordnung und das Unions-

recht einigermaßen zu kennen. Vielfach sitzt kein Richter des betroffenen Mitgliedstaates in der Kammer, welche die Entscheidung fällt.

Der neue Ausschuß, der die Eignung der Bewerber für die Ausübung des Amtes eines Richters oder Generalanwalts beim Gerichtshof oder beim Gericht beurteilen soll, erhöht die demokratische Legitimation schon wegen seiner Auswahl in keiner Weise. Die „sieben Persönlichkeiten“ können nicht die Völker von 27 Mitgliedstaaten demokratisch repräsentieren. Das Verfahren zur Ernennung der Mitglieder des Ausschusses wird erst noch durch Beschluß des Rates festgelegt (Art. 224a (254) Abs. 2 S. 2 AEUV). Die Mitglieder des Gerichtshofs und des Gerichts, die unter den sieben Persönlichkeiten sein sollen, haben selbst keine demokratische Legitimation. Welches Mitglied eines „höchsten einzelstaatlichen Gerichts“ oder welcher „Jurist von anerkannt hervorragender Befähigung“ Mitglied dieses Ausschusses wird, ist gänzlich offen. Eine demokratisch legitimierte Persönlichkeit ist nicht vorgesehen. Der Ausschuß wird durch seine scheinbar elitäre Zusammensetzung allenfalls eine Alibifunktion für die Legitimation der Richter der Gerichtshofs und des Gerichts haben.

Der Gerichtshof der Europäischen Union, der Gerichtshof und auch das Gericht, sind mangels demokratischer Legitimation in der jeweiligen Gesamtheit des Spruchkörpers nicht Gerichte eines Volkes, abgesehen davon, daß es ein Unionsvolk nicht gibt. Sie können nicht namens eines Volkes und damit letztlich auch nicht namens der Völker Europas Recht sprechen. Richter eines Volkes kann nicht sein, wen das Volk nicht kennt und wer nicht im Volk lebt, schon gar nicht, wer die Sprache des Volkes nicht spricht und dessen Gesetze nicht kennt. Die unzureichende Legitimation der Gemeinschaftsrichter wird nicht dadurch gerechtfertigt, daß sie für viele Völker das Recht sprechen sollen. Ein Gericht muß das Vertrauen des Volkes dahinein haben, daß es Recht

spricht, als ein Unionsgericht das Vertrauen aller verbundenen Völker. Das Vertrauensverhältnis kann nur demokratisch institutionalisiert werden⁶⁸⁴.

Ohne demokratische Legitimation ist eine Institution der verbindlichen Rechtsklärung, also der Rechtsprechung⁶⁸⁵, sei sie Gericht genannt, sei sie wie ein Gericht ausgestattet, zumal mit Unabhängigkeit der Richter, verfare sie wie ein Gericht und sei sie um Rechtserkenntnis mit rechtswissenschaftlichen Methoden bemüht, kein Gericht im republikanischen Sinne, nämlich kein Organ eines Volkes, das allein die Staatsgewalt des Volkes auszuüben befugt sein kann⁶⁸⁶. Nur das Volk oder Organe des Volkes können Staatsgewalt ausüben, wenn das Gemeinwesen freiheitlich, also eine Republik oder eine Demokratie (im freiheitlichen Sinne), sein soll. Auch die Rechtsprechung ist staatlich und kann nur vom Staat als Organisation des Volkes für die Verwirklichung des gemeinen Wohls, des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit⁶⁸⁷, ausgeübt werden; denn: „Ihr Recht geht vom Volk aus“ (Art 1 S. 2 B-VG). Die Richter erkennen und sprechen „Recht“. Die europäischen Gerichte sind keine Organe des Volkes, weil sie nicht demokratisch in die Organisation

⁶⁸⁴ I.d.S. *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, XI, 6 (S. 214): "Richterliche Befugnis darf nicht einem unabsetzbaren Senat verliehen werden, vielmehr muß sie von Personen ausgeübt werden, die nach einer vom Gesetz vorgeschriebenen Weise zu gewissen Zeiten im Jahr aus dem Volkskörper ausgesucht werden". Ähnlich *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 436; dazu *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 106 ff., 184 ff.

⁶⁸⁵ Zum Begriff der Rechtsprechung *K. A. Bettermann*, Die rechtsprechende Gewalt, HStR, Bd. III, 1988, § 73, Rdn. 33, 38; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 870 ff., 885 ff., 1137 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 135 ff., 210 ff.; *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 41 ff.

⁶⁸⁶ Zur Organlehre *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 707 ff.

⁶⁸⁷ *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff. (S. 573 ff.); *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 19 f., 56 f., 167; *ders.*, Freiheit in der Republik, S. 60 ff., 143 ff., 484 ff., u.ö.

der Völker integriert sind⁶⁸⁸. Gemeinschaftsorgane können Organe der Mitgliedstaaten sein, wenn die jeweilige Staatsgewalt der Völker gemeinschaftlich ausgeübt wird⁶⁸⁹. Das ist die Struktur der europäischen Integration. Ein derart integriertes Organ darf um der demokratischen Legitimation willen nur mit begrenzten Befugnissen ausgestattet sein⁶⁹⁰. Diese Begrenzung respektiert die Grundsatz- und vor allem die Grundrechtrechtsprechung der Unionsrechtsprechung gerade nicht. Jeder Unionsrichter hat die uneingeschränkte Verantwortung für das Recht jedes Volkes. Während das Mehrheitsprinzip im Rat als ein (begrenzt) hinnehmbares Kompromißprinzip demokratierechtlich tragfähig ist, rechtfertigt die Mehrheitsregel in Gerichten keinen Kompromiß, sondern trifft eine Entscheidungsregel bei divergenten Erkenntnissen der Richter. Die Beschlüsse des Rates sind durch die Mitwirkung des mitgliedstaatlichen Regierungsvertreters in gewisser Weise, wenn auch nur begrenzt, demokratisch legitimiert. Eine solche Dogmatik ist für Richtersprüche eines Kollegialgerichts nicht möglich, weil gerichtliche Erkenntnisse nicht ausgehandelt werden (dürfen). Ohne spezifisch rechtsprechungsgemäßen demokratischen Organstatus der Gerichte gibt es keine Rechtsprechung des Volkes und auch keine Rechtsprechung der verbundenen Völker. Die Gerichte der Union können die Rechtsprechungsgewalt der Völker nicht ausüben. Sie können aus demokratischen Gründen nur völkerrechtliche Einrichtungen der Streitschlichtung sein. Damit wird der Anwendungsvorrang des Unionsrechts insgesamt fragwürdig. Er wird durch den Willen der verbundenen Völker getragen (umgekehrter Monismus⁶⁹¹). Die Völker können auch nach der Vollzugslehre den Rechtsanwendungsbefehl, der nach Auffassung des Bundesver-

⁶⁸⁸ K. A. Schachtschneider, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 137 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 131 ff., 210 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, S. 23 ff.; *Th. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 106 ff., 184 ff.

⁶⁸⁹ K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff. (97 ff.); *ders.*, Die Republik der Völker Europas, S. 163 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 74 f.

⁶⁹⁰ Zum Prinzip der begrenzten Ermächtigung Hinweise in Fn. 594, 741.

⁶⁹¹ Hinweise in Fn. 697.

fassungsgerichts die Geltung des Gemeinschaftsrechts trägt⁶⁹², aufheben⁶⁹³ oder einschränken. Die Rechtsprechungsgewalt darf wegen Art. 1 B-VG nicht entdemokratisiert werden, weil die Gerichte des Volkes das letzte Wort in Sachen des Rechts haben müssen.

VII. Unionsgerichte als völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane

Die Gerichte der Union sind und bleiben, solange es keine von einem Volk der Unionsbürger, einem existentiellen Unionsstaat, demokratisch, d.h. von allen Unionsbürgern freiheitlich und gleichheitlich legitimierte gemeinschaft-

⁶⁹² BVerfGE 73, 339 (367 f., 375); 89, 155 (190); so etwa *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 45; *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 67 ff., 79; *R. Bernhardt*, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, HStR, Bd. VII, 1992, § 174, Rdn. 28; kritisch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 99 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 165; ; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 75 ff.

⁶⁹³ BVerfGE 89, 155 (190); für die ständige Freiwilligkeit der Mitgliedschaft im Staatenverbund *K. A. Schachtschneider*, Aussprache zum Thema: Der Verfassungsstaat als Glied der Europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), S. 178; *ders.*, Maastricht-Verfassungsbeschwerde, S. 444 ff.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 101 f.; *ders.*, Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 167 f.; *ders./A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.; auch schon *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 8. Aufl. 1966, S. 767. Der Maastricht-Vertrag hatte die Integration entgegen dem Prinzip ständiger Freiwilligkeit der Mitgliedschaft in den Gemeinschaften unumkehrbar festgelegt (vgl. *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 758 f.) und ist vom Bundesverfassungsgericht auch insoweit verfassungskonform korrigiert worden; *P. Kirchhof*, Europäische Einigung und Verfassungsstaat, S. 88 (Zitat in Fn. 288); *ders.*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 46, wo er allerdings die Vertragsauflösung durch "actus contrarius" den Mitgliedstaaten als "Herren der Verträge" vorbehält, im Widerspruch zur Dogmatik vom nationalen Rechtsanwendungsbefehl als Geltungsgrund der Rechtsordnung der Gemeinschaft (Rdn. 45); der Sache nach wie im Maastricht-Urteil allerdings *ders.*, Rechtsschutz durch Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof, S. 109 f.

liche Staatlichkeit gibt⁶⁹⁴, den völkerrechtlichen Unionsverträgen nach internationale Gerichte, völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane, so wie der Gerichtshof ursprünglich konzipiert war⁶⁹⁵. Deren Entscheidungsgegenstände müssen auf den Streit zwischen den Staaten als Vertragspartnern oder auf die inzidente Klärung des primären und sekundären Vertragsrechts in allgemeinen Prozessen (Art. 234 (267) AEUV) begrenzt sein und deren Entscheidungen dürfen nur begrenzte Wirkung in den Staaten entfalten⁶⁹⁶. Jedenfalls die Grundrechtfragen bleiben Verantwortung der nationalen Gerichte, wenn und soweit Bürger gegen ihren Staat Recht suchen. Das gilt auch für allgemeine Rechtsgrundsätze, die regelmäßig aus dem Rechtsstaatsprinzip folgen, eigentlich für die gesamte staatliche Judikatur.

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat aber, wie schon angesprochen, in der usurpatorischen Entscheidung in der Rechtssache 26/62 (van Gend & Loos) vom 5. Februar 1963 (Slg. 1963, 1 ff.) die Bürger, „die Einzelnen“, zu

⁶⁹⁴ Dazu K. A. Schachtschneider, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, 279 ff.

⁶⁹⁵ T. Mähner, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, 143 f.; dazu H. Kutscher, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392 ff.

⁶⁹⁶ I.d.S. für die Streitschlichtungsorgane der Welthandelsorganisation selbst der EuGH v. 18.12.1995 - Rs. 469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4558, Rdn. 26 ff.; EuGH v. 5.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973, Rdn. 103 bis 112; EuGH v. 23.11.1999 - Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8425, Rdn. 34 ff. (47 f.); anders für das Gerichtssystem des EWR EuGH v. 14.12.1991, Gutachten I/91 (Europäischer Wirtschaftsraum), Slg. 1991, I-6084, Rdn. 39 (Verbindlichkeit der Entscheidungen für die Organe der Gemeinschaft einschließlich dem Gerichtshof); anders auch EuGH v. 12.12.1972 - verb. Rs. 21-24/72 (International Fruit Company), Slg. 1972, 1219, Rdn. 19 ff.; dazu A. Emmerich-Fritsche, Recht und Zwang im Völkerrecht, in: K. A. Schachtschneider (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 142 ff., 173 ff., 176 ff.; D. I. Siebold, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft. Ein Beitrag zur globalen wirtschaftlichen Integration, 2003, S. 131 ff. (138 ff.), 140 ff., auch S. 203 ff.; K. A. Schachtschneider, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 7 VI 4.

„Rechtssubjekten“ der Gemeinschaftsordnung erklärt⁶⁹⁷ und diesen ein subjektives Recht auf unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten zugesprochen, im übrigen ohne große Begründung. Er hat dadurch das Vertragsrecht der Gemeinschaften vom Völkerrecht zum Staatsrecht gewandelt, wenn er auch nur von einer „neuen Rechtsordnung des Völkerrechts“, die aus einer „autonomen Rechtsquelle“ fließe, gesprochen hat⁶⁹⁸, also jedenfalls die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zum Staat, zum echten Bundesstaat⁶⁹⁹, entwickelt - ein Umsturz, der trotz der Entdemokratisierung der Politik noch immer Bestand hat. Freilich kann das nicht *acquis communautaire*, gemeinschaftlicher Besitzstand der Europäischen Union (Präambel des EUV, 12./13. Erwägungsgrund) sein, weil es, demokratiewidrig, die Verfassung der Menschen, die Menschheit des Menschen, die allgemeine Freiheit ignoriert.

Keinesfalls steht dem Gerichtshof der Europäischen Union das letzte Wort in Sachen des Rechts zu, insbesondere nicht in Sachen der Menschen- und Grundrechte. Das Legitimationsdefizit schließt das aus. Den Gemeinschaften war die völkerrechtliche Rechtsklärung in Vertragsfragen übertragen, bis der Amsterdamer Vertrag der rechtswidrigen Gerichtspraxis eine Vertragsgrundlage verschafft hat, aber entgegen dem Recht. Auch die anderen internationalen Gerichte, etwa der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der Internationale Völkerrechtsgerichtshof, der Internationale Strafgerichtshof und

⁶⁹⁷ Das ist auch völkerrechtlich richtig, aber nur auf der Grundlage des umgekehrten Monismus, der keinesfalls die Praxis des EuGH stützt; vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 110 ff.; *Ch. Amrhein-Hofmann*, Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren, 2003, S. 261 ff.; dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 95 ff., 102 f., 262 ff., 625 ff.

⁶⁹⁸ EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (Rdn. 12); autonomistisch ("autonome Rechtsordnung") auch BVerfGE 22, 293 (296); 37, 339 (367); anders BVerfGE 89, 155 (179); kritisch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 97 f., 100 f.; kritisch auch *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 107 ff., S. 48 ff.; vgl. auch kritisch *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 121 ff.

⁶⁹⁹ Dazu A, I, III.

auch die Streitschlichtungsstellen der Welthandelsorganisation⁷⁰⁰, sind keine Rechtsprechungsorgane, welche das letzte Wort in Sachen des Rechts namens eines Volkes sprechen, also keine Gerichte, welche im demokratischen Sinne Rechtsprechungsgewalt eines Volkes ausüben. Die innerstaatliche Verbindlichkeit der Erkenntnisse dieser Streitschlichtungsstellen kann eine völkerrechtliche Vertragspflicht sein⁷⁰¹, ist aber keine Pflicht gegenüber den betroffenen Bürgern. Sie steht gegebenenfalls unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit der Vertragserfüllung (Reziprozität)⁷⁰².

Der Gerichtshof und das Gericht sind somit aus Gründen der Freiheit und damit der Demokratie und im demokratischen Sinne nur mit der begrenzten Befugnis, das Unionsrecht im engen Sinne zu wahren, zur Rechtsprechung ermächtigt und nur insoweit Organe der Rechtsprechung. Demgegenüber entscheiden sie die grundsätzlichen und politisch weitreichendsten Rechtsfragen nicht nur der Integration, sondern des Rechts überhaupt. Den mitglied-

⁷⁰⁰ Dazu *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, S. 131 ff., 140 ff.; *A. Emmerich-Fritsche*, Recht und Zwang im Völkerrecht, S. 142 ff., 176 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 10 XI.

⁷⁰¹ Zur (bloß) völkerrechtlichen Verbindlichkeit der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte des Europarats *D. Ehlers*, Die europäischen Menschenrechtskonventionen, Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003, § 2, Rdn. 3, 52. In Deutschland wird der EMRK (nur) der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zugestanden und diese lediglich als Auslegungshilfe erachtet (BVerfGE 19, 342 (347); 35, 311 (320); 74, 358 (370); 82, 106 (115)); BVerfG, Beschluß vom 14.10.2004, DÖV 2005, 72 ff.

⁷⁰² Vgl. EuGH v. 23.11.1999 - Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8425; *B. Simma*, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, 1972; *A. Verdross/B. Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 63; *O. Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl. 1997, S. 39 ff., 92 ff.; dazu *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, S. 145, 203 (205 ff.); *dies.*, Der Fall Bananenmarktordnung – Die Europäische Gemeinschaft im Streit mit der Welthandelsorganisation, in: *K. A. Schachtschneider* (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 247 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 2, Wirtschaftsverfassung, § 10 XII.

staatlichen Gerichten, auch den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten, ist die große Rechtsverantwortung aus der Hand genommen worden. Die Gemeinschaftsrichter haben sie ergriffen. Nur eine enge Begrenzung auf die „Auslegung und Anwendung des Vertrags“ im Sinne des Prinzips der begrenzten Ermächtigung⁷⁰³, wie sie der Wortlaut des Art. 220 Abs. 1 EGV mit dem Passus „im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit“ seit der Fassung des Vertrages von Nizza vorsah, und wie sie jetzt Art. 9f (19) Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV mit dem Passus „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verfassung“ in Verbindung mit Absatz 3 der Vorschrift, wonach der Gerichtshof „nach Maßgabe der Verträge“, wo die Zuständigkeiten geregelt sind, entscheidet, also auf die Klärung der Rechtsfragen beschränkt, welche das primäre und auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht textlich aufwirft, ist wegen des Integrationsprinzips mit dem demokratischen Prinzip und vor allem mit der existentiellen Staatlichkeit der Völker vereinbar, nicht aber die umfassende Jurisdiktionsgewalt einschließlich der (geradezu aufgedrängten) Grundrechteverantwortung⁷⁰⁴. Die Gerichtsbarkeit der Europäischen Union übt mit der gegenwärtigen Macht Aufgaben und Befugnisse existentieller Staatlichkeit aus und ist ein Vorgriff auf den existentiellen Staat Europa. Sie ist insoweit, weil die Union kein existentieller Staat ist, verfassungs- und staatswidrig⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Hinweise in Fn. 594, 741.

⁷⁰⁴ BVerfGE 37, 271 (280 ff.); 73, 339 (347 ff., 383 ff., 387); 89, 155 (174 f.); 102, 147 (164) = BayVBl 2000, S. 755 ff. (mit Anmerkung von A. Emmerich-Fritsche); K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 f.; ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5 II, III.

⁷⁰⁵ K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 126 ff.; ders., Eine Charta der Grundrechte für die Europäische Union, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 52-53/2000, S. 13 ff. (20 f.); vgl. schon ders., Maastricht-Verfassungsbeschwerde M. Brunner, Schriftsatz vom 29. März 1993, in: I. Winkelmann, S. 376 ff.; ders., Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa“, FS W. Nölling, S. 308 ff., 313 ff.

G.

Verteidigungs(Militär)hoheit

I. Verlust existentieller Verteidigungshoheit der Mitgliedstaaten

1. Die gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik integriert der Vertrag von Lissabon in den Bereich der existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union. Sie ist nicht mehr, wie nach dem bisher geltenden Vertrag über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag), Teil des völkerrechtlichen Staatenbundes neben dem Staatenverbund, der seine Regelung vornehmlich im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft gefunden hatte (hat). Wie in eine Staatsverfassung die Verteidigungsverfassung gehört, beispielsweise Art. 115a ff. GG die Verfassung des Verteidigungsfalles, so regelt der Vertrag von Lissabon in Art. 28a (42) bis 28e (46) EUV die gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Art. 10a ff. (21 ff.) EUV. Das allein erweist, daß der Verfassungsvertrag einen Staat, einen Bundesstaat, mit existentieller Staatlichkeit verfaßt. Demgemäß lautet Art. 28a (42) Abs. 1 und Abs. 2 EUV wie folgt:

„1. Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist integraler Bestandteil der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Sie sichert der Union eine auf zivile und militärische Mittel gestützte Operationsfähigkeit. Auf diese kann die Union bei Missionen außerhalb der Union zur Friedenssicherung, Konfliktverhütung und Stärkung der internationalen Sicherheit in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen zurückgreifen. Sie erfüllt diese Aufgaben mit Hilfe der Fähigkeiten, die von den Mitgliedstaaten bereitgestellt werden.

2. Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik umfaßt die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik der Union. Diese führt zu einer gemeinsamen Verteidigung, sobald der Europäische Rat dies einstimmig beschlossen hat. Er empfiehlt in diesem Fall den Mitgliedstaaten, einen Beschluß in

diesem Sinne im Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften zu erlassen.“

Die weiteren Absätze sollen hier nicht im Wortlaut zitiert werden. Sie behandeln den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten und deren Verpflichtungen aufgrund des Nordatlantikvertrages, verpflichten die Mitgliedstaaten der Union, für die Umsetzung der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik zivile und militärische Fähigkeiten als Beitrag zur Verwirklichung der vom Rat festgelegten Ziele zu Verfügung zu stellen, insbesondere ihre militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern und eine Europäische Verteidigungsagentur, insbesondere zur Entwicklung der Verteidigungsfähigkeiten, zu schaffen (Absatz 3 des Art. 28a (42) EUV). Absatz 4 der Vorschrift bestimmt, daß der Rat auf Vorschlag des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik oder auf Initiative eines Mitgliedstaats einstimmig Beschlüsse zur Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, einschließlich der Beschlüsse über die Einleitung einer Mission nach diesem Artikel erlassen kann. Absatz 5 ermöglicht es, eine Gruppe von Mitgliedstaaten mit der Durchführung einer Mission im Rahmen der Union zu beauftragen, die zur Wahrung der Werte der Union und im Dienste ihrer Interessen geschieht. Nach Absatz 6 begründen die Mitgliedstaaten, die anspruchsvollere Kriterien in Bezug auf die militärischen Fähigkeiten erfüllen und die im Hinblick auf Missionen mit höchsten Anforderungen untereinander weitergehende Verpflichtungen eingegangen sind, eine Ständige Strukturierte Zusammenarbeit im Rahmen der Union. Nach Absatz 7 schulden alle Mitgliedstaaten im Falle eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung im Einklang mit Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen. Dies läßt den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten unberührt (UAbs. 1). Die Verpflichtungen und die Zusammenarbeit in diesem Bereich bleiben im Einklang mit den im Rahmen der Nordatlantikvertrags-Organisation eingegangenen Verpflichtungen, die für die ihr angehörenden Staaten weiterhin als Fundament ihrer kollektiven Verteidigung und das Instrument für deren Verwirklichung ist (UAbs. 2). Art 28 b und c EUV regeln näher den Gegenstand und die

Durchführung der Missionen. Art. 28d (45) EUV richtet die Europäische Verteidigungsagentur und Art. 28e (46) EUV die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit ein.

