

ELSA AUSTRIA LAW REVIEW

Edition VIII
2023

The Rule of Law
in Austria and the European Union

INHALTSVERZEICHNIS

ÜBER ELSA	2
EIN GROSSER DANK FÜR DIE ZUSAMMENARBEIT	2
VORSTELLUNG DES EDITORIAL BOARDS	4
VORWORT	5
LEITARTIKEL	
Fabio König-Bachmann/Hannes Frei	7
VORSTELLUNG DER AUTOR*INNEN	9
ACADEMIC BOARD	11
AUFSÄTZE	
Theorie des integrationsfesten Verfassungskerns	13
Müge Meltem Atsu	
Access to Justice vis-à-vis Immunities: The Austrian Constitutional Court's OPEC judgment	23
Michael Beier	
Arbitration and intra-EU member state judicial enforcement in view of the CJEU Prestige judgment	31
Katharina Gächter	
Rule of Law und Internet Governance: Die Rolle dezentraler Netzwerke für die Internetregulierung	39
Julia Helminger	
VfGH-Richter und ihr Nebenjob – befangen und unvereinbar statt unabhängig und objektiv?	49
Lisa-Martina Köberl	
An Analysis of Austria's Rule of Law Deficits	56
Laura Lenz	
Keine Gnade für den Rechtsstaat?	64
Felix Mayer	
Die Verfassungskrise in der EU am Beispiel Polens: Wie rechtfertigt die PiS die polnischen Justizreformen? ..	72
Gabriel Paulus	
Überlegungen zum Rechtsstaat am Beispiel der Vertragsraumordnung.	84
David Franz Sabitzer	
The Tale of Investment Arbitration – Examining the EU's Case against the Rule of Law	91
Djordje Todorovic	
Verfügt die Europäische Union über ausreichende Handlungsmöglichkeiten, um auf Probleme mit der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten angemessen reagieren zu können?	101
Meryem Vural	

ÜBER ELSA

Die weltgrößte Organisation für Jusstudierende!

Die European Law Students' Association (ELSA) wurde 1981 in Wien von fünf Studenten aus vier Nationen gegründet. ELSA hat heute mehr als 60.000 Mitglieder an über 400 Universitäten in 43 Ländern und ist damit die

weltweit größte unabhängige Jusstudierendenorganisation. ELSA wird von Studierenden für Studierende geleitet und ist politisch unabhängig.

EIN GROSSER DANK FÜR DIE ZUSAMMENARBEIT

Die Durchführung der Vielzahl unserer Projekte wäre ohne die tatkräftige und finanzielle Unterstützung unserer Partner nicht möglich, daher gilt diesen ein besonderer Dank für die erfolgreiche Zusammenarbeit. Neben der finanziellen Unterstützung ermöglicht die Beteiligung

der ELSA Austria Partner an ELSA Veranstaltungen Studierenden einen näheren Einblick in die Praxis zu verschaffen und wichtige Kontakte für die Zukunft zu knüpfen. Unsere Partner tragen somit wesentlich dazu bei, eine Brücke zwischen Universität und Praxis zu bauen.

ELSA Austria Legal Partners

**Baker
McKenzie.**

BINDER GRÖSSWANG

DLA PIPER

 Freshfields Bruckhaus Deringer

 **FSM**
RECHTSANWÄLTE

HOCHLEITNER
Rechtsanwälte

schönherr

 **SCWP
SCHINDHELM**
Saxinger, Chalupsky & Partner
Rechtsanwälte GmbH

TaylorWessing

Wolf Theiss

ELSA Austria is Institutional Observer of

 **ELI**
EUROPEAN
LAW
INSTITUTE

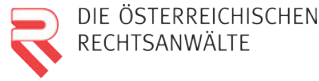
Event Partner

 **JURISTENVERBAND**
Österreichischer Juristenverein-Konzipientenverband

Human Rights Partners



Institutional Partners



Media Partners



Post Graduate Partners



Project Partners



Publishing Partner



IT Partner



Associations

Seit 2012 arbeiten ELSA und AIESEC in Österreich zusammen. Seit 2013 ist auch AFA eine Partnerorganisation von ELSA. Wir freuen uns auf gemeinsame Projekte in Zukunft.



VORSTELLUNG DES EDITORIAL BOARDS



Fabio König-Bachmann

Editor-in-Chief der 8. ELSA Austria Law Review 2023

Fabio König-Bachmann ist Vice President in charge of Academic Activities bei ELSA Austria. Neben der 8. Auflage der EALR hat er ua auch die 2. Ausgabe der CERHA HEMPEL Essay Competition, eine Legal Research Group (LRG) zum Thema „Protection of Cultural Heritage“ sowie diverse weitere Projekte/Events organisiert und mitorganisiert.

Fabio König-Bachmann studiert Rechtswissenschaften und Wirtschaftsrecht an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. Neben dem Studium ist er am Dekanat der rechtswissenschaftlichen Fakultät sowie als juristischer Mitarbeiter in einer Wirtschaftskanzlei angestellt und konnte auch aufgrund wissenschaftlicher Projektaktivitäten und diverser Praktika sowie weiterer Berufserfahrungen schon zahlreiche Erfahrungen sammeln.

Hannes Frei

Co-Editor-in-Chief der 8. ELSA Austria Law Review 2023

Hannes Frei ist Assistant in charge of Academic Activities bei ELSA Austria. Neben der 8. Auflage der EALR organisierte und arbeitete er zuerst auf regionaler und dann auf nationaler Ebene an zahlreichen Projekten und Veranstaltungen mit.

Hannes Frei studierte Rechtswissenschaften an der Universität Innsbruck und engagierte sich nebenher extracurricular ehrenamtlich in einer Reihe von Vereinen. Weiters durfte er bereits Berufserfahrung in Wirtschaftskanzleien, als Mitarbeiter bei einem internationalen akademischen Projekt sowie bei sonstigen Praktika sammeln.

VORWORT

<https://doi.org/10.33196/ealr202301000501> (CC BY 4.0)



Foto: © BKA/Wenzel

Dr.ⁱⁿ Alma Zadić, LL.M.
Bundesministerin für Justiz

„ELSAs Vision von einer gerechten Welt, in der die Würde aller Menschen und die kulturelle Vielfalt geachtet werden, hat nichts von ihrer Aktualität verloren. Heute sind unsere Demokratien mit ständigen Herausforderungen und Bedrohungen konfrontiert. Die Rechtsstaatlichkeit, die einer der Grundpfeiler jeder demokratischen und freien Gesellschaft ist, gerät weltweit wieder vermehrt unter Druck. Die Bedeutung von internationalen Netzwerken wie ELSA, die weiterhin eine Kultur der Solidarität, Transparenz und Vielfalt fördern, ist daher gerade in Zeiten multipler globaler Krisen umso größer.“

VORWORT

<https://doi.org/10.33196/ealr202301000601> (CC BY 4.0)



Foto: © Jakob Glaser

Othmar Karas

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

als Erster Vizepräsident des Europäischen Parlaments und Vertreter Österreichs im Herzen der europäischen Institutionen, bin ich zutiefst erfreut, ein Vorwort für die diesjährige Ausgabe der ELSA Austria Law Review verfassen zu dürfen. Diese Publikation widmet sich einem der grundlegendsten Prinzipien unserer Gesellschaft: der Rechtsstaatlichkeit. Es ist von unschätzbare Bedeutung, dass wir uns mit der Einhaltung von Recht und Werten wieder intensiver auseinandersetzen und diese eingehend beleuchten.

Die Vision von ELSA, „*A just world in which there is respect for human dignity and cultural diversity*“, ist ein Leitstern für unser Streben nach einer besseren Zukunft. Die Rechtsstaatlichkeit ist das Fundament, auf dem eine solche gerechte Welt aufbaut. Sie sichert die Wahrung der Menschenrechte und schützt die Grundfreiheiten eines jeden Einzelnen. In einem Europa, das sich ständig wandelt und neuen sowie bereits bekannten Herausforderungen gegenübersteht, ist die Rechtsstaatlichkeit ein unersetzliches Element, das unsere Stabilität und Einheit bewahrt. Sie gewährleistet, dass die Werte, auf denen die Europäische Union gegründet wurde, in jeder ihrer Handlungen gelebt werden.

Die Artikel in dieser Ausgabe der ELSA Austria Law Review veranschaulichen eindrucksvoll die Komplexität und die Tragweite der Rechtsstaatlichkeit in Österreich und Europa. Sie behandeln eine Vielzahl aktueller Themen, die unsere Rechtsordnung prägen und fordern uns dazu auf, darüber nachzudenken, wie wir unsere rechtsstaatlichen Prinzipien stärken können. Von der Rolle des

Verfassungsgerichtshofs in Bezug auf Immunitäten bis hin zur Frage der Internetregulierung und der Unabhängigkeit der Justiz, decken die Artikel ein breites Spektrum an relevanten Themen ab. Die Autorinnen und Autoren führen uns durch komplexe rechtliche Fragestellungen und liefern detaillierte Analysen, die uns helfen, die Herausforderungen und Potenziale einer funktionierenden Rechtsstaatlichkeit besser zu verstehen.

Die Artikel bieten somit nicht nur eine umfassende Bestandsaufnahme aktueller Fragestellungen, sondern eröffnen auch neue Perspektiven und Lösungsansätze, wie wir unsere rechtsstaatlichen Prinzipien stärken können. Dafür möchte ich den Autorinnen und Autoren meinen aufrichtigen Dank aussprechen. Durch ihre fundierten Forschungen tragen sie maßgeblich dazu bei, das Verständnis für die Bedeutung der Rechtsstaatlichkeit zu erweitern.

Ich hoffe, dass die vorliegende Ausgabe der ELSA Austria Law Review nicht nur Ihre Wissbegierde nährt, sondern auch Ihr Bewusstsein für die Relevanz von Recht und Werten in der Europäischen Union stärkt. Möge sie uns alle dazu inspirieren, weiterhin für eine gerechte Welt einzutreten, in der Respekt vor der Würde des Menschen und kulturelle Vielfalt die Säulen unserer Gesellschaft bilden.

Mit herzlichen Grüßen

Ihr Othmar Karas

Erster Vizepräsident des Europäischen Parlaments

LEITARTIKEL

<https://doi.org/10.33196/ealr202301000701> (CC BY 4.0)



Fabio König-Bachmann

Liebe Leser:innen!

Die vielfältigen Beschwerden beim Verfassungsgerichtshof, die zahlreichen Demonstrationen für den Klimaschutz und die kontroversen Diskussionen um die Grenzen neuer Technologien – mögen sie manchmal lästig erscheinen – sind keineswegs belanglos. Im Gegenteil, sie sind ein klares Zeichen für eine gut funktionierende Rechtsstaatlichkeit in Österreich. Dieses kostbare Gut nehmen wir allzu oft als selbstverständlich hin, ohne zu realisieren, dass Rechtsstaatlichkeit in vielen Teilen der Welt keine Gewissheit ist.

Gerade in Zeiten von zahlreichen Krisen und internationalen Konflikten ist es von großer Bedeutung, der Rechtsstaatlichkeit eine zentrale Plattform zu bieten. Es war für uns daher klar, dieses Thema in der VIII. Auflage der ELSA Austria Law Review in den Fokus zu rücken!

Die Rechtsstaatlichkeit ist ein zwingendes Fundament für das Funktionieren einer immer komplexer werdenden Gesellschaft. In einer Welt, die von Unsicherheit und Veränderung geprägt ist, sind rechtsstaatliche Prinzipien das Rückgrat, das uns Halt und Orientierung bietet.

Eine solide Rechtsstaatlichkeit bildet jedoch nicht nur das Fundament für eine gut funktionierende Gesellschaft, sondern auch für wirtschaftliche Stabilität und nachhaltige Entwicklung. Sie schafft Vertrauen in die Institutionen, fördert den Schutz der Grundrechte und ermöglicht einen fairen Zugang zur Justiz. Wir müssen diese daher wertschätzen und aktiv schützen.

Einen herzlichen Dank möchten wir unseren Partnern aussprechen, auf die wir als ELSA Austria stets zählen können. Ebenso gilt unsere Anerkennung den Damen und Herren des Academic Boards, die durch ihre Expertise dazu beigetragen haben, dass wir die hohe fachliche Qualität unserer ELSA Austria Law Review stets gewährleisten können. Ein besonderer Dank gebührt allen Autor:innen, die mit ihren hochwertigen Beiträgen ihr herausragendes Engagement unter Beweis gestellt haben. Zudem möchten wir dem Verlag Österreich unsere große Wertschätzung aussprechen, der uns seit Jahren tatkräftig bei der Umsetzung dieses Formats unterstützt. Abschließend möchte ich meinem Assistant Hannes Frei danken, der mich während dieses Vereinsjahres bei diesem Projekt und anderen Vorhaben tatkräftig unterstützt hat.

Viel Freude und Vergnügen wünsche ich Ihnen, liebe Leser:innen, bei dieser anregenden Lektüre! Tauchen Sie ein in die verschiedenen Beiträge und lassen Sie sich inspirieren von den Diskussionen und Erkenntnissen, die das Thema Rechtsstaatlichkeit in Österreich und darüber hinaus mit sich bringt. Denn nur durch ein tieferes Verständnis und eine fortwährende Auseinandersetzung mit diesem Thema können wir die Rechtsstaatlichkeit weiter stärken und zu ihrem Schutz beitragen.

Fabio König-Bachmann



Foto: © BLICKFANG

Hannes Frei

Liebe Leserinnen und Leser!

Art 1 B-VG: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“ Mit diesen schlichten Worten legt unsere Bundesverfassung, ein Werk Hans Kelsens, elegant und klar fest, was die Grundlage unseres Rechtsstaats und somit unserer Gesellschaft bildet. Kelsen knüpft dabei nicht die Gewalt oder die Macht an das Volk, sondern an das Recht. Das Recht ist somit das zentrale Bindeglied zwischen Volk und staatlicher hoheitlicher Macht. Staatliches Handeln muss sich daher immer in letzter Instanz auf den Volkswillen zurückführen lassen.

Weiters leitet Kelsen in seinem Werk „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ das Bedürfnis nach Mitbestimmung aus den Grundsätzen der Freiheit und der Gleichheit ab. Wie lässt sich Herrschaft in einer Gesellschaft, in der alle gleich sind, anders legitimieren als durch Mitwirkung? Wie lässt sich dem Einzelnen seine Beherrschung anders erklären als durch Mitbestimmung? Die notwendige Beherrschung des Einzelnen ist daher nur in einer Demokratie erklärbar.

Diese zwei Gedanken verdeutlichen, dass eine funktionierende Demokratie und die Rückführbarkeit staatlichen Handelns auf den Volkswillen, die Grundlage für einen funktionierenden Staat bilden.

Gewalt muss sich stets demokratisch legitimieren lassen, um von der Gesellschaft als rechtmäßig anerkannt zu werden. Rechtsstaatlichkeit und Demokratie sind daher untrennbar miteinander verbunden.

In dieser Ausgabe der ELSA Austria Law Review wird das Thema Rechtsstaatlichkeit aus verschiedenen Perspektiven betrachtet und beleuchtet. Dadurch soll dem Thema die nötige Aufmerksamkeit und Bedeutung geschenkt werden.

Ich möchte mich bei allen Autor:innen für ihre fachlich fundierten Beiträge bedanken. Ohne diese Fülle an qualitativ hochwertigen Beiträgen wäre ein solches Magazin nicht möglich. Ein besonderer Dank gilt Fabio König-Bachmann, dem Editor-in-Chief, für sein Vertrauen und die Möglichkeit an diesem Projekt mitarbeiten zu können.

Ich wünsche Ihnen viel Freude mit dieser Lektüre!

Mag. iur. Hannes Frei

VORSTELLUNG DER AUTOR*INNEN



Mag.^a Müge Meltem Atsu, LL.M. oec.

absolvierte das Masterstudium Recht & Wirtschaft und das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Salzburg. Sie interessiert sich für aktuelle Themen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts.



Michael Beier

studiert derzeit Rechtswissenschaften und Politikwissenschaft an der Universität Wien. Zudem ist er Studienassistent am Institut für Innovation und Digitalisierung im Recht. Seine Interessenschwerpunkte liegen sowohl im Völkerrecht als auch im Europa- und IT-Recht. Durch die Teilnahme an der Sommerhochschule der Universität Wien konnte er weitere Erfahrungen in seinen Interessensgebieten sammeln.



Katharina Gächter

studiert derzeit Rechtswissenschaften an der Universität Innsbruck und arbeitet als studentische Mitarbeiterin am Institut für Theorie und Zukunft des Rechts bei Univ.-Prof. Dr. Matthias C. Kettmann LL.M. (Harvard). Erste praxisrelevante Erfahrungen sammelte sie als Praktikantin in einer international tätigen Wirtschaftskanzlei in Liechtenstein und als Teilnehmerin des 29. Willem C. Vis Moot Court im Bereich des internationalen Zivilprozessrecht und Schiedsrecht anhand Fällen mit transnationalen, mehrschichtigen Gesellschaftsstrukturen. Ihre Interessen liegen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, internationalen und europäischen Zivilprozessrecht, Völkerrecht und emerging fields of law.



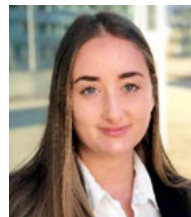
Julia Helminger, BA

schreibt gerade ihre Diplomarbeit zum Thema „Datenschutz im Zusammenhang mit KI-gestützten Analyseanwendungen“ an der Universität Salzburg. Das Interesse für diese dynamische und hochaktuelle Thematik hat sie bereits während ihres Fachhochschulstudiums entdeckt und daher für ihre Bachelorarbeit die Auswirkungen von Datenschutz in Unternehmen untersucht. Während des Studiums hat sie außerdem am Moot Court Arbeitsrecht sowie am Moot Court Kartellrecht teilgenommen. Studienbegleitend hat sie bereits praktische Erfahrung im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit in einer Kanzlei, der Rechtsabteilung einer Hochschule sowie im Datenschutz- und IP-Bereich eines IT-Unternehmens sammeln können.



Lisa-Martina Köberl

studiert Rechtswissenschaften an der Johannes Kepler Universität Linz und verfasst gerade ihre Diplomarbeit zum Thema „Schöpfungen im Arbeitsverhältnis aus Sicht des Urheberrechts“. Nebenbei ist sie als juristische Mitarbeiterin in einer renommierten Linzer Rechtsanwaltskanzlei tätig. Ihre Interessenschwerpunkte liegen vor allem im Bereich Intellectual Property, Datenschutz und Arbeitsrecht.



Laura Verena Lenz

studiert Rechtswissenschaften an der Universität Innsbruck im letzten Semester, wo sie ihre Diplomarbeit zum Thema „Dispute Settlement in International Energy Law“ verfasst. Neben einem Erasmusaufenthalt in Finnland (University of Lapland) im Bereich Digitalisierung, Nachhaltigkeit und Rechtsvergleich absolvierte sie ein Auslandspraktikum in Athen (Außenwirtschaftszentrum WKO) und bekam ein Stipendium, um für ihre Diplomarbeit an der UNSW Sydney zu recherchieren. Ihr Interesse am Thema Rechtsstaatlichkeit wurde durch eine Seminararbeit zum Thema „Russian Constitutional Law“ geweckt.



Mag. iur. Felix Mayer

hat bis Juli 2023 an der Universität Wien Rechtswissenschaften studiert und studiert dort momentan Geschichte. In seinem Studium hat er besondere Schwerpunkte auf die Bereiche des Verfassungs- und des Umweltrechts sowie auf das Strafrecht gelegt. Darüber hinaus ist er bei einer renommierten Kanzlei als wissenschaftlicher Mitarbeiter an einem Kommentar im Bereich des Abfallrechts tätig, wobei ihm hier seine lebenslange Leidenschaft für das wissenschaftliche Arbeiten zugutekommt. Nebenbei konnte er außerdem bereits praktische und internationale Erfahrung sammeln.



Mag. iur. Gabriel Paulus, MA

absolviert derzeit einen LL.M. in European Law and Economic Analysis am College of Europe in Brügge. Davor hat er Jus als auch Politikwissenschaften an der Uni Wien studiert. Aufgrund seiner Leidenschaft für Fremdsprachen (u.a. Polnisch) und Internationalität hat er außerdem Praktika auf drei verschiedenen Kontinenten absolviert.



David Franz Sabitzer, BSc

studiert Rechtswissenschaften an der Universität Linz und Betriebswirtschaft sowie Wirtschaft und Recht an der Universität Klagenfurt. Praxisluft konnte er währenddessen in einer Anwaltskanzlei und im Amt der Kärntner Landesregierung schnuppern. Er arbeitete am Institut für Rechtswissenschaften der Universität Klagenfurt als Studienassistent in den Fachbereichen Privatrecht/Arbeitsrecht und Öffentliches Recht. Außerdem war er Tutor für Privatrecht, Öffentliches Recht sowie Legal Aspects of AI and Cybersecurity. Zurzeit ist er Tutor für Rechtsökonomik und im Vorsitzteam des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen der Universität Klagenfurt. Sein Schwerpunkt liegt im Öffentlichen Recht, besonders im Umwelt-, Datenschutz- und KI-Recht, sowie im Antidiskriminierungsrecht.



Djordje Todorovic

studiert Rechtswissenschaften an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Sein wissenschaftlicher Schwerpunkt liegt hauptsächlich im Bereich des internationalen Rechts, wo er auch eine Schwerpunktausbildung absolviert hat. Er hat beim „Frankfurt Investment Arbitration Moot Court“ teilgenommen und arbeitet seit 1/5 Jahren in einer internationalen Rechtsanwaltskanzlei in Wien (Schönherr Rechtsanwälte GmbH). Er spezialisiert sich dort auf internationale Schiedsgerichtsbarkeit.



Mag.ª Meryem Vural, LL.B.

ist Universitätsassistentin und Dissertantin am Institut für Theorie und Zukunft des Rechts an der Universität Innsbruck. Ihre Dissertation schreibt sie zum Thema „Legalität und Legitimität von statusbezogenen Sonderrechtsregime in der Content Governance“. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Europarecht, im Völkerrecht und im Recht der Digitalisierung.

IMPRESSUM

Herausgeber

ELSA Austria – The European Law Students' Association Austria
Wipplingerstrasse 29 Top 5, 1010 Vienna
E-Mail: vorstand@at.elsa.org
www.elsa-austria.org

Medienpartner und Verleger

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien
E-Mail: office@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

Redaktion

Fabio König-Bachmann/Hannes Frei
Mag. Barbara Binder-Baumgartner (Verlag Österreich)

Layout und Satz

Werner Supanz

Druck der Printausgabe

print+marketing | Schaffer-Steinschütz GmbH

ISSN 2522-6940 electronic

ISSN 2522-6932 print

ACADEMIC BOARD



Univ.-Prof. MMag. Dr. Paul Gragl ist Universitätsprofessor für Europarecht am Institut für Europarecht der Universität Graz. Zu seinen Forschungsschwerpunkten gehören das Verhältnis von Rechtsordnungen, Grund- und Menschenrechtsschutz sowie die theoretischen und philosophischen Grundlagen des Europa- und Völkerrechts.



Priv.-Doz. Dr. Gregor Heißl, E.MA, wurde 2016 die Lehrbefugnis für Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht von der Universität Innsbruck verliehen. Von 2007 bis 2017 war er als post-doc-Assistent und Studiengangsleiter an den Universitäten Wien, Innsbruck und Liechtenstein (UFL) tätig. Seine Habilitationsschrift „Grundrechtskollisionen am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet“ wurde mit dem Dr. Otto Seibert Wissenschafts-Förderungspreis 2016 ausgezeichnet. Darüber hinaus publiziert Gregor Heißl umfassend zum Öffentlichen Recht und besonders zu Grundrechten. Seit Oktober 2017 ist Gregor Heißl Verwaltungsrichter, zuerst in Salzburg und seit Juli 2020 in Innsbruck, wo er unter anderem mit Maßnahmenbeschwerden betraut ist.



Dr. Georg Huber, LL.M. (Univ. of Chicago), CIPP/E blickt auf 25 Jahre Berufserfahrung als Rechtsanwalt zurück, wobei er sowohl über eine Anwaltszulassung in Österreich als auch New York verfügt. Er hat an den Universitäten Innsbruck und Chicago (LL.M.) studiert und ist außerdem akademisch geprüfter Europarechtsexperte sowie CIPP/E (Certified Information Privacy Professional/Europe). Seit 1998 ist Georg Huber Partner bei GPK Pegger Kofler & Partner Rechtsanwälte. Neben dem Datenschutzrecht zählen das IT/IP-Recht, Vertriebs- und Exportrecht, Wettbewerbs- und Kartellrecht sowie das Kunstrecht zu seinen Spezialgebieten. Lehr- und Vortragstätigkeiten sind ebenso Teil seines Berufsalltags – auch über Landesgrenzen hinaus.







Univ.-Prof. Mag. Dr. Matthias C. Kettemann, LL.M. (Harvard) ist Universitätsprofessor für Innovation, Theorie und Philosophie des Rechts am Institut für Theorie und Zukunft des Rechts der Universität Innsbruck und leitet dort das Innsbruck Quantum Ethics Lab und das Digital Diversity Law Lab. Er leitet weitere Forschungsgruppen und -programme am Leibniz-Institut für Medienforschung (Hamburg) und dem Humboldt-Institut für Internet und Gesellschaft (Berlin) und forscht und publiziert zu den Regeln der Macht und der Macht der Regeln in der digitalen Konstellation.



Mag. Dr. Oliver Scheiber ist Richter und Vorsteher des Bezirksgerichts Meidling in Wien. Er hält Lehraufträge an der Universität Wien und an der FH WKW Wien und ist Vorstandsmitglied bei diversen Menschenrechts- und Kulturorganisationen. Mitinitiator des Antikorruptionsvolksbegrühens. Monografie „Mut zum Recht“ (falter, 2019).



Univ. Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach ist Universitätsprofessorin für Völker- und Europarecht an der Paris-Lodron Universität Salzburg. Zu ihren Forschungsschwerpunkten zählt das Recht der internationalen Organisationen, die Rechtsquellen des Völkerrechts und internationales Schadensersatzrecht. Sie leitet ein FWF Projekt zur Haftung der Vereinten Nationen und ist Mitherausgeberin des weltweit rezipierten Kommentares zur Wiener Vertragsrechtskonvention.

Autor/in	Artikel	Academic Editor	Logo
Michael Beier	Access to Justice vis-à-vis Immunities: The Austrian Constitutional Court's OPEC judgment	Univ. Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach	 PARIS LODRON UNIVERSITÄT SALZBURG
Katharina Gächter	Arbitration and intra-EU member state judicial enforcement in view of the CJEU <i>Prestige</i> judgment	Dr. Georg Huber, LL.M. (Univ. of Chicago), CIPP/E	
Julia Helminger, BA	Rule of Law und Internet Governance: Die Rolle dezentraler Netzwerke für die Internetregulierung	Univ.-Prof. Mag. Dr. Matthias C. Kettemann, LL.M. (Harvard)	
Lisa-Martina Köberl	VfGH-Richter und ihr Nebenjob – befangen und unvereinbar statt unabhängig und objektiv?	Dr. Gregor Heißl, E.MA	
Laura Verena Lenz	An Analysis of Austria's Rule of Law Deficits	Mag. Dr. Oliver Scheiber	
Mag. iur. Felix Mayer	Keine Gnade für den Rechtsstaat?	Mag. Dr. Oliver Scheiber	
Mag. ^a Müge Meltem Atsu, LL.M.oec.	Theorie des integrationsfesten Verfassungskerns	Dr. Gregor Heißl, E.MA	
Mag. iur. Gabriel Paulus, MA	Die Verfassungskrise in der EU am Beispiel Polens: Wie rechtfertigt die PiS die polnischen Justizreformen?	Univ.-Prof. MMag. Dr. Paul Gragl	
David Franz Sabitzer, BSc	Überlegungen zum Rechtsstaat am Beispiel der Vertragsraumordnung	Mag. Dr. Oliver Scheiber	
Djordje Todorovic	The Tale of Investment Arbitration – Examining the EU's Case against the Rule of Law	Univ. Prof. Dr. Kirsten Schmalenbach	 PARIS LODRON UNIVERSITÄT SALZBURG
Mag. ^a Meryem Vural, LL.B.	Verfügt die Europäische Union über ausreichende Handlungsmöglichkeiten, um auf Probleme mit der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten angemessen reagieren zu können?	Univ.-Prof. MMag. Dr. Paul Gragl	

AUFSÄTZE

Theorie des integrationsfesten Verfassungskerns

Aus dem nationalen Souveränitätsanspruch resultiert die Theorie des integrationsfesten Verfassungskerns, dessen Existenz jedoch strittig ist. Wird dieser bejaht, so ergeben sich aus dem nationalen Verfassungsrecht Integrationsschranken gegenüber dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, wenn es zu einem wesentlichen Eingriff in die modifizierten Grundprinzipien kommt.

Deskriptoren: Integrationsfester Verfassungskern, Anwendungsvorrang, Grundprinzipien, EU-BeitrittsBVG.

Normen: Art 4 Abs 2 EUV, Art 44 Abs 3 B-VG.

Von Müge Meltem Atsu

1. Einleitung und Problemaufriss

In Deutschland wird vom BVerfG das Modell der „deutschen Verfassungsidentität“ nach Art 79 Abs 3 dGG vertreten.¹ Die dt Rechtsordnung erkennt den Vorrang des Unionsrechts grundsätzlich an, jedoch mit gewissen Integrationsschranken. Erfüllt das in die dt Rechtsordnung übernommene Unionsrecht gewisse Strukturanforderungen, kommt ihm Vorrang gegenüber dem innerstaatlichen Recht zu.² Art 79 Abs 3 dGG enthält eine „Ewigkeitsklausel“. Diese schließt Verfassungsänderungen aus, durch die die Grundsätze, die in den Art 1 und 20 leg cit normiert sind, berührt werden.³ Diese Verfassungsbestandsklausel stellt eine absolute Integrationsschranke dar.⁴

Der EU-Beitritt war auch für Österreich neben seiner politischen Bedeutung vor allem aufgrund der rechtlichen Folgen ein wichtiger Schritt.⁵ Mit dem Beitritt hat die bisher einzige formelle Gesamtänderung der österreichischen Verfassung iSd Art 44 Abs 3 B-VG⁶ stattgefunden.⁷ Der Beitritt hatte Auswirkungen auf das demokratische, bundesstaatliche, rechtsstaatliche und gewaltentrennende Grundprinzip. Durch die Übertragung von weiten Teilen der nationalen Souveränität Österreichs auf die EU wird im Zusammenhang mit dem Anwendungsvorrang und der autonomen Geltung des Unionsrechts immer wieder die Frage über das Verhältnis zwischen nationalem Verfassungsrecht und Unionsrecht aufgeworfen.⁸ Dazu gibt es eine europäische und eine mitgliedstaatliche Interpretation. Nach hA existiert in Österreich kein unabänderlicher Verfassungskern. Eine Änderung unter Einhaltung des Art 44 Abs 3 B-VG ist somit für alle Bestimmungen der Bundesverfassung grundsätzlich möglich.⁹ Damit in enger Relation steht die Theorie des integrationsfesten Verfassungskerns, das aus dem nationalen Souveränitätsanspruch resultiert und einen bundesstaatlichen Charakter der EU ablehnt.¹⁰ Zum integrationsfesten Verfassungs-

1 Vgl BVerfG 30. 6. 2009, 2 BvE 2/08, BVerfGE 123, 267 („Lisabon-Urteil“).
2 Vgl *Streinz*, Europarecht, Rz 235 ff; BVerfGE 73, 339 – Solange II; *Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrationschranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur des EuGH, ÖJZ 2008, 310; *Ludwigs/Sikora*, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, 131.
3 Vgl *Schunder-Hartung*, Roboter-Richter: Stehen wir vor einer Rückkehr der „Bouches de la loi“?, BB 2021, 49.
4 Vgl *Ludwigs/Sikora*, Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG, EWS 2016, 122.
5 Vgl *Potacs*, EU-Verfassung und staatliche Integrationsschranken, JRP 2019, 271 (271).
6 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl Nr 1/1930 idF BGBl I Nr 100/2003.
7 Vgl *Muzak*, B-VG⁶ Art 44 Rz 7.
8 Vgl *Rattinger* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte, Art 44 B-VG, Rz 22; Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016), Rz 11 ff.
9 Vgl *Rattinger* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte, Art 44 B-VG, Rz 25; *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof (1995), 6; *Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht, JBl 2003, 896; *Mayer*,

Gibt es unabänderliches Verfassungsrecht?, in FS Schäffer (2006), 478 ff; *Wiederin*, Gesamtänderung, Totalrevision und Verfassungsgebung, in FS Schäffer (2006), 963; *Vasek*, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsschranken in der österreichischen Bundesverfassung (2013), 187 f; *Rill/Schäffer* in Kneihls/Lienbacher, Art 44 B-VG, Rz 33. Anderer Auffassung sind *Pernthaler*, Der Verfassungskern (1998), 78 ff; *Morscher*, Lebendiges oder gerade noch lebendes Verfassungsrecht – Soll das B-VG seinen 80. Geburtstag erleben? in Wieser/Stolz (Hrsg), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2000) 120 f; *Morscher*, Über unabänderliches Verfassungsrecht, in FS Pernthaler (2005), 243 ff; *Oberndorfer* in Korinek/Holoubek et al, Art 1 B-VG, Rz 10; *Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004), 154 f; Öhlinger, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung, in FS Pernthaler (2005), 284 f; *Stelzer*, Innerparteiliche Demokratie, in FS Schäffer (2006), 783 ff; *Wagrandl*, Wehrhafte Demokratie in Österreich (2019), 223 ff.
10 Vgl *Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrationschranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur, ÖJZ 2008, 307 (307f); Öhlinger, Der souveräne Nationalstaat als Akteur im Prozess der Konstitutionalisierung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in Busek/Hummer (Hrsg), Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union (2006), 112 f.

kern gehören daher jene Verfassungsbestimmungen, die sich nicht dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts unterwerfen. Die Existenz dieser Art von Verfassungsbestimmungen ist strittig. Grund dafür ist, dass das EU-BeitrittsBVG¹¹ keine Regelungen zu etwaigen Integrations-schranken enthält, während in der Regierungsvorlage diese angesprochen werden.¹² In dieser Arbeit wird anfangs auf die unionsrechtliche Sichtweise zum Anwendungsvorrang eingegangen. Danach wird die mitgliedstaatliche Sichtweise in Bezug auf Österreich ausführlich erläutert. Aufgrund des vorgegebenen Umfangs dieser Arbeit konnte nicht auf sämtliche Meinungsverschiedenheiten in der Literatur und Judikatur zum Thema integrationsfester Verfassungskern eingegangen werden.

2. Achtungsgebot des Art 4 Abs 2 EUV¹³

Dem Unionsrecht kommt gegenüber jeder Art von staatlichem Recht Vorrang zu.¹⁴ Auch die verfassungsrechtlich verankerten Grundprinzipien sind grundsätzlich davon betroffen.¹⁵ Für die Beurteilung, ob der Anwendungsvorrang tatsächlich unbegrenzt ist, ist ein Blick auf das in Art 4 Abs 2 EUV normierte Achtungsgebot zu werfen. Geht man von der unionalen Deutung¹⁶ des Art 4 Abs 2 EUV aus, wird ersichtlich, dass ein Eingriff des Unionsrechts in nationale Schutzgüter nur verhältnismäßig erfolgen darf. Wird die Verhältnismäßigkeit gewahrt, so unterliegt das Unionsrecht hinsichtlich des Anwendungsvorrangs keiner weiteren Begrenzung gegenüber staatlichem Recht. Die mitgliedstaatliche Deutung des Art 4 Abs 2 EUV geht hingegen von einer absoluten Grenze aus, wenn bestimmte grundlegende nationale Gesetze von Mitgliedstaaten betroffen sind. Diese werden gänzlich dem Zugriff des Unionsrechts entzogen. Somit ist ein unionsrechtlicher Eingriff in diese – vor allem, wenn es sich um Bestimmungen zur nationalen Identität handelt – nicht zulässig.¹⁷ Beide Deutungen spiegeln jeweils die Ansicht des EuGH bzw der Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten wider. Der EuGH entwickelte trotz Achtungsgebots des Art 4 Abs 2 EUV einen unbeschränkten Vorrang des Unionsrechts gegenüber nationalem Verfassungsrecht.¹⁸ Mitgliedstaatliche Auffassungen – vor

allem das dt BVerfG – bejahen die Existenz eines integrationsfesten Verfassungskerns von Mitgliedstaaten.¹⁹ Der letzten Ansicht zu Folge, entspricht der integrationsfeste Verfassungskern der nationalen Identität nach Art 4 Abs 2 EUV und ist dadurch absolut geschützt.²⁰

Art 4 Abs 2 EUV garantiert unter anderem die Achtung der grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten durch die Union.²¹ Der Begriff der nationalen Identität iSd grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen in Art 4 Abs 2 EUV ist aber ausschließlich dem Unionsrecht zuzuordnen und verpflichtet die Union in erster Linie zur Interessensabwägung. Aus Art 4 Abs 2 EUV allein kann kein umfassender Schutz für bestimmte nationale Verfassungsbestimmungen abgeleitet werden. Somit ist das Verständnis vom einem integrationsfesten Verfassungskern, der sich dem Vorrang des Unionsrechts nicht zu unterwerfen braucht, insoweit problematisch, weil diese nationalen Konzepte nicht automatisch mit den Schutzgütern in Art 4 Abs 2 EUV gleichzusetzen sind. Dem Unionsrecht ist das Konzept des integrationsfesten Verfassungskerns fremd. Art 4 Abs 2 EUV stellt lediglich ein Achtungsgebot dar und betrifft auch nur die Bereiche der Unionszuständigkeit aber ohne jegliche Einschränkung durch integrationsfeste Verfassungsbestimmungen eines Mitgliedstaates. Die Annahme, dass das unionsrechtliche Achtungsgebot dem nationalen Konzept des integrationsfesten Verfassungskern entspricht, würde im Umkehrschluss bedeuten, dass sämtliche Verfassungsbestimmungen, die nicht zum integrationsfesten Verfassungskern gehören, vom Schutzbereich des Art 4 Abs 2 EUV nicht erfasst sind. Diese enge Auslegung würde zu einer ungewünschten Reduktion des unionsrechtlichen Achtungsgebots führen.²² Art 4 Abs 2 EUV verweist auf das nationale Verfassungsrecht („verfassungsmäßige Strukturen“). Dies hat zur Folge, dass im Rahmen der Interessensabwägung mit dem Unionsrecht schwer oder unabänderlichen nationalen Verfassungsbestimmungen grundsätzlich eine bedeutende Rolle zukommt. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass sich der Begriff „grundlegende verfassungsmäßige Strukturen“ weitgehend mit dem Begriff der Grundprinzipien deckt.²³ Manche Autoren sind der

11 Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl Nr 744/1994.

12 Vgl ErläufRV 1546 BlgNR 18. GP, 6.

13 Vertrag über die Europäische Union, ABl. C 202 vom 7.6.2016, 18.

14 Vgl *Muzak*, B-VG⁶, Art III EU-BeitrittsBVG, Rz 6.

15 Siehe dazu VfSlg 15.427, 18.642, 20.291; VwGH 23. 10. 2013, 2012/03/0102; *Bußjäger/Heißl*, ÖJZ 2008, 307 (308).

16 Siehe zum österreichischen Vertreter der unionalen Deutung *Kröll*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 325.

17 Vgl *Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 4 EUV Rz 11.

18 Vgl EuGH 17. 12. 1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg 1970, 1125 Rz 3.

19 Vgl *Posch*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor Verfassungsrecht (2010), 136 ff; *Grabemwarter*, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in von Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht² (2009), 123 ff.

20 Vgl *Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 4 EUV Rz 12.

21 Vgl *Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 4 EUV Rz 34.

22 Vgl *Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 4 EUV Rz 36.

23 Vgl *Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004) 420; *Posch*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor Verfassungsrecht (2010), 129.

Auffassung, dass die beiden Begriffe sogar gleichzusetzen sind.²⁴ Unabhängig von der nationalen Diskussion um die Existenz eines integrationsfesten Verfassungskerns wird derartig eingreifendes Unionsrecht – neben der zu erwartenden politischen Reaktion – auf rechtlicher Ebene ohnehin mit hohen Rechtfertigungsanforderungen konfrontiert sein. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber nicht, dass Verfassungsbestimmungen, die zwar eine besondere historische und rechtliche Bedeutung haben, aber nach nationaler Wertung nicht zum integrationsfesten Verfassungskern gehören, vom Schutzbereich des Art 4 Abs 2 EUV gänzlich ausgeschlossen sind. Ein Beispiel dafür sind die Bestimmungen über Staatssymbole, die nicht als Teil des integrationsfesten Verfassungskerns gelten.²⁵ Das Adelsaufhebungsg²⁶ steht gem Art 149 B-VG im Verfassungsrang. Nach hA zählt es aber nicht zum integrationsfesten Verfassungskern und wird als einfaches Verfassungsgesetz gewertet.²⁷ Dagegen wurde das Adelsaufhebungsg durch den EuGH als Teil der nationalen Identität Österreichs iSd Art 4 Abs 2 EUV anerkannt.²⁸ Somit stellt der EuGH auch nach nationaler Wertung vom integrationsfesten Verfassungskern nicht umfasste Verfassungsgesetze in den Schutzbereich des Art 4 Abs 2 EUV.²⁹

3. Grundprinzipien und integrationsfester Verfassungskern

In Art 1 B-VG ist das demokratische Grundprinzip verankert. Demokratische Republik bedeutet, dass innerhalb des Staates das Recht vom Volk ausgeht. Mit dem Volk iSd Art 1 B-VG sind nach der Lehre und Rsp des VfGH die österreichischen Staatsbürger:innen gemeint.³⁰ Somit ist die Rechtssetzung nach dem B-VG nur durch das österreichische Bundesvolk demokratisch legitimiert. Das demokratische Grundprinzip ist somit schwer im Einklang mit dem Unionsrecht zu bringen, weil dessen Rechtssetzung vorwiegend durch internationale Organe erfolgt. Auch mit dem rechtstaatlichen, gewaltenteilenden und bundesstaatlichen Grundprinzip wurde das

Unionsrecht als unvereinbar gesehen.³¹ Die Neutralität wird nach hA als kein Grundprinzip des österreichischen Verfassungsrechts gesehen, weil sie aus dem Neutralitäts-BVG 1955³² resultiert, während die Grundprinzipien grundsätzlich im B-VG verankert sind.³³

Nach hA stellt der sog integrationsfeste Verfassungskern jenen Bereich des nationalen Verfassungsrechts dar, der vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht berührt wird. Würde das nationale Prozedere der Gesamtänderung nicht durchgeführt werden, so hätte das Vertragsänderungsverfahren nach Art 48 EUV keinen Einfluss auf den integrationsfesten Verfassungskern. Aus nationaler Sicht wären Unionsrechtsakte, die in diesen Bereich eingreifen, absolut nichtig.³⁴

4. Integrationssschranken und EU-Beitritt

Das EU-BeitrittsBVG enthält eine Ermächtigung für den Abschluss des Beitrittsvertrages im Falle der Zustimmung des Bundesvolkes sowie der parlamentarischen Beschlussfassung in Form der qualifizierten Mehrheit. Es wird auch als die verfassungsrechtliche Grundlage für die Öffnung der österreichischen Rechtsordnung gewertet.³⁵ Das EU-BeitrittsBVG selbst enthält keine Bestimmungen über Integrationssschranken. Dies wird in der Literatur als legislativer Mangel gewertet.³⁶ Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage³⁷ weisen aber darauf hin, dass Integrationssschranken ohnehin aus Sinn und Zweck des EU-BeitrittsBVG ableitbar seien und eine explizite Bestimmung dazu nicht notwendig sei.³⁸ Das EU-BeitrittsBVG würde für jene Bereiche der österreichischen Verfassung eine Öffnung zugunsten des Unionsrechts bewirken, die letzterem widersprechen. Davon seien insbesondere die Grundprinzipien betroffen. Laut den Erläuterungen zur Regierungsvorlage kommt es durch das EU-BeitrittsBVG zu einer Modifikation der Grundprinzipien. Diese wurden nicht beseitigt, sondern bestehen in der durch den Beitrittsvertrag veränderten Art weiter. Sie bilden den integrationsfesten Verfassungskern.³⁹

24 Vgl *Kröll*, Adelsaufhebungsgesetz und Unionsbürgerschaft oder EuGH und Emotionen, *ZfV* 2010, 188.

25 Vgl *Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEU, Art 4 EUV Rz 37 f.

26 Gesetz vom 3. April 1919 über die Aufhebung des Adels, der weltlichen Ritter- und Damenorden und gewisser Titel und Würden, StGBI Nr 211/1919 idF BGBl I Nr 2/2008.

27 Vgl *Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEU, Art 4 EUV Rz 35.

28 Vgl EuGH 22. 12.2010, C-208/09, Sayn-Wittgenstein, Slg 2010, I-13693, Rz 83, 92.

29 Vgl *Kröll*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 313 ff.

30 Vgl VfSlg 17.264/2004; *Vasek*, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionschranken in der österreichischen Bundesverfassung (2013) 56; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 332.

31 Vgl *Potacs*, JRP 2019, 271 (271).

32 Bundesverfassungsgesetz vom 26. Oktober 1955 über die Neutralität Österreichs, StF: BGBl Nr 211/1955.

33 Vgl *Öhlinger*, Übernahme des Vertrages von Lissabon in die österreichische Rechtsordnung, Hummer/Obwexer (Hrsg), Der Vertrag von Lissabon (2009) 420.

34 Vgl *Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEU, Art 4 EUV Rz 36.

35 Vgl *Bußjäger/Heißl*, ÖJZ 2008, 307 (308).

36 Vgl *Griller*, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, *ZfRV* 1995, 96.

37 RV des BeitrittsBVG 1546 BlgNR 18. GP 6.

38 Vgl *Griller*, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, *ZfRV* 1995, 95.

39 Vgl RV des BeitrittsBVG 1546 BlgNR 18. GP 6; *Kucsko-Stadlmayer*, Der Vorrang des EU-Rechts vor österreichischem Recht, *ecolex* 1995, 338 ff.

Somit bejahen die Erläuterungen zur Regierungsvorlage grundsätzlich die Existenz von Grundprinzipien in der österreichischen Verfassung auch nach dem Inkrafttreten des EU-BeitrittsBVG. Die Änderung besteht darin, dass die Grundprinzipien durch das EU-BeitrittsBVG modifiziert werden. Denn durch das EU-BeitrittsBVG wird die Ermächtigung zur Übernahme von Unionsvorschriften geschaffen, die nach dem B-VG eine Gesamtänderung der österreichischen Verfassung bewirken. Die Erläuterungen der Regierungsvorlage zum EU-BeitrittsBVG weisen aber auch darauf hin, dass die Öffnung der österreichischen Verfassungsordnung für das Unionsrecht nicht grenzenlos stattfinden soll.⁴⁰ Hinsichtlich des „Schweregrades“ von künftigen Änderungen des Unionsrechts ist auf den Zeitpunkt des österreichischen Beitritts zur EU abzustellen.⁴¹

5. Vertrag von Maastricht

Für den Charakter der EU zum Zeitpunkt des österreichischen Beitritts war der kurz davor in Kraft getretene Vertrag von Maastricht maßgebend.⁴² Nach dem Vertrag von Maastricht umfasste die EU drei Säulen: den EGV, die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres. Im Hinblick auf den Anwendungsvorrang wurden nur in den Rechtsvorschriften der ersten Säule die gesamtändernde Eigenschaft in Bezug auf die innerstaatlichen Grundprinzipien der österreichischen Verfassung gesehen.⁴³ In Bezug auf das demokratische Grundprinzip waren in erster Linie die Wirtschafts- und Währungsunion⁴⁴ sowie der etappenweise Übergang der Währungssouveränität von beteiligten Mitgliedstaaten auf ein ESZB von Bedeutung. Auch hatte die Wirtschaftsunion mit den strengen Konvergenzkriterien und dem Bail Out-Verbot, die aus dem Prinzip der budgetären Eigenverantwortlichkeit⁴⁵ resultierten, einen Einfluss auf das innerstaatliche demokratische Grundprinzip. Nach dem Vertrag von Maastricht kamen zum damaligen Zeitpunkt den Ministern im Rat der EU auch eine relativ große Bedeutung in Bezug auf die Rechtssetzung zu. Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments bestand im Prinzip aus einem Anhörungsrecht. Für viele Bereiche war im Rat eine

einstimmige Entscheidung notwendig. Somit hatte die staatliche Souveränität der Mitgliedstaaten einen relativ hohen Einfluss auf das Regelwerk der EU. Auch war für Änderungen des Primärrechts eine Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten erforderlich.⁴⁶ Dieses zum Beitrittszeitpunkt bestehende und übernommene Regelwerk der EU ist maßgeblich für die Beurteilung, ob künftige Vertragsänderungen eine Volksabstimmung erforderlich machen, wenn mit wesentlichen Beeinträchtigungen der Grundprinzipien gerechnet werden muss. Eine solche Feststellung ist nicht einfach und würde eine umfassende Begründung der Entscheidung durch den VfGH mit sich ziehen.⁴⁷

6. Vertrag von Amsterdam

Der Vertrag von Amsterdam trat im Jahr 1999 in Kraft und stellte die erste Primärrechtsänderung nach dem Beitritt Österreichs dar. Diese Vertragsänderung war mit einer Ausweitung der Mitentscheidungskompetenzen des Europäischen Parlaments verbunden. Dies führte in weiterer Folge zu einer Schwächung des Rates, was wiederum die Souveränität der Mitgliedstaaten beeinflusste. Weiters wurde die erste Säule erweitert. Angelegenheiten der Asyl- und Einwanderungspolitik wurden in den EGV verschoben. Dieses „Upgrade“ führte aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zu einem Eingriff in die staatliche Souveränität.⁴⁸ Abgeschwächt wurde dieser Eingriff wiederum durch den Umstand, dass für diese Bereiche weiterhin grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip im Rat erforderlich war.⁴⁹ Der Vertrag von Amsterdam hatte insgesamt einen beschränkenden Einfluss auf das demokratische Prinzip, weil es zu einer Verringerung der Einflussmöglichkeit des Bundesvolkes auf die Unionsrechtssetzung kam. Nichtsdestotrotz wurden diese Einschränkungen nicht als Gesamtänderung der Bundesverfassung gewertet.⁵⁰ Es kam also zu keiner Volksabstimmung. Auf Basis der dafür geschaffenen verfassungsrechtlichen Ermächtigung⁵¹ wurde der Vertrag von Amsterdam ratifiziert. Auch in den Gesetzesmaterialien zur verfassungsrechtlichen Ermächtigung sind keine Hinweise enthalten, die auf eine Gesamtänderung hindeuten.⁵²

40 Vgl. *Palmstorfer*, Bundesverfassungsrechtliche Integrationsschranken und Unionsrecht, in: Jabloner et al (Hrsg), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag (2019), 417 (418).

41 Vgl. RV des BeitrittsBVG 1546 BlgNR 18. GP 7.

42 Vgl. Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in: Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 7.

43 Siehe RV des BeitrittsBVG 1546 BlgNR 18. GP 7.

44 Vgl. Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in: Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 7.

45 Vgl. *Potacs*, Verantwortung in der Wirtschafts- und Währungsunion, EuR-Beiheft 2015, 136 ff.

46 Vgl. *Potacs*, JRP 2019, 271 (273).

47 Vgl. Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in: Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 78.

48 Vgl. *Potacs*, JRP 2019, 271 (273).

49 Siehe Art 62 iVm Art 67 EGV idF des Vertrages von Amsterdam.

50 Vgl. *Potacs*, JRP 2019, 271 (273).

51 Art I des BVG über den Abschluss des Vertrages von Amsterdam, BGBl I 76/1998.

52 Siehe RV 1152 BlgNR XX. GP 3, sowie AB 1168 BlgNR XX. GP 1 f und AB 1253 BlgNR XX. GP 1.

7. Vertrag von Nizza

Der Vertrag von Nizza trat im Jahr 2003 in Kraft. Auch der Vertrag von Nizza war für den Einfluss des Bundesvolkes auf das Unionsrecht mit weiteren Einschränkungen verbunden.⁵³ Die Stimmengewichtung im Rat nach der Bevölkerungsanzahl kam vor allem den bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten zugute. Auch erfolgte die Herabsetzung der Anzahl der österreichischen Mitglieder im Europäischen Parlament (von 21 auf 17 Mitglieder).⁵⁴ Aber auch diese Form der Beschränkung der österreichischen Souveränität wurde verglichen mit dem Unionsrecht zum Beitrittszeitpunkt nicht als gesamtändernd betrachtet. Auf Grundlage einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung⁵⁵ kam es daher zur Ratifizierung des Vertrages von Nizza – dies wieder ohne vorangehende Volksabstimmung. Auch die Gesetzesmaterialien zur verfassungsrechtlichen Ermächtigung schweigen zum Vorliegen einer etwaigen Gesamtänderung.⁵⁶

8. Vertrag von Lissabon

Mit dem Vertrag von Lissabon kam es zur nächsten Vertragsänderung. In Österreich wurde dafür eine verfassungsrechtliche Ermächtigung geschaffen.⁵⁷ Eine Volksabstimmung fand wieder nicht statt.⁵⁸ In der Literatur wurde jedoch der im ursprünglichen Verfassungsvertrag, welcher aufgrund ablehnender Volksabstimmungen in Frankreich und in den Niederlanden scheiterte, enthaltene explizite Vorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Verfassungsrecht als eine Gesamtänderung der Verfassung gewertet.⁵⁹ Der als formale Neufassung des ursprünglichen Vertrags geltende Vertrag von Lissabon, welcher den Anwendungsvorrang des Unionsrechts lediglich in der Erklärung Nr. 17 enthält, wird in der Literatur hingegen nicht als Gesamtänderung gewertet.⁶⁰ Mit dem Vertrag von Lissabon waren beachtliche Änderungen wie etwa die für Mitgliedstaaten verbindliche Grundrechtecharta verbunden. Für das demokratische Grundprinzip der Verfassung ist vor allem die Ausweitung der Rechte des Europäischen Parlaments von Bedeutung, denn das

Mitentscheidungsverfahren (ordentliches Gesetzgebungsverfahren) wurde zum Regelfall gemacht.⁶¹

9. Art 136 Abs 3 AEUV

Nach dem Vertrag von Lissabon kam es zu einer weiteren Vertragsänderung mit Art 136 Abs 3 AEUV. Damit wurde im Rahmen eines vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens die Ermächtigung geschaffen, einen Stabilitätsmechanismus für die Euro-Mitgliedstaaten einzurichten.⁶² Durch den ESM-Vertrag ist es nun möglich, Finanzhilfen an Euro-Mitgliedstaaten mit finanziellen Schwierigkeiten zu gewähren. Das dt BVerfG sah in Art 136 Abs 3 AEUV einen grundlegenden Umbau der ursprünglichen Wirtschafts- und Währungsunion, weil er Auswirkungen auf die Eigenständigkeit der nationalen Haushalte hat.⁶³ Der EuGH sah aber in der Einführung des Art 136 Abs 3 AEUV die Bestätigung einer bereits existierenden Zuständigkeit von Mitgliedstaaten.⁶⁴ Aufgrund dieser Argumentation war es auch in Österreich nicht möglich, Art 136 Abs 3 AEUV einen gesamtändernden Charakter beizugeben. Daher fand die Annahme dieser Regelung ausschließlich im Rahmen eines parlamentarischen Normerzeugungsverfahrens statt.⁶⁵ Der Erhöhung der demokratischen Legitimation auf Ebene der EU folgte jedoch eine Beschränkung der Einflussmöglichkeit des im Rat vertretenen österreichischen Bundesvolkes. Zudem wurde das Abstimmungsverfahren im Rat geändert (qualifizierte Mehrheit statt Einstimmigkeit). Die Einführung des vereinfachten Vertragsänderungsverfahrens⁶⁶ hatte hingegen keinen bedeutsamen beschränkenden Einfluss auf die staatliche Souveränität der Mitgliedstaaten, weil das Erfordernis der Ratifikation nicht weggefallen ist.

10. Das Problem der schleichenden Gesamtänderung

Seit dem EU-Beitritt ist insbesondere die Entwicklung zu beobachten, dass es schrittweise durch die bereits stattgefundenen Vertragsänderungen zur Beschränkung der Einflussmöglichkeit des Bundesvolkes in Bezug auf

53 Vgl *Potacs*, JRP 2019, 271 (274).

54 Siehe dazu AB 888 BlgNR, XXI. GP 2 ff.

55 Vgl Art I Abs 1 des Bundesverfassungsgesetzes zum Abschluss des Vertrages von Nizza, BGBl I 120/2001.

56 Siehe dazu RV 565 BlgNR XXI. GP 3; AB 807 BlgNR XXI. GP 1, AB 888 BlgNR XXI. GP 14 f.

57 Vgl BVG über den Abschluss des Vertrages über eine Verfassung für Europa, BGBl I 12/2005.

58 Vgl *Potacs*, JRP 2019, 271 (274).

59 Vgl *Potacs*, JRP 2019, 271 (FN 25).

60 Vgl Öhlinger, Übernahme des Vertrages von Lissabon in die österreichische Rechtsordnung, in Hummer/Obwexer (Hrsg), Der Vertrag von Lissabon (2009) 418 f.

61 Siehe Art 294 AEUV.

62 Siehe Beschluss 2011/199/EU des Europäischen Rates v 25.03.2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (ABl 2011/L 91/1).

63 Vgl BVerfG, 2 BvR 1390/12 v 18.03.2014, Rz 180; *Nettesheim*, Der Umbau der europäischen Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in Kadelbach (Hrsg), Nach der Finanzkrise (2012) 45; *Kabl*, Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts – ein Lehrstück zur horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung, DVBl 2013, 203.

64 Vgl EuGH Rs C-370/12 (Pringle), ECLI:EU:C:2012:756, Rz 184.

65 Vgl *Potacs*, JRP 2019, 271 (275).

66 Vgl Art 48 Abs 6 EUV.

Entscheidungen auf EU-Ebene kam. Es ist fraglich, ob dieser schleichende Prozess als Gesamtänderung der Bundesverfassung gewertet werden kann. In den Erläuterungen der Regierungsvorlage zum Vertrag von Lissabon wurde sogar darauf eingegangen. Allen voran wurde festgestellt, dass die durch den EU-BeitrittsBVG entstandenen Grenzen für eine Gesamtänderung nicht klar und eindeutig definiert seien.⁶⁷ Beim Wechsel vom Einstimmigkeitsprinzip zur qualifizierten Mehrheit im Rat wurde dessen Einfluss auf das demokratische Prinzip grundsätzlich in Frage gestellt. Mit dem Argument, dass das Regelungswerk der EU zum Beitrittszeitpunkt Österreichs ohnehin in vielen Bereichen das Mehrheitsprinzip verlangte, wurde das demokratische Prinzip von diesem Vorgang als nicht wesentlich beschränkt gesehen.⁶⁸ Insgesamt wurden die Änderungen des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon nicht als gesamtändernd in Bezug auf die Bundesverfassung gewertet.⁶⁹ Auch in der Literatur wird davon ausgegangen, dass durch den Vertrag von Lissabon die Grenze zur einer Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht erreicht wurde.⁷⁰

11. Vertragsänderungen in der Zukunft

Im Hinblick auf die bisherigen Vertragsänderungen kann festgestellt werden, dass es schrittweise zur Beschränkung des demokratischen Grundprinzips kam. Für das Bewirken einer Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG wurde dies aber vom Bundesverfassungsgesetzgeber – wie auch vom Schrifttum⁷¹ – noch nicht als ausreichend gesehen.⁷² Dementsprechend wurden Individualanträge, die für das Vorliegen einer Gesamtänderung argumentierten, vom VfGH mangels Antragslegitimation als unzulässig zurückgewiesen.⁷³ Betreffend zukünftige Vertragsänderungen stellt sich die Frage, ob sie die Schwelle

zur Gesamtänderung überschreiten werden. Würde eine Gesamtänderung bewirkt werden, so ist eine Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG erforderlich. Für die Beurteilung, ob eine Gesamtänderung vorliegt, ist ein Vergleich mit dem zum Beitrittszeitpunkt übernommenen Unionsrecht und den zu diesem Zeitpunkt modifizierten Grundprinzipien der österreichischen Verfassung zu machen.⁷⁴ Das EU-BeitrittsBVG umfasste nicht zukünftige Vertragsveränderungen, sondern lediglich das damals existierende Regelungswerk der EU. Für das Vorliegen einer Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG muss es daher zu einer gravierenden Änderung oder gar Aufhebung der modifizierten Grundprinzipien der Verfassung durch die Vertragsänderung kommen.⁷⁵ Wenn ein Grundprinzip bloß berührt wird, liegt keine Gesamtänderung, sondern eine Teiländerung vor.⁷⁶

Aufgrund der komplexen Verflechtung des EU-BeitrittsBVG mit der beim Beitritt übernommenen Unionsrechtsordnung ist die Feststellung einer Gesamtänderung natürlich schwierig. Ein weitreichender Kompetenzverlust Österreichs im Rahmen einer zukünftigen Vertragsänderung könnte als ein gravierender Eingriff in das demokratische Grundprinzip gewertet werden.⁷⁷ Eine Gesamtänderung wurde bspw bei der Veränderung von internen Strukturen der Unionsrechtsordnung vorliegen.⁷⁸ Auch in der Praxis unrealistische Veränderungen wie etwa die Abschaffung des Europäischen Parlament mit einer Kompetenzübertragung auf die Kommission⁷⁹ oder die Gewährung eines absoluten Vetorechts zu Gunsten der Kommission in sämtlichen nationalen Gesetzgebungsverfahren wären Bsp für derartige Veränderungen.⁸⁰ Hinsichtlich potentieller Vertragsänderungen zur Weiterentwicklung der EU ist auch zu beachten, dass durch die bereits stattgefundenen Vertragsänderungen das demokratische Grundprinzip ohnehin schrittweise

67 Vgl RV 417 BlgNR XXIII. GP 45.

68 Vgl RV 417 BlgNR XXIII. GP 47.

69 Vgl RV 417 BlgNR XXIII. GP 49.

70 Vgl *Lienbacher*, *Ausgewählte Rechtsfragen der Anwendung des Vertrages von Lissabon in Österreich*, in *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon* (2009), 430; *Bußjäger*, *Folgen aus dem Lissabonurteil des Bundesverfassungsgerichts*, JBL 2010, 281; *Potacs*, JRP 2019, 271 (275).

