

Verfassung als Fundament des Staates



Amos

Verfassung als Fundament des Staates

Gedächtnissymposium für
Karl Korinek

Herausgegeben von

Christoph Grabenwarter
und
Michael Holoubek

■ VERLAG
■ ÖSTERREICH

Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter
Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofes, Institut für Europarecht und
Internationales Recht, Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek
Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, Institut für Österreichisches und Europäisches
Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Herausgeber bzw der AutorInnen oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2018 Verlag Österreich GmbH, Wien
www.verlagoesterreich.at
Gedruckt in Ungarn

Satz: Grafik & Design, Claudia Gruber-Feigelmüller, 3580 Horn, Österreich
Druck: Prime Rate, 1044 Budapest, Ungarn

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-8063-1 Verlag Österreich

Vorwort

Am 9. März 2017 ist *Karl Korinek* verstorben. Zu seinem Gedenken veranstaltete das „Forum Verfassung“ im März 2018 ein rechtswissenschaftliches Symposium in Wien. Im Mittelpunkt dieses Gedenksymposiums standen vier Vorträge, die sich den zentralen Themenfeldern des wissenschaftlichen Werks von *Karl Korinek* widmen: *Josef Aicher* geht zentralen Fragestellungen des Vergaberechts nach, das er gemeinsam mit *Karl Korinek* in Österreich rechtswissenschaftlich aus der Taufe gehoben und zur rechtsstaatlichen Blüte gebracht hat. *Christoph Grabenwarter* behandelt mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Grundrechten jenen Teil der allgemeinen Grundrechtsdogmatik, der in Österreich für immer untrennbar mit dem Namen *Karl Korinek* verbunden sein wird. *Michael Holoubek* entwickelt aufbauend auf die typusbildenden Lehren *Karl Korineks* von der wirtschaftlichen und sozialen Selbstverwaltung und seiner spezifischen Lehre von der Gewaltenteilung Gedanken zum Zusammenwirken dieser Organisationsprinzipien der österreichischen Bundesverfassung. *Hans Georg Ruppe* schließlich beschäftigt sich im Gedenken an den langjährigen Verfassungsrichter und Präsidenten des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, der, darin besteht heute Einigkeit, die Rechtsprechung dieses Gerichtshofes insbesondere im letzten Quartal des vorigen Jahrhunderts ganz maßgeblich geprägt hat, kritisch mit einer neueren Rechtsprechungslinie des Verfassungsgerichtshof zum Diskriminierungsschutz. *Rudolf Müller* führte als Moderator in der ihm eigenen einfühlsamen und gleichzeitig humorvollen Art durch die Veranstaltung.

Karl Korineks Liebe zur Musik wurde in der künstlerischen Umrahmung des Symposiums Rechnung getragen. *Ildikó Raimondi*, in jahrzehntelanger Freundschaft mit *Karl Korinek* verbunden, trug Lieder von Joseph Haydn, Wolfgang Amadeus Mozart und Johann Wenzel Tomaschek vor. Das aufstrebende *Simply Quartet*, mit zahlreichen Preisen ausgezeichnet, zuletzt mit dem Preis für das beste Streichquartett beim 7. Internationalen Joseph Haydn Kammermusik Wettbewerb der Universität für Musik und darstellende Kunst Wien, spielte – wie konnte es anders sein – Joseph Haydn. Eine Aufnahme des Haydn Streichquartetts op. 74 Nr. 1. in C-Dur liegt diesem Band bei.

In all diesen Beiträgen wird sichtbar, wie viel die Verfassungsrechtslehre den Arbeiten von *Karl Korinek* verdankt. Deutlich zu machen, welch beeindruckende

Vorwort

ckende und prägende Wissenschaftlerpersönlichkeit *Karl Korinek* war, war das Anliegen des Gedenksymposiums und ist das Anliegen dieses Buches. Wie oft wird erst in einer rückblickenden Gesamtschau wirklich erkannt, welchen nachhaltigen und prägenden Einfluss die Gedanken *Karl Korineks* entwickelt haben und wie sehr wir heute, gleichsam selbstverständlich, auf den Schultern dieses Riesen stehen.

Dieses Buch beinhaltet aber nicht nur die wissenschaftlichen Beiträge. Indem wir exemplarisch für viele zwei Nachrufe auf *Karl Korinek*, die in zwei der führenden rechtswissenschaftlichen Zeitschriften Österreichs erschienen sind, ebenso aufgenommen haben wie zwei seiner letzten Reden, die den begnadeten Rhetoriker mit dem für das Recht und die Verfassung streitenden Bürger *Karl Korinek* zeigen, wollen wir die umfassende Persönlichkeit von *Karl Korinek* in Erinnerung behalten. Dazu gehört natürlich insbesondere die Liebe zur Musik und zur Oper, was in der Beilage zu diesem Buch seinen Niederschlag findet. Die beim Gedenksymposium gehaltenen Reden von *Brigitte Bierlein* und *Helga Rabl-Stadler* komplettieren das Bemühen, ein umfassendes Bild von *Karl Korinek* in all seinen Dimensionen zu zeichnen.

Wir verbinden mit diesem Buch das Anliegen, das Gedenken an die universelle Persönlichkeit *Karl Korineks* hochzuhalten. Wenn dieses Unterfangen dazu beiträgt, jene Faszination und Begeisterung, die der Wissenschaftler und Mensch *Karl Korinek* in uns entfacht und an uns weitergegeben hat, sichtbar zu machen, ist sein Ziel erfüllt. Und *Karl Korinek* hätte, so hoffen wir, mit diesem Buch seine Freude.

Wir haben zu danken: dem „Forum Verfassung“ für die Durchführung des Gedenksymposiums und für die Unterstützung der Drucklegung dieses Buches; dem Verlag Österreich für die spontane Bereitschaft, dieses Buch in sein Programm aufzunehmen; *Elisabeth Rumler-Korinek* dafür, dass sie mit Engagement und Liebe dieses Buch betreut hat.

In memoriam Karl Korinek!

Christoph Grabenwarter

Michael Holoubek

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BVA	Bundesvergabeamt
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
BVergG	Bundesvergabebezugsgesetz
BVG	Bundesverfassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BvR	Registerzeichen bzw Aktenzeichen des deutschen Bundesverfassungsgerichts
DRdA	Das Recht der Arbeit
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention, BGBI 1958/210
endg	entgeltlich
EP	Eingetragene Partnerschaft
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
ESt	Einkommensteuer
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f, ff	und die folgende(n)
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz(e)
GA	Gutachten

Abkürzungsverzeichnis

GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
idF	in der Fassung
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JRP	Journal für Rechtspolitik
KOM	Europäische Kommission
MRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
mwH	mit weiteren Hinweisen
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ Bau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖNORM	Österreichische Norm(en)
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl(en)
StGBI	Staatsgesetzblatt
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl 1867/142
StVO	Straßenverkehrsordnung
ua	a) unter anderem b) und andere
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
Vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WiPolBl	Wirtschaftspolitische Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	VII
<i>Brigitte Bierlein</i>	
Zur Eröffnung des Gedenksymposions „In Memoriam Karl Korinek – Staatsrechtslehrer · Musikliebhaber · Humanist“	1
<i>Rudolf Müller</i>	
Einleitung.....	5
<i>Josef Aicher</i>	
Die Instrumentalisierung des Vergaberechts: Von vergabefremden Zwecken zu vergaberechtlichen Sekundärzielen	9
<i>Michael Holoubek</i>	
Selbstverwaltung und Gewaltenteilung.....	23
<i>Hans Georg Ruppe</i>	
Ehe für alle – Grundrechtejudikatur auf neuen Wegen?	49
<i>Christoph Grabenwarter</i>	
Verhältnismäßig einheitlich: Die Gesetzesvorbehalte des StGG 1867 im Wandel.....	65
<i>Rudolf Müller</i>	
Schlussworte	87
<i>Helga Rabl-Stadler</i>	
Hommage an einen Musikliebhaber.....	89
<i>Karl Korinek</i>	
Respekt vor der Verfassung Begrüßungsworte anlässlich der Verleihung des Verfassungspreises am 12. Oktober 2015.....	95
<i>Karl Korinek</i>	
Freie Wissenschaft als Teil unserer Kultur Dankesrede anlässlich der Verleihung des Kardinal Innitzer Preises am 21. November 2015	99
<i>Michael Holoubek</i>	
Nachruf Karl Korinek (1940 bis 2017).....	101

Inhaltsverzeichnis

<i>Peter Rummel/Meinhard Lukas/Christoph Grabenwarter</i>	
Nachruf auf Karl Korinek	107
Publikationsverzeichnis <i>Karl Korinek</i>	111
Autorenverzeichnis	135

Zur Eröffnung des Gedenksymposiums „In Memoriam Karl Korinek – Staatsrechtslehrer · Musikliebhaber · Humanist“

Brigitte Bierlein

I.

Mir ist die Ehre widerfahren, das *Karl Korinek* gewidmete Symposium eröffnen zu dürfen, zu dem ich Sie auf das herzlichste begrüße. Mein besonderer Gruß gilt seiner Familie: seiner Gattin Fr. *Eva Kleemann*, seinen Kindern *Dr. Elisabeth Rumler-Korinek* und *Dr. Stephan Korinek* sowie deren Familien.

Weiters begrüße ich ganz herzlich die zahlreich erschienenen renommierten Vertreterinnen und Vertreter der Politik, der österreichischen Gerichtsbarkeit, der Verwaltung des Bundes und der Länder, der Katholischen Kirche, der Universitäten, der gesetzlichen Interessenvertretungen und der Standesvertretungen der rechtsberatenden Berufe, der Wirtschaft, der Kultur und der Medien. Stellvertretend für sie alle heiße ich die Bundesminister a.D. *Dres. Heinrich Neisser* und *Nikolaus Michalek*, die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes *Dr. Elisabeth Lovrek*, den ehemaligen Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofes *Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner*, den Altabt *Dipl.-Kfm. Gregor Henckel-Donnersmarck*, den Präsidenten der Österreichischen Notariatskammer *Dr. Ludwig Bittner* und den Ehrenpräsidenten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages *Dr. Gerhard Benn-Ibler* sowie die Präsidentin der Salzburger Festspiele *Dr. Helga Rabl-Stadler* willkommen.

Mein besonderer Gruß gilt schließlich meinen Kolleginnen und Kollegen, den Mitgliedern und ehemaligen Mitgliedern des Verfassungsgerichtshofes, die an diesem Gedenksymposium teilnehmen. Stellvertretend für sie alle heiße ich den ehemaligen Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes *Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Ludwig Adamovich* und den Vizepräsidenten *Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter* willkommen.

II.

Vor vier Tagen, am 9. März, war es ein Jahr her, dass Präsident *Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karl Korinek* von uns gegangen ist. Die Wissenschaft des öffentlichen Rechts, die Verfassungsgerichtsbarkeit, letztlich wir alle haben eine he-

rausragende Persönlichkeit verloren. Gleichzeitig ist uns gerade in diesen Tagen bewusst, wie sehr *Karl Korinek* in unseren Herzen und Köpfen präsent ist: Als großer Staatsrechtslehrer und Verfassungsrichter, insbesondere aber als lebensfroher Mensch, als wertvoller Freund und Ratgeber.