Das Europäische Parlament wird (lediglich) zu den wichtigsten Aspekten und den grundlegenden Weichenstellungen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik von dem Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik regelmäßig gehört und über die Entwicklung der Politiken in diesem Bereich unterrichtet (Art. 21 (36) Abs. 1 S. 1 EUV). Der Hohe Vertreter „achtet darauf, daß die Auffassungen des Europäischen Parlaments gebührend berücksichtigt werden“ (S. 2). „Die Sonderbeauftragten können zur Unterrichtung des Europäischen Parlaments mit herangezogen werden“ (S. 3). Das Parlament kann Anfragen oder Empfehlungen an den Rat und den Hohen Vertreter richten und zwei Mal jährlich führt es eine Aussprache über die Fortschritte bei der Durchführung der genannten Politiken durch (Absatz 2). Diese Beteiligung ist nicht sehr bedeutungsvoll und genügt keinesfalls einem militärpolitischen Parlamentsvorbehalt, wie er sich aus dem demokratischen Prinzip ergibt⁷⁰⁶.

Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die nach Art. 28a (42) Abs. 2 S. 1 EUV „die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik der Union“ umfaßt und nach Satz 2 dieses Absatzes zu einer „gemeinsamen Verteidigung“ führt (vgl. auch Art. 11 (24) Abs. 1 UAbs. 1 EUV), sobald der Europäische Rat dies einstimmig beschlossen hat, schließt mehr und mehr die eigene Verteidigung der Mitgliedstaaten aus. Die gemeinsame Verteidigung bedarf zwar eines Beschlusses der Mitgliedstaaten „in diesem Sinne“. Das aber behält nur den Mitgliedstaaten die eigene Verteidigung vor, die sich nicht in die gemeinsame Verteidigung einbinden lassen. Die Sicherheits- und Verteidigungspolitik des Vertrages von Lissabon ist prozedural und militärisch auf die gemeinsame Verteidigung ausgerichtet (Art 11 (24)

⁷⁰⁶ BVerfGE 90, 286 (381 ff.); 104, 151 (205); BVerfG, Urteil vom 07.05.2008, Akz.: 2 BvE 1/03.

Abs. 1 UAbs. 1 EUV). Die Europäische Verteidigungsagentur arbeitet ausschließlich im Interesse der gemeinsamen Verteidigung der Union, insbesondere führt der bewaffnete Angriff auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu Verpflichtungen der anderen Mitgliedstaaten, zu „aller in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung“, wird also wie ein Angriff auf alle Mitgliedstaaten, die Europäische Union eben, den durch den Vertrag von Lissabon geschaffenen Bundesstaat, verstanden. Wenn auch die Sicherheits- und Verteidigungsverfassung Vorbehalte zugunsten eines besonderen Charakters der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten (Neutralitätspflichten), zugunsten der gemeinsamen Verteidigung in der Nordatlantik-Vertragsorganisation und zugunsten der Mitgliedstaaten, die zusammen multinationale Streitkräfte aufstellen, kennt und akzeptiert, daß die Mitgliedstaaten eigenständige zivile und militärische Fähigkeiten zur Verteidigung haben, so verlagert doch Art. 28a (42) EUV in Verbindung mit Art. 28b bis e (43-46) EUV die Verteidigung wesentlich auf die Europäische Union. Diese Verfassung geht weit über ein Verteidigungsbündnis, wie es der Nordatlantikvertrag begründet⁷⁰⁷, hinaus und konstituiert allemal die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungshoheit der Union, also die existentielle Staatlichkeit einer Verteidigungshoheit und damit die existentielle Staatlichkeit im Bereich der äußeren Sicherheit. Zudem wird durch die Entwicklung der gemeinsamen Verteidigung die eigenständige Verteidigungsfähigkeit der Mitgliedstaaten, die sich daran beteiligen, eingeschränkt, wenn nicht aufgehoben, so daß diese einen wesentlichen Teil der existentiellen Staatlichkeit einbüßen. Demokratierechtlich ist bedenklich, daß die sicherheits- und verteidigungspolitischen Beschlüsse durchgehend wenn nicht vom Europäischen Rat vom Rat (einstimmig) gefaßt werden, daß also das demokratische, besser: republikanische Parlamentsprinzip für die existentielle Sicherheits- und Verteidigungspolitik beiseite geschoben wird. Die mitgliedstaatlichen Parlamente sind bei der Regelung der Sicherheits- und Verteidigungspolitik in Zukunft ausgeschaltet, weil ihnen insgesamt die hinreichende Verhandlungs-, Kompromiß- und Entschei-

⁷⁰⁷ Dazu BVerfGE 90, 286 (350 ff.); 104, 151 (203 ff.).

dungsfähigkeit (miteinander) fehlt. Das ist mit dem demokratischen Prinzip nicht vereinbar.

2. Die Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist fest in die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik eingebettet. Diese aber ist durch Art. 11 (24) EUV vereinheitlicht. Nach Absatz 3 Unterabsatz 1 dieser Vorschrift „unterstützen die Mitgliedstaaten die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik aktiv und vorbehaltlos im Geist der Loyalität und der gegenseitigen Solidarität und achten das Handeln der Union in diesem Bereich“. Sie „arbeiten zusammen, um ihre gegenseitige politische Solidarität zu stärken und weiterzuentwickeln“, und „enthalten sich jeder Handlung, die den Interessen der Union zuwiderläuft oder ihrer Wirksamkeit als kohärente Kraft in den internationalen Beziehungen schaden könnte“ (UAbs. 2). Für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik bestimmt nach Art. 12 (25) EUV die Union die allgemeinen Leitlinien und legen Beschlüsse die von der Union durchzuführenden Aktionen und die von der Union einzunehmenden Standpunkte, sowie die Einzelheiten für deren Durchführung fest. Die Union baut aber auch die systematische Zusammenarbeit bei der Führung ihrer Politik aus. Der Europäische Rat bestimmt nach Art. 13 (26) Abs. 1 EUV die „strategischen Interessen der Union und legt die Ziele und die allgemeinen Leitlinien der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik fest und zwar auch bei Fragen mit verteidigungspolitischen Bezügen“. Diese und die weiteren Regelungen über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik lassen es so gut wie nicht zu, daß ein Mitgliedstaat eine eigene Sicherheits- und Verteidigungspolitik betreibt und die eigenständige Verteidigungsfähigkeit wahrt. Mit der Neutralität Österreichs ist das schlechterdings unvereinbar⁷⁰⁸. Österreich darf trotz Art. 23f B-VG die Definitionshoheit des öffentlichen Interesses nicht an ‚supranationale‘ Instanzen übertragen, die keiner verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegen und für die das Bundes-Verfassungsgesetz keinerlei Geltung hat. Mit dieser Entwicklung wird die auch für Österreich maßgebliche Militärpolitik der gerichtlichen

⁷⁰⁸ I.d.S. H. Mayer, B-VG, Art. 23 f., S. 171 (materielle Derogation des Neutralitätsgesetzes).

Kontrolle, selbst der des Europäischen Gerichtshofs (Art. 240a (275) Abs. 1 AEUV), entzogen⁷⁰⁹.

II. Immerwährende Neutralität

Dem Bundesheer obliegt die militärische Landesverteidigung (Art. 79 Abs. 1 B-VG). Nach Art. 23f B-VG wirkt Österreich an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union aufgrund des Titels V des Vertrages über die Europäische Union nach näherer Regelung dieser Vorschrift mit. Dazu gehören auch „Kampfeinsätze bei der Krisenbewältigung, einschließlich friedensichernder Maßnahmen“ (Abs. 3). Absatz 3 dieser Vorschrift erlaubt den Einsatz des Bundesheeres außer zur Landesverteidigung nur, soweit dies durch Bundes-Verfassungsgesetz geregelt ist. Kampfeinsätze zur Krisenbewältigung gegen andere Völker und Staaten sind gegebenenfalls militärische Angriffe, auch wenn sie als humanitäre Interventionen zu rechtfertigen versucht werden⁷¹⁰.

Der Vertrag von Lissabon regelt im Abschnitt 2 Kapitel 2 des Titels 5 des Vertrages über die Europäische Union über die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die in die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik integriert ist, „Missionen“, also Interventionen auf dem Gebiet anderer Staa-

⁷⁰⁹ Eine begrenzte Zuständigkeit des Gerichtshofs unter den Voraussetzungen des Art. 230 (263) Abs. 4 AEUV für bestimmte Klagen, in Zusammenhang mit der Überwachung der Rechtmäßigkeit von Beschlüssen über restriktive Maßnahmen gegenüber natürlichen oder juristischen Personen, die der Rat auf der Grundlage von Titel V Kapitel 2 (Art. 28a (42)) EUV erlassen hat und für die Kontrolle der Einhaltung von Art. 25b (40) EUV bleibt nach Art. 240a (275) Abs. 2 AEUV bestehen.

⁷¹⁰ Dazu *Ch. Hillgruber*, Humanitäre Intervention, Großmachtpolitik und Völkerrecht, *Der Staat* 40 (2001), S. 165 ff.; *H.-J. Blanke*, Menschenrechte als Interventionstitel, *AVR* 1998, S. 257 (264); *D. Thürer/M. Herdegen*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: „The failed State“, in: *Berichte DGVR* 34 (1996), S. 58 m.N.; *A. Emmerich-Fritsche*, Vom Völkerrecht zum Weltrecht, S. 935 ff..

ten, die auch Kriege gegen andere Staaten sein können. Art. 28b (43) Abs. 1 EUV stellt das klar. Er lautet:

„Die in Artikel 28a Abs. 1 vorgesehenen Missionen, bei deren Durchführung die Union auf zivile und militärische Mittel zurückgreifen kann, umfassen gemeinsame Abrüstungsmaßnahmen, humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, Aufgaben der militärischen Beratung und Unterstützung, Aufgaben der Konfliktverhütung und der Erhaltung des Friedens sowie Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen und Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten. Mit allen diesen Missionen kann zur Bekämpfung des Terrorismus beigetragen werden, unter anderem auch durch die Unterstützung für Drittländer bei der Bekämpfung des Terrorismus in ihrem Hoheitsgebiet.“

Mit dieser Regelung gibt sich die Europäische Union ein begrenztes *ius ad bellum*. Sie umfaßt auch Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich friedensschaffender Maßnahmen, Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten. Das ist eine Umschreibung von Kriegen. Missionen können zur Bekämpfung des Terrorismus durchgeführt werden, auch um Drittländer bei der Bekämpfung des Terrorismus in ihrem Hoheitsgebiet zu unterstützen. Auch das soll nach dem Vertrag von Lissabon Kriege rechtfertigen, jedenfalls militärischen, also kriegerischen Beistand. Terrorismus ist ein schwer definierbarer Begriff⁷¹¹. Mit dem Begriff des Terrorismus in einem Drittland läßt sich der Einmarsch in dieses Drittland und die Besetzung des Drittlandes rechtfertigen. Die gegenwärtige Politik der Vereinigten Staaten von Amerika und die völkerrechtliche Debatte, welche diese Politik auf sich gezogen hat, geben Anschauungsmaterial und Argumentationsgrundlagen. Diese Friedenspolitik genannte Außen- und Sicherheitspolitik hat sich offen von dem Nachkriegsparadigma des Gewaltverbots (Art. 2 Abs. 1 Charta der Vereinten Nationen) gelöst. Weltmächte und Großmächte fühlen sich für den

⁷¹¹ Dazu R. Lillich, *Transnational Terrorism*, 1982, S. XV; ders., *Invoking International Human Rights Law*, U.Cin.L.Rev.54 (1985), S. 367 (401, Fn. 161); A. Wüstenhagen, *Die Vereinten Nationen und der internationale Terrorismus*, in: S. v. Schorlemmer (Hrsg.), *Praxis-Handbuch UNO*, 2003, S. 101 (142 ff.); G. Werle, *Völkerstrafrecht*, 2003, S. 31 f.

äußeren Frieden unter anderen Staat, aber auch für den inneren Frieden in anderen Staaten verantwortlich. Das stellt die Gleichheit und Unabhängigkeit der Staaten, die Grundlage der Charta der Vereinten Nationen ist, in Frage⁷¹². Mit den Artikeln 28a bis e (42-46) EUV schafft der Verfassungsvertrag die rechtlichen Voraussetzungen anstelle der Vereinten Staaten von Amerika als Groß- oder Weltmacht zu agieren. Die militärische Aufrüstung, die in Art. 28a (42) Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 und Art. 28d (45) EUV angelegt ist, zielt auf diese Entwicklung. Durch die Integration in die Europäische Union hat sich der außen- und sicherheitspolitische Status Österreichs entgegen dem Bekenntnis „immerwährender Neutralität“ (Art. 9a Abs. 1 S. 1 B-VG) grundlegend verändert und verändert sich durch den Vertrag von Lissabon weiter. Das ist ein Paradigmenwechsel österreichischer Politik von existentieller Relevanz, welche mit dem Baugesetz immerwährender Neutralität Österreichs unvereinbar ist.

H.

Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union

I. Flexibilitätsklausel

Die Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) Abs. 1 AEUV ermöglicht es der Union, zur Verwirklichung der überaus weit gesteckten Ziele der Verträge durch geeignete Vorschriften des Rates, im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche tätig zu werden, auch wenn die Verträge die dafür erforderlichen Befugnisse nicht vorsieht. Auf dieser Grundlage kann sich die Union so gut wie jede Befugnis verschaffen, ohne daß die Mitgliedstaaten

⁷¹² Dazu Art. 2 Nr. 1 UN-Charta; *G. Leibholz*, Die Gleichheit der Staaten, AVR 10 (1962/63), S. 69 ff.; *Ch. Gorja*, in: K. Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 1999, S. 328 ff.; *A. Bleckmann*, in: B. Simma (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen, 1991, Art. 2 Ziff. 1, Rn. 1 ff.

dem zustimmen müssen. Letztere können lediglich ihre (kläglichen) Einwendungen aus dem Subsidiaritätsprinzip zur Geltung bringen (Abs. 2). Diese Kompetenz-Kompetenz geht deutlich über die bisherige Generalklausel des Art. 308 EGV hinaus, welche auf die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes beschränkt war. Lediglich Harmonisierungsverbote dürfen nicht überspielt werden (Abs. 3) und die Verwirklichung von Zielen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik darf nicht auf diesen Artikel gestützt werden (Abs. 4).

Der Rat muß die Vorschriften einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments erlassen. Der Rat kann sie auch in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren erlassen, wieder auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. Ausschließlich Unionsorgane erlassen somit die Vorschriften, welche die vertraglichen Ermächtigungen, die ohnehin äußerst weit gefaßt sind, weiter ausdehnen und auf neue Politiken erstrecken können, soweit das die Ziele der Union zulassen, folglich grenzenlos. Nur die in den Verträgen festgelegten Politikbereiche bilden eine Grenze. Das sind alle Zuständigkeiten. Art. 308 (352) AEUV ermöglicht der Union Steuerpolitik jeder Art, Sozialpolitik jeder Art, Wirtschaftspolitik jeder Art, Justizpolitik jeder Art, Polizeipolitik jeder Art usw. Die Steuer-, Sozial-, Wirtschafts-, Justiz- und Polizeipolitik (usw.) der Mitgliedstaaten kann auf dieser Grundlage systemisch umgestaltet werden, auch soweit sie nicht schon nach den bisherigen Verträgen einem unionsrechtlichen System folgt. Die Kompetenz-Kompetenz des Art. 308 AEUV ist nicht nur mit dem demokratischen Prinzip nicht zu vereinbaren, zumal sie die Exekutiven ermächtigt. Das Europäische Parlament leistet keine demokratische Legitimation, weil es kein Volk vertritt, aber auch und insbesondere, weil es nicht gleichheitlich gewählt ist⁷¹³. Die Ermächtigung ist deutlicher Ausdruck der existentiellen Staatlichkeit der Union. Der Hinweis in Absatz 2 des Art. 308 (372) AEUV auf das Subsidiaritätsverfahren ist von ge-

⁷¹³ BVerfGE 89, 155 (185 ff.); kritisch auch *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art 1, Rdn 25.

ringer praktischer Bedeutung. Das Baugesetz Demokratie, auch soweit es unabänderlich ist, wird durch diese Ermächtigung mißachtet.

II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung

Der Vertrag von Lissabon hat trotz des deutschen Maastricht-Urteils, das der großen Generalklausel, der Kompetenz-Kompetenz des Art. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 EUV) (zur Rettung des Vertrages) die rechtliche Verbindlichkeit abgesprochen hat⁷¹⁴, in Art. 269 (311) Abs. 1 AEUV eine fast gleichlautende Bestimmung beibehalten, diese allerdings in den Titel II des Fünften Teils, der die Finanzen der Union regelt, gestellt, also auf Mittel zur Finanzierung des Haushaltes der Union begrenzt. Jetzt aber wird ein klar geregeltes Verfahren für die Umsetzung dieser Generalermächtigung eingeführt, nämlich nach Absatz 3 Unterabsatz 1 einen Beschluß des Rates, den dieser einstimmig nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments erläßt, mit dem die Bestimmungen über das System der Eigenmittel der Union festgelegt werden. Dieser Beschluß kann neue Kategorien von Eigenmitteln einführen, aber auch bestehende Kategorien abschaffen. Die neuen Kategorien von Eigenmitteln können auch europäische Steuern sein.

Dieser Beschluß tritt wiederum erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in

⁷¹⁴ BVerfGE 89, 155 (196 f.); dazu grundlegend *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche / Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 751, 753 f.; *K. A. Schachtschneider*, Die Europäische Union und die Verfassung der Deutschen, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 28/93, S. 3, 10; *ders.*, Ermächtigung der Union und der Gemeinschaften, in: *ders.*, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung, § 6, IV, 3; *M. Schweitzer*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1993), S. 48, 55 f.: "gewissermaßen ein Art. 235 EWGV im Großformat"; *ders.*, sowie *K. A. Schachtschneider, H. H. Rupp, G. Ress, Chr. Starck* und *M. Schweitzer*, VVDStRL 53 (1993), S. 97 f., 108, 110, 123, 127, 148 f.

Kraft. Der Beschluß ist kein völkerrechtlicher Vertrag. Ratifikationsverfahren sind auch nicht vorgesehen. Folglich genügt nach der Praxis der auswärtigen Politik (nach der Beteiligung des Nationalrates gemäß Art. 23e B-VG) die Zustimmung der Bundesregierung⁷¹⁵, die demgemäß die Macht erlangt, Österreich mit unregelmäßig finanziellen Lasten, auch Unionssteuern, zu belasten. Das „besondere Gesetzgebungsverfahren“ ist in Art. 249a (289) Abs. 2 AEUV geregelt. Wenn das Europäische Parlament anzuhören ist, entspricht das der dort vorgesehenen Beteiligung desselben. Folglich bedarf die Einführung von neuen Kategorien von Eigenmitteln keinerlei Zustimmung eines Parlaments. Diese Maßnahme ist reiner Exekutivakt. Der Beschluß des Rates gilt nach Art. 249a (289) Abs. 3 AEUV als „Gesetzgebungsakt“. Das ist mit dem demokratischen Prinzip unvereinbar.

Nach Absatz 3 Unterabsatz 2 des Art. 269 (311) AEUV werden Durchführungsmaßnahmen zu dem System der Eigenmittel der Union durch Verordnungen nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren festgelegt, sofern dies in den nach Absatz 3 erlassenen Beschlüssen vorgesehen ist. Die Durchführungsmaßnahmen beschließt der Rat nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. Die nationalen Parlamente sind wiederum nicht einbezogen.

Die Union kann sich also Eigenmittel verschaffen, indem sie ohne jede Beteiligung der nationalen Parlamente, nur aufgrund der Beschlüsse des Rates, die allein von dem Willen der Regierungen abhängen, ein System von Eigenmitteln der Union schafft, das durch Verordnung des Rates, das nicht der Einstimmigkeit, aber der Zustimmung des Europäischen Parlaments bedarf, durchgeführt wird. Diese Bestimmung ermächtigt zur Steuererhebung der Union, ist gänzlich unbestimmt und mit der Steuerhoheit als wesentlichem Teil der existentiellen Staatlichkeit der Völker schlechterdings unvereinbar. Die bereits im Maastricht-Prozeß gescheiterte Regelung des Abs. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 EUV) wird aufrecht erhalten, die formalen Schwächen (Rechtssubjektivität der Europäischen Union, unklare Verfahrensregelungen)

⁷¹⁵ Vgl. für Deutschland BVerfGE 68, 1 (84 ff.); 90, 286 (Ls. 7 a, S. 287, S. 357 ff.).

sind behoben, die entscheidende Schwäche der Verletzung der existentiellen Staatlichkeit (Souveränität) der Mitgliedstaaten jedoch nicht.

Die Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung ist eine Gesamtänderung der Bundesverfassung, die aber wegen Art. 1 B-VG auch durch Abstimmung des ganzen Bundesvolkes nicht eingeführt werden darf.