71 Vgl *Öhlinger/Potacs*, *EU-Recht und staatliches Recht*⁶, 59; *Öhlinger*, *Übernahme des Vertrages von Lissabon in die österreichische Rechtsordnung*, in *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon* (2009), 420; *Öhlinger*, *Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen?*, *ecolex* 2008, 291; *Lienbacher*, *Ausgewählte Rechtsfragen der Anwendung des Vertrages von Lissabon in Österreich*, in *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon* (2009), 430.

72 Vgl *Palmstorfer*, 417 (420).

73 Siehe dazu VfGH SV 1/10 VfSlg 19.085/2010; VfGH SV 2/10 VfSlg 19.170/2010; VfGH G 149/08 ua VfSlg 18.740/2009.

74 Vgl *ErläutRV 1546 BlgNR 18. GP 6*; *Öhlinger*, *EU-BeitrittsBVG*, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht* (2016) Rz 78.

75 Vgl *Berka*, *Verfassungsrecht*⁷ (2018) Rz 112; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, *Bundesverfassungsrecht*¹¹ (2015), Rz 78; *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹¹ Rz 64; *Rill/Schäffer/Rill* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2014), Art 44 B-VG Rz 36; *Stolzlechner/Bezemek*, *Einführung in das öffentliche Recht*⁷ (2018) Rz 168; *Thaler*, *Grundlagen*³ 35; *Adamovich et al*, *Österreichisches Staatsrecht I2* (2011), Rz 10.002.

76 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹¹ Rz 65.

77 Vgl *Palmstorfer*, 417 (420).

78 Vgl *Öhlinger*, *EU-BeitrittsBVG*, in *Korinek/Holoubek et al* (Hrsg), *Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht* (2016) Rz 78.

79 Vgl *Griller*, *Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft*, ZFRV 1995, 97.

80 Vgl *Palmstorfer*, „Die WWU, ihre Krise und Reform“: Eine Untersuchung ausgewählter unions- und bundesverfassungsrechtlicher Problemstellungen, *Habilitationsschrift* (2019) 417.

eingeschränkt wurde. Dieser schleichende Prozess sollte bei der Entscheidung über den gesamtändernden Charakter von künftigen Vertragsänderungen im Auge behalten werden.⁸¹ Ebenso würde die Umwandlung der EU in einen Bundesstaat eine Gesamtänderung bewirken.⁸² Bei dieser Umwandlung würde der Union eine Kompetenz-Kompetenz⁸³ zukommen. Über Vertragsänderungen hätten die EU-Organe mit (qualifizierter) Mehrheit zu entscheiden.⁸⁴ Würde es zu einer grundlegenden Änderung der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten kommen, so würde auch eine Gesamtänderung vorliegen.⁸⁵ Ein weiteres Bsp für das Überschreiten der Schwelle zu einer Gesamtänderung wäre etwa die gänzliche Abschaffung des Einstimmigkeitsprinzips im Rat. Andere Bsp für das Vorliegen einer Gesamtänderung wären die Weiterentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion sowie die Entwicklung von der budgetären Eigenverantwortlichkeit Mitgliedstaaten zu einer gegenseitigen Haftungsunion.⁸⁶

12. Abgeleitetes Unionsrecht

Fraglich ist, ob Integrationssschranken auch in Bezug auf abgeleitetes Unionsrecht bestehen. Letzteres wird im Gegensatz zu den Unionsverträgen von Unionsorganen erzeugt, die diese Unionsmaßnahmen aus geltenden Unionsverträgen ableiten.⁸⁷ In der Literatur werden zwei unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten. Nach der ersten Ansicht existieren sowohl für unionsrechtskonforme als auch für unionsrechtswidrige Maßnahmen Integrationssschranken, wenn es durch sie zu einem Widerspruch gegenüber den modifizierten Grundprinzipien der Bundesverfassung kommt. In einem solchen Fall würde vom Vorliegen einer Gesamtänderung der Bundesverfassung ausgegangen werden.⁸⁸

Nach der zweiten Ansicht wird angenommen, dass die in der Regierungsvorlage enthaltenen Integrations-

schranken nur an unionsrechtswidrige abgeleitete Unionsmaßnahmen adressiert sind (sog ultra-vires-Akte).⁸⁹ Diese Art von Unionsmaßnahmen liegen bei einer Überschreitung der unionsrechtlichen Organkompetenz vor.⁹⁰ Einerseits verdeutlichen und anerkennen die Gesetzesmaterialien die Zuständigkeit der Unionsgerichte für die Beurteilung bzw das Vorliegen der Unionsrechtswidrigkeit von Unionsakten.⁹¹ Aus dem Auslegungs- und Normverwerfungsmonopol des EuGH ergeben sich somit Berührungspunkte mit dem rechtsstaatlichen Prinzip – vor allem in Bezug auf die eigenständige Entscheidungsfindung der österreichischen Höchstgerichte.⁹² Andererseits betonen die Gesetzesmaterialien, dass grob fehlerhafte Organakte auch ohne die ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung von Integrationssschranken bei einem Verstoß gegen die Grundprinzipien der Bundesverfassung als absolut nichtig zu betrachten sind. Dabei kann die grobe Fehlerhaftigkeit des Organaktes aus einem qualifizierten unionsrechtlichen Verstoß oder auch aus dem Verstoß gegen die modifizierten Grundprinzipien resultieren.⁹³ Auf den ersten Blick sehen die beiden Aussagen in den Gesetzesmaterialien etwas widersprüchlich aus. Um diesen scheinbaren Widerspruch zu beseitigen, könnte dafür argumentiert werden, dass sich die letztere Aussage nicht auf alle Unionsakte, sondern lediglich auf Urteile des EuGH bezieht. Daher werden den in den Gesetzesmaterialien anerkannten Normverwerfungs- und Auslegungsmonopol des EuGH Grenzen iSd modifizierten Grundprinzipien gesetzt.⁹⁴ Ausschließlich im Falle eines schwerwiegenden und offenkundigen Fehlers in einem EuGH Urteil kommen innerstaatliche Integrationssschranken zum Zug, weil bereits offenkundig schwere Fehler aufweisende Unionsakte unionsrechtlich absolut nichtig sind.⁹⁵ Es wird sich hier um extreme Ausnahmefälle handeln, weil derartige Entscheidungen des EuGH nicht (häufig) vorkommen werden. Die innerstaatliche Integrationsgrenze würde bei einem offensicht-

81 Vgl *Potacs*, JRP 2019, 271 (276).

82 Vgl Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 78.

83 Vgl *Bußjäger*, Folgerungen aus dem Lissabonurteil des Bundesverfassungsgerichts, JBl 2010, 281.

84 Vgl Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 57, 73.

85 Vgl Öhlinger, Braucht Europa eine Verfassung?, JRP 2012, 44f; Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 78.

86 Vgl *Potacs*, JRP 2019, 271 (276).

87 Vgl *Palmstorfer*, 417 (418, 421, 426).

88 Vgl *Bußjäger/Heißl*, ÖJZ 2008, 307 (313); Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶, 60; Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 81; *Mayer/Kucsko-Stadmayer/Stö-*

ger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015), Rz 246/10; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016), Rz 65; *Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004) 433.

89 Vgl ErläutRV 1546 BlgNR 18. GP 5ff; *Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004) 430; Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 85; *Isak*, Kompetenzüberschreitende Akte von Organen der Europäischen Union – Die Sicht des österreichischen Verfassungsrechts, in Simma/Schulte (Hrsg), Völker- und Europarecht in der aktuellen Diskussion (1999) 34; *Griller*, Blockademöglichkeiten gegen die Einführung des Euro? JRP 1997, 230.

90 Vgl ErläutRV 1546 BlgNR 18 GP 7; *Palmstorfer*, 417 (418f).

91 Vgl ErläutRV 1546 BlgNR 18 GP 7.

92 Vgl ErläutRV 1546 BlgNR 18 GP 4.

93 Vgl ErläutRV 1546 BlgNR 18 GP 7.

94 Vgl *Palmstorfer*, 417 (421, 427).

95 Vgl EuGH 15.06.1994, Rs C-137/92.

lichen und schwerwiegenden Verstoß des Grundsatzes der begrenzten Einzelmächtigung nach Art 4 Abs 1 S 1 EUV und daher bei einer gravierenden Überschreitung der verfassungsrechtlichen Integrationsermächtigung zur Anwendung kommen. In diesen sog ultra-vires-Urteilen würde das Unionsrecht in einer methodisch nicht mehr zu vertretbaren Weise ausgelegt werden. Die Entscheidung würde als grob fehlerhaft gewertet werden.⁹⁶ Zudem muss diese Auslegung den zum Beitrittszeitpunkt modifizierten Grundprinzipien widersprechen. Bei einem derartigen ultra-vires-Urteil wären insbesondere das rechtsstaatliche bzw das demokratische Grundprinzip betroffen. In einem solchen Fall würde die absolute Nichtigkeit des EuGH-Urteils angenommen werden⁹⁷ und seinem Befolungsanspruch würde innerstaatlich nicht Folge geleistet werden.⁹⁸

13. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass auch nach dem Beitritt Österreichs zur EU die Existenz von Grundprinzipien in einer modifizierten Form bejaht wird. Diese stellen implizite Integrationssschranken für die Weiterentwicklung des Unionsrechts im Rahmen von Vertragsänderungen dar. Der Bundesverfassungsgesetzgeber ist bei keiner bisher erfolgten Vertragsänderung von einer Gesamtänderung iSd Art 44 Abs 3 B-VG ausgegangen.⁹⁹ Zu einer Gesamtänderung würde es kommen, wenn die durch das EU-BeitrittsBVG veränderte Grundprinzipien durch zukünftige Vertragsänderungen so der Art beeinträchtigt wären, dass Vertragsänderungen gemessen am übernommenen Unionsrecht zum Beitrittszeitpunkt eine wesentliche Einschränkung von Grundprinzipien darstellen würden. In einem solchen Fall wäre eine Vertragsänderung einer obligatorischen Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG zu unterziehen, weil sie eine Gesamtänderung der österreichischen Verfassung darstellen würde.¹⁰⁰ In der Literatur werden derartige Vertragsveränderungen als jene, die gravierende Folgen auf die EU-Mitgliedschaft haben, beschrieben.¹⁰¹ Gesamtänderndes Primärrecht kann die Integrationssschranken nur nach Durchführung des Verfahrens nach

Art 44 Abs 3 B-VG beseitigen. Der EU kommt betreffend die Prinzipien der Grundordnungen von Mitgliedstaaten aufgrund der ihrer autonomen Rechtsordnung keine Kompetenz-Kompetenz zu. Die seit dem EU-Beitritt modifizierten Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung bestehen in Form von Integrationssschranken grundsätzlich auch gegenüber dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Unionsrecht, das gegen die Grundprinzipien verstößt, ist als verfassungswidrig zu werten. Dies kann sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht vorkommen. Derartige Änderungen des Primärrechts sind ohne der Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG verfassungswidrig. In einem solchen Fall würde der VfGH im Verfahren nach Art 140a B-VG den betreffenden Staatsvertrag für rechtswidrig erklären. Die Änderung des Primärrechts würde somit innerstaatlich keine Wirkung entfalten.¹⁰² Für zukünftige Vertragsänderungen sind die verfassungsrechtlichen Integrationssschranken zu beachten, wenn durch die Vertragsänderung ein Eingriff in die zum Beitrittszeitpunkt modifizierten Grundprinzipien erfolgt. Liegt ein derartiger Eingriff vor, wird die Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG obligatorisch. Es wird angenommen, dass aus der Sicht des Bundesverfassungsgesetzgebers abgeleitetes Unionsrecht vorerst ausschließlich durch Unionsgerichte überprüft wird. Nur im Fall eines grob fehlerhaften ultra-vires-Urteils besteht eine bundesverfassungsrechtliche Integrationssschranke. Der Befolungsanspruch eines solchen, in keinster Weise mehr vertretbaren Urteils findet bundesverfassungsrechtlich keine Anerkennung.¹⁰³

Korrespondenz: Mag.^a Müge Meltem Atsu, LL.M. oec., meltem.atsu@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8871-7943>

Literaturverzeichnis

Adamovich et al, Österreichisches Staatsrecht I2 (2011).
Baumgartner, Der Rang des Gemeinschaftsrechts im Stufenbau der Rechtsordnung, JRP 2000, 84.
Bußjäger, Folgerungen aus dem Lissabonurteil des Bundesverfassungsgerichts, JBl 2010, 281.

96 Vgl Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 87; Potacs, Zum Rang des Gemeinschaftsrechts gegenüber staatlichem Recht, in FS Laurer (2009) 193; Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶, 60; Griller, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, ZfRV 1995, 98.

97 Vgl ErläutRV 1546 BlgNR 18. GP 7.

98 Vgl Palmstorfer, 417 (421, 428).

99 Vgl Palmstorfer, 417 (420).

100 Vgl Griller, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, ZfRV 1995, 96; Potacs, JRP 2019, 271 (272).; Baumgartner, Der Rang des Gemeinschaftsrechts im Stufenbau der Rechtsordnung, JRP 2000, 86 FN 22; Bußjäger/Heißl, ÖJZ 2008, 307 (312); Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017), 59; Palmstorfer, 417 (418).

101 Vgl Öhlinger, EU-BeitrittsBVG, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2016) Rz 74.

102 Vgl Bußjäger/Heißl, ÖJZ 2008, 307 (313f).

103 Vgl Palmstorfer, 417 (428).

- Bußjäger/Heißl*, Nationaler Souveränitätsanspruch versus autonome Rechtsordnung? Integrations-schranken im Spannungsverhältnis zur Vorrangjudikatur, *ÖJZ* 2008, 307.
- Grabenwarter*, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in von Bogdandy/Bast (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht*² (2009) 121.
- Griller*, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, *ZfRV* 1995, 95.
- Griller*, Blockademöglichkeiten gegen die Einführung des Euro?, *JRP* 1997, 230.
- Hatje* in Schwarze³, Art 4 EUV Rz 12.
- Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof (1995).
- Isak*, Kompetenzüberschreitende Akte von Organen der Europäischen Union – Die Sicht des österreichischen Verfassungsrechts, in Simma/Schulte (Hrsg), *Völker- und Europarecht in der aktuellen Diskussion* (1999) 33.
- Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004).
- Kabl*, Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts – ein Lehrstück zur horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung, *DVBl* 2013, 203.
- Kröll*, Der EuGH als „Hüter“ des republikanischen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung? Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 22. Dezember 2010 in der Rs Sayn-Wittgenstein, Aktuelle Fragen des öffentlichen Rechts im Jahr 2010, in *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2011, 313.
- Kröll*, Adelsaufhebungsgesetz und Unionsbürgerschaft oder EuGH und Emotionen, *ZfV* 2010, 177.
- Kucsko-Stadlmayer*, Der Vorrang des EU-Rechts vor österreichischem Recht, *ecolex* 1995, 338.
- Lienbacher*, Ausgewählte Rechtsfragen der Anwendung des Vertrages von Lissabon in Österreich, in Hummer/Obwexer (Hrsg), *Der Vertrag von Lissabon* (2009), 430.
- Mayer*, Gibt es unabänderliches Verfassungsrecht? in FS Schäffer (2006) 473.
- Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015).
- Morscher*, Lebendiges oder gerade noch lebendes Verfassungsrecht – Soll das B-VG seinen 80. Geburtstag erleben? in Wieser/Stolz (Hrsg), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert* (2000) 117.
- Morscher*, Über unabänderliches Verfassungsrecht, in FS Perenthaler (2005).
- Muzak*, B-VG⁶ Art 44.
- Muzak*, B-VG⁶, Art III EU-BeitrittsBVG Rz 6.
- Nettesheim*, Der Umbau der europäischen Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in Kadelbach (Hrsg), *Nach der Finanzkrise* (2012) 31.
- Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht, *JBl* 2003, 896.
- Oberndorfer* in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), *Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 1 B-VG*³.
- Öhlinger*, in Korinek/Holoubek et al (Hrsg), *Kommentar Österreichisches Bundesverfassungsrecht, EU-BeitrittsBVG*¹².
- Öhlinger*, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung, in FS Perenthaler (2005) 273.
- Öhlinger*, Der souveräne Nationalstaat als Akteur im Prozess der Konstitutionalisierung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in Busek/Hummer (Hrsg), *Die Konstitutionalisierung der Verbandsgewalt in der (neuen) Europäischen Union* (2006).
- Öhlinger*, Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen?, in *ecolex* 2008, 291.
- Öhlinger*, Übernahme des Vertrages von Lissabon in die österreichische Rechtsordnung, in Hummer/Obwexer (Hrsg), *Der Vertrag von Lissabon* (2009) 418.
- Öhlinger*, Braucht Europa eine Verfassung? in *JRP* 2012.
- Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹² (2019).
- Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017).
- Palmstorfer*, Bundesverfassungsrechtliche Integrations-schranken und Unionsrecht, in Jabloner et al (Hrsg), *Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag* (2019) 417.
- Palmstorfer*, „Die WWU, ihre Krise und Reform“: Eine Untersuchung ausgewählter unions- und bundesverfassungsrechtlicher Problemstellungen, *Habilitations-schrift* (2019).
- Perenthaler*, *Der Verfassungskern* (1998).
- Posch*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor Verfassungsrecht (2010).
- Potacs*, EU-Verfassung und staatliche Integrations-schranken, in *JRP* 2019, 271.
- Potacs*, Zum Rang des Gemeinschaftsrechts gegenüber staatlichem Recht, in FS Laurer (2009) 193.
- Potacs*, Verantwortung in der Wirtschafts- und Währungsunion, in *EuR-Beiheft* 2015, 136ff.
- Rattinger* in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), *Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte, Art 44 B-VG*.
- Rill/Schäffer/Rill* in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2014), Art 44 B-VG.
- Stelzer*, Innerparteiliche Demokratie, in FS Schäffer (2006).
- Stolzlechner/Bezemek*, Einführung in das öffentliche Recht⁷ (2018).
- Stöger/Haider* in Mayer/Stöger (Hrsg), *EUV/AEUV, Art 4 EUV*.

Vasek, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisions-schranken in der österreichischen Bundesverfassung (2013).
von Bogdandy/Schill in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art 4 EUV.

Wagrandl, Wehrhafte Demokratie in Österreich (2019).
Wiederin, Gesamtänderung, Totalrevision und Verfassungsgebung, in FS Schäffer (2006).

Access to Justice vis-à-vis Immunities: The Austrian Constitutional Court's OPEC judgment

One of the quintessential aspects of the rule of law is the aggrieved persons' access to justice. At its core, this is guaranteed by the right to a fair trial to pursue civil rights in a court of law. On the other hand, international law provides for certain kinds of immunity from domestic jurisdictions for its subjects. In the last century, this area of international law has evolved, mainly, through state practice established by domestic courts. One of these national cases is the recent judgment of the Austrian Constitutional Court regarding the Organization of Petroleum Exporting Countries headquarters agreement.

Keywords: immunities, international organizations, Waite and Kennedy, OPEC, right to a fair trial, rule of law

Legal norms: Agreement between the Republic of Austria and the Organization of the Petroleum Exporting Countries regarding the Headquarters of the Organization of the Petroleum Exporting Countries of the 18 February 1974; Article 6 (1) ECHR

By Michael Beier

1. Introduction

The rule of law and its different forms and aspects are what is today regarded to be an intrinsic and inherent factor of a liberal democracy.¹ One essential feature of the rather wide and abstract concept of the rule of law is access to justice.² Access to an independent judiciary, as a forum created by the state, is essential for private parties when seeking to enforce their civil rights³, especially as the judicial system also provides for the enforcement of passed judgments, if necessary, by using the state's monopoly on the legal use of force⁴.⁵ The rule of law in the context of one's access to justice ensures that if one's civil

rights have been violated in some sort, one has a legal remedy⁶, which the law provides for, to seek redress for the harm caused.⁷ If, in contrast, one would not be able to enforce their legal rights, it would render the rule of law meaningless. This conclusion can already be traced back to very early times of modern democracies – for example in the United States of America: “*The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right*”⁸. This thought is also reflected within the principle of *ubi ius, ibi remedium*.

In today's Austria, the rule of law (*Rechtsstaat[lichkeit]*) is guaranteed through various provisions of the constitution,⁹ as well as through legal doctrine and the jurisprudence of the Constitutional Court which considers the rule of law a constitutional principle.¹⁰ Furthermore, access to justice in Austria is explicitly ensured (most importantly) by the European Convention on Human Rights (ECHR)¹¹, to be precise by the right to a fair trial (Article 6 (1) ECHR), which enjoys the status of constitutional law in Austria.¹²

While private individuals enjoy the right to a fair trial which protects the access to the domestic court system,

1 V-Dem Institute, Democracy Report 2023, p 52, https://www.v-dem.net/documents/30/V-dem_democracyreport2023_highres.pdf (accessed 01.03.2023).
2 World Justice Project, What is the rule of law?, <https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law> (accessed 27.02.2023).
3 As defined by the European Court of Human Rights through its case law, see *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021), § 24 para 4 ff.
4 For the notion of a state's monopoly on the legal use of force, see *Weber*, Politics as a Vocation (1919).
5 Cf § 19 ABGB (Austrian Civil Code).
6 Not considering natural obligations (*obligationes naturales*) which are characterized by not being enforceable in court.
7 *Gamper*, Staat und Verfassung⁵ (2021), p 257.
8 US Supreme Court, *Marbury v Madison*, 5 US 137 (1803), p 163.

9 Cf for example Article 18 (1) B-VG (principle of legality), Article 94 B-VG (separation of powers), Articles 82 ff and 129 ff B-VG (regarding judicial protection through the judiciary), Articles 137 ff B-VG (regarding constitutional review through the constitutional court), but also fundamental rights documents like the StGG (Basic Law on the General Rights of Nationals) or the European Convention on Human Rights; *Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021), para 185 ff; *Gamper*, Staat und Verfassung⁵, p 254 ff.
10 *Pertbold-Stoitzner*, Verfassungsrecht² (2018), p 54 f; *Berka*, Verfassungsrecht⁸, para 186 ff.
11 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms BGBl Nr 210/1958 (ECHR).
12 Article II Z 7 Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle betreffend Staatsverträge (Amendment to the Federal Constitutional Law regarding treaties) BGBl Nr 59/1964.

certain subjects of public international law¹³ enjoy substantial immunities and privileges, in this case most importantly the immunity from domestic jurisdiction. It is in this area, where the right to a fair trial and immunities collide, two systems and ideas clashing, and its occurrences and dimensions, as well as the resulting tension between the access to justice and immunities, which will be dealt with subsequently.

2. Different Forms of Immunities and Historical Aspects

As mentioned above, different subjects of international law enjoy immunities to different extents. Some of these subjects' immunities are based on a national statute or the application of customary international law.¹⁴ Others' immunities are derived from universal treaties, which represent codified customary international law, or bilateral treaties, granting immunity to one party in the jurisdiction of another, which is most often the case when it comes to headquarters agreements between international organizations (hereinafter IOs) and their respective seat state.¹⁵

The central rule of the law of immunities is the immunity of states, which is rooted in the principle of *par in parem non habet imperium*.¹⁶ This principle bears the meaning that equals do not hold any power over each other and, in this context, also reflects the principle of sovereign equality under international law.¹⁷ The immunity of states is derived from customary international law.¹⁸ However, the extent of this notion has changed in the last century. Beginning in the 20th century, the immunity of states was no longer considered to be absolute.¹⁹ In 1950 the Austrian Supreme Court held in *Hoffmann gegen Dralle* that states do not enjoy immunity when it

comes to their *acta iure gestionis*.²⁰ Thus, *e contrario*, states only enjoy immunity for their *acta iure imperii*. Nonetheless, the principle of *par in parem non habet imperium* still applies here in the sense that states are only considered to act as (equal) sovereigns in regard to their *acta iure imperii*, when acting with sovereign authority. On the other hand, when they do perform commercial acts of private nature, which may also be performed by other private individuals, these acts can be subject to the jurisdiction of a foreign state. This notion of restrictive immunity was also taken up in the attempt to codify the existing customary law in a treaty.²¹ However, this effort has yet to succeed, as the treaty has not been ratified by enough parties to enter into force.²² The immunity of heads of state, heads of government, and foreign ministers, all being high-ranking officials of a state, is derived from the immunity of states and is as such also a rule of customary international law.²³

Lastly, when it comes to IOs, their immunities stem from different sources. In relation to an IO's seat state, a headquarters agreement contains provisions granting immunity from the seat state's jurisdiction to the IO.²⁴ Similar provisions can also be found in the constituting treaties of IOs,²⁵ or other treaties that the IO may conclude with states it is cooperating with or active in. Whether any customary international law has emerged that provides for the immunity of an IO is highly disputed amongst scholars.²⁶ In general, to the contrary of the immunity of states, there is no distinction between the nature of acts of IOs when it comes to their immunity.²⁷ Instead, IOs enjoy immunity for the functions they perform and execute. Hence, IOs enjoy functional immunity.²⁸ Certain IOs, like the UN, also enjoy (or at least claim to enjoy) absolute immunity.²⁹ One of the advantages of

13 Public international law will hereinafter be referred to as international law.

14 Kriebaum, Privilegien und Immunitäten, in *Reinisch* (Hrsg), Handbuch des Völkerrechts⁶ (2021), para 1541, 1546, 1572.

15 Kriebaum in *Reinisch*, para 1577, 1601, 1609, 1621 ff.

16 Kriebaum in *Reinisch*, para 1544.

17 See also Article 2 (1) Charter of the United Nations BGBl Nr 120/1956 and UNGA Res 2625 (XXV), 24.10.1970.

18 ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v Italy: Greece intervening) Judgment, ICJ Reports 2012 p 99, para 56 f.

19 *Shaw*, International Law⁹ (2021), p 607 ff.

20 OGH (Austrian Supreme Court) 10.05.1950, 1 Ob 171/50, *Hoffmann gegen Dralle*.

21 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, as adopted by UNGA Res 59/38, 02.12.2004.

22 As of 28 February 2023, only 23 (Austria being one of them) ratification instruments have been deposited, 30 instruments are needed for the entry into force; See United Nations Treaty Collection, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&cmdtsg_no=III-13&chapter=3 (accessed 28.02.2023).

23 ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v Belgium) Judgment, ICJ Reports 2002 p 3, para 51 ff.

24 See for this case Article 9 Agreement between the Republic of Austria and the Organization of the Petroleum Exporting Countries regarding the Headquarters of the Organization of the Petroleum Exporting Countries of the 18 February 1974 BGBl Nr 382/1974 (hereinafter "OPEC headquarters agreement").

25 See for this case Article 6A paragraph 1 Statute of the Organization of Petroleum Exporting Countries, as lastly amended by Resolution No 180.542.

26 Wood, Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law?, *International Organizations Law Review* 2014, 287 (312 ff) <https://doi.org/10.1163/15723747-01002004>; For Austria specifically see *Schmalenbach*, Austrian Courts and the Immunity of International Organizations, *International Organizations Law Review* 2014, 446 (452) <https://doi.org/10.1163/15723747-01002012>.

27 *Shaw*, International Law⁹, p 1163.

28 *Shaw*, International Law⁹, p 1163 ff.

29 In the case of the UN, absolute immunity is granted by Article II Section 2 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations BGBl Nr 126/1957; *Shaw*, International Law⁹, p 1171 f.

absolute immunity compared to functional immunity is that it prevents interferences from domestic courts in determining the exact functions of the IO, and thus also the extent of its immunity. Nevertheless, the exact scope of an IO's immunity depends on what is agreed upon in its constituting treaty as well as its respective headquarters agreement(s).

3. Access to Justice as a Human Right

As already explained above in the introductory section, access to justice safeguards the rule of law. Access to justice is ensured through human rights law, namely in Austria Article 6 (1) of the ECHR and on the EU level by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR)³⁰. When it comes to immunities of states, the European Court of Human Rights (ECtHR) has on various occasions acknowledged that the immunity of states presents itself as a legitimate aim allowing interferences with the right to a fair trial to ensure the proper functioning of international relations.³¹ When it comes to examining the proportionality of the interference of immunity with the right to a fair trial, the ECtHR has relied on whether the extent to which immunities were granted, was in accordance with the extent that states were obliged to grant immunities under international law.³²

Regarding the immunity of IOs, the ECtHR has reasoned that the legitimate aim lies within protecting the IO against unilateral interferences by states.³³ When examining the proportionality behind the immunity of IOs in *Waite and Kennedy*³⁴, the above used standard alone was deemed insufficient.³⁵ The court held in that context that the alternative means of legal process must be taken into account as well. In the case of *Waite and Kennedy*, this alternative was an internal Appeals Board of the IO that was tasked with hearing disputes in staff matters.³⁶ This extended proportionality test tries to guarantee the existence of a forum to hear disputes in accordance with the right to a fair trial to ensure no situations, in which

someone cannot enforce their civil rights against an IO due to its immunity, occur. In another case, the ECtHR held that also an individual arbitral proceeding serves as an alternative forum under this extended proportionality criterion.³⁷ The same is recognized for the Administrative Tribunal of the International Labour Organization (ILOAT), which's jurisdiction can be accepted by IOs if an IO does not provide for an internal administrative tribunal.³⁸

4. Austrian Constitutional Court's Judgment

In a recent case³⁹, the Austrian Constitutional Court was tasked with finding, whether the provisions granting the Organization of Petroleum Exporting Countries (hereinafter OPEC) immunity⁴⁰ violated Austrian constitutional law, mainly the right to a fair trial (Article 6 (1) ECHR). The case as well as the judgment will be examined and analyzed in the following.

4.1. Facts and Procedural History

The applicant was an employee working as an internal auditor for OPEC. The organization subsequently terminated his contract on the 5th of December 2017, becoming effective on the same day. On the 4th of December 2020 the applicant sued OPEC in the Labor and Social Court of Vienna for, amongst others, € 664.409,00 as remuneration, the applicant claims to be entitled to under the employment contract, after OPEC's alleged wrongful dismissal of the applicant.⁴¹

In response to the suit, OPEC relied on the immunity granted to it in Article 9 of the OPEC headquarters agreement.⁴² As a result, the Labor and Social Court dismissed the suit based on the lack of jurisdiction over OPEC due to its immunity.⁴³ Following this, the applicant appealed the decision of the Labor and Social Court to the Higher Regional Court of Vienna and then applied the issue at hand to the Constitutional Court for constitutional review⁴⁴ of the provisions contained in the

30 Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 2016/202, 389.

31 ECtHR 21.11.2001 (GC), 37112/97, *Fogarty/United Kingdom*, para 34; ECtHR 21.11.2001 (GC), 35763/97, *Al-Adsani/United Kingdom*, para 54.

32 ECtHR 21.11.2001 (GC), 31253/96, *McElhinney/Ireland*, para 36 ff; ECtHR 29.06.2011 (GC), 34869/05, *Sabeh El Leil/France*, para 53 ff; ECtHR 21.11.2001 (GC), 37112/97, *Fogarty/United Kingdom*, para 35 ff.

33 ECtHR 18.02.1999 (GC), 26083/94, *Waite and Kennedy/Germany*, para 61 ff; ECtHR 18.02.1999 (GC), 28934/95, *Beer and Regan/Germany*, para 51 ff; ECtHR 11.06.2013, 65542/12, *Stichting Mothers of Srebrenica et. al./the Netherlands*, para 139 c.

34 ECtHR 18.02.1999 (GC), 26083/94, *Waite and Kennedy/Germany*.

35 ECtHR 18.02.1999 (GC), 26083/94, *Waite and Kennedy/Germany*, para 68.

36 ECtHR 18.02.1999 (GC), 26083/94, *Waite and Kennedy/Germany*, para 40, 69.

37 ECtHR 06.01.2015, 415/07, *Klausecker/Germany*, para 69 ff.

38 *Grabener/Pabel*, EMRK⁷, § 24 para 61.

39 VfGH (Austrian Constitutional Court) 29.09.2022, SV 1/2021-23 (hereinafter "OPEC judgment"); an English version of the judgment is made available by the Constitutional Court https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_SV_1_2021_OPEC_EN.pdf (accessed 29.04.2023).

40 Articles 5 and 9 OPEC headquarters agreement.

41 OPEC judgment, para 5.

42 *Ibid.*

43 § 42 (1) Jurisdiktionsnorm (Court Jurisdiction Act) RGBI Nr 111/1895.

44 Based on Article 140a B-VG (Federal Constitutional Law) read in conjunction with Article 140 (1) Z 1 lit d B-VG.

headquarters agreement granting OPEC immunity from national jurisdiction for infringing on the applicant's constitutional rights.⁴⁵

4.2. On the Merits

In referring the matter to the Constitutional Court, the applicant alleges that the provisions granting immunity to OPEC violate their right to a fair trial under Article 6 (1) ECHR. This allegation is based on two claims. Firstly, as the Staff Regulations of OPEC provide only for an appeal of a decision to the Secretary General,⁴⁶ this mechanism does not maintain the degree of impartiality required under the right to a fair trial, considering that the Secretary General dismissed the applicant in the first place.⁴⁷ Secondly, this option is only available to active staff members.⁴⁸ As a former employee, the applicant is barred from using the appeal option of the Staff Regulations. Furthermore, as OPEC has neither waived its immunity,⁴⁹ so that the applicant could use the national court system, nor has it accepted the jurisdiction of the ILOAT or created an internal administrative tribunal,⁵⁰ the applicant has no means of legal redress in accordance with Article 6 (1) ECHR. Therefore, the applicant asked the Constitutional Court to declare the provisions granting OPEC immunity⁵¹ as unconstitutional due to a violation of the right to a fair trial.

Amongst others, the government argued that the application was inadmissible because OPEC not only enjoyed immunity under the headquarters agreement but also under customary international law.⁵² Therefore, according to the government, the court was unable to quash the provisions of the headquarters agreement granting OPEC immunity, as it would not strip OPEC of its immunity given the argued rule of customary international law, and as a result, would have no effect on the alleged infringement on the applicant's right to a fair trial.⁵³ In this regard, the court held, that it cannot assume that there is a rule of customary international law, which

would oblige Austria to provide immunity to an IO, of which it is not a member and which does not provide for an alternative way of dispute settlement.⁵⁴ In coming to this conclusion, it rejected the government's argument, because Austria is not a member state of OPEC and the applicant's lack of a possibility for legal redress as described above.

Given the aforementioned circumstances, OPEC failed to meet the criterion of providing an alternative way of resolving disputes as set out in the case law to the right to a fair trial by the ECtHR in *Waite and Kennedy*^{55,56} The court concluded that there has been a violation of the applicant's right to a fair trial.⁵⁷ Therefore, the court held that Articles 5 and 9 of the headquarters agreement are unconstitutional and shall not be applied anymore.⁵⁸

4.3. Implications of the Judgment

The effects of the Constitutional Court's judgment on the present case are clear. As the provisions granting immunity to OPEC have been declared unconstitutional, the procedural barrier of immunity that barred the suit from going to the merits has fallen away.⁵⁹ The court remanded the case back to the lower courts, which are now competent to hear the case on the merits. For all other cases and in general, OPEC still enjoys immunity until October 2024.⁶⁰ This arises out of the idea that the federal government and legislative branch are granted a period of time to pursue fixing the unconstitutional provisions and by that ensuring a proper transition to an arrangement that is in conformity with the constitution rather than leaving no rules in place to fall back to. The Federal Ministry of European and International Affairs⁶¹ is now tasked with renegotiating the treaty to provide for such an agreement.⁶² The easiest solution maintains that OPEC submits itself to an alternative way of dispute settlement, as it has already set the basis and will for such a step in its statute⁶³ through an amendment in November 2020.⁶⁴ As the Constitutional Court declared

45 OPEC judgment, para 2 and 5 ff.

46 Article 13.1 OPEC Staff Regulations, as provided in VfGH 29.09.2022, SV 1/2021-23, para 4.

47 OPEC judgment, para 11.

48 OPEC judgment, para 12.

49 See chapter 4.1.

50 OPEC judgment, para 13.

51 Articles 5 and 9 OPEC headquarters agreement.

52 OPEC judgment, para 17.

53 OPEC judgment, para 41.

54 OPEC judgment, para 42.

55 ECtHR 18.02.1999 (GC), 26083/94, *Waite and Kennedy/Germany*, para 73; See chapter 3.

56 OPEC judgment, para 52.

57 OPEC judgment, para 54 ff.

58 OPEC judgment, para 58 f.

59 OPEC judgment, para 59.

60 OPEC judgment, para 59; As reflected in Article 140a Z 1 B-VG read in conjunction with Article 140 (7) B-VG.

61 Part 2 C of the Appendix to § 2 Bundesministerienengesetz (Federal Ministries Act) BGBl Nr 76/1986.

62 For the procedure of concluding headquarters agreements see *Schmalenbach*, International Organizations Law Review 2014, 446 (451 f).

63 Article 6A paragraph 3 Statute of the Organization of Petroleum Exporting Countries, as lastly amended by Resolution No 180.542.

64 See the 16th amendment to the Statute of the Organization of Petroleum Exporting Countries, as listed in the annex to the statute containing the amendments to the statute.

the affected provisions unconstitutional only due to the given circumstances (no legal redress) and not because of the immanent wording of the provisions, the text of the headquarters agreement may even remain unchanged, if the negotiations succeed in providing an alternative way of resolving disputes.⁶⁵ In the – most unlikely – worst case that such negotiations would prove insufficient and lastly fail, OPEC would, after the aforementioned grace period has elapsed, no longer enjoy immunity from Austria's domestic jurisdiction, which could in the end lead to OPEC resigning from its seat in Vienna and looking for another state for its headquarters. Such a scenario – although highly unlikely – would not be the first time an IO has left Austria, as The King Abdullah bin Abdulaziz International Centre for Interreligious and Intercultural Dialogue (KAICIID) has decided to leave⁶⁶ Austria in 2022, after growing tensions between Austria and itself.⁶⁷

Implications of the judgment affecting other IOs or even Austria as a prominent seat of many IOs itself⁶⁸ are limited to the issue of whether the respective IOs submitted themselves to an alternative way of dispute settlement. This is the case for most IOs in Austria (and the whole of Europe), as these either provide for internal dispute resolution mechanisms,⁶⁹ are a part of the UN internal justice system⁷⁰ (in this case most importantly the respective UN seats in Geneva and – only partly⁷¹ – in Vienna) or accept the jurisdiction of the ILOAT⁷².

5. Comparative Analysis

As mentioned above, the sources, and due to this also the extent, of immunities of IOs often vary from state to state and amongst IOs. The law behind the immunities of IOs is predominantly applied by domestic courts. Having only examined the Austrian viewpoint on such immunities in the previous chapter, the following will

provide short references to cases of other jurisdictions abroad to perhaps identify (global) trends in state practice as a bigger picture.

5.1. United States of America

The primary source of the immunities and privileges of IOs in the US is the International Organizations Immunities Act⁷³ enacted in 1945. IOs enjoy the same immunity as foreign governments do under the IOIA according to USC 22 § 288a(b). From a historical perspective, this was deemed as an absolute immunity – as states did enjoy in 1945.⁷⁴ In its 2018 term, the Supreme Court of the United States reexamined the exact extent of IO's immunities in the case *Jam v International Finance Corporation*⁷⁵. In *Jam* the court held that IOs do enjoy the same immunities as states enjoy today under the laws of the US.⁷⁶ The immunities of states are governed by the Foreign Sovereign Immunities Act⁷⁷, which provides for exceptions for, *inter alia*, commercial activity.⁷⁸ Thus, after *Jam* the immunities of IOs in the US follow the same rules as the restrictive immunity of states.⁷⁹

5.2. Belgium

The issue in *Western European Union v Siedler*⁸⁰ was in direct connection to the issue raised in *Waite and Kennedy*. The difference is that in *Siedler* not the existence but the quality of the IO's internal dispute settlement mechanism – the appeals commission of the Western European Union – was not in line with the standards put forth by Article 6 (1) ECHR. Specifically, the court examined on a factual basis how the members of the commission were appointed and concluded that this was done in a fashion, which could not guarantee the requirement of impartiality set forth by Article 6 (1) ECHR, as well as the case law established in that man-

65 Still, in such a case the unchanged text would need to be "reapproved" by the National Council pursuant to the procedure in Article 50 B-VG.

66 *Harrer*, Abdullah-Zentrum schließt in Wien endgültig seine Pforten, *Der Standard*, 14.05.2023, <https://www.derstandard.at/story/2000135724269/> (accessed 23.02.2023).

67 See 77/E 26. GP, 12.06.2019.

68 Federal Ministry of European and International Affairs, International Organisations based in Austria, https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/International_Organisations_based_in_Austria.pdf (accessed 23.02.2023).

69 Internal mechanisms for dispute settlement can be found in for example the Council of Europe, the European Space Agency, the European Union, the World Bank, or the OECD.

70 UNGA Res 63/253, 24.12.2008.

71 As many specialized agencies of the UN, as well as the IAEA, as a related organization, seated in Vienna already submitted themselves to the jurisdiction of the ILOAT.

72 International Labour Organization, Organizations recognizing the jurisdiction, <https://www.ilo.org/tribunal/membership/lang--en/index.htm> (accessed 23.02.2023).

73 International Organizations Immunities Act (1945), 22 USC § 288.

74 See chapter 2.

75 US Supreme Court, *Jam v International Finance Corporation*, 586 US ___ (2019).

76 US Supreme Court, *Jam v International Finance Corporation*, 586 US ___ (2019), p 15.

77 Foreign Sovereign Immunities Act (1977), 28 USC §§ 1330, 1602 ff.

78 28 USC § 1605(a)(2).

79 For more see *Gulati*, The Immunities of International Organizations: The End of Impunity?, 01.03.2019, <https://opiniojuris.org/2019/03/01/the-immunities-of-international-organisations-the-end-of-impunity/> (accessed 28.02.2023).

80 Belgian Court of Cassation 21.12.2009, S.04.0129.F, *Western European Union v Siedler*, ILDC 1625 (BE 2009).

ner by the ECtHR.⁸¹ As the appeals commission was deemed insufficient to be in accordance with the requirement of an alternative way of dispute settlement⁸², the court rejected the claims of the Western European Union for immunity.

5.3. France

The case of *African Development Bank v X*⁸³ concerned employee X of the African Development Bank, who, after he was dismissed, sued the IO for damages for the termination of his contract in France. The court did not base its decision on the ECHR and the case law established by *Waite and Kennedy* but relied on the notion of denial of justice.⁸⁴ As the African Development Bank did not provide an alternative way to settle the dispute at the time of the dismissal, the court held that this constitutes denial of justice. In doing so, the court found jurisdiction and denied the African Development Bank's claim to immunity.⁸⁵

5.4. The Netherlands

In *Stichting Mothers of Srebrenica et al v the Netherlands and United Nations*⁸⁶, the Dutch Supreme Court examined the UN's immunity from national jurisdiction for its conduct during the Bosnian war. Whilst determining whether the UN is entitled to immunity in the proceedings, the court deviated from the extended standard put forth in *Waite and Kennedy*⁸⁷. The court has decided so, because Article 103 read in conjunction with Article 105 of the Charter of the United Nations⁸⁸ provided for the immunity of the UN (Article 105) and that this obligation to grant the UN immunity must prevail over all other international obligations (Article 103), also those under the ECHR. In addition, the ECtHR itself has recognized the special role of the UN and its organs, especially the Security Council acting under Chapter VII of the Charter.⁸⁹ Lastly, it held that the immunity applies no matter the severity of the allegation.⁹⁰

5.5. Italy

In the case *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*⁹¹ the employee Drago's contract was terminated by IPGRI. Drago subsequently sued for reinstatement and alleged unfair dismissal. IPGRI accepted the jurisdiction of the ILOAT, but this dispute was inadmissible due to the situation happening before said acceptance.⁹² This led to IPGRI not providing an impartial remedy, as it would have been obliged to by its headquarters agreement.⁹³ The court held that such a remedy is a prerequisite for granting immunity, as otherwise the interference with the principle of judicial protection under the Italian constitution becomes disproportionate.⁹⁴ Therefore, the court held that IPGRI does not enjoy immunity.⁹⁵ In its reasoning, the court did not incorporate elements of the ECHR and the notion put forth in *Waite and Kennedy*, but relied on the right to a fair trial as enshrined in the Italian Constitution.⁹⁶

5.6. Takeaway

Although the above is only a small listing of exemplary cases from different jurisdictions, it shows that even though the basic notions of determining immunities of IOs are (mostly) similar, the reasoning and the exact sources courts rely upon differ. Especially the case of the US Supreme Court shows a vastly different approach to assessing the extent of IOs' immunities, which is based on the interpretation of a domestic statute rather than acknowledging certain dimensions of international law. This is due to certain differences between legal cultures and doctrines in different jurisdictions. Most importantly, the differences in the way that international law is incorporated into domestic law. While many European jurisdictions, like Austria, follow a majorly monistic system, dualist systems are found predominantly in common law legal systems, like the US.

Amongst European jurisdictions, the notion that an alternative way of dispute settlement is required for an IO's

81 Belgian Court of Cassation, *Western European Union v Siedler*, para 53.

82 ECtHR 18.02.1999 (GC), 26083/94, *Waite and Kennedy/Germany*, para 73.

83 French Court of Cassation 25.01.2005, 04-41012, *African Development Bank v X*, ILDC 778 (FR 2005).

84 French Court of Cassation, *African Development Bank v X*, para 3.

85 French Court of Cassation, *African Development Bank v X*, para 4.

86 Dutch Supreme Court 13.04.2012, 10/04437, *Stichting Mothers of Srebrenica et al v the Netherlands and United Nations*, ILDC 1760 (NL 2012).

87 See chapter 3.

88 Charter of the United Nations BGBl Nr 120/1956.

89 ECtHR 02.05.2007, 71412/01 and 78166/01, *Behrami and Behrami/France and Saramiti/France, Germany and Norway*, para 146 ff.

90 Dutch Supreme Court, *Stichting Mothers of Srebrenica et al v the Netherlands and United Nations*, para 4.3.14; Cf note 18.

91 Italian Supreme Court of Cassation 19.02.2007, 3718, *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, ILDC 827 (IT 2007).

92 Italian Supreme Court of Cassation, *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, para 6.6.

93 Italian Supreme Court of Cassation, *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, para 6.6 f.

94 Italian Supreme Court of Cassation, *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, para 6.7.

95 Italian Supreme Court of Cassation, *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, para 6.8.

96 Italian Supreme Court of Cassation, *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, para 6.3 ff.

immunity to be proportionate (as held by the ECtHR in *Waite and Kennedy*⁹⁷) is applied through most domestic courts. There also appears to be a similarity between the US approach and the Italian jurisprudence on the issue of immunities in finding a connection between the immunity of states and IOs, especially as these are being equated to or influenced by each other.⁹⁸ On the other hand, the Italian Court of Cassation still concluded similar to other European jurisdictions, by applying fair-trial considerations to the case.

Both approaches seem to be based on comparable ideas, as each of them opens up a way of alternative dispute settlement. The difference lies mainly in the severity of the created interference in an IO's independence. The European approach only becomes relevant, if an IO fails to provide an alternative way of dispute settlement in the first place. The US approach on the other side opens the national court system for suits regarding *acta iure gestionis* (pursuant to the restrictive immunity of states) against IOs.

6. Conclusio

The analyzed issue is one of delicate nature. On the one side, IOs must be protected from state interferences to function properly and on the other, there are fundamental rights ensuring access to justice. The Austrian Constitutional Court examined the question, of whether Austria was obliged to grant OPEC immunity, as provided in the headquarters agreement, although this immunity infringed on a former employee's right to a fair trial under Article 6 (1) ECHR. The ECtHR has already dealt with these arguments and issues in its case law established by *Waite and Kennedy* in allowing immunities as restricting interferences to the right to a fair trial, as long as there is an alternative way of dispute settlement, which renders the interference proportional. Such alternative forms of legal process are most often realized through international administrative tribunals (be it an internal one of the IO or the ILOAT for example), which protect IOs from arbitrary state interferences while providing a forum for certain disputes.

In the case before the Austrian Constitutional Court, OPEC did not provide for any viable alternative way of dispute settlement. Therefore, the immunity of OPEC was disproportionate and in violation of the applicant's right to a fair trial. This fair trial criterion has been widely accepted and recognized by courts throughout Euro-

pean jurisdictions.⁹⁹ The reception of the fair trial criterion has been so strong across Europe, that this could affect customary international law. If a rule of customary international law exists, that provides for the immunity of IOs, this rule could be affected and altered by these fair trial considerations, in a European context at least. This thought was also reflected in the judgment of the Austrian Constitutional Court, as it looked for a rule of customary international law providing for the immunity of IOs only under the condition of an alternative way of dispute settlement as required by the right to a fair trial.

Correspondence: Michael Beier, michael.beier@univie.ac.at, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-8741-3118>

Bibliography

- Berka Walter*, Verfassungsrecht⁸ (2021).
Federal Ministry of European and International Affairs, International Organisations based in Austria, <https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/International_Organisations_based_in_Austria.pdf> (accessed 23.02.2023).
Gamper Anna, Staat und Verfassung⁵ (2021).
Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021).
Gulati Rishi, The Immunities of International Organizations: The End of Impunity?, 01.03.2019, <<https://opiniojuris.org/2019/03/01/the-immunities-of-international-organisations-the-end-of-impunity/>> (accessed 28.02.2023).
Harrer Gudrun, Abdullah-Zentrum schließt in Wien endgültig seine Pforten, Der Standard, 14.05.2022, <<https://www.derstandard.at/story/2000135724269/>> (accessed 23.02.2023).
International Labour Organization, Organizations recognizing the jurisdiction, <<https://www.ilo.org/tribunal/membership/lang--en/index.htm>> (accessed 23.02.2023).
Kriebaum Ursula, Privilegien und Immunitäten im Völkerrecht, in *Reinisch August* (Hrsg), Handbuch des Völkerrechts⁶ (2021).
Perthold-Stoitzner Bettina, Verfassungsrecht² (2018).
Schmalenbach Kirsten, Austrian Courts and the Immunity of International Organizations, International Organizations Law Review 2014, 446, <https://doi.org/10.1163/15723747-01002012>.
Shaw Malcolm, International Law⁹ (2021).

97 ECtHR 18.02.1999 (GC), 26083/94, *Waite and Kennedy/Germany*, para 73.

98 For the US approach, see chapter 5.1; For the Italian considerations, see Italian Supreme Court of Cassation, *Drago v International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI)*, para 6.1 ff.

99 See chapter 4 and 5.

United Nations Treaty Collection, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, <https://treaties.un.org/Pages/View-Details.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3> (accessed 28.02.2023).

V-Dem Institute, Democracy Report 2023, p 52, <https://www.v-dem.net/documents/30/V-dem_democracyreport2023_highres.pdf> (accessed 01.03.2023).

Weber Max, Politics as a Vocation (1919).

Wood Michael, Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law?, *International Organizations Law Review* 2014, 287, <https://doi.org/10.1163/15723747-01002004>.

World Justice Project, What is the rule of law?, <<https://worldjusticeproject.org/about-us/overview/what-rule-law>> (accessed 27.02.2023).

Arbitration and intra-EU member state judicial enforcement in view of the CJEU *Prestige* judgment

Two decades ago, in November 2002, the sinking oil tanker *Prestige* caused significant environmental damage to the Spanish and French shores.¹ On 20 June 2022, the Court of Justice of the European Union ('CJEU') constituted as Grand Chamber has rendered a judgment in the proceedings between London Steam-Ship Owners' Mutual Association Ltd ('the London P&I Club') and the Kingdom of Spain², stirring up debate within the European arbitration community. Arbitration is generally excluded from the scope of many European instruments for international judicial cooperation.³ Hence an array of questions arise at the intersection of national courts and arbitration. The *Prestige* case can serve as a framework within which the different legal issues are developed further.

Keywords: enforcement of arbitral awards, Brussels-1 Regulation, Brussels-1a Regulation, CJEU, *res iudicata*, *lis pendens*, irreconcilability.

Legal norms: Art 34 Brussels-1 and Brussels-1a Regulation; Section 66 Arbitration Act (UK); Art V New York Convention 1958.

By Katharina Gächter

1. The Case brought before the CJEU

Upon the conclusion of the investigations, several legal entities, amongst them the Spanish state, brought civil claims in the criminal proceedings against the vessel's owners and direct action against the liability insurer London P&I based on Article 117 *Código Penal*⁴. Thereafter, on 16 January 2012 London P&I initiated arbitration proceedings in London against the Kingdom of Spain, seeking a declaration that (1) all claims under Article 117 *Código Penal* by the Kingdom of Spain are subject

to the arbitration clause incorporated in the insurance contract, and (2) no liability vis-à-vis the Spanish state exists as recovery from the insurer under the *pay to be paid* clause is only permissible after the insured party has paid the injured party any compensation due. The award was published on 13 February 2013⁵ declaring English law to be applied to the claims by link of their contractual nature. The arbitral tribunal also affirmed its competence and held that recourse to the insurer absent preceding payment of damages to the Kingdom of Spain for an amount exceeding 1 billion USD⁶ did not comply with the terms of the insurance contract. London P&I then applied to the High Court of Justice (England & Wales)⁷, that the arbitral award be enforced like a judgment or a judgment be entered in the terms of the award under Section 66 (1) and (2) Arbitration Act 1996.⁸ The application was granted.

The Spanish *Tribunal Supremo*, however, held the master of the vessel to have acted negligently against the environment and all, master and owner as well as the insurer, were held liable for all civil claims.⁹ The Kingdom

1 *ITOPF Promoting Effective Spilling Response, Prestige*. Spain/France. 2002. (13 November 2002) <https://www.itopf.org/in-action/case-studies/prestige-spain-france-2002/> [Accessed 02.03.2023]; *The Guardian*, Oil Tanker sinks off Spanish coast. (19 November 2002) (<https://www.theguardian.com/environment/2002/nov/19/spain.world>) [Accessed 12.01.2023].

2 Judgment on 22 July 2022, *MT Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488.

3 *Pimenta A. and Rosende C.* CJEU judgment on the *Prestige* oil tanker sets new guidelines on the recognition and enforcement of foreign judgments. *Garrigues Commentaries*. (7 July 2022) (https://www.garrigues.com/en_GB/new/cjeu-judgment-prestige-oil-tanker-sets-new-guidelines-recognition-and-enforcement-foreign) [Accessed 22.12.2022]; see also Judgment on 17 November 1998, *Van Uden Maritime*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543; see also Judgment on 10 February 2009 as Grand Chamber, *West Tankers*, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69; see also Judgment on 13 Mai 2015, *Gazprom*, C-536/13, ECLI:EU:C:2015:316.

4 Article 117 Spanish Criminal Code as translated in C-700/20 para 23: Insurers which have assumed the risk of financial liabilities arising from the use or exploitation of any property, industry, undertaking or activity, in the case where the event constituting the

risk insured materialises as a result of a circumstance provided for in this Code, shall incur direct civil liability up to the limit of the compensation laid down by law or by agreement, without prejudice to the right of recovery against the person concerned.

5 *London Steamship Owners' Mutual Insurance Association Limited v. The Kingdom of Spain (I) [MT Prestige]*: International Commercial Arbitration introduced on 16 January 2012, ad hoc arbitration seated in London under the law of England and Wales, Alistair Graham Schaff as sole arbitrator; (https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-london-steamship-owners-mutual-insurance-association-limited-v-the-kingdom-of-spain-the-prestige-i-award-wednesday-13th-february-2013#decision_11632) [Accessed 04.03.2023].

6 approximately EUR 900.000.000,00.

7 High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) UK.

8 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/66>.

9 *Comunicación Poder Judicial Espana*, El Tribunal Supremo condena a dos años al capitán del *Prestige* por delito contra el medio ambiente. (26 January 2016) (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-dos-anos-al-capitan-del-Prestige-por-delito-contra-el-medio-ambiente>) [Accessed 12.01.2023].

of Spain applied to the High Court of Justice (England & Wales) for recognition of the relevant decision under Article 33 Regulation No. 44/2001 ('Brussels-1 Regulation'). London P&I appealed under Article 43 in 2019 on the grounds of irreconcilability with the order and judgment of 1 April 2015 and public policy inter alia the principle of *res iudicata* pursuant to Article 34 (1) Brussels-1 Regulation.

The questions thus raised under Article 267 TFEU to the CJEU by the referring courts were, whether

1. a judgment under Section 66 of the Arbitration Act 1996 may qualify as a 'judgment' under Article 34 (3) Brussels-1 Regulation, taking into account the nature of the issues to be determined by the court when rendering such a judgment,
2. a judgment outside the material scope of Brussels-1 Regulation by exception of Article 1 (2) (d) may nonetheless be relied upon for non-recognition under Article 34 (3) Brussels-1 Regulation,
3. refusal of recognition pursuant to Article 34 (1) Brussels-1 Regulation may rely on the effect of *res iudicata* of a domestic arbitral award or judgment entered in its terms.¹⁰

2. The arbitral award as a judgment under Article 34 (3) Brussels-1/1a Regulation

Where the provisions of the Brussels-1 Regulation, and of Regulation No. 1215/2012 ('Brussels-1a Regulation') may be seen as equivalent to one another, either instrument's interpretation extends to both.¹¹ Hence the exclusion of arbitration pursuant to Article 1 (2) (d) which captures arbitration in its entirety, also encompasses arbitration-related proceedings calling on national courts.¹² Further, Recital 12 of the Brussels-1a Regulation under-

scores that no judgment nor action concerning an arbitral award falls within its scope.¹³ Generally, recognition and enforcement of arbitral awards must be sought under the applicable national and international law¹⁴, and does not enjoy mutual recognition within the EU judicial area under these provisions. Yet, if certain conditions are respected, an award may qualify as a 'judgment' within the meaning of Article 34 (3) Brussels-1 Regulation. The concept of a judgment in Article 32 Brussels-1 Regulation relies on (1) the pertinent qualification as such in the member state's court and (2) its capacity to be subject to inquiry in adversarial proceedings¹⁵, rather than a distinction on its content. Previously, the court held that '*the decision must emanate from a judicial body of a Contracting State deciding on its own authority on the issue between the parties*'¹⁶ in order to be qualified as a judgment. This broad definition carries to other provisions employing the term, consequently also Art 34 (3).¹⁷ The regulations' purpose is to protect the integrity of internal legal orders and the rule of law by not mandating recognition of contradictory or inconsistent decisions.¹⁸ Were it possible to enforce two conflicting judgments, the rule of law would be disturbed.¹⁹ Generally referring to its case law, the CJEU did not find judgments relating to arbitration to be precluded from preventing recognition of decisions based on irreconcilability under Art 34 (4).²⁰ Yet, it did cite a decision on irreconcilability of two judgments entailing mutually exclusive legal consequences and thus falling outside the Regulations' scope.²¹ It follows, that a judgment entered in the terms of an arbitral award may – in principle – constitute a judgment under Art 34 (3) Brussels-1/1a Regulation. The circumstances must be examined under the provisions²² and fundamental objectives²³ of the regulation, essentially one must determine, whether the regulation

10 Paraphrased and abbreviated by the author. For full text see Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 40.

11 See Judgment of 15 July 2021, *Volvo and Others*, Co-30/20, EU:C:2021:604 para 28; this interpretation mandate also extends to the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and enforcement in civil and commercial matters (OJ 1972 L 299 p 32) whereby it was repealed and replaced by the Brussels-1 as the latter was by the Brussels-1a Regulation; see also *O'Callaghan K and Singh S. Arbitration and the Brussels Regulation: Where Now? (2009) Dispute Resolution International*, 3(1), p 31–46 discussing the difference but little consequence of a narrow versus wide interpretation of the arbitration exception and relevant case law.

12 Judgment of 25 July 1991, *Rich*, C-190/89, EU:C:1991:319 para 18.

13 Judgment of 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 46.

14 See Judgment of 13 May 2015, *Gazprom*, C-537/13, EU:C:316 para 41.

15 See Judgment of 7 April 2022, *H Limited*, C-568/20, EU:C:2022:264 para 24, 26; see also Judgment of 2 April 2009, *Gambazzi / DaimlerChrysler Canada Inc.*, C-394/07, EU:C:2009:219 para 23 where the mere considerations of requirements for default judgments

having been met notwithstanding the substance of the claims has been deemed sufficient to qualify as a judgment.

16 Judgment of 2 June 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221 para 17.

17 Judgment of 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 49 citing by analogy judgment of 2 June 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221 para 20.

18 Judgment of 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488.

19 *Jenard P.* Report on the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 1979 C 59) "*Jenard Reports*" p 45.

20 Judgment of 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 51.

21 Judgment of 4 February 1988, *Hoffmann*, 145&86, EU:C:1988:61 para 25 as cited in: judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 52.

22 Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 54.

23 See Judgment of 4 May 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243 para 44.

would have permitted such an adoption. The principles of judicial cooperation in civil matters within the EU reflect and embody these objectives. They include the predictability of jurisdiction, mutual trust in administration of justice, sound administration of justice and minimizing the risk of concurrent proceedings.²⁴ The mutual trust in the administration of justice,²⁵ at the heart and basis of these regulations, however, does not extend to arbitral tribunals nor judicial decisions entered in their terms.²⁶ The exclusion from the material scope effectively prevents the regulations' instrumentalization to enforce arbitral awards and cannot be circumvented simply by transforming it into or obtaining a judgment in its terms.²⁷

For an arbitral award to be grounds for refusal of recognition and enforcement of an EU-member-state judgment, it may not infringe Article 47 CFR²⁸ but must create conditions 'at least as favorable'²⁹ for free movement of judgments in civil matters and mutual trust in administration of justice. How an arbitration award can achieve the latter, despite increased efforts of transparency³⁰ is difficult to determine and likely subject to a case-by-case analysis therein straining the predictability of jurisdiction.