Schon das belegt: *Karl Korinek* war eine überaus vielschichtige Persönlichkeit, ein Mann *mit* Eigenschaften.

Es ist für mich eine besondere Ehre, die heutige Veranstaltung zu eröffnen, die seinem Facettenreichtum ein eindrucksvolles Zeugnis ausstellen wird. Es werden jene Themen in Erinnerung gerufen, die *Karl Korinek* als Wissenschaftler und als Verfassungsrichter besonderes Anliegen waren; beide Säulen waren ihm stets gleich wichtig. Und beides war in einem tiefen Sinn nicht nur Beruf, sondern vor allem Berufung. Wer ihn als Universitätslehrer erleben durfte, weiß, wie wichtig ihm der juristische Nachwuchs war und mit welcher Leidenschaft er sein Wissen und seine Einsichten jenen vermittelt hat, die die Staffel weitertragen.

Karl Korinek hat als Verfassungsrichter 30 Jahre lang die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit geprägt, zuletzt zwischen 2003 bis 2008 als dessen Präsident. Wer ihn kannte, weiß, wie sehr ihm gerade das österreichische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit als überwältigende rechtsstaatliche Errungenschaft am Herzen lag. Er war im besten Sinn des Wortes ein Gestalter dieser so wichtigen Institution des demokratischen Rechtsstaates.

Die Neuausrichtung der Grundrechtsjudikatur des VfGH in den 1980er Jahren ist in vielerlei Hinsicht sein Werk: Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur ebenso wie die Lösung überaus komplexer Probleme, die mit der Mitgliedschaft Österreichs in der Europäischen Union verbunden waren und nach wie vor sind. Wir wandeln bis heute auf den klar sichtbaren Spuren *Karl Korineks*.

Das schlägt auch die Brücke zu seiner überragenden Rolle als Lehrer an der Universität Wien und an der Wirtschaftsuniversität, wo er sich besonders der Grundrechtsdogmatik, dem Recht der Selbstverwaltung und dem öffentlichen Wirtschaftsrecht gewidmet hat. Die heutigen Vorträge werden das nachhaltige Wirken und die Pionierleistungen von *Karl Korinek* einmal mehr deutlich machen.

Jede Würdigung von *Karl Korinek* bliebe freilich ohne Bezug zu seinen weiteren Facetten lückenhaft: Er war durch und durch auch Kulturmensch. Seine Liebe zur Musik, vor allem zur Oper, belegt in seinem Fall eindrucksvoll, dass ein Menschenleben erst durch Kultur lebenswert wird und ein guter Jurist imstande sein soll, über den Tellerrand zu blicken. Insofern hat uns *Karl Korinek* vorgelebt, dass das Recht als soziales, politisches und kulturelles Phänomen zu betrachten ist.

Zur Eröffnung des Gedenksymposiums

Dass die Rechtsordnung der Zweiten Republik bei allen kritikwürdigen Punkten, zu denen er bis zum Schluss seine Stimme erhoben hat, auch eine enorme kulturelle Errungenschaft ist, hat *Karl Korinek* stets betont. Auch das ist gewiss ein wichtiger Teil seines Vermächtnisses, das heute lebendig werden soll.

Woran wir uns schließlich in besonderer Weise erinnern, ist die bewundernswerte Gabe von *Karl Korinek*, das Verbindende vor das Trennende zu stellen: Er hatte die Fähigkeit, bei eigenem Standpunkt in seinem jeweiligen Gegenüber nie den Gegner, sondern den Mitmenschen zu sehen, an dem auch und vor allem dann Interesse besteht, wenn er anderer Meinung ist. Insoweit können wir gerade in Zeiten wie diesen vielleicht am meisten von *Karl Korinek* lernen.

In diesem Sinn wünsche ich dem heutigen Symposium alles erdenklich Gute, in der festen Überzeugung, dass *Karl Korinek* damit große Freude hätte und uns schon zurufen würde: „Fanget an!“



Einleitung

Rudolf Müller

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

es war bei der Gestaltung dieses Nachmittags wichtig, dass *Karl Korinek* in gewisser Weise unter uns weilt. Gleich zur Einleitung haben wir daher seine Stimme gehört. Wir wissen von seiner Liebe zu Joseph Haydns Musik, von der dieser Nachmittag daher umrahmt wird. Und zwar hören wir das Streichquartett op. 74 Nr. 1 in C-Dur, eingangs hörten wir den ersten Satz daraus, Allegro moderato.

Wir werden uns heute nicht nur wichtige Teile des wissenschaftlichen Werks *Karl Korineks* in Erinnerung rufen, sondern wir wollen auch versuchen, ihn selbst uns heute Nachmittag ein wenig zu vergegenwärtigen. Das wäre unser Anliegen, über die posthume Ehrung hinaus, die dieser Nachmittag und Abend natürlich auch sein soll. Und mir wurde die Ehre zuteil, Sie als Moderator durch diesen Nachmittag führen zu dürfen.

* * *

„Alles zu seiner Zeit“: das ist eine der vielen sprichwörtlichen Redewendungen, die aus dem Buch Kohelet des Alten Testaments ihren Eingang in unsere Umgangssprache gefunden haben. Das Zitat kommt nicht von ungefähr: *Karl Korinek* war überzeugter und praktizierender Katholik. Sein religiös-philosophisches Interesse hat sich aber nicht auf das Neue Testament beschränkt. Ich habe keinen Gedanken öfter von ihm zitiert gehört als jenen, dass es für alles und jedes seine eigene Zeit gibt, ein Gedanke, dem jener Teil des Buches Kohelet gewidmet ist, der *Karl Korinek* am meisten faszinierte und aus dem er vermutlich vieles an seiner Lebens- und zuletzt wohl auch Leidenschaft geschöpft hat. Er leitete seinen nichtjuristischen Bestseller „Der Onkel Julius“ mit einem Zitat aus dem Buch Kohelet ein, das in den Gedanken mündet, dass die Zeiten für die verschiedenen Dinge voneinander nicht streng getrennt sind, sondern ineinanderfließen¹⁾. Eben solche expliziten Hinweise finden sich auch in seinem Buch über den „Rosenkavalier“ im Zusammenhang mit mehreren Passagen der Oper,

¹⁾ *Karl Korinek*, Der Onkel Julius, Der Wiederaufbau Österreichs in Anekdoten, MANZ, Wien 2005, 13.

wobei er davon ausgeht, dass Hugo von Hofmannsthal diese Quelle gekannt und bewusst im Text, vor allem in dem der Marschallin verarbeitet hat²⁾).

So soll auch heute Zeit für Verschiedenes ineinander fließen: Zeit für Gedenken, Zeit für liebevollen Respekt, aber zugleich auch ein wenig Zeit für ein Lächeln. Denn so hat es *Karl Korinek* immer gehalten: keine Diskussion oder Situation konnte ernsthaft und wichtig genug sein, dass nicht ein Scherz von ihm darin Platz gefunden hätte. Er hatte vor allem auch einen Blick für Situationskomik und ließ praktisch keine aufgelegte Wuchtel aus. Ein Beispiel zum Einstieg in den Nachmittag: als ich mit ihm während seiner Präsidentschaft beim russischen Verfassungsgericht zu Gast war, wurden uns seitens unserer Gastgeber zum Abschied vor versammelter Korona feierlich Armbanduhren mit dem Wappen des russischen Verfassungsgerichts überreicht, worauf er sich zu mir neigte und murmelte: „1945 haben sie uns die Uhren gestohlen, jetzt geben sie uns die Uhren zurück“.

Karl Korineks breites juristisches Oevre enthält mindestens drei daraus noch herausragende Säulen, an die wir heute erinnern wollen, wobei ich jetzt sehr vereinfache: Die Großtat im Verfassungsgerichtshof im Zuge der Entwicklung einer modernen Grundrechtsjudikatur zu den alten Grundrechten des StGG 1867, dann die Lehre von der nicht territorialen Selbstverwaltung, grundgelegt in seiner Habilitation 1970, und seine intensive Beschäftigung mit dem Vergaberecht, dessen er sich so früh wie kein Zweiter angenommen hat.

Ich korrigiere mich sofort: da gabs nämlich einen Zweiten und mit dem gemeinsam hat er schon 1990 im Rahmen eines Symposiums der Österreichischen Akademie der Führungskräfte Vorträge gehalten, die unter dem Titel „Vergabekontrollkommission: ein Instrument zur Kontrolle von Bauaufträgen des Bundes im Lichte der europäischen Vergaberechtsentwicklung“ 1991 bei Orac im Druck erschienen sind. Und beide haben auch mit der ersten Ausgabe des Vergabegesetzes 1993 samt Materialien und Anmerkungen der Praxis die ersten Wege gewiesen.

Und diesen zweiten Protagonisten des Vergaberechts, gleichsam das zivilrechtliche Alter Ego des Öffentlichrechtlers *Karl Korinek*, haben wir heute als Referenten bei uns – es ist *Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher*, den ich herzlich begrüße und dem ich für seine Bereitschaft zum Vortrag namens der Veranstalter herzlich danke.

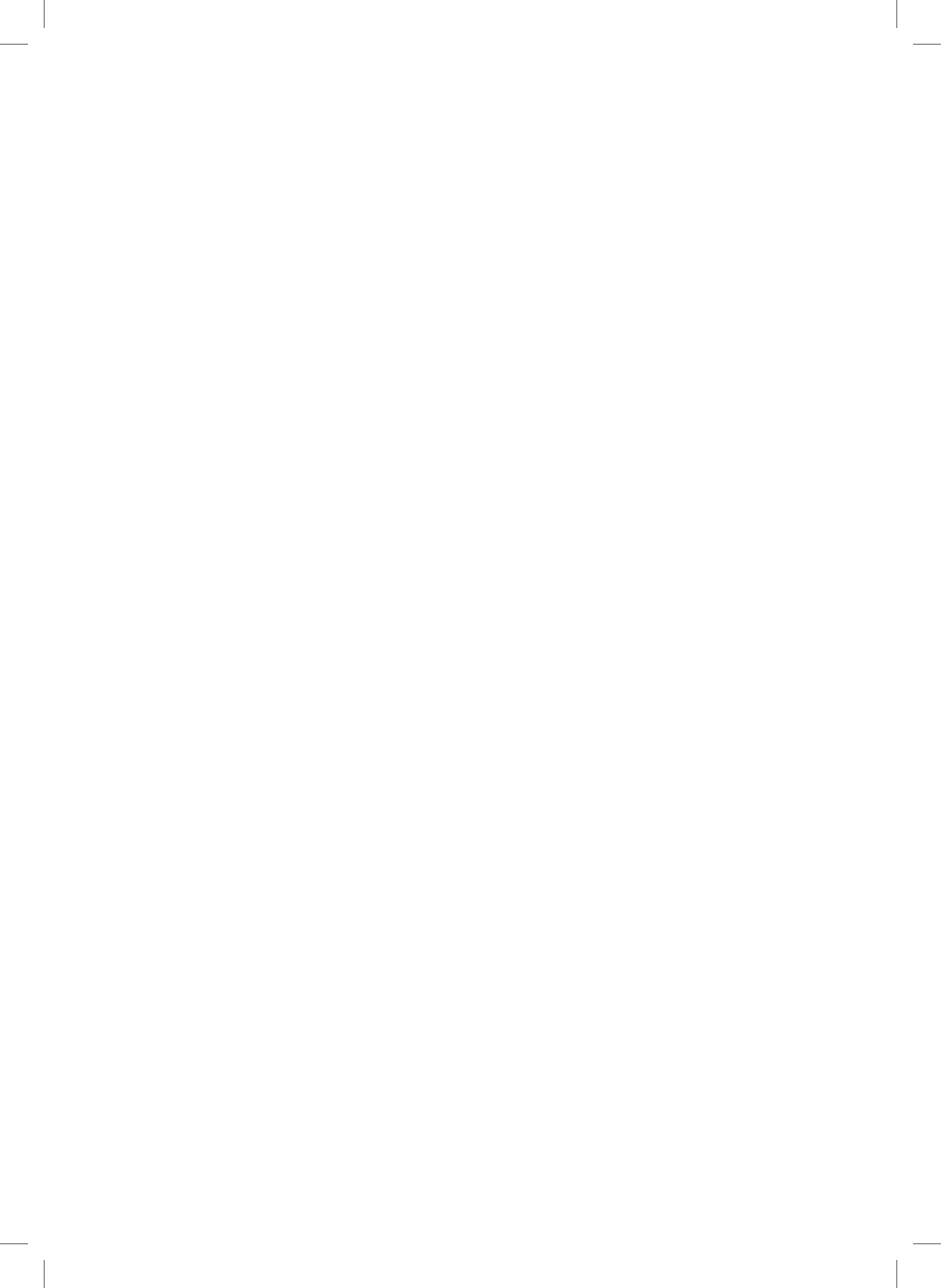
Ich will und muss *Univ.-Prof. Dr. Aicher* jetzt und hier nicht im Detail vorstellen. Nur wenige Stichworte als unvermeidliche Pflichtübung: Studium, Habilita-