III. Vereinfachte Änderungsverfahren

1. Art. 48 Abs. 6 EUV

Das „vereinfachte Änderungsverfahren“ nach Art. 48 Abs. 6 EUV schafft ein Ermächtigungsgesetz und ist fraglos eine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Es wäre aber auch demokratie- und verfassungswidrig, wenn es die Zustimmung des ganzen Bundesvolkes nach Art. 44 Abs. 3 B-VG fände. Nach Art. 48 Abs. 6 EUV kann der Europäische Rat durch Europäischen Beschluß einstimmig nach (bloßer) Anhörung des Europäischen Parlaments und der Kommission sowie, bei institutionellen Änderungen im Währungsbereich, der Europäischen Zentralbank auf Initiative der Regierung jedes Mitgliedstaates, des Europäischen Parlaments oder der Kommission „alle oder einen Teil der Bestimmungen des Dritten Teils des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ändern. Dieser Dritte Teil umfaßt alle wichtigen Politiken der Union, nämlich den freien Warenverkehr mit der Zollunion, die Landwirtschaft, die Freizügigkeit, den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr (also den Binnenmarkt und die Grundfreiheiten), den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den Verkehr, die Gemeinsamen Regeln betreffend den Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften, Wirtschafts- und Währungspolitik, Beschäftigung, Gemeinsame Handelspolitik, Zusammenarbeit im Zollwesen, Sozialpolitik, allgemeine und berufliche Bildung und Jugend, Kultur, Gesundheitswesen, Verbraucherschutz, transeuropäische Netze, Industrie, wirtschaftlicher und sozialer Zusammenhalt, Forschung und technologische Entwicklung, Umwelt, Entwicklungszusammenarbeit, wirtschaftliche, finanzielle und technische Zusammenarbeit mit Drittländern.

Der Beschluß tritt zwar nach Unterabs. 2 S. 3 des Art. 48 Abs. 6 EUV „erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft“, aber der Beschluß ist kein Staatsvertrag im Sinne des Art. 50 B-VG, welcher der Zustimmung des Nationalrates und des Bundesrates (Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 4) und der Ratifikation durch den Bundespräsidenten (Art. 65 Abs. 1 B-VG) bedarf. Aufgrund ihrer außenpolitischen Befugnisse kann die Zustimmung von der Bundesregierung oder auch nur von dem zuständigen Bundesminister erteilt werden.

Der Bundeskanzler ist nach Art. 23e Abs. 2 B-VG bei der Abstimmung im Europäischen Rat an die Stellungnahme des Nationalrates, dem nach Absatz 1 dieser Vorschrift Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, gebunden. Aber er darf davon nach S. 2 „aus zwingenden außen- und integrationspolitischen Gründen“ abweichen. Die Integrationspolitik vermag sich somit durchzusetzen. Die genannten Gründe sind eine Frage der Außenpolitik, die regelmäßig als nicht judiziabel gilt⁷¹⁶. Ein Rechtsakt im vereinfachten Änderungsverfahren kann und wird regelmäßig „eine Änderung des geltenden Bundesverfassungsrechts“ bedeuten, so daß nach Absatz 3 des Art. 23e B-VG „eine Abweichung jedenfalls nur zulässig ist, wenn ihr der Nationalrat innerhalb angemessener Frist nicht widerspricht“. Wegen des „jedenfalls“ (ein mehr als unklarer Tatbestand) ist davon auszugehen, daß die Bundesregierung letztlich den integrationspolitischen Zwängen gemäß Absatz 2 S. 2 folgen darf. Dafür spricht auch die Pflicht nach Absatz 4 S. 2, das Abweichen von der Stellungnahme des Nationalrates diesem unverzüglich zu begründen. Folglich ist auch im Falle des Absatz 3 ein Abweichen der Bundesregierung möglich. Die Zuständigkeiten des Nationalrates obliegen nach Absatz 5 im übrigen grundsätzlich dessen Hauptausschuß (oder auch nur einem eigenen ständigen Unterausschuß). Das Bundesvolk wird jedenfalls in die Willensbildung nicht einbezogen. Die Parlamentarier pflegen im parlamentarischen Regierungssystem zu-

⁷¹⁶ I.d.S. T. Öhlinger, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsgesetz, Bd. II, 1. Lieferung 1999, Kommentar, Art. 23e B-VG, Rdn. 12.

mal, wenn große Koalitionen regieren, in ihrer Mehrheit unbesehen der Integrationspolitik der Regierung zu folgen.

Der Beschluß des Europäischen Rates ändert die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union nicht. Bereits der Reformvertrag ermöglicht diese Änderungen oder Ergänzungen, falls dieser insgesamt und insbesondere für Österreich verbindlich wird.

Der Beschluß darf zwar nach Unterabsatz 3 des Art. 48 Abs. 6 EUV „nicht zu einer Ausdehnung der der Union im Rahmen der Verträge übertragenen Zuständigkeiten führen“, aber diese Zuständigkeiten sind in Art. 2b (3) des Vertrages über die Arbeitsweise der Union als ausschließliche Zuständigkeiten und in Art. 2c (4) AEUV als geteilte Zuständigkeiten geregelt. Hinzu kommen die weiteren Zuständigkeiten zur Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik sowie der Sozialpolitik in Art. 2d (5) AEUV und zu Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit, zur Industrie, zur Kultur, zum Tourismus, zur allgemeinen und beruflichen Bildung, zur Jugend und zum Sport, zum Katastrophenschutz und zur Verwaltungszusammenarbeit nach Art. 2e (6) AEUV. Alle Zuständigkeiten sind denkbar weit formuliert. Die Politiken des Dritten Teils des Vertrages von Lissabon sind nicht als Zuständigkeiten bezeichnet. Sie regeln die Grenzen der Ermächtigungen, die folglich ohne Zuständigkeitsänderung erweitert werden können, die Verfahren der Politiken, die ebenfalls ohne Zuständigkeitsänderung verändert werden können, indem etwa Organe in die Verfahren integriert oder Organe aus den Verfahren desintegriert werden, u.a.m. Absatz 6 des Art. 2a (2) AEUV, der für den „Umfang der Zuständigkeiten der Union auf die Einzelheiten ihrer Ausübung“ auf die „Bestimmungen der Verträge zu den einzelnen Bereichen“ verweist, grenzt die Weite der Ermächtigung nicht ein. Zum einen sind die Befugnisse in den verschiedenen Bereichen außerordentlich weit und zum anderen ist in Art. 48 Abs. 6 UAbs. 3 EUV geregelt, daß der Beschluß des Europäischen Rates „nicht zu einer Ausdehnung der der Union im Rahmen der Verträge übertragenen Zuständigkeiten führen“ dürfe, nicht aber zur Ausdehnung des Umfanges der Zuständigkeiten.

Das vereinfachte Änderungsverfahren überträgt die Verfassungshoheit weitestgehend dem Europäischen Rat, den Führern der Union. Nicht einmal das Europäische Parlament muß zustimmen, geschweige denn die nationalen Parlamente. Diese Generalklausel ist ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag von Lissabon erweiterten existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union, welche durch diese Ermächtigung weitestgehende Verfassungshoheit gewinnt, ohne dafür demokratisch legitimiert zu sein, schon gar nicht durch ein Unionsvolk mit originärer Hoheit.

Mit dem Demokratieprinzip ist das „vereinfachte Änderungsverfahren“ schlechterdings unvereinbar. Schon deswegen ist die Einführung dieses Verfahrens eine Gesamtänderung der Bundesverfassung, zu deren Strukturprinzipien (Baugesetze) das demokratische Prinzip gehört. Aber auch diese Gesamtänderung kann nicht einmal das ganze Bundesvolk beschließen, wenn Österreich eine „demokratische Republik“ bleiben will (Art. 1 S. 1 B-VG). Das vereinfachte Änderungsverfahren erleichtert die Totalrevision der internen und weitgehend der externen (insbesondere die Handelspolitik) Politikbereiche der Union und macht diese nicht nur von der Zustimmung der nationalen Parlamente unabhängig, sondern vor allem von der gegebenenfalls vorgeschriebenen Zustimmung der Völker, also Volksabstimmungen, an denen die Verfassungsänderungen allzu leicht scheitern, insbesondere wenn sie die Wirtschafts-, die Währungs- und noch stärker die Sozialpolitik betreffen, aber auch die Polizeipolitik und die Justizpolitik, wie die wesentlich weiterentwickelte Politik des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

Bemerkt sei, daß die geteilte Zuständigkeit nach Art. 2c (4) AEUV für den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt allemal auch die (in der Integrationspolitik für dringlich gehaltene) Angleichung der mitgliedstaatlichen Steuer- und Sozialpolitik umfaßt. Schon jetzt sind steuerliche Vorschriften in Art. 90 (93) AEUV enthalten, welche auf die Verwirklichung und das Funktionieren des Binnenmarktes und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ausgerichtet sind. Zu diesem Zweck ist weitere Steuerpolitik denkbar, vielleicht sogar nützlich. Derzeit beschließt der Rat nach Art. 93 EGV auf Vorschlag der Kommission, aber einstimmig nach Anhörung des

Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses. Das kann Änderungsinteressen mit sich bringen, denen Art. 48 Abs. 6 AEUV ein hilfreiches Verfahren bietet.

Das vereinfachte Änderungsverfahren ist ein Ermächtigungsgesetz für den Europäischen Rat, das es diesem erlaubt, die innere und weitgehend auch die äußere Ordnung der Union und damit die der Mitgliedstaaten umzuwälzen. Nur die Außen- und Sicherheitspolitik ist von diesem Verfahren ausgenommen. Mit der Zustimmung zu dem Vertrag von Lissabon ermächtigt die Republik Österreich die Europäische Union zu jedweder materialen Änderung der Bundesverfassung. An diesen Änderungen wirkt für Österreich, wie dargestellt, maßgeblich nur der Bundeskanzler mit, weil der Europäische Rat einstimmig entscheiden muß. Das vereinfachte Änderungsverfahren ist der Sache nach eine Diktaturverfassung, die kaum noch einen demokratischen Rest aufweist.

Der Maastricht-Vertrag enthielt eine vergleichsweise Regelung nicht. Art. F III, jetzt Art. 6 Abs. 4 EUV, wonach sich „die Union mit den Mitteln ausstattet, die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politiken erforderlich sind“, war nach dem Maastricht-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts nur eine politische Absichtserklärung ohne rechtliche Verbindlichkeit⁷¹⁷. Das österreichische Volk wird durch die Ermächtigung des Art. 48 Abs. 6 EUV entmachtet und verliert seine Verfassungshoheit weitestgehend. Dem kann kein Volk zustimmen, das ein eigenständiger, existentieller Staat bleiben will. Keinesfalls kann der Nationalrat, die Vertreter des Volkes, durch seine Zustimmung zu einem solchen Vertrag das Volk entmachten.

Art. 48 Abs. 6 EUV ermöglicht es dem Europäischen Rat, die nationalen Gesetzgebungsorgane zu überspielen. Wenn eine Politik an den nationalen Parlamenten zu scheitern droht, kann der Europäische Rat den Vertrag über die Arbeitsweise der Union ändern und dadurch die Politik verbindlich machen.

⁷¹⁷ BVerfGE 89, 155 (196 f.).

2. Art. 48 Abs. 7 EUV

Hinzukommt das vereinfachte Änderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 7 EUV (Passerelleverfahren), wonach der Europäische Rat durch einen Beschluß in einem Bereich oder einem bestimmten Fall, in dem der Rat nach dem Verfassungsvertrag einstimmig zu beschließen hat, entscheiden kann, daß die qualifizierte Mehrheit genügt (Unterabsatz 1). Nach Unterabsatz 2 dieser Vorschrift können erforderliche besondere Gesetzgebungsverfahren auch durch das (leichtere) ordentliche Gesetzgebungsverfahren ersetzt werden. Allerdings können die nationalen Parlamente eine Initiative im Sinne des Unterabsatzes 1 und des Unterabsatzes 2 ablehnen (Unterabsatz 3). Die genannten Beschlüsse müssen zudem nicht nur einstimmig ergehen, sondern bedürfen auch der Zustimmung des Europäischen Parlaments mit der Mehrheit seiner Mitglieder (Unterabsatz 4). Das Mehrheitsverfahren ist sicher effizienter als das Konsensverfahren, aber ebenso sicher auch weniger demokratisch, weil der Wille ganzer Völker unbeachtet bleiben kann. Bemerkenswert ist, daß die vereinfachten Änderungsverfahren in dem Entwurf des Verfassungskonvents vom 19./20. Juni 2003 noch nicht enthalten waren.

IV. Unionsbürgerschaft

Die Unionsbürgerschaft baut der Vertrag von Lissabon weiter zu einer Bürgerschaft aus, als hätte die Europäische Union ein Volk. Die Verfassungswidrigkeit der Vertragsentwicklung liegt darin, daß die Bürger der Mitgliedstaaten zu Unionsbürgern stilisiert werden, obwohl der Schritt, der sie zu echten Bürgern eines existentiellen Unionsstaates (als Bundesstaat) werden ließe, die Verfassung der Bürger der Mitgliedstaaten zu einem Unionsvolk des Unionsstaates nämlich, nicht gegangen wird. Dieser Schritt kann nur durch ein Verfassungsreferendum aller Unionsbürger gemacht werden, der aber die Öffnung aller Mitgliedstaaten für den existentiellen Unionsstaat voraussetzt, wiederum durch Referenden, aber Referenden jedes einzelnen Volkes der Mitgliedstaaten. Weil ein solcher existentieller Schritt keinen Erfolg verspricht, wird er nicht gewagt. Darum sind und bleiben die Versuche, die Texte in die

Nähe demokratischer Legitimation einer Unionsbürgerschaft zu rücken, wie insbesondere die Erklärung, das Europäische Parlament setze sich aus „Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern zusammen“ (Art. 9a (14) Abs. 2 S. 1 EUV) und die „Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten“ (Art. 8a (10) Abs. 2 UAbs. 1 EUV) verfassungswidrig, ja staatswidrig. Ihre rechtliche Relevanz scheidet, solange Art. 1 S. 2B-VG besteht, daß nämlich „Das Recht vom Volk ausgeht“⁷¹⁸. Dieser Satz aber steht nicht zur Disposition der Staatsorgane.

Der Gerichtshof hat die Unionsbürgerschaft als unmittelbar anwendbares Recht eingestuft⁷¹⁹. In der Rechtssache *Martinez Sala* hat der Gerichtshof in die Unionsbürgerschaft auch die Gewährung von Erziehungsgeld, welches nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz an eine Aufenthaltserlaubnis anknüpfte, und damit Sozialleistungen einbezogen⁷²⁰. Dem entsprechend hat er in der Rechtssache *Grzelcyk* festgestellt, daß die Inanspruchnahme von Sozialhilfe durch einen Studenten nicht ohne weiteres rechtfertigt, die Aufenthaltserlaubnis zu entziehen⁷²¹. Dieses Ergebnis beruht auf der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Die Unionsbürgerschaft sieht man „durch besondere Offenheit und Dynamik gekennzeichnet“⁷²². Dafür spricht die Evolutivklausel in Art. 22 (25) Abs. 2 AEUV, die es dem Rat ermöglicht, die Unionsbürgerrechte im besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Zustimmung des Europäischen Parlaments zur Ergänzung der in Art. 17b (20) Abs. 2 AEUV aufgeführten Rechte Bestim-

⁷¹⁸ I.d.S. *H. P. Rill/H. Schäffer*, in: dies. (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1*, Rdn. 24, auch Rdn. 4 Fn. 9.

⁷¹⁹ EuGH v. 17.9.2002 - Rs. C-413/99 (*Baumbast u.a./Secretary of State for the Home Department*), Slg. 2002, I-7091, Rdn. 84.

⁷²⁰ EuGH v. 12.05.1998 - Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), Slg. 1998, I-2691 (2726, Rdn. 65).

⁷²¹ EuGH v. 20.09.2001 - Rs. C-184/99 (*Grzelcyk*), Slg. 2001, I-6193 (6245, Rdn. 43).

⁷²² *M. Haag*, in: v. d. Groeben/Schwarze, *EU-/EG-Vertrag, Komm.*, 6. Aufl. 2003, Art. 17 EG, Rdn. 6

mungen zu erlassen (S. 1). Die Bestimmungen treten nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit deren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft (S. 2). Der Genehmigung des Nationalrates und/oder der Zustimmung des Bundesrates bedürfen diese Bestimmungen wiederum nicht, geschweige denn der Abstimmung des gesamten Bundesvolkes. Auch Art. 18 (21) Abs. 2 und Abs. 3 AEUV ermächtigen das Europäische Parlament und den Rat nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Vorschriften zu erlassen, mit denen die Ausübung der Rechte nach Absatz 1 des Art. 18 (21) AEUV erleichtert wird. Nach dieser Vorschrift hat „jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“. „Zu den gleichen wie den in Absatz 1 genannten Zwecken kann der Rat, sofern die Verträge hierfür keine Befugnisse vorsehen, gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen erlassen, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen“ (Abs. 3 S. 1). Der Rat beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments (S. 2). Beide Ermächtigungsvorschriften sehen nicht vor, daß die Parlamente der Mitgliedstaaten in irgendeiner Weise an der Rechtsetzung beteiligt werden. Im Falle der zweiten Vorschrift wird das Europäische Parlament auch nur angehört. Der Entwicklung des Status der Unionsbürger sind nach den aufgeführten Ermächtigungsvorschriften so gut wie keine Grenzen gesetzt. Die Union kann die Bürger mehr und mehr für sich in Anspruch nehmen, gegebenenfalls auch das Wahlrecht in den Ländern und im Bund auf alle Unionsbürger nach gewissem Aufenthalt ausdehnen, wie es für die Kommunalwahlen im Vertrag (Art. 19 (22) Abs. 1 AEUV) geschehen ist. Das verändert mit dem Wahlvolk das Volk des jeweiligen Mitgliedstaates. Vor allem kann die Union ohne jede parlamentarische Zustimmung das Sozialrecht der Unionsbürger gestalten und damit tief in die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten eingreifen. Das kann auch die Minderung der sozialen Schutzstandards mit sich bringen. Mit dem demokratischen Prinzip der Republik ist das unvereinbar.

V. Subsidiarität

Der Vertrag von Lissabon verankert das Subsidiaritätsprinzip in Art. 3b (5) Abs. 1 S. 1, Abs. 3 und 4 als Ausübungsregelung neben dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung (Absatz 1 S. 1 und Absatz 2) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Absatz 1 S. 2 und Absatz 4).

„Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“ (Absatz 3).

Diese Regelung ist unverändert der Kritik des gemeinschafts-/unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips⁷²³ ausgesetzt. Soweit der Bereich ausschließlicher Unionszuständigkeiten betroffen ist, wird die Anwendbarkeit des Prinzips der Subsidiarität bereits durch den Vertrag (Art. 3b (5) Abs. 3 EUV, bislang Art. 5 Abs. 2, 1. Hs. EGV) ausdrücklich ausgeschlossen. Die konkurrierende Kompetenzausübung aufgrund der geteilten Zuständigkeit der Union (Art. 2c (4) AEUV) ist wegen der durch das offene Subsidiaritätsprinzip nicht bestimmten Zuständigkeitsbereiche der Union und der Mitgliedstaaten letztlich der Finalität des Integrationsprozesses verpflichtet⁷²⁴. Für die Notwendigkeit

⁷²³ Aus der Fülle der Veröffentlichungen seien hervorgehoben *H. Lecheler*, Das Subsidiaritätsprinzip: Strukturprinzip einer europäischen Union, 1993; *ders.*, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Festschrift für Werner Thieme, 1993, S. 431 ff.; *C. Stewing*, Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union, 1992; *D. Merten* (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993; *B. Kahl*, Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3 b EG-Vertrag, AöR 118 (1993), S. 414 ff.; *J. Pipkorn*, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit, EuZW 1992, 697 ff.; *H. D. Jarass*, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, 209 ff.; *D. Grimm*, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1/1994, S. 6 ff.

⁷²⁴ Wie hier *D. Grimm*, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV

(„besser zu verwirklichen“) der Angleichung des mitgliedstaatlichen Rechts⁷²⁵ lassen sich „wegen ihres Umfangs und ihrer Wirkungen auf Unionsebene“ stets „Ziele“ der Union aufzeigen, welche die Zuständigkeit der Union rechtfertigen. Der Versuch einer Begrenzung der Unionszuständigkeiten durch das Subsidiaritätsprinzip, wie es Art. 3b (5) Abs. 3 EUV (bislang Art. 5 Abs. 2 EGV) formuliert, ist folglich untauglich und damit zum Scheitern verurteilt⁷²⁶. Die Praxis des Subsidiaritätsprinzips beweist das⁷²⁷. Wichtig ist allemal, wer mit welcher Intention über die Subsidiarität befindet.

Neu ist allerdings, daß die nationalen Parlamente auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips achten können (und sollen, Art. 3b (5) Abs. 3 Unterabs. 2 S. 2 EUV). Das Nähere ist im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit geregelt. Danach leitet die Kommission ihre Entwürfe für Gesetzgebungsakte und ihre geänderten Entwürfe (Vorschläge) den nationalen Parlamenten und dem Unionsge-

1/1994, S. 6, 7 f.; *H. Schäffer*, Europa und die österreichische Bundesstaatlichkeit, DÖV 1994, 181, 188 f.; *H. D. Jarass*, Kompetenzverteilung ..., AöR 121 (1996), 173 (178 ff.).

⁷²⁵ Vgl. *U. Pieper*, Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union, DVBl. 1993, 705; *H. D. Jarass*, EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, EuGRZ 1994, 209 f.

⁷²⁶ Auch für *C. Stewing*, Das Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzverteilungsregel im Europäischen Recht, DVBl. 1992, 1516, 1518, "steht die momentane Zielorientiertheit der gemeinschaftlichen Kompetenzverteilung dem Subsidiaritätsprinzip entgegen". In diesem Sinne ablehnend auch *D. Grimm*, Subsidiarität ist nur ein Wort, FAZ v. 17.9.1992, S. 38; *ders.*, Der Spiegel 43/1992, S. 57, 59; *ders.*, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1/1994, S. 6, 7 f., 11; *W. Möschel*, Politische Union für Europa: Wunschtraum oder Alptraum?, JZ 1992, 877, 882: "juristisch wertlos"; *ders.*, Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht, NJW 1993, 3025, 3027 f.; *H. H. Rupp*, Muß das Volk über den Vertrag von Maastricht entscheiden?, ZRP 1993, 211, 212; *K. A. Schachtschneider / A. Emmerich-Fritsche / Th. C. W. Beyer*, Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz, JZ 1993, 751, 756; *U. Everling*, Reflections on the Structure of the European Union, CMLR 29 (1992), 1053, 1070, 1075; *ders.*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, 936, 940.