The provision employed in the *Prestige* case, Section 66 of the Arbitration Act 1996 enables the applicant to seek permission for enforcement of an arbitral award alike a judgment of English courts or request a judgment in terms identical to the award.³¹ It is deemed advisable for enforcement by means of a convention that recognizes foreign judgments.³² A judgment pursuant to Section 66 Arbitration Act 1996 does not have a 'rubber-stamping' effect but rather entails the court hearing arguments and judicial determination on questions of substance i.e. arbitral jurisdiction, judicial interest, issues of public policy and third parties' interests. Consideration of both factual and legal issues are possible, though not coextensive to the arbitral tribunal's determinations nor the award.³³

Distinct from ratified settlements essentially being 'contractual in that their terms depend first and foremost on the parties' intention'³⁴, arbitral awards are no manifestation of the parties' accord but rather adjudication over their dispute.³⁵

In the context of the *Prestige* case³⁶, victims who incurred damages covered by the insurance policy containing a choice-of-forum or arbitration clause, were not precluded from seeking relief in the courts exercising jurisdiction where the hazardous event occurred, nor at their place of residence.³⁷ The objective is the injured party's protection en face the insurer,³⁸ who otherwise could have been deprived of all effective means to obtain compensation.³⁹

For an arbitral award to qualify as a judgment under Art 34 (3) Brussels-1/1a Regulation, it and its foregoing proceedings must adhere to the fundamental objectives and principles of the Regulations. A judgment rendered pursuant to Section 66 (2) entails judicial considerations and is thus more likely to satisfy these criteria in principle, yet some characteristics of international arbitration such as confidentiality, restrictions on appeals procedure or the parties' mandate to determine many of the procedural aspects, and how they persist in a judgment entered in the terms of an arbitration award, must be taken into account. The assessment of the relevant specifics, however, reaches far beyond the scope of this contribution.

3. *Lis pendens* effects of arbitral proceedings

More dogmatically interesting and consequential, is the second consideration regarding *lis pendens*. Article 27 (1) Brussels-1/1a Regulation reads verbatim 'proceedings [...] between the same parties', ergo does require neither active nor effective participation.⁴⁰ Formal status as a party to proceedings does seem sufficient under the premise that principles of procedural fairness and parties right to be heard were given, even if not exercised. Even

24 See Judgment of 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488; see *ibid* [18] para 49; see judgment of 19 December 2013, *Nipponka Insurance*, C-452/12, EU:C:2013:858 para 36.

25 See also Recital 26 Regulation (EU) No 1215/2012.

26 Recital 26 Regulation No 44/2001.

27 Opinion of Advocate General Collins delivered on 5 May 2022 in the matter of C-700/20 *M/T Prestige*, ECLI:EU:C:2022:358 para 49; see Hartley T. Arbitration and the Brussels I Regulation - Before and After Brexit. *Journal of Private International Law*, 2021. Vol 17 No. 1 p 72.

28 [Charter of Fundamental Rights of the European Union]; see judgment of 25 May 2016, *Meroni*, C-559/14, EU:C:2016:349 para 44.

29 Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 58 citing in analogy judgment of 4 May 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243 para 55 and judgment of 19 December 2013, *Nipponka Insurance*, C-452/12, EU:C:2013:858 para 38.

30 View i.e. UNCITRAL Transparency Rules 2012 or publishing of awards under PCA and ICC Arbitration Rules.

31 *Egerton-Peters J.* England & Wales. Arbitration World. 6th ed p 667.

32 *Egerton-Peters J.* England & Wales. Arbitration World. 6th ed p 667.

33 Opinion of Advocate General Collins delivered on 5 May 2022 in the matter of C-700/20 *M/T Prestige*, ECLI:EU:C:2022:358 para 55.

34 Judgment of 2 June 1994, *Solo Kleimotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221 para 18.

35 Opinion of Advocate General Collins delivered on 5 May 2022 in the matter of C-700/20 *M/T Prestige*, ECLI:EU:C:2022:358 para 56.

36 Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488.

37 See judgment of 13 July 2017, *Assens Have*, C-368/16, EU:C:2017:546 para 31, 40.

38 *Ibid* [24] para 36, 41.

39 Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 62, 63.

40 See judgment of 19 October 2017, *Merck*, C-231/16, EU:C:2017:771 para 31, 32; judgment of 16 January 2019, *Stefan Liberato v Luminita Luisa Grigorescu*, C-386/17, ECLI:EU:C:2019:24.

absent effective participation, the same parties were involved in both proceedings, both addressing the potential liability of London P&I under the insurance contract for the damage caused by the sinking of the vessel *Prestige*.⁴¹ The diametrical requests for a declaration pro and contra liability does not infringe on the qualification as identical cause of action.⁴² In such a situation, all courts apart from the first one seised are obliged to stay their proceedings on their own motion and, if the first's jurisdiction is established, decline their own in the former's favour.⁴³ A judgment in the terms of an arbitral award thus can oppose recognition, but the forum seised must verify compliance with the Regulations' provisions and fundamental objectives to prevent their circumvention.⁴⁴ The question of *lis pendens* essentially addresses 'the potentially limiting effects of one case on another'.⁴⁵ It is generally deemed to be procedural public policy,⁴⁶ yet oftentimes perceived as inappropriate for arbitration proceedings as the mandate is conferred by agreement.⁴⁷ For the conflict of arbitration and litigation proceedings, the *International Law Association ('ILA') Arbitration Committee* suggests qualification as a matter of *Kompetenz-Kompetenz* to be analysed and resolved with recourse to the applicable arbitration rules and laws to determine who takes primacy to declare or defer jurisdiction.⁴⁸

4. The unclear definition of an arbitral award

The notion of what an 'arbitral award' actually is unclear yet the most promising approach works by way of

one of the internationally most successful conventions, namely the New York Convention 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ('New York Convention'). A legal framework conceived as independent from domestic laws and targeted at uniform and coherent interpretation, its autonomous concept faces inherent impediments, alike most international conventions.⁴⁹ First there amongst is the absence of an authority for coherent interpretation.⁵⁰ The qualification of an arbitral award itself often depends of the respective author's conceptualisation of arbitration itself and to what extend it is perceived as an independent legal order, hence (1) affording varying degrees of autonomy and persuasiveness or even effects of precedence to the body of published awards,⁵¹ (2) considering the interfaces of international arbitration and state courts as a hybrid form of dispute resolution, or lastly (3) submitting it to a domestic perspective dependent on the respective national framework.⁵² The New York Convention, despite attempts during the drafting process, does not define what an arbitral award is.⁵³ During the negotiations one delegation supported it depending on the law of the state of enforcement,⁵⁴ another proposal in the context of the UNCITRAL Model Law⁵⁵ was for 'a final award that disposes of all issues submitted to the arbitral tribunal and any other decision of the arbitration tribunal which finally determine[s] any question of substance'⁵⁶, though neither was included in the actual text. A predominant opinion among scholars restricts the notion of 'arbitral award' to awards rendered on the merits.⁵⁷

41 Article 27 (1) Brussels-1 and Brussels-1a Regulation 'proceedings involving the same cause of action'; judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 67.

42 See judgment of 19 December 2013, *Nipponka Insurance*, C-452/12, EU:C:2013:858 para 42; see judgment of 20 December 2017, *Schlömp*, C-467/16, EU:C:2017:993 para 51.

43 Article 27 Brussels-1 and Brussels-1a Regulation; Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 69.

44 Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 70–72.

45 *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. Kluwer Law International p 686.

46 *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. Kluwer Law International p 690 *referencing* Höber K. Parallel Arbitration Proceedings – Duties of Arbitrators; in: *Cremades B. and Lew J. (eds)*. Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration: Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. (2005) p 253.

47 *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. Kluwer Law International p 690–691 though the source cites several cases and national arbitration codes that bear it consideration without affording it a binding nature.

48 *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. Kluwer Law International p 690 *referencing* *International Law Association*. Final Report on res iudicata and arbitration (2006) available at www.ila-hq.org.

49 *Mariottini C. and Hess B.* The Notion of 'Arbitral Award' (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu] S. 3.

50 *Mariottini C. and Hess B.* The Notion of 'Arbitral Award' (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu] S 3.

51 *Gaillard E.* Aspects philosophiques de l'arbitrage international² 329 *Recueil des Cours* 49 (2007) para 60 et seq; *Born G.* International Arbitration.² (2014) Vol 1 para 1.06 et seq *Wolters Kluwer*; see *Kaufmann-Kohler G.* Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture. (2007) 23 *Arb Int'l.* 357, 364 et seq.

52 *Mariottini C. and Hess B.* The Notion of 'Arbitral Award' (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu] p 4.5.

53 *Mariottini C. and Hess B.* The Notion of 'Arbitral Award' (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu] p 6.

54 *Travaux préparatoires*. Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Report by the Secretary-General, Annex I, Comments by Governments, E/2822, 10.

55 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (as amended in 2006) as adopted in 80 states and a total of 111 jurisdictions.

56 See United Nations Commission on International Trade Law, Seventeenth Session, New York, 25 June – 13 July 1984, Report on the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Seventh Session (New York, 6–17 February 1984), UN Doc. A/CN.9/246, March 6, 1984, para 192–194; *Holtzmann HM and Neuhaus JE.* A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary (Kluwer 2015) sub Article 2, 154.

57 *Chartered Institute of Arbitrators.* Drafting Arbitral Awards. Part I – General (last revised: November 2016) comment sub Article 1.

Gary Born puts forth three criteria: (1) that it must result from an agreement to arbitrate, (2) must satisfy minimal formal characteristics and (3) resolve substantial not only procedural matters.⁵⁸ Others favour a qualification on the basis of the decision being final for one aspect of the dispute.⁵⁹ While it does shape the viability of an award, neither its binding nor its final nature seemingly amounts to be a constitutive element per se.⁶⁰ The French *Cour de Cassation* defines an award on the premise of being subject to an *act jurisdictionnel*, whereby mere procedural orders heedless their denomination are excluded.⁶¹ Referring to Section 1055 dZPO which reads ‘[a]mongst the parties, the arbitration award has the effect of a final and binding judgment handed down by a court’, German jurisprudence assimilates it to a judgment therein affording it legal and binding effects, especially *res iudicata* effects.⁶² This assimilation also supports equal treatment of judgments and arbitration awards where appropriate, foremost, where the parties have elected to resolve their dispute before an arbitral tribunal. German doctrine and jurisprudence recognise the *res iudicata* effect of foreign awards automatically, to the extent they are recognised under the *lex arbitri*.⁶³ Possibly the most interesting to the present analysis is the English approach not evaluating the nature of the decision but rather the nature of procedure leading to the decision.⁶⁴ The New York Convention looks to ensure the effectiveness of arbitration agreements and awards to the fullest within the parties will and its underlying objectives, ultimately pursuing the ‘effectiveness of party autonomy’.⁶⁵

5. *Res iudicata* as public policy for grounds of refusal of recognition under Article 34 (1) Brussels-1 Regulation

The second and third question to the CJEU in the *Prestige* case relied on the same line of reasoning: that the arbitral proceedings were initiated and conducted whilst the case in the Spanish courts was pending and thus did themselves not observe the principle of *lis pendens* in Article 27 Brussels-1/1a Regulation. As neither proceeding accounted for the other, no breach of public policy can be invoked.⁶⁶

Where Article 34 (1) Brussels-1 Regulation impedes the Regulation’s fundamental objectives, it must be interpreted restrictively⁶⁷ The concept of ‘public policy’ cannot be invoked on the issue of compatibility of a foreign and national judgment⁶⁸ as not to limit effectiveness of the Article 34 (3) and (4) Brussels-1/1a Regulation.⁶⁹

In principle, the Member states may themselves freely formulate the conditions of public policy, within the framework of the concept as introduced by the regulation, yet the CJEU may nevertheless review their limits for courts to refuse recognition of judgments.⁷⁰ The concept of public policy was conceived to protect against ‘a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order’,⁷¹ reserved for exceptional cases and not applicable for concerns of compatibility of foreign and national judgments which must rather be resolved by 34 (3) Brussels-1/1a Regulation.⁷² The *Jenard Report* points to the risk of an overextended interpretation of what may constitute ‘a matter of public policy’.⁷³ Further, 34

58 Born G. International Commercial Arbitration.² (Wolters Kluwer 2014) Vol III para 22.02 (B)[3] 2923.

59 Gaillard E. and Savage J. (eds) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. (Wolters Kluwer 1999) 739, para 1357; Di Pietro D. What constitutes an arbitral award under the New York Convention; in: Gaillard E. and Di Pietro D. (eds) Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention on Practice. (Cameron May 2008) 139, 153.

60 Mariottini C. and Hess B. The Notion of ‘Arbitral Award’ (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu] p 9 *referencing* Bundesgerichtshof Germany, 18 January 1990, III ZR 269/88 and Cour de Cassation, *La Société Drag v The Czech Republic*, 5 March 2014, 12–29.112.

61 Bernheim-Van de Castele L. Les principes fondamentaux de l’arbitrage (Bruylant 2012) 587; see Paris Court of Appeal, 2 July 2013 No 12/16361, *SARL Alicantes v SAS Gerpro et al.*; see Paris, 29 November 2007 and 3 July 2008, Rev arb (2009) 741, note C Chains.

62 Born G. International Commercial Arbitration.² (Kluwer Law International 2014) 2958, 2959; Mariottini C. and Hess B. The Notion of ‘Arbitral Award’ (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu] p 11–12.

63 Kröll S in Böckstiegl K., Kröll S. and Nacimiento P. (eds) Arbitration in Germany. Commentary.² (Kluwer Law International 2014) sub Section 1061 ZPO, para 6, 10–11.

64 Marchisio G. The Notion of Award in International Commercial Arbitration. A comparative analysis of French Law, English Law and the UNCITRAL Model Law. (Wolters Kluwer 2017) 19.

65 Mariottini C. and Hess B. The Notion of ‘Arbitral Award’ (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu] p 22.

66 Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488 para 76.

67 Judgment on 25 May 2016, *Meroni*, C-559/14, EUC:2016:349 para 38.

68 Judgment on 4 February 1988, *Hoffmann*, 145/86, EU:C:1988:61 para 21.

69 Opinion of Advocate General Collins delivered on 5 May 2022 in the matter of C-700/20, *M/T Prestige*, ECLI:EU:C:2022:358 para 77 referring to the French government’s observation that irreconcilability and *res iudicata* were intended to be regulated exhaustively in Article 34 (3) and (4) Brussels-1 Regulation.

70 Judgment on 25 May 2016, *Meroni*, C-559/14, EU:C:2016:349 para 39–40.

71 Judgment on 25 May 2016, *Meroni*, C-559/14, EU:C:2016:349 para 42.

72 Judgment on 4 February 1988, *Hoffmann*, 145/86, EU:C:1988:61 para 21 (then Article 27 (3) of the Brussels Convention).

73 *Jenard P.* Report in the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 1979 C 59) p 45.

(2)–(4) Brussels-1a Regulation shall be qualified as *lex specialis* and thus, insofar as the relevant consideration of public policy is addressed, render 34 (1) inapplicable.⁷⁴

Regarding the principle of *lis pendens* specifically,⁷⁵ one must also observe that the CJEU previously ruled its breach insufficient to justify non-recognition of a foreign judgment.⁷⁶ One of the central tenants of international civil procedure, and specifically the Brussels-1a Regulation is the evasion of contradictory judicial decisions.⁷⁷ The Brussels-1a Regulation's Recital 21 explores the need of 'a clear and effective mechanism for resolving cases of *lis pendens* and related actions' and minimisation of concurrent proceedings to prevent irreconcilability.⁷⁸ It simultaneously upholds the effectiveness of forum clauses affording the designated court priority to assess the agreement's validity and the authority to proceed irrespective of whether the proceedings have or have not been stayed in other courts seised.⁷⁹

The fundamental premise of *res iudicata* relies on respect and consideration of due process minimum standards.⁸⁰ The *ILA Arbitration Committee's* recommendation to condition *res iudicata* of an arbitration award regarding another award on the former's capability for recognition at the seat of the latter's appears logical,⁸¹ one might even consider the standard of due process imposed on the dispute by the designated seat of arbitration, as the standard also heralded by the New York Convention in Article 5. If the parties have consensually chosen a seat of arbitration, it seems reasonable to also derive the standard of due process thereof.

6. The arbitration exclusion in the Brussels Regime

The standard of review for validity of arbitration agreements varies, ranging from *prima facie* to fully detailed

determination and reflecting different conceptions of the *Kompetenz-Kompetenz* doctrine.⁸² The scope of the Art 1 (2) Brussels-1/1a Regulation arbitration exclusion is not definitively determined. Whether it excludes arbitration proceedings specifically or also ancillary issues, whether considerations on the validity of arbitration agreements are encompassed to assume or refuse jurisdiction, is subject to discussion. Regarding the predecessor Brussels Convention, the European Court of Justice ('ECJ') determined its applicability solely by reference to the dispute's subject matter, whereby the preliminary question of existence and validity of an arbitration agreement was inconsequential.⁸³ According to the Advocate General's Opinion in the *West Tankers* case, a Member State's court may not grant any order restraining another's proceedings on their opinion that an arbitration agreement has been breached, but must rather trust in the court's judgment regarding the issue of jurisdiction.⁸⁴ The court applied the same principle regarding *lis pendens* for a forum selection clause, even if proceedings were brought in bad faith and with intent to delay.⁸⁵ The issue of which judiciary is entitled to assess the existence and validity of an arbitration agreement has far reaching consequences and undeniable influence on the agreement's effectiveness and scope.⁸⁶

The court first seised is entitled to evaluate the arbitration agreement, which equally satisfies the standard of Art II (3) New York Convention.⁸⁷ It entitles each court to examine three criteria before referring the parties to an arbitration tribunal, though how in-depth said analysis is, heavily depends on the national perception and interpretation of the *Kompetenz-Kompetenz* doctrine. The most prominent and still unresolved issue here, as acknowledged in the Opinion, is the risk of inconsistent decision pertaining to the agreement to defer from national courts in favour of arbitration tribunals from the

74 Opinion of Advocate General Wahl delivered on 16 May 2013 in the matter of C-157/12, *Salzgitter Mannesmann*, EU:C:2013:322 para 30.

75 addressed also in point 3.

76 Judgment on 16 January 2019, *Liberato*, C-386/17, ECLI:EU:C:2019:24.

77 Mayr P. Art 27 EuGVVO; in: *Fasching H. und Konecny A.* (eds) *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*.² Vienna: Manz Bd. V/1 (2008) Rz 1.

78 Recital 21 Regulation (EU) No 1215/2012.

79 Recital 22 Regulation (EU) No 1215/2012.

80 *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. Kluwer Law International p 694.

81 *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. Kluwer Law International p 695 *referencing Bensusade D.* The International Law Association's Recommendation on Res Judical and Lis Pendens in International Commercial Arbitration. (2007) *Journal of International Arbitration*, Vol 24(4) p 415–416.

82 *O'Callaghan K and Singh S.* Arbitration and the Brussels Regulation: Where Now? (2009) *Dispute Resolution International*, 3(1), p 42.

83 Judgment of 25 July 1991, *Marc Richt AG v Società Italiana Impianti ('the Atlantic Emperor')*, C-190/89, ECR I-3855; *O'Callaghan K and Singh S.* Arbitration and the Brussels Regulation: Where Now? (2009) *Dispute Resolution International*, 3(1), p 33–34.

84 Opinion of Advocate General Kokott delivered on 4 September 2008 in the matter of C-185/07, *West Tankers*, ECLI:EU:C:2009:69.

85 Judgment of 9 December 2003, *Gasser*, C-116/02, ECR I-4693 para 72.

86 Opinion of Advocate General Kokott delivered on 4 September 2008 in the matter of C-185/07, *West Tankers*, ECLI:EU:C:2009:69 Rz 39–40 *referencing also Schlosser P.* Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice. OJ 1979 C 59, p 71.

87 Opinion of Advocate General Kokott delivered on 4 September 2008 in the matter of C-185/07, *West Tankers*, ECLI:EU:C:2009:69 Rz 55.

court first seised and judiciary of the chosen seat of arbitration.⁸⁸ A proposal to provide exclusive jurisdiction to the seat of arbitration to ‘*restore efficiency, harmony and legal certainty on the European arbitration scene*’⁸⁹ by Professor Hans van Houtte seems intriguing, especially as it cherishes party autonomy above uniformity.⁹⁰ The arbitration exclusion in conjunction gives a little more direction as to its scope in Recital 12 supporting a wide interpretation and read in conjunction with Article 73, it may even give precedence to the New York Convention if two decisions addressing the same subject matter once recognising and once denying the validity of an arbitration agreement have been rendered.⁹¹ Hence the exclusion itself might operate contrary to the Brussels-1/1a Regulation’s intent of judicial predictability and avoidance of irreconcilable judicial decisions aiming for legal certainty.⁹²

6. Conclusion

The *obiter* to be drawn from this case has been poignantly presented by the CJEU itself as ‘[a] *judgment confirming an award can prevent the recognition of judicial decisions [...] only if the content of that award could also have been subject to a judicial decision adopted in compliance with the provisions and fundamental objectives of Regulation No. 44/2001*.’⁹³ It therefore seems to open the possibility for arbitral tribunals to conjure a *lis pendens* effect for their proceedings and *res iudicata* effects for their award if the proceedings satisfy the standards set out by the European Regulation and are comparable to national procedures. The major factor of difficulty on both an international and European level are the similar yet non-congruent perceptions of important concepts of arbitration which lead to divergence of judicial opinion and may still form a decisive barrier for approximation of arbitration and litigation under the Brussels Scheme.

Correspondence: Katharina Gächter, katharina.gaechter@student.uibk.ac.at, ORCID ID: 0009-0002-5283-9716

Literaturverzeichnis

Court documents

- High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Commercial Court) UK
 Judgment of 13 July 2017, *Assens Have*, C-368/16, EU:C:2017:546
 Judgment of 2 April 2009, *Gambazzi / DaimlerChrysler Canada Inc.*, C-394/07, EU:C:2009:219
 Judgment of 13 May 2015, *Gazprom*, C-537/13, EU:C:316
 Judgment of 7 April 2022, *H Limited*, C-568/20, EU:C:2022:264
 Judgment on 4 February 1988, *Hoffmann*, 145/86, EU:C:1988:61
 Judgment on 16 January 2019, *Liberato*, C-386/17, ECLI:EU:C:2019:24
 Judgment of 19 October 2017, *Merck*, C-231/16, EU:C:2017:771
 Judgment on 25 May 2016, *Meroni*, C-559/14, EU:C:2016:349
 Judgment on 22 July 2022, *M/T Prestige*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488
 Judgment of 19 December 2013, *Nipponka Insurance*, C-452/12, EU:C:2013:858
 Judgment of 25 July 1991, *Rich*, C-190/89, EU:C:1991:319
 Judgment of 20 December 2017, *Schlömp*, C-467/16, EU:C:2017:993
 Judgment of 2 June 1994, *Solo Kleimotoren*, C-414/92, EU:C:1994:221
 Judgment of 16 January 2019, *Stefan Liberato v Luminita Luisa Grigorescu*, C-386/17, ECLI:EU:C:2019:24
 Judgment of 4 May 2010, *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243
 Judgment on 17 November 1998, *Van Uden Maritime*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543
 Judgment of 15 July 2021, *Volvo and Others*, Co-30/20, EU:C:2021:604
 Judgment on 10 February 2009 as Grand Chamber, *West Tankers*, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69

88 *O’Callaghan K and Singh S*. Arbitration and the Brussels Regulation: Where Now? (2009) *Dispute Resolution International*, 3(1), p 36 *referencing* Opinion of Advocate General Kokott delivered on 4 September 2008 in the matter C-185/07, *West Tankers*, ECLI:EU:C:2009:69.

89 *Van Houtte H*. Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation. *Arbitration International* 21(4) p 509.

90 *O’Callaghan K and Singh S*. Arbitration and the Brussels Regulation: Where Now? (2009) *Dispute Resolution International*, 3(1), p 41.

91 *Hamed A. and Khamichonak T*. International Arbitration and Its exclusion from the Brussels Regime.(2016) *Judicial Tribune*, Vol 6(1), p 23.

92 *Dowers N. and Tang Z*. Arbitration in the EU Jurisdiction Regulation: Brussels I Recast and a new Proposal. (2015) *Groningen Journal of International Law*, Vol 3(1) p 143.

93 Press Release No 104/22 on Judgment of the Court Case C-700/20 | London Steam-Ship Owner’s Mutual Insurance Association. Court of Justice of the European Union. Luxembourg, 20 June 2022.

Opinion of Advocate General Collins delivered on 5 May 2022 in the matter of C-700/20, *M/T Prestige*, ECLI:EU:C:2022:358

Opinion of Advocate General Wahl delivered on 16 May 2013 in the matter of C-157/12, *Salzgitter Mannesmann*, EU:C:2013:322

Literature

Bernheim-Van de Castele L. Les principes fondamentaux de l'arbitrage (Bruylant 2012)

Born G. International Commercial Arbitration.² (Kluwer Law International 2014)

Chartered Institute of Arbitrators. Drafting Arbitral Awards. Part I – General (last revised: November 2016) comment sub Article 1

Comunicación Poder Judicial Espana, El Tribunal Supremo condena a dos años al capitán del Prestige por delito contra el medio ambiente. (26 January 2016) (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-dos-anos-al-capitan-del-Prestige-por-delito-contra-el-medio-ambiente>) [Accessed 12.01.2023]

Di Pietro D. What constitutes an arbitral award under the New York Convention; in: *Gaillard E. and Di Pietro D.* (eds) Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention on Practice. (Cameron May 2008)

Dowers N. and Tang Z. Arbitration in the EU Jurisdiction Regulation: Brussels I Recast and a new Proposal. (2015) Groningen Journal of International Law, Vol 3(1)

Egerton-Peters J. England & Wales. Arbitration World. 6th ed p 645–669

Gaillard E. Aspects philosophiques de l'arbitrage international' 329 Recueil des Cours 49 (2007)

Gaillard E. and Savage J. (eds) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. (Wolters Kluwer 1999)

The Guardian, Oil Tanker sinks off Spanish coast. (19 November 2002) (<https://www.theguardian.com/environment/2002/nov/19/spain.world>) [Accessed 12.01.2023]

Hamed A. and Khamichonak T. International Arbitration and Its exclusion from the Brussels Regime. (2016) *Judicial Tribune*, Vol 6(1), p 9–26

Hartley T. Arbitration and the Brussels I Regulation – Before and After Brexit. *Journal of Private International Law*, 2021. Vol 17 No. 1

International Law Association. Final Report on res iudicata and arbitration (2006) available at www.ila-hq.org

Jenard P. Report in the Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 1979 C 59)

ITOPF Promoting Effective Spilling Response, Prestige. Spain/ France. 2002. (13 November 2002) <https://www.itopf.org/in-action/case-studies/prestige-spain-france-2002/> [Accessed 02.03.2023]

Kaufmann-Kohler G. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture. (2007) 23 Arb Int'l.

Kröll S in *Böckstiegl K., Kröll S. and Nacimiento P.* (eds) Arbitration in Germany. Commentary.² (Kluwer Law International 2014)

Mariottini C. and Hess B. The Notion of 'Arbitral Award' (2020) MPILux Research Paper Series 2020 (3) [www.mpi.lu]

Mayr P. Art 27 EuGVVO; in: *Fasching H. und Konecny A.* (eds) Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen.² Vienna: Manz Bd. V/1 (2008)

Pimenta A. and Rosende C. CJEU judgment on the Prestige oil tanker sets new guidelines on the recognition and enforcement of foreign judgments. *Garrigues Commentaries.* (7 July 2022) (https://www.garrigues.com/en_GB/new/cjeu-judgment-prestige-oil-tanker-sets-new-guidelines-recognition-and-enforcement-foreign) [Accessed 22.12.2022]

O'Callaghan K and Singh S. Arbitration and the Brussels Regulation: Where Now? (2009) *Dispute Resolution International*, 3(1), p 31–46

Van Houtte H. Why not include arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation. *Arbitration International* 21(4)

Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. Kluwer Law International

Rule of Law und Internet Governance: Die Rolle dezentraler Netzwerke für die Internetregulierung

Soziale Netzwerke haben für den öffentlichen Diskurs eine nicht mehr wegzudiskutierende Bedeutung. Bedingt durch Netzwerk- und Skalierungseffekte und der damit einhergehenden Reichweite sind Social-Media-Plattformen mittlerweile zu einem (insbesondere auch politisch relevanten) Kommunikationsraum mit enormem Meinungsbildungspotenzial geworden. Problematisch ist dies jedoch insofern, als dass die Auswahl der sichtbaren Kommunikationen in der Regel abhängig ist von den Nutzungsbedingungen der jeweiligen Plattform. Anders ist dies, wenn Plattformen dezentral gestaltet sind und algorithmische Beeinflussung wegfällt. Welche Rolle dabei Rechtsstaatlichkeit und Internetregulierung spielen und welche Bedeutung das EU-Cybersecurity-Package hat, soll im vorliegenden Artikel näher betrachtet werden.

Deskriptoren: Plattformen, Soziale Netzwerke, Social Media, Internet Governance, Digital Services Act, Digital Markets Act, Rechtsstaatlichkeit, Rule of Law, Demokratie, dezentrale Netzwerke, Fediverse.

Normen: Art 1, 2, 25, 33, 34 DSA; Art 3 DMA; Art 1,2 B-VG.

By Julia Helming

1. Einleitung

Ein aktuelles, prominentes Beispiel, welches die Relevanz von Social-Media-Plattformen deutlich macht, ist die Übernahme der Social-Media-Plattform Twitter durch Elon Musk, wodurch sicherlich auch der Diskurs um Internet Governance erneut entfacht wurde.¹ Bedingt durch die zentralisierte Architektur „klassischer“² sozialer Netzwerke wie etwa Twitter, unterliegt die Auswahl, Gewichtung und Löschpolitik einzig dem Regime der Nutzungsbedingungen des jeweiligen Anbieters.³ Die sich dadurch ergebenden Möglichkeiten der Einflussnahme haben auch Staaten mit autoritären Tendenzen erkannt und versuchen daher zunehmend, Entscheidungsgewalt über das Internet zu erlangen.⁴ Im Zuge dieses Ereignisses sind auch dezentrale Netzwerke wie etwa Mastodon wieder mehr in den Fokus öffentlicher Diskussionen ge-

rückt. Bedingt durch die Dezentralität dieses sogenannten Fediverse hängt die Regulierung gerade nicht vom Gutdünken des jeweiligen Anbieters ab und unterliegt in der Regel auch keiner algorithmischen Beeinflussung, die eine Meinungsverzerrung bewirken kann.⁵ Zu diskutieren ist jedoch auch hier, ob und inwieweit dabei Rechtsdurchsetzung und Regulierung erfolgen kann.

Für die juristische und politische Behandlung von Social-Media-Plattformen stellen sich im Kontext der Rechtsstaatlichkeit folgende zentrale Fragen: Wie kann verhindert werden, dass solche sozialen Netzwerke ein quasi rechtsfreier Raum sind und die Regulierung allein von den Nutzungsbedingungen der jeweiligen Anbieter abhängig ist? Inwieweit reichen die existierenden Rechtsrahmen aus, um geltendes ‚Online-Recht‘ auch im Cyberspace durchzusetzen?

Durch eine Analyse bestehender Regelungsrahmen auf unionsrechtlicher Ebene vor dem Hintergrund der Grundsätze der Internet Governance soll dies beantwortet werden. Als zweiter Teil erfolgt eine Betrachtung von dezentralen Netzwerken und deren Rolle für die Internetregulierung.

2. Rule of Law – Rechtsstaatlichkeit – l’État de droit

Das übergeordnete Thema dieses Hefts – *the Rule of Law* – soll im folgenden Kapitel kurz erörtert werden,

1 *Ortutay*, Twitter drama too much? Mastodon, others emerge as options (<https://apnews.com/article/elon-musk-twitter-inc-business-6e8bff97bb33d53b87c3d9a7c6a509cf>) (08.02.2023).

2 Um diese Relevanz auch quantitativ einzuordnen: laut Unternehmensbericht beläuft sich die Nutzer:innen-Anzahl von Facebook zum Ende des 4. Quartals 2022 auf 2,9 Mrd. [*Meta Platforms*, Anzahl der monatlich aktiven Facebook Nutzer weltweit vom 1. Quartal 2009 bis zum 4. Quartal 2022 (in Millionen) in Statista. Statista GmbH 2023, (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/>) (27.02.2023)]; Die Anzahl der Twitter-User:innen liegt im Jahr 2021 immerhin bei knapp 353 Mio. [*eMarketer*, Anzahl der monatlich aktiven Nut-

zer von Twitter weltweit in den Jahren 2019 bis 2021 sowie eine Prognose bis 2026 (in Millionen) in Statista, 2022, (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/318483/umfrage/twitter-nutzerzahlen-weltweit-prognose/>) (27.02.2023)].

3 *Link/Rebberg*, Die wunderbare Welt. Fediverse: Soziale Netzwerke in Nutzerhand, c’t 2020, 142 (143).

4 *Kettemann*, Private Onlineräume nähren autoritäre Fantasien, Die Presse 2022 45/02, (<https://www.diepresse.com/6211822/private-onlineraeume-naehren-autoritaere-fantasien/>) (28.02.2023).

5 *Rozenshtein*, Moderating the Fediverse: Content Moderation on tributed Social Media, Journal of Free Speech Law 2023, 13 (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>) (27.02.2023).

um in Bezug auf die weiteren Ausführungen von einem einheitlichen Verständnis ausgehen zu können. Hier über den Tellerrand des österreichischen Verständnisses des Rechtsstaatlichkeitsprinzips hinauszugehen, macht vor allem deshalb Sinn, weil Internetregulierung naturgemäß grenzübergreifend betrachtet werden muss.

2.1. Begriffliche Einordnung

Der Begriff *Rule of Law* als Beschreibung eines modernen Rechtsstaats wurde in der Zeit zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert geprägt und gründet in dem Bestreben, willkürliche Machtausübung durch absolutistische Staatsgewalt zu verhindern. Dieser *telos* erfährt seine Umsetzung – je nach Rechtsordnung und -auffassung – in einer breiten Vielfalt unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Ansprüche.⁶ Diesen Begriff daher einfach mit ‚Rechtsstaatlichkeit‘ zu übersetzen oder gar gleichzusetzen würde zu kurz greifen und der Komplexität dieses Prinzips nicht gerecht werden. Die Reichweite variiert zwischen den unterschiedlichen Rechtsauffassungen, teilweise sogar innerhalb des kontinentaleuropäischen Verständnisses. Bedingt sind diese Unterschiede durch die Vielfalt an Rechtstraditionen. Die Begriffe *the rule of law*⁷, *l'État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho* oder *Rechtsstaat* sind daher auch nicht synonym zu verwenden.⁸ Unabhängig von der konkreten Reichweite des Prinzips in der jeweiligen Rechtsordnung kann es aus methodologischer Sicht als ein ‚Meta-Prinzip‘ der Rechtsordnung verstanden werden.⁹ Letztlich sind alle Ausprägungen dieses Prinzips auf einen zentralen Anspruch zurückzuführen: der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, welche nur durch Bindung an transparente¹⁰ Gesetze erreicht werden kann.¹¹ Dies knüpft an den bereits genannten Zweck der Verhinderung staatlicher Willkür an.

2.2. Rechtsstaatlichkeit als verfassungsrechtliches Grundprinzip in der österreichischen Rechtsordnung

Das österreichische Verfassungsrecht kennt den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit als verfassungsrechtliches Grundprinzip. Obgleich im B-VG nicht dezidiert genannt¹², ergibt sich das Bestehen eines rechtsstaatlichen Prinzips aus einem Bündel an Grundsätzen, die auf die Erhaltung der Rechtsstaatlichkeit im Sinne einer Bindung der Staatsgewalt an die Gesetze abzielen. Von Bedeutung sind dabei vor allem das Legalitätsprinzip, die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, die Gewaltenteilung sowie der Grundrechtsschutz.¹³ In der österreichischen Rechtsordnung werden Gewaltenteilung sowie Grundrechtsschutz überwiegend als eigenständige Grundprinzipien angesehen. Dennoch sollen diese in den folgenden Ausführungen im Zusammenhang mit Rechtsstaatlichkeit und Internet Governance miteinbezogen werden. Einerseits deshalb, weil beide Prinzipien für die Gewährleistung von Rechtsstaatlichkeit unabdingbar sind; dies gilt insbesondere für den Grundsatz der Gewaltenteilung, da die Kontrolle der Bindung allen staatlichen Handelns an die Gesetze nur dadurch effektiv gewährleistet werden kann.¹⁴ Andererseits ist in den meisten europäischen Verfassungstraditionen Gewaltenteilung und Grundrechtsschutz vom Prinzip der Rechtsstaatlichkeit mit umfasst. Bleibt man bei der österreichischen Verfassungstradition und klammert Grundrechtsschutz und Gewaltenteilung aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip aus, bleiben folgende zentrale Grundsätze: (1) ein zumindest grundlegendes Maß an Zugänglichkeit und Verständlichkeit des Rechts, (2) die Bindung staatlichen Handelns an das Gesetz sowie (3) ein Mindestmaß an faktisch effizienten Rechtsschutzmöglichkeiten.¹⁵ In Bezug auf die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns ist auch auf dessen demokratisches Ele-

6 *Jakab*, Grundprinzipien des österreichischen Bundesverfassungsrechts in *Jakab* (Hrsg), Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts (2021) 432.

7 Im US-amerikanischen Raum wird statt des Begriffs ‚*rule of law*‘ meist ‚*constitution*‘ verwendet, wodurch primär auf das Vorliegen von Gewaltenteilung und dem Schutz von individuellen Freiheiten abgezielt wird.

8 *Loughlin*, ‚Rechtsstaat, Rule of Law, l'État de droit‘ in *Foundations of Public Law* (2010) 312f.

9 *Loughlin*, in *Foundations of Public Law* (2010) 315.; ebenso *Grote*, Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit in *Starck* (Hrsg), Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis (1999) 301f.

10 Dh vorab festgelegt und öffentlich zugänglich gemacht

11 *Hayek*, *The Road to Serfdom* (1944) 45; *Raz*, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality in The Philosophical Review* (1979) 211.

12 Im Gegensatz zu den anderen verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, welche in Art 1 bzw 2 B-VG normiert sind; *Berka*, *Verfassungsrecht*⁸ (2021) Rz 185.

13 *Berka*, *Verfassungsrecht*⁸ (2021) Rz 188.

14 *Berka*, *Verfassungsrecht*⁸ (2021) Rz 180.

15 *Jakab* in *Jakab* (Hrsg), Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts (2021) 436.

ment einzugehen. Beide Grundsätze (das demokratische und das rechtsstaatliche Prinzip) ergänzen sich wechselseitig: Schließlich kann zur Einhaltung des Demokratieprinzips als Grundlage staatlichen Handelns nur ein demokratisch erschaffenes Gesetz fungieren.¹⁶

3. Internet Governance

Lange hielt sich der Anschein, das Internet wäre ein rechtsfreier Raum, eine *terra nullius*.¹⁷ Mittlerweile¹⁸ sollte aber klar geworden sein: Recht gilt online in gleichem Maße wie offline.¹⁹ Dennoch ist oft nicht klar – insbesondere auch angesichts der raschen technologischen Dynamik – in welchem Umfang und Ausmaß dies der Fall ist.²⁰

3.1. Begriffliche und inhaltliche Einordnung

Eine sehr grundlegende und allgemeine Definition des Begriffs Internet Governance beschreibt diese als Bündel an politischen Diskussionen und Erwägungen zur Koordination und Organisation des Internets, um die technologische Funktionsfähigkeit sowie die normative Gestaltbarkeit zu gewährleisten.²¹ Begrifflich ist Internet Governance nicht einfach mit Internetrecht gleichzusetzen. Dies würde zu kurz greifen, da Letzteres enger gefasst ist: Internet Governance umfasst neben dem Internetrecht auch ‚soft law‘, technische Standards und Kodizes und ist – im Gegensatz zum reinen Rechtsbegriff – nicht reaktiv, sondern proaktiv hinsichtlich technologischer Entwicklungen.²² Internetrecht – als „Kernstück“ der Internet Governance – sieht sich aufgrund seiner Natur als Teilrechtsgebiet oftmals der Kritik ausgesetzt, es könne dabei zu einer Zersplitterung von Recht kommen. Zudem bewirke eine Kombination mehrerer Fach-

disziplinen²³ eine Verwässerung beider Bereiche.²⁴ Diese Risiken können jedoch minimiert werden, indem eben kein gänzlich neues Regelwerk für neue Bereiche geschaffen wird, sondern bestehende Normen wissenschaftlich bzw gerichtlich verfeinert oder angepasst werden. Nur dort, wo tatsächliche Lücken auftreten, können neue Normen entwickelt werden. Diese sind allerdings stets an den generellen Regeln der jeweiligen Rechtsordnung zu messen.²⁵ Als Rechtsquellen der Internet Governance sind auf nationaler Ebene neben den allgemeinen Bestimmungen aus ABGB, StGB sowie den Schutznormen hinsichtlich Privatsphäre und Informationsfreiheit vor allem das E-Commerce-Gesetz sowie die Bestimmungen des Datenschutzrechts einschlägig. Aus unionsrechtlicher Perspektive sind insbesondere die Gesetzesinitiativen aus dem Maßnahmenpaket für Cybersicherheit sowie die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zu nennen.²⁶

3.2. Grundsätze der Internet Governance

Die *Arbeitsgruppe über Internet Governance (WGIG)* hat sich im Jahr 2004 erstmals mit dem normativen Regelbündel auseinandergesetzt, unter dem sich das Internet in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat. Festgehalten wurde dabei, dass Internet Governance eine „menschenzentrierte, inklusive und entwicklungsorientierte Informationsgesellschaft“ ermöglichen soll. Die vereinbarten Ziele finden sich in den Grundsätzen der Internet Governance wieder, welche den rechtssetzenden Akteuren – insbesondere auch auf Unions-Ebene²⁷ – als Orientierung und Maßstab dient. Als zentrale Errungenschaft wurde im Rahmen dieser Auseinandersetzung festgehalten, dass alle Grund- und Menschenrechte inklusive aller diesbezüglichen völkerrechtlichen Vereinbarungen **auch im Internet** gelten müssen.²⁸ Dieses Leit-

16 Berka, Verfassungsrecht⁸ (2021) Rz 183.

17 Hobe, Cyberspace – der virtuelle Raum, in Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Band XI: Internationale Bezüge³ (2013), § 231.

18 Insbesondere angesichts der wachsenden Anzahl an Entscheidungen im Zusammenhang mit Hate Speech oder illegalem Handel und auch der im letzten Jahrzehnt immer höheren Regulationsdichte im Zusammenhang mit dem Internet (zB E-Commerce-RL, Digital Services Act).

19 Kettemann, The normative Order of the Internet (2020) 306.

20 Kettemann, Völkerrecht in Zeiten des Netzes (2019) 14.

21 Weber, Proliferation of „Internet Governance“ (2014) 2; DeNardis, The Global War for Internet Governance (2014).

22 Kettemann, Internet Governance in Jähnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/1.

23 Hier also Informatik und Rechtswissenschaften

24 Frank H. Easterbrook, ein Kritiker der rechtswissenschaftlichen Interdisziplinarität, hat in diesem Zusammenhang gar die Gefahr des „multidisziplinären Dilettantismus“ statuiert (Easterbrook, Cyberspace and the Law of the Horse, University of Chicago Law School, Chicago Unbound (1996) 207.

25 Kettemann, Völkerrecht in Zeiten des Netzes (2015) 14.; Zur Debatte über die Fragmentierung des Völkerrechts und der Notwendigkeit des *ius cogens* siehe auch Andenas/Bjorge (Hrsg), A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law (2015) 28f.

26 Kettemann in Jähnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/7f.

27 Die auf den in der Verpflichtungserklärung von Tunis festgelegten Ziele wurden im Jahr 2012 vom Ministerkomitee des Europarats in Form einer Erklärung über die Grundsätze der Internet Governance aufgegriffen (Kettemann in Jähnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) 66); Ebenso bei der Festlegung von Internet Governance Grundsätzen der globalen Initiative NETmundial im Jahr 2014 [NETmundial, NETmundial Multistakeholder Statement vom 24. April 2014 (netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf) (23.02.2023)].

28 Kettemann in Jähnel/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/49.

prinzip findet sich auch im 1. Grundsatz wieder, welcher die Stärkung und Achtung der Rechtsstaatlichkeit²⁹ beinhaltet.³⁰ Von besonderer Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit ist dabei außerdem der 2. Grundsatz, welcher auf die Nachvollziehbarkeit bei der Schaffung von Regeln und Normen sowie der Miteinbeziehung aller relevanten Akteure abzielt.³¹ Einen ähnlichen Zweck verfolgt auch der 7. Grundsatz, wonach Internet Governance vorzugsweise dezentral verwaltet werden soll, um weitestgehend Transparenz für Regeln zu schaffen und gleichzeitig auch größtmögliche rechtliche Durchsetzbarkeit zu garantieren.³² In Hinblick auf die technische Gestaltung sollen die Grundsätze der Interoperabilität sowie der Netzwerkneutralität sicherstellen, dass der Zugang zum Internet weitgehend unabhängig von der verwendeten Hard- und Software gewährleistet werden kann.³³ Rechtlich gesehen sind die benannten Grundsätze zwar für sich kein normativ einheitliches Regelwerk, da diese für sich genommen vielfach einen Leitlinien-Charakter aufweisen. Allerdings wird darin unmittelbar Bezug genommen zu rechtlich bindenden Bestimmungen, wie beispielsweise dem völkerrechtlichen Prinzip der Staatenverantwortlichkeit.³⁴ Die Vorgaben für die technische Gestaltung haben zwar für sich keinen rechtlichen Normcharakter. Sie sind jedoch unabdingbar für die Einhaltung aller bindenden Bestimmungen, weswegen sie in der Regel zumindest mittelbar normativ wirken.³⁵

4. EU-Regulierung von Internet-Plattformen: Der Digital Services Act & Digital Markets Act

Sowohl der Digital Services Act (DSA) als auch der Digital Markets Act (DMA) sollen einen Rechtsrahmen schaffen mit dem Ziel, einerseits die Einhaltung der Grundrechte sicherzustellen und andererseits durch ein harmonisiertes Regelwerk Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit sicherzustellen. Während der DSA einen weiteren sachlichen Anwendungsbereich innehat, da er –

neben speziellen Pflichten für besonders große Anbieter – grundsätzlich allen Anbietern Pflichten auferlegt, richtet sich der DMA speziell an sogenannte *Gatekeeper*.³⁶ Im Folgenden soll analysiert werden, welche Rolle diese beiden Rechtsakte bezüglich rechtsstaatlicher Prinzipien im Zusammenhang mit Social-Media-Plattformen spielen.

4.1. Der Digital Services Act: risikobasierte Regulierung von digitalen Serviceanbietern

Der Digital Services Act (DSA)³⁷, welcher in Form einer Verordnung am 16.11.2022 in Kraft getreten ist, soll gemeinsam mit dem Digital Markets Act (DMA) ein gemeinsames Regularium in Bezug auf digitale Dienste schaffen und die bisherigen Vorgaben erweitern und ergänzen. Bis dato galt die E-Commerce-Richtlinie (ECR)³⁸ als Maßstab für die Regulierung von Internetdiensten. Da sich seit der Annahme der ECR im Jahr 2000 ein enormer technologischer und gesellschaftlicher Wandel hinsichtlich Nutzungsverhalten und Digitalisierung vollzogen hat, soll den damit einhergehenden Risiken und Herausforderungen mit dieser neuen Verordnung auch legislativ begegnet werden.³⁹

Pflicht zur Risikobewertung

Der DSA verfolgt dabei einen risikobasierten Ansatz, indem es sehr große Online-Plattformen (SGOP) verpflichtet, regelmäßige Risikoanalysen durchzuführen und – abhängig von deren Ergebnissen – präventiv geeignete Maßnahmen vorzunehmen.⁴⁰ Dieser Ansatz trägt der Dynamik von Technologien Rechnung, da aufgrund der raschen Entwicklung stets neue Risiken auftreten können. Für die Risikobewertung sind sowohl mögliche negative Auswirkungen als auch die Eintrittswahrscheinlichkeit von systemischen Risiken von Bedeutung. Dabei spielen insbesondere Faktoren wie die Anzahl an Betroffenen, die Reichweite des verbreitenden Kontos aber auch die Möglichkeiten der Schadensregulierung eine

29 Im Originaltext 'rule of law'.

30 *World Summit on the Information Society* (WSIS), Tunis Commitment, WSIS- 05/ TUNIS/ DOC/ 7- E, 18. November 2005, Art 3.

31 *Kettemann* in Jahnle/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/48.

32 *Kettemann* in Jahnle/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/57.

33 *Kettemann* in Jahnle/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/53.

34 Die Geltung der Staatenverantwortlichkeit wird auch für das Internet bejaht.; *Kettemann* in Jahnle/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/59ff.

35 *Kettemann* in Jahnle/Mader/Staudegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020) Rz 2/62.

36 European Commission, The Digital Services Act package (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>) (22.02.2023).

37 Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl L 2022/277, 1.

38 Richtlinie (EG) 2000/31 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl L 2000/178, 1.

39 Erwrgr 1 DSA.

40 Art 33 – 35 DSA.

41 *Achleitner*, Der Digital Services Act als risikobasierte Regulierung – zu den Auswirkungen des risikobasierten Ansatzes des DSA auf Desinformation und den Grundrechtsschutz, MR-Int 2022, 114 (117).

Rolle.⁴¹ Hinsichtlich des Risikobegriffs zielt der DSA auf ein „systemisches Ausmaß“ ab, das über einen punktuellen Einzelschaden hinausgeht. Kategorisiert werden diese Risiken hinsichtlich ihrer Schädigungsrichtung (bspw. Auswirkungen auf die Ausübung von Grundrechten oder auf die gesellschaftliche Debatte⁴²) bzw. ihres Schädigungsgehalts („Verbreitung rechtswidriger Inhalte“⁴³). Grundsätzlich ist die Definition dieser Risiken zwar unscharf, allerdings kann so auch eine gewisse Flexibilität und Technologieoffenheit gewahrt werden.⁴⁴

Vorgaben für die Inhalts-Moderation

Im Rahmen des Risiko-Managements haben SGOP außerdem gewisse Vorgaben für die Moderation der Inhalte einzuhalten bzw. umzusetzen. Insbesondere sind diese Inhalte gem. Art 34 Abs 2 DSA in die Risikobewertung miteinzubeziehen. Faktoren für die Bewertung der Moderations-Politik sind unter anderem der Umgang mit Meldungen zu rechtswidrigen Inhalten sowie die Löschungs- und Sperrpolitik der diese Informationen verbreitenden Konten. Neben der Risikobewertung ist die Moderationspolitik auch Teil des im Rahmen der Transparenz- und Rechenschaftspflichten zu erstattenden Berichts.⁴⁵

Schutz vor Desinformation

Die Behandlung von Desinformation wird zwar im Gesetzestext selbst nicht explizit geregelt, jedoch in den Erwägungsgründen thematisiert. Die darin enthaltenen Ausführungen verweisen einerseits auf soft-law-Maßnahmen und andererseits auf die in der VO enthaltenen Bestimmungen über Verhaltenskodizes, welche als Grundlage für eine Selbstregulierung der Plattform-Anbieter fungieren sollen.⁴⁶ Durch die Vorgaben an SGOP bezüglich des Risikomanagements kann der DSA jedoch in gewissen Fällen auch regulativen Schutz vor Desinformation bieten. Dafür muss diese jedoch als „systemisches Risiko“⁴⁷ zu qualifizieren sein und eine der in

lit a-d normierten Varianten erfüllen.⁴⁸ Insbesondere ist dabei der Tatbestand der (potenziell) schädigenden Auswirkung auf die gesellschaftliche Debatte, auf Wahlprozesse und/oder die öffentliche Sicherheit zu nennen. Die Möglichkeit, durch Social-Bots gezielt politische und gesellschaftliche Diskussionen zu beeinflussen⁴⁹, hat sich in jüngster Vergangenheit bereits offenbart.⁵⁰ Auch eine mögliche negative Beeinträchtigung der in lit d aufgezählten Rechtsgüter⁵¹ kann mit dem Verbreiten von Desinformation einhergehen.⁵² Der DSA kann daher in vielen Fällen durchaus regulativ auf Desinformation wirken.

4.2. Der Digital Markets Act: besondere Pflichten für digitale Gatekeeper

Vom Geltungsbereich des DMA erfasst sind Plattformen⁵³, die aufgrund ihrer ökonomischen Relevanz den Status eines sogenannten *Gatekeepers* innehaben. Diese Bezeichnung leitet sich aus der Vermittlerfunktion solcher Plattformen am Digitalmarkt zwischen gewerblichen und nicht-gewerblichen Nutzer:innen ab.⁵⁴

Wer ist Gatekeeper iSd DMA?

Zur Beurteilung des *Gatekeeper*-Status wird in erster Linie auf quantitative Faktoren abgezielt. Im Falle eines kumulativen Vorliegens der in Art 3 Abs 2 DMA festgelegten Schwellenwerte bezüglich finanzieller Kennzahlen bzw. Nutzerzahlen besteht eine widerlegbare Vermutung dieses Status.⁵⁵ In bestimmten Fällen kann auch das Vorliegen bestimmter qualitativer Faktoren – wie zB eine sich aus Skalen- und Netzwerkeffekten ergebende besondere Marktposition – einen *Gatekeeper*-Status begründen.⁵⁶ Durch die nach quantitativen Gesichtspunkten erfolgende Vorgehensweise wird zunächst Rechtssicherheit geschaffen, wobei durch die zusätzlichen qualitativen Bewertungskriterien eine Möglichkeit der Feinjustierung geschaffen wurde.⁵⁷

42 Vgl Art 34 Abs 1 lit b bzw c DSA.

43 Vgl Art 34 Abs 1 lit a DSA.

44 *Achleitner*, MR-Int 2022, 118.

45 ErWG 49 DSA.

46 Insbesondere ErWG 106 DSA.

47 iSd Art 34 Abs 1 DSA

48 *Achleitner*, MR-Int 2022, 117.

49 Im US-Präsidentenwahlkampf 2016 wurden 20% aller Tweets von Social-Bots abgesetzt (*Bessi/Ferrara*, Social Bots distort the 2016 U.S. Presidential election online discussion, First Monday 2016, 11, (<http://dx.doi.org/10.5210/fm.v21i11.7090>)); auch im Vorfeld des „Brexit“-Referendums wurden vermehrt Social-Bots eingesetzt (*Howard/Kollanyi*, Bots, Computational Propaganda during the UK-EU Referendum, in Comprop, Research Note, 2016, 1, (<https://doi.org/10.48550/arXiv.1606.06356>)).

50 *Libertus*, Rechtliche Aspekte des Einsatzes von Social Bots de lege lata und de lege ferenda, ZUM 2018, 20 (20).

51 Betreffend den Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt sowie den Schutz des körperliche und geistigen Wohlbefindens einer Person, der öffentlichen Gesundheit, der Gesundheit von Minderjährigen (Art 32 Abs 1 lit d DSA).

52 *Kastor/Püschel*, Faktenchecker vor dem Hintergrund des Digital Services Act: Eine rechtliche Einordnung, KuR 2023, 20 (23).

53 Neben sozialen Netzwerken sind davon auch alle anderen Plattform-Anbieter umfasst, wie bspw Suchportale, App-Stores oder Video-Plattformen.

54 ErWG 3 DMA; *Horn/Schmalenberger*, Kartellrechtsnahe Regulierung von Gatekeepern – der Digital Markets Act in KuR 2022, 465 (466).

55 Art 3 Abs 2 DMA; *Stenitzer*, Der „Digital Markets Act“ – neue Spielregeln für Big-Tech-Unternehmen, ÖBl 2022/58, 192 (193).

56 Art 3 Abs 6 DMA; *Stenitzer*, ÖBl 2022/58, 193.

57 *Westermann*, Der geplante Digital Markets Act: Europäische Regulierung zentraler Plattformdienste außerhalb des Kartellrechts? In ZHR 2022/186, 325 (328).

Pflichten für *Gatekeeper*

Die von *Gatekeepern* einzuhaltenden Pflichten sind in Artikel 5 und 6 DMA festgelegt. Unterschieden wird dabei zwischen Pflichten, die als solche unmittelbar umgesetzt werden müssen und denjenigen, die noch näher spezifiziert werden können – für die also die Möglichkeit eines „Regulierungsdialogs“ zur EU-Kommission besteht.⁵⁸ Die unmittelbar umzusetzenden Pflichten umfassen unter anderem mehrere *leges speciales* zur DSGVO, wodurch eine Datenverarbeitung in einigen Fällen nur noch auf den Rechtfertigungstatbestand der Einwilligung gestützt werden kann.⁵⁹ Kritisch anzumerken in Bezug auf den Pflichtenkatalog ist etwa das Fehlen einer Generalklausel, was eine gewisse Starrheit in Hinblick auf künftige technologische Entwicklungen oder Prozess-Neuerungen bewirkt. Allerdings schafft dies auch Rechtssicherheit für Anbieter.⁶⁰

Vorgaben für die technische Gestaltung

Ein weiteres Verpflichtungs-Bündel zielt außerdem auf die Gewährleistung von Interoperabilität, speziell auf Plattform- und Technologieneutralität ab. Diese Vorgaben umfassen beispielsweise das Verbot der zwingenden Verknüpfung von Nebendienstleistungen mit der Nutzung des zentralen Dienstes. Zudem muss durch technische Maßnahmen die Zugänglichkeit der Dienste unabhängig von Hardware und Betriebssystem möglich sein.⁶¹

Transparenzpflicht für Profiling

Darüber hinaus enthält der DMA besondere Transparenzpflichten für Profilingmaßnahmen, wobei der EU-Kommission alle dazu verwendeten Methoden offengelegt werden müssen. Dieser Bericht wird zusätzlich an den Europäischen Datenschutzausschuss übermittelt, um bei der Durchsetzung der DSGVO miteinbezogen werden zu können. Diese Transparenzvorgaben hinsichtlich Profilingmaßnahmen soll es kleineren Mitbewerbern von *Gatekeepern* erleichtern, am Markt überhaupt teilzunehmen.⁶²

5. Dezentrale Netzwerke als Lösungsansatz?

Das folgende Kapitel soll nun aufzeigen, wie die aktuell in den Fokus der öffentlichen Diskussion gerückten dezentralen Social-Media-Plattformen reguliert werden bzw. überhaupt werden können und welche Rolle dabei das Prinzip der Rule of Law spielt.

5.1. Die Entwicklung des Internets hin zur zentralisierten Netzwerk-Architektur

Betrachtet man die Evolution des Internets, so sind dezentrale Applikationen eigentlich der Regelfall. Das Internet, so wie wir es kennen, war bis zur Etablierung zahlreicher geschlossener Plattformen⁶³ in den späten Nuller-Jahren eigentlich geprägt vom HTTP-basierten *Open Data Protocol*. Dadurch war es für Jeden und Jede möglich, eine Website oder einen E-Mail-Server zu hosten, ohne dass dies in irgendeiner Weise kontrolliert oder reguliert würde.⁶⁴ Diese Offenheit war damals für die Entwicklung des Internets von großer Bedeutung: vielfach wurde dadurch ein Austausch von verschiedenen Gruppen überhaupt ermöglicht, was sich wiederum als enorm innovationssteigernd herausgestellt hat.⁶⁵ Auch zentral konstruierte ‚geschlossene‘ Plattformen nutzen standardmäßig die HTTP-basierte Protokollierung. Allerdings fungieren die Betreiber-Unternehmen als riesige Web-Server, die in sich geschlossene Protokolle verwenden.⁶⁶ Eine solche geschlossene Architektur ermöglicht zunächst in der Regel eine bessere User-Experience – was auch einer der Hauptgründe für die zunehmende Dominanz dieser Plattformen ist. Außerdem können aufgrund der Möglichkeit einer zentralen Moderation auch rasch Sicherheits- und Schutzmaßnahmen gesetzt werden.⁶⁷ Die Problematik einer solchen zentralisierten „Top-Down“-Moderation ist allerdings, dass Plattform-Betreiber nie allen Anforderungen – dh weder den eigenen unternehmerischen, noch denen der Nutzer:innen oder denen der breiten Öffentlichkeit – gerecht werden können.⁶⁸

58 ErwG 65 DMA; *Horn/Schmalenberger*, KuR 2022, 465 (472).

59 Art 6 Abs 1 lit a DSGVO (2016/679 ABl L 2016/119); Art 5 Abs 2 DMA.

60 *Horn/Schmalenberger*, KuR 2022, 472.

61 Art 5 Abs 7 DMA; *Stenitzer*, ÖBl 2022/58, 194f.

62 Da diese regelmäßig über deutlich beschränktere Datenressourcen verfügen und damit ansonsten keine Chance auf ähnlich aussagekräftige Profile haben (ErwG 72 DMA); *Horn/Schmalenberger*, KuR 2022, 474.

63 Wie beispielsweise Facebook, Youtube, TikTok etc.

64 Als Ausnahme sollte an dieser Stelle die Notwendigkeit der Registrierung von Domainnamen beim zentralen Registrierungssystem ICANN genannt werden; diese Notwendigkeit ist aber eher ad-

ministrativer Natur und stellt lediglich eine minimale regulative Hürde dar.

65 *Rozenshtein*, Journal of Free Speech Law 2022, 3, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>).

66 Dadurch kann eben gerade *nicht* jeder oder jede beispielsweise seinen eigenen Facebook-Server betreiben.

67 Durch KI-gestützte Inhaltskontrolle wurde bei Facebook laut eigenen Angaben beispielsweise zahlreiche Fake-Accounts identifiziert und blockiert. *Facebook*, Our Progress Addressing Challenges and Innovating Responsibly (<https://perma.cc/3FHT-3TB8>) (08.02.2023).

68 *Rozenshtein*, Journal of Free Speech Law, 2023, 6, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>).

5.2. Das *Fediverse*

Der zusammengesetzte Begriff aus „federation“ und „universe“, soll versinnbildlichen, was das *Fediverse* eigentlich ist: ein „Universum“ aus verschiedenen unabhängigen Netzwerken, die sich wiederum untereinander vernetzen („föderieren“) können. Auf diese Weise können auch soziale Netzwerke dezentral designet werden.

Dezentrales Netzwerk-Design

Die Funktionsweise ist ähnlich der herkömmlicher Websites, die per HTTP das Aufrufen und Interagieren ermöglichen und auf global verteilten Servern gehostet werden. Im *Fediverse* ist der am meisten verbreitete Protokollstandard derzeit *ActivityPub*, welches die Interaktion zwischen den einzelnen Netzwerken⁶⁹ deutlich vereinfacht. Nutzer:innen können dadurch zwischen den einzelnen Instanzen interagieren ohne verschiedene Accounts erstellen zu müssen.⁷⁰

Mastodon als Twitter-Alternative?