²⁾ *Karl Korinek*, *Der Rosenkavalier, Eine wienerische Maskerad'* – und weiter nichts?, MANZ Wien 2012, 42 f.

Einleitung

tion und Lehrtätigkeit in Salzburg, Venia Legendi in Handels- und Wirtschaftsrecht, bürgerlichem Recht und allgemeiner Rechtslehre, 1975 Berufung auf den Lehrstuhl an der Karl-Franzens-Universität Graz, 1978 Berufung an die JKU Linz und schließlich 1982 an die Wiener Universität. Hier emeritierte *Univ.-Prof. Dr. Aicher* als Leiter des Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht 2016. An weiteren Funktionen wären jene als „visiting professor“ an der Donauuniversität Krems zu nennen und zahlreiche wirtschaftsaffine Funktionen. *Univ.-Prof. Dr. Aicher* ist seit vielen Jahren Mitglied der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.

Der Titel seines Vortrags, nämlich die „Instrumentalisierung der Vergaberechts für vergabefremde Zwecke“, lässt – so würde ich als Laie des Vergaberechts vermuten – eine kritische Distanz zur Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet erwarten. Herr Professor – ich bitte Sie um Ihren Vortrag.



Die Instrumentalisierung des Vergaberechts: Von vergabefremden Zwecken zu vergaberechtlichen Sekundärzielen*)

Josef Aicher

Übersicht:

- A. Die Vergabegrundsätze und ihre Entwicklung im österreichischen Vergaberecht
- B. Unter dem Einfluss der europäischen Rechtsentwicklung
- C. Vergaberecht und Innovationsförderung

A. Die Vergabegrundsätze und ihre Entwicklung im österreichischen Vergaberecht

§ 19 BVergG 2006 enthält die Vergabegrundsätze. Das Grundprinzip lautet: Vergabeverfahren sind unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Zu den Vergabegrundsätzen des § 19 gehört aber auch, dass im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht genommen werden muss und auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden kann.

Durch die BVergG-Novelle 2013 wurde § 19 um die Regelung ergänzt, dass im Vergabeverfahren auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden kann.

Für alle drei Zielvorgaben, von denen nur das Postulat der Umweltgerechtigkeit iS einer vergabeverfahrensrechtlichen Abwägungspflicht zwischen den monetären Interessen des Auftraggebers und der Verfolgung ökologischer Zielsetzungen zwingend einzuhalten ist, wird normiert, in welcher Phase des Vergabeverfahrens die Bedachtnahme erfolgen muss bzw kann.

*) Erschienen in JBl 2018, Heft 8, 481–486.

Im BVergG 2018 (§ 20) kehren diese Regelungen im Wesentlichen unverändert wieder.

Die EU-VergabeRL enthielten von Anfang an und enthalten bis zum derzeit gültigen Richtlinienpaket aus 2014 keine vergleichbar explizite Anordnung zur Bedachtnahme auf umwelt- und sozialpolitische Aspekte.

Die erste gesetzliche Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe erfolgte mit dem Bundesvergabegesetz 1993. Sie war durch den Beitritt Österreichs zum EWR veranlasst, wodurch Österreich verpflichtet wurde, einen Teil der europäischen Vergaberichtlinien der ersten Generation, namentlich die LieferkoordinierungsRL, die BaukoordinierungsRL aus den 70-er Jahren in der kodifizierten Fassung aus 1993 und die SektorenRL 1993 umzusetzen. Die genannten RL sprachen nicht einmal in den ErwGr von einer Bedachtnahme auf Umwelt- oder sozialpolitische Aspekte.

Gleichwohl fand sich bereits im BVergG 1993 unter den Vergabegrundsätzen (§ 10 Abs 7) eine Bestimmung, nach der im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist. Ausweislich der ErlRV¹⁾ entsprang dieses Bedachtnahmegebot der ehrwürdigen ÖNORM A 2050, deren Bestimmungen für die Leistungsbeschreibung durch VO für verbindlich zu erklären waren (§ 23 Abs 3 BVergG 1993). Unter diesen befand sich bereits das Gebot zur Bedachtnahme auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung (Punkt 1.3.5), die näher dahingehend umschrieben war, dass in der Leistungsbeschreibung gegebenenfalls auch die Kriterien für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren, soweit dies nach dem jeweiligen Stand der Technik und dem jeweils aktuellen Marktangebot möglich ist, anzugeben sind.²⁾

Die Bedachtnahme auf Umweltaspekte war also auf die Leistungsbeschreibung konzentriert und sollte – ausweislich der ErlRV³⁾ – auch Auswirkungen auf die Zuschlagskriterien haben, wenn die Leistungsbeschreibung Vorgaben an die Umweltgerechtigkeit enthält, deren Erfüllungsgrad in den Angeboten dann durch entsprechende Zuschlagskriterien bewertbar gemacht werden muss.

Von sozialen Aspekten war damals noch nicht die Rede. Das sollte sich jedoch alsbald ändern. Nachdem mit dem BVergG 1997 der restliche *aquis communautaire*, namentlich die Dienstleistungs KoordinierungsRL umgesetzt worden war, kam es im Jahr 1998 in der novellenreichen Entwicklung des BVergG zur wohl kleinsten aller Novellierungen: Sie diente nur der Erweiterung der Vergabegrundsätze: Unter den Vergabegrundsätzen war nunmehr zu lesen: „Im

¹⁾ Zitiert nach *Aicher/Korinek*, BVergG (1993) 51.

²⁾ Punkt 2.2.1.2 ÖNORM A 2050 idF 1.1.1993.

³⁾ *Aicher/Korinek* (Fn 1).

Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung sowie auf die Beschäftigung von Personen im Ausbildungsverhältnis Bedacht zu nehmen.“ (§ 16 Abs 7 BVergG 1997). Ein ganz enger sozialer Aspekt hat Eingang in das Vergaberecht gefunden.

Er war offensichtlich nicht europarechtlich indiziert. Er war vielmehr vergaberechtlicher Ausfluss der von der Bundesregierung 1997 beschlossenen „Lehrlingsoffensive“, die dem Mangel an Lehrstellen abhelfen sollte. Nach dem Vortrag des Bundeskanzlers im Ministerrat⁴⁾ sollten jene Unternehmen bei der Vergabe von Aufträgen angemessene Berücksichtigung finden, die sich nach den vorgegebenen Bedingungen des Leistungsvertrages verpflichten, eine nach Branchenvergleich und Art der zu vergebenden Leistung angemessene Anzahl von Lehrlingen zu beschäftigen.

Im BVergG 2002 (§ 21) erhielten die Vergabegrundsätze – abgesehen von der Bedachtnahme auf innovative Aspekte – ihre heutige Fassung.

B. Unter dem Einfluss der europäischen Rechtsentwicklung

Die in § 21 BVergG 2002 getroffene Regelung war bereits von einer Entwicklung geprägt, die ihren Anfang mittlerweile im europäischen Recht genommen hat. Es war nicht zuletzt die Rsp des EuGH, welche die Bedachtnahme auf soziale und ökologische Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe „salonfähig“ gemacht hat.

Den Anfang machte das Urteil des EuGH 1988 in der Rs Beentjes.⁵⁾ Die Anforderung, dass sich das beschäftigte Personal zumindestens 70% aus Langzeitarbeitslosen zusammensetzen müsse, betrachtete der EuGH weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium, sondern als „besondere zusätzliche Bedingung“, die gemeinschaftsrechtlich zulässig sei, wenn sie in der Ausschreibungsbekanntmachung genannt ist und sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus einem anderen Mitgliedstaat führt.

In der Rs Kommission / Frankreich, über die der EuGH im Jahr 2000 betreffend mehrere Vergaben zur Sanierung von Schulgebäuden durch die Region Nord-Pas-de Calais⁶⁾ urteilte, verstand die Kommission die Aussage des Beentjes-Urteils von der besonderen zusätzlichen Bedingung völlig zutreffend als Ausführungsbedingung des Vertrages. Sie folgerte daraus, dass der Auftraggeber eine Anforderung zur Verringerung der regionalen Arbeitslosigkeit zu Unrecht zum Zuschlagskriterium gemacht hat. Nicht so der EuGH. Vielmehr meint er jetzt, dass die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen in der Rs Beent-

⁴⁾ Zitiert nach *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner*, BVergG² (1999) 261 f.

⁵⁾ EuGH 20.9.1988, Rs 31/87 Rn 28, 36.

⁶⁾ EuGH 26.9.2000, Rs C-225/98 Rn 46, 52.

jes nur ein Zuschlagskriterium gewesen sein konnte und der jetzt in Rede stehende soziale Aspekt ein zulässiges Zuschlagskriterium sei, solange es nur in der Bekanntmachung publik gemacht wird und nicht gegen die Grundfreiheiten und das daraus erfließende Diskriminierungsverbot verstößt.

Damit war ein zweiter Ort gefunden, an dem soziale Aspekte Platz finden konnten. Zu den vertraglichen Ausführungsbedingungen sind jetzt auch die Zuschlagskriterien getreten.

Die Kommission versuchte zunächst den sich abzeichnenden Dambruch zu verhindern. Die gegenüber dieser Entwicklung überwiegend kritisch eingestellte Literatur sprach von der Verfolgung vergabefremder Zwecke,⁷⁾ die den unbestrittenen Zweck der europäischen Vergaberichtlinien für einen preisgünstigen Einkauf durch die öffentliche Hand zu sorgen und die nationalen Beschaffungsmärkte dem unionsweiten Wettbewerb zu öffnen, verwässert.