⁷²⁷ Vgl. sogar BVerfGE 113, 273 (320 ff.) zum Rahmenbeschluß Europäischer Haftbefehl.

setzgeber gleichzeitig zu (Art. 4 Abs. 1 des Protokolls). Das machen auch die anderen zu Entwürfen von Gesetzgebungsakten berechtigten Organe (Art. 4 Abs. 2 und 3 des Protokolls) und gilt auch für legislative Entschlüsse und Standpunkte des Europäischen Parlaments bzw. des Rates (Art. 4 Abs. 4 des Protokolls). Die Entwürfe werden im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, einschließlich der finanziellen Auswirkungen, begründet (Art. 5 des Protokolls). Die nationalen Parlamente oder die Kammern eines dieser Parlamente (Bundestag und Bundesrat) können binnen (nunmehr) acht Wochen begründet darlegen, daß der Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist (Art. 6 Abs. 1 S. 1 des Protokolls). Diese Stellungnahmen werden berücksichtigt (Art. 7 des Protokolls). Erreicht die Anzahl der begründeten Stellungnahmen, wonach der Entwurf eines Gesetzgebungsaktes nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip in Einklang steht, mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen zwei Stimmen (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 des Protokolls), so muß der Entwurf „überprüft“ werden (Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 des Protokolls). Diese Schwelle beträgt nur ein Viertel der Stimmen, wenn es sich um einen Entwurf eines Gesetzgebungsaktes auf der Grundlage von Art. 61i (70) AEUV betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts handelt (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 des Protokolls). Wenn aber an dem Entwurf festgehalten wird, ist das zu begründen (Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 des Protokolls). Im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gelten nach Absatz 3 des Art. 7 des Protokolls Besonderheiten, nämlich:

„Erreicht die Anzahl begründeter Stellungnahmen, wonach der Vorschlag für einen Gesetzgebungsakt nicht dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, mindestens die einfache Mehrheit der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten nach Absatz 1 Unterabsatz 2 zugewiesenen Stimmen, so muß der Vorschlag überprüft werden. Nach Abschluß diese Überprüfung kann die Kommission beschließen, an dem Vorschlag festzuhalten, ihn zu ändern oder ihn zurückzunehmen“ (S. 2 und 3). „Beschließt die Kommission, an dem Vorschlag festzuhalten, so hat sie in einer begründeten Stellungnahme darzulegen, weshalb der Vorschlag ihres Erachtens mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht. Die begründete Stellungnahme der Kommission wird zusammen mit den begründeten Stellungnahmen der nationalen Parlamente dem Unions-

gesetzgeber vorgelegt, damit dieser sie im Rahmen des Verfahrens berücksichtigt:

a) Vor Abschluss der ersten Lesung prüft der Gesetzgeber (das Europäische Parlament und der Rat), ob der Gesetzgebungsvorschlag mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht; hierbei berücksichtigt er insbesondere die angeführten Begründungen, die von einer Mehrheit der nationalen Parlamente unterstützt werden, sowie die begründete Stellungnahme der Kommission.

b) Ist der Gesetzgeber mit der Mehrheit von 55% der Mitglieder des Rates oder einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Europäischen Parlament der Ansicht, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang steht, wird der Gesetzgebungsvorschlag nicht weiter geprüft“ (Abs. 2).

Dieses Verfahren grenzt an Lächerlichkeit, zumal die Subsidiaritätslage in jedem Land unterschiedlich ist und große Länder wie Deutschland nicht mehr Stimmen haben als kleine wie Malta. Was Deutschland als vergleichsweise Großstaat ohne weiteres bewältigen kann, können Kleinstaaten wie Malta, Luxemburg nicht bewältigen. Es ist nicht ersichtlich, daß die Europäische Union irgendeine Kompetenz für eine Politik hat, die Deutschland oder Österreich allein nicht „ausreichend verwirklichen“ könnte, meist besser, jedenfalls demokratisch weitaus stärker legitimiert. Aber auch umgekehrt haben Kleinstaaten Verhältnisse, welche einer gemeinschaftlichen Politik eher entgegenstehen, als die Verhältnisse von Großstaaten, etwa die Regelung des Bankgeheimnisses.

Der Gerichtshof der Union hat über die Klagen wegen Verstoßes eines Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip zu entscheiden (Art. 8 des Protokolls). Dieser Gerichtshof läßt jedoch wenig Schutz des Subsidiaritätsprinzips erwarten. Das letzte Wort muß wegen der existentiellen Staatlichkeit Österreichs auch in der Subsidiaritätsfrage der Verfassungsgerichtshof haben, der entscheiden muß, wieweit die Hoheitsrechte nach Art. 9 Abs. 2 B-VG auf die Europäische Union übertragen sind⁷²⁸.

⁷²⁸ Ganz so Richter *Prof. Dr. S. Broß* in der Abweichenden Meinung BVerfGE 113, 273 (320 ff.).

Das Subsidiaritätsprinzip ist eine Kompetenzausübungsschranke⁷²⁹. Die Verletzung der Kompetenz durch die Organe der Union hat bisher zur Folge, daß Rechtsakte der Union in den Mitgliedstaaten, auch in Österreich, jedenfalls in Deutschland keine Wirkung entfalten⁷³⁰, weil der Union Hoheitsrechte nur begrenzt übertragen sind. Zu den Grenzen gehört auch die Kompetenzausübungsschranke des Subsidiaritätsprinzips. Materiell kann dieses Verfassungsprinzip an sich durch eine prozedurale Regelung nicht relativiert werden, wenn aber den nationalen Gerichten die Feststellung der Kompetenzwidrigkeit von Rechtsakten der Union wegen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips verwehrt ist, weil kein Verfahrensweg eröffnet ist, kann die Wirkungslosigkeit der Rechtsakte der Union nicht zur Geltung gebracht werden. Für die Praxis macht die prozedurale Unangreifbarkeit keinen Unterschied zur materiellen Rechtmäßigkeit. Diese Rechtslage ist nicht ungewöhnlich. Sie kommt in all den Fällen zum Tragen, in denen die Nichtigkeit oder Rechtswidrigkeit von Staatsakten nicht oder nicht mehr geltend gemacht werden kann. Rechtswidrige Verwaltungsakte, die nicht mehr angefochten werden können, haben beispielsweise Bindungswirkung.

Die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips ist wegen der Verletzung der politischen Freiheit immer eine Verletzung der allgemeinen Freiheit und damit eine Grundrechteverletzung. Unabhängig davon, ob derartiges Unrecht durch Rechtsakte der Union nunmehr letztverbindlich von der Unionsgerichtsbarkeit entschieden wird oder richtigerweise von den nationalen Gerichten letztverbindlich zu entscheiden ist, weil ja die dem Subsidiaritätsprinzip widersprechenden Rechtsakte der Union keine Wirkung in Österreich zu erzielen ver-

⁷²⁹ BVerfGE 89, 155 (189, 193, 210 ff.); *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer Europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (191), S. 72 f.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 106, 134 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 84, 295 f.

⁷³⁰ BVerfGE 89, 155 (187 f., 188 ff., 191 ff.) ; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit Europas, S. 105 f.

mögen, wäre das Rechtsschutzprinzip, ein Baugesetz⁷³¹, verletzt, wenn die Mißachtung des Subsidiaritätsprinzips nicht mehr zur Geltung gebracht werden könnte, weil der Nationalrat und der Bundesrat von der Möglichkeit des Art. 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Die Klagemöglichkeit nach Art. 8 des Protokolls ist gemäß Art. 230 (263) Abs. 5 AEUV auf zwei Monate befristet. Wirksamer Rechtsschutz ist Teil des Rechtsstaatsprinzips als Baugesetz und steht im Rechtsstaat nicht zur politischen Disposition⁷³².

Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Strukturprinzip der Demokratie. Demokratie gibt es nur in kleinen Einheiten (dazu A, II, V). Das Subsidiaritätsprinzip ordnet die Kompetenzen entgegen dem Zentralismus im Sinne des Vorrangs der kleinen Einheiten. Demgemäß ist eine Verletzung des Subsidiaritätsprinzips immer zugleich eine Verletzung des demokratischen Prinzips. Auch die Vertretung des ganzen Volkes ist nur verfassungsgemäß geordnet, wenn die Integrationspolitik das Subsidiaritätsprinzip achtet. Neben dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung folgt somit aus dem grundrechtsgleichen Recht des Art. 26 Abs. 1 B-VG der verfassungsbeschwerdefähige Grundsatz der Subsidiarität der Unionskompetenzen. Außerdem ist das Subsidiaritätsprinzip durch die allgemeine Freiheit grundrechtlich geschützt. Allemal die Kompetenz-Kompetenzen, die zu H, I bis IV aufgeführt sind, mißachten neben dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung auch das Subsidiaritätsprinzip. Richtigerweise muß das Subsidiaritätsprinzip durch die primärrechtlichen Vertragstexte materialisiert werden. Bereits die Übertragung der Hoheitsrechte nach Art. 9

⁷³¹ H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 29, 33.

⁷³² R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, Rdn. 167, S. 91 ff.; H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 44, Rdn. 29, 33; H. Mayer, B-VG, Art. 6 MRK, C, S. 603; BVerfGE 37, 150 (153); 41, 23 (26); 54, 39 (41); 60, 253 (256); 69, 381 (385); 84, 34 (49); 88, 118 (123 ff.); K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 138 ff.

Abs. 2 B-VG muß dem Grundsatz der Subsidiarität genügen, auch deswegen, weil nur das primäre Unionsrecht der verfassungsrechtlichen Prüfung des Verfassungsgerichtshofs in letzter Verantwortung nicht entzogen werden kann. Das sekundäre Unionsrecht wird wegen des praktizierten Vorrangs des Unionsrechts vor dem nationalen Recht letztverantwortlich von den Unionsgerichten daraufhin überprüft, ob es dem primären Gemeinschaftsrecht entspricht, insbesondere den Grundrechten und nunmehr auch dem Subsidiaritätsprinzip. Das ist der verfassungswidrige Zweck des Art. 3b (5) Abs. 3 EUV, des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

J.

Zunehmende Demokratiedefizite in der Europäischen Union

I. Durch den Vertrag von Lissabon wird die politische Willensbildung der Europäischen Union weiter entdemokratisiert⁷³³. Das Europäische Parlament ist nicht demokratisch legitimiert, weil dessen Wahl nicht gleichheitlich (egalitär) ist. Vor allem vertritt das Parlament kein Volk, weil es ein Volk der Unionsbürger nicht gibt. Diese „Versammlung“ (so noch Art. 137 EWGV) „der Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (Art. 189 Abs. 1 EGV, im Vertrag von Lissabon aufgehoben, Nr. 178) ist kein eigentliches Parlament. Wäre es ein Parlament, wäre das Grundprinzip der freiheitlichen Demokratie, der Republik, die Gleichheit in der

⁷³³ Zum Demokratiedefizit der Europäischen Union K. A. Schachtschneider, *Demokratiedefizite in der Europäischen Union*, in: W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty (Hrsg.), *Währungsunion und Weltwirtschaft, Festschrift für Wilhelm Hankel*, 1999, S. 119 ff.; *ders.*, *Quo Vadis Europa? – Ad finem Democratiae!*, in: W. Lachmann/R. Haupt/K. Farmer (Hrsg.), *Zur Zukunft Europas, Marktwirtschaft und Ethik*, Bd. 12, 2007 S. 16 ff.; vgl. zum Prinzip der kleinen Einheit *ders.*, *Die Republik der Völker Europas*, ARSP Beiheft 71 (1997), S. 173; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 45, 57 f., 90 f., 229; wegweisend *Rousseau*, *Vom Gesellschaftsvertrag*, III, 4 (S. 77), III, 15 (S. 103, 105).

Freiheit⁷³⁴, kraß verletzt, so daß alle Rechtsakte dieses Parlaments nichtig wären. Das Europäische Parlament hat bislang aber keine eigenständige Gesetzgebungsbefugnis, die das Wesen eines Parlaments als Gesetzgebungsorgan eines Volkes ausmachen, und wird eine solche trotz des größeren Einflusses im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Art. 9a (14) Abs. 1 und Art. 9c (16) Abs. 1 EUV, Art. 249a (289) Abs. 1 und Art. 251 (294) AEUV) durch den Vertrag von Lissabon nicht bekommen. Das Europäische Parlament ist an den Rechtsetzungsverfahren mit Rechten zur Anhörung und zur Stellungnahme beteiligt, bis hin zum Recht, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren den Standpunkt des Rates (nach Vorschlag der Kommission) mit der Mehrheit seiner Mitglieder (Art. 251 (294) Abs. 7 lit. b AEUV) oder im Vermittlungsverfahren sogar den gemeinsamen Entwurf des Vermittlungsausschusses mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. 251 (294) Abs. 13 AEUV) abzulehnen. Die wesentlichen Rechtsetzungsorgane in der Europäischen Union sind wie in der bisherigen Europäischen Gemeinschaft (Art. 251, 252 EGV)⁷³⁵ die Kommission und der Rat (Art. 251 (294) AEUV), beides Exekutivorgane. Daran ändern die plakativen, parlamentarische Demokratie vortäuschenden Formulierungen in Art. 9a (14) Abs. 1 und Art. 9c (16) Abs. 1 EUV nichts, wonach das „Europäische Parlament gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber“ und umgekehrt tätig wird. Zwar ist der Einfluß des Europäischen Parlaments gestärkt, aber das ist auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren begrenzt, das nur in bestimmten Politikbereichen maßgeblich ist. In existentiellen Politikbereichen, wie insbesondere der Bestimmung der Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten nach Art. 99 (121) Abs. 2 ff. AEUV und im Haushaltsdisziplinierungsverfahren nach Art. 104 (126) AEUV wird das Parlament lediglich von Maßnahmen oder Beschlüssen unterrichtet. In die

⁷³⁴ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 4 f., 275 ff., 325 ff., 410 ff., 422 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 67 ff., 83 ff., 281 ff., 405 ff., 440 ff.; *ders.*, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 28 ff., insb. S. 35 ff.

⁷³⁵ Vgl. K. A. Schachtschneider, *Das Europäische Parlament, Der Rat, Die Kommission*, in: *ders.*, *Verfassungsrecht der Europäischen Union, Teil 1, Organisationsverfassung*, § 7, II, 2, § 8, III, § 9, II.

Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik ist es so gut wie nicht eingebunden; es wird zu den „wichtigsten Aspekten und den grundlegenden Weichenstellungen,, „regelmäßig gehört“ und „über die Entwicklung der Politik in diesen Bereichen unterrichtet“ (Art. 21 (36) Abs. 1 AEUV). Der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik „achtet darauf, daß die Auffassungen des Europäischen Parlaments gebührend berücksichtigt werden“. Nach Absatz 2 kann das Europäische Parlament „Anfragen oder Empfehlungen an den Rat und den Hohen Vertreter der Union richten“. Zweimal jährlich führt es eine Aussprache über die Fortschritte dieser Politik (dazu auch G).

Das Europäische Parlament „stützt“ die demokratische Legitimation der Rechtsakte der Gemeinschaft, hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil⁷³⁶ ausgesprochen, mehr nicht. Das ändert der Vertrag von Lissabon trotz sprachlicher Aufwertung des Europäischen Parlaments zum Gesetzgeber (gemeinsam mit dem Rat, Art. 9a (14) Abs. 1, Art. 9c (16) Abs. 1 EUV) in der Sache nicht, jedenfalls nicht wesentlich. Das für das Parlament konstitutive (für die allgemeine Freiheit unverzichtbare) Prinzip, die Repräsentation des Volkes als Volksvertretung, erfüllt das Europäische Parlament keinesfalls.

Nach Art. 8a (10) Abs. 2 EUV sind die „Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten“, das Art. 9a (14) Abs. 1 EUV „gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber“ bezeichnet. Zudem erklärt Art. 9a (14) Abs. 2 S. 1 EUV: „Das Europäische Parlament setzt sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen.“ Das Parlament soll somit nicht mehr Versammlung der Vertreter der Völker sein, sondern Gesetzgebungsorgan der Bürger der Europäischen Union, der Unionsbürgerschaft, welche dadurch gewissermaßen (freilich gegen alle staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Prinzipien) als Unionsvolk konstituiert wird. Damit soll dem Europäischen Parlament und dessen Gesetzgebungsakten eine unmittelbare demokratische Legitimationskraft zugesprochen wer-

⁷³⁶ BVerfGE 89, 155 (184, 186).

den. Das wirft unüberwindliche demokratierechtliche Verfassungsprobleme auf, solange der demokratische Fundamentalsatz des Art. 1 S. 2 B-VG: „Ihr Recht geht vom Volk aus“, geachtet wird. Das Volk in diesem Satz ist das Volk der Österreicher⁷³⁷; denn das Volk ist staatsrechtlich die Bürgerschaft eines existentiellen Staates, wie es Österreich (noch) ist⁷³⁸. Weil dieser, im übrigen menschheitliche, Grundsatz unabänderlich ist, bedarf es der Staatsgründung eines neuen existentiellen Staates, also der Europäischen Union als eines existentiellen Staates, der dann keinesfalls Staatenverbund mehr ist, sondern ein existentieller Bundesstaat, um durch die Konstituierung eines neuen Staatsvolkes, des Unionsvolkes, dem fundamentalen Prinzip der Demokratie die Geltung und auch die Wirkung zurückzugeben. Ohne Volksentscheid in einem Verfahren, das noch gar nicht erörtert, geschweige denn geklärt ist, der die existentielle Staatlichkeit des existentiellen Staates zugunsten eines europäischen Bundesstaates als existentielltem Staat (wie das in Österreich der Bund, aber auch die Länder sind⁷³⁹) einschränkt, wenn auch nicht gänzlich aufhebt, ist eine so verordnete (existentielle) Staatswerdung der Europäischen Union mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, zumal damit neben dem jeweiligen Volk des Mitgliedstaates, also der Österreicher, ein neues Volk im existentiellen Sinne, das Unionsvolk, geschaffen wird. Solange jedenfalls in Österreich das Recht vom österreichischen Volk ausgeht, kann es rechtens in Österreich keine Gesetzgebung geben, welche ihre Legitimation, genauer: ih-

⁷³⁷ H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 24; für Deutschland BVerfGE 83, 37 (50 ff.); 83, 60 71 f.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (184 ff., 186).

⁷³⁸ Für Deutschland K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 16 f.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 58 f.; ders., Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 162; ders., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 ff.; ders., Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa“, FS W. Nölling, S. 269 ff.; dazu oben A, I.

⁷³⁹ H. P. Rill/H. Schäffer, in: dies. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht, B-VG, Art. 1, Rdn. 24 f.; für Deutschland K. A. Schachtschneider, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa“, FS W. Nölling, 2003, S. 289 ff.; dazu oben A, II.

re Verbindlichkeit⁷⁴⁰, nicht vom österreichischen Volk, sondern von einem europäischen Unionsvolk herleitet. Das hat das deutsche Bundesverfassungsgericht zu der Dogmatik von der „begrenzten Einzelermächtigung“ gezwungen⁷⁴¹, die zumindest fingieren kann, daß die Rechtsakte der Union durch die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert seien, weil diese die Politik der Union verantworten können würden, die im Wesentlichen in den Unionsverträgen, denen die nationalen Parlamente zugestimmt hätten, vereinbart wäre. Einen meßbaren Einfluß haben die Abgeordneten der nationalen Parlamente nicht, weil die Materie der Verträge völkervertraglich festgelegt ist und die nationale Regierung sich bereits gebunden hat. Das Europäische Parlament mag sich aus „Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern zusammensetzen“ (Art. 9a (14) Abs. 2 S. 1 EUV) und die „Bürgerinnen und Bürger“ mögen „auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten“ sein (Art. 8a (10) Abs. 2 EUV, diese Formulierungen schaffen das Unionsvolk nicht, das diesem Parlament demokratische Legitimation verschaffen könnte und den Formulierungen die staatsrechtliche Substanz geben könnten, welche dieses Organ zu einem Parlament macht, das demokratierechtlich den Namen verdient. Diese Formulierungen sind und bleiben Etikettenschwindel.

Unmittelbar durch die Unionsbürgerschaft legitimierte Gesetzgebung beeinträchtigt rechtlich den Status der Bürger, weil diese, soweit das Europäische Parlament als deren unmittelbare Vertretung an der Gesetzgebung der Union mitwirkt, nicht mehr durch die nationalen Parlamente vertreten sind, obwohl

⁷⁴⁰ K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 637 ff., insb. S. 707 ff.

⁷⁴¹ BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); P. Kirchhof, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 47 (sachbereichsbezogen, keine "Querschnittskompetenz", gegen Finalität der Kompetenzbegriffe Rdn. 49); ders., *Europäische Einigung und Verfassungsstaat*, S. 89; E. Klein, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50 (1991), S. 61 ff.; K. A. Schachtschneider, *Die Europäische Union und die Verfassung der Deutschen*, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 28/93, S. 6; ders., *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 96; ders./A. Emmerich-Fritsche/Th. C. W. Beyer, *Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgesetz*, JZ 1993, 751 f.; ders., *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 71 ff.

sie darauf, in Österreich gestützt auf das grundrechtsgleiche Recht des Art. 26 Abs. 1 B-VG, einen Verfassungsanspruch haben; denn „ihr Recht geht vom Volk aus“, also auch die Staatsgewalt, die auf Grund der übertragenen Hoheitsrechte von den Unionsorganen gemeinschaftlich ausgeübt wird⁷⁴². Die unmittelbare Vertretung der Bürger im Europäischen Parlament schließt die zusätzliche Vertretung der Bürger der Mitgliedstaaten in deren nationalen Parlamenten auch in Angelegenheiten der Union zwar nicht gänzlich aus (vgl. Art. 23c ff. B-VG), ist aber widersprüchlich, weil die Rechtsakte, die als Akte der Staatsgewalt Akte eines Organs des Volkes, also Akte eines nationalen, wenn auch gemeinschaftlichen, Organs⁷⁴³, sein müssen, nunmehr Akte eines unmittelbar die Unionsbürger, also ein (vermeintliches) Unionsvolk, vertretenden Unionsorgans sind. Subjekt des politischen Willens, das die Verbindlichkeit der Rechtsakte begründet, kann aber nur ein bestimmtes Volk sein, nicht zwei verschiedene Völker, das jeweils nationale Volk zum einen und das Unionsvolk zum anderen, weil die Willen der beiden Willensträger/Völker unterschiedlich sein können. Welcher Wille soll maßgeblich sein, wenn beide Willensträger nicht abgeleitete Willensmacht haben, nämlich Völker oder eben Bürgerschaften sind? Dieser essentielle legitimatorische Widerspruch wird durch das Mehrheitsprinzip nicht aufgehoben, weil nicht die Mehrheit den Willen bildet, sondern das Vertretungsorgan⁷⁴⁴ nach der

⁷⁴² Vgl. BVerfGE 89, 155 (188 f.); K. A. Schachtschneider, Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz vom 7. Februar 1992 zum Vertrag über die Europäische Union vom 18. Dezember 1993 (Maastricht-Verfassungsbeschwerde), in: I. Winkelmann (Hrsg.), Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, 1994, S. 115 ff., 129 ff., 142 ff.; ders., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 97 ff.; ders., Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 163 ff.; ders., Deutschland nach dem „Konventsentwurf einer Verfassung für Europa“, FS W. Nölling, S. 297 ff.; ders., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 74 ff.; ders., Quo Vadis Europa? – Ad finem Democratiae! S. 23 ff.