Mastodon wirbt auf seiner Homepage damit, soziales (online-)Netzwerken wieder „back in the hands of the people“ zu legen und hebt damit bereits das Alleinstellungsmerkmal der *Fediverse*-Netzwerke hervor: Die Inhalte sollen nicht abhängig sein vom Willen weniger Großkonzerne, sondern geprägt sein davon, was den organischen Nutzer:innen-Bedürfnissen entspricht.⁷¹ Im Gegensatz zu den typischen zentralen Netzwerken erfolgt die Reihung des Feeds auf Mastodon nicht durch algorithmische Priorisierung, sondern schlicht chronologisch. Ansonsten sind die grundlegenden Twitter-Features auch auf Mastodon verfügbar.⁷² Ob Mastodon als wirkliche Alternative zu den großen Giganten wie Twitter oder Facebook fungieren kann, ist aktuell jedoch fraglich. Zu hoch sind oftmals die Hürden, sich als User:in eine geeignete Instanz auszuwählen und sich dann zu vernetzen, während bei Twitter eine einfache Account-Erstellung genügt.⁷³

5.3. Regulierung dezentraler Netzwerke am Use Case Mastodon

Das Fehlen eines zentralen „Kontrollorgans“ in Gestalt des jeweiligen Betreiber-Unternehmens eines geschlossenen Social-Networks bedeutet jedoch nicht, dass dezentrale Netzwerke völlig losgelöst sind von einer etwaigen Regulierung oder zumindest einer Moderation.

Regulierung durch Instanz-spezifische Nutzungsbedingungen

Da jede Netzwerk-Instanz des *Fediverse* autonom handeln kann, können innerhalb des jeweiligen Netzwerks auch eigene Nutzungsbedingungen aufgestellt werden.⁷⁴ Mastodon beispielsweise verbietet jegliche Inhalte, die in Deutschland⁷⁵ illegal sind. Zudem können den einzelnen Mastodon-Instanzen unterschiedliche Stufen der Inhalts-Moderation auferlegt werden: diese reicht von (1) gar keine Moderation über (2) frei zugänglich aber gefiltert, (3) nur von einem eingeschränkten User:innen-Kreis einsehbarer Inhalten, sowie (4) vollständig verbotene Instanzen.⁷⁶

Soziale Konventionen als Korrektiv

Zwar können die so verbotenen Instanzen jederzeit wieder als neue Instanzen eingerichtet werden. Allerdings zeigte der Fall des ultrarechten Netzwerks *Gab*, dass auch soziale Konventionen regulativ wirken können. *Gab* ist 2019 zu Mastodon migriert, um so die App-Store-Sperre von Google und Apple zu umgehen. Mastodon selbst waren dabei zwar die Hände gebunden, da schon aus technischer Sicht keinerlei Kontrollmöglichkeiten über die einzelnen Instanzen existieren. Allerdings haben die meisten Instanzen auf Mastodon beschlossen, nicht mit *Gab* zu interagieren und dieses Netzwerk so fast vollständig zu isolieren.⁷⁷

Der DSA und das *Fediverse*

Auch wenn der DSA in seiner Stoßrichtung primär auf zentralisierte Plattformen zugeschnitten ist, könnten

69 Also zB eine Social-Media-Instanz mit einer Video-Instanz.

70 *Link/Rehberg*, c't 2020, 143.

71 *Mastodon g GmbH* (<http://joinmastodon.org/>) (05.02.2023)

72 Wie bei Twitter können dann entweder Kurztexte (bis zu 500 Zeichen), Fotos oder Videos gepostet werden. Man kann den unterschiedlichen Accounts folgen und (oder) einen öffentlichen Feed sehen.

73 *Gehl/Zulli*, The digital covenant: non-centralized platform governance on the mastodon social network, *Information, Communication & Society* (2022) 13, (<https://doi.org/10.1080/1369118X.2022.2147400>).

74 Wie es zB auch durch E-Mail-Provider aufgestellt wird.; *Berman/Chase/Landweber/Nakao/Ott/Rauchaudhuri/Ricci/Seskar*, *GENI: A federated testbed for innovative network experiments*. *Computer Networks* 2014, 17, (<https://doi.org/10.1016/j.bjp.2013.12.037>).

75 Mastodon wird in Deutschland gehostet.

76 *Rozenshtein* in *Journal of Free Speech Law*, 2023, 11, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>).

77 *Rozenshtein* in *Journal of Free Speech Law*, 2023, 12, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>).

78 Art 3 lit i DSA.

dezentrale Plattformen ebenfalls in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen. Zwar nimmt der Gesetzestext nicht dezidiert Bezug auf dezentrale Netzwerke, allerdings könnten die einzelnen Instanzen jeweils als Online-Plattform⁷⁸ iSd Verordnung gelten. Für die Einhaltung der Pflichten, die sich aus dem DSA ergeben, wären diesfalls also die Administratoren der einzelnen Instanzen verantwortlich. Den Status der SGOP würde allerdings kaum eine Instanz erhalten⁷⁹, wodurch innerhalb Mastodons bzw dem *Fediverse* viele der Pflichten (zB Transparenzpflichten, Beschwerdemanagement) regelmäßig nicht greifen und somit auch die Schutzmöglichkeiten bezüglich Desinformation ins Leere gehen.⁸⁰

5.4. Dezentrale Netzwerke und rechtsstaatliche Prinzipien: ein ‚Match‘?

Ausgehend von den in Kapitel II. dargelegten Ausführungen zu den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit bzw *Rule of Law* sind als kleinster gemeinsamer Nenner ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit, Verständlichkeit und diesbezüglicher Transparenz von Regeln und Normen sowie dem Vorliegen effizienter – zumindest grundlegender – Rechtsschutzmöglichkeiten festzuhalten. Diesbezüglich problematisch in Hinblick auf Mastodon bzw weiterer *Fediverse*-Netzwerke ist dabei die Tatsache, dass zumindest die erweiterten Transparenzpflichten des DSA in der Regel nicht anwendbar sind (s. C.).⁸¹ Allerdings kann Transparenz und Vorhersehbarkeit auch abseits normativer Vorgaben erreicht werden. Anders als in den – oftmals quasi alternativlosen – zentralen Netzwerken kann im *Fediverse* aufgrund tatsächlicher Ausweichmöglichkeiten ein soziales Regulativ wirken.⁸² Auch die Durchsetzung nationalen Rechts gestaltet sich bei dezentralen Netzwerken vielfach einfacher, da die einzelnen Instanzen lokal gehostet werden und sich die Frage des anwendbaren Rechts beispielsweise oft gar nicht erst stellt.⁸³ In Bezug auf die Inhalts-Moderation ist eine Dezentralisierung von Social-Media-Plattformen aus einer Rechtsstaatlichkeits-Perspektive positiv zu bewerten. Dass die Auswahl der erlaubten Inhalte hier nicht von einer einzigen, alternativlosen Hand abhängt, verhindert Willkür und stärkt dadurch die gesellschaftliche Meinungsvielfalt.⁸⁴

6. Ausblick und Fazit

Das Thema Rechtsstaatlichkeit und Demokratie im Zusammenhang mit Social-Media-Plattformen wird Gesetzgeber trotz der kürzlich in Kraft getretenen unionsrechtlichen Regelungsrahmen – dem Digital Services Act und dem Digital Markets Act – auch in Zukunft beschäftigen. Dass mit beiden Rechtsrahmen die Herausforderungen der Internetregulierung angegangen wurden, ist begrüßenswert, mancherorts gibt es jedoch noch regulatorische Lücken. Insbesondere aufgrund des Fehlens einer expliziten Thematisierung von Desinformation ist fraglich, ob die Regelungen des DSA ausreichen, um diesbezüglich ein ausreichendes Schutzniveau gewährleisten zu können.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass alles was für die ‚klassischen‘ (dh zentral organisierten) Netzwerke gilt ebenso auch auf dezentrale Netzwerke übertragbar ist. Allerdings fallen *Fediverse*-Netzwerke – zumindest nach aktuellem Stand – aufgrund ihrer zu geringen Nutzer:innen-Anzahl regelmäßig durch das Raster des DSA und unterliegen somit oft nicht den für „sehr große Plattformen“ geltenden verschärften Transparenzvorgaben. Auf der Haben-Seite in punkto dezentrale Netzwerke und Rechtsstaatlichkeit steht jedoch die aufgrund des lokalen Hostings der einzelnen Instanzen vielfach erleichterte Durchsetzung nationalen Rechts, wodurch auch eine Verbesserung von Rechtsschutzmöglichkeiten einhergeht. Zudem schafft das Fehlen einer zentralen Steuerungs-Instanz sowie das Vorliegen faktischer Ausweichmöglichkeiten einen gewissen Schutz vor Willkür und regulatorischer Intransparenz, die sich bei zentralen Netzwerken durch die Abhängigkeit der Nutzungsbedingungen ergibt. Wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob dezentrale Plattformen in naher Zukunft tatsächlich Twitter und Co. ersetzen können, so ist dies eher zu verneinen. Zwar haben die Nutzer:innen-Zahlen kurz nach der Twitter-Übernahme tatsächlich einen Auftrieb erhalten – jedoch ist der Ansturm mittlerweile deutlich abgeflacht. Vielfach wird berichtet, dass die Usability zentraler Netzwerke denen dezentraler Netzwerke schlichtweg überlegen ist und die Hürden zur Anmeldung als zu hoch eingestuft werden.

79 Laut Recherche der SZ werden derzeit lediglich acht Mastodon-Instanzen von mehr als 100.000 User:innen genutzt (*Reuter*, Der Twitter-Exodus in Zahlen (2022) (<https://netzpolitik.org/2022/mastodon-der-twitter-exodus-inzahlen/#:~:text=Mit%20etwa%20900.000%20Accounts%20ist,mehr%20als%20100.000%20Nutzer%3Ainnen>) (27.02.2023)).

80 *Komaitis*, Can Mastodon Survive Europe’s Digital Services Act? (<https://techpolicy.press/can-mastodon-survive-europes-digital-services-act/>) (08.02.2023).

81 S Punkt C.

82 Wie sich – in einem anderen Kontext – auch am *Gab*-Vorfall gezeigt hat; s Punkt C.

83 *Rozenshtein* in Journal of Free Speech Law 2 (2023) 14, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>) (27.02.2023).

84 *Rozenshtein* in Journal of Free Speech Law 2 (2023) 15, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>) (27.02.2023).

Nichtsdestotrotz ist eine kontinuierliche Diskussion um Alternativen zu den *Big-Playern* des Internets als positiv zu werten, zeigt es doch einerseits die (auch gesellschaftlich so wahrgenommene) Relevanz rechtstaatlicher Grundprinzipien und andererseits erhöht es an bestimmten Stellen möglicherweise den Druck auf Netzwerk-Anbieter zu einer strengeren Selbstregulierung in Bereichen, in denen der DSA (teilweise auch bewusst) Lücken gelassen hat. Gleichzeitig kann es so gelingen, eine gewisse „Diversität im Ökosystem des Internets zu erhalten“⁸⁵, welche für die Erhaltung der *Rule of Law* auf Social-Media-Plattformen unabdingbar ist.

Korrespondenz:

Julia Helminger (BA), juliamaria.helminger@gmail.com, ORCID: (<https://orcid.org/0000-0002-6532-655X>).

Literaturverzeichnis:

- Achleitner*, Der Digital Services Act als risikobasierte Regulierung – zu den Auswirkungen des risikobasierten Ansatzes des DSA auf Desinformation und den Grundrechtsschutz, MR-Int 2022, 114.
- Andenas/Bjorge*, A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law¹ (2015).
- Berka*, Verfassungsrecht⁸ (2021).
- Berman/Chase/Landweber/Nakao/Ott/Rauchadhuri/Ricci/Seskar*, GENI: A federated testbed for innovative network experiments, Computer Networks 2014, (<https://doi.org/10.1016/j.bjp.2013.12.037>).
- Bessi/Ferrara*, Social Bots distort the 2016 U.S. Presidential election online discussion, First Monday 2016, 11, (<http://dx.doi.org/10.5210/fm.v21i11.7090>).
- DeNardis*, The Global War for Internet Governance¹ (2014).
- Easterbrook*, Cyberspace and the Law of the Horse, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, 1996, 207.
- European Commission*, The Digital Services Act package (<https://digitalstrategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>) (22.02.2023).
- Facebook*, Our Progress Addressing Challenges and Innovating Responsibly (<https://perma.cc/3FHT-3TB8>) (08.02.2023).
- Gehl/Zulli*, The digital covenant: non-centralized platform governance on the mastodon social network, Information, Communication & Society 2022, (<https://doi.org/10.1080/1369118X.2022.2147400>), 1.
- Grote*, Rule of Law, Rechtsstaat and État de droit in Starck (Hrsg), Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis¹ (1999).
- Hayek*, The Road to Serfdom¹ (1944).
- Hobe*, Cyberspace – der virtuelle Raum in Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Band XI: Internationale Bezüge³ (2013).
- Horn/Schmalenberger*, Kartellrechtsnahe Regulierung von Gatekeepern – der Digital Markets Act, KuR 2022, 465.
- Howard/Kollanyi*, Bots, Computational Propaganda during the UK-EU Referendum in Comprop, Research Note, 2016, (<https://doi.org/10.48550/arXiv.1606.06356>).
- Jakab*, Grundprinzipien des österreichischen Bundesverfassungsrechts in Jakab (Hrsg), Methoden und theoretische Grundfragen des österreichischen Verfassungsrechts¹ (2021).
- Kastor/Püschel*, Faktenchecker vor dem Hintergrund des Digital Services Act: Eine rechtliche Einordnung, KuR 2023, 20.
- Kettemann* in Jahn/Mader/Stauddegger (Hrsg), IT-Recht⁴ (2020).
- Kettemann*, Private Onlinerräume nähren autoritäre Fantasien, Die Presse 2022 45/02, (<https://www.diepresse.com/6211822/private-onlineraeume-naehren-autoritaere-fantasien>) (28.02.2023).
- Kettemann*, The normative Order of the Internet¹ (2020).
- Kettemann*, Völkerrecht in Zeiten des Netzes¹ (2015), (<https://library.fes.de/pdf-files/akademie/12068.pdf>) (28.02.2023).
- Komaitis*, Can Mastodon Survive Europe’s Digital Services Act? (<https://techpolicy.press/can-mastodon-survive-europes-digital-services-act/>) (08.02.2023).
- Lahmann/Engelmann*, Wer regiert das Internet?² (2019) Friedrich-Ebert-Stiftung, Politische Akademie, Medienpolitik (Hrsg), (<https://library.fes.de/pdf-files/akademie/15830.pdf>) (28.02.2023).
- Libertus*, Rechtliche Aspekte des Einsatzes von Social Bots de lege lata und de lege ferenda, ZUM 2018, 20.
- Link/Rehberg*, Die wunderbare Welt. Fediverse: Soziale Netzwerke in Nutzerhand, c’t 2020, 142.
- Loughlin*, ‘Rechtsstaat, Rule of Law, l’Etat de droit’, Foundations of Public Law 2010, 312.
- Mastodong GmbH* (<http://joinmastodon.org/>) (05.02.2023).
- Meta Platforms*, Anzahl der monatlich aktiven Facebook Nutzer weltweit vom 1. Quartal 2009 bis zum 4. Quartal 2022 (in Millionen) Statista 2023,

85 *Lahmann/Engelmann*, Wer regiert das Internet? (2019) Friedrich-Ebert-Stiftung, Politische Akademie, Medienpolitik (Hrsg), 38, (<https://library.fes.de/pdf-files/akademie/15830.pdf>) (28.02.2023).

- (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/>) (27.02.2023).
- NETmundial*, NETmundial Multistakeholder Statement vom 24. April 2014 (netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Dokument.pdf) (23.02.2023).
- Ortutay*, Twitter drama too much? Mastodon, others emerge as options (<https://apnews.com/article/elon-musk-twitter-inc-business-6e8bff97bb33d53b87c3d9a7c6a509cf>) (08.02.2023).
- Raz*, The Authority of Law: Essays on Law and Morality in *The Philosophical Review* (1979) 211.
- Reuter*, Der Twitter-Exodus in Zahlen (2022) (<https://netzpolitik.org/2022/mastodon-der-twitter-exodus-inzahlen/#:~:text=Mit%20etwa%20900.000%20Accounts%20ist,mehr%20als%20100.000%20Nutzer%3Ainnen>) (27.02.2023).
- Rozenshtein* in *Journal of Free Speech Law*, 2023, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4213674>) (27.02.2023).
- Statista*, Anzahl der monatlich aktiven Nutzer von Twitter weltweit in den Jahren 2019 bis 2021 sowie eine Prognose bis 2026 (in Millionen), 2022, (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/318483/umfrage/twitter-nutzerzahlen-weltweit-prognose/>) (27.02.2023).
- Stenitzer*, Der „Digital Markets Act“ – neue Spielregeln für Big-Tech-Unternehmen, *ÖBl* 2022, 192.
- Weber*, Proliferation of „Internet Governance“, *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium 2014*, (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2809874>).
- Westermann*, Der geplante Digital Markets Act: Europäische Regulierung zentraler Plattformdienste außerhalb des Kartellrechts?, *ZHR* 2022, 325.
- World Summit on the Information Society (WSIS)*, Tunis Commitment, WSIS-05/ TUNIS/ DOC/ 7-E, 18 November 2005.

VfGH-Richter und ihr Nebenjob – befangen und unvereinbar statt unabhängig und objektiv?

Die Richter am Verfassungsgerichtshof üben ihr Amt seit jeher nebenberuflich aus. Eine Regelung, die regelmäßig ihre negativen Seiten zeigt: Wenn die unabhängigen Hüter unserer Verfassung als Nebenjob politische Parteien rechtlich vertreten oder von ihnen selbst als Minister entworfene Gesetze prüfen, sollte der Rechtsstaat hellhörig werden. Warum das höchste Richteramt Österreichs überhaupt als Nebenberuf konzipiert ist und welche Bedenken daraus folgen, wird im folgenden Artikel näher beleuchtet.

Deskriptoren: Grundprinzipien, Rechtsstaatlichkeit, Bundesverfassung, Unabhängigkeit der Gerichte, VfGH, VfGH-Richter, VfGH-Mitglied, Richteramt, Befangtheit, Nebenberuf, Nebenjob, Vereinbarkeit, Österreich, Bestellungsverfahren, Hauptberuf, Unabhängigkeit.

Normen: Art 44 B-VG; Art 87 B-VG; Art 88 B-VG; Art 147 B-VG; § 6 VfGG; § 10 VfGG; § 12 VfGG § 10 GO-VfGH; § 9 RAO.

Von Lisa-Martina Köberl

1. Einleitung

Der Rechtsstaat gehört zu den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung und stellt damit einen Grundpfeiler unserer Werteordnung dar.¹ Ein besonderes Kriterium der Rechtsstaatlichkeit ist die Unabhängigkeit der Gerichte sowie die Existenz von Verfassungsgerichtsbarkeit, die die Gesetzgebung an höherrangiges Recht bindet und ihrer Kontrolle unterstellt.¹ Um die Existenz der unabhängigen Gerichte zu gewährleisten, ist diese verfassungsrechtlich abgesichert.² Der Verfassungsgerichtshof ist neben dem Verwaltungsgerichtshof und dem Obersten Gerichtshof als einer der drei Gerichtshöfe die wichtigste Rechtseinrichtung in Österreich. Dessen Kompetenzen ergeben sich aus der taxativen Aufzählung im B-VG: Neben der in der Praxis besonders wichtigen Normenkontrolle, ist der VfGH unter anderem für die Kompetenzfeststellung und für die Entscheidung über Wahlanfechtungen sowie Kompetenzkonflikte zuständig.³ Aus diesem Grund wird der VfGH als „Hüter der Verfassung“ bezeichnet.⁴

Gerade im Hinblick auf die Bedeutung des VfGH hat jedes Mitglied sein Amt aufrichtig und vor allem unter Unterlassung jener Tätigkeiten, die an der Unabhängigkeit zwei-

felten lassen könnten, auszuüben. Zu Problemen könnte dies führen, wenn ein Mitglied einem nicht mit dem Amt des Richters vereinbaren Nebenjob nachgeht, sodass die Unabhängigkeit nicht mehr gewährleistet werden kann.

Es folgt eine kritische Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Amt des Verfassungsrichters trotz eines Nebenjobs stets unabhängig ausgeübt werden kann oder ob es dahingehend Verbesserungen bedarf, um eine stärkere Unabhängigkeit des österreichischen Verfassungsgerichtshofs zu gewährleisten.

2. Amt des Verfassungsrichters

2.1. Voraussetzungen für die Tätigkeit als VfGH-Richter

Der VfGH besteht gemäß Art 147 Abs 1 B-VG aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten, zwölf weiteren Mitgliedern und sechs Ersatzmitgliedern. Bei Verhinderung eines Mitglieds aus etwaigen Befangenheits- oder Krankheitsgründen, ist nach § 6 Abs 2 VfGG ein Ersatzmitglied zu laden. Dies gilt auch im Falle der Ausscheidung eines Mitglieds bis zur Neubesetzung dieser Stelle.⁵ Der Präsident, der Vizepräsident, sechs weitere Mitglieder und drei Ersatzmitglieder werden gemäß Art 147 Abs 2 B-VG vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt, wobei diese aus dem Kreis der Richter, Verwaltungsbeamten und Professoren eines rechtswissenschaftlichen Faches an einer Universität zu entnehmen sind. Weitere drei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder werden auf Vorschlag des Nationalrats und weitere drei Mitglieder und ein Ersatzmitglied auf Vorschlag des Bundesrats durch den Bundespräsidenten ernannt. Durchaus interessant ist, dass Art 147 Abs 2 B-VG vorsieht, dass der ständige Wohnsitz dreier Mitglieder und zweier Ersatzmitglieder außerhalb Wiens liegen muss. Weiters ist für alle (Ersatz-)Mitglieder des

1 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 74.

2 Vgl Art 87 B-VG.

3 Vgl Art 137-147 B-VG.

4 Lechner, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, RZ 2022, 63.

5 Horvath in Eberhard/Fuchs/Kneih/Vašek, Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 § 6 VfGG (Stand 1.10.2019, rdb.at) Rz 10.

VfGH der Abschluss eines rechtswissenschaftlichen oder rechts- und staatswissenschaftlichen Studiums und eine zehnjährige juristische Berufserfahrung Voraussetzung.⁶ Die von Art 147 Abs 3 B-VG geforderte Berufserfahrung kann jedoch erst nach Studienabschluss erworben werden.⁷ Dh eine Tätigkeit während des Studiums, beispielsweise als studentische Mitarbeiterin an der Universität oder in einer Rechtsanwaltskanzlei, ist nicht in den zehnjährigen Zeitraum miteinzuberechnen.⁸

Aus Art 147 Abs 4 und 5 B-VG geht klar hervor, dass nicht jeder Beruf mit dem Richteramt vereinbar ist, so sind Mitglieder der Bundesregierung, einer Landesregierung, eines allgemeinen Vertretungskörpers oder des Europäischen Parlaments vorweg ausgeschlossen. Von diesem Ausschluss betroffen sind demnach auch Angestellte und Funktionäre einer politischen Partei.⁹ Durch eine sogenannte Abkühlphase ist jedem das Amt des Präsidenten und des Vizepräsidenten verwehrt, der die vergangenen fünf Jahre eine für den VfGH ausgeschlossene Funktion ausgeübt hat.¹⁰ Zweck dieser Regelung ist die Sicherstellung der Unabhängigkeit des Gerichts und die Achtung der Gewaltenteilung.¹¹

2.2. Exkurs: Kritik am Bestellungsverfahren

Mit der Frage, ob der Nebenjob mit dem Amt des Verfassungsrichters vereinbar ist und ob die verfassungsgesetzlich geforderte Unabhängigkeit gewährleistet wird, geht auch jene Frage einher, ob die politische Einflussnahme auf die Bestellung der VfGH-Richter bereits in negativer Sicht überhandgenommen hat und inwieweit diese eingeschränkt werden kann. Schließlich werden alle Mitglieder und Ersatzmitglieder entweder von der Bundesregierung, vom Nationalrat oder vom Bundesrat vorgeschlagen. Zu betonen ist hier, dass der Vorschlag für die Hälfte der Mitglieder inklusive Präsidenten und Vizepräsidenten allein der Bundesregierung obliegt.¹² Dies stellt jedoch nur die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen dar. In der Praxis werden VfGH-Richter vielmehr von den politischen Parteien vorgeschlagen, was bedeutet, dass jedes VfGH-Mitglied eindeutig einer Partei zugeordnet werden kann.¹³

Um die Politik von der Einflussnahme an der Bestellung zurückzudrängen, soll die sogenannte Abkühlphase

nicht nur für das Amt des Präsidenten und Vizepräsidenten gelten, sondern auf alle anderen Mitglieder des VfGH erweitert werden.¹⁴ *Vašek* stellt dahingehend fest, dass den politischen Organen im Sinne deren Gestion ein erheblicher Ermessensspielraum verbleiben muss.¹⁵ Freilich bestünden Möglichkeiten, um den politischen Einfluss zu reduzieren, indem man diese beispielsweise an Vorschläge von richterlichen Fachgremien binde.¹⁵ Dies sieht *Vašek* aber dahingehend kritisch, da dies schlussendlich zu einer Disposition zwischen Demokratie und Rechtsstaat führen würde.¹⁵

Auch der derzeitige VfGH-Präsident selbst fordert – im Einklang mit *Vašek*¹⁶ – die Stärkung des Einflusses des Parlaments: Während derzeit die Hälfte der Mitglieder von der Regierung bestellt werden, sollen diese in Zukunft vom Parlament selbst vorgeschlagen werden.¹⁷ Um eine Diskussion der Parteien anzuregen, tritt *Grabenwarter* für eine Zweidrittelmehrheit im Parlament ein. Eine solche Regelung würde auch zu einer größeren Transparenz führen.¹⁷

In einer Gesamtbetrachtung des österreichischen Bestellungsverfahrens der VfGH-Richter ist festzustellen, dass sehr wohl feine Änderungen – wie die Stärkung des Parlaments – geboten sind, eine grundsätzliche Umgestaltung des Verfahrens erfordert es laut *Vašek* aber nicht.¹⁸ Meines Erachtens ist die Stärkung des Parlaments ein notwendiger Schritt, um den Einfluss der Politik in das Bestellungsverfahren für das wichtigste Richteramt in Österreich einzudämmen. Richtig ist, dass eine gewisse Einflussnahme der Politik im Sinne ihrer Gestion gegeben sein muss. Jedoch sollte man zwingend verhindern, dass die großen politischen Parteien Einfluss auf die Auswahl der VfGH-Mitglieder haben. *Welan* befindet diesbezüglich die Großparteien als die „*eigentlichen Kreatoren der Mitglieder des VfGH*“.¹⁹ Dies kann wohl nicht im Sinne der Unabhängigkeit der Gerichte interpretiert werden. Den Vorschlag seitens *Grabenwarter*¹⁴, den Anteil der von der Bundesregierung vorzuschlagenden Mitglieder auf den Nationalrat zu übertragen, halte ich für eine richtige und wichtige Lösung, um den Einfluss der großen politischen Parteien zu minimieren und eine Diskussion über die jeweiligen Kandidaten im Nationalrat anzuregen, sodass das Bewusstsein um die bedeutsame Stellung der VfGH-Richter nicht in den Hintergrund rückt.

6 Vgl Art 147 Abs 3 B-VG.

7 RV 1618 BlgNR 24. GP 17, 19.

8 *Vašek*, Richterbestellung in Österreich (2022) 357.

9 *Klaushofer* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 147 B-VG (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 18.

10 Vgl Art 147 Abs 5 B-VG.

11 *Klaushofer* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 147 B-VG (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 15.

12 Vgl dazu 2.1.

13 *Egyed*, Verfassungsgerichtshof: Welche Parteien die Höchststrichter nominieren, <https://www.derstandard.at/story/2000075291134/verfassungsgerichtshof-welche-parteien-die-hoehstrichter-nominieren> (Stand: 25.04.2023).

14 *Lehner*, Richterbestellung in Österreich, RZ 2022, 314 (315).

2.3. Wesen der Tätigkeit

Mitglieder sowie Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofs genießen ebenso wie Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit die richterlichen Privilegien: Art 147 Abs 6 B-VG verweist hier auf die Anwendung der Art 87 Abs 1 und 2 sowie Art 88 Abs 2 B-VG, wonach VfGH-Richter in der Ausübung ihres Amtes unabhängig, unabsetzbar und unversetzbar sind. Bei Besorgung aller ihnen nach dem Gesetz und der Geschäftsverteilung zustehenden gerichtlichen Geschäfte, sofern es sich nicht um Justizverwaltungssachen handelt, die nicht durch Senate zu erledigen sind, unterliegen sie keinen Weisungen.²⁰ Eine Versetzung oder Absetzung gegen ihren Willen darf nur aufgrund eines richterlichen Erkenntnisses stattfinden.²¹ § 10 VfGG nennt vier Gründe, die zur Enthebung des Richteramts führen: bei Eintreten eines Umstands, der nach Art 147 Abs 4 B-VG eine Angehörigkeit zum Verfassungsgerichtshof ausschließt, im Falle von mehrmaligem Fernbleiben von Verhandlungen, von unwürdigem Verhalten, einer gröblichen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht sowie Untauglichkeit. Eine österreichische Besonderheit ist diesbezüglich, dass VfGH-Richter ihr Amt nicht hauptberuflich ausüben, sondern nebenberuflich als Richter tätig sind.²² Dabei kommen die Mitglieder viermal jährlich in dreiwöchigen sogenannten Sessionsen zur Beschlussfassung zusammen.²³ Diese Sitzungen ordnet der Präsident gemäß § 10 GO-VfGH je nach Bedarf an, wobei im Falle von dringenden Angelegenheiten Zwischensitzungen eingeschoben werden.²³ Daneben gehen die Mitglieder ihrer eigentlichen Tätigkeit, beispielsweise als Anwalt oder als Mitglied im Aufsichtsrat einer Gesellschaft nach. Verwaltungsbeamte, die als Verfassungsrichter ernannt wurden, sind hingegen gemäß Art 147 Abs 2 B-VG unter Entfall ihrer Bezüge außer Dienst zu stellen, damit keine Zweifel an ihrer Unabhängigkeit bestehen. Diesen kommt die

Möglichkeit, das Richteramt als Nebenamt auszuüben, daher nicht zu.²⁴

3. Vereinbarkeit der eigentlichen Tätigkeit mit dem Richteramt

Die Funktion des Richters besteht in der Streitschlichtung.²⁵ Um stets eine Entscheidung ohne jeglichem, vor allem politischen Einfluss zu gewährleisten, werden den Richtern die besonderen Privilegien²⁶ zuerkannt. Gerade im Hinblick auf diese Objektivität stellt sich die Frage, inwieweit ein Nebenberuf mit dem Richteramt vereinbar sein kann und in welchen Fällen der Nebenberuf Einfluss auf die Entscheidungsfähigkeit des Richters nimmt. Wie noch genauer dargelegt wird²⁷, gab es bei der Errichtung des Richteramts in den 1920er Jahren nur eine Möglichkeit, nämlich dieses nebenberuflich auszugestalten. Dabei wurden auch keine expliziten Regelungen konstruiert, die eine Unvereinbarkeit zwischen Nebenberuf und Richteramt zum Inhalt hatten. Diese werden übrigens – abgesehen von Art 147 Abs 4 und 5 B-VG – bis heute vermisst.²⁸ Der Sinn und Zweck bestand und besteht bis heute darin, ein möglichst breit gefächertes Gremium an Experten zu bilden, die ihre Erfahrungen einbringen können.²⁹ Auch der derzeitige VfGH-Präsident *Grabenwarter* sieht die Einbeziehung von Praktikern als positiv: Durch die Tätigkeit im Aufsichtsrat eines Unternehmens würden sich die Richter mit der Wirtschaft verbunden fühlen, was für die Arbeit am Verfassungsgerichtshof als qualitativ vorteilhaft gesehen wird.³⁰ Richter, die als Rechtsanwälte tätig sind, würden durch ihre Praxis wiederum eine zusätzliche, andere Seite aufzeigen.³¹ Es ist demnach ersichtlich, welch großen Vorteil das Richteramt als Nebenberuf darstellt. Auch nicht außer Acht zu lassen ist hier die Tätigkeit als Gutachter: Nicht unüblich ist es, dass VfGH-Richter im Rahmen ihres Nebenberufs als Universitätsprofessor di-

15 *Vašek*, Richterbestellung 446.

16 Vgl *Vašek*, Richterbestellung 4.6.6. und 5.3.1.: *Vašek* kritisiert am österreichischen Bestellungsverfahren nicht nur die schwache Stellung des Parlaments, sondern auch einen kaum vorhandenen Rechtsschutz übergangener Bewerber für ein richterliches Amt.

17 APA, VfGH-Präsident *Grabenwarter* für Änderung des Höchstrichter-Bestellverfahrens, <https://www.derstandard.at/story/2000139378549/vfgh-praesident-grabenwarter-fuer-aenderung-des-hoehstrichter-bestellverfahrens> (Stand 28.2.2023).

18 *Vašek*, Richterbestellung 447.

19 *Welan*, Der Verfassungsgerichtshof – eine Nebenregierung? in Fischer (Hrsg), Das politische System Österreichs² (1977) 271 (295).

20 Art 87 Abs 2 iVm Art 147 Abs 6 B-VG.

21 Art 88 Abs 2 iVm Art 147 Abs 6 B-VG.

22 Vgl Art 147 Abs 2 B-VG; *Klaushofer* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, B-VG und Grundrechte Art 147 B-VG (Stand 1.1.2021, rdb.at) Rz 3.

23 *Hauer*, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts⁴ (2019) Rz 772.

24 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² Rz 986.

25 *Leitl-Staudinger*, Einführung in das öffentliche Recht⁶ (2018) Rz 14/1.

26 Siehe 2.2.

27 Siehe 5.

28 *Hayden*, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

29 *Pressl*, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbuerger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023).

30 *Hayden*, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

31 *Hayden*, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

verse Gutachten erstellen.³² Grundsätzlich stellt dies zwar keinen unvereinbaren Beruf dar, zu Problemen kann dieser jedoch dann führen, wenn das vom VfGH-Richter selbst erstellte Gutachten von Beschwerdeführern dem Senat zur Entscheidung vorgelegt wird.³³ Für Mayer ist dies jedoch „gelebte Praxis“³². Aus diesem Grund hält dieser die Tätigkeit als Gutachter während der Amtszeit als VfGH-Richter für absolut unvereinbar.³²

4. Befangenheit

Die Befangenheit des Richters steht unmittelbar im Zusammenhang mit der Vereinbarkeit dessen Nebenjobs. § 12 VfGG normiert den Ausschluss eines Mitglieds bzw. Ersatzmitglieder von der Ausübung ihres Amtes, wobei in Abs 2 leg cit allgemeine Gründe in näher bestimmten Fällen aufgelistet werden.³⁴ Dabei sind Mitglieder dann auszuschließen, wenn es sich um ein Verfahren in eigener Sache handelt oder diese mit einer Partei im persönlichen Naheverhältnis steht (Z 1), wenn sie in einem dem Verfahren vor dem VfGH vorangegangenen Gerichts- oder Verwaltungsverfahren mitgewirkt haben (Z 2) oder wenn sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen (Z 3). Dahingehend befindet der EGMR einen Richter dann für befangen, wenn auch nur der äußere Anschein einer Unparteilichkeit fehlt.³⁵ § 12 Abs 3 bis 5 VfGG regeln Ausschlussgründe betreffend einzelner Verfahrensarten.³⁶

Ein solcher Ausschluss ist stets von Amtes wegen wahrzunehmen.³⁷ Durch die Parteien des Verfahrens kann die Befangenheit eines Richters nicht geltend gemacht werden.³⁷ Es kommt also darauf an, dass der Richter selbst seine Befangenheit wahrnimmt und sich auch für befangen erklärt. Je kritischer die Einstellung des Richters gegenüber einer möglichen Befangenheit ist, desto eher wird sich dieser für befangen erklären. Im schlimmsten Fall „gibt es eben Leute, die halten sich nie für befangen.“³⁸

Die Bedenken zahlreicher Juristen, darunter Mayer, sind nicht unberechtigt, zumal bereits einige Entscheidungen an der Unabhängigkeit zweifeln ließen: Eines der Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs, die über eine Beschwerde einer Aktiengesellschaft zu entscheiden hatten, saß währenddessen im Aufsichtsrat der Konkurrenz.³⁹ Dem Entscheidungstext ist zu entnehmen, dass dieses bei der Entscheidungsbildung anwesend war und sich fälschlicherweise⁴⁰ nicht für befangen erklärte. Im Jahr 2019 kam es in einer ähnlichen Konstellation zu einem Ausschluss eines Mitglieds: Ein Verfassungsrichter, der wiederum im Aufsichtsrat eines Unternehmens tätig war, welches mit dem Beschwerdegegner geschäftlich in Zusammenhang steht, hätte eine Beschwerde behandeln sollen. In diesem Fall erklärte sich aber der betroffene Richter für befangen und wurde durch ein Ersatzmitglied des VfGH ersetzt. Dies geht auch aus der gegenständlichen Entscheidung hervor.⁴¹ Nicht nur die Tätigkeit im Aufsichtsrat kann zur Befangenheit führen, sondern auch jene als Rechtsanwalt. Ein Verfassungsrichter, der hauptberuflich als Rechtsanwalt tätig ist, vertrat dabei diverse Mitglieder der Bundesregierung. Die Tatsache, dass er in seiner Funktion als Rechtsanwalt sein Honorar von jenen Personen bezieht, die den Großteil der Gesetze beschließen, die er dann wiederum als VfGH-Richter auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen hat, ist im Hinblick auf die Objektivität und Unabhängigkeit doch sehr problematisch.⁴² Seitens des VfGH wird stets betont, dass die Befangenheitsregeln äußerst streng gehandhabt werden.⁴³ Auch Funk stellt hier eine „hohe Kultur der Selbstbeurteilung“ fest.⁴³ Selbst wenn ein Richter seine Befangenheit in einem Verfahren nicht wahrnimmt, ist überhaupt fraglich, inwieweit die Entscheidung eines einzelnen Richters zum Tragen kommt, entscheiden doch 14 Mitglieder gemeinsam über das Verfahren.⁴³ Von Bedeutung ist außerdem, dass der Präsident selbst für die Zuweisung der Rechtsachen an die Referenten zuständig ist und dementsprechend eine Befangenheit kontrolliert, wodurch ein Interessenkonflikt für Funk eher unwahrscheinlich ist.⁴³

32 Pressl, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023).

33 Vgl Pressl, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023).

34 Lütte in Eberhard/Fuchs/Kneibls/Vašek, Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 § 12 VfGG (Stand 1.10.2019, rdb.at) Rz 2.

35 EGMR 21.6.2018, 5732/14, *Aviso Zeta AG/Österreich*.

36 Lütte in Eberhard/Fuchs/Kneibls/Vašek, Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 § 12 VfGG Rz 2.

37 Lütte in Eberhard/Fuchs/Kneibls/Vašek, Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 § 12 VfGG Rz 5.

38 Hayden, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

39 VfGH 30.09.2002, B 891/02 ua; Hayden, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

40 Vgl Hayden, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

41 VfGH 14.06.2019, E 1350/2019; Pressl, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023).

42 Tschiderer, Unvereinbare Verfasstheit, <https://www.furche.at/politik/unvereinbare-verfasstheit-1432> (Stand 28.2.2023).

43 Tschiderer, Unvereinbare Verfasstheit, <https://www.furche.at/politik/unvereinbare-verfasstheit-1432> (Stand 28.2.2023).

5. Lösungsansätze

Das EU-Justizbarometer beurteilt jährlich die Unabhängigkeit, die Qualität und Effizienz der Justizsysteme der Mitgliedstaaten.⁴⁴ Österreich erzielte 2022 im Vergleich relativ gute Ergebnisse: Bei der Frage, wie die österreichische Bevölkerung die Unabhängigkeit der Gerichte und Richter einschätzt, landet Österreich auf dem dritten Platz, hinter Finnland und Dänemark.⁴⁵ Über 80% befinden die Unabhängigkeit als sehr gut oder gut.⁴⁵ Zwar kann sich diese Beurteilung sehen lassen, sie sollte jedoch nicht dazu führen, sich auf den Lorbeeren auszuruhen.⁴⁶ Deshalb möchte ich abschließend noch auf mögliche Lösungsansätze eingehen, um die Unabhängigkeit des Verfassungsgerichtshofs im Speziellen noch stärker zu gewährleisten.

Der Grund, warum das Richteramt überhaupt als Nebenamt konzipiert wurde, liegt in der Vergangenheit. Um die am besten dafür geeigneten Personen, unter anderem Juristen, für die Mitgliedschaft beim VfGH zu überzeugen, musste sie nebenberuflich ausgestaltet sein, damit diese weiterhin hauptberuflich ihre eigentliche Tätigkeit ausüben können.⁴⁷ Darüber hinaus fielen dem VfGH bis 1970 lediglich maximal 809 Akten pro Jahr zur Bearbeitung an⁴⁸, wodurch ein Vollzeitjob aufgrund der niedrigen Arbeitsbelastung allein nicht gerechtfertigt gewesen wäre.⁴⁹ In den vergangenen Jahrzehnten hat sich jedoch die Anzahl der zu bearbeitenden Akten auf durchschnittlich 5000 pro Jahr erhöht.⁵⁰ Dabei sei laut *Griss* nicht nur die Tätigkeit eine intensivere geworden, sondern auch die zeitlichen Ressourcen eines Menschen begrenzt.⁵¹ Zahlreiche Juristen, unter anderem *Öhlinger*, sehen hier Verbesserungsbedarf, indem das Amt als VfGH-Richter hauptberuflich ausgeübt werden sollte.⁵² Dies bringt jedenfalls den Vorteil, dass der VfGH die

Dauer seiner Verfahren durch die höhere Frequenz an Sessionen wesentlich verkürzen kann. Auch im Sinne des Grundsatzes der Prozessökonomie ist dies nicht unbedeutend. *Griss* plädiert zudem für die Einführung von Amtsperioden mit einer Dauer von 12 Jahren anstatt einer Ausübung der Tätigkeit als Nebenamt bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres.⁵³

Um für Transparenz zu sorgen, können alle Nebentätigkeiten der VfGH-Richter auf der VfGH-Website www.vfgh.gv.at nachgelesen werden. Bei dieser Veröffentlichung handelte es sich zwar um einen absolut notwendigen Schritt, um das Vertrauen in die Unabhängigkeit der VfGH-Richter zu wahren, jedoch liegt darin auch ein großes Problem, gerade im Bereich der Praxis. Eine Offenlegung der Mandanten oder Themen, zu denen der Richter in seiner Funktion als Rechtsanwalt seine Mandanten berät, ist allein aufgrund seiner Verschwiegenheitspflicht iSd § 9 RAO nicht möglich. Dementsprechend hat auch der VfGH-Präsident keine Kenntnis darüber, in welchen Fällen eine Befangenheit eines Richters bestehen könnte oder wo es Berührungspunkte mit seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt geben könnte.⁵⁴

Auch *Mayer* plädiert für Berufsrichter und stellt auch die Überlegung an, ob es nicht sinnvoller wäre, das Risiko einer Befangenheit durch entsprechende Regelungen einzudämmen, anstatt auf die Vernunft und die Redlichkeit des einzelnen VfGH-Richters zu vertrauen.⁵⁵ Während Zivil- und Strafrichter ihr Amt hauptberuflich ausüben und keinerlei Nebentätigkeiten nachgehen dürfen⁵⁶, wird das höchste Richteramt nur nebenbei ausgeübt. Auch im Hinblick auf die Stärkung des Vertrauens in die Justiz wäre die Ausdehnung der nebenberuflichen Tätigkeit des VfGH-Richters auf eine hauptberufliche sinnvoll, um zu signalisieren, dass das vertrauensvolle Richteramt am VfGH ohne jegliche Ablenkung ausgeübt wird.⁵⁶

44 *Pabel*, Die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2020, 561 (563).

45 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.5.2022 an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: EU-Justizbarometer 2022, KOM (2022) 234, Schaubild 50.

46 *Pabel*, Die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2020, 561 (563).

47 *Kirchmair*, VfGH-Mitglied sollte kein Nebenberuf sein, Die Presse 2022/40/03.

48 *Verfassungsgerichtshof Österreich*, Statistik: Erledigungsquote https://www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/statistiken/statistik_erledigungsquote.de.html (Stand 28.2.2023).

49 *Kirchmair*, VfGH-Mitglied sollte kein Nebenberuf sein, Die Presse 2022/40/03.

50 *Verfassungsgerichtshof Österreich*, Statistik: Erledigungsquote https://www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/statistiken/statistik_erledigungsquote.de.html (Stand 28.2.2023).

51 *Pressl*, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023).

52 *Pressl*, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023); *Hayden*, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

53 *Pressl*, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023).

54 Vgl. *Hayden*, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).

55 *Tschiderer*, Unvereinbare Verfasstheit, <https://www.furche.at/politik/unvereinbare-verfasstheit-1432> (Stand 28.2.2023).

56 *Kirchmair*, VfGH-Mitglied sollte kein Nebenberuf sein, Die Presse 2022/40/03.

5.1. Persönliche Einschätzung

Meines Erachtens ist es aus folgenden Gründen längst höchste Zeit das Amt des VfGH-Richters hauptberuflich zu konzipieren: Erstens würde die hauptberufliche Tätigkeit jegliche Bedenken und Zweifel hinsichtlich einer möglichen Befangenheit oder Unvereinbarkeit durch den Nebenjob beseitigen. Richter würden dabei im Falle einer möglichen Befangenheit nicht mehr in der Kritik der Medien stehen und könnten so den Fokus auf ihre bedeutsame Arbeit legen.

Zweitens könnte sich dadurch die Verfahrensdauer wesentlich verkürzen: Konzipiert man das Richteramt als Hauptberuf, sollte man dabei auch das System der Sessions hinterfragen und eine Änderung deren Dauer andenken. Während derzeit viermal jährlich beraten und entschieden wird, würde im Rahmen regelmäßigerer Sessions eine höhere Frequenz an Entscheidungen seitens des VfGH gewährleistet werden. Dies wäre sowohl im Sinne des Gerichts als auch im Sinne der Verfahrensparteien sowie in Bezug auf den Grundsatz der Prozessökonomie keinesfalls zu vernachlässigen. Ein weiterer Vorteil, der sich aus der Verkürzung der Verfahrensdauer ergeben würde, liegt im Grundsatz der Rechtssicherheit. Dadurch würden konfligierende Rechtsnormen schneller und vor allem aktueller bereinigt werden können. Insbesondere in Krisenzeiten ist es umso mehr von Bedeutung, die Bindung der Gesetzgebung an höherrangiges Recht durch die Kontrolle des VfGH sicherzustellen. Hier ist besonders an die Covid-19-Maßnahmen zu denken, die erst dann durch den VfGH auf ihre Verfassungskonformität geprüft wurden, als sie entweder nicht mehr in Geltung standen oder sich die Situation bereits wesentlich geändert hat.⁵⁷

Unbestritten von Vorteil sehe ich das Argument, dass aufgrund der Nebentätigkeit ein möglichst breites Spektrum an Fachwissen in die jeweiligen Entscheidung mitfließen kann. Hier knüpft meines Erachtens die Forderung von *Griss*⁵⁸ an, die sich für Amtsperioden mit einer Dauer von 12 Jahren ausspricht. So bringt jeder Richter aufgrund seiner vorherigen (verpflichtenden⁵⁸) Berufserfahrung spezielles Fachwissen zur Entscheidungsfindung ein.

Gerade im Vergleich zu Richtern am VwGH und am OGH, die ihr Amt hauptberuflich ausüben und damit keinerlei Tätigkeiten nebenberuflich nachgehen dürfen,

sehe ich es an der Zeit auch das Amt des VfGH-Richters hauptberuflich zu konzipieren.

In diesem Zusammenhang möchte ich besonders darauf hinweisen, dass dieser Beitrag lediglich Reformmöglichkeiten aufzeigen und erläutern soll. Ich schätze die Tätigkeit aller VfGH-Mitglieder aufs Äußerste und habe keinerlei Zweifel, dass diese ihrer Tätigkeit ehrenhaft und unparteiisch nachgehen.

5.2. Ausblick

Abschließend möchte ich noch einmal auf das Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit Bezug nehmen und damit das Thema der diesjährigen ELSA Austria Law Review aufgreifen: Wie bereits eingangs erwähnt, stellt das rechtsstaatliche Grundprinzip einen Grundbaustein unserer Verfassung dar. Sowohl das Grundprinzip selbst als auch die österreichische Bundesverfassung genießt dadurch erhöhten Bestandsschutz: Jede Änderung einer Verfassungsbestimmung erfordert anstatt der Anwesenheit von mindestens einem Drittel der Mitglieder des Nationalrats und die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen⁵⁹, die Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen⁶⁰. Eine Änderung des Grundprinzips stellt eine Gesamtänderung der Bundesverfassung iSd Art 44 Abs 3 B-VG dar, weshalb es zusätzlich zu den erhöhten Quoren iSd Art 44 Abs 1 B-VG einer Volksabstimmung bedarf.⁶¹ Da sich die Ausübung des Richteramts als Nebenberuf aus Art 147 Abs 2 B-VG entnehmen lässt, erfordert dessen Änderung die bereits angesprochenen erhöhten Quoren durch den Nationalrat. Den Erfolg einer solchen Änderung erachte ich aber angesichts der derzeit stark gespaltenen politischen Landschaft als fragwürdig, zumal sich zuletzt die SPÖ, ÖVP und FPÖ gegen ein Nebenberufsverbot ausgesprochen haben.⁶² Deshalb halte ich eine Änderung der Rechtslage in naher Zukunft für sehr unwahrscheinlich.

Aufgrund dieser – auf gut österreichisch gesagt – wiederkehrenden Einzelfälle ist die bereits oftmals von Juristen geforderte Änderung, das Amt des VfGH-Richters zu einer hauptberuflichen Tätigkeit zu machen, dringender denn je.

Korrespondenz: Lisa-Martina Köberl, koeberl.lisamartina@gmail.com, ORCID-Nr. 0009-0005-8867-5399

57 Vgl dazu VfGH 14.7.2020, V 411/2020; VfGH 1.10.2020, V 429/2020.

58 Siehe 2.1.

59 Vgl Art 31 B-VG.

60 Vgl Art 44 Abs 1 B-VG.

61 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² Rz 62.

62 Vgl *Graber*, Umstrittene Doppelrolle der VfGH-Richter: Gerichtshof denkt über Reform nach, <https://www.derstandard.at/story/2000144336091/umstrittene-doppelrolle-der-vfgh-richter-gerichtshof-denkt-ueber-reform-nach> (Stand 21.03.2023).

Literaturverzeichnis:

- APA, VfGH-Präsident Grabenwarter für Änderung des Höchstrichter-Bestellverfahrens, <https://www.derstandard.at/story/2000139378549/vfgh-praesident-grabenwarter-fuer-aenderung-des-hoehstrichter-bestellverfahrens> (Stand 28.2.2023).
- Hauer, Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts⁴ (2019).
- Hayden, Die Verfassungsrichter, ihre Nebenjobs und der Zement, <https://www.derstandard.at/story/1348285390471/die-verfassungsrichter-ihre-nebenjobs-und-der-zement> (Stand 28.2.2023).
- Horvath in Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vašek, Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 § 6 VfGG (Stand 1.10.2019, rdb.at).
- Kirchmair, VfGH-Mitglied sollte kein Nebenberuf sein, Die Presse 2022/40/03.
- Klaushofer in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 147 B-VG (Stand 1.1.2021, rdb.at).
- Lehner, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht., RZ 2022, 63.
- Lehner, Richterbestellung in Österreich, RZ 2022, 314.
- Leitl-Staudinger, Einführung in das öffentliche Recht⁶ (2018).
- Lütte in Eberhard/Fuchs/Kneihs/Vašek, Kommentar zum Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 § 12 VfGG (Stand 1.10.2019, rdb.at).
- Mitteilung der Europäischen Kommission vom 19.5.2022 an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: EU-Justizbarometer 2022, KOM (2022) 234.
- Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019).
- Pabel, Die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2020, 561.
- Pressl, Welchen Hut dürfen sich Höchstrichter aufsetzen? <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20190601/282956746651113> (Stand 28.2.2023).
- Tschiderer, Unvereinbare Verfasstheit, <https://www.furche.at/politik/unvereinbare-verfasstheit-1432> (Stand 28.2.2023).
- Vašek, Richterbestellung in Österreich (2022).
- Verfassungsgerichtshof Österreich, Statistik: Erledigungsquote https://www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/statistiken/statistik_erledigungsquote.de.html (Stand 28.2.2023).
- Welan, Der Verfassungsgerichtshof – eine Nebenregierung? in Fischer (Hrsg), Das politische System Österreichs² (1977) 271.

An Analysis of Austria's Rule of Law Deficits

The rule of law is a core principle of a democratic nation. Austria ranked 8th out of 31 in the World Justice Project (WJP) Rule of Law Index 2021 and declined to 10th out of 31 in 2022 in the European, EFTA, and North American ranking. According to the WJP, the rule of law has declined in most countries examined for the 5th year in a row.¹ This raises the question of what the possible reasons for that could be. The article aims to discuss possible rule of law deficits by comparing Austria with Denmark and Hungary.

Keywords: World Justice Project, Rule of Law Deficits, Austria, Hungary, Denmark, Comparison, Rule of Law Index.

Legal norms: §§ 1,2,4,11,14,16 IFG; Art 7 TEU.

By Laura Lenz

1. Introduction

Being present from the Magna Carta 1215 to the Universal Declaration of Human Rights 1948 the rule of law plays a vital role in almost all democratic nations.² As of today, the general understanding is that this principle states that everyone is bound by and benefits from the law. It does not matter whether it is a person or authorities, whether they act in the private or public sector.³ Shortly, this principle secures that no one is above the law, not even the government.

In the Preamble, to the Universal Declaration of Human Rights, the rule of law is described as “*a recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by*”.⁴ In Austria, the rule of law is not incorporated in a specific legal provision. Rather the principle results from looking at the whole B-VG, the Austrian constitution itself.⁵

Looking at its principles and factors a deeper understanding is possible. The principle as a persistent system consisting of law, institutions, norms, and community commitment includes four universal principles. Firstly, everybody is accountable under the law. Secondly, this law must be accessible to everyone. Concretely this means that the law must be publicized understandably. In addition, there must be measurements for changing

the law. A change should never be abrupt.⁶ Furthermore, this law gives diverse kinds of rights to individuals. For example, human rights and procedural rights.⁷ Thirdly, the rule of law principle includes the factor of open government. This means that there should be procedures for adopting, administrating, and adjudicating these laws in place that are not only efficient but also fair. Lastly, justice shall be accessible and impartial.⁸ These four principles are further the starting point for the eight factors of the World Justice Project (WJP) Rule of Law Index.

When looking at the results of the WJP Rule of Law Index of the last years the main takeaway is that the index has declined in most participating countries over the last years. This is especially alarming because the score on the index and a country's gross domestic product (GDP) influence each other. A higher rule of law index score also means the country's economic growth is better.⁹ But not only that, according to the Global Peace Index, the rule of law also matters in predicting the state of peace of a society.¹⁰ Because of that, it is crucial for nations to understand their deficits in the rule of law. For that reason, this paper examines the rule of law deficits in a practical example. By focusing on Austria's worst factors within the WJP Rule of Law Index compared to the performance of Denmark and Hungary Austria's deficits in the subcategories of the rule of law are elaborated. To better understand Austria's position within the index ranking a closer look at the index itself is taken.

2. The WJP Rule of Law Index

The World Justice Project (WJP) is an independent organization based in Washington D.C. and Seattle. It was founded in 2006 and consists of different legal experts

1 WJP Rule of Law Index (https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/?gclid=Cj0KCQjwIPWgBhDHARIsAH2xdNeil6YFdg1jIMU2ZemQKDMT96QAoRxFYpaHyjOeuBdlcIjIv_abL08aAn3-EALw_wcB) (24. 3. 2023).

2 of Cornhill/Henry, *The rule of law (2011) PART I (2)*.

3 of Cornhill/Henry, *The rule of law (2011) PART I (1)*.

4 Universal Declaration of Human Rights.

5 Öhlinger/Eberhard, *Verfassungsrecht*¹³ (2022) 60–68.

6 Tamanaha, *On the rule of law. History, politics, theory*⁸ (2010) 93–115.

7 Andersen, *The Meaning, Measuring, and Mattering of the Rule of Law*, *Journal of Federal Law* 67 103.

8 Kramer, *Objectivity and the rule of law (2007)* 103–108.

9 Brunetti/Kisunko/Weder, *Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector (1997)*, 353–371.

10 *Institute for Economics and Peace*, *Global Peace Index 2019: Measuring Peace in a complex World (2019)* 69.

worldwide. It documents the evolution of the rule of law globally. Therefore, the organization founded the WJP-Index. The WJP-Index started in 2008 and now ranks 140 nations on their performance on the rule of law.¹¹ The WJP does that by conducting different questionnaires to experts and “normal” households. This data is categorized within the subcategories. These scores then lead to the overall score of a nation. To avoid mistakes the outcomes of the subfactors are crosschecked with other sources¹².

To examine the worldwide compliance of nations with the rule of law the WJP established eight factors and 44 subfactors. The basis for that are the four universal principles as described above. The eight elaborated factors are “*constraints on government powers, absence of corruption, open government, fundamental rights, order and security, regulatory enforcement, civil justice, and criminal justice*”.¹³

In this context “*constraints of government powers*” focuses on researching to what extent politicians and generally persons who govern must obey the law. It analyses the instrument to limit such persons’ powers and personal influence. Not only governmental but also non-governmental checks are included. One of the main non-governmental checks is a free and independent press.¹⁴

“*Absence of corruption*” covers three variations of corruption in the executive branch, the legislature, the judiciary, the police, and the military. It looks at whether one or more of the three variations of improper influence, bribery, and misappropriation of public funds or other resources exist. The improper influence can happen by public or private interest.¹⁵

The factor “*open government*” analyses if the nation’s people get access to information from the government, if they can hold the government accountable, and with what tools. It also examines whether there is citizen participation in the system. Another aspect of this factor is

analyzing the quality of the publication of laws and education on legal rights.¹⁶

“*Fundamental rights*” cover the basic rights awarded under the United Nations Universal Declaration of Human Rights which have a connection to the rule of law. It has been noted that it does not cover all the human rights granted. However, the Index states that nations who fail to respect core human rights do not have a role in the law system but are better called “rule by law”.¹⁷

“*Order and security*” as a factor covers the safety of persons and the security of property a nation provides. As a fundamental function of a nation, it is the basis for all rule of law rights and freedom.¹⁸

“*Regulatory enforcement*” examines to what extent regulations and laws are enforced and implemented in the government and outside. It does not analyze the appropriateness of the quantity of regulation, and it does not judge the means a government chooses to regulate.¹⁹

When talking about “*civil justice*” the WJP looks at the civil branch of the judicial system. It examines the accessibility, affordability, equality, and corruption within that branch. It examines the effectiveness of the court proceedings as well as the decisions. Apart from the ordinary civil legal procedure it also looks at the implementation of alternative dispute resolution mechanisms.²⁰

Lastly, “*criminal justice*” focuses on the criminal justice system, as it being effective is a core element of the rule of law. It assesses not only the conventional systems to bring criminal justice but also the actions of the police, prosecutors, prison officers, lawyers, and judges.²¹

These factors are further derived into subfactors to enhance the understanding. These are discussed more deeply for the factor of open government in the next part.

By analyzing these and researching each nation’s factors and their subfactors the WJP-Index calculates a score for each of them. The range of scores is from 0.00 to 1.00, which displays the compliance with the rule of law from weak to strong. A score is given for each factor and subfactor. These then result in an overall score.²²

11 World Justice Project, About Us (<https://worldjusticeproject.org/about-us>) (23. 2. 2023).

12 WJP Rule of Law Index, How we measure (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/about#howwemeasure>) (27. 2. 2023).

13 WJP Rule of Law Index Factors (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022>) (27. 2. 2023).

14 WJP Rule of Law Index Constraints on Government Powers (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Constraints%20on%20Government%20Powers/>) (27. 2. 2023).

15 WJP Rule of Law Index Absence of Corruption (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Absence%20of%20Corruption/>) (27. 2. 2023).

16 WJP Rule of Law Index Open Government (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Open%20Government/>) (27. 2. 2023).

17 WJP Rule of Law Index Fundamental Rights (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Fundamental%20Rights/>) (27. 2. 2023).

18 WJP Rule of Law Index Order and Security (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Order%20and%20Security/>) (27. 2. 2023).

19 WJP Rule of Law Index Regulatory Enforcement (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Regulatory%20Enforcement/>) (27. 2. 2023).

20 WJP Rule of Law Index Civil Justice (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Civil%20Justice/>) (27. 2. 2023).

21 WJP Rule of Law Index Criminal Justice (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Criminal%20Justice/>) (27. 2. 2023).

22 WJP Rule of Law Index About the Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/about#ataglance>) (27. 2. 2023).

The following two chapters focus on the rule of law deficits of Austria by analyzing its worst factor open government. A European approach is achieved by comparing each of the factors with Denmark and Hungary. While Denmark ranked first, Hungary takes the last spot in the index ranking, which makes them suitable comparables.

3. WJP Index Analysis

This analysis focuses on the index filtered by region. It only looks at the region “EU +EFTA+ North America” and Austria’s ranking within that, to analyze Austria’s rule of law deficits.