In zwei interpretierenden Mitteilungen aus dem Jahr 2001 hat es die Kommission unternommen, ein harmonisierendes Verständnis zwischen dem Ziel wirtschaftlichen Einkaufs und der Verfolgung sozialer und umweltbezogener Anliegen zu entwickeln. Dies freilich in der Absicht, der Bedachtnahme auf letztere enge Grenzen zu setzen. So heißt es in der Mitteilung über die Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer Belange⁸⁾ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und in der Mitteilung betreffend die Berücksichtigung von Umweltbelangen,⁹⁾ dass bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots Kriterien berücksichtigt werden können, die soziale Gegebenheiten bzw Umweltelemente beinhalten, vorausgesetzt, dass sich aus der Bezugnahme auf diese Faktoren ein wirtschaftlicher Vorteil bei dem Produkt oder der Leistung, die Auftragsgegenstand ist, zum wirtschaftlichen Nutzen des Auftraggebers ergibt. Dabei stellt die Kommission klar, dass jedes einzelne Zuschlagskriterium mit einem wirtschaftlichen Vorteil für den Auftraggeber verbunden sein muss und es nicht genügt, dass jedes Kriterium in wirtschaftlichen Größen messbar ist, ohne einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil für den betreffenden Vertrag des Auftraggebers mit sich zu bringen. Soziale Aspekte und Umweltbelange können bei der Zuschlagsentscheidung sohin nur unter zwei Voraussetzungen berücksichtigt werden: Sie müssen die Bewertung eines wirtschaftlichen Nutzens ermöglichen, der im eigentlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht und der dem Auftraggeber als wirtschaftlicher Vorteil zugutekommt.

⁷⁾ Vgl zur Terminologie *Burgi*, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZ Bau 2001, 64.

⁸⁾ KOM (2001) 0566 endg, ABl 2001 C 333/27.

⁹⁾ KOM (2001) 274 endg, ABl 2001 C 333/12.

Der wirtschaftliche Vorteil zum unmittelbaren Nutzen des Auftraggebers als Zulässigkeitsvoraussetzung für auf soziale oder Umweltbelange abstellende Zuschlagskriterien, wurde freilich bald in der Rs Concordia Bus 2002 aufgegeben.¹⁰⁾ Die Stadt Helsinki hat die Vergabe von Buslinien losweise ausgeschrieben und im Rahmen der Angebotsbewertung bekanntgemachterweise Zusatzpunkte für Angebote vergeben, nach denen Fahrzeuge zum Einsatz gelangen, deren Stickoxid-Emission und deren Lärmpegel unterhalb bestimmten Grenzwerten bleiben.

Die Kommission hob in ihrer Erklärung im Rahmen dieses Vorabentscheidungsverfahrens hervor, dass Zuschlagskriterien vier Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen objektiv und für alle Angebote gültig sein, in enger Beziehung zum Auftragsgegenstand stehen und einen wirtschaftlichen Vorteil zum unmittelbaren Nutzen des Auftraggebers enthalten.

Dem gegenüber hielt der EuGH, davon ausgehend, dass nicht jedes Vergabekriterium notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein müsse, dafür, dass der Auftraggeber bei der Bestbieterermittlung Umweltkriterien berücksichtigen darf, sofern diese dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung ausdrücklich genannt sind, alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot beachtet werden und die Kriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen. Davon, dass die Kriterien geeignet sein müssen, einen wirtschaftlichen Vorteil zum unmittelbaren Nutzen des Auftraggebers zu messen, ist nicht mehr die Rede.

Die in den beiden genannten Mitteilungen ausgesprochene Hoffnung der Kommission, dass der EuGH ihrer Sichtweise im Urteil zu dem 2001 erst anhängigen Verfahren Concordia Bus folgen werde, hat sich nicht erfüllt.

Die fortschreitende Lockerung der Anforderungen an die Berücksichtigungsfähigkeit von Sozial- und Umweltkriterien fand ihren Abschluss im Urteil EVN / Wienstrom.¹¹⁾ Der Bund schrieb einen Stromlieferungsvertrag für seine Verwaltungsgebäude in Kärnten nach dem Bestbieterprinzip aus. Unter den bekanntgemachten Zuschlagskriterien befand sich das mit 45% außerordentlich hoch gewichtete Kriterium „Strom aus erneuerbaren Energieträgern“. Die Eigenheit dieses Kriteriums bestand jedoch darin, dass es sich gar nicht auf die bestellte Jahresstrommenge von 22,5 GWh bezog, sondern auf die Angaben der Bieter, wie viel GWh Strom aus erneuerbaren Energieträgern sie darüber hinaus in den letzten zwei Jahren produziert haben und in den nächsten zwei Jahren produzieren werden, sodass der Bieter, der die höchsten Mengen angegeben hatte, die höchste Punktzahl erhielt.

¹⁰⁾ EuGH 17.9.2002, Rs C-513/99.

¹¹⁾ EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01.

Das vorliegende Bundesvergabeamt hatte mehrfache Zweifel an der Zulässigkeit eines so konzipierten Zuschlagskriteriums. Zwei Bedenken sind im gegebenen Zusammenhang von Interesse.

Zum einen bezweifelte das BVA die sachliche Rechtfertigung eines solchen Kriteriums, weil es möglicherweise überhaupt nicht geeignet ist, zur Erhöhung der Mengen aus erneuerbaren Energieträgern erzeugten Strom beizutragen. Die Antwort des EuGH ist überraschend und kurz: Selbst wenn dem so wäre, führe ein solches Kriterium nicht allein deshalb zu seiner Gemeinschaftsrechtswidrigkeit, weil sich möglicherweise das angestrebte umweltpolitische Ziel nicht erreichen lässt.

Zum anderen hob das BVA hervor, dass das Zuschlagskriterium sich darauf bezieht, welche Menge überhaupt lieferbar ist und nicht, welche Menge speziell dem Auftraggeber geliefert werden kann. Daher sei fraglich, ob mit diesem Kriterium unmittelbare wirtschaftliche Vorteile für den Auftraggeber verbunden seien. Der EuGH hielt zwar an seiner Judikatur fest, dass ein Zuschlagskriterium nicht notwendigerweise wirtschaftlicher Natur sein muss. Er verwarf jedoch gleichwohl dieses so konzipierte Zuschlagskriterium, weil es sich nicht auf die dem Auftraggeber zu liefernde Strommenge, sondern auf jene Mengen bezog, die die Bieter anderen Abnehmern als dem Auftraggeber geliefert haben oder zu liefern beabsichtigen. Daher hänge es nicht mit dem Gegenstand des Auftrages zusammen.

Nicht erforderlich ist also ein mit dem Zuschlagskriterium messbarer unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil für den Auftraggeber, wohl aber ein Zusammenhang mit dem ausgeschriebenen Auftragsgegenstand, wenngleich der Umstand unerheblich ist, dass sich mit diesem Kriterium das angestrebte Ziel möglicherweise nicht erreichen lässt. Zudem darf das Kriterium dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen; es muss in der Auftragsbekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen genannt sein und alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit beachten.

Die Neufassung der Vergaberichtlinien durch das EU-Legislativpaket 2004 hat auf dieser gesicherten Rsp aufgebaut, den Bezug des Vergabeverfahrensreglements zu Sozial- und Umweltbelangen weiter verdichtet und einzelne Detailregelungen vorgesehen, die Ausfluss dieser gesellschaftspolitischen Verantwortung sind. Das Vergaberecht wird zunehmend in deren Dienst gestellt. So wurde dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, als Mittel für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vom Bieter Angaben zu Umweltmanagementmaßnahmen, die er bei Ausführung des Auftrages anwenden will, zu verlangen und die Normengemäßheit des betrieblichen Umweltmanagements durch Bescheinigungen, die gemäß dem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS-VO) oder gemäß den

europäischen oder internationalen Normen für das Umweltmanagement durch zertifizierte Stellen ausgestellt sind, zu bestätigen.¹²⁾ Des Weiteren wurde explizit gestattet, dass in den Bedingungen für die Auftragsausführung, die schon seit dem Beentjes-Urteil als geeignete Heimat für zusätzliche Kriterien, die weder Eignungs- noch Zuschlagskriterien sind, angesehen wurde, insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte aufgenommen werden dürfen, sofern diese in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen angegeben und mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.¹³⁾

Unter Geltung des neu gefassten Richtlinienregimes 2004 erging im Jahr 2012 das EuGH-Urteil in der Rs Kommission / Niederlande zur Vorschreibung bestimmter Gütezeichen.¹⁴⁾ In diesem Vertragsverletzungsverfahren hatte der EuGH zu klären, ob, in welcher Weise und wofür ein Auftraggeber Umweltgütezeichen und Fair-Trade-Zeichen vorschreiben darf. Das verlangte Gütezeichen EKO wird von einer niederländischen Stiftung für Erzeugnisse vergeben, die zu mindestens 95% aus ökologisch erzeugten Zutaten bestehen. Dem Prüfungsmaßstab liegen die einschlägigen VO der EU über den ökologischen Landbau zugrunde. Das Gütezeichen „MAX HAVELAAR“ wird ebenfalls von einer niederländischen Stiftung nach von einer internationalen Organisation aufgestellten Normen vergeben und bestätigt, dass es ein Erzeugnis aus fairem Handel ist, wenn das Bezugsverhältnis zwischen Kleinerzeugern in Entwicklungsländern und Importeur bestimmte Voraussetzungen erfüllt.

Der EuGH stellt zunächst klar, dass Umweltgütezeichen im Rahmen der technischen Spezifikation verwendet werden können, wenn und soweit sie sich – der Richtliniendefinition für technische Spezifikationen entsprechend – ausschließlich auf die Merkmale der Erzeugnisse selbst, ihre Produktionsprozesse und Methoden oder ihre Verwendung beziehen. Demgegenüber seien Fair-Trade-Zeichen keine technische Spezifikation, weil sie auf Bedingungen abstellen, unter denen der Lieferant die Produkte vom Erzeuger erworben hat.

Demgemäß hätte das EKO-Zeichen vom Auftraggeber als technische Spezifikation für Produkte aus ökologischem Landbau Verwendung finden dürfen, nicht aber das Zeichen „MAX HAVELAAR“. Letzteres hätte aber als zusätzliche „Bedingung für die Auftragsausführung“ in den Bestimmungen des Leistungsvertrages Aufnahme finden können, worunter zulässigerweise auch soziale (und umweltbezogene) Aspekte fallen.

Allerdings entsprach auch das geforderte Vorhandensein des EKO-Zeichens nach Ansicht des EUGH nicht den richtlinienkonformen Anforderungen einer technischen Spezifikation. Denn die Bestimmungen über die technische Spezi-

¹²⁾ Siehe Art 50 RL 2004/18/EG.

¹³⁾ Siehe Art 26 RL 2004/18/EG.