⁷⁴³ Dazu K. A. Schachtschneider, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.

⁷⁴⁴ So BVerfGE 80, 188 (217, 221); 84, 304 (321); 90, 286 (342 f.); auch BVerfGE 44, 308 (316); K. A. Schachtschneider, Res publica res populi, S. 714 ff.

Mehrheitsregel⁷⁴⁵, also das nationale Parlament, etwa der Deutsche Bundestag, zum einen und zum anderen das Europäische Parlament. Allein die Dogmatik der begrenzten Ermächtigung der gemeinschaftlichen Rechtsetzungsorgane, welche die nationale Verantwortbarkeit der Gemeinschaftspolitik mit der Bestimmtheit der die Hoheitsrechte übertragenden Gemeinschaftsverträge begründet hat, hat die wesentliche Legitimation des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Parlamente und damit durch die Völker der Mitgliedstaaten zu dogmatisieren vermocht und damit den Widerspruch vermieden; denn dem Europäischen Parlament wurde nur eine die demokratische Legitimation „stützende“ Funktion zugemessen⁷⁴⁶. Die Gesetzgebungsbefugnis des Europäischen Parlaments (gemeinsam mit dem Rat) nach Art. 9a (14) Abs. 1 und Art. 9c (16) Abs. 1 EUV macht das Parlament zu dem verantwortlichen und entscheidenden Verfassungsorgan der Unionsbürger als eines Unionsvolkes im Bereich der gesetzgeberischen Befugnisse des Parlaments. Mit Art. 1 B-VG ist das schlechterdings unvereinbar, weil die Gesetze nicht der Wille des österreichischen Volkes sind⁷⁴⁷, sondern (bestenfalls) Wille der Unionsbürger, abgesehen von dem exekutivistischen Einfluß der Kommission und des Rates und damit, wenn der österreichische Ratsvertreter, den Rechtsakt ablehnt, ausschließlich von fremdem Willen; denn eine Zustimmung der österreichischen Vertreter im Europäischen Parlament ist keine Vertretung des Volkes der Österreicher, sondern gehört zur Vertretung der Unionsbürger. Die Stimmen der österreichischen Abgeordneten im Europäischen Parlament werden auch eigens gar nicht gezählt. Allenfalls übereinstimmende Beschlüsse der nationa-

⁷⁴⁵ Zum Unterschied von Mehrheitsprinzip und Mehrheitsregel *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 106 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, S. 150 ff.

⁷⁴⁶ BVerfGE 89,155 (185 ff); vgl. zur Bestimmtheit des Gründungsvertragswerkes schon BVerfGE 58, 1 (37); 68, 1 (98 f.); dazu *K. A. Schachtschneider*, *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 111 ff., (113, 117); kritisch *H.-P. Ipsen*, *Die Bundesrepublik Deutschland in den Europäischen Gemeinschaften*, HStR, Bd. VII, § 181, Rdn. 91.

⁷⁴⁷ Zur Vertretungsdogmatik bei der Gesetzgebung allgemein *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*, S. 637 ff. insb. 707 ff.

len Parlamente und des Europäischen Parlaments könnten über das Legitimationsproblem hinweghelfen, weil kein Willenswiderspruch bestünde.

Die demokratierechtlich widersprüchliche Konzeption wäre tolerierbar, wenn die im wesentlichen exekutive Unionsrechtsetzung sich in engen Grenzen, gemäß einem wirklichen Prinzip der begrenzten Ermächtigung⁷⁴⁸, hielte und darum durch den Vertrag von Lissabon demokratisch legitimiert wäre, durch Ermächtigungsgesetze, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein müssen, derart, daß Gegenstand, Programm und Tendenz der Rechtssetzungsakte schon aus der jeweiligen Ermächtigung erkennbar werden⁷⁴⁹. Die Unionspolitik ist aber in der Sache umwälzende Integrationspolitik, zumal die als Rechtsprechung konzipierte (funktionale) Rechtsetzung des Europäischen Gerichtshofs⁷⁵⁰. Die Ermächtigungen schon in den Unions- und Gemeinschaftsverträgen und erst recht im Vertrag von Lissabon⁷⁵¹, die Übertragung der Hoheitsrechte (Art. 9 Abs. 2 B-VG), welche die Zustimmung der nationalen Gesetzgeber gefunden haben, sind weit und offen. Sie lassen allenfalls den Gegenstand, nicht aber Programm und Tendenz der Rechtsetzung der Union erkennen, so daß deren Politik durch die nationalen Parlamente (Gesetzgeber) „verantwortbar“ sein könnte, wie dies das demokratische Prinzip gebietet⁷⁵².

Diese demokratisch unabdingbare Dogmatik des Prinzips der „begrenzten Einzelermächtigung“ steht auch nur im deutschen und österreichischen Ver-

⁷⁴⁸ BVerfGE 89, 155 (181 ff., 191 ff.).

⁷⁴⁹ Vgl. für Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen in Deutschland BVerfGE 1, 14 (60); 5, 71 (77); 8, 274 (307 ff.); 41, 251 (266); 56, 1 (12); 58, 257 (277); 62, 203 (210); 85, 97 (105); auch BVerwGE 80, 1 (20); 89, 121 (131); K. A. *Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 193 ff., 275 f.

⁷⁵⁰ Dazu näher F.

⁷⁵¹ Dazu näher B, C.

⁷⁵² BVerfGE 89, 155 (185 ff., 191 ff.); K. A. *Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.; *ders.*, Quo Vadis Europa? – Ad finem Democratiae! S. 21 ff.

tragstext (Art. 3b (5) Abs. 1 und 2 EUV), wohl mit Rücksicht auf das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Im britischen Vertragstext steht „principle of conferral“, im französischen „le principe d’attribution“, im italienischen „principio di attribuzione“, im spanischen „principio de atribución“. Das spricht lediglich aus, daß die Union keine originären Kompetenzen hat, sondern nur übertragene (verliehene, zugeteilte) Kompetenzen. Der entscheidende demokratierechtliche Aspekt der Begrenztheit der Ermächtigungen, deren Bestimmtheit und damit die Voraussehbarkeit und Verantwortbarkeit der Unionspolitik für die nationalen Parlamente kommt in diesen nicht minder verbindlichen Formulierungen des Vertrages als es der deutsche Text ist, nicht zum Ausdruck. Allemal sind die britischen, französischen, italienischen und spanischen Formulierungen ehrlicher; denn der Vertrag überträgt die Hoheitsrechte weit und offen, nicht aber begrenzt, bestimmt und verantwortbar. Daß der „Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung“ in Art. 3b (5) EUV auch nicht mehr benennen soll, als das Prinzip der originären, sondern derivativen Hoheitsgewalt der Union, erweist auch Absatz 2 des Art. 3b (5) EUV, der den Grundsatz dahin definiert, daß „die Union innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig“ wird, „die die Mitgliedstaaten ihr in der Verfassung zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“. Diese Definition, die dem britischen, französischen, italienischen und spanischen Text entspricht, läßt von demokratierechtlicher Bestimmtheit und damit von den nationalen Parlamenten voraussehbarer und verantwortbarer Unionspolitik nichts übrig, wie das auch der Praxis entspricht. Der Vertrag von Lissabon ist unverbesserlich demokratiewidrig.

II. Der Gerichtshof der Europäischen Union trägt die wesentliche Grundrechteverantwortung. Er hat, orientiert an der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aber auch an den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ (vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV a.F.), eine gemeinschaftliche Grundrechteverantwortung „als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ in Anspruch genommen und Rechtsgrundsätze entwickelt, die keine textliche Grundlage hatten. Die Gesetzesord-

nung ist in hohem Maße vergemeinschaftet, aber über die Vereinbarkeit der europäischen Rechtsakte (Richtlinien und Verordnungen) mit den Grundrechten hat der Gerichtshof der Union zu entscheiden, soweit nicht der Grundrechtstandard, der Wesensgehalt der Grundrechte, allgemein mißachtet wird⁷⁵³. Die richterliche Verantwortung für die Rechtsgrundsätze hat damit dieser übernommen. Es kann in einem Staatenverbund, in dem die Gemeinschaftsorgane in die staatliche Organisation der Mitgliedstaaten integriert sind, nicht zweifache Maßstäbe des Rechts geben. Nichts anderes gilt, wenn die Union als echter Bundesstaat ohne eigenes Bundesvolk begriffen wird, wie das der Integrationslage entspricht (dazu A, III, V). Die Rechtsgrundsätze, die mit den Grundrechten verbunden werden, erheischen ein einheitliches Verständnis. Der Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten, die erst der Gerichtshof kreiert hat⁷⁵⁴, in Verbindung mit den aus den Grundfreiheiten als ebenfalls vom Gerichtshof kreierten subjektiven Rechten⁷⁵⁵ folgenden weiten Möglichkeiten, Harmonisierungsinteressen im Klagewege durchzusetzen, hat dem Gerichtshof der Union eine außerordentliche Macht verschafft, die nicht demokratisch legitimiert ist (dazu F, VI). Die Vorabentscheidungsbefugnis des Gerichtshofs aus Art. 234 (267) EGV/AEUV, Art. 9f (19) Abs. 3 lit. b EUV⁷⁵⁶ hatte (und hat) dem Gerichtshof zusätzlich eine große politische Macht gegeben, die ihn zum mächtigsten Akteur der europäischen Integration hat werden lassen. Diese Befugnis(Macht)erweiterung des Gerichtshofs (eine Usurpation), der eigentliche

⁷⁵³ BVerfGE 89, 155 (174 f.); 102, 147 (160 ff.).

⁷⁵⁴ EuGH v. 05.02.1963 – Rs. 26/62 (Van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung), Slg. 1963, 1 (24 f.); dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5, II, III; dazu F, I.

⁷⁵⁵ Grundlegend EuGH v. 5.2.1963 - Rs. 26/62 (van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung), Slg. 1963, 1 (25 f., Rdn. 7 ff.); EuGH v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1273).

⁷⁵⁶ Dazu K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, in: K. A. Schachtschneider, Verfassungsrecht der Europäischen Union, Organisationsverfassung, § 11, II, 1.

Wechsel der Europäischen Gemeinschaft von einem völkerrechtlichen Staatenbund zum staatsrechtlichen Bundesstaat, haben die Mitgliedstaaten bei der Vertragsentwicklung zugrundegelegt und folglich stillschweigend in die Verträge aufgenommen, also akzeptiert. Seit dem Vertrag von Amsterdam 1997 folgt die Befugnis des Gerichtshofs zur Grundrechtejudikatur aus Art. 46 lit. d EUV i.V. mit Art. 6 Abs. 2 EUV. Der Vertrag von Lissabon macht in Art. 6 EUV die Charta der Grundrechte mit dem gleichen Rang wie die Verträge rechtlich verbindlich. Es hat die Integration erleichtert und gefördert, daß der Gerichtshof sie ohne Verträge und damit an den Völkern und den Volksvertretern vorbei, insbesondere ohne Kontrolle einer (demokratischen) Öffentlichkeit⁷⁵⁷, vorangetrieben hat. Die Entwicklung war demokratiewidrig, die Fortsetzung dieser Verhältnisse ist demokratiewidrig.

III. Die Kommission übt zentralistisch und bürokratisch große Macht in der Europäischen Union aus. Ihre demokratische Legitimation und die demokratische Kontrolle sind unzureichend, obwohl die Kommission des Vertrauens des Europäischen Parlaments bedarf (Art. 9d (17) Abs. 7 EUV, bislang Art. 214 Abs. 2 EGV) und obwohl dieses Parlament die Kommission durch Mißtrauensvotum stürzen kann (Art. 9d (17) Abs. 7 EUV in Verb. mit Art. 201 (234) AEUV, bislang Art. 201 EGV). Die Kommissare werden gemäß Art. 9d (17) Abs. 5 UAbs. 2 EUV in Verb. Mit Art. 211 (244) AEUV „in einem System strikt gleichberechtigter Rotation zwischen den Mitgliedstaaten so ausgewählt, dass das demografische und geografische Spektrum der Gesamtheit der Mitgliedstaaten zum Ausdruck kommt“. Kleine Mitgliedstaaten werden in

⁷⁵⁷ Zur demokratischen Öffentlichkeit (Publizitätsprinzip) *Kant*, Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 244 ff.; *K. Jaspers*, Wohin treibt die Bundesrepublik?, Tatsachen, Gefahren, Chancen, 1966, 10. Aufl. 1988, S. 194 f.; *O. Höffe*, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, S. 320 ff.; *J. Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1962, 9. Aufl. 1978, S. 127 ff.; *ders.*, Faktizität und Geltung, S. 435 ff., 532 ff. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 584 ff., 602 ff., 1073 f., 1141 ff.

gleicher Weise berücksichtigt wie große, insbesondere wie der größte, nämlich Deutschland. Eine tragfähige demokratische Legitimation durch die großen Völker ist in diesem Besetzungsverfahren nicht mehr zu erkennen. Sie dürfte auch nicht bezweckt sein. Kommissare sind eine Art Europaminister und haben keine hinreichende Legitimation durch demokratische Wahl. Wegen der substantiellen Demokratiedefizite der europäischen Integration haben die Interessen der Völker und Bürger wenig Rückhalt in den Brüsseler Ämtern. Die Wirkung des demokratischen Defizits ist augenscheinlich. Die stetig propagierte Bürgernähe (Art. 1 Abs. 2 EUV; Art. 8a (10) Abs. 3 S. 2 EUV), die bereits als Begriff die demokratiewidrige Ferne des obrigkeitlichen Apparats zu den Menschen einräumt, kann im Großstaat Europa nicht hergestellt werden, schon gar nicht durch integrationistische Propaganda. Nach Art. 8 (9) EUV soll den „Bürgerinnen und Bürgern“ „ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteil“ werden; das dürfte sich als die neue Formel einer weitentwickelten Bürokratisierung, des vormundschaftlichen Staates, erweisen. Das Grundgesetz verlangt aber für alles Regierungshandeln ständige parlamentarische Kontrolle (Parlamentarisches Regierungssystem⁷⁵⁸).

IV. Nach Art. 9c (16) Abs. 1 EUV wird der Rat gemeinsam mit dem Europäischen Parlament als Gesetzgeber tätig. Die „Rechtsakte“ sind: „Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen“ (Art. 249 (288) AEUV). Der Rat nimmt allerdings nur die Rechtsakte wirklich zur Kenntnis, die in der Bürokratie genauer: im CoRePer, dem „kleinen Ministerrat“, d.h. im Ausschuß der Ständigen Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten (Art. 9c (16) Abs. 7 EUV, Art. 207 (240) Abs. 1 AEUV), nicht

⁷⁵⁸ BVerfGE 11, 77 (85); 26, 338 (395 f.); 45, 1 (46); dazu *K. Stern*, Staatsrecht II, S. 677 ff.; *P. Badura*, Die parlamentarische Demokratie, HStR, Bd. I, 1987, § 23, Rdn. 10 ff.; *H. H. Klein*, Aufgaben des Bundestages, HStR, Bd. II, 1987, § 40, Rdn. 30 ff.; *M. Schröder*, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Bundesregierung, HStR, Bd. II, § 51, Rdn. 49 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 176 ff.

einverständlich (A-Punkteverfahren) erledigt wurden⁷⁵⁹. Das wird (soll) sich im zukünftigen Rat nicht ändern. Jedenfalls ist die Rechtsetzung in der Europäischen Union im Wesentlichen Sache der Exekutive. Allenfalls die Minister des jeweiligen Mitgliedstaates sind von deren Volk (mittelbar) legitimiert, nicht aber der Rat insgesamt (Art. 9c (16) Abs. 2 EUV, bislang Art. 203 EGV). Das wäre in einem Konsenssystem demokratierechtlich gerade noch tragfähig, nicht aber im Mehrheitssystem, in dem der Wille ganzer Völker entgegen dem Prinzip der Willensautonomie, der Freiheit also, ignoriert werden kann⁷⁶⁰. Das ändert sich auch durch die neuen Kriterien der qualifizierten Mehrheit im Rat nach Art. 9c (16) Abs. 4 EUV, die ab 1. November 2014 gelten soll, nicht wesentlich, wonach die Mehrheit im Rat nicht nur der Mehrheit der Mitglieder des Rates (mindestens 55 % und mindestens 15 Mitglieder) entsprechen, sondern auch 65 % Bevölkerung der Union ausmachen muß⁷⁶¹. Die Rechtsetzungsbefugnisse der Union sind allzu weit, als daß diese Art von Fremdbestimmung unter Freiheitsgesichtspunkten hinnehmbar wäre. Die (verstärkte) Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Gesetzgebung mindert das demokratische Defizit nicht, weil dieses ‚Parlament‘ mangels demokratisch egalitärer Wahl freiheitlich und damit demokratisch nicht zu legitimieren vermag, vor allem aber kein Volk repräsentiert.

Die größte Macht hat der Europäische Rat, dem bisher die Staats- und Regierungschefs und der Präsident der Kommission (Art. 4 Abs. 2 EUV) und nach dem Verfassungsvertrag außer den Staats- und Regierungschefs die Präsidenten des Europäischen Rates (Art. 9b (15) Abs. 5, 6 EUV) und der Kommission angehören (Art. 9b (15) Abs. 2 EUV). Bislang haben die Außenmini-

⁷⁵⁹ Dazu *Th. Oppermann*, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, Rdn. 291, 295, S. 122, 123 f., 3. Aufl. 2005, § 5, Rdn. 57, S. 95 f.; *K. A. Schachtschneider*, *Der Rat*, § 8, VIII.

⁷⁶⁰ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas*, S. 75 ff.

⁷⁶¹ Das gilt nur, wenn der Rat auf Vorschlag der Kommission oder des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik beschließt, sonst ist eine Mehrheit von 72 % der Mitglieder des Rates nötig (Art. 205 (238) Abs. 2 AEUV).

ster der Mitgliedstaaten den Europäischen Rat unterstützt, nach dem Vertrag von Lissabon nimmt (nur noch) der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 9e (18) EUV) an der Arbeit des Europäischen Rates teil (Art. 9b (15) Abs. 2 S. 2 EUV). Es sind die Führer Europas, welche ihre Macht im Europäischen Rat bündeln und durch ihre Absprachen derart verstärken, daß die unmittelbar demokratisch legitimierten Parlamente der Völker den bestimmenden Einfluß auf die Politik einbüßen. Die Volksvertretungen entbehren somit in den Angelegenheiten der Union der Macht, die nach dem demokratischen Prinzip die politische Freiheit der Bürger gewährleistet⁷⁶². Die Minister und Amtswalter der Mitgliedstaaten sind ohnehin von den Staats- und Regierungschefs abhängig und dem Präsidenten der Europäischen Kommission ist eine ähnliche Macht über die Kommission zugebracht (Art. 9d (17) Abs. 6 EUV).

3. Teil

Spezifische Begründung der Verfassungswidrigkeit des Vertrages von Lissabon

Um der Klarheit willen wird die Gesamtänderung der Bundesverfassung allein durch den Vertrag von Lissabon, die schon im 2. Teil, integriert in die Gesamterörterung der Verfassungswidrigkeit der Integration Österreichs in die Europäische Union, erörtert ist, noch einmal dargelegt.

Die im Folgenden dargelegten sechs Änderungen der Verfassung der Europäischen Union, d.h. des Vertragswerkes der Union durch den Vertrag von Lissabon, ergeben alle zusammen und jede für sich alleine die Pflicht Österreichs aus seiner Bundesverfassung, den Vertrag von Lissabon zumindest ei-

⁷⁶² Dazu K. A. Schachtschneider, *Res publica res populi*, S. 637 ff.; *ders.*, Das Europäische Parlament, § 7, III.

ner Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen, weil sie alle zusammen und jede einzelne eine Gesamtänderung der Bundesverfassung sind. Die Änderungen sind zugleich Verletzungen der unabänderlichen Strukturprinzipien der Bundesverfassung Österreichs und stehen darum nicht zur Disposition der Politik.

I. Vereinfachtes Änderungsverfahren

1. Die Einrichtung des „vereinfachten Änderungsverfahrens“ durch Art. 48 Abs. 6 EUV ist eine „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG, die „eine Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen“ ist. Nach Art. 48 Abs. 6 EUV kann der Europäische Rat durch Beschluß nach Anhörung des Europäischen Parlaments und der Kommission sowie, bei institutionellen Änderungen im Währungsbereich der Europäischen Zentralbank, auf Initiative der Regierung jedes Mitgliedstaates, des Europäischen Parlaments und der Kommission einstimmig „die Änderung aller oder eines Teils der Bestimmungen des Dritten Teiles des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ beschließen. Dieser Dritte Teil umfaßt alle wichtigen Politiken der Union außer der Außen- und Sicherheitspolitik, nämlich den freien Warenverkehr (mit der Zollunion), die Landwirtschaft, die Freizügigkeit, den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr (also den Binnenmarkt und die Grundfreiheiten), den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, den Verkehr, die gemeinsamen Regeln betreffend Wettbewerb, Steuerfragen und Angleichung der Rechtsvorschriften, die Wirtschafts- und Währungspolitik, die Beschäftigung, die Gemeinsame Handelspolitik, die Zusammenarbeit im Zollwesen, die Sozialpolitik, die allgemeine und berufliche Bildung und Jugend, die Kultur, das Gesundheitswesen, den Verbraucherschutz, die transeuropäischen Netze, die Industrie, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt, die Forschung und technologische Entwicklung, die Umwelt, die Entwicklungszusammenarbeit, die wirtschaftliche und finanzielle und technische Zusammenarbeit mit Drittländern.