Year	Regional-Rank	Government-Powers	Absence-of-Corruption	Open-%-Government	Fundamental-Rights	Order-and-%-Security	Regulatory-Enforcement	Civil-Justice	Criminal-%-Justice	Overall-%-score
2015	6/24	0.85	0.83	0.72	0.87	0.90	0.81	0.97	0.82	0.82
2016	7/24	0.86	0.84	0.75	0.88	0.90	0.80	0.80	0.83	0.83
1017-2018	7/24	0.83	0.84	0.72	0.85	0.90	0.81	0.79	0.77	0.81
2019	7/24	0.84	0.84	0.72	0.85	0.90	0.84	0.78	0.80	0.82
2020	7/24	0.85	0.82	0.71	0.85	0.90	0.84	0.77	0.80	0.82
2021	8/31	0.85	0.82	0.70	0.85	0.91	0.82	0.75	0.80	0.81
2022	10/31	0.84	0.80	0.71	0.84	0.90	0.81	0.74	0.78	0.80

Figure 1: Overall Ranking Austria 2015-2022 WJP-Index²³

As Figure 1 shows Austria’s overall score declined from 0.82 to 0.80 and its regional overall rank declined from 6/24 to 10/31. Although the reason for that could be that seven new countries entered this regional category after 2020, it is not true that this influenced Austria’s rank because neither Ireland, Lithuania, Latvia, Cyprus, Malta nor the Slovak Republic achieved a higher rank

after participating in the index. Interestingly the factors of “open government” and “civil justice” have the lowest score (marked in red). With a score of 0.90 the factor “order and security” score the nation’s highest points (marked in green). All this taking into account the nation’s overall score is at 0.80, which leaves it at rank 10/31 in 2022.

Year	Regional-Rank	Government-Powers	Absence-of-Corruption	Open-%-Government	Fundamental-Rights	Order-and-%-Security	Regulatory-Enforcement	Civil-Justice	Criminal-%-Justice	Overall-%-score
2015	1/24	0.92	0.96	0.78	0.91	0.92	0.81	0.83	0.84	0.87
2016	1/24	0.93	0.96	0.86	0.92	0.92	0.85	0.84	0.82	0.89
1017-2018	1/24	0.94	0.95	0.86	0.90	0.92	0.87	0.86	0.82	0.89
2019	1/24	0.95	0.95	0.86	0.92	0.93	0.90	0.87	0.83	0.90
2020	1/24	0.94	0.95	0.88	0.92	0.93	0.90	0.86	0.83	0.90
2021	1/31	0.94	0.95	0.87	0.92	0.92	0.89	0.86	0.83	0.90
2022	1/31	0.95	0.96	0.87	0.92	0.93	0.90	0.87	0.83	0.90

Figure 2: Overall Ranking Denmark 2015-2022 WJP-Index²⁴

Looking at Denmark’s rank in Figure 2 the nation ranked first without interruption in the period from 2015 to 2022. While getting a score of 0.90 or over in five factors, “open government, civil justice, and criminal justice” are also the factors where Denmark has the lowest

scores (marked in red) just as Austria does. With a score of 0.96, the factor “absence of corruption” is Denmark’s top-performing factor (marked in green). All this puts its overall score to 0.90, which puts the nation on the first rank in the investigated timeframe.

Year	Regional-Rank	Government-Powers	Absence-of-Corruption	Open-%-Government	Fundamental-Rights	Order-and-%-Security	Regulatory-Enforcement	Civil-Justice	Criminal-%-Justice	Overall-%-score
2015	23/24	0.49	0.50	0.51	0.65	0.86	0.51	0.53	0.55	0.58
2016	23/24	0.46	0.51	0.52	0.62	0.86	0.51	0.52	0.54	0.57
1017-2018	23/24	0.44	0.51	0.49	0.59	0.90	0.46	0.50	0.47	0.55
2019	24/24	0.41	0.51	0.46	0.58	0.91	0.47	0.46	0.48	0.53
2020	24/24	0.40	0.51	0.46	0.58	0.89	0.47	0.45	0.47	0.53
2021	31/31	0.39	0.49	0.44	0.56	0.90	0.46	0.45	0.46	0.52
2022	31/31	0.37	0.49	0.44	0.56	0.91	0.46	0.45	0.45	0.52

Figure 3: Overall Ranking Hungary 2015-2022 WJP-Index²⁵

23 Based on: WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).

24 Based on: WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).

country/2022/Denmark/) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).

25 Based on: WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).

As visualized in Figure 3 while ranking second last place from 2015-2018 Hungary declined to the last spot starting in 2019. In that year the nation is being overtaken by Bulgaria. With an average score of around 0.50 for each factor, the factor “order and security” with 0.91 must be highlighted (marked in green). Hungary only scores 0.37 in the factor “government powers” and 0.44 in “open government”, which are its worst-performing factor (marked in red). This leaves its overall score in 2022 at 0.52 which puts it in the 31st and last place.

Comparing the systems and regulations behind Denmark’s and Hungary’s scores will help to understand how Austria can progress in its compliance with the rule of law. For a better understanding of Austria’s deficits, the focus lies on the factor of “open government” and its subfactors.

4. “Open Government” Score Analysis

This factor centers around access to information from the people about their government and how it can be held accountable. The four subfactors further clarify this

factor. The subfactors are “publicized laws and government data, the right to information, complaint mechanisms, and civic participation”.

Under “the publication of laws and government data”, the WJP-Index looks at how people get access to this kind of information from its government. Key elements are the use of different languages, online access to them, and the rapidness this data gets made available. On the other hand, the right to information covers how requests for information are handled. This includes the questions of how long it takes to get information, what information costs, does access need to be bribed, and whether the records are public. Here is some overlapping with the first subfactor. Covering the people’s options for participation is the factor of “civic participation”. Criteria like freedom of expression and opinion, the right to assembly and association as well as the right to petition are examined under this category. Lastly, the question, if whether people can complain about their access to information, is covered under “complaint” mechanisms. It asks about the instruments available to enforce the rights included in the other subfactors.²⁶

Year	Austria	Denmark	Hungary
2015	0.72	0.78	0.51
2016	0.75	0.86	0.52
2017-2018	0.72	0.86	0.49
2019	0.72	0.86	0.46
2020	0.71	0.88	0.46
2021	0.70	0.87	0.44
2022	0.71	0.87	0.44

Figure 4: Open Government Comparison²⁷

Figure 4 shows a comparison between Austria, Denmark, and Hungary in the factor “open government” from 2015-2022. While Denmark gradually improved its score until 2020 with a small backlash in 2021 and 2022, Austria and Hungary’s scores both declined. The decrease of 0.07 for Hungary is more drastic than Austria’s with a difference of 0.01.

A better picture is achieved by looking at the subfactors and the scores from 2022.

Country	Score	Regional-Rank
Austria	0.64	20/31
Denmark	0.80	3/31
Hungary	0.34	31/31

Figure 5: Subfactor 1 Publicized Laws and Government²⁸

Country	Score	Regional-Rank
Austria	0.70	18/31
Denmark	0.86	7/31
Hungary	0.54	31/31

Figure 6: Subfactor 2 Right to Information²⁹

26 WJP Rule of Law Index Open Government (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Open%20Government/>) (27. 2. 2023).
 27 Based on: WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).
 28 WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index

(<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).
 29 WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).

Country	Score	Regional Rank
Austria	0.80	12/31
Denmark	0.95	1/31
Hungary	0.42	31/31

Figure 7. Subfactor 3 Civic Participation³⁰

Country	Score	Regional Rank
Austria	0.69	23/31
Denmark	0.86	4/31
Hungary	0.47	31/31

Figure 8. Subfactor 4 Complaint Mechanisms³¹

Figures 5 to 8 show the rank among the examined nations. It is in all four subcategories the same and follows the ranking of the main factor “open government” in 2022 shown in Figure 4. The highest difference in rank between Austria and Denmark is 23 at the subfactor 4 “complaint mechanism”. This shows that Austria has especially there some catching-up opportunities.

5. “Open Government” Deficit Analysis

Austria’s highest regional rank in this factor is 12/31 in the subfactor “civic participation”, a deeper understanding of its deficits is crucial to improve the rule of law compliance of this nation.

Starting with the first subfactor “publicized laws and government data”: Austria does have open access to its law through a website called ris.gv. Although everybody can access it, it is challenging for the average person to find the desired information.³² The information published are federal and national laws, which are already passed, as well as jurisprudence. However, there are no explanations, which makes the comprehension of the information for non-lawyers difficult.

On the government side, the Austrian Parliament Website offers a different option to consume information. For example, people can watch sessions, read different reports, and listen to panels. It even has the option to

get information in an easier language. The Austrian government also launched a website called data.gv.at to give access to data collections used by the public administration. This reflects the fact that the nation is among the eleven member-states that are working on further digitalizing the justice system.³³ All these websites are available in English and German. The question arises whether this is beneficial considering that there are seven recognized minority languages in Austria.³⁴ In addition to that Austrian parliamentarians don’t have to share information about their assets, liabilities, interests-, and debts.³⁵ Denmark takes this even further by including a wider range of information coming from different sectors like real estate. The nation includes far more than just government data and information on its platforms.³⁶ Just as Austria in Denmark all laws are published on the website retsinformation.dk.³⁷

Compared to those two nations when looking up information on Hungary only the website of the constitutional court comes up. Although the provided information includes case law, legal norms, and data of public interest, the information is limited to the basics like numbers on court decisions and the publication of some basic law.³⁸

The organization Access Info Europe, which focuses on the right to information within Europe by rating the nations, ranks Austria as one of the weakest countries in this rating. With scoring only 33 points out of 150. Because of that Austria drafted a law to implement a Freedom of Information Act in 2021 (IFG), which is still not applicable law, as it still must be reviewed by the Constitutional Committee.³⁹ Nevertheless, this act would only partially better the situation.⁴⁰ The organization Access Info Europe located Austria’s deficits in several areas including the narrow definition of information, the lack of a supervisory authority, no sanction regime, or lacks within that, there is only a judicial appeal as well as no

30 WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).

31 WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (18. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (27. 2. 2023); WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (27. 2. 2023).

32 RIS Informationsangebote (<https://www.ris.bka.gv.at/>) (28. 2. 2023).

33 Aktuelles | Parlament Österreich (<https://www.parlament.gv.at/aktuelles/>) (28. 2. 2023).

34 Art 8 B-VG

35 European Commission, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council,

The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report 16.

36 Gras, Denmark is on the way to making public data available with IDS, International Data Spaces Association (<https://international-dataspaces.org/denmark-is-on-the-way-to-making-public-data-available-with-ids/>) (27.2.2023).

37 Velkommen – Høringsportalen (<https://hoeringsportalen.dk/>) (28. 2. 2023).

38 Alkotmánybíróság, The Constitutional Court of Hungary | Home (<https://hunconcourt.hu/>) (28. 2. 2023).

39 Informationsfreiheitsgesetz – IFG (Draft) | Parlament Österreich (<https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/A/61?selectedStage=105>) (28. 2. 2023).

40 European Commission, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report 20.

obligations for government authorities or other bodies to disclose data and information.⁴¹ This also covers the deficits in the 4th subfactor “complaint mechanism“.

§ 2(1) IFG defines Information in a way that does not allow access to all information but only one in specific cases.⁴² § 2(2) IFG then limits the publication obligation further by implementing a value limit of 100.000€. Under this limit, the information does not have to be actively published. The obligation to publish information with the public interest in § 4ff IFG is vague and lacks further Determination.⁴³ While the law allows the submission of a request in various forms, it does not include the right to request a receipt or the obligation of an official to assist in the request.⁴⁴ With a timeframe of four weeks with the possibility of an extension it fails the European standard of 15 working days. This is problematic because the right to information is a fundamental right and should be handled as soon as possible.⁴⁵ In addition, the different laws derogate the IFG⁴⁶, which makes its position even weaker. The law further requests the applicant to request a refusal notice in § 11 IFG. Further, it does not include any specific information on consultation with third parties.⁴⁷ Austria also did not choose to implement an authority such as the European Ombudsman in this law.⁴⁸ If the request is refused the only option is a judicial appeal with limited grounds.⁴⁹ However, there is no sanction if the authority does not comply.⁵⁰

Denmark does not have regulations on the collection of data either.⁵¹ Just like Austria, it is under those nations that push digitalization in their justice system.⁵² Although the nation has restrictions on the right to access information a discussion started to further limit them.⁵³ The Danish counterpart to Austria's IFG is the Danish

Access to Public Administration Files Act (DPAF). The scope of application is broader as it applies to “all activities exercised by public administrative authorities” and even extends them to certain energy sources in Sections 1(2) DPAF. It includes a right to access documents for everyone not limited to specific documents or restricted by a value limit. The right is not limited to specific documents and therefore the authorities have to give access also to all related documents.⁵⁴ The law says that the request must be handled “as soon as possible” and if the request is denied the authority has to inform the applicant within ten days.⁵⁵ Appeals then can be submitted to “the authority designated as the appeals authority for the decision or for the general handling of the case to which the request relates”.⁵⁶ The act does not include any sanctions for non-compliance. Just like the Austrian Act also the Danish Act gets derogated by rules in other acts.⁵⁷ Concluding the European Commission recommends Denmark to further improve its access to information in the DPAF.⁵⁸

Although the Hungarian Constitution ensures access to data of public interest in Art VI (3) the state as of today is that the nation limits the access to information in a general way justifying it with the “state of danger”.⁵⁹ A speeded-up and non-transparent process makes it hard to access quality information on it.⁶⁰ The European Parliament even initiated an Article 7 TEU procedure and is recalling the nation to comply with European Court of Justice (ECJ) rulings on the rule of law.⁶¹

However, Hungary did implement Act CXII of 2011 on the right to informational self-determination and on the freedom of information.⁶² This is the implementation of the General Data Protection Regulation (GDPR) and not

41 *Access Info Europe*, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act (2021) 1.

42 *Access Info Europe*, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act 4.

43 *Access Info Europe*, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act 3.

44 § 7 IFG

45 *Access Info Europe*, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act 4.

46 § 16 IFG

47 *Access Info Europe*, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act 6.

48 *Access Info Europe*, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act 7.

49 §§ 11, 14 IFG

50 *Access Info Europe*, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act 9.

51 *Access Info Europe*, Untangling Transparency: Right to Information Data in Europe (2022) 6.

52 *European Commission, European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report 10.

53 *European Commission, European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council,

The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report 20.

54 Section 5 DPAF.

55 Section 16 DPAF.

56 Section 15 DPAF.

57 Section 17 (4) DPAF.

58 *European Commission*, Annex to the *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union (2022) 4.

59 *European Commission, European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report 20.

60 *European Commission, European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report 22.

61 *European Commission*, Annex to the *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions:

62 Freedom of Information Act (<https://njt.hu/jogszabaly/en/2011-112-00-00>) (28. 2. 2023).

giving individuals specific rights to access information.⁶³ This leaves Austria with major deficits in this factor. This is once more highlighted by the recommendations in the rule of law report of the European Commission. There it is recommended to Austria to level up its legal framework for access to information to the European standard by carrying on and advancing its reform efforts.⁶⁴

6. Conclusion

Because of its connection to the GDP and the state of peace of a nation, the level of compliance with the rule of law should not be neglected. A good instrument to measure compliance with the rule of law is the WJP Rule of Law Index. This index gives 140 nations worldwide a score by examining eight factors important to the rule of law. While Denmark ranks at the top and Hungary always takes the last place, Austria scores on average. This makes them the perfect comparables.

Austria's rule of law deficits in the factor of "*open government*" is not comparable to Hungary's deficits due to Hungary's, especially critical situation. This also reflects in Hungary's low score on the WJP-Index. Comparing Austria with Denmark, however, gives a good insight into how the nation can improve its compliance with the rule of law. This is important because the strength of the rule of law directly correlates with a nation's status of peace and economic growth. The main takeaway of this study is that by promoting the realization of an advanced information act Austria could improve drastically within this factor. However, the discussed Freedom of Information Act 2021 is not sufficient as it lacks key elements, which are needed to fulfill the criteria set by the WJP and Access Info Europe. It is recommended to work with the draft of the Freedom of Information Act as a foundation and improve its existing provision as well as add new features.

First, the definition of information needs to be changed to achieve a wider scope of application. In that sense, the meaning of "public interest" needs to be defined clearly. The value limit in § 1(2) IFG needs to be completely eliminated. Moreover, a body must be implemented to oversee compliance. This act should include an obligation for acting on a request for information and to publish certain information. To ensure the proper handling of sanction mechanisms and an explanation of the

appeal options shall be implemented. The obligation to confirm a received request and the implementation of a notice of refusal without requesting it, are key elements of good realization. Lastly, the timeframe of four weeks must be adjusted to the European standard of 15 days. Apart from future discussions about the deficits in the parts of the rule of law, especially the factors of "civil justice" and "criminal justice" need additional analysis and attention.

Correspondence: Laura Lenz, llenz@gmx.at, ORCID 0009-0008-9502-2996

Literature

- Access Info Europe, Legal Analysis of the Austrian Freedom of Information Act (2021).
- Access Info Europe, Untangling Transparency: Right to Information Data in Europe (2022).
- Aktuelles | Parlament Österreich (<https://www.parlament.gv.at/aktuelles>) (28. 2. 2023).
- Alkotmánybíróság, The Constitutional Court of Hungary | Home (<https://hunconcourt.hu/>) (28. 2. 2023).
- Andersen, The Meaning, Measuring, and Mattering of the Rule of Law, in *Journal of Federal Law* 67 103–124 (2019).
- Brunetti/Kisunko/Weder, Credibility of Rules and Economic Growth: Evidence from a Worldwide Survey of the Private Sector (1997).
- BRZ GmbH, Zielsetzung data.gv.at | data.gv.at (<https://www.data.gv.at/infos/zielsetzung-data-gv-at/>) (28. 2. 2023).
- European Commission, Annex to the *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union (2022).
- European Commission, the *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union (2022).
- Freedom of Information Act (<https://njt.hu/jogszabaly/en/2011-112-00-00>) (28. 2. 2023).

63 *Practical Law*, Hungarian Implementation of the GDPR | Practical Law ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-019-1176?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-019-1176?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))) (28. 2. 2023).

64 *European Commission*, Annex to the *European Commission*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: 2022 Rule of Law Report.

- Gras, Denmark is on the way to making public data available with IDS, International Data Spaces Association (2022).
- Informationsfreiheitsgesetz – IFG (Draft) | Parlament Österreich (<https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/A/61?selectedStage=105>) (28. 2. 2023).
- Institute for Economics and Peace, Global Peace Index 2019: Measuring Peace in a Complex World (2019).
- Kramer, Objectivity and the rule of law (2007).
- Maravall/Przeworski (Hrsg), Democracy and the rule of law (2010).
- of Cornhill/Henry, The rule of law (2011).
- Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht13 (2022).
- Practical Law, Hungarian Implementation of the GDPR | Practical Law ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-019-1176?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-019-1176?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))) (28. 2. 2023).
- RIS Informationsangebote (<https://www.ris.bka.gv.at>) (28. 2. 2023).
- Tamanaha, Law as a means to an end. Threat to the rule of law (2006).
- Tamanaha, On the rule of law. History, politics, theory8 (2010).
- United Nations, Universal Declaration of Human Rights. UDHR (1948).
- Velkommen – Höringsportalen (<https://hoeringsportalen.dk/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Austria/>) (25. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Hungary/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Denmark/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index (https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/?gclid=Cj0KCQjwlpWgBhDHARIsAH2xdNeiL6YFdg1jIMU2ZemQKDMT96QAoRxFYpaHyjOeuBdIcjlV_abL08aAn3-EALw_wcB) (24. 3. 2023).
- WJP Rule of Law Index About the Index (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/about#ataglanche>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Absence of Corruption (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Absence%20of%20Corruption/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Civil Justice (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Civil%20Justice/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Constraints on Government Powers (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Constraints%20on%20Government%20Powers/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Criminal Justice (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Criminal%20Justice/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Factors (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Fundamental Rights (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Fundamental%20Rights/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Open Government (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Open%20Government/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Order and Security (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Order%20and%20Security/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index Regulatory Enforcement (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/factors/2022/Regulatory%20Enforcement/>) (28. 2. 2023).
- WJP Rule of Law Index, How we measure (<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/about#howwemeasure>) (28. 2. 2023).
- World Justice Project, About Us (<https://worldjusticeproject.org/about-us>) (28. 2. 2023).

Keine Gnade für den Rechtsstaat?

Falls Sie vorhaben ein Verbrechen zu begehen, könnte es unter Umständen vorteilhaft sein, den nächsten Regierungswechsel oder das nächste Ostarrichi-Jubiläum abzuwarten. Auch Sparmaßnahmen im Justizbereich könnten eine günstige Gelegenheit darstellen, zumindest wenn Sie nach Ihrer Verurteilung auf eine Begnadigung des/der Bundespräsident*in hoffen, denn neuere Betrachtungen des Gnadenwesens und der Gnadenpraxis legen nahe, dass Gnade in Österreich nur unwesentlich nachvollziehbarer als im antiken Kolosseum gewährt wird.

Deskriptoren: Gnadenrecht, Gnadenwesen, Bundespräsident, B-VG, Rechtsstaat, Gewaltenteilung.

Normen: Art 65 Abs 2 lit c B-VG; Art 67 B-VG; § 507–513 StPO.

Von Felix Mayer

1. Einleitung

Wer danach sucht, kann in der österreichischen Bundesverfassung noch auf echte Fossilien stoßen. Das Amt des/der Bundespräsident*in erweist sich bei diesem Unterfangen als wahre Goldgrube. Zahlreiche Kompetenzen gehen mehr oder weniger direkt auf vorrepublikanische Zeiten zurück.¹ Ein Beispiel dafür ist unter anderem Art 65 Abs 2 lit c B-VG², der dem/der Bundespräsident*in die Befugnis zur Begnadigung rechtskräftig Verurteilter verleiht. Das kaiserliche Erbe antretend kann diese/r damit Entscheidungen unabhängiger Gerichte, welche ihrerseits auf demokratisch legitimierten Gesetzen beruhen, abändern. Dadurch sollen im Einzelfall unbillige Härtefälle korrigiert werden.³

Diesem aus rechtsstaatlicher Perspektive in mehreren Punkten problematischen Relikt wird in der Lehre üblicherweise eher wenig Aufmerksamkeit geschenkt, obgleich es sich nicht um totes Recht handelt, wie eine parlamentarische Anfrage aus dem Jahr 2020 ergeben hat.⁴ In jüngerer Zeit haben internationale Kontroversen, allen voran die Überlegungen des Ex-US-Präsidenten *Donald Trump* sich selbst und einige seiner Anhänger vor Ende seiner Amtszeit zu begnadigen,⁵ das Gnadenrecht jedoch wieder mehr in den Fokus wissenschaftlicher Betrachtungen gerückt.

Den aktuellen Forschungsstand zu diesem Thema abzubilden und eine allgemeine Analyse des Konflikts zwischen Rechtsstaat und Gnadenwesen zu schaffen ist das Ziel dieses Artikels. Am Anfang dessen steht eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt und den Grenzen der Begnadigung. Daran schließt eine Untersuchung an, inwiefern Aspekte des rechtsstaatlichen Prinzips konkret vom Gnadenwesen in seiner jetzigen Form betroffen sind. Außerdem wird auch die Frage geklärt, ob das Ziel des Gnadenwesens, nämlich die Herstellung materieller Gerechtigkeit auch entgegen Ergebnissen formeller Rechtsprechung,⁶ in der Praxis auch so zu beobachten ist.

2. Grundlagen

Das heutige Gnadenwesen ist nur im Zusammenhang mit den rechtsgeschichtlichen Ursprüngen des Staatsoberhauptes im Allgemeinen zu verstehen. Auch wenn ein tieferer Blick in die Geschichtsbücher für die Zwecke dieses Artikels zu weit ginge, so liefert ein Blick auf die Genese des Amtes des österreichischen Bundespräsidenten doch eine interessante Perspektive. Dabei wird unter anderem ersichtlich, dass die Schaffung eines Staatsoberhauptes für die Erste Republik durchaus nicht unumstritten und letztlich das Ergebnis eines politischen Kompromisses war.⁷ Im Laufe der Ersten Republik wurde allerdings zunehmend deutlich, dass ein plebiszitär eingesetztes und mit Notfall-Befugnissen ausgestattetes Staatsoberhaupt durchaus zur Stabilisierung eines Regierungssystems beitragen kann. Basierend auf den Lehren der Zwischenkriegszeit ist auch eine parlamentarisch-republikanische Verfassung ohne Staatsoberhaupt heute kaum noch denkbar. Die Inspiration zur Auslegung des Amtes wurde dabei aber unter Umständen, wie noch zu

1 *Olechowski*, Verfassung: Zeitgemäßes Präsidentenamt statt „Ersatzkaiser“, diepresse.com 27.10.2003, <https://www.diepresse.com/237002/verfassung-zeitgemaesses-praesidentenamt-statt-ersatzkaiser> (30.01.2023).

2 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I Nr 2022/222.

3 *Jerabek/Ropper* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 507, Rz 1.

4 Anfragebeantwortung 593/AB v 13.3.2020 zu 555/J (XXVII.GP).

5 *Schmidt/Haberman*, Trump is said to have discussed pardoning himself, nytimes.com 7.01.2021, <https://www.nytimes.com/2021/01/07/us/politics/trump-self-pardon.html> (29.01.2023).

6 *Hollaender*, Gnade vor Recht! AnwBl 2017, 708.

7 *Pernthaler*, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, in *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* Heft 25 (1966) 95.

zeigen sein wird, etwas zu oft in monarchischen Staatsoberhäuptern gefunden.⁸

In jüngerer Zeit kam es mit der Aufhebung des § 411 StPO aF durch den VfGH 1992⁹ zu einer Reform des Gnadenrechts. Dabei wurden die im alten Recht teilweise noch vorgesehenen Zuständigkeiten der Gerichte beseitigt.¹⁰

Die Begnadigung nach Art 65 Abs 2 lit c B-VG betrifft „die Begnadigung der von den Gerichten rechtskräftig Verurteilten [...]“. Darunter fallen auf jeden Fall Verurteilte nach strafgerichtlichen Verfahren der ordentlichen Gerichte, aber unter anderem auch disziplinarrechtliche Verurteilungen und Fälle der Staatsgerichtsbarkeit. Nennenswerte Ausnahme ist allerdings das Verwaltungsstrafrecht.¹¹ Auch Sanktionen mit Sicherungscharakter sowie Urteile internationaler Gerichte können nicht Gegenstand der Gnade sein.¹²

Das Verfahren zur Erlassung eines Gnadenaktes ist im Detail nicht geregelt, diese relative Formlosigkeit ist beabsichtigt und eine zentrale Besonderheit des Gnadenverfahrens.¹³ Mit § 508 StPO ist nunmehr auch klar, dass das Verfahren sowohl von Amts wegen als auch aufgrund eines Antrags eingeleitet werden kann. Schon vor der Reformierung des Gnadenrechts war es allerdings unumstritten, dass das Gnadenrecht des/der Bundespräsident*in nach Art 67 B-VG an einen Vorschlag der Bundesregierung, konkret des BMJ, gebunden ist. Auf jeden Fall hat der/die Verurteilte kein subjektives Recht auf Gnade, auch nicht auf Erstattung eines Gnadenvorschlages oder im Verfahrensstadium im Justizministerium.¹⁴ Dass bei einem Gnadengesuch nach herrschender Meinung nicht über Rechte von Betroffenen abgesprochen wird, trägt mE weiterhin zum Fehlen der Bescheidqualität der Begnadigung bei. Über die Entscheidung wird der/die Betroffene informiert, er/sie hat zwar ein Recht das Ergebnis einzusehen, nicht jedoch das Recht Einsicht in die Entscheidungsgrundlagen zu nehmen. Eine gerichtliche Überprüfung und Rechtsmittel sind ausgeschlossen.¹⁵

Zur Rechtsnatur der Gnadenentschließung (also der positiven Gnadenentscheidung) scheiden sich die Geister. Darüber, dass die negative Gnadenentscheidung mangels Bekämpfungsmöglichkeit keinen Bescheid darstellt, herrscht relative Einigkeit.¹⁶ Zumindest dem positiven Gnadenentscheid attestieren manche Autor*innen allerdings Bescheidcharakter.¹⁷ ME muss eine korrekte Charakterisierung des Gnadenentscheids allerdings sowohl positive als auch negative Entscheidungen erfassen, eine Trennung abhängig vom Spruch erscheint wenig sinnvoll. Einer solchen Erledigung durch den/die Bundespräsident*in fehlt es allerdings unter anderem an der Rechtsschutzmöglichkeit, einem Anspruch auf Begründung und einem Anspruch auf Akteneinsicht, weshalb wohl von einem Rechtsakt *sui generis* auszugehen ist.¹⁸ Gnade im Sinne dieses Artikels wird als Erleichterung oder Erlass einer gerichtlich verordneten Strafe durch das Staatsoberhaupt im Einzelfall verstanden.¹⁹ Nicht zum Gnadenwesen i.e.S. gehören daher die Amnestie nach Art 93 B-VG²⁰ und die Abolition. Bei Ersterer handelt es sich um einen generellen Straferlass, zu welchem nach der österreichischen Verfassung nur der Gesetzgeber befugt ist. Bei der Abolition handelt es um die Niederschlagung eines strafgerichtlichen Verfahrens, also noch vor einem ergangenen Urteil. Zurecht (etwa aufgrund des Verstoßes auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter nach Art 83 Abs 2 B-VG) wird dieses Rechtsinstitut allerdings kritisch betrachtet und nur selten angewendet, zuletzt 2002.²¹ Ob die Abolition überhaupt als Form der Begnadigung zu verstehen ist, ist teilweise umstritten.²² Bei den Formen des außergerichtlichen Straferlasses ist zwischen der dem Gesetzgeber vorbehaltenen allgemeinen Amnestie und der einzelfallbezogenen Gnadenkompetenz des/der Bundespräsident*in zu unterscheiden. Auch im Rahmen der Begnadigung lassen sich weitere Unterteilungen treffen. Der/die Bundespräsident*in kann eine Vollbegnadigung, eine Teilbegnadigung oder eine bloße Rechtsfolgennachsicht erlassen.²³

8 *Pernthaler* in Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 95.

9 rdb-manz, 02.12.1992, https://rdb.manz.at/document/ris.vfght.JFT_10078798_91G00339_00?source=726462233230323230363330237269732e6e2e4e4f5231323031323634362352534c2332333137333636383739 (08.02.2023).

10 *Jerabek/Ropper*, WK StPO § 507, Rz 2.

11 *Muzak*, Bundesverfassungsrecht⁶ (2020), Art 65 Rz 5; für eine umfassende Aufzählung siehe auch *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389 (390).

12 *Jerabek/Ropper*, WK StPO § 507, Rz 8; Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Gesamtreform der Justiz. Plan einer Neugestaltung der Organisation der Gerichtsbarkeit und ihrer Stellung im Verfassungsgefüge (1969) 109.

13 *Lehmann*, juridikum 2022, 43.

14 Erstmals VwGH 14.09.1994, 94/12/0191; nun auch § 507 StPO letzter Satz.

15 *Hollaender*, AnwBl 2017, 708; *Lehmann*, juridikum 2022, 43.

16 VwGH 25.11.1994, 94/19/0945.

17 Vgl *Berchtold*, Der Bundespräsident, Eine Untersuchung zur Verfassungstheorie und zum österreichischen Verfassungsrecht (1969) 281f; *Muzak*, Bundesverfassungsrecht⁶ (2020), Art 65 Rz 5.

18 *Jerabek/Ropper*, WK StPO § 507, Rz 7.

19 *Niederleitner*, Zur strafrechtlichen Begnadigung in Österreich, Journal für Strafrecht 2021, 389.

20 Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF StGBI 1945/4.

21 *Jerabek/Ropper*, WK StPO § 507, Rz 8; *Lehmann*, Das Gnaden(un)wesen, juridikum 2022, 43; *Knaipp*, Das Niederschlagungsrecht in rechtsstaatlicher Sicht, JBl 1965, 615.

22 *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389.

23 *Jerabek/Ropper*, WK StPO § 507, Rz 8.

Vollbegnadigung: Hierbei handelt es sich um den gänzlichen Erlass einer gerichtlich verhängten Strafe oder den Erlass einer Reststrafe.

Teilbegnadigung: Die Teilbegnadigung kann als Milderung oder Umwandlung der verhängten Strafe ausgestaltet werden, dh zum Beispiel die Herabsetzung einer Geld- oder Freiheitsstrafe, Ratenzahlung oder Strafaufschub. Es kann auch eine Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umgewandelt werden. Dabei ist der/die Bundespräsident*in nicht an die gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafmaße gebunden.

Rechtsfolgennachsicht: Der Gnadenakt kann auch nur die Nebeneffekte der verhängten Strafen betreffen. Da-

bei ist zwischen der vorzeitigen Tilgung und der Auskunftsbekchränkung zu differenzieren. Die Tilgung betrifft die vorzeitige Löschung aus dem Strafregister. Die Auskunftsbekchränkung ist im Ergebnis ähnlich, sie führt aber nicht zur gänzlichen Streichung aus dem Strafregister. Der Umfang der Rechtsfolgenbeseitigung war in der älteren Literatur²⁴ durchaus umstritten, richtigerweise kann sie aber nur zu einer Wiedererlangung der grundsätzlichen Fähigkeit, ein Amt zu bekleiden, führen, nicht zur Wiedererlangung des Amtes selbst. Ihre Grenzen findet die Rechtsfolgenanpassung außerdem in den zivilrechtlichen Ansprüchen Dritter.²⁵

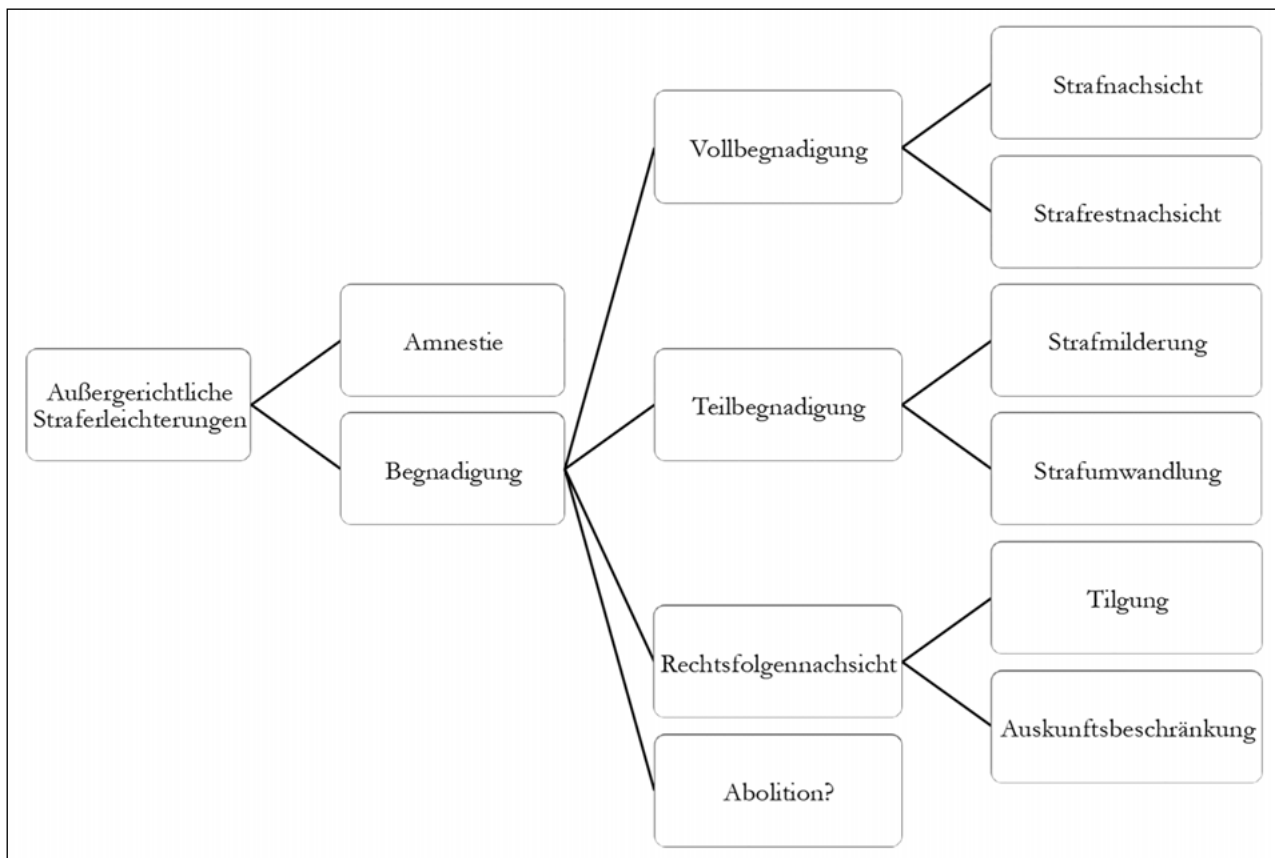


Diagramm 1: Die unterschiedlichen Formen der Begnadigung²⁶

3. Verfassungsrechtliche Grenzen des Gnadenwesens

Keine wissenschaftliche Arbeit über das Gnadenwesen der letzten Jahre kommt darum umhin, die mehr oder weniger offenkundigen Konflikte dieses Rechtsinstituts mit verfassungsrechtlichen Grundprinzipien und verfassungsrecht-

lich gewährleisteten Rechten zumindest anzusprechen. Mit der grundsätzlichen Anerkennung dieser Konflikte endet die Einigkeit der Literatur allerdings bereits. Zur Frage, wo und wie dringend Reformbedarf besteht, existieren noch unterschiedlichere Auffassungen. Diese zusammenführend darzustellen ist das Ziel dieses Kapitels.

²⁴ Vgl Pfeifer, Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten. Insbesondere das Restitutionsrecht. JBl 1952, 278 (278); Pfeifer hatte seine Professur wegen seiner NS-Vergangenheit verloren und daher ein spezielles Interesse an einer Restitution nach einer Verurteilung durch § 27 VerbotsG. (siehe: Niederleitner, Journal für Strafrecht 2021, 390.)

²⁵ Ent, Ein Beitrag zum österreichischen Gnadenrecht. ÖJZ 1956, 356; Niederleitner, Journal für Strafrecht 2021, 389; Hollaender, AnwBl 2017, 708; Jerabek/Ropper, WK StPO § 507, Rz 8.

²⁶ Ent, ÖJZ 1956, 356; Niederleitner, Journal für Strafrecht 2021, 389; Hollaender, AnwBl 2017, 708; Jerabek/Ropper, WK StPO § 507, Rz 8.

Demokratisches Grundprinzip (Art 1 B-VG): In einem demokratischen Staat geht das Recht vom Volk aus. Die von der Legislative erlassenen Gesetze erhalten ihre Legitimität aus diesem Volkswillen. Mit der Beseitigung der durch demokratische Gesetze vorgesehenen Rechtsfolgen wird daher auch gegen das demokratische Grundprinzip der österreichischen Verfassung verstoßen.²⁷

Gewaltenteilung (systematische Gesamtbetrachtung)²⁸: Die Begnadigung ist eine Kompetenz des/der Bundespräsidenten*in und daher der Exekutive zuzuordnen. Durch die Aufhebung gerichtlicher Urteile wird allerdings offensichtlich in die Sphäre der Judikative eingegriffen. Etwas weniger offensichtlich ist der Eingriff in die Legislative. Allerdings kann auch hier argumentiert werden, dass die in Gesetzen vorgesehenen Rechtsfolgen von einem Exekutivorgan außer Kraft gesetzt werden. In seinen Ursprüngen war dieser Bruch mit der Gewaltenteilung auch das entscheidende Merkmal des Gnadenrechts, hat sich der absolutistische Herrscher damit doch über Gerichte und Gesetze erhoben.²⁹

Recht auf den gesetzlichen Richter (Art 83 Abs 2 B-VG): Dass die Abolition im Hinblick auf das Recht auf den gesetzlichen Richter problematisch erscheint, wurde bereits erwähnt. Wird Art 83 Abs 2 B-VG aber so verstanden, dass ein unabhängiges, unparteiisches und auf dem Gesetz beruhendes Gericht das letzte Wort in Zivil- und Strafrechtssachen haben soll, so verstößt auch die eigentliche Begnadigung gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter.³⁰

Bestimmtheitsgebot (Art 18 B-VG): Wie bereits bei der Darstellung des Gnadenverfahrens ersichtlich wurde, ist das Gnadenwesen von einer auffallenden Normenarmut geprägt. Dies ist durchaus beabsichtigt, soll das Gnadenwesen doch gerade Härtefälle eines relativ unflexiblen modernen Rechtssystems ausgleichen.³¹ Fehlende Bestimmtheit und fehlende Transparenz führen jedoch dazu, dass das Gnadenwesen Ergebnisse nach mehr oder weniger unbekanntem und unvorhersagbarem Mechanismus liefert. Versuche, diese inneren Mechanismen im Justizministerium oder der Präsidentschaftskanzlei zu entschlüsseln, gleichen oft dem Knacken eines Codes oder einer Detektivarbeit. Indizien können dabei nur Quellen wie parlamentarische Anfragen, Erlasse zu den Weihnachtsbegnadigungsaktionen oder sogar persönliche Anfragen von Wissenschaftler*innen an die zuständigen Stellen liefern (s. unten).³²

Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG; Art 2 StGG): Die fehlende Bestimmtheit des Gnadenverfahrens führt auch zu Komplikationen mit dem Postulat der Gleichheit iSd Art 7 B-VG denn: „[...] jede Ermächtigung, der die inhaltliche Bestimmung der Tätigkeit des im Einzelfall berufenen Vollziehungsorganes mangelt, ermöglicht aber praktisch zahllose Gleichheitsverletzungen.“³³ Selbstverständlich ist auch der/die Bundespräsident*in an den Gleichheitssatz und damit auch an das Willkürverbot und Sachlichkeitsgebot gebunden. Diese Bindung ist im Gnadenwesen allerdings eher prinzipiell-theoretischer Natur, da eine gerichtliche Überprüfung des Verfahrens fehlt. Es besteht zwar die Möglichkeit der Kontrolle durch die Volksanwaltschaft, allerdings fehlen echte Kriterien zur Überprüfung des Gnadenverfahrens, wodurch diese Überprüfung zahnlos wird.³⁴ Damit ist die fehlende Kontrolle im Gnadenwesen zumindest prinzipiell angesprochen, dazu später noch mehr.³⁵

Die eben skizzierten Eingriffe in den Rechtsstaat könnten sich unter Umständen durchaus rechtfertigen lassen. So sind andere Beispiele für die Durchbrechung der Gewaltenteilung durchaus mannigfaltig, sowohl in Österreich als auch in anderen demokratischen Rechtsstaaten. Das Montesquieu'sche Ideal der Gewaltenteilung wurde ohne Abstriche wohl nirgendwo völlig umgesetzt, vermutlich ist dies auch kaum möglich. Auch sonst ist der Rechtsstaat von der Sphäre des Gnadenwesens nicht völlig ausgeschlossen. Wie die gesamte Verwaltung ist auch der/die Bundespräsident*in an das Willkürverbot und Sachlichkeitsgebot gebunden und die fehlende Bestimmtheit und Formalität des Gnadenverfahrens können und werden von manchen nicht nur als Mangel, sondern auch als Vorteil der Begnadigung gesehen. Wirklich kritisch werden diese Eingriffe meines Erachtens allerdings durch ihre Kombination und vor allem durch mangelnde Möglichkeiten zur Kontrolle. Neben der 1992 abgeschafften Möglichkeit einer richterlichen Kontrolle hat *Lehmann* auch andere Formen von Kontrollmöglichkeiten analysiert. So kann der Gnadenbeschluss zum Beispiel auch absolut nichtig sein, etwa wenn er nicht auf einem Vorschlag des BMJ beruht.³⁶

Über die Möglichkeiten zur Kontrolle des Gnadenaktes selbst, welche schnell erschöpft sind, hinaus bestehen auch die im B-VG vorgesehenen Mittel zur Verantwortlichkeit des/der Bundespräsident*in. Rechtlich ist diese/r

27 *Klecatsky*, Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrechts, JBl 1967, 445 (449).

28 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ (2022) Rz 75.

29 *Pieper*, Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme, in *Waldhoff* (Hrsg), Gnade vor Recht – Gnade durch Recht? (2014) 89; *Klecatsky*, JBl 1967, 445 (446).

30 *Klecatsky*, Gnadenerweise im Rechts- und Volksstaat, in *FS Kojan* (1998) 267 (270).

31 ErläutRV 1280 BlgNR 18. GP 4 f.

32 *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389; *Klecatsky*, Gedanken zur Neugestaltung des Gnadenrechts, JBl 1968, 225.

33 *Klecatsky*, JBl 1968, 225 (225).

34 *Hollaender*, AnwBl 2017, 708.

35 *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389; *Lehmann*, Juridikum 2022, 43–52; *Klecatsky*, JBl 1968, 225.

36 *Lehmann*, Juridikum 2022, 43.

nach Art 142 Abs 2 lit a B-VG verantwortlich, politisch kann er/sie durch Volksabstimmung nach Art 60 Abs 6 B-VG abgesetzt werden. Auch wenn diese Mechanismen unter Umständen tatsächlich einen gewissen Schutz vor Missbrauch bieten können, lassen sie doch einiges zu wünschen übrig. Nicht nur haben sie keine Auswirkung auf einen individuellen Gnadenakt. Die Drohung einer Absetzung nach Art 60 Abs 6 B-VG dürfte zum Beispiel bei einer Selbstbegnadigung am Ende der Amtszeit, wie in den USA gesehen, kaum noch wirken.³⁷

4. Gnade in der Praxis

Nicht nur in juristischen Kreisen, auch in der allgemeinen öffentlichen Wahrnehmung fristet das Gnadenwesen generell eher ein Schattendasein. Einzig den Weihnachtsbegnadigungsaktionen (WBA) wird hin und wieder eine gewisse Aufmerksamkeit zuteil. Die WBA sind es auch, die ein wenig das Blickfenster auf das Gnadenverfahren in der Praxis eröffnen. Zum Zwecke dieser wird nämlich jährlich ein WBA-Erlass erstellt, der die Kriterien der für die WBA in Frage kommenden Verurteilten enthält. Zunächst wird im Gnadenverfahren nach der Strafdauer (2020: max. 5 Jahre) und der bereits verbüßten Strafe eine Vorauswahl getroffen. Danach werden von diesen wiederum Kandidat*innen ausgenommen, so zum Beispiel Rückfällige oder Verurteilte, die aufgrund abschließend aufgezählter Straftatbestände (unter anderem gewisser Suchtmitteldelikte) verurteilt worden sind. Von diesen Ausnahmen werden dann wieder Gegennahmen gemacht, unter anderem für über 70-jährige oder schwer Erkrankte.³⁸

Die WBA-Erlässe sind auch für die sonstige allgemeine Gnadenpraxis von Bedeutung und werden hier wohl sinngemäß angewendet.³⁹ Fälle, in denen ein Gnaden-vorschlag des BMJ abgelehnt wurde, gab es im Zeitraum 2015–2020 keine. Lediglich 2016 wurden zwei Vorschläge vom BMJ selbst wieder zurückgezogen.⁴⁰

Der Inhalt der WBA-Erlässe ist durchaus Veränderungen unterworfen. Die Jahre 1996 (1000-jähriges Jubiläum der Ostarrichi Urkunde) und 1999 (Jahrtausendwende) wurden als Anlass für verhältnismäßig großzügige WBA-Erlässe genommen. Zumindest indirekt wirkte

sich wohl auch das 60-jährige Jubiläum der Zweiten Republik 2005 aus, wobei hier mit 1133 Haftentlassungen (verglichen mit 313 Entlassungen 2001 und 166 Entlassungen 2009) ein absoluter Spitzenwert der Jahre 1989–2020 erreicht wurde.⁴¹

Auch personelle Veränderungen im Justizministerium und in der Bundesregierung allgemein lassen sich zum Teil erkennen. Eine andere Erweiterung des WBA-Erlasses des Jahres 2002 lässt sich unter Umständen auf die „Überfüllung“ der Justizanstalten zurückführen.⁴² Zusammenfassend gesehen ist die Tendenz der Anzahl der Begnadigungen wohl spätestens seit den 2000ern rückläufig.⁴³ Bei der Festsetzung des Gnadenverfahrens und der Auswahl der Gnade(ausschließungs-)gründe scheinen der Fantasie kaum Grenzen gesetzt. Generell sind die in diesem Kapitel präsentierten Zahlen und Informationen vorsichtig zu bewerten, da es keine offiziellen dauerhaften Statistiken über die Verteilung der Gnade in Österreich gibt.

5. Legitimität und Alternativen zur Gnade

In jüngerer Zeit liegt für die meisten Autor*innen die Rechtfertigung des Gnadenwesens klar in der Korrektur unbilliger Härten im Einzelfall. Dabei muss allerdings streng zwischen der Korrektur einer grundsätzlich richtigen richterlichen Rechtsanwendung, welche im Einzelfall zu unbilligen Härten führt, und der Korrektur fehlerhafter Rechtsprechung unterschieden werden. Raum für die Ausgleichsfunktion der Gnade besteht prinzipiell nur im ersten Fall, für den zweiten Fall steht in einem Rechtsstaat richtiger Ansicht nach nur der gewöhnliche Rechtsweg offen.⁴⁴

In der älteren Literatur zum Gnadenrecht gingen die Meinungen über die Funktion des Gnadenwesens noch deutlicher auseinander. In einem wohl durch den Vernunftgedanken seiner Zeit begründeten Glauben an „perfekte“ Gesetze sieht *Beccaria* überhaupt keinen Raum für Gnade.⁴⁵ Die heute verbreitete Auffassung, das Gnadenrecht diene zur Korrektur des unvollkommenen Gesetzes im Einzelfall, wurde wohl von *Jhering* geprägt.⁴⁶ Eine über diese Funktion hinausgehende Rolle kennt *Radbruch* dem Gnadenwesen zu, wenn er dieses

37 *Lehmann*, Juridikum 2022, 43.

38 *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389.

39 Anfragebeantwortung 2764/AB v 12.02.2008 zu 2976/J-NR/2007 (XXIII. GP).

40 Anfragebeantwortung 5330/AB v 12.04.2021 zu 5322/J (XXVII. GP).

41 Diese und die folgenden Zahlen und Erkenntnisse sind maßgeblich der hervorragenden Recherchearbeit von *Heinz Niederleitner* zu verdanken, siehe: *Niederleitner*, Herkunft, Gestalt und Praxis der strafrechtlichen Begnadigung in Österreich (Diplomarbeit Linz 2020); *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389.

42 Eine möglicherweise nicht ganz vorbildlose Praxis: ErläutRV 59 BgNR XXII. GP Art 65.

43 *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389.

44 *Hollaender*, AnwBl 2017, 708.

45 Dabei geht er sogar so weit zu sagen: „Glücklich wäre eine Nation, in der sie [Gnadenakte] als schädlich angesehen würden!“; *Beccaria*, On Crimes and Punishments, in *Parzen/Thomas* (Hrsg.), On Crimes and Punishments and other Writings (2006) 84.

46 *Jhering*, Der Zweck im Recht I² (1884) 428.

Rechtsinstitut unter anderem auch zur Korrektur fehlerhafter Rechtsanwendung heranziehen will.⁴⁷

Für die Ausarbeitung von Reformplänen in Österreich bilden die Schriften von *Klecatsky* bis heute eine wichtige Grundlage. Neben der stärkeren Normierung der entsprechenden Vorschriften sehen dessen Vorschläge auch eine größere Rolle der Legislative vor, und zwar bereits vor der Beseitigung der letzten gerichtlichen Funktionen durch die Reform. Die Abschaffung der letzten richterlichen Befugnisse 1992 sieht er als Rückschritt an.⁴⁸ Dabei wäre für ihn ein Vorschlagsrecht der Gerichte durch eine eigens eingerichtete Gnadeninstanz denkbar.⁴⁹ Die Überlegungen mündeten schließlich 1969 in drei Punkten zur Reform des Gnadenwesens:

- (1): Schaffung einer gerichtlichen Gnadeninstanz für jedes Bundesland
- (2): Bindung des Vorschlagsrechts des BMJ an eine vorgeschaltete Prüfung der Gerichte
- (3): Schaffung eines Katalogs von Gnadengründen und persönlichen Voraussetzungen⁵⁰

Vor allem in der Frage nach der stärkeren Stellung der Richter widerspricht *Broda* den von *Klecatsky* geforderten Reformen grundlegend und geht sogar so weit, unter Verweis auf die Ausschaltung des VfGH 1933 vor einem zu großen Vertrauen in die Gerichtsbarkeit zu warnen. Dies könne seiner Ansicht nach in einem „Richterstaat“ münden.⁵¹ Auch wenn unter Umständen nicht alle Einwendungen gleich treffend sind, so ist *Broda* doch zumindest insofern zuzustimmen, als dass die Gerichte durch eine völlige Zuweisung der Gnade in ihre Sphäre zur Instanz in eigener Sache würden, eine Tatsache, welche im Rahmen des Gnadenwesens ja gerade vermieden werden sollte.⁵²

Andere Perspektiven auf das Begnadigungsrecht kann auch ein internationaler Vergleich bieten. In Deutschland, wo das Gnadenwesen dem österreichischen in Teilen ähnelt, ist die Literatur in ihren Überlegungen zu einer Verrechtlichung des Begnadigungsrechts teilweise schon weiter fortgeschritten.⁵³ Ein Abolitionsrecht fehlt dem deutschen Rechtswesen völlig. Auch ein Blick in die

Schweiz lohnt sich, denn dort ist das Gnadenwesen bereits jetzt Sache der Legislative.⁵⁴

6. Conclusio

ME ist die Schlussfolgerung von *Hollaender*, dass sich die in diesem Artikel skizzierten Rechtsstaatlichkeitsprobleme des Gnadenrechts einfach durch eine verfassungskonforme Interpretation der dünnen Rechtslage lösen lassen, zu opportunistisch.⁵⁵ Parallel zu *Beccaria* wird hier der Glaube an „perfekte“ Gesetze durch einen Glauben an eine „perfekte“ Verwaltung ersetzt. Die Bindung der Verwaltung an die Gesetze (Art 18 Abs 1 B-VG) ist natürlich das zentrale Postulat des Rechtsstaats, ohne Möglichkeit zur Durchsetzung ist es allerdings wirkungslos. Der prinzipiellen Bindung an (Verfassungs-)gesetze muss daher auch ein geeigneter Weg zur Vollziehung konkreter Normen zur Seite gestellt werden.⁵⁶

Darüber hinaus ist für eine effektive Überprüfung auch eine größere Bestimmtheit des angewendeten Verfahrens und der materiellen Gnadenerfordernisse notwendig. Warum die Regierungsvorlage zur Reform des Gnadenverfahrens⁵⁷ diese Bestimmtheit als derart wesensfremd bezeichnet, hat dabei schon öfters für Kopfzerbrechen gesorgt.⁵⁸ Eine weitere zentrale Forderung an das Gnadenwesen muss höhere Transparenz sein, im Speziellen auch für die von einem Gnadenverfahren Betroffenen. Für eine (wie auch immer geartete) Kontrolle des Gnadenwesens bräuchten diese zwei Forderungen eine erhebliche Erleichterung mit sich, da durch transparente Richtlinien zum Gnadenverfahren konkrete Bezugsnormen geschaffen würden.

Speziell die Konfliktpunkte zwischen Gnadenwesen und Gewaltenteilung haben für besondere Kontroversen gesorgt.⁵⁹ Die Kompetenz zur wechselseitigen Kontrolle und Abhängigkeit ist der österreichischen Verfassung allerdings nicht unbekannt, denn auch wenn sie rein formal kein System der „checks and balances“ kennt, so ergibt sich ein solches doch aus der Gesamtbetrachtung.⁶⁰ In Zuge dessen ist es daher geradezu logisch notwendig,

47 *Radbruch*, Gerechtigkeit und Gnade, in *Wolf/Schneider* (Hrsg), Rechtsphilosophie (1973) 333.

48 *Klecatsky*, in FS Kojas 267 (275).

49 *Klecatsky*, JBl 1968, 225 (228).

50 *Klecatsky*, in FS Kojas 267; *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Gesamtreform der Justiz 109 (117).

51 Die Mahnung vor einem Richterstaat im Hinblick auf 1933 erscheint mE etwas paradox, wurde der austrofaschistische Ständestaat doch gerade von einer übermächtigen Exekutive gekennzeichnet. Der VfGH selbst wurde Ende Mai 1933 ausgeschaltet, und zwar bevor dieser die Rechtswidrigkeit des Regierens auf Basis des Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes von 1917 feststellen konnte. (siehe: *Talos/Wenninger*, Das austrofaschistische Österreich 1933-1938 (2017) 74.)

52 *Broda*, Was verlangt der Rechtsstaat heute? ÖJZ 1967, 141.

53 *Funk*, Gnade und Gesetz. Zum Verhältnis des Begnadigungsrechts zu seinen gesetzlichen Alternativregelungen, in *Schroeder/Hoyer* (Hrsg), Strafrechtliche Abhandlungen (2017) Bd 278 (262).

54 *Lehmann*, Juridikum 2022, 43.

55 Vgl *Hollaender*, AnwBl 2017, 708 (715).

56 *Klecatsky*, JBl 1967, 445 (451).

57 ErläutRV 1280 BlgNR 18. GP.

58 *Soyer*, Dilemma und Defizit des Gnadenrechtes in Österreich. Lieber Einbindung parlamentarischer Institutionen als ersatzkaiserliche Gnadenakte, Salzburger Nachrichten 1995/65, 38.

59 *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389 (400).

60 *Öhlinger/Eberhard*, Rz 75.

dass Missstände inter-institutionell geahndet werden können. Dennoch, ob die durch Art 65 Abs 2 lit c B-VG getroffene Ausnahme von der Gewaltenteilung nicht eventuell vor dem völligen Ausschluss der Judikative aus dem Gnadenwesen etwas leichter erträglich gewesen wäre, wie von *Klecatsky*⁶¹ angemerkt, sei hier dahingestellt. In seinen Forderungen nach einheitlichen Regeln für das Gnadenwesen ging der damalige Justizminister sogar so weit, Kritiker*innen dieser Verrechtlichung vorzuwerfen: „*Angst vor dem Recht steht dem Juristen schlecht an.*“⁶²

Ein Problem, das sich nach Meinung des Autors dieses Texts aber auch mit Transparenz und Verrechtlichung nicht völlig aus dem Weg räumen lassen wird, ist das der Gleichbehandlung. Wie bereits in der Einleitung etwas polemisch skizziert und im Beitrag weiter ausgearbeitet, hängt die Frage nach der Gewährung von Gnade von Faktoren wie organwalterschaftlichen Wechseln und Jubiläen ab. Damit öffnet die Flexibilität des Gnadenwesens nicht nur wie beabsichtigt Korrekturen von Härtefällen und sich wandelnden gesellschaftlichen Wertvorstellungen Tür und Tor, sondern auch tagespolitischen Veränderungen und persönlichen Ansichten maßgeblicher politischer Akteure*innen. Wenn diese Flexibilität aber gerade als (nicht reformierbarer) Kern des Gnadenrechts gesehen wird,⁶³ so ist fraglich, ob das Gnadenwesen überhaupt mit dem Rechtsstaat und der Verfassung in Einklang gebracht werden kann. Könnten hier unter Umständen mehr Möglichkeiten zur inter-institutionellen Kontrolle Abhilfe schaffen?

Das Gnadenrecht des/der Bundespräsident*in stellt den demokratischen Rechtsstaat auf die Probe. Ob dies ein Wesensmerkmal dieses Rechtsinstituts ist oder ob sich die skizzierten Widersprüche auflösen lassen, ist fraglich. Bisher ist das Gnadenrecht größerer juristischer und öffentlicher Aufmerksamkeit auf jeden Fall entgangen. Wie erwähnte internationale Beispiele mahnen, wäre eine eingehendere rechtswissenschaftliche (und legistische?) Befassung mit dem Thema jedenfalls noch vor einer potenziellen breiten Kontroverse günstig.

Korrespondenz: Mag. iur. Felix Mayer, felix.v.mayer@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-4065-1805>

Literaturverzeichnis

Staatliche Quellen:

- VwGH 25.11.1994, 94/19/0945
 VwGH 14.09.1994, 94/12/0191
 BGBl 1930/1 (WV) idF BGBl I Nr 2022/222
 BGBl 1930/1 idF StGBI 1945/4
 ErläutRV 1280 BlgNR XVIII. GP
 ErläutRV 59 BlgNR XXII. GP
 Anfragebeantwortung 5330/AB v 12.04.2021 zu 5322/J (XXVII. GP)
 Anfragebeantwortung 593/AB v 13.3.2020 zu 555/J (XXVII. GP)
 Anfragebeantwortung 2764/AB v 12.02.2008 zu 2976/J-NR/2007 (XXIII. GP)

Literatur:

- Beccaria*, On Crimes and Punishments, in Parzen/Thomas (Hrsg), On Crimes and Punishments and other Writings (2006).
Berchtold, Der Bundespräsident, Eine Untersuchung zur Verfassungstheorie und zum österreichischen Verfassungsrecht (1969).
Broda, Was verlangt der Rechtsstaat heute? ÖJZ 1967, 141.
Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Gesamtreform der Justiz. Plan einer Neugestaltung der Organisation der Gerichtsbarkeit und ihrer Stellung im Verfassungsgefüge (1969) 109.
Ent, Ein Beitrag zum österreichischen Gnadenrecht. ÖJZ 1956, 356.
Funk, Gnade und Gesetz. Zum Verhältnis des Begnadigungsrechts zu seinen gesetzlichen Alternativregelungen, in Schroeder/Hoyer (Hrsg), Strafrechtliche Abhandlungen (2017) Bd 278.
Hollaender, Gnade vor Recht! AnwBl 2017, 708.
Jerabek/Ropper in Fuchs/Ratz, WK StPO.
Jhering, Der Zweck im Recht I² (1884).
Klecatsky, Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrechts, JBl 1967, 445.
Klecatsky, Gedanken zur Neugestaltung des Gnadenrechts, JBl 1968, 225.
Klecatsky, Gnadenerweise im Rechts- und Volksstaat, in FS Kojas (1998) 267.

61 *Klecatsky*, in FS Kojas 267 (275).

62 *Klecatsky*, JBl 1968, 225 (228).

63 *Niederleitner*, Journal für Strafrecht 2021, 389.