¹⁴⁾ EuGH 10.5.2012, Rs C-368/10.

fikation gestatten dem Auftraggeber nur, die detaillierten Spezifikationen eines Umweltgütezeichens, nicht aber das Umweltgütezeichen als solches zu verwenden. Bei Vorhandensein des Gütezeichens darf der Auftraggeber nur davon ausgehen, dass das angebotene Erzeugnis den detaillierten Spezifikationen des Gütezeichens entspricht. Dies entbindet ihn aber nicht von der Verpflichtung, dessen detaillierte Spezifikationen anzugeben, weil den Bieter, die dieses Gütezeichen nicht besitzen, der Nachweis offen stehen muss, dass ihre Produkte gleichwohl den inhaltlichen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen.

Gleiches gilt nach Ansicht des EuGH auch, wenn das Vorhandensein eines bestimmten Gütezeichens zu einer bestimmten Punktezahl bei der Angebotsbewertung nach dem Bestbieterprinzip führt. Denn das auf das Gütezeichen Bezug habende Zuschlagskriterium sei nur dann hinreichend objektiv, transparent und nicht diskriminierend, wenn der Auftraggeber die inhaltlichen Anforderungen des Gütezeichens präzisiert und so allen Bietern den Nachweis eröffnet, dass auch ihr Produkt den Voraussetzungen des Gütezeichens entspricht.

Auftragsgegenstand war die Lieferung und Bewirtschaftung von Kaffeeautomaten, wobei für den beizustellenden Kaffee und Tee sowie für die Zutaten, wie Zucker und Kakao, Produkte mit den beiden Gütezeichen verwendet werden sollten.

Darüber hinaus verlangte der Auftraggeber, systematisch eingereiht unter „Eignungskriterien/Mindestanforderungen“, dass die Bieter die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einhalten und angeben, wie sie diese Kriterien einhalten und zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarktes und einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen.

Nach Ansicht des EuGH betraf diese Anforderung keine vertragliche Ausführungsbestimmung, weil sie mit dem Gegenstand des auszuführenden Auftrages nicht im Zusammenhang stand, sondern sich auf die allgemeine Unternehmenspolitik der Bieter bezog und daher nur unter das Eignungskriterium der technischen Leistungsfähigkeit bezogen sein konnte. Den Anforderungen des in sich geschlossenen Systems der Nachweismittel für die technische Leistungsfähigkeit entsprach indessen dieses Kriterium deshalb nicht, weil diese, obgleich bieterbezogen, dem Auftraggeber die Information geben müssen, ob der Bieter zur qualitätsvollen Ausführung des Auftrages überhaupt in der Lage ist, sohin auch die abgefragte technische Leistungsfähigkeit im Zusammenhang mit dem zur Vergabe gelangenden Auftragsinhalt stehen muss.

Das Urteil bestätigt – jetzt auf der Ebene der Eignungsanforderungen – was schon früher für die vertraglichen Ausführungsbestimmungen und die Zuschlagskriterien judiziert wurde. Auf welcher Ebene auch immer der Auftraggeber soziale und ökologische Belange berücksichtigt haben will: Deren Krite-

rien müssen eindeutig beschrieben, objektiv und allen Bietern zugänglich, in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich genannt sein. Sie müssen im Einklang mit den wesentlichen Grundsätzen des Unionsrechts, insbesondere dem Diskriminierungsverbot stehen. Schließlich müssen auch soziale und ökologische Kriterien im engen Zusammenhang mit dem zu vergebenden Auftragsinhalt stehen, oder anders gesagt: Sie müssen sich aus diesem rechtfertigen. Diese Grenze hat der EuGH von Anfang an gezogen und bis heute bei aller Liberalisierung bestehen lassen.

Am Konzept zulässiger Bedachtnahme auf – wie es jetzt offen genannt wird – politische oder strategische Ziele in allen Phasen des Vergabeverfahrens hat das Richtlinienpaket 2014 nichts Grundsätzliches geändert. Es hat aber stärker als bisher Eingang in einzelne Verfahrensbestimmungen gefunden. In diesem Zusammenhang ist zu nennen, dass für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses neben dem Preis oder den Kosten – jetzt ausdrücklich genannt – auch umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können, sofern sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (Art 67 RL 2014/24/EU) und der Auftraggeber verlangen kann, dass das Zuschlagskriterium „Kosten“ auf Grundlage der Lebenszykluskosten berechnet wird, wobei die Berechnungsmethode – die der Auftraggeber anzugeben hat – auch umfassen kann, die Kosten für Energie- und sonstigen Ressourcen, oder Entsorgungs- bzw Recyclingkosten oder Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen (Art 68 RL 2014/24/EU). Zu nennen sind weiters Eignungskriterien, zu denen auch umweltbezogene gehören können und für die jetzt ganz allgemein festgeschrieben ist, dass sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen. Auch für die vertraglichen Ausführungsbestimmungen ist nunmehr explizit normiert, dass sie – wie die Zuschlagskriterien – mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen und diese Bedingungen auch umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen können (Art 70 RL 2014/24/EU).

Erweitert wurde auch die Möglichkeit des Einsatzes von Gütezeichen (Art 43 RL 2014/24/EU). Will der Auftraggeber eine Leistung mit spezifischen Merkmalen beschaffen, kann er in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder in den Bedingungen für die Auftragsausführung zum Nachweis dafür, dass die Leistung den geforderten Merkmalen entspricht, ein bestimmtes Gütezeichen verlangen, wenn die Anforderungen des Gütezeichens ausschließlich Kriterien betreffen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Schreibt das Gütezeichen, das im Übrigen bestimmte entstehungsbezogene und inhaltliche Voraussetzungen erfüllen muss, Anforderungen vor, die nicht mit dem Auftragsgegenstand im Zusammenhang stehen, darf der Auftraggeber nicht das Gütezeichen als solches verlangen. Er kann aber technische

Spezifikationen unter Verweis auf jene Spezifikationen des Gütezeichens festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Der Auftraggeber, der ein bestimmtes Gütezeichen verlangt, muss alle gleichwertigen Gütezeichen anerkennen und muss dem Bieter, der ohne dies verantworten zu müssen, auch kein gleichwertiges erlangen kann, den Nachweis ermöglichen, dass sein Produkt alle verlangten Anforderungen des Gütezeichens erfüllt.

Hinter dieser Neuregelung steht ein Paradigmenwechsel und führt gegenüber dem Urteil MAX HAVELAAR zu einer erheblichen Erleichterung für den Auftraggeber. Sie entbindet den Auftraggeber von der Pflicht, die detaillierten Spezifikationen des Gütezeichens anzugeben, um den Bietern, die nicht auf ein solches Gütezeichen verweisen können, den Nachweis der Gleichwertigkeit ihres Produktes zu erleichtern. Der Verweis auf ein bestimmtes Gütezeichen ist in der Regel die hinreichende technische Spezifikation selbst.

Der Überblick zeigt: Die Verbindung gesellschaftspolitischer Aspekte mit dem Auftragsgegenstand ist Voraussetzung für ihre Zulässigkeit auf der Ebene der Bieterreignung, bei der technischen Spezifikation im Wege von Gütezeichen, bei den Zuschlagskriterien und bei den vertraglichen Ausführungsbestimmungen.

C. Vergaberecht und Innovationsförderung

Die Berücksichtigungsfähigkeit nicht monetärer und – wie es jetzt auch genannt wird – strategischer Aspekte in den vertraglichen Ausführungsbestimmungen war schon seit dem Beentjes-Urteil der Ort, an dem sie Berücksichtigung finden konnten. Das wurde erstmals in den Vergaberichtlinien 2004 positivrechtlich anerkannt und im Richtlinienpaket 2014 fortgeführt, wenn es in Art 70 RL 2014/24/EU heißt, dass in den Bestimmungen für die Auftragsdurchführung, sofern sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und bekanntgemacht werden, besondere Bedingungen festgelegt werden können, die wirtschaftliche, umweltbezogene, soziale, beschäftigungspolitische und innovationsbezogene Belange umfassen können. Das BVergG 2006 hat diese Regelung nicht explizit umgesetzt. So verhält es sich auch im BVergG 2018. Als Ort möglicher Berücksichtigung werden die vertraglichen Ausführungsbestimmungen zwar im Rahmen der sonstigen Vergabegrundsätze genannt, nicht jedoch beim Grundsatz der Bedachtnahme auf innovative Aspekte (§ 20 Abs 7). Das ist klüger als die Richtlinienbestimmung. Denn Innovationsförderung durch Vergaberecht, welche die ErwGr der Vergaberichtlinie 2014 besonders hervorheben und die aus der von der EU verfolgten „Strategie 2020“ für ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum stammt,¹⁵⁾ steht in

¹⁵⁾ Siehe ErwGr 47 RL 2014/24/EU.

einem Spannungsverhältnis zu den zwingenden Vorgaben, wie sie in den Ausführungsbestimmungen und auch in der (konstruktiven) Leistungsbeschreibung durch den Auftraggeber erfolgen müssen. Die Bedachtnahmemöglichkeit auf innovative Aspekte ist vielmehr die Aufforderung an die öffentlichen Auftraggeber, mehr Innovation durch die Bieter im Vergabeverfahren zuzulassen, wie zB durch vermehrte Benutzung der funktionalen Leistungsbeschreibung, der verstärkten Zulassung von Alternativangeboten und des stärkeren Zugriffs auf die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialogs und der ganz neuen Vergabeart der Innovationspartnerschaft.¹⁶⁾

Damit der Traum vom öffentlichen Beschaffer als Innovationsmotor und „lead customer“ Wirklichkeit wird, müsste freilich auch bei den Vergabekontrollbehörden ein Umdenken einsetzen. Solange bei Zulassung von Alternativangeboten die Forderung an den Auftraggeber, detaillierte Mindestanforderungen der Leistung vorzugeben und unter dem Transparenzprinzip die Vorabfestlegung von exakten, in Art und Gewichtung während des gesamten Vergabeverfahrens unabänderlichen Zuschlagskriterien Stück für Stück verschärft wird, wird das Vergaberecht den erhofften Beitrag zur Innovationsförderung kaum leisten können. Erforderlich wäre dazu aber auch, dass Auftraggeber Vergabeverfahren nicht primär unter dem Aspekt möglichst hoher Nachprüfungsfestigkeit sehen müssen und Bieter den ihnen zu Recht gewährten Rechtsschutz nicht dazu verwenden, einen verlorenen Wettbewerb vor den Nachprüfungsinstanzen wieder aufzunehmen. Erforderlich wäre ein Klima vertrauensvoller Zusammenarbeit, für das *Karl Korinek* stets – und nicht nur im Vergabewesen – eingetreten ist.

¹⁶⁾ Art 31 RL 2014/24/EU = §§ 41, 118 ff BVerG 2018.



Rudolf Müller

Herr *Univ. Prof. Dr. Aicher*, vielen herzlichen Dank für Ihre Ausführungen, unsere Erwartungshaltung wurde nicht enttäuscht.

Karl Korineks Liebe zur Musik wird heute Abend noch aus berufenem Munde, nämlich von der Präsidentin der Salzburger Festspiele, Frau *Dr. Helga Rabl-Stadler* gewürdigt werden. Ich komme an diesem Thema natürlich auch nicht vorbei: Es gab kaum einen Vortrag oder eine Rede *Karl Korineks* ohne ein Opernzitat. Ich bin daher schon gespannt, ob und in welchem Ausmaß das in den heutigen Vorträgen einen gewissen Widerhall finden wird.