2. Der Beschluß tritt zwar nach Unterabs. 2 S. 3 des Art. 48 Abs. 6 EUV „erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft“, aber der Beschluß ist kein „Staatsvertrag“ im Sinne des Art. 50 Abs. 1 Ziffer. 2 B-VG n.F., welcher der Genehmigung des Nationalrates und der Zustimmung des Bundesrates (Art. 50 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 4 S. 1 B-VG) und der Ratifikation durch den Bundespräsidenten (Art. 65 Abs. 1 B-VG) bedarf. Die Gesetzgebungsorgane Österreichs müssen somit an dem Verfahren nicht beteiligt werden. Aufgrund ihrer außenpolitischen Befugnisse kann die Zustimmung von der Bundesregierung oder auch nur von dem zuständigen Bundesminister erteilt werden.

Der Bundeskanzler ist nach Art. 23e Abs. 2 B-VG bei der Abstimmung im Europäischen Rat an die Stellungnahme des Nationalrates, dem nach Absatz 1 dieser Vorschrift Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, gebunden. Aber er darf davon nach S. 2 „aus zwingenden außen- und integrationspolitischen Gründen“ abweichen. Die Integrationspolitik vermag sich somit durchzusetzen. Die genannten Gründe sind eine Frage der Außenpolitik, die regelmäßig als nicht judiziabel gilt⁷⁶³. Ein Rechtsakt im vereinfachten Änderungsverfahren kann und wird regelmäßig „eine Änderung des geltenden Bundesverfassungsrechts“ bedeuten, so daß nach Absatz 3 des Art. 23e B-VG „eine Abweichung jedenfalls nur zulässig ist, wenn ihr der Nationalrat innerhalb angemessener Frist nicht widerspricht“. Wegen des „jedenfalls“ (ein mehr als unklarer Tatbestand) ist davon auszugehen, daß die Bundesregierung letztlich den integrationspolitischen Zwängen gemäß Absatz 2 S. 2 folgen darf. Dafür spricht auch die Pflicht nach Absatz 4 S. 2, das Abweichen von der Stellungnahme des Nationalrates diesem unverzüglich zu begründen. Folglich ist auch im Falle des Absatz 3 ein Abweichen der Bundesregierung möglich. Die Zuständigkeiten des Nationalrates obliegen nach Absatz 5 im übrigen grundsätzlich dessen Hauptausschuß (oder auch nur einem eigenen ständigen Unterausschuß). Das Bundesvolk wird jedenfalls in die Willensbildung nicht einbezo-

⁷⁶³ I.d.S. T. Öhlinger, in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsgesetz, Bd. II, 1., 1999, Kommentar, Art. 23 B-VG, Rdn. 12.

gen. Die Parlamentarier pflegen im parlamentarischen Regierungssystem zumal, wenn große Koalitionen regieren, in ihrer Mehrheit unbesehen der Integrationspolitik der Regierung zu folgen.

Der Beschluß des Europäischen Rates ändert die vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union nicht. Bereits der Vertrag von Lissabon ermöglicht diese Änderungen oder Ergänzungen.

3. Der Beschluß darf zwar nach Unterabsatz 3 des Art. 48 Abs. 6 EUV „nicht zu einer Ausdehnung der der Union im Rahmen der Verträge übertragenen Zuständigkeiten führen“, aber diese Zuständigkeiten sind in Art. 2b (3) des Vertrages über die Arbeitsweise der Union, dem bisherigen Gemeinschaftsvertrag, als ausschließliche Zuständigkeiten und in Art. 2c (4) AEUV als geteilte Zuständigkeiten geregelt. Hinzu kommen die weiteren Zuständigkeiten zur Koordinierung der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik sowie der Sozialpolitik in Art. 2d (5) AEUV und zu Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit, zur Industrie, zur Kultur, zum Tourismus, zur allgemeinen und beruflichen Bildung, zur Jugend und zum Sport, zum Katastrophenschutz und zur Verwaltungszusammenarbeit nach Art. 2e (6) AEUV. Alle Zuständigkeiten sind denkbar weit formuliert. Die Politiken des Dritten Teils des Vertrages von Lissabon, welcher den Teil III des gegenwärtig geltenden Gemeinschaftsvertrages mit gewissen Änderungen fortschreibt, sind nicht als Zuständigkeiten bezeichnet. Sie regeln die Grenzen der Ermächtigungen, die folglich ohne Zuständigkeitsänderung erweitert werden können, die Verfahren der Politiken, die ebenfalls ohne Zuständigkeitsänderung verändert werden können, indem etwa Organe in die Verfahren integriert oder Organe aus den Verfahren desintegriert werden, u.a.m.

4. Das vereinfachte Änderungsverfahren überträgt die Verfassungshoheit weitestgehend dem Europäischen Rat, den Führern der Union. Nicht einmal das Europäische Parlament muß zustimmen, geschweige denn, daß die nationalen Parlamente nach dem Vertrag von Lissabon zustimmen müßten, im übrigen auch nicht nach den meisten Verfassungsgesetzen der Mitgliedstaaten, jedenfalls nicht dem Österreichs und nicht dem Deutschlands (Art 23 Abs. 1

GG). Diese Generalklausel ist ein wesentlicher Teil der durch den Vertrag von Lissabon erweiterten existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union, welche durch diese Ermächtigung weitestgehende Verfassungshoheit gewinnt, ohne dafür demokratisch legitimiert zu sein, schon gar nicht durch ein Unionsvolk mit originärer Hoheit.

Mit dem Demokratieprinzip ist das „vereinfachte Änderungsverfahren“ schlechterdings unvereinbar. Schon deswegen ist die Einführung dieses Verfahrens eine Gesamtänderung der Bundesverfassung, zu deren Strukturprinzipien und Baugesetzen das demokratische Prinzip gehört. Das vereinfachte Änderungsverfahren erleichtert die Totalrevision der internen und weitgehend der externen (insbesondere die Handelspolitik) Politikbereiche der Union und macht diese nicht nur von der Zustimmung der nationalen Parlamente unabhängig, sondern vor allem von der gegebenenfalls vorgeschriebenen Zustimmung der Völker, also Volksabstimmungen, an denen die Verfassungsänderungen allzu leicht scheitern, insbesondere wenn sie die Wirtschaft-, die Währungs- und noch stärker die Sozialpolitik betreffen, aber auch die Polizeipolitik und die Justizpolitik, wie die wesentlich weiterentwickelte Politik des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

Bemerkt sei, daß die geteilte Zuständigkeit nach Art. 2c (4) AEUV für den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt allemal auch die (in der Integrationspolitik für dringlich gehaltene) Angleichung der mitgliedstaatlichen Steuer- und Sozialpolitik umfaßt.

Das vereinfachte Änderungsverfahren ist ein Ermächtigungsgesetz für den Europäischen Rat, das es diesem erlaubt, die innere und weitgehend auch die äußere Ordnung der Union und damit die der Mitgliedstaaten umzuwälzen. Nur die Außen- und Sicherheitspolitik ist, wie gesagt, von diesem Verfahren ausgenommen. Mit der Zustimmung zu dem Vertrag von Lissabon ermächtigt die Republik Österreich die Europäische Union zu jedweder materialen Änderung der Bundesverfassung. An diesen Änderungen wirkt für Österreich, wie dargelegt, maßgeblich nur der Bundeskanzler mit, weil der Europäische Rat einstimmig entscheiden muß. Das vereinfachte Änderungsverfahren ist der Sache nach eine Diktaturverfassung, die kaum noch einen demokratischen

Rest aufweist. Es ist nicht nur eine Veränderung der Baugesetze, sondern eine schwere Verletzung eines unabänderlichen Strukturprinzips der Verfassung Österreichs.

5. Der Maastricht-Vertrag enthielt eine vergleichsweise Regelung nicht. Art. F III, jetzt Art. 6 Abs. 4 EUV, wonach sich „die Union mit den Mitteln ausstattet, die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politiken erforderlich sind“, war nach dem Maastricht-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts nur eine politische Absichtserklärung ohne rechtliche Verbindlichkeit⁷⁶⁴. Das österreichische Volk wird durch die Ermächtigung des Art. 48 Abs. 6 EUV entmachtet und verliert seine Verfassungshoheit weitestgehend. Dem kann kein Volk zustimmen, das ein eigenständiger, existentieller Staat bleiben will. Keinesfalls kann der Nationalrat, die Vertreter des Volkes, durch seine Zustimmung zu einem solchen Vertrag das Volk entmachten.

II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung

Der Vertrag von Lissabon hat trotz des Maastricht-Urteils in Deutschland, das der großen Generalklausel, der Kompetenz-Kompetenz des Art. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 EUV bisherige Fassung) die rechtliche Verbindlichkeit (zur Rettung des Maastricht-Vertrages) abgesprochen hat⁷⁶⁵, in Art. 269 (311) Abs. 1 AEUV eine fast gleichlautende Bestimmung beibehalten, diese allerdings in den Titel II des Fünften Teils, der die Finanzen der Union regelt, gestellt, also auf Mittel zur Finanzierung des Haushaltes der Union begrenzt. Jetzt aber wird ein Verfahren für die Umsetzung dieser Generalermächtigung eingeführt, das an der rechtlichen Verbindlichkeit der Ermächtigung nicht mehr zu zweifeln erlaubt. Nach Absatz 3 Satz 1 nämlich erläßt der Rat einen Beschluß, den er einstimmig nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Europäischen Parlaments faßt, mit dem die Bestim-

⁷⁶⁴ BVerfGE 89, 155 (196 f.).

⁷⁶⁵ BVerfGE 89, 155 (196 f.).

mungen über das System der Eigenmittel der Union festgelegt werden. Dieser Beschluß kann neue Kategorien von Eigenmitteln einführen, aber auch bestehende Kategorien abschaffen. Die neuen Kategorien von Eigenmitteln können und werden auch europäische Steuern sein.

Dieser Beschluß tritt wiederum (wie im vereinfachten Änderungsverfahren, vgl. I) nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft. Weil der Beschluß wiederum kein völkerrechtlicher Vertrag, sondern ein Organakt der Union ist, bedarf es keiner Ratifikation der Mitgliedstaaten. Eine solche Ratifikation ist auch nicht vorgesehen. Der Vertrag von Lissabon pflegt, wie vorher schon der gescheiterte Vertrag über eine Verfassung für Europa, sehr genau zwischen der Zustimmung der Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften zur Organakten der Union zum einen und der Ratifikation von Verträgen zu unterscheiden. Folglich genügt nach der Praxis der auswärtigen Politik die Zustimmung der Bundesregierung in Österreich (nach der zu I, 2 geschilderten Beteiligung des Nationalrates gemäß Art. 23e B-VG), nicht anders als in Deutschland⁷⁶⁶, um den Eigenmittelbeschluß verbindlich zu machen. Die Bundesregierung erlangt demgemäß die Macht, Österreich mit finanziellen Lasten, auch Unionssteuern, zu belasten, die keine Zustimmung des Nationalrates und gegebenenfalls des Bundesrates gefunden haben müssen (etwa bloßer Fristablauf nach Art. 23e Abs. 3 B-VG), schon gar nicht im steuerrechtlich gebotenen ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (mit der gebotenen öffentlichen Diskussion).

Das „besondere Gesetzgebungsverfahren“, welches Art. 269 (311) AEUV vorsieht, ist in Art. 249a (289) Abs. 2 AEUV geregelt. Wenn das Europäische Parlament anzuhören ist, entspricht das der dort vorgesehenen Beteiligung desselben. Folglich bedarf die Einführung neuer Kategorien von Eigenmitteln keinerlei Zustimmung eines Parlaments. Diese Maßnahme ist ein Exekutivakt, der aber die Qualität eines Finanzverfassungsgesetzes hat. Der Beschluß des

⁷⁶⁶ Vgl. BVerfGE 68, 1 (84 ff.); 90, 86 (Ls. 7 a, S. 287, 357 ff.).

Rates gilt nach Art. 249a (289) Abs. 3 AEUV als „Gesetzgebungsakt“, obwohl er keinerlei gesetzgeberischen Charakter hat, abgesehen von seiner allgemeinen Verbindlichkeit.

Die Generalklausel, Eigenmittel zu beschaffen, ist mit dem demokratischen Prinzip der Bundesverfassung unvereinbar und folglich eine Veränderung der Bundesverfassung in einem Baugesetz und somit einer Änderung der Gesamtverfassung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG, aber auch eine Verletzung der unabänderlichen Strukturprinzipien der Verfassung Österreichs.

Nach Absatz 4 des Art. 269 (311) AEUV werden Durchführungsmaßnahmen zu dem System der Eigenmittel der Union durch Verordnungen des Rates „nach einem besonderen Gesetzgebungsverfahren“ festgelegt, sofern dies in dem nach Absatz 3 Satz 1 erlassenen Beschluß vorgesehen ist. Die Durchführungsmaßnahmen beschließt der Rat nach Zustimmung des Europäischen Parlaments (Absatz 4 S. 2). Die nationalen Parlamente sind nicht einbezogen, obwohl die Durchführungsmaßnahmen funktional Steuergesetze sein können.

Die Union kann sich also Eigenmittel verschaffen, indem sie ohne Zustimmung der nationalen Parlamente, nur aufgrund der Beschlüsse des Rates, die allein von dem Willen der Regierungen abhängen, ein System von Eigenmitteln der Union schafft, das durch Verordnung des Rates, welche nicht der Einstimmigkeit, aber der Zustimmung des Europäischen Parlaments bedarf, durchgeführt wird. Die Bestimmung ermächtigt (auch) zu einer Steuererhebung der Union, die gänzlich unbestimmt und mit der Steuerhoheit als wesentlichem Teil der existentiellen Staatlichkeit der Völker schlechterdings unvereinbar ist. Die bereits im Maastricht-Prozeß in Deutschland gescheiterte Regelung des Art. F Abs. 3 EUV (zur Zeit Art. 6 Abs. 4 EUV) wird aufrecht erhalten, die formalen Schwächen (keine Rechtssubjektivität der Europäischen Union, unklare Verfahrensregelungen) sind behoben, die entscheidende materiale Schwäche, die Verletzung der existentiellen Staatlichkeit (Souveränität) der Mitgliedstaaten und das demokratische Defizit jedoch nicht. Der

steuerverfassungsrechtliche Gesetzesvorbehalt, ein wesentlicher Teil des demokratischen Prinzips⁷⁶⁷, wird beiseite geschoben.

III. Flexibilitätsklausel

Die Flexibilitätsklausel des Art. 308 (352) Abs. 1 AEUV ermöglicht es der Union, zur Verwirklichung der überaus weit gesteckten Ziele der Verträge durch Vorschriften des Rates auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments „im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche“ tätig zu werden, auch wenn die Verträge die dafür erforderlichen Befugnisse nicht vorsehen. Auf dieser Grundlage kann sich die Union so gut wie jede Befugnis verschaffen, ohne daß die Mitgliedstaaten dem zustimmen müssen. Letztere können lediglich ihre (kläglichen) Einwendungen aus dem Subsidiaritätsprinzip zur Geltung bringen (Absatz 2). Diese Kompetenz-Kompetenz geht deutlich über die bisherige Generalklausel des Art. 308 EGV hinaus, welche auf die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes beschränkt war. Lediglich Harmonisierungsverbote dürfen durch die Vorschriften nicht überspielt werden (Absatz 3) und die Verwirklichung von Zielen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik darf nicht auf diesen Artikel gestützt werden (Absatz 4).

Der Rat kann die Vorschriften auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments erlassen. Der Rat kann sie auch nach einem „besonderen Gesetzgebungsverfahren“ erlassen, wiederum auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments. Ausschließlich Unionsorgane geben folglich die Vorschriften, welche die vertraglichen Ermächtigungen, die ohnehin äußerst weit gefaßt sind, weiter ausdehnen und auf neue Politiken erstrecken können, soweit das die Ziele der

⁷⁶⁷ Für Deutschland BVerfGE 9, 3 (11); 69, 188 (202 ff.); 99, 216 (243), st. Rspr. Zur Finanzverfassung Art. 51 ff. B-VG; dazu *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadelmayer*, Grundriß des Österreichischen Verfassungsrechts, Rdn. 518, S. 257 f.; *T. Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rdn. 258 ff., S. 127 ff.

Verträge, also der Union, zulassen, d.h. grenzenlos. Nur „Politikbereiche“, nicht die vertraglichen Regelungen der Politiken bilden eine Grenze. Das ermöglicht der Union fast jede Art der Politik, etwa auch Steuerpolitik und Sozialpolitik, insbesondere Wirtschaftspolitik, auch solche, welche die Steuer-, Sozial- oder Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten umgestaltet. Die Grenze zwischen der auslegenden Vertragsausdehnung aufgrund dieser Ermächtigung und der Vertragsänderung durch Vertrag ist bekanntlich fließend⁷⁶⁸ und nicht definierbar. Beispielsweise hat die Europäische Gemeinschaft, gestützt auf Art. 235 EWGV, dem Vorläufer des Art. 308 EGV, die Fusionskontrolle eingeführt, eine wettbewerbsrechtliche Institution von weitreichender Bedeutung, die keine Grundlage im Gemeinschaftsvertrag hatte.

Die Kompetenz-Kompetenz des Art. 308 (352) AEUV ist mit dem demokratischen Prinzip nicht zu vereinbaren, zumal sie die Exekutive ermächtigt. Das Europäische Parlament leistet keine demokratische Legitimation, weil es nicht gleichheitlich gewählt ist und kein Unionsvolk vertritt, ja im demokratischen Sinne kein Parlament ist⁷⁶⁹. Die Ermächtigung ist deutlicher Ausdruck der existentiellen Staatlichkeit der Union, welche dieser mangels existentieller Staatseigenschaft (originärer Hoheit) nicht zusteht. Der Hinweis in Absatz 2 auf das Subsidiaritätsverfahren ist von geringer praktischer Bedeutung.

Eine solche Kompetenz-Kompetenz zugunsten der Union ist ein tiefer Eingriff in die allein demokratisch legitimierte Hoheit der Republik Österreich und somit eine Gesamtänderung des Bundesverfassungsgesetzes, die ohne Abstimmung des Bundesvolkes nach Art. 44 Abs. 3 B-VG nicht rechtens ist. Sie ist darüber hinaus eine Verletzung eines unabänderlichen Strukturprinzips der Verfassung Österreichs.

⁷⁶⁸ Vgl. die Mahnung des Bundesverfassungsgerichts, die Grenze zur Vertragsänderung nicht zu überschreiten, BVerfGE 89, 155 (210).

⁷⁶⁹ Vgl. BVerfGE 89, 155 (185 ff.).

IV. Bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung

Obwohl der Vertrag von Lissabon nicht mehr wie der gescheiterte Vertrag über eine Verfassung für Europa von „Verfassung“ spricht, um nicht deutlich werden zu lassen, daß mit dem Integrationsschritt des Vertrages von Lissabon ein Staat verfaßt wird, macht der dieser Vertrag doch entgültig den Schritt vom Staatenverbund zum Bundesstaat, zum europäischen Unionsstaat. Das erweist (abgesehen von den staatsmäßigen weiten Aufgaben und Befugnissen der Union) die neue Zuständigkeitsordnung der Artikel 2a (2) bis 2e (6) des Vertrages über die Arbeitsweise der Union.

1. Bisher war die Europäische Union nach Auffassung der Praxis, insbesondere nach Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, kein Staat und kein Bundesstaat⁷⁷⁰. Nach dem Vertrag von Lissabon ist der Staatscharakter der Union nicht mehr zu leugnen. Das ergibt sich weniger aus dem Sprachgebrauch, obwohl dieser von der völkerrechtlichen Sprache der bisherigen Unions- und Gemeinschaftsverträge näher an die staatsrechtliche Sprache herangerückt wird (so wird jetzt von Gesetzgebung gesprochen), sondern aus dem Gegenstand der Regelungen, insbesondere aus der Zuständigkeitsordnung. Bislang wurden die Hoheitsrechte der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zur gemeinschaftlichen Ausübung übertragen. Die Hoheitsrechte verblieben den Mitgliedstaaten, weil ausschließlich die in den Mitgliedstaaten verfaßten Völker die Hoheit haben, sollten aber im Interesse der Gemeinschaft von den Gemeinschaftsorganen gemeinschaftlich ausgeübt werden, soweit sie dieser zu diesem Zweck übertragen waren⁷⁷¹. Dementsprechend behielten die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit, in allen politischen Bereichen Gesetze zu geben. Die Gesetze der Mitgliedstaaten wurden auch durch Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft nicht nichtig. Vielmehr waren die Rechtsetzungsakte der Gemeinschaft lediglich vorrangig vor den Gesetzen der Mit-

⁷⁷⁰ BVerfGE 22, 293 (296); 37, 271 (278); 75, 223 (242); 89, 155 (188).