- Knaipp*, Das Niederschlagungsrecht in rechtsstaatlicher Sicht, JBl 1965, 615.
- Lehmann*, Das Gnaden(un)wesen, juridikum 2022, 43.
- Muzak*, Bundesverfassungsrecht⁶ (2020).
- Niederleitner*, Herkunft, Gestalt und Praxis der strafrechtlichen Begnadigung in Österreich unter besonderer Berücksichtigung der „Weihnachtsbegnadigungsaktionen“ (Diplomarbeit Linz 2020).
- Niederleitner*, Zur strafrechtlichen Begnadigung in Österreich, Journal für Strafrecht 2021, 389.
- Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹³ (2022).
- Pernthaler*, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, in Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg), Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 25 (1966) 95.
- Pfeifer*, Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten. Insbesondere das Restitutionsrecht., JBl 1952, 278
- Pieper*, Das Gnadenrecht des Bundespräsidenten – eine Bestandsaufnahme, in *Waldhoff* (Hrsg), Gnade vor Recht – Gnade durch Recht? (2014) 89.
- Radbruch*, Gerechtigkeit und Gnade, in Wolf/Schneider (Hrsg), Rechtsphilosophie (1973) 332.
- Soyer*, Dilemma und Defizit des Gnadenrechtes in Österreich. Lieber Einbindung parlamentarischer Institutionen als ersatzkaiserliche Gnadenakte, Salzburger Nachrichten 1995/65, 38.
- Tálos/Wenninger*, Das austrofaschistische Österreich 1933–1938 (2017).
- Internetquellen:**
- Olechowski*, Verfassung: Zeitgemäßes Präsidentenamt statt „Ersatzkaiser“, diepresse.com 27.10.2003, <https://www.diepresse.com/237002/verfassung-zeitgemaesses-praesidentenamt-statt-ersatzkaiser> (30.01.2023).
- rdb-manz*, VfGH Leitsätze 02.12.1992, https://rdb.manz.at/document/ris.vfght.JFT_10078798_91G00339_00?source=726462233230323230363330237269732e6e2e4e4f5231323031323634362352534c2332333137333636383739 (Stand 08.02.2023, rdb.at).
- Schmidt/Haberman*, Trump is said to have discussed pardoning himself, nytimes.com 7.01.2021, <https://www.nytimes.com/2021/01/07/us/politics/trump-self-pardon.html> (29.01.2023).

Die Verfassungskrise in der EU am Beispiel Polens: Wie rechtfertigt die PiS die polnischen Justizreformen?

Diese Arbeit schafft zuerst einen allgemeinen Überblick über die der gegenwärtigen polnischen Rechtsstaatlichkeitskrise zugrunde liegenden Justizreformen. Darauf folgend wird für jede einzelne dieser Reformen die entsprechende offizielle Begründung dargestellt. Diese wird dann kontextualisiert und kritisch hinterfragt.

Deskriptoren: Rechtsstaat, Rechtsstaatlichkeitskrise, rule of law, Europarecht, polnische Justizreformen, PiS, rule of law backsliding, Verfassungskrise, Polen, Art 2 EUV.

Von Gabriel Paulus

„Der in die Verfassungsstaatlichkeit eingebeghten Demokratie geht es nicht um die unbedingte Herrschaft der einfachen Mehrheit über die Minderheit, sondern um den Schutz der qualifizierten Minderheit vor der Mehrheit“ Hans Kelsen, „Vom Wesen und Wert der Demokratie“, 1929

1. Einleitung

Die Krise rund um die polnische Rechtsstaatlichkeit stellt eine der größten Herausforderungen der EU seit ihrer Gründung dar. Aufgrund der teilweise bewussten Nichtanwendung und Nichtumsetzung von EU-Recht häufen sich in den Medien die Hypothesen um einen möglicherweise bereits losgetretenen „Polexit“. Manche Stimmen sprechen bereits von einer bereits vollzogenen juristischen Loslösung Polens.¹ Jedenfalls handelt es sich um eine schwerwiegende politische Krise, der ein lang andauernder, systemischer, ideologischer Konflikt zwischen der Führung der EU und der polnischen PiS-Partei zugrunde liegt. Diese Auseinandersetzung zwischen

Polen und der EU geht auf den innerpolnischen Konflikt zwischen der Partei Prawo i Sprawiedliwość (PiS), auf Deutsch „Recht und Gerechtigkeit“, und Vertreter*innen der Opposition und gewisser Interessensgruppen, zurück.

Die „Justizreformen“² seit 2015 führten daher zu einer polnischen und europäischen „Rechtsstaatlichkeitskrise“³. Andere geläufige Begriffe dafür sind „Verfassungskrise“⁴ oder Verfassungsgerichtsbarkeitskrise“⁵.

Seit den 1990-er Jahren galt Polen unter den ehemals sozialistischen Staaten Osteuropas stets als „Musterschüler“ in Bezug auf Wirtschaftswachstum, Demokratie und Rechtsstaat. Umso überraschender kam für viele Beobachter das – wie es von Pech und Schepperle genannt wird – „rule of law backsliding“⁶ seit 2015.⁷ Jedoch hat sich Polen auch nach 2015 weiterhin überdurchschnittlich wirtschaftlich entwickelt, weist weiterhin eine grundsätzlich funktionale Demokratie auf und ist eines der am höchsten entwickelten⁸ und vermutlich auch lebenswertesten⁹ Länder der Welt. Allerdings ist Polen seit 2015 im „Rule-of-Law Index“ des Think Tanks World Justice Project deutlich abgestürzt.¹⁰

Das Erkenntnis des polnischen Verfassungsgerichts im Jahre 2021, welches die EU-Gründungsverträge als teilweise unvereinbar mit der polnischen Verfassung befand, stellte einen Paukenschlag dar. Dieses setzte das Prinzip des Vorrangs des EU-Rechts vor nationalem Recht, und somit im Wesentlichen die gesamte EU-Rechtsordnung,

1 Steinbeiß, Die Tür nach draußen, VerfBlog (2021) 1843. Zugriff unter (<https://verfassungsblog.de/die-tur-nach-draussen/>).

2 Da die „Justizreformen“ wohl nicht auf eine Modernisierung oder Verbesserung der Justiz abzielen, sondern eher der Machtausweitung der PiS dienen, wird dieser Begriff in weiterer Folge in Anführungszeichen geführt.

3 Auf Polnisch: „Kryzys praworządności“, zB in (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0439_PL.html) (abgerufen am 19.12.2022).

4 Auf Polnisch: „Kryzys konstytucyjny“, zB in (<https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/09/HFPC-Kryzys-konstytucyjny-w-Polsce-2015-2016.pdf>) (abgerufen am 19.12.2022).

5 Auf Polnisch: „Kryzys wokół trybunału konstytucyjnego“, zB in ([https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/\\$file/401_20190402.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/$file/401_20190402.pdf)) (abgerufen am 19.12.2022).

6 Rule of law backsliding ist ein „...Prozess, durch den gewählte öffentliche Stellen bewusst Regierungspläne umsetzen, die darauf abzielen, die internen Machtkontrollen systematisch zu schwächen, zu

beseitigen oder zu vereinnahmen, um den liberal-demokratischen Staat zu demontieren und die Herrschaft der dominierenden Partei langfristig zu festigen“; Siehe Pech/Schepperle, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 19 (2017) 8.

7 Kochenov/Bard, The Last Soldier Standing? Courts vs. Politicians and the Rule of Law in the New Member States of the European Union, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series 5 (2019) 3.

8 Gemäß „Human Development Index“ der Vereinten Nationen belegt Polen im Jahr 2020 auf Platz 35. Siehe auch (<http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-index-ranking>) (abgerufen am 20.12.2022).

9 (<https://www.usnews.com/news/best-countries/quality-of-life-rankings>) (abgerufen am 21.12.2022).

10 (<https://notesfrompoland.com/2021/10/14/poland-records-eu-largest-rule-of-law-decline-in-new-ranking/>) (20.01.2023).

in Polen außer Kraft. Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht ist nicht nur der Garant der tatsächlichen Wirkung des Unionsrechts, sondern auch spätestens seit dem Fall „Costa v ENEL“ ein allgemein anerkanntes Grundprinzip. Lehnt ein Mitgliedstaat dieses ab, so ist dies – unabhängig von einer etwaigen rechtlichen Frage nach einem de-facto Austritt – zweifelsohne zumindest ein Signal der Ablehnung der gesamten EU-Gründungsverträge.¹¹ Dies wird auch von den EU-Organen regelmäßig in Erinnerung gerufen.¹²

Die Geschehnisse wirken sich allerdings nicht nur innerpolnisch aus, sondern beeinflussen die gesamte Funktionsweise der EU. Während die „Justizreformen“ auch das Verhältnis der PiS und ihrer Unterstützer*innen zur innerpolnischen Opposition polarisiert haben, liegt der Fokus dieser Arbeit auf jenem zwischen polnischer Regierung und EU.

Das Ziel dieser Arbeit ist die Analyse der wesentlichen Argumente und Strategien der PiS. Dabei wird zuerst ein allgemeiner Überblick über die seit 2015 bis zum Zeitpunkt des Verfassens andauernde Rechtsstaatlichkeitskrise in Polen geschaffen. Darauf folgt der Hauptteil der Arbeit, in dem zuerst die Hintergründe für die Rechtsfertigungsnarrative und danach die außen- und innenpolitischen Ziele der PiS durchleuchtet werden.

Zu betonen ist vor allem auch die Aktualität der Materie. So ist ein großer Teil der für diese Arbeit herangezogenen Quellen nur wenige Monaten vor der Fertigstellung veröffentlicht worden. Dies bedeutet auch, dass es sich um eine Momentaufnahme handelt, deren Fortentwicklung stark durch die aktuellen Entwicklungen geprägt ist.

2. Überblick über die polnische Verfassungskrise

Unter dem Begriff „Verfassungskrise“ werden insbesondere die Ereignisse seit der polnischen Parlamentswahl 2015 verstanden, welche Änderungen im Justizsystem zum Inhalt hatten und zu besagtem Konflikt mit der EU führten.

Polen war in der Tat der erste EU-Mitgliedstaat,¹³

- ... der im Januar 2016 dem „Rechtsstaatsmechanismus“ der Kommission¹⁴ unterworfen wurde; Dieser beinhaltete einen zweijährigen, jedoch ergebnislosen „Dialog“ zwischen Kommission und polnischer Regierung;
- ... dem im November 2017 vom EuGH ein Zwangsgeld von mindestens 100.000 EUR pro Tag angedroht wurde, falls er die vom EuGH im Juli 2017 erlassene einstweilige Anordnung weiterhin ignoriert;
- ... gegen den im Dezember 2017 aufgrund einer „*eindeutige[n] Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte*“¹⁵ der EU ein Verfahren nach Artikel 7 Absatz 1 EUV eingeleitet wurde;
- ... dessen „Justizreformen“ vom EuGH durch zwei einstweilige Verfügungen im Oktober und Dezember 2018 vorläufig ausgesetzt wurden
- ... der vom EuGH verurteilt wurde, weil er gegen die Grundsätze der richterlichen Unabsetzbarkeit und Unabhängigkeit verstoßen hat und damit seinen vertraglichen Verpflichtungen gemäß Art 19 Abs 1 EUV nicht nachgekommen ist.¹⁶

Diese Arbeit fokussiert jedoch in weiterer Folge nur auf die wesentlichsten der sog „Justizreformen“ und deren Konsequenzen.

Außerdem hat das polnische Verfassungstribunal am 24. November 2021 (außerhalb eines unmittelbaren Zusammenhanges mit dem Unionsrecht) vertreten, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), eine Institution des Europarats, der für die Wahrung der auch in Polen anwendbaren Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zuständig ist, keine Kompetenz habe, über die polnische „Justizreform“ zu urteilen.¹⁷ Dieser hat nämlich im Rahmen der Klage eines Herstellers von Rollrasen gegen Polen am 07. Mai 2021 geurteilt, Polen komme aufgrund der verfassungswidrigen Zusammensetzung des Verfassungstribunals seiner Verpflichtung zur Gewährleistung eines „fairen Prozesses“ im Sinne des Art 6 EMRK nicht mehr nach.¹⁸ Dass

11 Steinbeiß, Die Tür nach draußen, VerfBlog (2021) 1843. Zugriff unter (<https://verfassungsblog.de/die-tur-nach-drausen/>).

12 Pressemitteilung, Europäische Kommission, European Commission reaffirms the primacy of EU law, 07.10.2021 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5142) (abgerufen am 21.12.2022).

13 Pech/Platon, The beginning of the end for Poland's so-called “judicial reforms”? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case), Reconnect-Europe (2019). Zugriff unter (<https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/>).

14 Unter „Kommission“ wird in weiterer Folge die EU-Kommission verstanden.

15 Platon, Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the indepen-

dence of national courts: Miasto Łowicz Joined Cases C-558/18 & C-563/18, Miasto Łowicz, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber), of 26 March 2020, EU:C:2020:234 (01.11.2020). Common Market Law Review 57 (2020) 1843, 1845f. Zugriff unter (<https://kluwerlawonline-com.uaccess.univie.ac.at/journalIssue/Common+Market+Law+Review/57.6/19560>).

16 Ebd.

17 Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs, K 6/21; Siehe unter: (<https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11709-art-6-ust-1-zd-1-konwencji-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosc-i-w-zakresie-w-jakim-pojeciem-sad-obejmuje-trybunal-konstytucyjny>) (abgerufen am 05.01.2023).

18 EGMR, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland, No. 4907/98, § 303.

die Richter*innen des Verfassungstribunals das Urteil des EGMR als illegitim bezeichneten ist insofern nicht überraschend, als die Richter andernfalls ihre eigene Ernennung als „Verfassungswidrigkeit“ hätten deklarieren müssen, wodurch sie sich selbst der Legitimation entzogen hätten. Der Zugang der polnischen Staatsorgane zum EGMR und der EMRK weist einige Parallelen mit jenem zu dem EuGH und dem EU-Recht auf. Allerdings sei dies nur am Rande erwähnt, denn eine tiefere Auseinandersetzung mit diesem Konflikt würde dem Fokus auf die EU widersprechen.

2.1. Das Phänomen der Verfassungskrise

Während der Begriff der „Verfassungskrise“ im politischen Diskurs oft als Schlagwort verwendet wird, gibt es verschiedene Zugänge, diesen analytisch zu erfassen. Da vor allem demokratische Verfassungen Konflikte institutionalisieren, mag es auf den ersten Blick oft schwierig sein, die Grenzen zwischen einfachen politischen Krisen und einer Verfassungskrise zu ziehen. Vereinfacht ausgedrückt kann man aber festhalten, dass es sich dann um eine Verfassungskrise handelt, wenn die verfassungsmäßigen Mechanismen zur Beilegung von Streitigkeiten ignoriert oder übergangen werden.

Der Politologe Keith Whittington definiert eine Verfassungskrise als *„...ein Versagen oder die starke Gefahr des Versagens einer Verfassung, ihre zentralen Funktionen zu erfüllen“*¹⁹ und unterscheidet weiters zwei Arten der Verfassungskrise:

1. „Treuekrisen“ („crises of fidelity“)
2. „operative Krisen“ („operational crises“)

Erstere beschreibt das Phänomen, dass politische Akteure systematisch die Verfassung brechen und damit „ungestraft“ davonkommen. Letztere hingegen beschreibt eine Situation, in der die Verfassungsordnung sich als ungeeignet herausstellt, um auf eine Herausforderung entsprechend zu reagieren.²⁰ Wie später aufgezeigt, trifft vor allem das Modell der „crisis of fidelity“ gut auf den polnischen Fall zu. Diese dann auf, wenn *„...wichtige politische Akteure einfach nicht bereit sind, sich an die verfassungsrechtlichen Verpflichtungen zu halten, wie sie sie verstehen. Wenn wichtige politische Akteure beschließen, dass eine Verfassungsvorschrift oder ein vorgeschriebenes verfassungsmäßiges Ergebnis ignoriert*

*werden sollte, weil eine andere politische Priorität wichtiger ist als die Einhaltung der Verfassung, dann kann die Fähigkeit der Verfassung, politisches Verhalten zu lenken und einzuschränken, in diesem Maße in Zweifel gezogen worden.“*²¹

Andere Stimmen betonen, dass man erst ab einer gewissen Intensität oder Systematik des Verfassungsbruches von einer derartigen Krise sprechen, da punktuelle Verfassungsverletzungen auch in sehr gut funktionierenden Systemen gelegentlich auftreten.²²

Gemäß dem System der Politologen Azari und Masket bestehen hingegen vier Krisenkonstellationen:²³

1. Eine Situation ist nicht in der Verfassung geregelt
2. Die Auslegung ist strittig
3. Eine Verfassungsbestimmung ist nicht politisch umsetzbar
4. Institutionen scheitern

Der erste Fall könnte insbesondere auf die Zusammensetzung des Verfassungstribunals zutreffen, da die PiS bei der Verhinderung unliebsamer Richter*innen lediglich gegen eine Verfassungstradition verstieß, nicht aber gegen geschriebenes Recht. Im Ergebnis kann man auch den vierten Fall bejahen, da durch die „Justizreformen“ die in der polnischen Verfassung garantierte Gewaltenteilung lediglich als Fassade bestehen bleibt.

2.2. Zentrale Akteure

Für die Politikwissenschaft ist der Staat keine vorgegebene Ordnung und hat keine Zwecke in sich selbst, sondern ist vielmehr ein aus verschiedenen treibenden Akteuren zusammengesetztes Konstrukt.²⁴ Gemäß Jarren und Donges sind *„Akteure [...] jene Personen (individuelle Akteure) oder Gruppen (Kollektivakteure), die bestimmte Handlungsziele und Interessen verfolgen, über Handlungsressourcen und normative Orientierungen verfügen, die Fähigkeit besitzen, strategisch zu handeln, die sich sowohl selbst als Akteur verstehen als auch von anderen als solcher anerkannt werden.“*²⁵

Als innerstaatliche Kollektivakteure kommen Institutionen, Individuen, Parteien, Unternehmen, NGOs, Gewerkschaften, Kirchen oder sonstige Interessensgruppen in Frage. In den internationalen Beziehungen hingegen sind souveräne Staaten, gefolgt von internationalen Organisationen, die Hauptakteure.

19 Whittington, Yet Another Constitutional Crisis?, William & Mary Law Review 43 (2002) 2093- 2149. Zugriff unter (<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss5/6>) 2099.

20 Ebd.

21 Illing, How do we know if we're in a constitutional crisis? 11 experts explain, Vox (2019) (<https://www.vox.com/2019/5/16/18617661/donald-trump-congress-constitutional-crisis>).

22 Ebd.

23 Azari/Masket, The 4 Types Of Constitutional Crises, FiveThirtyEight (2017) (<https://fivethirtyeight.com/features/constitutional-crisis/>).

24 Benz, Der moderne Staat: Grundlagen der politologischen Analyse (2008) 7.

25 Jarren/Donges, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2011) 129.

Für diese Arbeit wird auf der einen Seite die EU als supranationale Organisation betrachtet. Aufgrund der massiven Interessenskonflikte innerhalb Polens wird auf der anderen Seite nicht der souveräne polnische Staat als treibender Akteur behandelt, sondern die PiS-Partei. Freilich bestehen auch innerhalb der PiS verschiedene individuelle Interessen, welche allerdings nicht weiter im Detail dargestellt werden. Wichtige Figuren innerhalb der PiS sind insbesondere der ehemalige Premierminister, Leiter der PiS und oft als deren „graue Eminenz“ bezeichnete Jarosław Kaczyński, der seit 2015 amtierende polnische Präsident Andrzej Duda, der seit 2017 amtierende Premierminister Mateusz Morawiecki, sowie der Justizminister und Generalprokurator Zbigniew Ziobro.

2.3. Beschreibung der vier zentralen „Reformen“

Im Wesentlichen kreisen die polnischen „Justizreformen“ um drei Institutionen (das Verfassungstribunal, den Landesrat für Gerichtswesen (Krajowa Rada Sądownictwa – KRS) und das Oberste Gericht) und damit verbundene vier markante Politprojekte (die Richter*innenbestellung am Verfassungstribunal, Änderungen bei der KRS, vorzeitige Zwangspensionierungen sowie die Einführung der Disziplinarkammer am Obersten Gericht). Diese werden nun beschrieben und argumentativ durchleuchtet.

2.3.1. Zusammensetzung des Verfassungstribunals

Der Auslöser der Kontroverse um das Verfassungstribunal war die Bestellung von fünf neuen Richter*innen im Jahr 2015 durch den soeben neu konstituierten, nunmehr durch die PiS dominierten Sejm (dem polnischen Parlament) und deren Vereidigung durch den neuen, von der PiS aufgestellten Präsidenten Duda.

Die fünf Richter*innenstellen wurden in der Zeit zwischen der Präsidentschafts- und der Parlamentswahl frei und waren somit neu zu besetzen. Noch vor Ende seiner Amtszeit wählte der alte Sejm unter der Führung der bürgerlich-mittigen Partei Platforma Obywatelska (PO) fünf Kandidat*innen für die Positionen. Diese wurden allerdings nicht vom neuen Präsidenten Duda eingeschworen, wodurch sie ihr Amt nicht antreten konnten.

In der Zwischenzeit gewann die PiS auch im Sejm die Mehrheit und konnte somit einen neuen Vorschlag einbringen. Diese fünf neu vorgeschlagenen Richter*innen wurden letztendlich auch vom Präsidenten beeidigt.

Gemäß der Verfassungstradition des Diskontinuitätsprinzips, welches besagt, dass zur Zeit von Parlamentswahlen frei werdende Richterposten erst vom neuen Parlament besetzt werden sollen, wären drei Positionen in die Legislaturperiode des alten Sejm und zwei Positionen in jene des neuen Sejm gefallen.²⁶ Tatsächlich hat somit die PO zuerst gegen die Verfassungstradition verstoßen, indem sie kurzerhand alle frei werdenden Stellen, nicht nur die drei für die der alte Sejm noch befugt war, besetzte. Auf der anderen Seite hat Präsident Duda die Vereidigung aller fünf Richter*innen so lange herausgezögert, bis der neue Sejm fünf neue Kandidat*innen vorgeschlagen hat, welche dann auch vereidigt wurden. Dadurch verstieß Duda ebenso gegen die Verfassung, da die drei vom alten Sejm bestellten Richter*innen rechtmäßig gewählt waren. In Bezug auf die drei Stellen besteht somit eine Doppelbesetzung, da diese eigentlich den nicht vereidigten Richter*innen zustehen. Dies hat auch das Verfassungstribunal selbst erkannt.²⁷

Die fünf im Jahre 2015 eingeschworenen sowie weitere, im Laufe der folgenden Jahre nachbesetzte Personalien stehen auch insofern unter Kritik, als ihnen eine zu große Nähe zur PiS vorgeworfen wird und daher an deren Unabhängigkeit Zweifel bestehen. Dies gilt im Besonderen für die Präsidentin des Verfassungstribunals, Julia Przyłębska, einer Vertrauten Jarosław Kaczyńskis.²⁸ Kontroversen löste auch ein weiteres Gesetz aus, welches die Beschlussfähigkeit des Verfassungstribunals, welches aus insgesamt 15 Richtern besteht, von zehn auf 13 Richter erhöhte. Dadurch wurde dieses nämlich gezwungen, alle fünf von der PiS im Jahre 2015 bestellten Richter*innen anzuerkennen, da dieses ansonsten dauerhaft beschlussunfähig gewesen wäre.²⁹

2.3.2. Änderungen bei der Krajowa Rada Sądownictwa (KRS)

1989 wurden als Ergebnis der Gespräche am Runden Tisch³⁰ drei neu geschaffene Institutionen in die Verfassung aufgenommen. Neben dem Präsidenten und dem

26 (<https://warsawinstitute.review/issues-2021/the-context-and-meaning-of-judicial-reforms-in-poland-after-2015/>) (abgerufen am 28.12.2022).

27 *Derlatka*, Constitutional court and the constitutional crisis in Poland, *Toruńskie studia polsko-włoskie xv — studi polacco-italiani di Toruń xv* (Toruń 2019) 9ff.

28 *Mazur*, Annual report for 2020 From bad to worse – the Polish judiciary in the shadow of the ‘muzzle act’ (2020), 10. Zugriff unter (http://themis-sedziowie.eu/wp-content/uploads/2021/01/Themis-From-bad-to-worse_ang.pdf).

29 *Derlatka*, Constitutional court and the constitutional crisis in Poland, *Toruńskie studia polsko-włoskie xv — studi polacco-italiani di Toruń xv* (Toruń 2019) 11ff.

30 Dabei handelte es sich um die Übergangsverhandlungen zwischen der Polnischen Vereinigten Arbeiterpartei (PVAP) mit der Solidarność-Gewerkschaft, der katholischen Kirche und anderen Interessensgruppen im Zuge der mit der Auflösung des Ostblocks verbundenen politischen Änderungen.

Senat wurde als dritte Institution der Landesrat für Gerichtswesen neu hergestellt. Dabei handelt es sich um einen von Richter*innen geleiteten Justizrat, welcher gemäß der Verfassung die Unabhängigkeit der Justiz wahren soll. Allerdings war dieser von Anfang an kontrovers.³¹

In Deutschland und Österreich werden die organisatorischen Belange der Justiz im Rahmen der Justizverwaltung erledigt. Ein unabhängiges Organ besteht nicht, auch wenn eine Schaffung eines solchen aufgrund der aktuell bestehenden Weisungsgebundenheit der in Justizverwaltung handelnden Richter*innen gegenüber der*in Justizminister*in öfters Inhalt verfassungspolitischer Debatte war. In Deutschland wird unter anderem kritisiert, dass mangels eines Justizrates Richter*innen von Höchstgerichten von Bundesminister*innen, Landesminister*innen und Abgeordneten bestellt werden, was in der Praxis Richter*innen dazu verleitet, sich an Parteien anzunähern. Aus diesem Grund kennen viele europäische Verfassungen die Institution eines Justizrats, der beispielsweise über Besetzungen von Richter*innenstellen an Höchstgerichten entscheidet oder auf sonstige Weise die Unabhängigkeit der Justiz wahrt.³²

Diese Argumentation widerspiegelte sich auch um offiziellen Narrativ über die Schaffung des Landesrats für Gerichtswesen. Inoffiziell soll dieser jedoch vor allem ein Vehikel der Zementierung der Kontrolle der Polnischen Vereinigten Arbeiterpartei (PVAP) gewesen sein soll, da die gesamte Führung der KRS noch durch die PVAP ernannt worden war, knapp bevor diese ihre herrschende Rolle verlor.

Die jüngere Kontroverse bezieht sich allerdings auf die Änderungen durch die PiS im Jahre 2017. Die endgültige Fassung der Gesetzesnovelle sieht vor, dass die Leitung der KRS nicht mehr wie davor durch Richter*innen*kolleg*innen selbst, sondern von nun an durch eine Mehrheit des Sejm gewählt werden soll. Weiters wurden amtierende leitende Richter*innen frühzeitig entlassen und die Kammern der KRS reorganisiert. Im Zuge dessen wurde die Führung des Landesrats für Gerichtswesen bereits 2018 ausgewechselt.³³

Während die EU die reorganisierte KRS als „Wachhund“ der PiS über die Richterschaft wahrnimmt, behauptet die PiS eine notwendige Demokratisierung, Modernisierung und „Entsowjetisierung“.

2.3.3. Pensionierungen am Obersten Gericht

Das Oberste Gericht (Sąd Najwyższy) ist in Polen die höchste Instanz in allen Zivil- und Strafsachen. 2017 beschloss der Sejm ein Gesetz, welches das Pensionsalter von Richterinnen am Obersten Gericht von 65 auf 60 Jahre und jenes von Richtern von 70 auf 65 Jahre herabsetzte.³⁴ Dies bedeutete einen frühzeitigen Ruhestand von 27 von insgesamt 74 Richter*innen,³⁵ wobei sich der Präsident vorbehielt, auf individuellen Antrag einer*s betroffener*n Richters*in gemäß seinem Ermessen von der Frühpensionierung abzusehen. Weiters muss der im vorgehenden Abschnitt behandelte Landesrat für Gerichtswesen zustimmen, was laut der PiS die Unparteilichkeit der Entscheidung gewährleisten soll, wobei die EU aufgrund der vorangehenden „Reformen“ der KRS diesem Argument nichts abgewinnen kann. Im Endeffekt erlaubte es die „Reform“, gut ein Drittel der Richter*innenstellen frühzeitig neu zu besetzen.³⁶

2.3.4. Disziplinarkammer des Obersten Gerichts

Das Oberste Gericht war auch Gegenstand einer weiteren „Reform“. Mit der „ustawa dyscyplinująca sędziów“, dem Gesetz über die Disziplinierung von Richtern, wurde die Grundlage für ein Organ geschaffen, welches gegen den richterlichen Berufsethos verstoßende Handlungen disziplinarrechtlich ahnden soll. Manche Stimmen bezeichnen das Gesetz jedoch als „Maulkorbgesetz“,³⁷ welches auf Stummschaltung von Kritik abziele. Das zentrale Instrument ist dabei die Suspendierung, mit der auch eine Gehaltskürzung um bis zu –40% einhergeht. Die hohe Aktivität der Disziplinarkammer geht bereits daraus hervor, dass dort trotz ihrer Einberufung am 14. Februar 2020 am Ende desselben Jahres bereits

31 (<https://warsawinstitute.review/issues-2021/the-context-and-meaning-of-judicial-reforms-in-poland-after-2015/>) (abgerufen am 28.12.2022).

32 Groß, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, *VerfBlog* (2019). Zugriff unter (<https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>).

33 Szwed, Hundreds of judges appointed in violation of the ECHR? The ECtHR's *Reczkowicz v. Poland* ruling and its consequences, *VerfBlog* (2021). Zugriff unter (<https://verfassungsblog.de/hundreds-of-judges-appointed-in-violation-of-the-echr/>).

34 Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, Art 37 § 1 und § 5, Zugriff unter (<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU2018000005>).

35 (<https://www.irishlegal.com/articles/european-court-of-justice-orders-poland-to-reinstate-27-judges-pending-outcome-of-court-battle>) (abgerufen am 06.01.2023).

36 (<https://www.economist.com/europe/2018/07/05/polands-government-sacks-a-third-of-its-supreme-court>) (abgerufen am 06.01.2023).

37 Der Begriff „ustawa kagańcowa“ (Maulkorbgesetz) ist in polnischen Medien geläufig und wird auch oft von prominenten Persönlichkeiten verwendet, zB in (<https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,25523327,malgorzata-gersdorf-o-ustawie-kagancowej-to-nie-jest-zabawa.html>) (abgerufen am 19.12.2022) oder (<https://wydarzenia.interia.pl/kraj/news-donald-tusk-o-ustawie-kagancowej,nId,4220867>) (abgerufen am 19.12.2022).

mehr als 80 Disziplinarverfahren gegen polnische Richter*innen anhängig waren.³⁸

3. Rechtfertigungsnarrative der „Reformen“

Die polnische Regierung vertritt vor allem, dass die „Justizreformen“ in ihrer konkreten Ausgestaltung notwendig wären, um die Justiz von den seit der Zeit des Kommunismus eingewachsenen Machtstrukturen zu befreien. In der Tat merkten Beobachter an, dass Organe der Justiz, insbesondere die KRS, zwar nach außen hin einen demokratischen Schein wahren, tatsächlich aber vor allem vor der Wende bestehende Interessen einzementieren, in dem sie der damaligen „Justiz-Elite“ die Möglichkeit gab, weiterhin ihren Status quo zu wahren. Weiters erklärte der polnische Präsident Duda den Widerstand der EU gegen die „Justizreformen“ mit einem „ideologischen Krieg“, der von großen Teilen des vor allem „von linksliberalen Lobbying-Gruppen“ beeinflussten EU-Establishments gegen die national-konservative Politik der PiS geführt werde.³⁹

Das Narrativ der PiS betont auch stark die nationale Unabhängigkeit, welche aufgrund der jüngeren Geschichte einen hohen Stellenwert einnimmt. Ähnlich wie zu der sowjetischen Besatzungszeit greife nun Brüssel die polnische Souveränität an.⁴⁰

3.1. Zusammensetzung des Verfassungstribunals

Die PiS beruft sich bei der Bestellung der fünf neuen Richter*innen im Jahre 2015 auf das sog. Diskontinuitätsprinzip der polnischen Verfassungspraxis. So sei es seit jeher Praxis, dass im Falle von zu Zeiten von Parlamentswahlen frei werdenden Verfassungsrichter*innen* stellen diese erst vom neuen Sejm gewählt werden. Nun habe aber der alte Sejm unter der Dominanz der Platforma Obywatelska dieses Prinzip gebrochen, indem er noch schnell vor Ende seiner Legislaturperiode Vorschläge für die frei werdenden Positionen eingebracht hatte. Die Beidigung durch den Präsidenten ist außerdem kein symbolischer Akt, sondern der Logik der Verfassung nach bewusst vorgesehen, um eine Zusammenarbeit der Gewalten bei der Bestellung von Verfassungsrichter*innen zu etablieren. Ob ein*e Kandidat*in wirklich geeignet

ist, soll sowohl dem Ermessen des Sejm als auch jenem der*s Präsident*in unterliegen. Dadurch, dass Präsident Duda die noch durch den alten Sejm vorgeschlagenen Richter*innen nicht beeidigt hatte, habe er von seinem verfassungsrechtlich vorgesehenem Ermessen Gebrauch gemacht. Somit bestehe auch keine „Doppelbesetzung“. Auch wenn sich dahinter bestimmte Interessen verbergen, so sei deren Wahrnehmung dennoch verfassungskonform abgelaufen.⁴¹

Während diese Argumentation in der Tat auf die beiden vorgreifend nominierten Positionen zutrifft, so reicht das Diskontinuitätsprinzip als Begründung der Verweigerung der anderen drei gewählten Richter*innen nicht aus. Die Tatsache, dass die PO zuerst die Verfassung missachtet hat, vermag außerdem nichts an der Verfassungswidrigkeit der Folgehandlung der PiS zu ändern. Die Handlung der PO kann aber wohl als strategischer Fehler bezeichnet werden. Anscheinend hatte diese gehofft, der neue Präsident Duda würde auch die beiden verfassungswidrig gewählten Richter noch vereidigen. Tatsächlich aber machte es dies für die PiS wohl leichter, die Verweigerung aller fünf Richter*innen zu argumentieren.

Wie bereits Georg Vanberg vertritt, ist ein wesentlicher Schutzmechanismus für Verfassungsgerichte jener, dass ein Angriff der Politik auf die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Regel unpopulär wäre, da letztere ein hohes Ansehen in der Bevölkerung genießt.⁴² Die vorhergehende Diskussion deutet nun allerdings darauf hin, dass die Reputation des Verfassungstribunals bereits vor 2015 beeinträchtigt war. Dies könnte auch erklären, warum es in Polen leichter möglich war, derart einschneidende Veränderungen durchzuführen.

3.2. Änderungen bei der Krajowa Rada Sądownictwa

Ein weiteres gängiges Narrativ ist jenes der vermeintlichen Doppelmoral der EU in den Beziehungen zu den osteuropäischen Mitgliedstaaten. So sind in den Medien etliche Instanzen zu identifizieren, in denen Vertreter der polnischen Regierung der EU oder auch dem EGMR eine unfaire Unterscheidung zwischen „alten“ und „neuen“ Demokratien vorwerfen.⁴³

Beispielsweise verwies der polnische Justizminister und Generalprokurator Ziobro darauf, dass in Deutschland

38 Mazur, Annual report for 2020 From bad to worse – the Polish judiciary in the shadow of the ‘muzzle act’ (2020), 6. Zugriff unter (http://themis-sedziowie.eu/wp-content/uploads/2021/01/Themis_From-bad-to-worse_ang.pdf).

39 (<https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8303022,duda-o-nalozeniu-na-polske-kar-przez-tsue-to-jest-wojna-ideologiczna.html>) (abgerufen am 29.12.2022).

40 Kuźniar, The Rise and Fall of Post-Communist Poland’s Foreign Policy, *Israel journal of foreign affairs* (2021) 1-14, 6.

41 (<https://warsawinstitute.review/issues-2021/the-context-and-meaning-of-judicial-reforms-in-poland-after-2015/>) (abgerufen am 02.01.2023).

42 Vanberg, Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment, *Annual Review of Political Science* 18 (2015) 167–185, 177ff.

43 Beispielsweise unter (<https://www.gov.pl/web/justice/the-ministry-of-justice-is-against-the-use-of-double-standards-towards-poland>) (abgerufen am 30.12.2022), (<https://www.thefirstnews.com/article/>)

nur vier Jahre nach dem Ende des 2. Weltkriegs ein „*sehr politisierte[s] Verfahren*“ zur Bestellung von Richter*innen zum deutschen Höchstgericht⁴⁴ eingeführt wurde und ergänzte: „...*Die Nation, die für die größte Katastrophe der Weltgeschichte verantwortlich ist [...] soll also schon nach wenigen Jahren zur Demokratie gereift sein. Und die polnische Nation, die sich seit über dreißig Jahren mit der wiedergewonnenen Unabhängigkeit und Demokratie befasst, ist nicht reif und sollte unter dem Schutz internationaler Organisationen stehen.*“⁴⁵

Abgesehen von Deutschland würden außerdem in Spanien Richter*innenpositionen politisch besetzt werden.⁴⁶ Kritisiert wird, dass ein Gesetzesentwurf der spanischen Regierung aus dem Jahre 2020, welcher die Ernennung aller Mitgliedern des „Consejo General del Poder Judicial“, dem spanischen Äquivalent zur polnischen KRS, durch das Parlament mit einer einfachen Mehrheit vorsah, zwar Kritik vonseiten der EU und des Europarats ausgelöst habe, diese aber sehr leise ausgefallen sei. Während nämlich der aktuell amtierende EU-Kommissar für Justiz, Didier Reynders, im Jahr 2017 noch vertreten habe, dass Organe, die über die Besetzung von Richter*innenstellen entscheiden, mindestens zur Hälfte selbst mit Richter*innen besetzt sein sollen, die wiederum von anderen Richter*innen gewählt wurden, um europäischen Standards zu genügen,⁴⁷ so sei man in Bezug auf diese Standards bei Spanien nicht so streng wie in Polen. Der Unterschied sei ausschließlich jener, dass in Spanien eine linke, in Polen hingegen eine rechte Regierung an der Macht ist. Somit könne die Ungleichbehandlung von sachlich Gleichem nicht anders erklärt werden als mit einer bestimmten politischen Agenda der EU gegen national-konservative Kräfte.⁴⁸

Wenig überraschend wird dieses Narrativ insbesondere von Ungarn unterstützt, dessen Vertreter an mehreren Gelegenheiten dazu aufgerufen haben, Polen und Un-

garn nicht als Mitgliedstaaten zweiter Klasse zu behandeln.⁴⁹

Man könnte jedoch beispielsweise einwenden, dass ein Unterschied zwischen der deutschen und der polnischen politischen Stellenbesetzung jener sein könnte, dass Entscheidungsträger in der deutschen politischen Kultur, zumindest eines ersten Eindrucks nach, immer noch gemäßigter vorgehen, die fachliche Eignung im Vergleich zur privaten Vernetzung einen vergleichsweise höheren Stellenwert einnimmt, generell aufgrund der höheren Parteienzersplitterung die Gefahr einer Kontrollübernahme einer einzigen Partei geringer ist und sich im Endeffekt auch nicht im selben Ausmaß wie in Polen manifestiert hat, da es sich desgleichen nur um ein punktuell Unabhängigkeitsdefizit und nicht um eine strukturelle, breit angelegte Unterwerfung der Justiz unter die Exekutive handelt. Es ist außerdem stets zu bedenken, dass sich auch eine idente Gesetzesbestimmung je nach spezifischem Kontext auf eine gänzlich unterschiedliche Weise auswirken kann.

3.3. Pensionierungen am Obersten Gericht

Die Pensionierungen wurden vor allem mit der Notwendigkeit einer „Entsowjetisierung“ begründet. So vertrat Präsident Duda in Bezug auf die Pensionierungen von Richter*innen des Obersten Gerichts, dass „...*diejenigen, die einst [Anm: in der Zeit vor 1989] unterdrückten, ... sich besser in die Pension verabschieden sollten*“.⁵⁰ Weiters führte Paweł Mucha, welcher seit 2017 als Minister in der Kanzlei des Präsidenten der Republik und seit 2020 als deren Leiter fungiert, aus, dass „...*wenn jemand aktives Mitglied der Polnischen Vereinigten Arbeiterpartei war oder [...] namhaft an der Konsolidierung der [Anm: kommunistischen] Volksmacht beteiligt war, dann muss eine heutige Bewertung dieses Element seines/ihres Lebenslaufs berücksichtigen*...“.⁵¹

polish-official-accuses-eu-of-applying-double-standards-24853) (abgerufen am 30.12.2022), (<https://www.reuters.com/article/us-poland-politics-eu-idUSKBN1GX1QS>) (abgerufen am 30.12.2022), (<https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/poland-accuses-brussels-of-double-standards-in-judiciary-row/>) (abgerufen am 30.12.2022) oder (<https://www.politico.eu/article/poland-and-hungary-charge-brussels-with-double-standards-on-rule-of-law/>) (abgerufen am 30.12.2022).

44 In der Tat werden Richter*innen von Höchstgerichten in Deutschland von Politikern gewählt. Ausführlicher dazu unter: Groß, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, VerfBlog (2019). Zugriff unter (<https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>).

45 (<https://www.gov.pl/web/justice/the-ministry-of-justice-is-against-the-use-of-double-standards-towards-poland>) (abgerufen am 30.12.2022).

46 (<https://www.reuters.com/article/us-poland-politics-eu-idUSKBN1GX1QS>) (abgerufen am 30.12.2022).

47 Dasselbe schlägt auch das Ministerkomitee des Europarats in seiner Empfehlung 2010(12) über Unabhängigkeit, Effizienz und Verant-

wortlichkeit der Richter unter § 27 vor. Zugriff unter: Ministerkomitee des Europarats, Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, 17.11.2010, Empfehlung Nr. CM/Rec(2010)12, § 27. (https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805afb78) (abgerufen am 03.01.2021).

48 (<https://rmx.news/article/the-eu-s-double-standard-towards-spain-and-poland-s-judicial-systems/>) (abgerufen am 30.12.2022).

49 (<https://miniszterelnok.hu/we-do-not-like-double-standards-being-applied-to-poland-either/>) (abgerufen am 30.12.2022) oder (<https://www.politico.eu/article/poland-and-hungary-charge-brussels-with-double-standards-on-rule-of-law/>) (abgerufen am 30.12.2022).

50 (<http://300polityka.pl/live/2018/09/06/pad-ci-ktorzy-kiedys-ciemniezyli-lepiej-zeby-poszli-na-emeryture-chcialbym-zeby-polski-wymiar-sprawiedliwosci-byl-sprawiedliwy-dla-wszystkich-a-nietylko-dla-niektorych/>) (abgerufen am 31.12.2022).

51 (<https://www.prezydent.pl/kancelaria/aktywnosc-ministrow/decyzja-w-sprawie-sedziow-sn-w-najblizszym-czasie,10913>) (abgerufen am 31.12.2022).

Diese Auffassung teilten dem Grunde nach auch der frühere Präsident des Verfassungstribunals, Andrzej Rzepliński, sowie wichtige Vertreter anderer Parteien, insbesondere jene der ehemaligen Regierungspartei Platforma Obywatelska, welche eine Justizreform auch in ihr Parteiprogramm aufgenommen hatte. So sprach sich auch der damalige Leiter der PO und spätere EU-Ratspräsident Donald Tusk im Jahr 2007 explizit für eine Reform aus.⁵² Allerdings ist aus diesen grundsätzlichen Anerkennungen eines Reformbedarfs keine Zustimmung für die konkreten Modalitäten der von der PiS vorangetriebenen „Justizreformen“ anzunehmen. Angesichts der vehementen Kritik sowohl Rzeplińskis, der PO, als auch anderer Oppositionsparteien an den konkret umgesetzten „Reformen“ ist sogar eindeutig das Gegenteil der Fall. Ein ähnliches Stimmungsbild ergibt sich auch aus einer Meinungsumfrage aus 2017, die Duda paradoxerweise zur Rechtfertigung der Reform zitierte.⁵³ Zwar hat Duda Recht, dass 80% der Befragten die Meinung vertraten, dass Justizreformen notwendig seien, allerdings sagten in der gleichen Umfrage 64% aus, dass sie kein Vertrauen in die PiS hätten, diese umzusetzen.⁵⁴ Zu dem Argument der „Entsowjetisierung“ ist außerdem anzumerken, dass von den 23 zu einem frühzeitigen Pensionsantritt gezwungenen Richter*innen tatsächlich nur drei in der kommunistischen Ära als Richter*innen tätig waren. Außerdem adjudizierten auch jene drei keineswegs stets linientreu, sondern taten sich teilweise sogar ganz im Gegenteil durch die besondere Milde, die sie in manchen Urteilen walten ließen, hervor.⁵⁵ Im Gegensatz dazu schwor Präsident Duda allerdings im Jahr 2019 mit Stanisław Piotrowicz einen neuen Richter am Verfassungstribunal ein, der zur Zeit der Verhängung des Kriegsrechts in den 1980-er Jahren in einem Fall gegen einen oppositionellen Dissidenten verwickelt war. Umso mehr, da es sich bei diesem auch einen ehemaligen Abgeordneten der PiS handelt, liegt es nahe, dass es sich bei der angeblichen „Befreiung von kommunistischen Elementen“ um einen unglaublichen und inkohärent durchgeführten Vorwand handelt, der das eigentliche

Kriterium bei der Richter*innenpensionierung, die mangelnde Loyalität zur PiS, kaschieren soll.⁵⁶

3.4. Disziplinkammer

In Bezug auf die Einführung der Disziplinkammer am Obersten Gericht wird vor allem die Notwendigkeit einer derartigen Disziplinkontrolle unterstrichen. Nicht zuletzt aufgrund vergangener Vorfälle unziemlichen Verhaltens durch hohe Amtsträger der Justiz seien die Würde und das Ansehen des Richterstands in der öffentlichen Wahrnehmung beeinträchtigt worden und hätten allgemeine Empörung ausgelöst.⁵⁷ Da bis dahin kein wirksamer Mechanismus gegen diesen Missstand bestand, wurde tatsächlich bereits vor der Machtübernahme der PiS eine Reform der disziplinarischen Verantwortung diskutiert. So hat vor allem die erste Präsidentin des Obersten Gerichts, Małgorzata Gersdorf, eine Einführung einer Disziplinkammer am Obersten Gericht gefordert, da ansonsten berufsethische Verstöße nicht wirksam geahndet werden könnten und dies langfristig das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichtsbarkeit belastet.⁵⁸

Allerdings avancierte Gersdorf später zu den vehementesten Gegner*innen des von der PiS angeführten Gesetzes und bezeichnete dieses als „Maulkorb“ für die Richter, welcher über das Sein oder Nicht-Sein des Rechtsstaates entscheide.⁵⁹ Dies legt nahe, dass zwar grundsätzlich der Wunsch nach einer Reform bestand, deren konkrete Ausgestaltung oder der konkrete politische Kontext allerdings massive Zweifel aufwirft.

Diesem Argument hält die PiS wiederum entgegen, dass die Tatsache, dass ihre „Justizreformen“ nun auf einmal auf großen Widerstand stoßen, wohl nur dadurch zu erklären sei, dass diese von einer Partei des rechten politischen Spektrums eingeführt worden sind und somit das Gleichgewicht der bereits bestehenden Einflusstrukturen auf die Justiz weiter nach rechts schieben, was zwar der politischen Präferenzen so mancher widersprechen möge, jedoch demokratisch legitimiert sei.⁶⁰

52 (<https://www.tvp.info/34803891/po-w-2007-roku-88-proc-zlonkow-wybieranych-przez-sejm>) (abgerufen am 31.12.2022).

53 (<https://notesfrompoland.com/2020/01/20/six-arguments-pis-uses-to-justify-polands-judicial-overhaul-and-why-they-are-wrong/>) (abgerufen am 31.12.2022).

54 (https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2017/K_112_17.PDF) (abgerufen am 31.12.2022).

55 (<https://notesfrompoland.com/2020/01/20/six-arguments-pis-uses-to-justify-polands-judicial-overhaul-and-why-they-are-wrong/>) (abgerufen am 31.12.2022).

56 Ebd.

57 Vergleiche auch die Rede von Präsident *Duda* vom 17. Jänner 2020, der von „schwarzen Schafen“ spricht, die das Ansehen der

Justiz beschädigen (<https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1449224,andrzej-duda-izba-dyscyplinarna-sn-czarne-owce.html>) (abgerufen am 31.12.2022).

58 (<https://warsawinstitute.review/issues-2021/the-context-and-meaning-of-judicial-reforms-in-poland-after-2015/>) (abgerufen am 30.12.2022).

59 (<https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,25523327,malgorzata-gersdorf-o-ustawie-kagancowej-to-nie-jest-zabawa.html>) (abgerufen am 04.01.2023).

60 (<https://warsawinstitute.review/issues-2021/the-context-and-meaning-of-judicial-reforms-in-poland-after-2015/>) (abgerufen am 28.12.2022).

Darüber hinaus beruft sich die PiS darauf, dass disziplinarrechtliche Verfehlungen im entsprechenden Gesetz eindeutig auf solche beschränkt seien, welche „die Funktionsweise der Justiz signifikant beeinträchtigen“.⁶¹ Die Tatsache, dass die Verfehlungen nicht näher definiert werden können, sei vor allem dem Umstand geschuldet, dass mit der jetzigen Formulierung alle berufsethisch verwerflichen Handlungen von Richtern erfasst werden könnten, während bei einer taxativen Aufzählung eine Umgehung des Zwecks der Bestimmung leichter möglich wäre. Außerdem gehe aus dem Wortlaut und der gängigen Praxis eindeutig hervor, dass es sich um Handlungen an der Schwelle zum Strafrecht oder sonstigen moralischen Verpflichtungen handle, die mit der Ausführung eines Richteramts unvereinbar seien. Weiters wird auf ähnliche Bestimmungen im französischen und deutschen Recht verwiesen, welche ebenfalls eine vergleichbar unbestimmte Definition einer „Verfehlung“ kennen. Generell sei die polnische Disziplinarkammer an ihr französisches Pendant angelehnt.⁶² Somit sei ein derartiges Gesetz vor allem eine notwendige Anpassung an den gängigen europäischen Standard.⁶³

Besonders oft wurde vonseiten polnischer Vertreter auf die französische Disziplinarkammer verwiesen. Die gängige Botschaft lautet dabei, dass es wiederum ein Beweis für die Janusköpfigkeit der EU sei, die französische Regelung zu tolerieren, die polnische aber nicht. In einem auf „Verfassungsblog.de“ veröffentlichten Schreiben bürten allerdings über 56 französischen Rechtsexperten mit ihrem Namen dafür, dass es sich dabei um eine bewusste Fehlinterpretation und Instrumentalisierung des französischen Rechts handelt.⁶⁴ Während beispielsweise die PiS mehrmals das Verbot jedweder Betätigung der Richter*innen am politischen Diskurs mit dem angeblich gleich strengen Regime des Art 10 der französischen „Verordnung Nr. 58-1270 vom 22. Dezember 1958 über das Organgesetz über den Status von Richter*innen und Staatsanwält*innen“ begründete, so wird dabei ver-

schwiegen, dass dieser zwar ein Verbot der politischen Äußerung normiert, allerdings zusammen mit dem vom „Conseil supérieur de la magistrature“ (CSM) herausgegebenen „Kompendium der ethischen Verpflichtungen der Richterschaft“ gelesen werden muss.⁶⁵ Letzter stellt klar, dass „...[i]n der Praxis [...] nur missbräuchliche oder bewusst provozierende Äußerungen...“⁶⁶ geahndet werden, sowie Richter*innen durchaus politische Meinungen ausdrücken oder sogar Parteien beitreten können. Ganz im Gegenteil zu seinem polnischen Pendant, der Krajowa Rada Sądownictwa, spricht sich der CSM sogar explizit gegen eine Einzwängung in „Stille und Konformismus“ aus, da diese dem Wesen einer unabhängigen Justiz widersprechen würde.⁶⁷

In Summe ist somit festzustellen, dass – unabhängig von einer sonstigen inhaltlichen Wertung – die Argumentation der PiS etliche Inkonsistenzen aufweist. Dies erhärtet selbstverständlich den Verdacht einer vorgeschobenen Argumentation, welche die eigentlichen Absichten verschleiern sollte. Eine mittlerweile berühmt-berüchtigte Zusammenfassung ihrer Sichtweise auf den Stand des Rechtsstaats in Polen ist dem Unterstaatssekretär im Justizministerium zwischen 2015 und 2019, Łukasz Piebiak,⁶⁸ zu verdanken: „Nichts [in diesem Land] verstößt gegen die Rechtsstaatlichkeit, [...] [den] Richter*innen sollten immer auf der Seite des Staates stehen“.⁶⁹

4. Fazit und Ausblick

Die polnische Verfassungskrise stellt die EU vor noch nie dagewesene Herausforderungen. Die aktuelle Situation deckt vor allem auch Schwächen in den EU-Gründungsverträgen auf, vor allem die sehr beschränkten Mittel, um gleichzeitig gegen zwei vertragsbrüchige Mitgliedsstaaten vorzugehen. Budgettechnisch sitzt allerdings die EU am längeren Ast, da die PiS nicht zuletzt auf europäisches Geld angewiesen ist, um ihre populistischen Wahlgeschenke zu finanzieren. Da die lange Strategie des

61 Auf Polnisch: „działania lub zaniechania mogące uniemożliwić lub istotnie utrudnić funkcjonowanie organu wymiaru sprawiedliwości“, Ustawa z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Punkt 32 Abs 2 ua, Zugriff unter (<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20200000190>).

62 Platon, French Law is NOT a Model for the Polish Bill on Disciplining Judges, VerfBlog (2020). Zugriff unter (<https://verfassungsblog.de/french-law-is-not-a-model-for-the-polish-bill-on-disciplining-judges/>)

63 (<https://warsawinstitute.review/issues-2021/the-context-and-meaning-of-judicial-reforms-in-poland-after-2015/>) (abgerufen am 28.12.2022).

64 Platon, French Law is NOT a Model for the Polish Bill on Disciplining Judges, VerfBlog (2020). Zugriff unter (<https://verfassungsblog.de/french-law-is-not-a-model-for-the-polish-bill-on-disciplining-judges/>)

Ein Verweis darauf auch findet sich auch auf: (<https://notesfrompoland.com/2020/01/20/six-arguments-pis-uses-to-justify-polands-judicial-overhaul-and-why-they-are-wrong/>) (abgerufen am 30.12.2022).

65 Ebd.

66 Conseil supérieur de la magistrature, Compendium of the Judiciary's Ethical Obligations: 2 The Values of the Judiciary (2017), 51. Zugriff unter (http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/gb_compendium.pdf).

67 Ebd. 35.

68 (<https://wiadomosci.onet.pl/kraj/lukasz-piebiak-kim-jest-wiceminister-podal-sie-do-dymisji/0m1936w>) (abgerufen am 04.01.2023).

69 (<https://www.iustitia.pl/informacje/2160-odpowiedz-na-kompendium-bialej-ksiegi-w-sprawie-reform-polskiego-wymiaru-sprawiedliwosci-przedstawione-przez-rzad-rzeczypospolitej-polskiej-dla-komisji-europejskiej>) (abgerufen am 31.12.2022).

„appeasement“ offensichtlich nicht fruchtete, verbleibt die Einbehaltung von Zahlungen somit als vermutlich einziges Instrument der EU, um die PiS wirklich an den Verhandlungstisch zu bringen. Inwieweit diese tatsächlich bereit ist, einzulenken, bleibt abzuwarten. Wie die Erfahrung mit der Disziplinarkammer bereits gezeigt hat, spielt die PiS hierbei auf Zeit, indem sie beispielsweise eine Rückgängigmachung einer Maßnahme zusichert, im Endeffekt diese aber gar nicht oder maximal langsam und halbherzig umsetzt. Damit kann die PiS eine entscheidende Schwäche der EU ausnutzen, nämlich deren bisher viel zu langsame und kraftlose Reaktionen. Dieses „Spiel auf Zeit“ nutzt der PiS, da eine Rückgängigmachung der „Justizreformen“ mit jedem Tag unmöglicher wird und es der aktuelle Status quo erlaubt, die aus der EU-Mitgliedschaft entspringenden Rechte zu genießen, sich aber vor den Pflichten zu drücken. Es ist außerdem fraglich, inwieweit Sanktionen der EU tatsächlich ein Einlenken der PiS und nicht viel eher eine für alle Beteiligten kostspielige Eskalation des Konflikts bewirken werden. Sanktionen hätten allerdings den Vorteil, dass sie die Kosten-Nutzen-Rechnung der PiS verschieben würden.

Letztendlich muss das Gros der Veränderung im innerpolnischen demokratischen Prozess geschehen. Die kommenden Parlamentswahlen (2023) und Präsidentschaftswahlen (2025) werden eine entscheidende Rolle spielen. Selbstverständlich wird die PiS mit allen ihr zur Verfügung stehenden, zT demokratisch fragwürdigen, Mitteln einen weiteren Machterhalt anstreben. Bis dahin schaffen die „Justizreformen“ Fakten, die sowohl für die Zeit während als auch nach einer Regierungszeit die PiS begünstigen. Daher steht auch im Falle eines Machtwechsels für die Opposition keine leichte Zeit bevor. Vor allem steht einer neu gewählten Regierung dann ein potentiell ihr feindlich gesinntes Verfassungstribunal gegenüber, welches dringend nötige Reformversuche erschweren kann. Außerdem sind viele Maßnahmen, zB der massive Vertrauens- und reale Schaden an der Gerichtsbarkeit, nicht rückkehrbar oder können nur über mehrere Legislaturperioden, in denen die PiS nicht wiedergewählt werden darf, hinweg ausgeheilt werden. Im Ergebnis hinterlässt die PiS in jedem Fall einen juristischen Scherbenhaufen, der nur mit großem politischem Wille, Geschick und Zeit zu lösen ist.

Korrespondenz: Mag. Gabriel Paulus, MA, gabrielhpaulus@gmail.com, ORCID-Nr: 0009-0002-3179-2533

Quellen und Literatur

Monografien, Zeitschriften

- Benz*, Der moderne Staat: Grundlagen der politologischen Analyse(2008)<https://doi.org/10.1524/9783486711202>.
- Derlatka*, Constitutional court and the constitutional crisis in Poland, *Toruńskie studia polsko-włoskie xv — studi polacco-italiani di Toruń xv* (2019). DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/TSP-W.2019.001>.
- Groß*, Die institutionelle Unabhängigkeit der Justiz in Deutschland – ein Defizitbefund, *VerfBlog* (2019). Zugriff unter (<<https://verfassungsblog.de/die-institutionelle-unabhaengigkeit-der-justiz-in-deutschland-ein-defizitbefund/>>)
- Jarren/Donges*, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft (2011). DOI: 10.1007/978-3-531-93446-4_7.
- Kochenov/Bard*, The Last Soldier Standing? Courts vs. Politicians and the Rule of Law in the New Member States of the European Union, *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series 5* (2019).
- Kuźniar*, The Rise and Fall of Post-Communist Poland's Foreign Policy, *Israel journal of foreign affairs* (2021) 1–14. DOI: 10.1080/23739770.2021.1999580.
- Mazur*, Annual report for 2020 From bad to worse – the Polish judiciary in the shadow of the ‘muzzle act’ (2020), 6. Zugriff unter (<http://themis-sedziowie.eu/wp-content/uploads/2021/01/Themis_From-bad-to-worse_ang.pdf>)
- Pech/Platon*, The beginning of the end for Poland's so-called “judicial reforms”? Some thoughts on the ECJ ruling in *Commission v Poland* (Independence of the Supreme Court case), *Reconnect-Europe* (2019). Zugriff unter (<<https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/>>)
- Pech/Scheppele*, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19 (2017).
- Platon*, French Law is NOT a Model for the Polish Bill on Disciplining Judges, *VerfBlog* (2020). Zugriff unter (<<https://verfassungsblog.de/french-law-is-not-a-model-for-the-polish-bill-on-disciplining-judges/>>)
- Platon*, Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence of national courts: *Miasto Łowicz* Joined Cases C-558/18 & C-563/18, *Miasto Łowicz*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber), of 26 March 2020, EU:C:2020:234 (01.11.2020). *Common Market Law Review* 57 (2020) 1843. Zugriff unter (<<https://kluwerlawonline.com.uaaccess.univie.ac.at/journalIssue/Common+Market+Law+Review/57.6/19560>>)

Steinbeiß, Die Tür nach draußen, VerfBlog (2021) 1843. Zugriff unter (<<https://verfassungsblog.de/die-tur-nach-draussen/>>)

Szwed, Hundreds of judges appointed in violation of the ECHR? The ECtHR's *Reczkowicz v. Poland* ruling and its consequences, VerfBlog (2021). Zugriff unter (<<https://verfassungsblog.de/hundreds-of-judges-appointed-in-violation-of-the-echr/>>)

Vanberg, Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment, *Annual Review of Political Science* 18 (2015) 167–85. DOI: 10.1146/annurev-polisci-040113-161150.

Whittington, Yet Another Constitutional Crisis?, *William & Mary Law Review* 43 (2002) 2093–2149. Zugriff unter (<<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss5/6/>>).

Sonstige Quellen

Azari/Masket, The 4 Types Of Constitutional Crises, *FiveThirtyEight* (2017) (<<https://fivethirtyeight.com/features/constitutional-crisis/>>).

Conseil supérieur de la magistrature, Compendium of the Judiciary's Ethical Obligations. The Values of the Judiciary (2017). Zugriff unter (<http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/gb_compendium.pdf>)

<http://300polityka.pl/live/2018/09/06/pad-ci-ktorzyciedys-ciemiezyli-lepiej-zeby-poszli-na-emeryture-chcialbym-zeby-polski-wymiar-sprawiedliwosci-byl-sprawiedliwy-dla-wszystkich-a-nie-tylko-dla-niektorych/> (31.12.2022).

<http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-index-ranking> (20.12.2022).

<https://miniszterelnok.hu/we-do-not-like-double-standards-being-applied-to-poland-either/> (30.12.2022).

<https://notesfrompoland.com/2020/01/20/six-arguments-pis-uses-to-justify-polands-judicial-overhaul-and-why-they-are-wrong/> (31.12.2022).

<https://notesfrompoland.com/2021/10/14/poland-records-eus-largest-rule-of-law-decline-in-new-ranking/> [20.01.2023].