Zwei Opernfiguren, die *Karl Korinek* ua auch unter dem Gesichtspunkt der Thematik des Alterns und des „Sich – damit – Abfinden-Könnens“ interessiert und fasziniert haben, waren der Hans Sachs in Wagners „Meistersinger von Nürnberg“ und die Marschallin im „Rosenkavalier“ von Richard Strauss.

Wir erinnern uns sofort an ein von ihm sehr geliebtes und oft verwendetes Zitat aus dem Rosenkavalier, das Hugo von Hofmannsthal der Marschallin im großen ersten Monolog in den Mund gelegt hat:

„Wie kann denn das geschehen? Wie macht denn das der liebe Gott?“ und „Und wenn ers schon so machen muss, warum lässt er uns zuschauen dabei, mit gar so klarem Sinn?“

Ein auf die Veränderungen beim Älterwerden bezogenes Zitat, das einem unwillkürlich sofort in den Sinn kommt, denkt man an *Karl Korineks* schweres körperliches Leiden, mit dem er bei gleichzeitig vollkommener geistiger Regheit in seinen letzten Lebensjahren zu kämpfen hatte, und daran, dass er dem Fortschreiten seiner eigenen Hinfälligkeit in diesem Sinne zuschauen musste. Das hat ihn aber – sofern und solange es nur irgendwie ging – nicht davon abgehalten, Konzerte im Musikverein, vor allem auch im Brahmsaal zu besuchen, wo ich ihn zuletzt noch vor ca 2 Jahren in einem Konzert des Wiener Streichquartetts getroffen habe.

Korinek hat zwar Wagners „Meistersinger“ geliebt. Dennoch ist es eher unwahrscheinlich, dass es die gleich im ersten Akt dieser Oper eindrucksvoll vorgeführte Art der autonomen Entscheidungsfindung der mittelalterlichen Meis-

tersinger über den Zutritt zu ihrer erlesenen Runde gewesen ist, die das Interesse *Karl Korinek*s am rechtlichen Phänomen der Selbstverwaltung geweckt hat: Es war wohl eher seine juristische Sozialisierung in der Wirtschaftskammer Österreich, damals noch Handelskammer genannt. Der Wirtschaftlichen Selbstverwaltung (so der Titel seiner legendären, längst vergriffenen Salzburger Habilitationsschrift aus dem Jahre 1970), aber auch der Sozialen Selbstverwaltung der gesetzlichen Sozialversicherung waren ganz wichtige Teile seiner Forschungsarbeiten gewidmet.

Ehe wir also noch vor der Kaffeepause erneut der Musik Joseph Haydns mit dem zweiten Satz aus seinem Streichquartett op. 74 Nr. 1, dem bezaubernden *Adantino grazioso*, zu ihrem Recht verhelfen, werfen wir zuvor noch einen Blick auf die Selbstverwaltung unter dem Gesichtspunkt ihrer gewaltenteilenden Funktion, einer Lehre, die maßgeblich von *Karl Korinek* begründet wurde.

Der Vortragende muss ebenfalls nicht vorgestellt werden: *Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek* von der Wirtschaftsuniversität Wien und Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, sowie wohl ein Lieblingsschüler *Karl Korinek*s und ihm persönlich auch sehr eng verbunden gewesen. Es juckt mich im Scherz hinzuzufügen: Mittlerweile genießt er, ungeachtet seines umfangreichen wissenschaftlichen Oevres, auch als „Baumeister“ des Campus der WU in der Leopoldstadt größte Bekanntheit. Er lehrt seit seinen Assistentenjahren bei *Karl Korinek*, unterbrochen von Abstechern als Schriftführer im Verfassungsgerichtshof und als Universitätsprofessor in Dresden, immer an der Wirtschaftsuniversität Wien, wo er sich auch im Jahr 1996 habilitierte. Er hat gemeinsam mit seinem Lehrer das verdienstvolle und mittlerweile aus der juristischen Debatte nicht mehr wegzudenkende Herkuleswerk eines – alle geltenden Verfassungsbestimmungen umfassenden – Kommentars auf den Weg gebracht.

Lieber Michael, auch Dir gebührt der Dank für Deine Bereitschaft zum Vortrag. Um bei den Meistersingern zu bleiben: Fangt an!

Selbstverwaltung und Gewaltenteilung*)

Michael Holoubek

Übersicht:

- A. Das Problem – einst und jetzt
 - I. Die Verfassung schweigt – Lehre und Rsp reden
 - II. Der Verfassungsgesetzgeber spricht
- B. Der Beitrag Karl Korineks zur Lehre von der Selbstverwaltung
- C. Der Beitrag Karl Korineks zur Lehre von der Gewaltenteilung
- D. Problemfelder der personalen Selbstverwaltung heute
 - I. Bestandsgarantie
 - II. Pflichtmitgliedschaft
 - III. Aufgaben – Finanzierung – Demokratie
- E. Schluss

A. Das Problem – einst und jetzt

I. Die Verfassung schweigt – Lehre und Rsp reden

„In dem heute geläufigen Begriffe der sogenannten ‚Selbstverwaltung‘ vermen- gen sich unklar 2 Gedanken, die systematisch miteinander wenig zu tun haben: der Gedanke der Demokratie und derjenige der Dezentralisation.“¹⁾ Dieses Zitat von *Hans Kelsen* aus dem Jahr 1925 zeigt, dass sich die Verfassungsrechts- wissenschaft mit der Selbstverwaltung schon von allem Anfang nicht ganz leicht getan hat; oder genauer: mit einem bestimmten Teil der Selbstverwaltung. Während die territoriale, also gemeindliche Selbstverwaltung von Anfang an im B-VG geregelt und damit Gegenstand herkömmlicher Verfassungsinterpretati- on war, lag die Ausgangssituation beim anderen großen Bereich der Selbstver- waltung, der sogenannten personalen oder – wie man in Deutschland sagen würde²⁾ – der funktionalen Selbstverwaltung anders: was dem Verfassungsge- setzgeber 88 Jahre lang zu dieser für die politische Entwicklung und das politi- sche Leben in Österreich allseits unbestritten wichtigen staatlichen Einrichtung

*) Erschienen in JBl 2018, Heft 8, 487–496.

¹⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925) 180; dazu *Korinek*, Wirtschaftliche Selbstverwal- tung (1970) 26.

²⁾ BVerfGE 107, 59 (92).

eingefallen ist, war, wie es *Harald Eberhard* ausdrückt, Schweigen.³⁾ Freilich ein, wenn man sich die Fülle an Literatur zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die personale Selbstverwaltung anschaut,⁴⁾ sehr beredtes Schweigen.

Das wirft ein durchaus bezeichnendes Bild auf die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in Österreich: Es ist ja nicht so, dass diese personale Selbstverwaltung – also insbesondere die wirtschaftliche, die berufliche und die soziale Selbstverwaltung – überhaupt ungeregt gewesen wäre. Gerade *Karl Korinek* hat in vielen Publikationen⁵⁾ und in noch mehr Vorträgen immer wieder die auf die Freiheitsbewegung des 19. Jahrhunderts zurückgehenden historischen Wurzeln der Handelskammern und ihre Verankerung in einschlägigen Handelskammergesetzen ebenso betont⁶⁾ wie den Umstand, dass 1920 zeitlich noch vor der Beschlussfassung der Österreichischen Bundesverfassung das Arbeiterkammergesetz beschlossen wurde.⁷⁾ Und das mit folgender Begründung im Jahre 1920: „Es handelt sich darum, für die in Gewerbe und Industrie, im Handel und Verkehr beschäftigten Arbeiter und Angestellten Kammern zu schaffen, die den entsprechenden Kammern der gewerblichen Wirtschaft nicht nur völlig gleichwertig, sondern auch in ihrem Wirkungskreis und in ihrer Organisation derart ähnlich gestaltet sind, dass ein Zusammenwirken der beiderseitigen Körperschaften bei Lösung von wichtigen Problemen der wirtschaftlichen Verwaltung ohne Schwierigkeiten möglich ist.“⁸⁾ „Meine Damen und Herren! Das ist die historische Wurzel der Sozialpartnerschaft in Österreich“ hat *Karl Korinek*

³⁾ *Eberhard*, Die Garantien für Selbstverwaltung und Universität, JRP 2007, 350: „Ausgangspunkt: der Rest ist Schweigen.“

⁴⁾ Ausführlich nachzeichnend jeweils *Rill/Stolzlechner* in *Kneihls/Lienbacher*, *Rill-Schäfer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (2010) Art 120a B-VG Rz 1 ff; *Eberhard*, *Nicht-territoriale Selbstverwaltung* (2014) insbesondere 95 ff.

⁵⁾ Beginnend mit *Korinek*, *Selbstverwaltung in Gemeinden und Kammern – ein Abgrenzungsversuch*, ZAS 1967, 65; in der Folge insbesondere die Habilitationsschrift *Korinek*, *Selbstverwaltung, und der große Aufsatz Korinek, Selbstverwaltung in der Sozialversicherung*, ZAS 1972, 163, 211; einen zweiten Höhepunkt in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung *Karl Korineks* mit der nicht-territorialen Selbstverwaltung erfolgt dann am Beginn der 1990er Jahre vor dem Hintergrund einer politischen Diskussion um die Pflichtmitgliedschaft, siehe insbesondere *Korinek*, *Staatsrechtliche Überlegungen zur aktuellen Diskussion um die Selbstverwaltung*, WiPolBl 1991, 48; *derselbe*, *Staatsrechtliche Grundlagen der Kammer-Selbstverwaltung*, DRdA 1991, 105 (= FS Schwarz [1991] 255) und, noch einmal in einem grundsätzlichen Zugriff, *Korinek*, *Kurt Ringhofers Beitrags zur Lehre von der Selbstverwaltung*, in *GS Ringhofer* (1995) 61.

⁶⁾ Vgl *Korinek*, *Selbstverwaltung* 44 ff.

⁷⁾ *Korinek*, *Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung der gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen*, DRdA 2012, 4.

⁸⁾ ErlRV des Arbeiterkammergesetzes, zitiert nach *Korinek*, DRdA 2012, 4.

in seinem Festvortrag zum 90-jährigen Bestehen der Arbeiterkammern in Österreich im Jahr 2011 gesagt.⁹⁾

Die österreichische Rechtswissenschaft hat sich freilich nie damit begnügt, diese und viele weitere gesetzliche Regelungen diverser Kammern und Sozialversicherungsträger systematisch sinnvoll geordnet zu beschreiben. Von Anfang an hat sie sich vor allem auch damit beschäftigt, was denn die Verfassung dieser gesetzlichen Regelung der personalen Selbstverwaltung für Vorgaben macht, was sie also sagt, indem sie nichts sagt.