⁷⁷¹ So BVerfGE 89, 155 (188 f.); vgl. K. A. *Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 74 f.

gliedstaaten anwendbar, wenn ein Widerspruch zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht bestand⁷⁷². Die vorrangige Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts vor dem gesamten Recht der Mitgliedstaaten (einschließlich dem Verfassungsrecht) hat die usurpatorische Praxis des Europäischen Gerichtshofs durchgesetzt. Diese wurde aber von den Mitgliedstaaten hingenommen⁷⁷³ und war der Besitzstand der Gemeinschaft, der *acquis communautaire*, bereits, als die Republik Österreich der Europäischen Union mit Wirkung zum 1. Januar 1995 beigetreten ist. Schon deswegen war der Beitrittsvertrag mit den Strukturprinzipien der Verfassung Österreichs und deren Baugesetzen unvereinbar. Die Gemeinschaftsrechtslage wurde im allgemeinen (fragwürdig) als Supranationalität der Europäischen Gemeinschaft verstanden, diese Supranationalität aber gerade nicht als Bundesstaat, sondern als ein Staatenverbund⁷⁷⁴ dogmatisiert, wohl nur, weil jedenfalls in Deutschland die Integration in einen Bundesstaat grundgesetzwidrig wäre. Österreich ist somit in der Sicht der Praxis und herrschenden Lehre einem supranationalen Staatenverbund beigetreten, nicht einem Bundesstaat.

2. Die neue Zuständigkeitsteilung des Vertrages von Lissabon schließt die Dogmatik vom Staatenverbund aus. Die Dogmatik des Bundesstaates ist unabweichlich. Der Vertrag von Lissabon unterscheidet in Art. 2a (2) Abs. 1 und Abs. 2 AEUV „ausschließliche Zuständigkeiten“ und „geteilte Zuständigkeiten“, abgesehen von Koordinierungszuständigkeiten in Art. 2d (5) und Art. 2e (6) AEUV. Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeiten „kann nur die Union gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen“. „Die Mitgliedstaaten dürfen in einem solchen Fall nur tätig werden, wenn sie von der Union hierzu ermächtigt werden, oder um Rechtsakte der

⁷⁷² EuGH – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1 (24 f.); EuGH – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, 1269 f., Rdn. 8 ff.); BVerfGE 37, 271 (279 ff.); 58, 1 (28); 73, 339 (366 ff.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (182 ff., 190 f., 197 f.).

⁷⁷³ Vgl. K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 82 ff.

⁷⁷⁴ So BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.); vgl. K. A. Schachtschneider, *Prinzipien des Rechtsstaates*, S. 69 ff.

Union durchzuführen“ (Art. 2a (2) Abs. 1 AEUV). Nach dem eindeutigen Wortlaut verlieren die Mitgliedstaaten im Bereich ausschließlicher Zuständigkeit ihre Gesetzgebungshoheit, die sie durch den Vertrag von Lissabon auf die Europäische Union übertragen. Durch den Vertrag von Lissabon wird somit über die bisherige Integration hinaus ein Bundesstaat begründet. Österreich wird damit zu einem Gliedstaat in einem Bundesstaat und verliert (wie alle anderen Mitgliedstaaten auch) einen Teil seiner Hoheit, d.h. kann die Staatsgewalt nur noch zum Teil ausüben, wie das in einem Bundesstaat, in dem die Ausübung der Staatsgewalt zwischen dem Bund, dem Zentralstaat, und den Gliedstaaten, den Ländern, üblich ist. Das Recht geht nicht mehr insgesamt vom Volk aus, wie das Art. 1 S. 2 B-VG vorschreibt, sondern in dem zur ausschließlichen Zuständigkeit der Union übertragenen Bereich von der Union. Das entspricht einer „autonomen“ Rechtsordnung der Gemeinschaft, von der der Europäische Gerichtshof ausgeht, die aber mangels originärer Hoheit keine Grundlage hat und im Maastricht-Urteil vom Bundesverfassungsgericht nicht mehr aufgegriffen wurde⁷⁷⁵. Das Fundamentalprinzip der Demokratie des Art. 1 B-VG wird somit für den Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten der Union aufgehoben, aber auch für den Bereich der geteilten Zuständigkeiten der Union nach Art. 2a (2) Abs. 2 AEUV, soweit die Union die geteilten Zuständigkeiten ausgeübt hat. Wenn die Mitgliedstaaten, also auch Österreich, in dem Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Union oder auch nur in dem Bereich der geteilten Zuständigkeit der Union, wenn diese die Zuständigkeit ausgeübt hat, gesetzgeberisch tätig werden, sind diese Gesetze mangels Zuständigkeit nichtig.

Dieser Schritt zum Bundesstaat schränkt zugleich die Demokratie Österreichs wesentlich ein, weil nicht mehr das Volk Österreichs einen (den wesentlichen) Teil des Rechts setzt, sondern die Europäische Union, ganz abgesehen davon, daß die Europäische Union keine eigenständige demokratische

⁷⁷⁵ Vgl. EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251, Rdn. 8 ff.; BVerfGE 22, 293 (296), 31, 145 (173 f.); 37, 271 (277 f.); 58, 1 (27); richtig BVerfGE 89, 155 (188 f.).

Legitimation hat. Das ist fraglos eine Gesamtänderung der Bundesverfassung und eine Verletzung des unabänderlichen Strukturprinzips der Demokratie. Österreich wahrt seine Eigenständigkeit, und, wenn man so will, Souveränität nur darin, daß es gemäß Art. 49a (50) EUV aus der Union austreten kann. Diese Möglichkeit ändert nichts daran, daß Österreich, solange es Mitglied der Europäischen Union ist, Gliedstaat eines Bundesstaates ist, der nur noch einen (geringen) Teil der Hoheit, der Staatsgewalt also, inne hat.

3. Die Zuständigkeiten der Union sind umfassend. Die ausschließlichen Zuständigkeiten erfassen u.a. die Bereiche der Wettbewerbsregeln, der Währungspolitik (für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, wie Österreich) und die Gemeinsame Handelspolitik. Diese Politiken sind für die Wirtschaft in der globalisierten Welt von schicksalhafter Bedeutung. Die Handelspolitik etwa, die Außenwirtschaftspolitik also, bestimmt die Regeln für den Export und den Import der Waren und Dienstleistungen (u.a.m.), sie bestimmt damit zunehmend auch die Landwirtschaftspolitik. Durch die Generalklausel des Art. 2b (3) Abs. 2 AEUV hat die Union aber auch die ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluß internationaler Übereinkünfte, wenn der Abschluß einer solchen Übereinkunft in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist, wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder soweit der Abschluß gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte. Diese Generalklausel ermöglicht die Bindung der österreichischen Politik durch internationale Übereinkünfte in weitem Umfang und kann alle Bereiche der Politik erfassen, in denen die Union nach ihren Verträgen Zuständigkeiten hat, also auch alle Bereiche der geteilten Zuständigkeiten, wenn die Union meint, daß sie ihre internen Zuständigkeiten nur ausüben könne, wenn internationale Abkommen geschlossen sind. Das ermöglicht auch Abkommen über den Kapitalverkehr und vieles andere mehr.

Der Europäische Gerichtshof pflegt die Zuständigkeiten der Union weitest möglich auszulegen. Österreich gibt durch den Vertrag von Lissabon die Zuständigkeit, die Staatsgewalt auszuüben, weitestgehend aus der Hand und überantwortet seine Staatsgewalt (genauso wie alle anderen Mitgliedstaaten)

weitestgehend der Union. Die Zuständigkeiten der Union gehen deutlich über die Zuständigkeiten des Bundes in Österreich wie auch des Bundes in Deutschland hinaus.

Die geteilten Zuständigkeiten der Union, die, wie gesagt, den Mitgliedstaaten ebenfalls die Zuständigkeit zur Gesetzgebung nehmen, wenn die Union diese ausgeübt hat, sind fast allumfassend, wie der Katalog in Art. 2c (4) Abs. 2 AEUV zeigt. Sie umfassen den Binnenmarkt, also die gesamte Politik der Grund- oder Marktfreiheiten, die Sozialpolitik, zwar nur hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte, diese Aspekte sind aber überaus weitreichend, jedenfalls erfassen sie auch das Arbeitsrecht. Die geteilten Zuständigkeiten umfassen weiterhin den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt (das ist die gesamte Politik, die auf Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse in der ganzen Union zielt), die Landwirtschaft und Fischerei, die Umwelt, den Verbraucherschutz, den Verkehr, die transeuropäischen Netze, die Energie, den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, also das Polizeirecht, das Strafrecht, usw., aber auch gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit hinsichtlich der in diesem Vertrag genannten Aspekte. Dieser Zuständigkeitskatalog erfaßt fast die gesamte Innenpolitik, jedenfalls die Wirtschafts-, Sozial-, Umwelt- und Landwirtschaftspolitik, aber auch die Energiepolitik und die Politik der inneren Sicherheit. Die Mitgliedstaaten sind durch diesen Zuständigkeitskatalog weitestgehend entmachtet. Sie behalten weniger Gesetzgebungshoheit als sie derzeit die Länder haben, zumal diese in Österreich und auch in Deutschland jeweils durch den Bundesrat an der Gesetzgebung beteiligt sind.

Die Mitgliedstaaten verlieren in der Substanz ihre existentielle Staatlichkeit und werden materiell zu den bloßen regionalen Selbstverwaltungskörpern, als die sie Art. 3a (4) Abs. 2 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon definiert. „Regionale Selbstverwaltungen“ sind aber keine Staaten, wie sie die Länder nach der Verfassung der Republik Österreich ausweislich Art. 2 Abs.

2 B-VG („selbständige Länder“) sind⁷⁷⁶, sondern unterstaatliche Verwaltungseinheiten.

Die Fülle der Zuständigkeiten der Union, welche die Gesetzgebungshoheit der Mitgliedstaaten ausschließt, führt funktional zu einem Zentralstaat, wenn auch die institutionellen Strukturen nicht zentralstaatlich sind, solange die Mitgliedstaaten überhaupt existieren und immerhin die Organe personell besetzen, insbesondere den Europäischen Rat durch die Staats- und Regierungschefs, aber auch den Rat durch die Minister und dem Gerichtshof durch die Richter, aber auch das Europäische Parlament durch die in den Mitgliedstaaten gewählten Abgeordneten, sowie die Kommission durch die Kommissare aus den Mitgliedstaaten. Diese föderalistischen Elemente ändern jedoch nichts an dem funktionalen Zentralismus, der die Mitgliedstaaten weitestgehend entstaatlicht, jedenfalls als Gesetzgeber, aber auch in der Grundsatz- und Grundrechtensprechung, die mehr und mehr dem Europäischen Gerichtshof überlassen wird⁷⁷⁷, zum Schaden des Rechts.

Der Föderalismus in den Organen gleicht insbesondere in keiner Weise das demokratische Defizit der Gesetzgebung der Union aus. Vor allem die Gesetzgebung muß demokratisch legitimiert sein, wird aber durch die Zuständigkeitsordnung des Vertrages von Lissabon weitestgehend der Union übertragen und dadurch entdemokratisiert.

4. Diese überaus weitreichende Umgestaltung des österreichischen Staatswesens, nämlich die Eingliederung Österreichs in den Bundesstaat Europäische Union, ist allein schon eine Änderung der Kernverfassung Österreichs und damit der Gesamtverfassung Österreichs im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG. Diese ist verbunden mit einer weitestgehenden Entdemokratisierung der Rechtsetzung, die auch für Österreich Verbindlichkeit haben wird, also auch

⁷⁷⁶ Hinweise in Fn. 133; dazu 2. Teil, A, II 1a, b.

⁷⁷⁷ K. A. Schachtschneider, Demokratierechtliche Grenzen der Gemeinschaftsrechtsprechung, in: St. Brink/H. A. Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung, Festschrift für Hans Herbert v. Arnim, 2004, S. 779 ff.

insofern eine Änderung der Baugesetze Österreichs, die ebenfalls eine Gesamtverfassungsänderung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG ist. Die Umgestaltung verletzt darüber hinaus die unabänderlichen Strukturprinzipien Österreichs.

5. Die zuständigkeitsrechtlichen Darlegungen, welche erweisen, daß die Europäische Union zum Bundesstaat entwickelt wird, werden nicht durch den Grundsatz „der begrenzten Einzelermächtigung“ des Art. 3b (5) Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV eingeschränkt, sondern vielmehr verstärkt. Absatz 2 des Art. 3b (5) EUV stellt klar, daß der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nicht mehr ist als das Prinzip der Zuständigkeiten; denn nach diesem Grundsatz „wird die Union nur innerhalb den Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“. „Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten“. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird somit explizit auf den Zuständigkeitsgrundsatz reduziert und verliert damit seine eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung. Daß Zuständigkeitsvorschriften die Zuständigkeiten begrenzen, ist selbstverständlich. Die Zwecksetzung der Zuständigkeiten, nämlich die Verwirklichung der in den Verträgen niedergelegten Ziele, ist schon deswegen keinerlei Begrenzung der Zuständigkeiten, weil die Ziele der Union grenzenlos weit sind. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sagt nicht mehr als daß die Union keine originäre Hoheit hat, sondern lediglich derivative, also von den Mitgliedstaaten übertragene Hoheitsrechte. Das ändert an der Bundesstaatlichkeit der Zuständigkeitsordnung nichts. Die eindeutige Definition des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ist Art. 3b (5) Abs. 2 EUV erweist erneut, daß der Reformvertrag einen staatsrechtlichen Paradigmenwechsel vom Staatenverbund zum Bundesstaat vornimmt, der eine Gesamtänderung der Bundesverfassung Österreichs bewirkt und dem wichtigsten Strukturprinzip Österreichs widerspricht, daß nämlich Österreich ein selbstbestimmter (souveräner) Staat ist.

Der bisherige Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, der in Art. 5 EUV und in Art. 5 Abs. 1 EGV, aber auch in Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 EGV,

verankert war, wonach die Gemeinschaft „innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig“ war, war jedenfalls in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts dahin verstanden worden, daß die Befugnisse der Gemeinschaft, also deren Ermächtigungen, derart bestimmt und begrenzt sein müssen, daß die Politik der Gemeinschaft für die nationalen Parlamente „voraussehbar“ und dadurch „verantwortbar“ ist⁷⁷⁸. In dieser Sicht war das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der entscheidende demokratierechtliche Baustein der Gemeinschaft, weil die Rechtsetzung der Gemeinschaft von den nationalen Parlamenten demokratisch legitimiert wurde, nicht vom Europäischen Parlament. Die Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Rechtsetzung der Gemeinschaft hat das Bundesverfassungsgericht lediglich als „Abstützung“ der demokratischen Legitimation bezeichnet⁷⁷⁹. Dadurch war der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung der Rettungsanker der demokratischen Legitimation der europäischen Integration. Das konnte er aber nur sein, wenn die Befugnisse oder Ermächtigungen der Gemeinschaft derart bestimmt und begrenzt waren, daß, wie gesagt, die nationalen Parlamente die Politik der Gemeinschaft verantworten konnten. Das setzte deren Voraussehbarkeit voraus. Davon kann angesichts der extensiven Auslegung der Befugnisse und Ermächtigungen in der Praxis der Gemeinschaftsorgane keine Rede sein. Die Parlamentarier der nationalen Parlamente ahnen nicht einmal, welche Folgerungen die Kommission und der Gerichtshof aus den vertraglichen Regelungen der Politiken schließen. Diese Praxis ist in dem 2. Teil zu B bis D dargelegt. Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung soll somit nach dem bisherigen Gemeinschaftsrecht die Ausübung der Befugnisse oder Ermächtigungen der Gemeinschaft auch im Sinne eines substantiellen Subsidiaritätsprinzips begrenzen. Demgegenüber verliert der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung durch den Vertrag von Lissabon (wie schon durch den

⁷⁷⁸ So BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); vgl. K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 71 ff.

⁷⁷⁹ BVerfGE 89, 155 (184, 186).

gescheiterten Verfassungsvertrag) seine verfassungsrechtliche und politische Substanz, weil er nichts anderes besagt als das Zuständigkeitsprinzip. Die Zuständigkeiten der Union sind aber nach dem Vertrag von Lissabon grenzenlos weit und haben die entstaatlichende Wirkung der Mitgliedstaaten, die dargelegt ist.

6. Die Europäische Union wird ausweislich der Zuständigkeitsordnung, aber auch aus anderen Gründen, insbesondere wegen der zu I bis III dargelegten Generalermächtigungen, zu einem echten Bundesstaat. Der echte Bundesstaat unterscheidet sich von dem unechten Bundesstaat dadurch, daß er auf Vertrag beruht und daß die Mitgliedstaaten des echten Bundesstaates aus diesem ausscheiden können (dazu 2. Teil A), während der unechte Bundesstaat auf einem Verfassungsgesetz des Gesamtstaates beruht, aber bundesstaatliche Strukturen verfaßt sowie das Ausscheiden der Länder aus dem Bundesstaat allenfalls in existentiellen Lagen erlaubt. Auch der vertraglich begründete Bundesstaat ist ein Staat mit Staatsgewalt. Seine Besonderheit ist, daß ihm die Staatsgewalt von den Mitgliedstaaten übertragen wird, wie das nach dem Vertrag von Lissabon geschieht. Der Charakter der Übertragung der Hoheitsrechte ändert sich im Vertrag von Lissabon grundlegend gegenüber der Übertragung der Hoheitsrechte in den früheren Gemeinschaftsverträgen, wie das oben zur Zuständigkeitsdogmatik dargelegt ist. Es gibt keine Entscheidung des österreichischen Bundesvolkes, daß Österreich Mitglied eines derartigen echten Bundesstaates sein will, in dem bestimmte, genauer: der Großteil der Zuständigkeiten an die Union derart übertragen wird, daß Österreich diese nicht mehr wahrnehmen kann, so daß wegen der Übertragung der Hoheitsrechte die Staatlichkeit Österreichs, also dessen Staatsgewalt, weitestgehend eingeschränkt ist.

7. Die Union ist nicht etwa deswegen kein Bundesstaat, weil ihre Ausübung der übertragenen Staatsgewalt nicht demokratisch legitimiert ist. In dem demokratischen Defizit liegt vielmehr ein wesentlicher Mangel der Integrationspolitik, der, wenn er (entgegen den unabänderlichen Strukturprinzipien) überhaupt hingenommen wird, jedenfalls eine Gesamtänderung der Bundesverfassung Österreichs ist. Die Gesetzgebung der Union ist bisher schon und nach

wie vor nach dem Vertrag von Lissabon demokratisch defizitär, weil sie, obwohl sie fast alle Lebensverhältnisse im Inneren und nach Außen erfaßt, eine Gesetzgebung der Exekutive ist. Die maßgeblichen Organe der Gesetzgebung sind die Kommission und der Rat, beide Exekutivorgane. Das Europäische Parlament hat keine demokratische Legitimationskraft, weil es nicht gleichheitlich gewählt ist und kein Volk mit originärer Hoheit vertritt. Es wird weiterhin nicht wesentlich an der Gesetzgebung beteiligt. Insbesondere hat das Europäische Parlament kein Initiativrecht. Das Vorschlagsrecht hat vielmehr grundsätzlich und in der Regel die Kommission. Schon gar nicht kann das Parlament Gesetze aus eigener Macht hervorbringen und durchsetzen. Die Beteiligung der nationalen Parlamente an der Gesetzgebung, die sich auf die Information und die Möglichkeit der Stellungnahme begrenzt, ist für die demokratische Legitimation ohne hinreichendes Gewicht. Die einen Rechtsakt ablehnende Stellungnahme des Nationalrats vermag sich nach Art. 23e Abs. 2 S. 2 B-VG, wie zu I, 2 dargelegt, gegen die Integrationspolitik weder rechtlich noch gar politisch durchzusetzen⁷⁸⁰. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, das seiner bisherigen Substanz nach die Verantwortbarkeit der Gemeinschaftspolitik durch die nationalen Parlamente ermöglichen sollte, ist zu einem reinen Zuständigkeitsprinzip abgesenkt. Im übrigen war es immer nur eine blutleere Dogmatik, die der entdemokratisierten Wirklichkeit der europäischen Integration nicht gerecht wurde. Die Entdemokratisierung der Rechtsetzung war bislang nur vertragswidrige Verfassungswirklichkeit, vor allem wegen der extensiven Handhabung der Befugnisse und Ermächtigungen. Durch den Vertrag von Lissabon wird sie Vertragsprinzip, also materiell verfassungsrechtlicher Baustein der Union. Das ist allemal eine Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG und Verletzung von unabänderlichen Strukturprinzipien.

⁷⁸⁰ In Deutschland sind die Stellungnahmen des Bundestages und Bundesrates lediglich zu „berücksichtigen“, allenfalls „maßgeblich zu berücksichtigen“ (Art. 23 Abs. 3 und 5 GG), also so gut wie bedeutungslos.

8. Die ausschließliche Zuständigkeit, wie sie Art. 2a (2) Abs. 1 und Art. 2b (3) AEUV vorsehen, wie sie aber auch Art. 2a (2) Abs. 2 und Art. 2c (4) AEUV ermöglichen, gab es in dem bisherigen Gemeinschaftsrecht nicht. Zwar kannte Art. 5 Abs. 2 EGV in der Subsidiaritätsregelung den Begriff der ausschließlichen Zuständigkeit, aber dieser Begriff hatte einen gänzlich anderen Inhalt als der der ausschließlichen Zuständigkeit im Vertrag von Lissabon. Zum einen reagierte dieser Begriff, der erst durch den Maastricht-Vertrag in das Gemeinschaftsrecht aufgenommen worden ist, auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, welche bestimmte ausschließliche Zuständigkeiten, insbesondere im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik kreiert hatte⁷⁸¹. Derartige ausschließliche Zuständigkeiten kannte das Gemeinschaftsrecht nicht, jedenfalls nicht in den Texten. Die ausschließliche Zuständigkeit war (allenfalls) dadurch gerechtfertigt, daß die Mitgliedstaaten bestimmte gemeinschaftliche Aufgaben nicht wahrnehmen konnten, weil diese Aufgaben die Gemeinschaft voraussetzten, wie etwa die Definition der „einheitlichen Grundsätze“ der Gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 133 Abs. 1 EGV. Es ist ausgeschlossen, daß ein Mitgliedstaat für alle Mitgliedstaaten einheitliche Grundsätze definiert. Dabei geht es somit um ausschließliche Zuständigkeiten aus der Natur der Sache, für die die Subsidiarität der Wahrnehmung der Aufgaben schlechterdings nicht in Betracht kommt. Dieser Begriff ausschließlicher Zuständigkeit ist ein gänzlich anderer als der des Vertrages von Lissabon, der den Mitgliedstaaten die Gesetzgebungsbefugnis nimmt, in dem sie als Staaten fraglos Gesetze erlassen könnten. Eine Zuständigkeitsordnung eines Bundesstaates kannte das Gemeinschaftsrecht bislang nicht. Deren Einführung bedeutet vielmehr eine Gesamtänderung der Bundesverfassung Österreichs und erweist die Mißachtung unabänderlicher Strukturprinzipien Österreichs, nämlich der selbstbestimmten Einzelstaatlichkeit (Souveränität).