[https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/\\$file/401_20190402.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/401_20190402/$file/401_20190402.pdf) (19.12.2022).

<https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1449224,andrzej-duda-izba-dyscyplinarna-sn-czarne-owce.html> (31.12.2022).

<https://rmx.news/article/the-eu-s-double-standard-towards-spain-and-poland-s-judicial-systems/> (30.12.2022).

<https://warsawinstitute.review/issues-2021/the-context-and-meaning-of-judicial-reforms-in-poland-after-2015/> (28.12.2022).

<https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,25523327,malgorzata-gersdorf-o-ustawie-kagancowej-tonie-jest-zabawa.html> (19.12.2022).

[https://wiadomosci.onet.pl/kraj/lukasz-piebiak-kim-jest-wiceminister-podal-sie-do-dymisji/0m1936w\(04.01.2023\).](https://wiadomosci.onet.pl/kraj/lukasz-piebiak-kim-jest-wiceminister-podal-sie-do-dymisji/0m1936w(04.01.2023).)

https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2017/K_112_17.PDF (31.12.2022).

<https://www.economist.com/europe/2018/07/05/polands-government-sacks-a-third-of-its-supreme-court> (06.01.2023).

<https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/poland-accuses-brussels-of-double-standards-in-judiciary-row/> (30.12.2022).

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0439_PL.html (19.12.2022).

<https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8303022,duda-o-nalozeniu-na-polskekar-przez-tsue-to-jest-wojna-ideologiczna.html> (29.12.2022).

<https://www.gov.pl/web/justice/the-ministry-of-justice-is-against-the-use-of-double-standards-towards-poland> (30.12.2022).

<https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/09/HFPC-Kryzys-konstytucyjny-w-Polsce-2015-2016.pdf> (19.12.2022).

<https://www.irishlegal.com/articles/european-court-of-justice-orders-poland-to-reinstate-27-judges-pending-outcome-of-court-battle> (06.01.2023).

<https://www.iustitia.pl/informacje/2160-odpowiedzna-kompedium-bialej-ksiegi-w-sprawie-reform-polskiego-wymiaru-sprawiedliwosci-przedstawione-przez-rzadz-rzeczypospolitej-polskiej-dla-komisji-europejskiej> (31.12.2022).

<https://www.politico.eu/article/poland-and-hungary-charge-brussels-with-double-standards-on-rule-of-law/> (30.12.2022).

<https://www.prezydent.pl/kancelaria/aktywnosc-ministrow/decyzja-w-sprawie-sedziow-sn-w-najblizszym-czasie,10913> (31.12.2022).

<https://www.reuters.com/article/us-poland-politics-eu-idUSKBN1GX1QS> (30.12.2022).

<https://www.thefirstnews.com/article/polish-official-accuses-eu-of-applying-double-standards-24853> (30.12.2022).

<https://www.tvp.info/34803891/po-w-2007-roku-88-proc-czlonkow-wyberanych-przez-sejm> (31.12.2022).

<https://wydarzenia.interia.pl/kraj/news-donald-tusk-o-ustawie-kagancowej,nId,4220867> (19.12.2022).

Illing, How do we know if we're in a constitutional crisis? 11 experts explain, *Vox* (2019) (<https://www.vox.com/2019/5/16/18617661/donald-trump-congress-constitutional-crisis>).

Ministerkomitee des Europarats, Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, 17.11.2010, Empfehlung Nr. CM/Rec(2010)12, § 27 (<https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805afb78>) (03.01.2021).

Pressemitteilung, Europäische Kommission, European Commission reaffirms the primacy of EU law, 07.10.2021 (<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5142>) (21.12.2022).

Gesetze und Judikatur

EGMR, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland, No. 4907/98.

Ustawa z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy - Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Punkt 32 Abs 2 ua, Zugriff unter (<<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20200000190>>)

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, Art 37 § 1 und § 5, Zugriff unter (<<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20180000005>>)

Verfassungstribunal, Art 6 ust 1 zd 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w zakresie, w jakim pojęciem „sąd” obejmuje Trybunał Konstytucyjny, No. K 6/21 Zugriff unter (<<https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11709-art-6-ust-1-zd-1-konwencji-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosci-w-zakresie-w-jakim-pojciem-sad-obejmuje-trybunal-konstytucyjny>>)

Überlegungen zum Rechtsstaat am Beispiel der Vertragsraumordnung

Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den Baugesetzen der österreichischen Verfassung, ist dort aber nicht ausdrücklich erwähnt. Dementsprechend wird der Rechtsstaat sowohl durch den Verfassungs- als auch den einfachen Gesetzgeber ausgestaltet und bei potenzieller Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit von Gesetzen und Verordnungen vom VfGH ausgelegt. Wie schwierig die Auslegung eines derart abstrakten Prinzips ist und welche Probleme dabei entstehen können, soll anhand der Vertragsraumordnung in Österreich veranschaulicht werden.

Deskriptoren: Legalitätsprinzip, privatwirtschaftliche Maßnahmen, Raumordnung, Rechtsformenmissbrauch, Rechtsstaatsprinzip, Vertragsraumordnung.

Normen: Art 10, Art 11, Art 12, Art 15, Art 17, Art 18, Art 116 und Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG; §§ 14, 17 Abs 12 Satz 3, 22 Abs 2 lit d und 43 sbg ROG 1992; §§ 14, 17 Abs 12 Satz 3 und 22 Abs 2 lit d sbg ROG 1998; § 15 Abs 5 iVm § 15 Abs 4, § 25 Abs 5, § 30 Abs 6, § 32 Abs 1 Z 2, § 36 Abs 6 Z 3 und § 38 Abs 7 Z 5 ktn ROG 2021; § 16 ABGB.

Von David Franz Sabitzer

1. Einleitung

In diesem Beitrag werden – seinem Titel entsprechend – einige Überlegungen zum Rechtsstaatsprinzip angestellt. Dafür wird beispielhaft die Vertragsraumordnung und vor allem das Erkenntnis des VfGH, mit dem das sbg ROG 1992 aufgehoben wurde,¹ herangezogen. Es wird anhand des besonderen Rechtsinstituts des Raumordnungsvertrags herausgearbeitet, wie schwierig sich das Spannungsverhältnis zwischen dem in der Verfassung abstrakt verankerten Rechtsstaatsprinzip, der konkreten Rechtsstaatsjudikatur des VfGH und der (einfachen) Gesetzgebung gestaltet. Bevor sich der Beitrag näher mit einem der wichtigsten, wenn nicht *dem* Grundsatzerkennnis zur Vertragsraumordnung auseinandersetzt, um sich den Schwierigkeiten bei der Auslegung des Rechtsstaatsprinzips anzunähern, sollen in der gebotenen Kürze der Rechtsstaat und die Vertragsraumordnung terminologisch umrissen werden, um in einem zweiten Schritt mit den verfassungsrechtlichen Problemfeldern und Schranken der Vertragsraumordnung einen Zusammen-

hang zwischen beiden herzustellen. Bei der Analyse der VfGH-Entscheidung werden hinsichtlich des Generalthemas *Rechtsstaat* nur jene Kritikpunkte behandelt, die unter die sogleich skizzierte Definition des Rechtsstaats fallen. Am Ende wird der Maßstab des VfGH auf die ktn Raumordnung angelegt, um zu zeigen, dass nach der hier vertretenen Ansicht einzelne Bestimmungen wohl verfassungswidrig sind.

1.1. Rechtsstaat

Der Rechtsstaat ist ein Phänomen der deutschen Rechtsprache und des deutschen Rechtskreises, dem es schon zu Beginn an einer befriedigenden Definition und nach wie vor an umfassenden Übersetzungen in andere Sprachen fehlt.² Im österreichischen Verfassungsrecht nimmt das rechtsstaatliche Prinzip neben dem republikanischen, dem demokratischen und dem bundesstaatlichen Prinzip eine prominente Stellung als Grundprinzip bzw als Baugesetz der Verfassung ein. Das Rechtsstaatsprinzip wird in der Verfassung anders als das demokratische Prinzip aber nicht explizit deklariert, es lässt sich vielmehr aus dem Gesamtaufbau des B-VG ableiten.³ Auch wenn dieses Prinzip von allen Baugesetzen am schwersten zu fassen ist,⁴ lässt sich nach herrschender Auffassung der Rechtsstaat wohl am anschaulichsten – wenn auch nicht abschließend – als Verfassungsstaat, Gesetzesstaat und Rechtsschutzstaat definieren.⁵ Grundzüge dieser in der Lehre gängigen Beschreibung lassen sich bereits aus dem Grundsatzerkennnis VfSlg 2.455/1952 lesen, in dem es heißt: „[D]em rechtsstaatlichen Prinzip entspricht [...], dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen, und dass für die Sicherung dieses Postulates wirk-same Rechtsschutzeinrichtungen bestehen.“⁶

1 VfSlg 15.625/1999.

2 Ogris, Zur Geschichte des Rechtsstaats. Eine Einführung, NetV 2014, 90; Pichler, Der Rechtsstaat – Ideologie oder Illusion? 21. 5. 2014, NetV 2014, 101.

3 Öhlinger Theo/Eberhard Harald, Verfassungsrecht¹³ (2022) Rz 597.

4 Vgl zur Unsicherheit über „den präzisen normativen Gehalt“ Hiesel, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009, 111.

5 Ogris, NetV 2014, 90 (93).

6 Hiesel, ÖJZ 2009, 111 f.

Ein wesentliches Element des österreichischen Rechtsstaats ist das Legalitätsprinzip, das in Art 18 Abs 1 B-VG normiert ist und besagt, dass die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf.⁷ Im Umkehrschluss bindet das Legalitätsprinzip aber nicht bloß die Verwaltung, sondern trägt auch dem Gesetzgeber auf, das Handeln der Verwaltung hinreichend zu bestimmen (Determinierungsgebot).⁸ Dazu sei noch erwähnt, dass der Determinierungsgrad nicht generell vorgeschrieben werden kann, sondern durchaus unterschiedlich ausgelegt werden kann. Der Gesetzgeber kann bspw auch lediglich Ziele definieren und der Verwaltung Spielraum in der Auswahl der Mittel einräumen. Gerade in der Raumordnung, in der wohl besonders die Flächenwidmung als zielorientierte Entscheidung gesehen werden muss, wird von dieser *finalen Programmierung* gerne Gebrauch gemacht. Dabei wird oftmals die These der *Legitimation durch Verfahren* herangezogen, wonach die geringere inhaltliche Determinierung durch eine stringenter Normierung des Verfahrens ausgeglichen wird, damit Planungsakte dennoch in Rechtsschutzverfahren kontrolliert werden können.⁹

Daneben bestehen noch weitere Elemente des Rechtsstaats, wie ua die Gewaltenteilung, die Grundrechte, die Garantie des Rechtsschutzes durch unabhängige Gerichte (des öffentlichen Rechts) sowie ein Mindestmaß an faktischer Effizienz von Rechtsschutzeinrichtungen,¹⁰ die eine große Rolle in der (Rechtsstaats-)Judikatur des VfGH und teilweise auch im später zu behandelnden Aufhebungserkenntnis VfSlg 15.625/1999 spielen.

1.2. Vertragsraumordnung

Bereits in den 1950er Jahren hat der VfGH im Erk VfSlg 2.674/1954 im Rahmen der Kompetenzfeststellung die Raumordnung als *„planmäßige und vorausschauende Gesamtgestaltung eines bestimmten Gebietes in Bezug auf seine Verbauung, insbesondere für Wohn- und Industriezwecke einerseits und für die Erhaltung von im wesentlichen unbebauten Flächen andererseits“* umschrieben. Mangels expliziter Zuweisung fällt die Kompetenz zur Raumplanung gem Art 15 Abs 1 B-VG den Ländern zu, sofern sie nicht als Fachplanungskompetenzen im

Rahmen anderer Kompetenztatbestände dem Bund oder den Ländern obliegt. Es handelt sich also bei der Raumordnung um eine klassische Querschnittsmaterie, da ihre Aufgaben von Bund (Fachplanungskompetenzen im Rahmen der Art 10 bis 12 B-VG) und Ländern (Raumplanungskompetenz und Fachplanungskompetenzen gem Art 15 B-VG) wahrgenommen werden. Die Vollziehung der *örtlichen Raumplanung* obliegt gem Art 118 Abs 3 Z 9 B-VG den Gemeinden.¹¹

Der Begriff *Vertragsraumordnung* beschreibt im weitesten Sinn privatwirtschaftliche Maßnahmen der Gemeinde zur Umsetzung der Ziele der örtlichen Raumplanung sowie deren gesetzliche Grundlagen. Neben der Rechtsfähigkeit von Bund und Ländern gem Art 17 B-VG, wird auch den Gemeinden nach Art 116 B-VG (arg „die Gemeinde ist selbständiger Wirtschaftskörper“) die generelle Privatrechtsfähigkeit zuerkannt.¹² Auch wenn Raumordnungsverträge in der Vergangenheit bereits ohne gesetzliche Ermächtigungen geschlossen wurden,¹³ wurde das Portfolio an Instrumenten stets weiterentwickelt und mittlerweile sehen die Raumordnungen aller Länder privatrechtliche Maßnahmen in unterschiedlicher Ausdifferenzierung auf Gesetzesebene vor.

2. Abriss der verfassungsrechtlichen Problemfelder und Schranken der Vertragsraumordnung

Grundsätzlich ergeben sich in Bezug auf die Vertragsraumordnung aus unterschiedlichsten Perspektiven Probleme oder Schranken verfassungsrechtlicher Natur, die auch in der Literatur bereits eingehend behandelt wurden. Zu diesen zählen vor allem kompetenzrechtliche Überlegungen, das Legalitätsprinzip, die Fiskalgeltung der Grundrechte, die Gemeindeautonomie und der Rechtsschutz.¹⁴ Weiters wurde immer wieder die Eingriffsqualität der Raumordnungsverträge problematisiert. So zB die einseitige Verpflichtung der Grundeigentümer*innen, oder dass die Vertragsinhalte massive Grundrechtseingriffe darstellen würden, wenn man sie öffentlich-rechtlich (also ohne Zustimmung der Grundeigentümer*innen) durchsetzen wollte, oder die Monopolstellung der Gemeinde mit der alleinigen Zuständigkeit zur Widmung sowie die enge Verknüpfung mit dem Hoheitsrecht.¹⁵

7 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³, Rz 598.

8 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³, Rz 601.

9 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³, Rz 606; Raschauer, „Finale Programmierung“ und Raumordnung, ZfV 1980, 93 (96); Eberhard, Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Wirtschaftsrecht, ZfV 2013, 727 (730).

10 Ogris, NetV 2014, 90 (93).

11 Adler, Staatliche Grundlagen und Instrumente zur Baulandmobilisierung, ecolex 2011, 384 f; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹³, Rz 273, 316.

12 Perntaler/Prantl, Raumordnungsverträge aus verfassungsrechtlicher Sicht, in ÖROK (Hrsg), Möglichkeiten und Grenzen integrierter Bodenpolitik in Österreich (ÖROK 1995) 213 (222); Kalss, Vereinbarungen über die Verwendung von Grundflächen, ZfV 1993, 551 (553).

13 Perntaler/Prantl, Raumordnungsverträge, 213.

14 Perntaler/Prantl, Raumordnungsverträge, 213 (224 ff).

15 Perntaler/Prantl, Raumordnungsverträge, 213 (231 ff).

Aufgrund des Fokus dieses Beitrags auf den Rechtsstaat wird davon abgesehen, alle Aspekte der Vertragsraumordnung im Detail zu erörtern. Es wird nur exemplarisch auf einige Probleme eingegangen, unter anderem um aufzuzeigen, dass die Kritikpunkte des VfGH bereits im Vorfeld der Entscheidung in der Literatur ausgiebig diskutiert wurden. So haben ua *Kalss*, *Rill* und *Steiner* vor dem Aufhebungserkenntnis einzelne der Kritikpunkte behandelt, sind aber teilweise zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Zur Thematik der Grundrechte meint *Kalss* zutreffend, dass bei der Gestaltung der Verträge darauf zu achten ist, dass die öffentlich-rechtlichen Bindungen der Gemeinde durch § 16 ABGB auch in die Privatrechtsordnung einfließen und somit insbesondere die Fiskalgeltung der Grundrechte eine Grenze der Privatautonomie der Gemeinde darstellt.¹⁶ Hinsichtlich der Verknüpfung der privatwirtschaftlichen und hoheitlichen Maßnahmen nimmt *Rill* die Verfassungswidrigkeit ua aufgrund der schwachen Position der Grundeigentümer*innen und der Nähe dieser Vereinbarungen zu Eigentumseingriffen bereits vorweg.¹⁷ Zum Legalitätsprinzip äußert *Steiner* Bedenken, wenn er infrage stellt, ob die Determinierungsdichte der Regelungen für die Konstruktion Vertragsraumordnung angesichts ihres Zusammenhangs mit hoheitlichen Maßnahmen der Raumordnung ausreiche, wobei er im Gegensatz zu *Rill* zu dem Schluss gelangt, dass sie einer verfassungskonformen Interpretation zugänglich wären.¹⁸

3. Argumente aus dem Erk VfSlg 15.625/1999

In diesem Abschnitt wird nach einer kurzen Zusammenfassung des Sachverhalts die Ansicht des VfGH wiedergegeben. Die Bedenken der Salzburger Landesregierung werden in der Entscheidung zwar ebenfalls angeführt, um die Argumente in der Folge abwägen zu können. Da jedoch die Argumente des VfGH der Maßstab sind, der in diesem Beitrag auf die heutige ktn Vertragsraumordnung angelegt werden soll, wird auf eine zu ausufernde Wiedergabe der einzelnen Argumentationsstränge verzichtet.

3.1. Sachverhalt

Zwei Grundstücke wurden von Bauland in „Grünland-ländliches Gebiet“ rückgewidmet, weil die Eigentümer weder eine Eigenbedarfsvereinbarung abschließen noch ihre Grundstücke zu einem ermäßigten Preis an die

gem § 43 sbg ROG 1992 errichtete Baulandsicherungsgesellschaft Land-Invest verkaufen wollten. Im amtswegigen Verordnungsprüfungsverfahren des Flächenwidmungsplans nach Art 139 B-VG kam es zu Zweifeln an der Verfassungskonformität der sbg Vertragsraumordnung und damit zum amtswegigen Gesetzesprüfungsverfahren der §§ 14, 17 Abs 12 S 3 und 22 Abs 2 lit d sbg ROG 1992 und einem Verordnungsprüfungsverfahren der Richtlinienverordnung für Vereinbarungen nach § 14 Abs 2 sbg ROG 1992.¹⁹ Beide Verfahren mündeten in die gegenständliche Entscheidung VfSlg 15.625/1999.

3.2. Zwingende Verknüpfung zwischen privatwirtschaftlichen Maßnahmen und Hoheitsakt

Nach Auffassung des VfGH sehen die Regelungen des sbg ROG 1992 zwingend eine Verbindung von privatwirtschaftlichen mit hoheitlichen Maßnahmen der Gemeinde vor. Das sei aus dem Wortlaut des § 14 Abs 1 sbg ROG 1992 („ist verpflichtet“) abzuleiten. Der VfGH geht aber sogar noch weiter und meint, dass selbst eine Vorgabe des Gesetzgebers als wünschenswert (im Sinne der Auslegung als „Soll-Vorschrift“) keinen Unterschied mache. In beiden Fällen komme es zu einer Kombination zwischen privatwirtschaftlichen Vereinbarungen und hoheitlichen Widmungsakten. Selbst wenn § 14 Abs 2 sbg ROG 1992 nur ein Instrument nennen würde, das unter anderen privatwirtschaftlichen Maßnahmen in Betracht käme, ändere das nichts. Dieselben Bedenken bestünden auch gegen eine Verknüpfung anderer privatwirtschaftlicher Maßnahmen mit dem Hoheitsakt. Im Übrigen seien Vereinbarungen nicht etwa der Ausnahmefall, sondern – wie die Richtlinienverordnung und die Praxis zeigen – geradezu der Standardfall privatwirtschaftlicher Maßnahmen.

Auch § 17 Abs 12 S 3 sbg ROG 1992 mache die Neuausweisung von Bauland vom Abschluss von § 14-sbg ROG 1992-Vereinbarungen (Raumordnungsverträgen) abhängig, womit es zu einer Kombination zwischen privatwirtschaftlichen Vereinbarungen und hoheitlichen Widmungsakten komme. Die sbg Landesregierung als Aufsichtsbehörde sei berechtigt und verpflichtet, die Genehmigung des Flächenwidmungsplans zu versagen, wenn die nach § 14 sbg ROG 1992 verpflichtend vorgesehenen privatwirtschaftlichen Maßnahmen fehlen oder – aus von der Gemeinde zu vertretenden Gründen – nicht ausreichend umgesetzt sind. Damit könne sie mittelbar auf den Abschluss von Verträgen durch die

¹⁶ *Kalss*, ZfV 1993, 551 (553).

¹⁷ *Rill*, Hoheitsverwaltung im Schafspelz: ein verfassungsrechtlicher Einspruch, Österreichische Zeitschrift für Raumplanung und Regionalpolitik 1998, 26 (27).

¹⁸ *Steiner*, Privatrechtliche Verträge zur Unterstützung der Aufgaben der örtlichen Raumordnung, WBFÖ 1994, Heft 1/2, 1 (5 f).

¹⁹ *Auer*, Salzburger Vertragsraumordnung verfassungswidrig, bbl 2000, 1.

Gemeinde Einfluss nehmen. Die (Androhung der) Versagung der Genehmigung zwingt daher die Gemeinde, mit den Grundeigentümer*innen Raumordnungsverträge abzuschließen.

Im Übrigen bestehe ein Zusammenhang des Versagungsgrundes mit der Frage einer konkreten Bauland- oder Grünlandwidmung. Einerseits bildeten konkrete Flächenwidmungen den Gegenstand der aufsichtsbehördlichen Genehmigung. Andererseits stünden diese Flächenwidmungen – wie sich aus § 14 Abs 2 sbg ROG 1992 ergebe – wieder im Zusammenhang mit Vereinbarungen mit den Grundeigentümer*innen.²⁰

3.3. Legalitätsprinzip

Den Einwendungen der sbg Landesregierung entgegnet der VfGH mit einer Wiederholung seiner bereits im letzten Abschnitt wiedergegebenen Ausführungen bezüglich verpflichtender Verbindung von privatwirtschaftlichen Maßnahmen und Hoheitsakt. Im Ergebnis sei diese Abhängigkeit mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar. Da die Anordnung in § 14 Abs 1 sbg ROG 1992 („verpflichtet“) in Verbindung mit § 22 Abs 2 lit d sbg ROG 1992 bindend sei, stehe es nicht im Planungsermessen der Gemeinde, mit den Grundeigentümer*innen Vereinbarungen über die zukünftig zu widmenden Grundstücke zu schließen oder auf solche zu verzichten. Dementsprechend wären die Vereinbarungen nicht bloß fakultativ eingesetzte und unterstützende Mittel zur Erreichung der angestrebten Entwicklungsziele, sondern geradezu zwingende Voraussetzung für die zukünftige Flächenwidmung.

Auch § 17 Abs 12 sbg ROG 1992 ließe sich kein anderer Gehalt unterstellen, als dass die Vereinbarungen zwingende Voraussetzung für eine Baulandwidmung seien. Liege eine mit den Grundeigentümer*innen geschlossene Vereinbarung iSd § 14 Abs 2 sbg ROG 1992 vor, dürfe eine Neuausweisung von Bauland erfolgen. Fehle es an so einer Vereinbarung, dürfe Bauland nicht neu ausgewiesen werden.²¹

3.4. Rechtsstaatsprinzip (Rechtsschutz)

Der VfGH kritisiert weiters den Mangel an effektivem Rechtsschutz. Die sbg Landesregierung gehe davon aus, dass über eine Beschwerde nach Art 144 B-VG ein ausreichender Rechtsschutz gewährt werden könne. Dazu könne es aber nur kommen, wenn sich Grundeigentümer*innen dem Druck der Gemeinde auf Vertragsab-

schluss entgegenstellen und zunächst die Konsequenzen einer Rückwidmung in Kauf nähmen. Die Bedenken des VfGH gehen aber in jene Richtung, dass Grundeigentümer*innen, die dem Druck auf Vertragsabschluss nicht standhielten und unter der drohenden Rückwidmung eine Vereinbarung abschlossen, nach erfolgtem Vertragsabschluss jede Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Gemeinde genommen werde. Es sei zwar richtig, dass die § 14-sbg ROG 1992-Vereinbarungen als privatrechtliche Verträge der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Abgesehen davon, dass die Durchsetzung der Nichtigkeit eines Vertrages nur bei entsprechender Beweislage möglich und mit erheblichem Kostenrisiko verbunden sei, drohe aber im Falle der Nichtigkeit der Vereinbarung die Rückwidmung bei der nächsten Änderung des Flächenwidmungsplanes. Der zivilrechtliche Rechtsschutz vermag den VfGH daher nicht zu überzeugen.

Auch der angeführte Rechtsschutz über die Aufsicht der Landesregierung sei nicht ausreichend. Zum einen fehle Grundeigentümer*innen die Parteistellung im aufsichtsbehördlichen Verfahren, weswegen sie weder die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots effektiv einfordern noch die rechtswidrige Genehmigung des Flächenwidmungsplans bekämpfen könnten. Zum anderen könne die Aufsichtsbehörde keinen ausreichenden Rechtsschutz dagegen bieten, dass Grundeigentümer*innen Vereinbarungen unter dem Druck der drohenden Umwidmung widerstrebend abgeschlossen haben. Sie sei lediglich befugt, dem Flächenwidmungsplan die Genehmigung zu versagen. Damit würde nebenbei bemerkt die Rechtstellung der Grundeigentümer*innen verschlechtert. Sie könne aber nicht auf die Gültigkeit abgeschlossener Vereinbarungen Einfluss nehmen.²²

3.5. Grundrechte und Kompetenzen

Auch aus grund- und kompetenzrechtlicher Perspektive trat der VfGH den zu prüfenden Bestimmungen entgegen. Da diese Zugänge für die nachfolgende Analyse des ktn ROG 2021 wenig ergiebig sind, werden sie hier nicht behandelt und auf das Erkenntnis VfSlg 15.625/1999 und die dazu ergangene Literatur²³ verwiesen.

4. Konsequenzen aus dem Aufhebungserkenntnis und Klarstellungen

Die grundsätzliche Befugnis der Gemeinde, privatwirtschaftliche Verträge abzuschließen, wurde im Erkenntnis

20 Auer, bbl 2000, 1 (4 f).

21 Auer, bbl 2000, 1 (5 f).

22 Auer, bbl 2000, 1 (6 f).

23 Anstatt vieler Auer, bbl 2000, 1; Kleewein, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, JBl 2000, 562; sowie Kleewein, Grundlagen der Vertragsraumordnung, bbl 2022, 227 mwN.

VfSlg 15.625/1999 nicht bezweifelt.²⁴ Aus diesem und folgenden Entscheidungen ergab sich aber vor allem die Unterscheidung in *fakultative* und *obligatorische Vertragsraumordnung*. Verfassungswidrig ist dabei, die Erlassung und Änderung von Planverordnungen vom vorherigen Abschluss privatrechtlicher Verträge abhängig zu machen.²⁵ Fakultativ, also unterstützend, können privatwirtschaftliche Maßnahmen jedoch eingesetzt werden.²⁶ Zur Rechtsschutzthematik, die in VfSlg 15.626/1999 eine prominente Stelle eingenommen hat, liegt in diesem Zusammenhang interessanterweise weniger Rechtsprechung vor als zur Verknüpfung von hoheitlichen und privatwirtschaftlichen Maßnahmen oder dem Verstoß gegen das Legalitätsprinzip. Dazu mehr im nächsten Abschnitt.

In weiterer Folge wurden einige dieser Punkte durch die Rechtsprechung bestätigt, erweitert oder verfeinert, bspw sind Verträge gemäß § 879 ABGB nichtig, wenn eine Behörde die Privatwirtschaftsverwaltung wählt, um öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entgehen. Auch wurde festgestellt, dass Aufgabenbereiche, die zu den hoheitlichen Vollzugsaufgaben der Behörde gehören, keinen Spielraum für privatrechtliches Handeln bieten. Im Übrigen – wie bereits im eben behandelten Grundlagenurteil erkannt – wurde bestätigt, dass eine Behörde, die ihr hoheitliches Handeln vom Zustandekommen einer privatrechtlichen Vereinbarung abhängig macht, gegen das Legalitätsprinzip verstößt.²⁷

5. Rechtskonformität der Kärntner Vertragsraumordnung nach dem Erk VfSlg 15.625/1999

Der Autor beschränkt sich in diesem Beitrag auf die Analyse der ktn Vertragsraumordnung. Nach jahrelanger Diskussion wurde das ktn Raumordnungsrecht umfassend reformiert und damit auch die Vertragsraumordnung auf neue (gesetzliche) Beine gestellt.²⁸ Wenn man das ktn ROG 2021 auf Abhängigkeiten mit privatwirtschaftlichen Vereinbarungen untersucht, stechen folgende Bestimmungen hervor: § 15 Abs 5 iVm § 15 Abs 4, § 25 Abs 5, § 30 Abs 6, § 32 Abs 1 Z 2 und § 36 Abs 6 Z 3 ktn ROG 2021. In all diesen Bestimmungen wird ein Raumordnungsvertrag zur Bedingung für eine Widmung. § 15 ktn ROG 2021 ermöglicht mit dem Abschluss einer Verwendungsvereinbarung die Umgehung der Voraussetzung der Berücksichtigung der Bauflächenbilanz und der Deckung durch die Baulandreserven. § 25 Abs 5 ktn ROG 2021 verpflichtet den Gemeinderat, ein

Aufschließungsgebiet aufzuheben, wenn neben den Voraussetzungen für die Bebauung auch eine Verwendungsvereinbarung vorliegt, und das selbst dann, wenn verfügbare Baulandreserven vorliegen. § 30 Abs 6 ktn ROG 2021 trägt der Gemeinde ohne jedwede Bedingung auf, dass sie durch privatwirtschaftliche Vereinbarung sicherzustellen hat, dass die Nutzung und der Betrieb des Hoteldorfs ausschließlich im Rahmen der gewerbsmäßigen Fremdenbeherbergung erfolgt. § 32 Abs 1 Z 2 ktn ROG 2021 erhebt eine privatwirtschaftliche Vereinbarung zu einer kumulativen Bedingung für die Zulässigkeit von Einkaufszentren außerhalb von Stadtkernen als Teil einer Ausnahmebestimmung für die Städte Klagenfurt am Wörthersee und Villach. Im Übrigen kann eine privatwirtschaftliche Vereinbarung in Verbindung mit anderen Tatbeständen nach § 36 Abs 6 Z 3 ktn ROG 2021 die Rückwidmung von Aufschließungsgebieten in Grünland verhindern.

Diese Bestimmungen sind sehr unterschiedlich ausgestaltet und verknüpfen demnach die privatwirtschaftliche Maßnahme und den Hoheitsakt in sehr unterschiedlicher Intensität. Jedoch ist in Betracht zu ziehen, dass gem § 38 Abs 7 Z 5 ktn ROG 2021 die Landesregierung als Aufsichtsbehörde die Genehmigung zu versagen hat, wenn der Flächenwidmungsplan „sonst gesetzwidrig“ ist. Demnach muss man zu der Auffassung gelangen, dass in jenen Fällen, in denen die privatwirtschaftliche Vereinbarung eine gesetzliche Voraussetzung darstellt, das Fehlen dieser Vereinbarung eine Versagung der Genehmigung herbeiführen muss. Je nach Art der Verknüpfung kann man freilich unterschiedlicher Ansicht sein, ob damit eine verpflichtende Verknüpfung im Sinne des Aufhebungserkenntnisses vorliegt, wobei nochmals darauf hinzuweisen ist, dass das Erkenntnis VfSlg 15.625/1999 sogar eine „Soll-Vorschrift“ abgelehnt hätte. § 30 Abs 6 ktn ROG 2021 fordert jedoch unmissverständlich und ohne Bedingung eine Vereinbarung. Liegt diese nicht vor, muss die Landesregierung die Genehmigung gem § 38 Abs 7 Z 5 ktn ROG 2021 als „sonst gesetzwidrig“ versagen. Damit liegt nach Meinung des Autors eine offenkundig zwingende Verknüpfung von privatwirtschaftlicher Maßnahme und Hoheitsakt vor. Legt man den Maßstab des VfGH von 1999 an, wäre wenigstens diese Bestimmung verfassungswidrig. Die anderen Bestimmungen müssten einer näheren Prüfung unterzogen werden, wobei auch hier die Auffassung vertreten wird, dass diese Bestimmungen eine verfassungswidrige Verknüpfung herstellen.

24 Auer, bbl 2000, 1 (8).

25 Kleewein, JBl 2000, 562 (576).

26 Auer, bbl 2000, 1 (8); Kleewein, JBl 2000, 562 (576).

27 Die hier angeführten Beispiele ergeben sich aus OGH 23.01.2013, 3 Ob 181/12g, vgl Seeber-Grimm/Seeber, Die Zulässigkeitsgrenze

privater Raumordnungsverträge, ZRB 2013, 96; für weitere Rechtsprechung siehe Kleewein, bbl 2022, 227 mwN.

28 Vgl Häusler, Grundzüge des neuen Kärntner Raumordnungsrechts, bbl 2021, 169.

An den Maßstäben des VfGH hinsichtlich der zwingenden Verknüpfung privatwirtschaftlicher und hoheitlicher Maßnahmen hat sich wohl auch durch die weiteren Entscheidungen nichts geändert. So erklärt der VfGH in VfSlg 20.009/2015 in einem Fall, dem das neue sbg ROG 2009 zugrunde liegt, erneut, dass nur die zwingende Verknüpfung privatwirtschaftlicher und hoheitlicher Maßnahmen verfassungswidrig sei. Zur alten Rechtslage führte er aus: „Die *privatwirtschaftlichen Vereinbarungen seien nicht bloß fakultativ eingesetzte und unterstützende Mittel zur Erreichung der von der Gemeinde angestrebten Entwicklungsziele, sondern zwingende Voraussetzung für die zukünftige Flächenwidmung gewesen.*“²⁹ Demnach würden heute einige der angeführten Bestimmungen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung wohl nicht standhalten. Nicht nachvollziehbar ist, wenn *Kleewein* in Anlehnung an *Berka* und *Kletečka* ausführt, dass Verträge zwar eine notwendige aber nicht die *einzig*e Voraussetzung für die Verordnungserzeugung darstellen dürften.³⁰ Auch eines von mehreren kumulativen Tatbestandsmerkmalen ist zwingend zu erfüllen und damit eine zwingende Voraussetzung. Der VfGH differenziert hier nach Auffassung des Autors nicht.

Die Frage ist aber, was mit den dezidiert als Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot formulierten Bedenken geschehen ist. Ein wesentlicher Themenkomplex der Entscheidung des VfGH³¹, der zur Aufhebung der Bestimmungen über die Vertragsraumordnung geführt hat, wird in weiterer Folge in der Rechtsprechung zur Vertragsraumordnung kaum mehr thematisiert. So erwähnt *Kleewein* unter dem Schlagwort fakultative Vertragsraumordnung, dass der VfGH in späteren Erkenntnissen festgehalten hätte, dass Verträge, die der Umsetzung von öffentlichen Interessen der Raumordnung dienen, sehr wohl eine Grundlage für die Erlassung und Änderung von Planverordnungen sein könnten.³² In diesen Entscheidungen wird aber, soweit ersichtlich, nicht auf das Rechtsstaatsgebot eingegangen. *Kleewein* selbst thematisiert in seinem Beitrag die Verknüpfung zwischen Planverordnung und Vertrag, die gesetzliche Ermächtigung und den Schutz der Grundrechte, aber eine ähnlich prominente Auseinandersetzung mit der rechts(schutz)staatlichen Argumentation des Aufhebungserkenntnisses fehlt in neueren Beiträgen.³³ Auch *Auer* behauptet schon vor über zwanzig Jahren, dass, wenn bloß die verpflichtende

Verbindung entfele, die Kritikpunkte obsolet wären.³⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht bleibt der Kritikpunkt des Verstoßes gegen das Rechtsstaatsgebot auch bestehen, wenn die formelle Verknüpfung nicht mehr besteht.³⁵ Der Rechtsschutz ist auch dann erschwert, wenn die Gemeinde nicht verpflichtet ist, privatwirtschaftliche Maßnahmen zu nutzen, sondern es freiwillig tut, den Abschluss faktisch zu einer Bedingung macht und Grundeigentümer*innen damit in Vereinbarungen zwingt. Letztere sind dann unter Umständen gezwungen, den zivilrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Weg mit jeweils ungewissen und am Ende vielleicht unterschiedlichen Ergebnissen zu beschreiten. Außerdem gelten die Argumente des VfGH dann ebenso weiterhin: keine Parteistellung im aufsichtsbehördlichen Genehmigungsverfahren, keine Möglichkeit der Aufhebung von Verträgen durch die Aufsichtsbehörde, Beweislast und Kostenrisiko im zivilgerichtlichen Verfahren und das Risiko der Rückwidmung. Folgt man also den Kritikpunkten aus VfSlg 15.625/1999 inhaltlich vollumfänglich,³⁶ wäre wohl ein wirksamer öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz die effektivste, effizienteste und rechtssicherste Methode, um dem Rechtsstaatsgebot nach der Auslegung des VfGH in VfSlg 15.625/1999 gerecht zu werden.

6. Fazit

Die Vertragsraumordnung ist aus dem heutigen Raumordnungsrecht nicht mehr wegzudenken. Nach den Maßstäben, die der VfGH 1999 angelegt hat, ist die Rechtskonformität wenigstens einiger Bestimmungen der Raumordnungsgesetze der Länder jedoch zumindest zweifelhaft, wie es am Beispiel des ktn ROG 2021 gezeigt wurde. In Anbetracht dessen, dass die Vertragsraumordnung bereits seit mehreren Jahrzehnten diskutiert wird, ist eine „*explizite verfassungsrechtliche Regelung der Vertragsraumordnung zur Erhöhung der Rechtssicherheit (Prüfung der Überführung vom zivilen ins öffentliche Recht)*“, wie sie im Regierungsprogramm 2020–2024 verankert ist,³⁷ wohl längst überfällig. Es bleibt abzuwarten, ob diesbezüglich in der derzeitigen Legislaturperiode noch Fortschritte gemacht werden können.

Unabhängig von der Rechtsprechung zur Vertragsraumordnung hat sich das Rechtsstaatsprinzip zu

29 VfGH 07.10.2015, E 1055/2015 ua.

30 *Kleewein*, bbl 2022, 227 (231).

31 VfSlg 15.625/1999.

32 *Kleewein*, bbl 2022, 227 (228).

33 *Kleewein*, bbl 2022, 227 (228).

34 *Auer*, bbl 2000, 1 (8).

35 Vgl auch Öhlinger, Phantasie und Recht oder Vertragsraumordnung und Bundesverfassung, in FS Barfuß (2002) 197 (206 f), wo

argumentiert wird, dass dieser Kritikpunkt für alle privatrechtlichen Handlungsformen des Staates gelten müsste und konsequenterweise zur Verfassungswidrigkeit der privatrechtlichen Handlungsform führen muss.

36 Anderer Ansicht Öhlinger in FS Barfuß, 197 (206 f).

37 *Gschwandtner*, Was ist für Gemeinden im Regierungsprogramm 2020–2024 relevant?, RFG 2020, 30 (32).

38 *Hiesel*, ÖJZ 2009, 111 (118).

einem äußert flexiblen Instrument entwickelt, das diverse Missstände aufgreifen kann. Gleichzeitig sind die Rechtsstaatsjudikatur oder wenigstens ihre Änderungen aus strikt rechtswissenschaftlicher Sicht nicht immer nachvollziehbar. Beides ist insofern verständlich, als es sich bei der Anwendung des Rechtsstaatsprinzips um die Auslegung des Gesamtsystems der Verfassung handelt. Andererseits gibt es sehr wohl Fälle, in denen eine Begründung der Entscheidung basierend auf bestimmten Verfassungsbestimmungen oder wenigstens die nachvollziehbare Herleitung der Interpretation des Gesamtsystems möglich wäre. In dieser Hinsicht ist *Hiesel* also in seiner Kritik zuzustimmen, dass die Rechtsstaatsjudikatur des VfGH oftmals dogmatisch unzureichend begründet ist und der Eindruck erweckt wird, „dass der VfGH ohne nachvollziehbare Ableitung aus dem positiven Recht in case-law-artiger Form lieber allgemeine rechtsstaatliche Aussagen trifft als die dabinter stehende Verfassungsvorschrift zu benennen und die getroffenen Aussagen aus ihr überzeugend zu begründen“.³⁸ Dementsprechend wäre es zu begrüßen, wenn die rechtsstaatlichen Überlegungen des VfGH in seinen Entscheidungen auch von positiven Normen getragen würden. Das würde zur Nachvollziehbarkeit und zur Rechtssicherheit beitragen und wäre doch demnach im Grunde ein Gebot des Rechtsstaatsprinzips.

Am Ende zeigt sich am Beispiel der Vertragsraumordnung ganz deutlich das Spannungsverhältnis zwischen dem abstrakten Rechtsstaatsprinzip sowie der sehr großzügigen Auslegung dieses Baugesetzes durch den VfGH einerseits und den Vorstellungen des einfachen Gesetzgebers andererseits, der versucht den besagten Vorgaben zu genügen und dennoch auf Probleme der Zeit zu reagieren und zu gestalten. Die implizite Kritik dieses Beitrags richtet sich also an den VfGH und die Wissenschaft hinsichtlich der fehlenden Nachvollziehbarkeit ihrer jeweiligen Auslegung des Rechtsstaatsprinzips sowie an den Verfassungsgesetzgeber wegen der mangelnden verfassungsrechtlichen Absicherung und rechtsstaatlich ausgeglichenen Ausgestaltung der Vertragsraumordnung als Rechtsinstitut, das in der Praxis wohl überwiegend als notwendig erachtet wird.

Korrespondenz: David Franz Sabitzer, BSc,
da.sabitzer@gmail.com

Literaturverzeichnis

- Adler Georg*, Staatliche Grundlagen und Instrumente zur Baulandmobilisierung, *ecolex* (2011) 384.
- Auer Martin*, Salzburger Vertragsraumordnung verfassungswidrig, *bbl* (2000) 1.
- Eberhard Harald*, Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Wirtschaftsrecht, *ZfV* (2013) 727.
- Gschwandtner Konrad*, Was ist für Gemeinden im Regierungsprogramm 2020–2024 relevant?, *RFG* (2020) 30.
- Häusler Katharina*, Grundzüge des neuen Kärntner Raumordnungsrechts, *bbl* (2021) 169.
- Hiesel Martin*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, *ÖJZ* (2009) 111.
- Kalss Susanne*, Vereinbarungen über die Verwendung von Grundflächen, *ZfV* (1993) 551.
- Klewein Wolfgang*, Grundlagen der Vertragsraumordnung, *bbl* (2022) 227.
- Klewein Wolfgang*, Konsequenzen aus dem Erkenntnis des VfGH zur Salzburger Vertragsraumordnung, *JBl* (2000) 562.
- Ogris Werner*, Zur Geschichte des Rechtsstaats. Eine Einführung, *NetV* (2014) 90.
- Öhlinger Theo*, Phantasie und Recht oder Vertragsraumordnung und Bundesverfassung, in *FS Barfuß* (Manz 2002) 197.
- Öhlinger Theo/Eberhard Harald*, *Verfassungsrecht*¹³ (facultas 2022).
- Pichler Matthias*, Der Rechtsstaat – Ideologie oder Illusion? 21. 5. 2014, *NetV* (2014) 101.
- Pernthaler Peter/Prantl Barbara*, Raumordnungsverträge aus verfassungsrechtlicher Sicht, in *ÖROK* (Hrsg), Möglichkeiten und Grenzen integrierter Bodenpolitik in Österreich (*ÖROK* 1995) 213.
- Raschauer Bernhard*, „Finale Programmierung“ und Raumordnung, *ZfV* (1980) 93.
- Rill Heinz Peter*, Hoheitsverwaltung im Schafspelz: ein verfassungsrechtlicher Einspruch, *Österreichische Zeitschrift für Raumplanung und Regionalpolitik* (1998) 26.
- Seeber-Grimm Diana/Seeber Thomas*, Die Zulässigkeitsgrenze privater Raumordnungsverträge, *ZRB* (2013) 96.
- Steiner Wolfgang*, Privatrechtliche Verträge zur Unterstützung der Aufgaben der örtlichen Raumordnung, *WBFÖ* (1994) Heft 1/2, 1.

The Tale of Investment Arbitration – Examining the EU’s Case against the Rule of Law

A worldwide revolt against investment (or investor-State) arbitration is raging. The criticism may well be the strongest in the EU. Indeed, the Union has gone to great lengths to eliminate investor-State arbitration within its borders. While it is perhaps trite to observe that it has ultimately succeeded in this endeavor, there are still many open questions. One such query concerns the rule of law. This article examines, from the rule of law perspective, the impact of the EU’s approach towards investment arbitration on individual investors.

Keywords: rule of law, international economic law, investment arbitration, intra-EU arbitration, foreign investment protection, CJEU, Achmea, ISDS.

Legal norms: Article 267 TFEU; Article 344 TFEU; Article 2 TEU; international investment agreements; ICSID Convention; Termination Agreement; January 2019 Declaration.

By Djordje Todorovic

1. Introduction

Investment arbitration is a private dispute settlement mechanism, which allows individuals (i.e., foreign investors) to bring claims against sovereign States before international tribunals. The European Union (EU) has historically been one of the driving forces behind the development of investor-State dispute settlement (ISDS). Nevertheless, the EU’s policy towards investment arbitration has changed dramatically in recent years.

Following the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *Achmea*,¹ the EU has been on an endless ‘offensive’ against its former crown jewel. *Achmea* opened the floodgates to further invasive measures effectively eliminating investor-State arbitration within the EU. One such measure, for instance, resulted in the termination of all bilateral investment treaties (BITs) between the Member States.²

This article examines the impact of these measures from the individual investor’s perspective. It so argues that the EU’s ‘offensive’ has thus far produced a single, but notable casualty – the rule of law. The article will first explore the foundations of investor-State arbitration – its

present and future. Second, it will then turn to the exact measures the EU has taken in eliminating investment arbitration within its borders. Third, the article will provide a detailed analysis of the detrimental effect on the rule of law. Last, the conclusion will summarise the relevant findings and discuss potential alternatives to the EU’s current course of action.

2. The Foundations of Investment Arbitration

Investor-State arbitration is, by all means, a unique dispute settlement mechanism. Investment cases bring States as traditional and individuals as emerging holders of international legal personality to the same table. This ‘table’ is placed outside the States’ domestic legal order thus creating an equal setting between the disputing parties. States will typically act as respondents, while individuals (i.e., foreign investors) primarily appear as claimants.³ Crucially, in bringing an international claim against a State, the investor does not act on behalf of its home State, but as a “*master of its own destiny and keeper of its own rights*”.⁴ Investment arbitration thus represents a decisive break from (a) traditional dispute settling through diplomatic protection, and (b) the presumption of subordinacy typically associated with the relationship of States and individuals as their subjects.

The jurisdiction of an investment tribunal is anchored in the agreement between the disputing parties. Like all ‘contracts’, the (arbitration) agreement comes into force through offer and acceptance. States will typically offer consent in advance (i.e., prior to the dispute) by either (i) concluding an investment treaty with the investor’s State of nationality, (ii) adopting an investment law, or (iii) signing an investment contract with the

1 Case C-284/16 *Slowakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV* [2018] ECLI:EU:C:2018:158.

2 See the Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union.

3 See, for instance, Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (3rd edn, OUP 2021) 536: “In almost all investor–state arbitrations, the investor is the claimant and the host state is the

respondent. [...] among all the arbitration cases registered at IC-SID as of 2007, only two were initiated by states, and jurisdiction in both cases was based on contracts with the investor and not on investment treaties.”

4 Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (CUP 2009) 36.

prospective investor. Investment contracts contain “*the advance consent of both the investor and the state to resolve disputes arising under the contract through arbitration*”.⁵ In contrast, by concluding treaties or enacting laws, a State extends an advance (or standing) offer of consent to “*a specified – but typically very broad – class of investors*” without having a particular actor or legal relationship in mind.⁶ Investors accept such offers by initiating arbitral proceedings before investment tribunals (i.e., once the dispute has already arisen). This concept was famously described by Jan Paulsson as “*arbitration without privity*” – a form of arbitration where there is no need to have (or – in other words – be privy to) a contractual relationship with the respondent.⁷ While the contemporary success of investor-State arbitration seems to be etched in stone,⁸ there is still much uncertainty surrounding its future. After all, as Paulsson explains, “[*arbitration without privity is a delicate mechanism*]” that could falter at any time.⁹ At present, investment arbitration is facing significant backlash. Some argue that there is a systematic bias towards investors inherent in the regime itself.¹⁰ Others point to the inconsistency in the decision-making causing uncertainty and instability of the legal framework.¹¹ Another argument revolves around the perceived crippling effect of investment protection on the States’ regulatory autonomy.¹² In any event, the future of investor-State arbitration will either consist of sensible reform or outright destruction. This decision should depend on whether the regime is able to show value in resolving the major issues of the present times.¹³ Yet, some minds appear to have already been made up.

3. Investment Arbitration in the EU – An Evolution

The EU has historically been one of the driving forces behind the development of investor-State arbitration.

Indeed, the Member States are responsible for a number of ‘firsts’ in this realm. The world’s first investment protection treaty was signed between Germany and Pakistan.¹⁴ The first such treaty to contain an arbitration clause was concluded between Italy and Chad.¹⁵ By the same token, the very first ICSID award was rendered in a case involving an Italian investor,¹⁶ while a British corporation initiated the first arbitration based on an investment treaty.¹⁷ Beyond individual contributions, the EU itself was instrumental in the creation of the Energy Charter Treaty (ECT), establishing the first multilateral protection scheme in the energy sector.¹⁸ Nevertheless, the EU’s stance towards investment arbitration has changed dramatically in recent years. Two preliminary remarks are worth noting here. One, this change relates solely to investor-State arbitration between EU nationals and EU Member States (i.e., intra-EU arbitration). Arbitration between corporate entities (i.e., commercial arbitration) and investment arbitration involving at least one extra-EU party remain unaffected. Two, while the Rubicon was ultimately crossed with the *Achmea* judgment, the EU’s discontent towards intra-EU arbitration was first articulated long before. Acting as “*the guardian of the EU treaties*”, the European Commission (EC) intervened as a non-disputing party through *amicus curiae* briefs in a number of intra-EU proceedings prior to *Achmea*.¹⁹ In doing so, the EC was the first to advance arguments against intra-EU arbitration based on EU law. These arguments were later adopted and expanded by other actors.

3.1. The *Achmea* Saga

Building on the EC’s *amicus curiae* practice, the CJEU engaged with the intra-EU issue for the first time in a landmark judgment rendered on 6 March 2018 in the *Slovak Republic v Achmea BV* case (C-284/16).²⁰ The

5 Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen and Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (OUP 2017) 60.

6 *ibid* 61.

7 Jan Paulsson, ‘Arbitration Without Privity’ (1995) 10 ICSID Rev – FILJ 232.

8 See, for instance, the statistics provided by the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD).

9 Paulsson (n 7) 257.

10 Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Liz Chung, Claire Balchin (eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010) 38.

11 *ibid*.

12 *ibid*.

13 One such issue is climate change. A global shift to renewable energy will require considerable foreign investment.

14 Rudolf Dolzer, Ursula Kriebaum and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (3rd edn, OUP 2022) 9: “*The era of modern BITs began in 1959 when Germany and Pakistan adopted a bilateral agreement, which entered into force in 1962.*”

15 *ibid*: “*Starting with the treaty between Chad and Italy of 1969, BITs began offering arbitration between host States and foreign investors.*”

16 Inna Uchkunova, ‘ICSID: Curious Facts’ (*Kluwer Arbitration Blog*, 25 October 2012): “*Which is the first ICSID award? The Award rendered on August 29, 1977 in the case of Adriano Gardella S.p.A. v Côte d’Ivoire (ICSID Case No. ARB/74/1).*”

17 Mark Mangan and Noah Rubins, Introduction to *The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement – First Edition* (Global Arbitration Review, 2022): “*One might say that the specialism was born in 1987, with the launch of the first arbitral procedure based on an investment treaty, AAPL v. Sri Lanka.*”

18 For further context on the negotiating history, see Kaj Hobér, *The Energy Charter Treaty* (OUP 2020) 13 et seqq.

19 Nikos Lavranos, Adhiraj Lath and Reet Varma, ‘The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT was ruined by the EU and its Member States’ (2023) *SchiedsVZ* 38.

20 *Slowakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV* (n 1).

initial dispute concerned investor-State claims brought by Achmea, a Dutch health insurance company, against the government of Slovakia. Achmea relied on Article 8 of a bilateral investment treaty (BIT) concluded between the Netherlands and Slovakia in 1991.²¹ An investment tribunal constituted under the UNCITRAL Arbitration Rules and seated in Frankfurt, decided the dispute in investor's favour awarding 22 million EUR in damages.²² As a consequence, Slovakia initiated proceedings before German (domestic) courts in an attempt to set aside the unfavourable award. The dispute ultimately landed before the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*), which submitted a request for a preliminary ruling with the CJEU.

The German Court was uncertain as to whether Articles 267 and 344 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) precluded the application of Article 8 of the Dutch-Slovak BIT. In answering this question, the CJEU made a number of findings that would ultimately shape the intra-EU debate. The Court noted that arbitral tribunals may generally “*be called on to interpret or indeed apply EU law*”.²³ It emphasised, however, that such a tribunal could not be “*classified as a court or tribunal ‘of a Member State’ within the meaning of Article 267 TFEU*”.²⁴ Accordingly, an international tribunal that could potentially decide in a matter involving EU law would nonetheless be barred from requesting a preliminary ruling. Moreover, as the CJEU explained, arbitral awards are notably “*subject only to limited judicial review by the competent national courts*”.²⁵ From the Court's perspective, this necessarily implied that “*the uniformity and consistency of EU law cannot be preserved*”.²⁶ Against this backdrop, the CJEU decided that “*Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8*”.²⁷ The *Bundesgerichtshof* duly implemented this ruling and decided to set aside the original award. Slovakia's

offer to arbitrate was contained in Article 8 of the BIT (i.e., in the arbitration clause). This clause was, however, now invalid under EU law. The arbitration agreement between the disputing parties, which itself depends on the offer in Article 8, had thereby become likewise invalid. Without the arbitration agreement, and as far as EU law was concerned, the arbitral tribunal did not have jurisdiction to decide over the dispute.

3.2. The (Immediate) Aftermath

The *Achmea* judgment produced strong opinions both in terms of critique and praise. Crucially, while the (investment) arbitration community uniformly rejected it, the Member States issued a joint declaration endorsing the Court's approach and vowing to end all *inter se* investment agreements. The January 2019 Declaration, albeit “*of a political and not a legally binding nature*”,²⁸ offers much needed guidance on the potential outcomes of the *Achmea* judgment. In particular, it clarifies first that not just specific but “*all investor-State arbitration clauses contained in [BITs] concluded between Member States are contrary to Union law and thus inapplicable*”.²⁹ Second, it urges all (intra-EU) courts to set aside or not enforce awards rendered pursuant to intra-EU arbitration clauses.³⁰ Third, it declares that “*no new intra-EU investment arbitration proceedings should be initiated*”.³¹ Last, it contains an express commitment of the Member States to “*terminate all bilateral investment treaties concluded between them by means of a plurilateral treaty or, where that is mutually recognised as more expedient, bilaterally*”.³²

On 5 May 2020, 23 Member States acted on the aforementioned commitment.³³ The “*Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*” (Termination Agreement) marks the (official) end for the majority of intra-EU BITs.³⁴ While it is well-established that States are free to terminate treaties with little to no constraint,³⁵

21 Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic.
 22 *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Final Award, 7 December 2012, para 352.
 23 *Slowakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV* (n 1) para 42.
 24 *ibid* para 46.
 25 Clement Fouchard and Marc Krestin, ‘The Judgment of the CJEU in *Slovak Republic v. Achmea* – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!’ (*Kluwer Arbitration Blog*, 7 March 2018).
 26 Nikos Lavranos and Tania Singla, ‘*Achmea*: Groundbreaking or Overrated?’ (2018) *SchiedsVZ* 348, 349.
 27 *Slowakische Republik (Slovak Republic) v Achmea BV* (n 1) para 60.
 28 *Fynerdale Holdings B.V. v. Czech Republic*, PCA Case No. 2018-18, Award, 29 April 2021, para 290.
 29 Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union 1.

30 *ibid* 3.
 31 *ibid*.
 32 *ibid* 4.
 33 Austria, Finland, Ireland, and Sweden did not sign the Termination Agreement.
 34 The ECT, as a multilateral treaty, is notably not covered by the Termination Agreement. As it stands, however, a coordinated withdrawal from the ECT will take place in the near future. See, for instance, the recently leaked non-paper from the EC on the ‘Next steps as regards the EU, Euratom and Member States’ membership in the Energy Charter Treaty’.
 35 See, for instance, *Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft, and Inicia Zrt v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/17/27, Award, 13 November 2019, para 213: “*The Respondent submits that the Contracting States are the masters of the treaty. In general, the Tribunal agrees with this statement. Indeed, when the Contracting States are in agreement, they may even go as far as to terminate the treaty.*”

the Termination Agreement achieves this objective in a rather unusual manner. For one, it terminates both the BITs themselves and the sunset clauses contained therein.³⁶ A sunset (or survival) clause extends “*the temporal scope of investment protection including investment arbitration under the respective BIT for a certain period after the termination of the BIT*”.³⁷ By terminating both the treaty and its sunset clause, the “*Termination Agreement modifies the legal consequences the termination of a BIT might have usually had*”.³⁸ For another, the Termination Agreement is intended to apply retroactively.³⁹ The date of the *Achmea* judgment (i.e., 6 March 2018) functions as “*the cut-off-date*” here.⁴⁰ The Termination Agreement thus retroactively invalidates States’ consent in all investment arbitration proceedings initiated and/or concluded after *Achmea*. Scholars have uniformly rejected this premise as “*problematic*” from the public international law perspective.⁴¹ The retroactivity conundrum aside, the Termination Agreement represents the final chapter in the history of intra-EU BIT arbitration. Indeed, even with the proceedings initiated prior to this point unaffected, investors will decidedly be barred from relying on BITs in the future.

3.3. The Expansion of *Achmea*

As indicated above, investor-State tribunals derive jurisdiction from more than one instrument. Following the January 2019 Declaration and the termination of “*roughly 130 intra-EU BITs*”⁴², the CJEU turned to other sources of arbitral jurisdiction. Two notable decisions broadened the scope of the *Achmea* judgment. On 2 September 2021, the Court rendered the much-awaited judgment in the *Republic of Moldova v Komstroy LLC* case (C-741/19).⁴³ Like in *Achmea*, the responding State initiated set aside proceedings before a domestic court in the seat of arbitration, i.e., the Paris Court of Appeal. The French Court requested a preliminary ruling from the CJEU vis-à-vis the interpretation of various

provisions in the ECT. The *Cour d’appel* specifically asked whether “*a debt arising out of an electricity sales contract [...] can be regarded as an ‘investment’*” within the meaning of Article 1(6) ECT.⁴⁴ Curiously, the judgment does not (primarily) engage with this question. Rather, “*the CJEU allots more than 50 per cent of its substantive reasoning to the question of whether intra-EU arbitration under the ECT is compatible with the EU legal order.*”⁴⁵ In answering its own question, the CJEU seized the opportunity to transpose the reasoning from *Achmea* to a different, multilateral context.⁴⁶

The Court identified the ECT as “*an act of EU law*”, which may lead an arbitral tribunal established thereunder “*to interpret, and even apply, EU law*”.⁴⁷ Yet, such a tribunal cannot (i) “*constitute a component of the judicial system of a Member State*”, or (ii) “*be classified as a court or a tribunal ‘of a Member State’ within the meaning of Article 267 TFEU*”.⁴⁸ Likewise, the potential role of domestic courts (in safeguarding the core principles of EU law) is undermined by the fact that awards rendered pursuant to the ECT are subject to a “*limited review concerning, in particular, the jurisdiction of the arbitral tribunal*”.⁴⁹ Based thereon, the Court observed that “*tribunals in intra-EU disputes may interpret or apply EU law without the involvement of the CJEU*”.⁵⁰ The same premise naturally led to the same conclusion as in the *Achmea* case: investor-State arbitration under the ECT is “*a threat to ‘the autonomy and [...] the particular nature of EU law’*”, and thus incompatible with the EU legal order.⁵¹

Less than two months after *Komstroy*, the CJEU handed down its hitherto final judgment of the intra-EU debate in the *Republic of Poland v PL Holdings Sàrl* case.⁵² The initial arbitration was conducted under the auspices of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC). PL Holdings claimed breaches of the Belgium-Luxembourg Economic Union (BLEU)-Poland BIT. The final award was rendered in investor’s favour requiring the responding State to pay 176 million EUR in damages.⁵³ In response, Poland

36 Article 2 of Termination Agreement.

37 Johannes Tropper and August Reinisch, ‘The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU’ in Christian Klausegger et al (eds) *Austrian Yearbook on International Arbitration 2022* 301, 315.

38 *ibid* 316.

39 Articles 5, 6 and 7 of the Termination Agreement.

40 Tropper and Reinisch (n 37) 306.

41 *ibid* 327.

42 *ibid* 304.

43 Case C-741/19 *Republic of Moldova v Komstroy LLC* [2021] ECLI:EU:C:2021:655.

44 Clement Fouchard, ‘CJEU to Seal the Fate of US\$50 Million ECT Award Against Moldova?’ (*Kluwer Arbitration Blog*, 27 April 2020).

45 Sebastian Lukic, ‘Unlawful Consent is Still Consent: International Law Perspective on Komstroy vs Moldova’, Cambridge Inter-

national Law Journal – Edward Elgar Publishing (15 September 2021).

46 Johannes Tropper, ‘From Achmea to Komstroy – The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty’ (*Völkerrechtsblog*, 22 September 2021).

47 *Republic of Moldova v Komstroy LLC* (n 43) paras 49-50.

48 *ibid* paras 52-53.