Sind sich Verfassungsjuristinnen und Verfassungsjuristen schon zumeist nicht einig, was ein bestimmter Verfassungstext bedeutet, verwundert es nicht, dass aus keinem Text erst recht verschiedene Auffassungen folgen. Dabei ist der Ansatz zunächst bei allen gleich: Selbstverwaltung ist, wie der Name schon sagt, Verwaltung. Für diese verlangt Art 20 Abs 1 B-VG (eine der für das demokratische Prinzip, weil für die demokratische Legitimation der Verwaltung grundlegenden Bestimmungen der Bundesverfassung), dass die Verwaltung unter der Leitung und in Bindung an die Weisungen der dem Parlament verantwortlichen obersten Organe geführt wird. Das ist – Näheres bei *Christoph Grabenwarter* nachzulesen¹⁰⁾ – der wesentliche Punkt der personellen demokratischen Legitimation und damit insbesondere auch die Rückbindung der Rechtsetzung durch Verwaltungsorgane an den demokratischen Souverän. Diese Legitimationskette durchbricht die Selbstverwaltung, weil diese definitionsgemäß dadurch gekennzeichnet ist, dass Selbstverwaltungskörper im eigenen Wirkungsbereich frei von Weisungen entscheiden¹¹⁾ und die Ingerenzmöglichkeit des Staates – verstanden im engsten Sinn als Bund und Länder – im Grundsatz auf eine Rechtmäßigkeitsaufsicht beschränkt ist.¹²⁾

Die Verfassungsrechtswissenschaft deutet in der Folge das Schweigen der Verfassung nicht als Ausdruck der Zurückhaltung des Verfassungsgesetzgebers gegenüber insbesondere den Kammern, denen er gerade im Vergleich zur ausführlich geregelten territorialen Selbstverwaltung¹³⁾ nur untergeordnete Bedeutung beimisst, sondern je nach Zugang als „unbegreiflichen und besonders ar-

⁹⁾ *Korinek*, DRdA 2012, 4.

¹⁰⁾ *Grabenwarter*, Die demokratische Legitimation weisungsfreier Kollegialbehörden in der staatlichen Verwaltung, in FS Winkler (1997) 271; siehe auch *Grabenwarter/Holoubek*, Demokratie, Rechtsstaat und Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag, ZfV 2000, 194.

¹¹⁾ *Eberhard*, Selbstverwaltung 153 ff.

¹²⁾ *Eberhard*, Selbstverwaltung 385 ff jeweils mwH.

¹³⁾ Der im Streit um die adäquate Organisationsform der staatlichen Verwaltung eine wesentliche, verfassungsgesetzlich entschiedene und festgelegte Rolle zukommt, siehe zusammenfassend zur Entwicklung nur *Kehl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2017) Rz 22.

gen Fehler¹⁴⁾ oder auch als zumindest verhaltene „selbstverwaltungsfeindliche Ideologie“¹⁵⁾ des historischen Verfassungsgesetzgebers. Beides entspräche aber jedenfalls nicht dem objektiven Willen der Bundesverfassung und sei daher durch Verfassungsinterpretation aufzuklären und in das richtige Licht zu rücken. Zunächst verfassungsrechtliches Schrifttum und in der Folge die verfassungsgerichtliche Judikatur haben daher das „Schweigen“ als Ausdruck eines differenzierten „Kammerverfassungsrechts“ gedeutet. Mit dem in anderen Staaten für Fragen der Organisation von Interessenvertretungen selbstverständlichen Befund, dass politische Entscheidungen und damit ein entsprechender Konsens auf einfachgesetzlicher Ebene zu einem ausgebauten und allenthalben grundsätzlich positiv bewerteten System der personalen Selbstverwaltung geführt hat, ohne dass dies verfassungsrechtlich vorgezeichnet, grundgelegt oder abgesichert ist,¹⁶⁾ hat sich die österreichische Verfassungsrechtswissenschaft nicht begnügt.¹⁷⁾

Nun muss der Umstand, dass die Verfassung eine Organisationsform der Verwaltung regelt, andere aber nicht, noch nicht bedeuten, dass der einfache Gesetzgeber die nicht geregelte Organisationsform nicht vorsehen könnte, wenn ihm dies im Rahmen der Verfassung zweckmäßig erscheint. Eine gegenteilige Ansicht würde voraussetzen, dass die Bundesverfassung die Organisation der Verwaltung abschließend regelt und dem einfachen Organisationsgesetzgeber nur eine Ausführungs- und Konkretisierungs-, aber keine eigentliche Organisationskompetenz mehr zukäme. Es ist daher auch ein inhaltliches Argument, wie die Verwaltung zu organisieren ist, und nicht die Tatsache, dass die Bundesverfassung zunächst eben nur die territoriale Selbstverwaltung ausführlich geregelt hat, dass die einschlägige Diskussion bestimmt hat.

Aus dem Weisungsprinzip des Art 20 Abs 1 B-VG wird abgeleitet, dass jede Verwaltungsorganisation von Verfassungs wegen durch das Weisungsprinzip bestimmt und insoweit einem in der Bundesverfassung genannten obersten Verwaltungsorgan unterstellt sein muss, soweit nicht die Bundesverfassung selbst eine Ausnahme vorsieht. Dass hinter dieser Auffassung ein komplexes Ideal einer in bestimmter Art und Weise demokratisch legitimier-

¹⁴⁾ *Werner*, Selbstverwaltung und Bundesverfassung, ÖJZ 1950, 437 (438).

¹⁵⁾ *Pernthaler*, Die verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung in Österreich, 3. ÖJT 1967 I/3 (1967) 3.

¹⁶⁾ Vgl die Analyse bei *Stolzlechner*, Der Gedanke der Selbstverwaltung in der Bundesverfassung, in Österreichische Parlamentarische Gesellschaft, 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 361 (363 f).

¹⁷⁾ Politische Diskussionen haben, wie die Diskussion um die Pflichtmitgliedschaft exemplarisch zeigt, damit immer auch eine verfassungsrechtliche Dimension, vgl aus dem vorigen Jahrhundert *Funk*, Die Zwangsmemberschaft – Wesenselemente beruflicher Selbstverwaltung, in FS Schwarz (1991) 227 und *Korinek*, DRdA 1991, 105 ff.

ten und wesentlich als rechtliche Vollzugsfunktion begriffenen „Verwaltung“ steht, ist bekannt.¹⁸⁾ Auch wenn die hinter Art 20 Abs 1 B-VG stehenden Vorstellungen doch auch Raum für Differenzierungen geben,¹⁹⁾ ist doch der Wortlaut des Art 20 Abs 1 B-VG einmal ein starkes Argument. Ein wesentlicher Teil der Lehre setzt mit Differenzierungsbemühungen hinsichtlich der Zulässigkeit der Einrichtung weisungsfreier personaler Selbstverwaltung auch nicht an einer differenzierenden Auslegung des Art 20 Abs 1 B-VG an, sondern macht sich auf die Suche nach verfassungsgesetzlichen Ausnahmebestimmungen.²⁰⁾ Diese finden sich ausdrücklich einmal für die wirtschaftliche und zu einem gewissen Teil auch die berufliche Selbstverwaltung in den Kompetenzbestimmungen der Art 10 Abs 1 Z 8 und 11 sowie des Art 11 Abs 1 Z 2 B-VG, in der Folge auch in speziellen Verfassungsbestimmungen in einschlägigen Kammergesetzen. Damit wird ein Teil der bestehenden personalen Selbstverwaltungseinrichtungen legitimiert, aber eben nicht alle. Manche ziehen die Konsequenz und halten beispielsweise die Einrichtung von Sozialversicherungsträgern als Selbstverwaltungskörper daher für verfassungsrechtlich unzulässig.²¹⁾ Flexibler wird der Spielraum für den einfachen Gesetzgeber, wenn man die Kompetenzbestimmungen nach den Regeln der Versteinerungstheorie auf Basis dessen deutet, was die einfachgesetzliche Rechtslage zum Versteinerungszeitpunkt geregelt hat.²²⁾

Einen in der Begründung anders gelagerten, im Ergebnis aber gleichermaßen den Spielraum des einfachen Gesetzgebers zur Einrichtung personaler Selbstverwaltungskörper stark erweiternden Weg geht *Kurt Ringhofer*. Er bezieht Art 20 Abs 1 B-VG radikal nur auf die Bundes- und Landesverwaltung, also den Staat im engsten Sinn, und sieht demzufolge den einfachen Gesetzgeber grundsätzlich nicht gehindert, Selbstverwaltungskörper im Rahmen seiner Organisationszuständigkeit auch über einzelne materielle Kompetenzbestimmungen hinaus einzurichten.²³⁾ Er kann damit an das insbesondere bei *Leopold*

¹⁸⁾ Vgl nur *Jabloner*, Rechtsstaatskonzepte – Gedanken zur Unabhängigkeit in Justiz und Verwaltung, in Österreichische Juristenkommission, Rechtsstaat und Unabhängigkeit – Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat 30 (2007) 18 (21 ff).

¹⁹⁾ *Holoubek*, Dynamische Verwaltungsorganisation und das Verwaltungsorganisationskonzept der Bundesverfassung, in FS Wimmer (2008) 221 (228 ff).

²⁰⁾ Vgl nur *Walter*, Die Stellung der Sozialversicherungsträger in verfassungsrechtlicher Sicht, 1. ÖJT 1961 I/4 (1961) 50; *Funk*, Beeidete Jagdaufsichtsorgane – Eine Erscheinungsform dezentralisierter Verwaltung, JBl 1972, 461.

²¹⁾ *Walter*, 1. ÖJT I/4, 52 f; *Jabloner*, Die Mustersatzung im Sozialversicherungsrecht, ZAS 1977, 91.

²²⁾ Siehe *Winkler*, Die Rechtspersönlichkeit der Universitäten (1988) 226.

²³⁾ *Ringhofer*, Die Verfassungsrechtlichen Schranken der Selbstverwaltung, 3. ÖJT 1967 II/3 (1967) 55; zustimmend etwa *Rill*, Wie können wirtschaftliche und soziale Selbst-

Werner²⁴) vorgezeichnete „Vorgefundenheitsargument“ ansetzen. Das Schweigen der Verfassung zur Zulässigkeit von nicht-territorialen Selbstverwaltungskörpern müsse, so schreibt *Werner*, dahingehend gedeutet werden, dass der Verfassungsgesetzgeber, „da er die Verwaltungsform der Selbstverwaltung kannte, diese stillschweigend übernahm“; durch die Schaffung einzelner Kompetenzbestimmungen und im Wissen über das Bestehen von Selbstverwaltungskörpern könne dem Verfassungsgesetzgeber unterstellt werden, dass er insbesondere auch die Kammern als Selbstverwaltungskörper eingerichtet haben wollte und die Schaffung auch nicht-territorialer Selbstverwaltungseinrichtungen daher „im Rahmen des Organisationsplans der Bundesverfassung“²⁵) gelegen ist.²⁶) Das Argument vom Organisationsplan der Bundesverfassung bedeutet freilich nicht nur eine (weitreichende) Ermächtigung für den einfachen Gesetzgeber, auch nicht-territoriale Selbstverwaltungskörper einzurichten. Die Argumentation geht auch den naheliegenden zweiten Schritt zu fragen, ob die Verfassung in ihrem Organisationsplan auch Determinanten für den einfachen Gesetzgeber enthält, die ihn bei der Ausgestaltung personaler Selbstverwaltungseinrichtungen verfassungsrechtlich anleiten. Hier ist es dann – und darauf wird zurückzukommen sein – vor allem *Karl Korinek*, der aus dem Verfassungssystem ein typologisches Leitbild der Selbstverwaltung entwickelt, von dem der einfache Gesetzgeber nicht abweichen darf.²⁷)

Zu geltendem Verfassungsrecht transformiert hat die Argumente insbesondere von *Kurt Ringhofer* und *Leopold Werner* dann der VfGH. Nachdem er zunächst in zahlreichen Erkenntnissen die Zulässigkeit der einfachgesetzlichen Einrichtung von nicht-territorialen Selbstverwaltungskörpern festgestellt²⁸) und dabei berufsrechtlichen Kompetenztatbeständen jeweils auch eine organisationsrechtliche Ermächtigung zur Schaffung personaler Selbstverwaltungs-

verwaltung sowie die Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung verankert werden?, JRP 2005, 107 (110).