⁷⁸¹ Insbesondere die AETR-Doktrin, vgl. EuGH v. 31.03.1971 – Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263 ff.

V. Vorrang des Unionsrechts

Zum Vertrag von Lissabon gehören die Erklärungen der Regierungskonferenz, die Bestandteil des Vertrages von Lissabon werden und dessen Verbindlichkeit entfalten. Diese Erklärungen sind (je nach ihrem Inhalt) authentische Klärungen der Rechtslage der Europäischen Union. Die 17. Erklärung befaßt sich mit dem Vorrang des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten. Sie lautet:

„Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.

Darüber hinaus hat die Konferenz beschlossen, dass das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates zum Vorrang in der Fassung des Dokuments 11197/07 (JUR 260) dieser Schlussakte beigefügt wird:

„Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom 22. Juni 2007

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Vorrang des EG-Rechts einer der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts. Dem Gerichtshof zufolge ergibt sich dieser Grundsatz aus der Besonderheit der Europäischen Gemeinschaft. Zum Zeitpunkt des ersten Urteils im Rahmen dieser ständigen Rechtsprechung (Rechtssache 6/64, Costa gegen ENEL, 15. Juli 1964¹) war dieser Vorrang im Vertrag nicht erwähnt. Dies ist auch heute noch der Fall. Die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.““

¹„Aus (...) folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“

Der Gerichtshof der Europäischen Union respektiert keinerlei Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts⁷⁸², auch nicht die Grenze des Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten oder auch nur der grundlegenden Verfassungsprinzipien derselben⁷⁸³, obwohl diese in den Mitgliedstaaten unabänderlich sein können, wie nach Art. 79 Abs. 3 GG in Deutschland (nämlich die Grundsätze des Art. 1 und Art. 20 des Grundgesetzes), aber auch in Österreich, jedenfalls die Grundsätze der Bundesverfassung, die durch Art. 44 Abs. 3 B-VG allenfalls durch Abstimmung des gesamten Bundesvolkes geändert werden können, also die Baugesetze der Verfassung, insbesondere das demokratische Prinzip, das Rechtsstaatsprinzip und das Bundesstaatsprinzip, soweit sie nicht als Verfassungskern unabänderliche Strukturprinzipien enthalten. Letzteres sind die Prinzipien der Verfassung der Menschheit des Menschen,

⁷⁸² EuGH v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251 (1269, Rdn. 8 ff.); EuGH v. 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 17 f.).

⁷⁸³ Irrig T. Öhlinger, Warum der EU-Reformvertrag aus verfassungsrechtlicher Sicht keiner Volksabstimmung bedarf. Rechtsgutachten im Auftrag des Herrn Bundespräsidenten vom 07.12.2007, S. 2 ff.

welche untrennbar mit der Freiheit und Gleichheit der Menschen verbunden sind, die nicht zur Disposition der Politik stehen⁷⁸⁴.

Der Gerichtshof der Europäischen Union meint, daß das Unionsrecht diesen Prinzipien selbst genügt, weil die Union nach Art. 2 EUV geltender Fassung diesen Prinzipien als Werte verpflichtet sei. Die Materialisierung dieser Prinzipien oder Werte ist jedoch sehr offen und kann nur von den Völkern als existentiellen Staaten verantwortet werden. Insbesondere ist es ein wesentlicher Unterschied, ob die grundlegenden Rechtsprinzipien von der nationalen Gerichtsbarkeit, insbesondere den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten, verantwortet werden oder vom Gerichtshof der Europäischen Union, zumal dieses Gericht nicht nur keinerlei demokratische Legitimation hat, sondern internationalistisch agiert. Der Gerichtshof der Europäischen Union judiziert durchgehend integrationistisch und ist strukturell nicht in der Lage, den nationalen Besonderheiten der Verfassungsprinzipien gerecht zu werden. Demgemäß spielen die grundlegenden Rechtsprinzipien in der Judikatur des Gerichtshofs keine wesentliche Rolle. Die weitgehende Entdemokratisierung der Rechtsetzung hat der Gerichtshof nicht einmal als Problem angesprochen. Der Gerichtshof hat in mehr als einem halben Jahrhundert noch nicht ein einziges Mal einen europäischen Rechtssetzungsakt als grundrechtswidrig erkannt, obwohl er die Verantwortung für die Grundrechte an sich gezogen hat. Die Rechtskultur der Mitgliedstaaten ist in der von dem Gerichtshof der Europäischen Union verantworteten Integration weitestgehend verloren gegangen. Das letzte Wort in Sachen des Rechts müssen nationale Gerichte haben (dazu 2. Teil Iv)⁷⁸⁵.

Demgemäß hat das deutsche Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts Grenzen gezogen: Erstens bei allgemeiner Verletzung des Wesensgehalts der Grundrechte oder eben des

⁷⁸⁴ Vgl. K. A. Schachtschneider, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 86 ff.

⁷⁸⁵ Dazu K. A. Schachtschneider, Demokratierechtliche Grenzen der Gemeinschaftsrechtsprechung, FS H. H. v. Arnim, 2004, S. 779 ff.

allgemeinen deutschen Grundrechtstandards, zweitens bei Verletzung der Strukturprinzipien des Art. 20 GG, also des demokratischen, des bundesstaatlichen, des sozialen und des rechtsstaatlichen Prinzips, so daß die vielfältigsten Möglichkeiten des Unrechts durch Gemeinschaftsrechtsakte in Betracht kommen. Drittens können die Rechtsakte gegen das Prinzip der begrenzten und bestimmbaren Ermächtigung der Gemeinschaften, also das ultra-vires-Prinzip, verstoßen. Viertens ist das Subsidiaritätsprinzip, welchem das Bundesverfassungsgericht als Kompetenzausübungsschranke Verbindlichkeit beigemessen hat, grundgesetzliche Grenze der Gemeinschaftsgewalt. Fünftens schließlich ist die gemeinschaftsrechtliche Mehrheitsregel durch die „elementaren Interessen der Mitgliedstaaten“ begrenzt, deren Respektierung ebenfalls von der deutschen Gerichtsbarkeit zu gewährleisten ist⁷⁸⁶.

Der polnische Verfassungsgerichtshof hat sogar erkannt, daß das gesamte Recht der polnischen Verfassung dem Gemeinschaftsrecht vorgehe⁷⁸⁷.

Die Rechtslage im Zeitpunkt des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union (1994/5) war somit eine andere als die Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Union zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Das Gemeinschaftsrecht hatte nur einen begrenzten Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten. Demgegenüber führt die zitierte 17. Erklärung zum vertraglichen uneingegrenzten Vorrang des Unionsrechts vor dem gesamten Recht der Mitgliedstaaten. Die Materie der grundlegenden Verfassungsprinzipien der Mitgliedstaaten, insbesondere des Demokratieprinzips und des Rechtsstaats- und des Sozialprinzips, aber auch und insbesondere die Prinzipien der Wirtschaftsverfassung (soziale Marktwirtschaft oder besser marktliche Sozialwirtschaft zum einen und freie Marktwirtschaft zum anderen⁷⁸⁸) bestimmt nach

⁷⁸⁶ BVerfGE 89, 155 (171 ff., 181 ff.); vgl. schon BVerfGE 37, 271 (279); 73, 339 (386, 387); dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 82 ff.

⁷⁸⁷ Urteil vom 11. Mai 2006, Az. K 18/04, Europarecht 2006, 236 ff.

⁷⁸⁸ *K. A. Schachtschneider*, Marktliche Sozialwirtschaft, in: K. Farmer/W. Harbrecht (Hrsg.), Theorie der Wirtschaftspolitik, Entwicklungspolitik und Wirtschaftsethik, Festschrift für Werner Lachmann zum 65. Geburtstag, 2006, S. 41 ff.

der Erklärung vom Vorrang letztlich der Gerichtshof der Europäischen Union und nicht mehr die nationalen Gerichte. Das bedeutet eine tiefgehende Entnationalisierung der Verfassung der Mitgliedstaaten. Die gleichen Vokabeln, welche das Unionsrecht und die Verfassungsgesetze der Mitgliedstaaten, auch das Bundesverfassungsgesetz Österreichs, nutzen, führen keineswegs zur gleichen Rechtsmaterie. Dafür sind die grundlegenden Verfassungsbegriffe allzu offen, das Verfassungssystem allzu unterschiedlich, die Materialisierungsbefugnisse allzu heterogen und die Interessen allzu unterschiedlich.

So sieht neuerdings der europäische Integrationismus das demokratische Prinzip verwirklicht, wenn die Politik legitim, transparent und effizient ist⁷⁸⁹. Transparenz, vor allem Publizität, und Effizienz sind fraglos richtige Rechtsprinzipien, aber Legitimität vermag Legitimation nicht zu ersetzen. Jedwedes politische System hat sich als legitim ausgegeben. Demokratisch ist allein die Legitimation durch das zum Staat verfaßte Volk. Diese Legitimation setzt freie, allgemeine und gleiche Wahlen zu einem das Volk vertretenden Parlament voraus, und dieses vom Volk gewählte Parlament muß die substantielle Verantwortung für die Politik des Staates haben. Politik hat wesentlich die Gesetzgebung zum Gegenstand. Die Gesetze binden das Volk. Das ist nur rechtens, wenn die Gesetze der Wille des Volkes sind. Das gebietet die politische Freiheit als Autonomie des Willens nicht anders als die politische Gleichheit⁷⁹⁰. Dieser demokratisch unverzichtbare Legitimationszusammen-

⁷⁸⁹ Etwa A. v. *Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, S. 28 ff., 35 ff., 107 ff., 304 ff., 433 ff. Hilflös meint die herrschende Europarechtslehre (etwa B. *Beutler*, in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze (Hrsg.), *EU-/EG-Kommentar*, Bd. I, 6. Aufl. 2003, Art. 6 EU, Rdn. 27 ff.) dem demokratischen Postulat mit einem „unionsspezifischen Demokratiebegriff“ genügen zu können, der einen doppelten Legitimationsstrang, einen „unmittelbaren und einen mittelbaren“ habe, wobei die demokratische Legitimation durch das Europäische Parlament verwirklicht werde. Das Europäische Parlament leistet aber mangels Vertretung eines Unionsvolkes und mangels Gleichheit der Wahl keine demokratische Legitimation und ist an der Rechtsetzung nur begrenzt beteiligt (dazu 2. Teil I).

⁷⁹⁰ Zum Ganzen K. A. *Schachtschneider*, *Freiheit in der Republik*, insb. S. 281 ff., 318 ff., 391 ff., 405 ff.

hang ist durch die europäische Integration weitestgehend aufgehoben. Das ist auch der Grund für den mehr als fragwürdigen integrationistischen Demokratiebegriff der Legitimität, der das (vermeintlich) Gute, jedenfalls (vermeintlich) allgemein Gutgeheißene (Anerkannte) als demokratisch ausgibt, mit Blick auf die Geschichte eine höchst fragwürdige und gefährliche Dogmatik, letztlich eine Dogmatik der Entmündigung der Menschen und Völker. Weiterhin soll das (vermeintlich) gewaltenhemmende Organgeflecht der Union als „institutionelles Gleichgewicht“ die horizontale Gewaltenteilung ersetzen⁷⁹¹. Die Gewaltenteilung vor allem zwischen der Legislative und der Exekutive besteht in der Europäischen Union nicht. Die Rechtsetzung ist wesentlich Sache der Exekutive. Das Europäische Parlament ist kein wirkliches Parlament, welches demokratische Legitimation zu leisten vermag. Das rechtsstaatliche Fundamentalprinzip der Gewaltenteilung ist in der Europäischen Union nicht verwirklicht. Die soziale Zielsetzung hat in der Europäischen Union, in der das Marktprinzip strukturell wegen der Grundfreiheiten, die vom Gerichtshof der Europäischen Union mit aller Härte durchgesetzt werden, dominiert, keine Verwirklichungschance. Die Deklaration der Werte in Art. 2 EUV ersetzt in keiner Weise das Leben nach den nominell gleichen Grundprinzipien der Verfassungsgesetze der Mitgliedstaaten.

Der erklärte Vorrang des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten ist somit eine grundlegende Änderung der nationalen Verfassungen und damit eine Gesamtänderung der Bundesverfassung Österreichs, die nach Art. 44 Abs. 3 B-VG ohne Abstimmung des gesamten Bundesvolkes keinesfalls verabschiedet werden darf und darüber hinaus wegen der mittels des Vorrangs verletzten unabänderlichen Strukturprinzipien der Verfassung Österreichs überhaupt nicht zur Disposition der Politik stehen.

⁷⁹¹ Th. Oppermann, *Europarecht*, 3. Aufl. 2005, § 5, Rdn. 5, 10, S. 79 f., 81; EuGH v. 22.05.1990 – Rs. C-70/88 (Parlament/Rat; Tschernobyl), Slg. 1990, I-2041, 2072, Rdn. 21 f.; EuGH v. 30.03.1995 – Rs. C-65/93 (Europäisches Parlament/Rat), Slg. 1995, I-643, I-667, Rdn. 19.

VI. Immerwährende Neutralität

Die immerwährende Neutralität Österreichs, ausweislich des Bundesverfassungsgesetzes vom 26. Oktober 1955 ein Baugesetz der österreichischen Verfassung, der auch in Art. 9a B-VG die umfassende Landesverteidigung Österreichs bestimmt, die nämlich „insbesondere zu Aufrechterhaltung und Verteidigung der immerwährenden Neutralität“ dienen soll, stellt die Mitgliedschaft Österreichs in der Europäischen Union seit dem Beitritt in Frage. Die reiche Diskussion dieses Problems hat bisher nicht zu dessen Lösung geführt⁷⁹².

Ein derart weitreichender und tiefgehender Staatenverbund, wie der der Europäischen Union (ein echter Bundesstaat) und (bislang) der Europäischen Gemeinschaft läßt es nicht zu, die Neutralitätsfrage auf sogenannte Kernelemente zu reduzieren, nämlich auf die Teilnahme an Kriegen, Bündnis- und Stützpunktlosigkeit zu reduzieren⁷⁹³. Das widerspricht bereits dem ersten Absatz des Artikel 1 des Neutralitätsgesetzes, wonach Österreich die immerwährende Neutralität „mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln aufrechterhalten und verteidigen“ wird. Die in Absatz 2 dieses Artikel genannten, wenn man so will, Kernelemente der Neutralität, sind lediglich besonders schwerwiegende Neutralitätsverstöße. Die Mitgliedschaft in der Europäischen Union, die schon durch die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) auf Kriege ausgerichtet ist, ist sicher keine Maßnahme, welche die Neutralität aufrecht zu erhalten und zu verteidigen geeignet ist, schon gar nicht, seit der Ver-

⁷⁹² Hingewiesen sei auf die Abhandlung von *W. Hummer* „Österreich zwischen Neutralität und Integration. Völkerrechtliche, europarechtliche und verfassungsrechtliche Implikationen einer Mitwirkung Österreichs in Systemen sicherheitspolitischer und wirtschaftspolitischer Integration“, in: *M. Pape* (Hrsg.), *Österreich – von der Monarchie zum EU-Partner*, 2000, S. 221 ff., der die dogmatischen Versuche, das Neutralitätsproblem zu beseitigen oder zu verkleinern, darlegt; vgl. auch *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadelmayer*, *Grundriß des Österreichischen Verfassungsrechts*, Rdn. 168, S. 94 („Neutralitätsgesetz partiell“ durch Art. 23 B-VG „materiell derogiert“; Österreich „verschiedentlich nicht mehr als neutral“, „sondern als bündnislos bezeichnet“).

⁷⁹³ Vgl. *W. Hummer*, ebenda, S. 269 f.

trag von Amsterdam die sogenannten Petersberg-Aufgaben in Art. 17 Abs. 2 verankert hat, nämlich „humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, friedenserhaltende Aufgaben sowie Kampfeinsätze bei der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen“. Kampfeinsätze bei Krisenbewältigung können nicht anders als Frieden schaffende Maßnahmen Militärmaßnahmen sein, die nicht der Verteidigung dienen und jedenfalls völkerrechtswidrig sind, wenn sie nicht durch die Vereinten Nationen gemäß deren Charta legalisiert sind. Der Einschränkung des Neutralitätsprinzips auf eine militärische Kernneutralität widerspricht Art. 9 a Abs. 2 B-VG selbst; denn dort heißt es: „Zur umfassenden Landesverteidigung gehören die militärische, die geistige, die zivile und die wirtschaftliche Landesverteidigung“. Richtig sieht die Bundesverfassung die Notwendigkeit, alle Kräfte für die Verteidigung des Landes einzusetzen. Demgemäß sind die geistigen, die zivilen und vor allem die wirtschaftlichen Möglichkeiten eines Landes Teil des Neutralitätsprinzips. Vor allem wirtschaftlich ist Österreich gänzlich in die Europäische Union integriert.

Der Vertrag von Lissabon entwickelt die Sicherheits- und Verteidigungsunion deutlich weiter. Zum einen schafft dieser Vertrag, wie im 2. Teil A und zu IV dargelegt, einen Bundesstaat, in den Österreich eingegliedert ist. Dieser Bundesstaat beendet die immerwährende Neutralität Österreichs und ist damit eine Gesamtverfassungsänderung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG und zudem eine Verletzung der unabänderlichen Strukturprinzipien der Verfassung Österreichs. Die auf eine immer engere Vereinigung der Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Mitgliedstaaten ausgerichtete Regelung des Art. 28a (42) EUV läßt eine eigenständige Landesverteidigung, wie sie Österreich in Art. 9 a B-VG vorsieht, schlechterdings nicht mehr zu. Die Verteidigung, die ausweislich Art. 28a (42) Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 „zu einer gemeinsamen Verteidigung“ führen soll, sobald der Europäische Rat diese einstimmig beschlossen hat, schließt Österreich nicht aus. Auch Österreich verpflichtet sich durch den Vertrag nach Art. 28a (42) Abs. 3 UAbs. 2 S. 1 EUV, „seine militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern“. Diese Verpflichtung wird in Art. 28d (45) EUV, der die Aufgaben der Europäischen Verteidigungsagentur zum Gegenstand hat, näher geregelt. Das ist eine Aufrüstungsverpflichtung im

(vermeintlichen) Interesse aller Mitgliedstaaten, die zur gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik genutzt werden soll.

Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 EUV geltender Fassung läßt die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik der Union „den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten“ insgesamt unberührt. Diese Regelung nimmt Rücksicht auf die zur Neutralität verpflichteten Mitgliedstaaten, auch Österreich. Das mag der Neutralitätspflicht genügt haben, wenn man diese auf einen Kernbereich reduziert. Die entsprechende Formulierung findet sich jetzt aber nur noch in Absatz 7 S. 2 des Art. 28a (42) EUV und betrifft darum nach der Stellung der Regelung im Text ausschließlich die Bündnispflicht im Falle eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates.

Abgesehen davon, daß die Europäische Union durch den Vertrag von Lissabon endgültig zum Bundesstaat wird, so daß die sicherheits- und verteidigungspolitische Differenzierung der Mitgliedstaaten fragwürdig ist, bleiben alle anderen Verpflichtungen aus der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik auch für die neutralen Staaten, also auch für Österreich, verbindlich. Österreich wird durch diesen Vertrag weitestgehend in die Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Union integriert und beendet damit (endgültig) die immerwährende Neutralität und damit einen Grundbaustein seiner Verfassung. Wenn der Schritt überhaupt rechtens ist, bedarf er allemal einer Zustimmung des gesamten Bundesvolkes. So verpflichtet sich Österreich durch Art. 28b (43) Abs. 1 EUV auch zu „humanitären Aufgaben und Rettungseinsätzen, Aufgaben der militärischen Beratung und Unterstützung, Aufgaben der Konfliktverhütung und der Erhaltung des Friedens sowie Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Friedenschaffender Maßnahmen und Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten“. Nach Satz 2 dieser Vorschrift kann mit diesen Missionen „zur Bekämpfung des Terrorismus beigetragen werden, unter anderem auch durch die Unterstützung für Drittländer bei der Bekämpfung des Terrorismus in ihrem Hoheitsgebiet“. Die Terrorismusbekämpfung gestaltet sich gegebenen-

falls zu Angriffskriegen, wie die gegenwärtige Lage in verschiedenen Teilen der Welt erweist.

Durch Art. 23 f. B-VG hat Österreich die Neutralität bereits weitgehend eingeschränkt⁷⁹⁴ und die Beschlüsse des Europäischen Rates zur gemeinsamen Verteidigung der Europäischen Union und zu einer Integration der Westeuropäischen Union der Beschlußfassung des Nationalrates und des Bundesrates überantwortet. Absatz 4 des Art. 23 f. B-VG ermöglicht sogar die Verpflichtung Österreichs zur Entsendung von Einheiten oder einzelnen Personen zu friedenserhaltenden Maßnahmen und Kampfeinsätzen bei der Krisenbewältigung einschließlich friedenschaffender Maßnahmen. Die sicherheits- und verteidigungspolitischen Verpflichtungen, die der Vertrag von Lissabon einführt, gehen über diese bereits zu Lasten der immerwährenden Neutralität in der Bundesverfassung verankerten militärischen Integration Österreichs in der Sicherheits- und Verteidigungspolitik deutlich hinaus, insbesondere die Verpflichtung zur Aufrüstung und die Verpflichtung, den Terrorismus in aller Welt zu bekämpfen, was Angriffskriege im völkerrechtlichen Sinne einschließt.

2 Kopien anbei.

Unterschrift

⁷⁹⁴ So auch *R. Walter/H. Mayer/G. Kucsko-Stadelmayer*, Grundriß des Österreichischen Verfassungsrechts, Rdn. 168, S. 94; *H. R. Klecatsky/S. Morscher/B. Ohms*, Die österreichische Bundesverfassung, VI, S. 323.