49 *ibid* para 57.

50 Tropper (n 46).

51 *ibid*.

52 Case C-109/20 *Republiken Polen (Republic of Poland) v PL Holdings Sàrl* [2021] ECLI:EU:C:2021:875. The judgment rendered in the *Micula* case (C-638/19 P) on 25 January 2022 is not considered to be a core part of the “intra-EU debate” for the present purposes.

53 *PL Holdings Sàrl v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/163, Final Award, 28 August 2017, para 64.

initiated set aside proceedings before Swedish courts. In an unusual turn of events, however, the Svea Court of Appeal “decided to dismiss the Republic of Poland’s action at first instance”.⁵⁴ It found that the invalidity of the arbitration clause in the BIT “did not prevent [the disputing parties] from concluding an ad hoc arbitration agreement at a later stage”.⁵⁵ According to Swedish arbitration law, “by initially failing to raise the intra-EU objection in the arbitration”, Poland consented to such “an individual arbitration agreement that was not covered by the *Achmea* Judgment”.⁵⁶ Hence, the arbitral tribunal did not err in its decision to accept jurisdiction over the dispute at hand. In consequence, the State lodged an appeal against the lower court’s ruling before the Swedish Supreme Court. The *Högsta domstolen* referred the potential validity of ad hoc arbitration agreements to the CJEU for a preliminary ruling.

The CJEU noted that an ad hoc arbitration agreement produces “the same effects as those resulting from” an arbitration clause in an intra-EU BIT.⁵⁷ Accordingly, a Member State concluding such an individual arbitration agreement with an EU national would constitute nothing more than “a circumvention of the obligations arising out of [...] Articles 267 and 344, as interpreted in the judgment of 6 March 2018, *Achmea*”.⁵⁸ By the same token, the CJEU emphasised that there is a real risk that the same approach “could be adopted in a multitude of disputes [...] thus allowing the autonomy of [EU law] to be undermined repeatedly”.⁵⁹ Against this backdrop, the Court ultimately decided that “Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding national legislation which allows a Member State to conclude an ad hoc arbitration agreement with an investor from another Member State”.⁶⁰

From the EU’s perspective, (i) *Achmea*, (ii) the January 2019 Declaration, (iii) the Termination Agreement, (iv) *Komstroy*, and (v) *PL Holdings* conclusively eliminated all forms of intra-EU investor-State arbitration. EU nationals will no longer be able to rely on ISDS to resolve future disputes with the Member States. The consequences are far-reaching. In the following section, they will be examined through the rule of law lens.

4. The Rule of Law Perspective

The Member States have consistently relied on the aforementioned measures in objecting to the jurisdiction of investment tribunals. The results have been predominately negative with (a) close to 60 tribunals rejecting,⁶¹ and (b) only one tribunal accepting the intra-EU objection thus far.⁶² The arguments advanced by the majority have ranged from (i) distinguishing between the law applicable to jurisdiction and the merits of a dispute,⁶³ (ii) the irrelevance of primacy and autonomy of EU law on the international plane,⁶⁴ (iii) non-retroactivity of the Termination Agreement,⁶⁵ and (iv) the duty of tribunals to accept arbitral jurisdiction.⁶⁶

In addition, a number of tribunals dismissed intra-EU objections in reliance on the rule of law. The tribunal in *ESPF v. Italy* emphasised that “the result advocated by the Respondent and the EC [is] neither permitted under customary international law nor consistent with the rule of law”.⁶⁷ By the same token, the tribunal in *LSG v. Romania* underlined that “[w]hat is not permissible is for States to adopt shortcuts that disregard the international rule of law”.⁶⁸ The rule of law has thus clearly emerged as an important aspect of the intra-EU discussion. The following section explores this notion in more detail.

54 *Republiken Polen (Republic of Poland) v. PL Holdings Sàrl* (n 52) para 29.

55 *ibid.*

56 Lisa Bohmer, ‘CJEU Decides that an Ad Hoc Arbitration Agreement Identical to the Investor-State Arbitration Clause of an Intra-EU Treaty is Incompatible with EU Law’ (*Investment Arbitration Reporter*, 26 October 2021).

57 *Republiken Polen (Republic of Poland) v. PL Holdings Sàrl* (n 52) para 48.

58 *ibid* para 47.

59 *ibid* para 49.

60 *ibid* 56.

61 The exact number of known intra-EU decisions rejecting intra-EU objections presently sits at 59.

62 *Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V 2016/135, Award, 16 June 2022.

63 See, for instance, *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/14/24, Award, 21 June 2019, para 513: “Claimants – rightly in the Tribunal’s view – consider the issue [of jurisdiction] from the perspective of international law, from which the two (2) sources of the arbitration agreement, i.e. the ICSID Convention and the BIT, originate.”

64 See, for instance, *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG, Hamburg (Germany) v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2017-15, Final Award, 11 May 2020, para 378: “a tribunal situated on the international plane [...] is not bound by the position adopted by the CJEU, which is a court within a regional sub-system of international law.”

65 See, for instance, *Marfin Investment Group Holdings S.A., Alexandros Bakatselos and others v. Republic of Cyprus*, ICSID Case No. ARB/13/27, Award, 26 July 2018, para 593: “once this consent [to arbitrate] has been given and has been accepted by an investor through the initiation of arbitral proceedings, this consent may not be withdrawn unilaterally by Respondent.”

66 See, for instance, *AS PNB Banka and others v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/17/47, Decision on the Intra-EU Objection, 14 May 2021, para 654: “there is no warrant for any court or tribunal to refuse to exercise its actual jurisdiction.”

67 *ESPF Beteiligungs GmbH and others v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/16/5, Award, 14 September 2020, para 326.

68 *LSG Building Solutions GmbH and others v. Romania*, ICSID Case No. ARB/18/19, Decision on Jurisdiction, Liability and the Principles of Reparation, 11 July 2022, para 785.

The first subsection defines the rule of law in general terms. The second subsection examines the relationship between the rule of law and investment arbitration. The third subsection analyses the consequences of the EU's measures on the adherence to the rule of law.

4.1. Defining “the Rule of Law”

The rule of law is, by any measure, one excessively used legal term. From the world of politics to media and even art, this notion appears to be omnipresent. Yet, as *Tamanaha* appositely observes, “[f]ew [...] ever articulate what it precisely means”.⁶⁹ Scholars have described the conundrum that is the rule of law in the following terms: “not sufficiently clear”⁷⁰, “exceedingly elusive”⁷¹, and “less clear today than ever before”⁷². Accordingly, defining “the rule of law” must be the first (and perhaps the most significant) task for the present analysis.

The idea behind “the rule of law” was first conceptualised by Aristotle, who argued that “[i]t is better for the law to rule than one of the citizens”.⁷³ The expression itself – “the rule of law”, on the other hand, can be traced back to Professor A. V. Dicey and his book “*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*” (1885). Professor Dicey “gave three meanings to the rule of law”.⁷⁴ According to the first meaning, “no man is punishable or can lawfully be made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law”.⁷⁵ Dicey divided the second meaning into two distinct points: (i) “no man is above the law”, and (ii) “every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals”.⁷⁶ Finally, the third meaning was expressed through the fact that “the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution are with us the result of judicial decisions.”⁷⁷ Dicey's views “encountered strong academic criticism” with the changing of the times.⁷⁸ Nevertheless, they served

as a benchmark for a definition developed by Lord Thomas Bingham – now widely accepted as the universal definition of “the rule of law”:

*“[T]he law must be accessible and intelligible; disputes must be resolved by application of the law rather than exercise of discretion; the law must apply equally to all; it must protect fundamental human rights; disputes should be resolved without prohibitive cost or inordinate delay; public officials must use power reasonably and not exceed their powers; the system for resolving differences must be fair. Finally, a state must comply with its international law obligations.”*⁷⁹

Strictly speaking, Lord Bingham's definition is not a definition at all. It is a list of the fundamental tenets of the rule of law.⁸⁰ More challenging is, however, the fact that this definition (or list) corresponds (primarily) to the domestic understanding of the rule of law. Yet, as *Schill* explains, “international investment law is part of international law and [...] needs to be measured against an international yardstick”.⁸¹ There is thus a need for a definition developed (a) on the international plane and (b) for the international plane. In a 2012 report titled “*Delivering Justice: Programme of Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels*”, the Secretary-General of the United Nations (UN) outlined this (international) rule of law in the following terms:

*“[A] principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decisionmaking, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.”*⁸²

69 Brian Z. Tamanaha, *On The Rule of Law – History, Politics, Theory* (CUP 2004) 3.

70 August Reinisch, ‘The Rule of Law in International Investment Arbitration’ in Photini Pazartzis, Maria Gavouneli et al (eds), *Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade* (Oxford, Portland Oregon, Hart 2016) 291.

71 Tamanaha (n 69) 3.

72 Richard H. Fallon, Jr., ‘The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse’ (1997) 97 CLR 1.

73 Thomas H. Bingham, *The Rule of Law* (Penguin UK 2011) 12, citing to Aristotle: “It is better for the law to rule than one of the citizens [...] so even the guardians of the laws are obeying the laws.”

74 *ibid* 13.

75 *ibid*, citing to A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885).

76 *ibid*, citing to A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885).

77 *ibid* 14, citing to A. V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885).

78 *ibid*: “Dicey's ideas continued to influence the thinking of judges for a long time, and perhaps still do, but as time went on they encountered strong academic criticism. His foreign comparisons were shown to be misleading, and he grossly understated the problems which, when he wrote, faced a British citizen seeking redress from the government.”

79 *ibid* 8.

80 Robert H. Wagstaff, *Terror Detentions and the Rule of Law – US and UK Perspectives* (OUP 2014) 115.

81 Stephan W. Schill, ‘International Investment Law and the Rule of Law’, ACIL Research Paper 2017-15, 5.

82 *Delivering Justice: Programme of Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels*, Report of the Secretary General, UN Doc A/66/749 (2012), para 2.

The Secretary-General's and Lord Bingham's understanding of the rule of law is not mutually exclusive, but rather complementary in the present context. The very nature of the EU as a supranational organisation warrants such a conclusion. The EU unifies both domestic and international elements of law in a single legal order. Accordingly, the respective definitions form a single standard that shall determine whether the relevant measures adopted in eliminating investor-State arbitration in the EU have breached the rule of law.

4.2. The Rule of Law and Investment Arbitration

As indicated above, the rule of law is not a single standard, but a combination of various elements.⁸³ The typical properties of the rule of law include *inter alia* (i) access to justice, (ii) equality before the law, (iii) transparency, (iv) efficiency of the judicial process, (v) fairness, (vi) protection of fundamental rights, and (vii) adherence to international obligations. In examining these characteristics, a logical question arises – in what way does (access to) investor-State arbitration 'fit' into such a robust concept that is the rule of law?

For one, investor-State arbitration "*serves as a mechanism to implement the rule of law standards laid down in investment treaties*".⁸⁴ The rule of law standard corresponds, in large measure, to the substantive protection standards under investment treaties. Investment treaty protection typically entails the following standards: (i) fair and equitable treatment (FET), (ii) most-favoured nation treatment (MFN), (iii) national treatment (NT), (iv) protection against expropriation, (v) free transfer of funds, and (vi) umbrella clauses.⁸⁵ The correspondence between the rule of law and the substantive protection standards is best exemplified through the FET standard. Indeed, scholars generally describe FET as "*an expression of the rule of law*".⁸⁶ There is a very good reason for this. Like the rule of law, FET is not a single standard but an amalgamation of multiple sub-standards. These include (i) legal security and predictability, (ii) legality, (iii) protection of investors' legitimate expectations, (iv) due process, (v) protection against arbitrariness and discrimination, (vi) legal certainty and transparency, and (vii) proportionality or reasonableness.⁸⁷ It is readily discernible that the elements that make up the rule of law (as outlined

above) are represented in the elements that make up the FET standard. As *Schill* explains, the definition of FET is "[i]n close parallel to the definition of the rule of law".⁸⁸ Accordingly, investor-State arbitration plays a critical role in upholding the rule of law on the international plane through the implementation of corresponding substantive standards contained in investment treaties. For another, investor-State arbitration "*can be understood as a form of access to justice, as a neutral, independent and impartial dispute settlement mechanism that has the function to control government action*".⁸⁹ Investment arbitration operates essentially as a supplement to domestic litigation. This function is particularly pertinent in cases, where domestic courts do not afford (sufficient) protection to foreign investors. In Germany, for instance, "*foreign corporations cannot rely on fundamental rights granted in the Constitution, and hence have no access to the German Constitutional Court*".⁹⁰ In such a case, an alternative dispute resolution mechanism such as investor-State arbitration will stand between the foreign national and no access to justice. Furthermore, even where a recourse to domestic courts is possible, this does not necessarily imply that the rule of law requirements will be satisfied. One must bear in mind the potential issues such as the independence and impartiality of the relevant courts, the efficiency of the judicial process, the equality of arms, etc. Hence, in supplementing or correcting domestic courts, investment arbitration protects access to justice and upholds the rule of law.

In conclusion, providing access to investor-State arbitration 'fits' into the robust concept of the rule of law in two ways: (i) by implementing the rule of law standards found in investment treaties, and (ii) by serving as a viable alternative in cases where the protection otherwise afforded is either inexistent or insufficient.

4.3. The Consequences of EU's Actions

Article 2 of the Treaty on European Union (TEU) provides that "[t]he Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities."⁹¹ According to the EC, the rule of law is a "*well-established*" and "*well-defined*" principle with the same meaning in all Member

83 In the German speaking world, the rule of law would be best defined as a *Typusbegriff*.

84 Schill (n 81) 11.

85 Bonnitcha, Poulsen and Waibel (n 5) 93.

86 Dolzer, Kriebaum and Schreuer (n 14) 187.

87 Schill (n 81) 9.

88 *ibid*.

89 *ibid* 11.

90 *ibid*.

91 Article 2 of the Treaty on European Union (TEU).

States.⁹² The rule of law is thus undoubtedly one of the EU's foremost values. Indeed, as the CJEU explained in the *Les Verts* case, the EU “is a Community based on the rule of law”.⁹³

The EU is generally viewed as a champion of the rule of law. This advocacy is at times, however, at odds with certain policy decisions. One such example is the EU's treatment of investor-State arbitration. As indicated above, the EU has effectively eliminated all forms of investment arbitration within its borders. Investors have no international remedies against adverse measures adopted by the Member States. While there are alternatives to international arbitration within the EU, they do not accord protection in line with the rule of law requirements. The alternatives in question are diplomatic protection and domestic litigation.

Diplomatic protection is a process devoid of any control or influence on the part of the injured person. As such, it does not (and cannot) offer effective protection to foreign investors. There are three aspects of diplomatic protection worth noting here. First, individuals have no ‘right’ to diplomatic protection. Diplomatic protection claims fall under the sole discretion of States. As the International Court of Justice (ICJ) explained in the *Barcelona Traction* case, “a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting.”⁹⁴ Second, in considering a diplomatic protection claim, a State is guided entirely by its own interests. These may include “considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case”.⁹⁵ This is particularly relevant, where there are considerable differences in size and influence between the States involved. Quite naturally, ‘smaller’ States will tend to avoid conflicts with ‘bigger’ States – to the detriment of the injured person. Third, diplomatic protection claims are contingent on the exhaustion of local remedies. This essentially forces the injured person to litigate before the host State's domestic courts. A rather unfavourable outcome from the perspective of an individual seeking an *international* remedy. The rationale remains the same: States insist “on the observance of the [local remedies] rule [...] to limit the burden of international litigation [...] and the concomitant political ramifications”.⁹⁶

Equally insufficient is the protection accorded to foreign investors by domestic courts. There are (at least) three salient issues that come to mind. First, domestic courts will typically lack impartiality in cases involving a foreign element. Commentators observe that “[t]his is particularly so where large amounts of money are involved.”⁹⁷ A typical investment dispute involves both (a) a foreign element in the nationality of the investor, and (b) “large amounts of money” in the generally high amount of damages claimed. Consequently, the outcome of such a case will likely be influenced by, what *Dolzer/Kriebaum/Schreuer* appositely define as, “a sense of judicial loyalty to the forum State”.⁹⁸ Second, domestic courts are bound by the laws of the host State. Yet, domestic legislation is often at the very centre of the investor's complaint. For instance, an investment claim may arise following the adoption or change in the law that adversely affects the investor's legitimate expectations. Domestic courts are, furthermore, often the direct “perpetrators of the alleged violation of investors rights”.⁹⁹ The State thus essentially acts as both the respondent and the adjudicator in disputes before domestic courts. Third, the enforcement of domestic court judgments poses significant challenges. For instance, the executive branch may simply ignore the judgment of a domestic court.¹⁰⁰ By the same token, enforcing a foreign judgment in a third State is “often impossible”.¹⁰¹ Accordingly, even if the investor obtains a favourable judgment before a domestic court, the likelihood of successful recognition and enforcement remains low.¹⁰²

Investor-State arbitration was conceived as a ‘cure’ to the aforementioned deficiencies.¹⁰³ First, it offers investors direct access to an international remedy. The individual investor is vested with a direct right to international arbitration under a given investment treaty.¹⁰⁴ Second, in bringing a claim against a State, the investor is guided by its own interests with the home State having no influence or control. States have even directly opposed their own nationals in a number of cases.¹⁰⁵ Third, the arbitrators are experts in the field and jointly appointed by the parties. This creates a level playing field and guarantees impartiality. Fourth, investment tribunals are under no obligation to implement domestic legislation. Tribunals are international bodies operating on the international

92 See Laurent Pech, ‘The Rule of law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law’ (2022) 14 *Hague Journal on the Rule of Law* 107.

93 Case 294/83 *Parti écologiste «Les Verts» v European Parliament* [1986] ECLI:EU:C:1986:166, para 23.

94 *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd (Belgium v Spain)* 1970 ICJ Rep 4, para 78

95 *ibid* para 79.

96 Douglas (n 4) 58.

97 Dolzer, Kriebaum and Schreuer (n 14) 339.

98 *ibid*.

99 *ibid*.

100 *ibid*.

101 *ibid* 340.

102 One should also factor in the generally low efficiency (in terms of time and costs) of domestic courts in reaching a final verdict.

103 Dolzer, Kriebaum and Schreuer (n 14) 340.

104 For a detailed analysis of the nature of investors' rights under investment treaties, see Douglas (n 4) 10–38.

105 *ibid* 19.

plane and (crucially) outside a domestic legal order. Last, arbitral awards are enforceable in all contracting States to either the ICSID Convention or the New York Convention. An award rendered by an investment tribunal could thus be enforced in close to 180 States.¹⁰⁶ When compared to diplomatic protection or domestic litigation, investment arbitration is indispensable. This is particularly true with respect to upholding the rule of law. Without access to arbitration, there is no access to justice, no efficiency of the judicial process, no fairness, no equality before the law, and no protection of rights. In other words, there is no access to the key features that comprise the rule of law.¹⁰⁷

5. Conclusion

Investment arbitration between EU nationals and EU Member States stands abolished. And so, with no viable alternative in sight, the EU finds itself in breach of the rule of law – a concept well-established in national, international, and EU law. By succumbing to the vanity of its own courts, the EU has thus breached the EU Treaties themselves. Equally troubling is the fact that a different course of action was never considered. Scholars have, for instance, long advocated for the creation of a standing multilateral investment court.¹⁰⁸ The EU itself has notably taken that very route before.¹⁰⁹ Yet, such an approach was not considered in the intra-EU context. This is a clear indication that the EU's criticism towards investor-State arbitration has never been about sensible reform – but outright destruction. The lack of alternatives will nonetheless keep foreign investors in a limbo with no substantial protection for the foreseeable future.

Correspondence: Djordje Todorovic, djordje.todorovic@gmail.com, ORCID Nr: 0009-0007-4041-5103

Bibliography

Bingham T, *The Rule of Law* (Penguin UK 2011).
 Bohmer L, 'CJEU Decides that an Ad Hoc Arbitration Agreement Identical to the Investor-State Arbitration Clause of an intra-EU Treaty is Incompatible

with EU Law' (*Investment Arbitration Reporter*, 26 October 2021) <<https://www.iareporter.com/articles/breaking-cjeu-decides-that-an-ad-hoc-arbitration-agreement-identical-to-the-investor-state-arbitration-clause-of-an-intra-eu-treaty-is-incompatible-with-eu-law/>> accessed 17 March 2023.

Bungenberg M and Reinisch A, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court – Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement* (Springer 2018).

Bonnitcha J, Poulsen L and Waibel M, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (OUP 2017).

Dolzer R, Kriebaum U and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (3rd edn, OUP 2022).

Douglas Z, *The International Law of Investment Claims* (CUP 2009).

Fallon R, 'The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse' (1997) 97 CLR 1.

Fouchard C, 'CJEU to Seal the Fate of US\$50 Million ECT Award Against Moldova?' (*Kluwer Arbitration Blog*, 27 April 2020) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/27/cjeu-to-seal-the-fate-of-us50-million-ect-award-against-moldova/>> accessed 17 March 2023.

Fouchard C and Krestin M, 'The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea – A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky!' (*Kluwer Arbitration Blog*, 7 March 2018) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>> accessed 17 March 2023.

Hobér K, *The Energy Charter Treaty* (OUP 2020).

Kaufmann-Kohler G and Potestà M, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts – Current Framework and Reform Options* (Springer 2020).

Lavranos N, Lath A and Varma R, 'The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT was ruined by the EU and its Member States' (2023) *SchiedsVZ* 38.

Lavranos N and Singla T, 'Achmea: Groundbreaking or Overrated?' (2018) *SchiedsVZ* 348.

Lukic S, 'Unlawful Consent is Still Consent: International

¹⁰⁶ The ICSID Convention has 158 Contracting States, while the New York Convention has 172.

¹⁰⁷ See Wagstaff (n 80) referring at 115 to these features as the "fundamental precepts of the Rule of Law".

¹⁰⁸ See, for instance, Marc Bungenberg and August Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court – Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement* (Springer 2018).

¹⁰⁹ See, for instance, the approach taken in the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

- Law Perspective on Komstroy vs Moldova', Cambridge International Law Journal – Edward Elgar Publishing (15 September 2021) <<http://cilj.co.uk/2021/09/15/unlawful-consent-is-still-consent-international-law-perspectives-on-komstroy-vs-moldova/>> accessed 17 March 2023.
- Mangan M and Rubins N, Introduction to The Guide to Investment Treaty Protection and Enforcement – First Edition (Global Arbitration Review, 2022) <<https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-investment-treaty-protection-and-enforcement/first-edition/article/introduction>> accessed 17 March 2023.
- Paulsson J, 'Arbitration Without Privity' (1995) 10 ICSID Rev – FILJ 232.
- Pech L, 'The Rule of law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law' (2022) 14 Hague Journal on the Rule of Law 107.
- Reinisch A, 'The Rule of Law in International Investment Arbitration' in Photini Pazartzis, Maria Gavouneli et al (eds), *Reconceptualising the Rule of Law in Global Governance, Resources, Investment and Trade* (Oxford, Portland Oregon, Hart 2016) 291.
- Salacuse J, *The Law of Investment Treaties* (3rd edn, OUP 2021).
- Schill S, 'International Investment Law and the Rule of Law', ACIL Research Paper 2017-15.
- Tamanaha B, *On The Rule of Law – History, Politics, Theory* (CUP 2004) 3.
- Tropper J and Reinisch A, 'The 2020 Termination Agreement of Intra-EU BITs and Its Effect on Investment Arbitration in the EU' in Klausegger C et al (eds) *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2022 301.
- Tropper J, 'From Achmea to Komstroy – The CJEU Strikes Back Against Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty' (*Völkerrechtsblog*, 22 September 2021) <<https://voelkerrechtsblog.org/de/from-achmea-to-komstroy/>> accessed 17 March 2023.
- Uchkunova I, 'ICSID: Curious Facts' (*Kluwer Arbitration Blog*, 25 October 2012) <<https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/10/25/icsid-curious-facts/>> accessed 17 March 2023.
- Wagstaff R, *Terror Detentions and the Rule of Law – US and UK Perspectives* (OUP 2014).
- Waibel M, Kaushal A, Chung K and Balchin B (eds), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Wolters Kluwer 2010).

Verfügt die Europäische Union über ausreichende Handlungsmöglichkeiten, um auf Probleme mit der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten angemessen reagieren zu können?

Zur Wahrung der europäischen Werte stehen der Union neben dem Vertragsverletzungsverfahren gem Art 258, 259 AEUV, das Art 7 Verfahren EUV, die Konditionalitätsverordnung und der neue EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips zur Verfügung.

Deskriptoren: Rechtsstaatsprinzip, Vertragsverletzungsverfahren, Art 7 Verfahren, Werte der Union.

Normen: Art 2 EUV; Art 7 EUV; Art 19 EUV; Art 216AEUV; Art 258 AEUV.

Von Meryem Vural

1. Einleitung

In den vergangenen Jahren ist durch Reformen in den MS Polen und Ungarn eine Rechtsstaatskrise innerhalb der EU entstanden.

Das Rechtsstaatsprinzip zählt neben der Demokratie, Freiheit, Achtung der Menschenwürde, Gleichheit von Frauen und Männern, Wahrung der Menschenrechte und Rechte von Personen, welche Minderheiten angehören, zu den Grundwerten der EU. Diese sind seit dem Vertrag von Lissabon (2007/2009) in Art 2 EUV¹ niedergelegt und müssen sowohl von den EU-MS als auch von Kandidatenstaaten im Hinblick auf ihren angestrebten EU-Beitritt geachtet werden. Die Sicherstellung dieser Werte obliegt dem Europäischen Parlament, dem Rat, der Europäischen Kommission und den MS.²

Unter Rechtsstaatlichkeit versteht man die Ausübung öffentlicher Gewalt innerhalb der gesetzlichen Grenzen unter Wahrung der Grundrechte und der Demokratie.³ Diese rechtliche Gebundenheit folgt aus der Erfüllung formeller und materieller Bedingungen der Rechtsstaatlichkeit. Zu den materiellen Bedingungen zählen die Achtung der Grundrechte und die Einhaltung der Ver-

hältnismäßigkeit. Die Gewaltenteilung zwischen den Staatsorganen (Legislative, Exekutive und Judikative) hingegen ist ein Beispiel für ein formelles Kriterium der Rechtsstaatlichkeit.⁴

Neben diesen Anforderungen hat der EuGH aus der Rechtsstaatlichkeit auch zahlreiche Rechtsgrundsätze abgeleitet, beispielsweise den Grundsatz des Vertrauensschutzes, das Willkürverbot für die Exekutive, die judikative Unabhängigkeit bzw Unparteilichkeit sowie den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.⁵

Bei einem Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit kann ein Sanktionsverfahren gem Art 7 EUV oder ein Vertragsverletzungsverfahren gem Art 258 oder Art 259 AEUV angeregt werden. Die EU hat gegen Ungarn und Polen zur Beseitigung von Verstößen gegen das Rechtsstaatsprinzip das Art 7 EUV-Verfahren und mehrere Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, den neuen EU-Rahmen⁶ sowie die Konditionalitätsverordnung⁷ angewendet. In der Zwischenzeit hat sich die Lage in diesen Ländern sogar noch verschlimmert.⁸ Der gegenständliche Aufsatz geht der Frage nach, ob die bisherigen Handlungsmöglichkeiten der EU überhaupt ausreichen, um einen solchen Missstand zu beseitigen oder ob es eines neuen Mechanismus bedarf.

Im ersten Teil des Beitrages wird ein kurzer Überblick über den neuen EU-Rahmen, das Art 7 EUV-Verfahren, das Vertragsverletzungsverfahren und den Konditionalitätsmechanismus gegeben. Im zweiten Teil wird diskutiert, ob die bisherigen Instrumente der Union ausreichen oder ob diese verfeinert werden müssen. Die Arbeit schließt mit einem Fazit.

1 Vertrag über die Europäische Union, ABl 2012 C326/13.

2 *Obwexer* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 2 EUV, Rz 3,39.

3 Europäische Kommission, Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat – Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, COM (2014) 158 final, S 4.

4 *Obwexer* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 2 EUV, Rz 32ff.

5 *Europäische Kommission*, Begründeter Vorschlag nach Artikel 7 Absatz 1 des Vertrages über die Europäische Union zur Rechts-

staatlichkeit in Polen, COM(2017) 835 final, 1; *Obwexer* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 2 EUV, Rz 34.

6 COM (2014) 158 final.

7 Verordnung (EU,Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl 2020 L433.

8 *Obwexer* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 2 EUV, Rz 69; COM(2017) 835 final, 1.

2. Handlungsmöglichkeiten der EU

Die EU stehen mehrere Reaktionsmöglichkeiten bei einem Verstoß oder der Gefahr eines Verstoßes gegen die Rechtsstaatlichkeit vor. Es handelt sich um eine Mischung aus politischen Mechanismen und rechtlichen Maßnahmen. Die Verfahren können kumulativ eingesetzt werden und ergänzen sich zT.

2.1. Der neue EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips

Am 11. März 2014 hat die Europäische Kommission ein Instrument zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips angenommen. Es wird als ein sog Frühwarnmechanismus bezeichnet. Dieser neue EU-Rahmen soll die Ausweitung der Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit verhindern, indem Leitlinien für den Dialog zwischen der Europäischen Kommission und dem betroffenen MS festgelegt werden.⁹ Die Kommission soll mit dem betroffenen MS eine Lösung finden und verhindern, dass eine systemimmanente Gefahr entsteht, die sich zu einer „*eindeutigen Gefahr der schwerwiegenden Verletzung*“ (Art 7 Abs 1 EUV) der Rechtsstaatlichkeit entwickeln könnte. Dies würde nämlich wiederum zur Aktivierung eines Art 7 EUV-Verfahrens führen. Der neue EU-Rahmen ist eine Ergänzung zu den bisher möglichen Mechanismen zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit. Sowohl das Vertragsverletzungsverfahren als auch das Art 7 EUV-Verfahren können unabhängig vom EU-Rahmen eingeleitet werden.¹⁰

Dieses Verfahren ist in drei Stufen gegliedert. In der ersten Phase werden alle relevanten Informationen gesammelt und ausgewertet bzw dahingehend geprüft, ob eine Verletzung der Rechtsstaatlichkeit vorliegt. Diese Informationen stammen von anerkannten Institutionen und Einrichtungen der EU. Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass eine Verletzung vorliegt, so schickt sie dem betroffenen MS eine Stellungnahme, in der sie ihre Bedenken erörtert. Auf diese Stellungnahme können weitere Schreiben folgen (seitens der Kommission und dem MS) und/oder gegenseitige Konsultationen vereinbart werden. Kommt man nach der ersten Phase zu keinem zufriedenstellenden Ergebnis und bestehen weiterhin noch Hinweise auf eine systembedingte Gefahr, so

richtet die Kommission eine Empfehlung an den betroffenen MS. Diese Empfehlung enthält konkrete Gründe für die Bedenken der Kommission und eine Frist, innerhalb derer der MS das Problem beseitigen muss. Der MS muss die Kommission über alle dafür getroffenen Maßnahmen berichten. In der dritten Stufe dieses Verfahrens kontrolliert und überwacht die Kommission die vom MS getroffenen Maßnahmen zur Behebung des Problems. Ist sie mit den bisher getroffenen Maßnahmen des MS nicht zufrieden, so wird einer der in Art 7 EUV-Verfahren enthaltenen Mechanismen aktiviert.¹¹

2.2. Art 7 EUV-Verfahren

In Art 7 EUV sind zwei Mechanismen enthalten: der Präventions- und der Sanktionsmechanismus. Um das Art 7 EUV-Verfahren einleiten zu können, muss entweder eine „*eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung*“ oder eine „*schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Art 2 EUV enthaltenen Grundwerte der EU*“ (Art 7 Abs 1 und 2 EUV) vorliegen.¹²

In Art 7 Abs 1 EUV wird der Präventionsmechanismus beschrieben. Eingeleitet wird dieser entweder durch einen begründeten Vorschlag eines Drittels der MS, des Europäischen Parlaments oder der Kommission. Die Feststellung darüber, ob eine *eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art 2 genannten Werte* vorliegt, obliegt dem Rat. Allerdings muss das Parlament zuerst diesem Vorgang mit einer Mehrheit seiner Mitglieder und einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen zustimmen. Das bedeutet, dass mehr als 50 % der Abgeordneten abstimmen und zwei Drittel davon für die Einleitung des Verfahrens stimmen müssen (Art 354 Abs 1 AEUV). Im Rahmen dieses Verfahrens finden Anhörungen des betroffenen MS durch den Rat statt. Es gibt keine vertraglichen Bestimmungen, die den Zeitpunkt und den Gegenstand der Anhörungen genauer festlegen, was wiederum zu einem Handlungsspielraum der involvierten Akteure führt. Im Anschluss an die Anhörungen trifft der Rat mit einer Mehrheit von vier Fünfteln der MS seinen Beschluss.¹³

Der Feststellungsbeschluss zieht mehrere Rechtsfolgen nach sich. Er kann Rechtsgrundlage für Empfehlungen der Kommission an den betroffenen MS sein. Zweitens

⁹ *Europäische Kommission*, Europäische Kommission stellt neue Rahmenvorschriften zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union vor, Pressemitteilung vom 11.3.2014, IP/14/237; *Europäische Kommission*, Factsheet Maßnahmen der Kommission zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in Polen: Fragen und Antworten, MEMO/17/5368, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_17_5368 (05.05.2023).

¹⁰ COM(2014) 158 final, 7.

¹¹ *Europäische Kommission*, Europäische Kommission stellt neue Rahmenvorschriften zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union vor, Pressemitteilung vom 11.3.2014, IP/14/237; COM (2014) 158 final, 7 ff.

¹² COM (2014) 158 final, 6.

¹³ oA, Schutz der Grundwerte der EU, https://www.europarl.europa.eu/resources/library/images/20180227PHT98717/20180227PHT98717_original.jpg (5.5.2023); *Huber-Kowald* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 7 EUV Rz 12.

müssen auf den Feststellungsbeschluss basierende Empfehlungen mit einer vier Fünftel Mehrheit angenommen werden. Außerdem verliert der betreffende MS durch den Feststellungsbeschluss seinen Status als *sicherer Herkunftsstaat* gem dem Protokoll Nr 24¹⁴ über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.¹⁵

Der betroffene MS wird in jedem Stadium des Verfahrens hinsichtlich der Stimmfassung unberücksichtigt gelassen (Art 354 Abs 1 AEUV). Abs 1 sieht abschließend vor, dass der Rat in regelmäßigen Abständen überprüft, ob die Gründe für die Feststellung noch bestehen. Der Vertrag enthält keine näheren Bestimmungen über dieses Überprüfungsverfahren.

Im Gegensatz zum Präventionsmechanismus ist das Europäische Parlament im Sanktionsmechanismus nach Abs 2 nicht vorschlagsberechtigt. Vorschläge können nur von einem Drittel der MS oder der Kommission eingebracht werden. Allerdings hängt auch hier die Beschlussfassung, in diesem Fall durch den Europäischen Rat und nicht den Rat, von der Zustimmung des Europäischen Parlaments ab. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zu dem Präventionsmechanismus besteht darin, dass der betroffene MS auf Aufforderung des Europäischen Rates Stellung nehmen muss. Erst nach der Aufforderung zur Stellungnahme, kann der Europäische Rat feststellen, ob *eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Art 2 genannten Werte* (Art 7 Abs 2 EUV) besteht. Die Beschlussfassung des Europäischen Rates erfolgt einstimmig, wobei der betroffene MS wiederum nicht stimmberechtigt ist.¹⁶

Im Vergleich zu Abs 1 sind die Rechtsfolgen des Abs 2 für den MS schwerwiegender. Erstens bildet der Feststellungsbeschluss die Grundlage für die Suspendierung von bestimmten Stimmrechten nach Abs 3. Der Rat kann nämlich nach Abs 3 die (vorübergehende) Aussetzung von Stimmrechten mit einer qualifizierten Mehrheit beschließen. Der betroffene MS verliert hier als Konsequenz den Status als sicherer Herkunftsstaat gem Protokoll (Nr 24) über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.¹⁷

Die zwei Mechanismen weisen weitere Unterschiede auf: Während Art 7 Abs 1 eine Pflicht zur Anhörung des Rates vorsieht, räumt Abs 2 dem MS lediglich ein Recht auf Stellungnahme ein. Ob der MS tatsächlich Gebrauch von diesem macht, ist für den Europäischen Rat irrelevant. Dieser kann seinen Beschluss unabhängig davon treffen. Auffallend ist auch, dass in Abs 1 von einem „*begründeten Vorschlag*“ die Rede ist, während Abs 2 dieser Zusatz fehlt. Für *Huber-Kowald* ergibt sich aufgrund der Rechtsfolgen des Abs 2 eine Begründungspflicht des Vorschlages. Die Begründungspflicht ergibt sich für ihn aus der Verwendung von Art 5 Abs 4 EUV iVm mit Art 5 des Protokolls Nr 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit enthaltenen Grundgedankens¹⁸. Diese Ansicht teilt auch *Voet van Vormizeele* in *Groeben/Schwarze/Hatje*⁷ Art 7 EUV Rz 11.aA ist allerdings *Pechstein* in *Streinz*³ Art 7 EUV Rz 15, der eine Begründungspflicht für den Vorschlag für nicht notwendig erachtet.^{19,20}

2.3. Vertragsverletzungsverfahren

Das Vertragsverletzungsverfahren ist in den Art 258 und 259 AEUV geregelt. Dieses Verfahren kann entweder von der Kommission gegen einen MS oder von einem MS – der MS muss aber im Vorhinein der Kommission von seinem Vorhaben berichten – gegen einen anderen MS eingeleitet werden.²¹

Gegenstand eines solchen Verfahrens ist das vertragswidrige Verhalten eines MS. Klagegegenstand kann nicht nur ein Verstoß gegen den EUV und AEUV sein, sondern auch gegen Sekundärrechtsakte nach Art 288 AEUV und gegen gem Art 216 AEUV geschlossene internationale Übereinkünfte.²²

Bevor das eigentliche Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wird, muss ein Vorverfahren durchgeführt werden. Dieses Verfahren ist in drei Stufen gegliedert. Nachdem die Kommission von einer Unionsrechtsverletzung erfahren hat, nimmt sie in der Praxis oft zunächst formlosen Kontakt zu dem betroffenen MS auf. Sie weist den MS auf den Verstoß hin und versucht den Sachverhalt zu klären bzw im besten Fall das Problem gleich zu lösen.²³

14 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Protokoll (Nr 24) über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl 2008, C115/1.

15 *Schorkopf* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union⁷⁸, Art 7, Rz 27.

16 Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. September 2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn besteht, P8 TA(2018)0340, 2 f.

17 *Huber-Kowald* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 7 EUV, Rz 35f.

18 Protokoll Nr 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit enthaltenen Grundgedankens, ABl 2004, C310/207.

19 *Huber-Kowald* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 7 EUV, Rz 30.

20 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, BGBl III Nr 171/2013.

21 *Schroeder*, Grundkurs Europarecht⁶, 148.

22 *Eberhard* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV, Art 258 AEUV, Rz 25.

23 COM (2014) 158 final, 5.

In einem nächsten Schritt schickt die Kommission dem MS ein Mahnschreiben, zu welchem sich der MS innerhalb einer von der Kommission festgesetzten Frist äußern kann. Wenn der MS eine nicht zufriedenstellende Äußerung abgibt, verschickt die Kommission eine Stellungnahme und setzt dem MS eine Frist innerhalb derer der Verstoß zuheben ist.²⁴ Wird nach Ablauf der Frist der Missstand nicht beseitigt, so kann die Kommission den EuGH anrufen.²⁵

2.4. Konditionalitätsverordnung

Im Dezember 2020 wurde von dem Europäischen Parlament und dem Rat die VO 2020/2092 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union (Konditionalitätsverordnung)²⁶ beschlossen. Diese trat im Jänner 2021 in Kraft und soll der Kommission als weiteres Instrument dienen, um auf Angriffe gegen die Rechtsstaatlichkeit zu reagieren.

Gem Art 4 Abs 1 der Konditionalitätsverordnung werden Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit geahndet, die sich entweder maßgeblich auf den EU-Haushalt oder auf den Schutz der finanziellen Interessen der EU auswirken. Das Verfahren beginnt nach Art 6 mit einer schriftlichen Mitteilung der Kommissionen an den betroffenen MS. Im Vorfeld überprüft die Kommission, ob der betroffene MS einen oder mehrere Voraussetzungen des Art 4 erfüllt. Nach Übermittlung der Mitteilung muss der betroffene MS innerhalb der von der Kommission festgesetzten Frist, die mindestens einen aber nicht länger als drei Monate beträgt, die relevanten Informationen zu den Feststellungsgründen der Kommission zur Verfügung stellen. Außerdem hat der MS das Recht auf eine Stellungnahme. In der Stellungnahme kann der betroffene MS der Kommission Vorschläge zu geeigneten Abhilfemaßnahmen unterbreiten. Kommt die Kommission zu dem Entschluss, dass die vom MS vorgeschlagenen Maßnahmen nicht für die Beseitigung des Missstandes geeignet sind – dies gilt auch beim Fehlen einer Stellungnahme –, schlägt sie dem Rat Durchführungsmaßnahmen vor (Abs 9). Der Rat muss innerhalb eines Monats entscheiden, ob er den Vorschlag der Kommission annimmt (Abs 10). Er kann diesen auch mit qualifizierter Mehrheit abändern (Abs 11).

Die Maßnahmen, die nach diesem Verfahren, verhängt werden können, sind in Art 5 normiert und umfassen die

vorübergehende Aussetzung bestimmter Zahlungen der Union an den MS (Abs 1 lit a) oder die Vornahme von Finanzkorrekturen (Abs 1 lit b).

Zwei Staaten sind mit Einführung dieses Mechanismus nicht einverstanden: Polen als auch Ungarn haben 2022 jeweils eine Nichtigkeitsklage gem Art 263 AEUV eingebracht und damit die Nichtigkeitserklärung der VO begehrt. Zur Begründung der Nichtigkeitsklage verwiesen die beiden Staaten im Wesentlichen auf den Mangel einer geeigneten Rechtsgrundlage, auf einen Verstoß gegen Art 7 EUV und auf das Fehlen eines passenden Kompetenztitels. Der EuGH wies beide Klagen ab. In Bezug auf das Argument der Staaten in Bezug auf Art 7 EUV, wies der EuGH daraufhin, dass die VO und das Art 7-Verfahren verschiedene Ziele verfolgen.²⁷

3. Kein ausreichender Schutz der Rechtsstaatlichkeit

Nachdem im vorherigen Abschnitt ein Überblick über die bestehenden Werkzeuge der Union zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit gegeben wurde, soll in diesem Abschnitt die Anwendung jener Werkzeuge in der Praxis am Beispiel von Polen und Ungarn beschrieben werden.

3.1. Einsatz des neuen EU-Rahmens

Bereits im Jahre 2016 machte die Europäische Kommission bei Polen vom EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips Gebrauch. Die Kommission wandte den neuen EU-Rahmen an, da ernste Bedenken bezüglich der Unabhängigkeit und Legitimität des polnischen Verfassungsgerichts bestanden. Nach den Parlamentswahlen in Polen 2015 wurden nämlich rechtmäßig ernannte Richter des obersten Gerichtes aus ihrem Amt genommen und durch von der neuen Volksvertretung ernannte Richter ersetzt. Außerdem wurde das Gesetz über den Verfassungsgerichtshof geändert und weitere Gesetze verabschiedet wie das Mediengesetz oder das Gesetz über den öffentlichen Dienst.²⁸ Der Präsident des Verfassungsgerichtshofs wurde ebenfalls nicht rechtmäßig ernannt und das Ruhestandsalter für Richter am Obersten Gericht wurde herabgesetzt. Nach der Herabsetzung des Pensionsalters mussten bzw müssen viele Richter zwangsweise in den Ruhestand. Dies betraf 2017 40 % der Richter. Der Präsident konnte aber nach eigenem Ermessen den aktiven Dienst von Richtern verlängern. Die

24 Eberhard in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV, Art 258 AEUV, Rz 71.

25 ABl 2020 L433.

26 *Gerichtshof der Europäischen Union*, Pressemitteilung Nr 28/22 zu den Urteilen in den Rechtssachen C-156/21 und C-157/21; EuGH 16.02.2022, Ungarn und Polen/Europäisches Parlament und Rat, Rs C-156/21.

27 COM(2017) 835 final, 5.

28 *Europäische Kommission*, Factsheet Maßnahmen der Kommission zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in Polen: Fragen und Antworten, MEMO/17/5368, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_17_5368 (5.5.2023).

von der polnischen Regierung ergriffenen Maßnahmen zielen alle darauf ab, dass die Regierung die Richterposten politisch besetzen kann.²⁹

Diese und weitere Maßnahmen Polens stellen eine Verletzung der Rechtsstaatlichkeit dar, und zwar eine Verletzung der Verpflichtungen aus Art 19 EUV iVm Art 47 GRCh.³⁰ Mittlerweile hat der EuGH festgestellt, dass Art 19 EUV den in Art 2 EUV genannten Wert konkretisiert, da dieser zu vage formuliert sei. Art 19 EUV besagt demnach, dass nationale Gerichte und der EuGH dazu verpflichtet sind, die volle Anwendung des Unionsrechts in allen MS und einen gerichtlichen Rechtsschutz durch die Schaffung von Rechtsbehelfen in den MS zu gewährleisten.³¹ Durch die Herabsetzung des Ruhestandsalters sieht die Kommission einen Verstoß gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit der Richter. Dies sei auch nicht verhältnismäßig und diene dazu, nicht mehr gewollte Richter auf diesem Weg loszuwerden. Auch die Möglichkeit des Präsidenten, den Dienst eines Richters nach freiem Ermessen zu verlängern oder nicht ist nicht mit der Unabhängigkeit der Richter vereinbar. Richter, die im Amt bleiben wollen, werden höchst wahrscheinlich Entscheidungen treffen, die im Sinne des Präsidenten sind.³²

Im Juli 2016 schickte die Kommission eine Empfehlung an die Republik Polen. Die polnische Regierung widersprach allen Kritikpunkten, sodass die Kommission im Dezember des gleichen Jahres eine weitere Empfehlung an Polen schickte. 2017 gab es eine Justizreform, bei der wiederum eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips vermutet wurde. Daher gab die Kommission wiederum eine Empfehlung ab. Bis jetzt hat sich nichts an der Lage in Polen geändert.

Der EU-Rahmen hat damit sich als langwierig und ineffektiv dargestellt. Der größte Kritikpunkt hier ist, dass der erste Schritt des Verfahrens nicht transparent

ist. Die Kommission gibt zwar bekannt, dass Gespräche mit einem MS stattfinden, aber nicht worum es konkret bei diesen Dialogen geht. Außerdem ist die Ineffektivität auch der alleinigen Beteiligung der Kommission am Verfahren geschuldet. Zumindest das Europäische Parlament oder der Rat sollten bei diesem Verfahren mitwirken oder detaillierte Einblicke über alle Verfahrensschritte erhalten dürfen und nicht eine so gewichtige Aufgabe der Kommission allein überlassen. Zudem kann der MS durch dieses Verfahren auf Zeit setzen, was bei Polen auch der Fall ist. Es wurden zwar Dialoge geführt, diese haben aber soweit zu keinem Ergebnis geführt. Diese Dialoge sind nur politischer Natur,³³ sie sind mit keinen rechtlichen Konsequenzen verbunden.³⁴

3.2. Anwendung des Art 7-Verfahrens

Auch die Einleitung des Art 7 Abs 1 EUV-Verfahrens gegen Polen³⁵ durch die Kommission 2017 und Ungarn³⁶ durch das Europäische Parlament 2018 hat bisher zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt.³⁷ Aus der Entschließungen des Parlaments vom 5. Mai 2022³⁸ geht hervor, dass durch die bisher durchgeführten Anhörungen keine Fortschritten bei der Beseitigung der schwerwiegenden Verletzung der Grundwerte der EU gemacht wurden. Berichten und Erklärungen der Europäischen Kommission und anderer Europäischen Institutionen ist vielmehr zu entnehmen, dass sich die Lage sowohl in Ungarn als auch in Polen verschlechtert hat. Auch dieses Verfahren hat sich leider als langwierig und erfolglos erwiesen.³⁹ Der erste Schritt, in welcher die Kommission mit dem betreffenden MS in Kontakt tritt, ist wie auch bereits beim EU-Rahmen intransparent und der EuGH nicht direkt daran beteiligt. Es wäre aber gerade bei einem Sanktionsverfahren, das zu einer Aussetzung der Stimmrechte eines MS führen kann, wichtig, dass das

29 Europäische Kommission, Europäische Kommission eröffnet Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen wegen Maßnahmen zum Justizumbau, Pressemitteilung vom 29.07.2017, IP/17/2205.

30 Klatt, Herabsetzung des Ruhestandsalters für Richter in Polen, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, 1109 (1109); Bonelli/Claes, Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary, *European Constitutional Law Review* 2018, 622 (632).

31 Klatt, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2019, 1109 (1112).

32 Crabit/Bel, *The EU Rule of Law Framework*, in Schroeder (Hrsg), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, 197 (204f).

33 *Europäische Kommission*, Factsheet Maßnahmen der Kommission zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in Polen: Fragen und Antworten, MEMO/17/5368, aufrufbar: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_17_5368 (28.2.2023); EuGH 24.06.2019, Europäische Kommission gegen Republik Polen, RS C-619/18, Rz 98 ff.

34 COM (2017) 835 final 46.

35 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.9.2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel EUV2009 Artikel 7 Absatz EUV2009 Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn besteht, 2017/2131(INL).

36 Blanke/Sander, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher – Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, *EuR* 2023, 54 (77).

37 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5. Mai 2022 zu den laufenden Anhörungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV zu Polen und Ungarn, (2022/2647(RSP)).

38 Closa/Kochenov, Reinforcement of the Rule of Law Oversight in the European Union: Key Options, in Schroeder (Hrsg), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation* vom 2016, 173 (180).

39 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Januar 2020 zu den laufenden Anhörungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV zu Polen und Ungarn, (2020/2513(RSP)).

oberste Rechtssprechungsorgan der EU daran beteiligt ist.⁴⁰ Zumindest wird dem EuGH gem Art 269 AUEV eine Überprüfungsbefugnis in Bezug auf die Verfahrensbestimmungen des Art 7 EUV eingeräumt.

Weiters wird beim Sanktionsverfahren einstimmig über das Vorliegen einer Verletzung abgestimmt. Auch wenn der MS, über den entschieden wird, an dieser Abstimmung nicht teilnimmt, kann es sein, dass ein anderer MS zu dessen Gunsten gegen das Vorliegen einer Verletzung stimmt. So hatte der Ministerpräsident Victor Orban angekündigt, dass Ungarn gegen das Vorliegen einer Rechtsstaatsverletzung Polen stimmen würde. So könnten diese zwei Staaten den Sanktionsmechanismus ausschalten.⁴¹ Bereits seit mehreren Jahren wird in der Literatur diskutiert, ob eine Zusammenführung von Verfahren nach Art 7 EUV möglich ist, Würde eine Verfahrensverbindung bejaht werden, so wären sowohl Polen als auch Ungarn im Rahmen dieses Verfahrens nicht stimmberechtigt. Eine gegenseitige Blockade wäre nicht möglich und das Einstimmigkeitserfordernis erfüllt. Art 7 EUV sieht eine Verbindung der Verfahren nicht vor, schließt diese Option auch nicht aus. *Thiele*⁴² sieht in der Verfahrensverbindung eine Umgehung des Einstimmigkeitserfordernisses. Die Zusammenlegung zweier Verfahren nach Art 7 EUV darf nur in Ausnahmen gestattet werden und bedarf zusätzlicher Voraussetzungen. Die erste Voraussetzung für die Zusammenlegung zweier Verfahren, dass der gleiche Werteverstoß vorliegt. So sollen nur Verfahren verbunden werden, bei denen ein Verstoß gegen den oder die gleichen Werte gem Art 2 EUV vorliegt. Darüber hinaus verlangt *Thiele*, dass ein begründeter Verdacht für das Zusammenwirken betroffener MS „im Hinblick auf die Verhinderung einer Einstimmigkeitsentscheidung des Europäischen Rates“ besteht. Es müsste im Einzelfall überprüft werden, ob diese Voraussetzungen auf Polen und Ungarn zutreffen. Auch *Scheppele*⁴³ und *Calliess*⁴⁴ sind skeptisch, ob eine solche Auslegung des Art 7 EUV möglich ist und lehnen eine Verbindung von Verfahren nach Art 7 EUV im Ergebnis ab.

3.3. Rolle des EuGH beim Schutz der Rechtsstaatlichkeit

Der EuGH hat in durch einige seiner wegweisenden Urteile einen entscheidenden Beitrag zum Schutz des Rechtsstaatsprinzips geleistet. Der bekannteste Fall dazu ist jener der *Portugiesischen Richter*. In diesem Fall ging es darum, dass die Bezüge der Mitglieder des Tribunal de Contas, dem Rechnungshof, vorübergehend gekürzt wurden. Ziel dieser Kürzung war die Reduzierung des zuvor verzeichneten Haushaltsdefizits von 2011.⁴⁵ Der EuGH hat für diesen Fall eine kreative Lösung gebracht, die in der Literatur zuvor so nicht vorgeschlagen worden war. Er hat Art 19 EUV herangezogen und eine Brücke zwischen Art 19 EUV und Art 2 EUV geschlagen, indem er durch Art 19 eine Konkretisierung des Art 2 EUV vornahm. Art 19 Abs 1 Uabs 2 EUV verpflichtet die MS dazu einen effektiven Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen sicherzustellen. Art 19 EUV wird damit verwendet, um Art 2 EUV aber auch Art 47 GRC zur Anwendung zu bringen. Bei jedem Instanzenzug müssen den Betroffenen, nämlich gewisse Rechtsbehelfe zustehen. Bei Art 47 GRC geht es konkret um die Verfahrensrechte, wie die Unabhängigkeit der Richter, die eingehalten werden müssen. Die GRC kommt gem Art 51 Abs 1 S 1 lediglich zur Anwendung, wenn die MS Unionsrecht durchführen. Diese Rechtsprechung hat der EuGH auch in weiteren Fällen, und zwar in zwei Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen und Ungarn angewandt und in der Rs LM⁴⁶ und Rs Republika^{47,48}. Die Rolle des EuGHs könnte durch einen aktuellen Fall (Rs C769/22) noch weiter ausgebaut werden. Die Kommission hat am 19.12.2022 ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art 258 AEUV gegen Ungarn eingeleitet. Eingeleitet wurde das Verfahren aufgrund des neuen Gesetzes der ungarischen Regierung. Nach diesem Gesetz werden Medienunternehmen dazu verpflichtet, Sendungen die Homo- und Transsexualität thematisieren, erst nach 22 Uhr auszustrahlen. Dies soll angeblich dem Schutz der Kinder dienen. Das spannende an diesem

40 *Pech/Scheppele*, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2017, Rz 28ff; *Scheppele*, Can Poland be Sanctioned by the EU? Not Unless Hungary is Sanctioned Too, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/can-poland-be-sanctioned-by-the-eu-not-unless-hungary-is-sanctioned-too/> (05.05.2023).

41 *Thiele*, Art. 7 EUV im Quadrat? Zur Möglichkeit von Rechtsstaatsverfahren gegen mehrere Mitgliedsstaaten, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/art-7-euv-im-quadrat-zur-moeglichkeit-von-rechtsstaats-verfahren-gegen-mehrere-mitgliedsstaaten/> (05.05.2023).

42 *Scheppele*, EU can still block Hungary's veto on Polish sanctions, <https://www.politico.eu/article/eu-can-still-block-hungarys-orban-veto-on-polish-pis-sanctions/> (05.05.2023).

43 *Calliess* in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Die Rechtsunion und der Konditionalitätsmechanismus, Nr 143, 6.

44 EuGH 27.02.2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses / Tribunal de Contas, RS C-64/16, Rz 18,32.

45 EuGH 25.07.2018, LM, Rs C.216/18, Rz 50;

46 EuGH 20.04.2021, Republika/II-Prim Ministru, Rs C-896/19, Rz 63.

47 *Bonelli/Claes*, European Constitutional Law Review 2018, 622 (629 ff).

48 *Kaiser*, A New Chapter in the European Rule of Law Saga?, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/a-new-chapter-in-the-european-rule-of-law-saga/> (5.5.2023).

Fall ist, dass sich die Kommission erstmals nur auf Art 2 EUV gestützt hat. Diskussionen über die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung gibt es schon länger. Die Folgen einer unmittelbaren Justizibilität des Art 2 EUV wär zum Einen die Ausweitung der Kompetenzen des EuGHs. Zum anderen ist Art 2 EUV vage formuliert. Es ist abzuwarten, wie sich der EuGH entscheidet.⁴⁹

3.4. Der Konditionalitätsmechanismus und Ungarn

Der Konditionalitätsmechanismus wurde erstmal 2022 auf Ungarn angewandt. Die Kommission hatte am 3. April 2022 den Mechanismus durch eine Mitteilung an Ungarn eingeleitet. Darin wurde Ungarn die Verletzung des Rechtsstaatlichkeitsprinzips in Hinblick auf Entscheidungen in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge vorgeworfen.⁵⁰

Die Kommission gab Ungarn drei Monate Zeit auf die Mitteilung zu reagieren. Ungarn bezog innerhalb von zwei Monaten Stellung und schlug der Kommission Abhilfemaßnahmen vor. Die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen waren laut der Kommission nicht geeignet, und daher hat diese wiederum dem Rat Durchführungsmaßnahmen vorgeschlagen. Die von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen umfassen insbesondere die Kürzung von Subventionen in Höhe von ca 7,5 Mrd EUR an Ungarn. Der Rat änderte die Durchführungsmaßnahmen der Kommission ab und sieht eine Aussetzung von Fördergeldern in Höhe von ca 6.3 Mrd EUR vor.⁵¹

4. Fazit

Die Nutzung des EU-Rahmens zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit, das Art 7 Verfahren und die Vertragsverletzungsverfahren im Fall von Polen und Ungarn haben sich allesamt als sehr zeitintensiv und wenig effektiv erwiesen.⁵² Hingegen konnte mit der Anwendung des Konditionalitätsmechanismus in Ungarn ein Erfolg für die Union verbucht werden. Damit konnte die Union einen wichtigen Erfolg im Kampf gegen die Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit erzielen. Auch wenn der Anwendungsbereich der Konditionalitätsverordnung sehr eng gefasst ist und sich nur auf den EU-Haushalt und die finanziellen Interessen bezieht, konnten innerhalb kürzester Zeit Sanktionen verhängt. Somit hat sich Geld

bzw die Verteilung von Finanzmitteln als mächtigstes Werkzeug der Union erwiesen – zumindest nach aktuellem Stand.

Die Anwendung von Art 19 EUV im Fall der portugiesischen Richter ist ein weiterer Schritt in die richtige Richtung. Es ist wichtig, dass die nationalen Gerichte und Behörden bei Überwachung der Einhaltung der Grundwerte der EU mitwirken, da sie als Gerichte der EU betitelt werden können und als erste Gerichte tätig werden, wenn es um Sachverhalte mit Unionsbezug geht.⁵³ Mit Spannung ist nun das aktuell beim EuGH anhängige Verfahren abzuwarten, wobei insbesondere die Frage, ob der EuGH sich zu der Justizibilität des Art 2 EUV äußern wird, besondere Bedeutung zukommt.

Korrespondenz: Mag.^a Meryem Vural LL.B., meryem.vural@uibk.ac.at

Literaturverzeichnis

- Bergmann*, Handlexikon der Europäischen Union⁶ (2021).
- Bonelli/Claes*, European Constitutional Law Review 2018, 622.
- Calliess* in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Die Rechtsunion und der Konditionalitätsmechanismus, Nr 143.
- Closal/Kochenov*, Reinforcement of the Rule of Law Oversight in the European Union: Key Options, in Schroeder (Hrsg), Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation vom 2016, 173.
- Crabit/Bel*, The EU Rule of Law Framework, in Schroeder (Hrsg), Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation vom 2016, 197.
- Europäische Kommission*, Factsheet Maßnahmen der Kommission zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit in Polen: Fragen und Antworten, MEMO/17/5368, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_17_5368 (5.5.2023).
- Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union⁷⁸ (2023).
- Groeben/Schwarze/Hatje* Europäisches Unionsrecht⁷ (2015).

49 Rat der EU, Konditionalitätsmechanismus für die Rechtsstaatlichkeit: Rat beschließt Aussetzung von 6,3 Mrd. € aufgrund mangelnder Abhilfemaßnahmen Ungarns, Pressemitteilung vom 12.12.2022, <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/12/12/rule-of-law-conditional-mechanism/> (06.05.2023).

50 *Stätsche*, Der EU-Konditionalitätsmechanismus als ein „scharfes Schwert“, EuZW (2023), 301 (310).

51 Näheres über die Lage der Rechtsstaatlichkeit beider Länder kann man dem Bericht der Kommission über die Rechtsstaatlichkeit 2022 entnehmen; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM(2022) 500 final.

52 *Spiecker*, Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis, German Law Journal 2019, 1182 (1203).

Jaeger/Stöger EUV/AEUV (2020).

Kaiser, A New Chapter in the European Rule of Law Saga?, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/a-new-chapter-in-the-european-rule-of-law-saga/> (5.5.2023).

Klatt, Herabsetzung des Ruhestandalters für Richter in Polen, *NVwZ* 2019.

oA, Schutz der Grundwerte der EU, https://www.europarl.europa.eu/resources/library/images/20180227PHT98717/20180227PHT98717_original.jpg (28.2.2023).

Pech/Scheppele, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2017.

Scheppele, EU can still block Hungary's veto on Polish sanctions, <https://www.politico.eu/article/eu-can-still-block-hungarys-orban-veto-on-polish-pis-sanctions/> (05.05.2023)

Schroeder, *Grundkurs Europarecht*⁶ (2019).

Stätsche, Der EU-Konditionalitätsmechanismus als ein „scharfes Schwert“?, *EuZW* (2023), 301.

Thiele, Art. 7 EUV im Quadrat? Zur Möglichkeit von Rechtsstaats-Verfahren gegen mehrere Mitgliedsstaaten, *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/art-7-euv-im-quadrat-zur-moeglichkeit-von-rechtsstaats-verfahren-gegen-mehrere-mitgliedsstaaten/> (05.05.2023)