²⁴) *Werner*, ÖJZ 1950, 441 f.

²⁵) *Werner*, ÖJZ 1950, 442.

²⁶) Diese systematisch und historisch-teleologische Auslegung kontrastiert doch deutlich mit anderen, an speziellen Verfassungsbestimmungen über personale Selbstverwaltung anknüpfenden Meinungen, die dezidiert erklären, dass „darin keineswegs die Anerkennung eines allgemeinen Organisationsplans oder einer allgemeinen Ermächtigung an den einfachen Gesetzgeber zu sehen“ ist, *Winkler*, Rechtspersönlichkeit 226.

²⁷) *Korinek*, Selbstverwaltung 36 f; *derselbe*, ZAS 1972, 163 ff; zu den Querverbindungen zur Lehre *Kurt Ringhofers Korinek* selbst, in GS Ringhofer 66 ff; zum Ganzen aus methodischem Blickwinkel *Holoubek*, Typologie und Abwägung – Karl Korinek und die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht, JBl 2005, 750 (752 f).

²⁸) Umfangreiche Judikaturnachweise in VfSlg 8215/1977, 485.

strukturen entnommen hatte,²⁹⁾ hat der VfGH – nachdem er kurz zuvor schon eine einschränkende Interpretation des Art 20 Abs 1 B-VG vorgezeichnet hatte³⁰⁾ – im Leiterkenntnis zur „Salzburger Jägerschaft“³¹⁾ die Auffassung übernommen, die personale Selbstverwaltung liege „im Rahmen des Organisationsplanes der Bundesverfassung“, Art 20 Abs 1 B-VG gelte nicht für das Verhältnis zwischen unmittelbarer Staatsverwaltung und Selbstverwaltung. Die Verfassung enthält aber nach dieser Rsp – und hier beginnt bereits das typologische Leitbild der Selbstverwaltung sichtbar zu werden – Kriterien, denen der einfache Gesetzgeber bei der Einrichtung nicht-territorialer Selbstverwaltungskörper zu genügen hat. Vordergründig insbesondere aus dem Sachlichkeitsgebot des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes argumentiert, inhaltlich aber wesentlich durch die Vorbildfunktion der verfassungsrechtlichen Regelungen für die territoriale Selbstverwaltung bestimmt, fordert nach dieser Rsp die Verfassung eine sachliche Abgrenzung sowohl des im Selbstverwaltungskörper zusammengefassten Personenkreises als auch eine solche jener Aufgaben, die diesem Personenkreis im weisungsfreien eigenen Wirkungsbereich übertragen werden. Zur eigenverantwortlichen, weisungsfreien Besorgung dürfen einer Selbstverwaltungskörperschaft nur solche Angelegenheiten überlassen werden, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der zur Selbstverwaltungskörperschaft zusammengefassten Personen gelegen und geeignet sind, durch diese Gemeinschaft besorgt zu werden. Dazu kommt das verfassungsrechtliche Gebot der Einrichtung einer staatlichen Aufsicht zur Überwachung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsführung nicht nur aus Rechtsschutzgründen, sondern auch, um der weisungsfreien Verwaltung eine, über den Verantwortungszusammenhang eines obersten Verwaltungsorgans zum Parlament hergestellte Legitimation „von oben“³²⁾ zu geben.³³⁾ Den zweiten Pfeiler der demokratischen Legitimation der Selbstverwaltung bildet die verfassungsrechtlich vorgezeichnete binnendemokratische Organisation von Selbstverwaltungskörpern, in der die leitenden oder mit wesentlichen Aufgaben betrauten Organe durch Wahlen in ihre Funktion berufen werden müssen.

Diese Grundlinie hat die Rsp in der Folge beibehalten und weiter verfeinert.³⁴⁾ Das verfassungsrechtliche Leitbild der Selbstverwaltung hat sich dabei

²⁹⁾ VfSlg 2500/1953.

³⁰⁾ VfSlg 8136/1977 (UOG-Erkenntnis): Art 20 Abs 1 B-VG sei „unvollständig“, er „regelt nur Teilbereiche“.

³¹⁾ VfSlg 8215/1977.

³²⁾ Eberhard, Nichtterritoriale Selbstverwaltung, JRP 2008, 91 (92).

³³⁾ Ob und inwieweit diese staatliche Aufsicht dabei auch als Zweckmäßigkeitssaufsicht ausgestaltet sein darf, ist in Einzelheiten freilich eine Streitfrage geblieben, vgl nur Korinek, DRdA 1991, 113 f.

³⁴⁾ Siehe VfSlg 17.023/2003; 17.869/2006.

verfestigt und konkretisiert, indem der VfGH es etwa als verfassungsrechtlich ausgeschlossen erachtet hat, einem Selbstverwaltungskörper Aufgaben zur selbständigen Besorgung zu übertragen, die die Rechtstellung nicht im Selbstverwaltungskörper selbst repräsentierter Personen betreffen.³⁵⁾

Der VfGH hat also, so lässt sich die Verfassungsrechtslage bis 2008 zusammenfassen, in gefestigter Rsp³⁶⁾ entschieden, dass die Verfassung insbesondere iS *Kurt Ringhofers* schweigt.

II. Der Verfassungsgesetzgeber spricht

Sein Schweigen hat der Verfassungsgesetzgeber bekanntlich im Jahr 2008 gebrochen und in einem gemeinsamen Hauptstück über die „Selbstverwaltung“ im B-VG der territorialen Selbstverwaltung durch die Gemeinden in den Art 120a bis 120c B-VG ein eigenes Kapitel über die personale, oder wie es das B-VG nennt, die sonstige Selbstverwaltung zur Seite gestellt.³⁷⁾

Roma locuta, causa finita? Natürlich nicht, sie alle kennen die Verfassungsrechtswissenschaft: Mittlerweile gibt es eine beachtliche wissenschaftliche Diskussion darüber, inwieweit der Verfassungsgesetzgeber „nur“ die vorgefundene verfassungsgerichtliche Rsp kodifiziert hat, ob und inwieweit er gewisse Fragen bewusst nunmehr anders geregelt hat, als dies bislang von der Rsp gesehen wurde, und wo die Bundesverfassung auch in der nunmehr ausführlichen Regelung keine ausdrückliche Antwort gibt, sondern Aussagen wieder implizit durch Rückgriff auf historische Ausgangslage, System und Zielsetzung erschlossen werden müssen. In manchem ist die Rede des Verfassungsgesetzgebers offensichtlich nicht weniger mehrdeutig als sein Schweigen; oder, anders gewendet: die Verfassungsrechtswissenschaft lässt sich vom einen wie vom anderen nicht endgültig beeindrucken. Und das, nur um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen, zurecht.

Was ist vor diesem Hintergrund das Anliegen dieses Beitrags? Bis jetzt war recht wenig von *Karl Korinek* die Rede, das soll sich nun ändern: Ich möchte zeigen, was der wesentliche Beitrag von *Karl Korinek* zu dieser verfassungsrechtlichen Diskussion um die Selbstverwaltung ist und warum er damit zurecht als derjenige bezeichnet werden kann, der der personalen Selbstverwaltung verfassungsdogmatisch materiellen Gehalt gegeben hat.

³⁵⁾ VfSlg 17.869/2006.

³⁶⁾ Die freilich in der Lehre zunächst durchaus kritisiert wurde, siehe zB *Mayer*, Entwicklungstendenzen in der Rsp des VfGH, ÖJZ 1980, 337, in der Folge aber allgemein rezipiert wurde.

³⁷⁾ Zur Entstehungsgeschichte umfassend *Eberhard*, Selbstverwaltung 135 ff.

Darauf aufbauend möchte ich in einem zweiten Schritt einige Problemfelder aus der aktuellen Diskussion um das Verfassungsrecht der sonstigen Selbstverwaltung herausgreifen und im Lichte der Lehre *Karl Korineks* betrachten.

B. Der Beitrag Karl Korineks zur Lehre von der Selbstverwaltung

In seiner Habilitationsschrift 1970³⁸⁾ und in einem großen Aufsatz zur „Selbstverwaltung in der Sozialversicherung“³⁹⁾ zwei Jahre später hat *Karl Korinek* seinen typologischen Selbstverwaltungsbegriff entwickelt. Im Kern geht es dabei darum, jene strukturprägenden Merkmale der personalen Selbstverwaltung herauszuarbeiten, die als Funktionsbedingungen derartige Einrichtungen prägen und insofern für sie – auch in einem verfassungsrechtlichen Sinn – konstitutiv sind. Einfacher gesagt: Nur wenn diese Funktionsbedingungen erfüllt sind, liegt Selbstverwaltung vor; und wenn der Gesetzgeber Selbstverwaltung einrichten will, dann muss er diese Funktionsbedingungen gewährleisten.

Zentral für diesen Ansatz ist das Denken von der Funktion, von der Aufgabe der Selbstverwaltungseinrichtung her. Dann zeigt sich nämlich, dass für Selbstverwaltungseinrichtungen wie insbesondere Kammern nicht so sehr – wenn es ihn natürlich auch gibt – der klassische Verwaltungsvollzug kennzeichnend ist, sondern vielmehr die Repräsentation, Wahrung und Vertretung von Interessen. Selbstverwaltung ist also bei dieser Betrachtung mehr und anderes als „weisungsfreie Verwaltung“ etwa iS des Art 20 Abs 2 B-VG. Natürlich haben Selbstverwaltungseinrichtungen auch im herkömmlichen Sinn Verwaltungsaufgaben wahrzunehmen, und dies nicht nur im übertragenen sondern auch im eigenen Wirkungsbereich. Das ist aber nur ein – und wahrscheinlich auch nur ein untergeordneter – Bereich typischer Selbstverwaltungstätigkeit. Dazu kommt das, was *Karl Korinek* im Anschluss an *Jürgen Salzwedel*⁴⁰⁾ als „gesellschaftliche Selbstverwaltung“ beschreibt,⁴¹⁾ also Beratung des Staates, Unterstützung für die eigenen Mitglieder und, vor allem wichtig, Interessenvertretung gegenüber dem Staat.

Weil wir es aber mit staatlichen Einrichtungen und nicht mit privaten Verbänden zu tun haben, geht es um eine ganz spezifische Art und Weise der Interessenvertretung, nämlich um die Bildung, Artikulation und Vertretung der „gemeinsamen Interessen“ der in einer Selbstverwaltungseinrichtung zusammengefassten Personen. Diese „gemeinsamen Interessen“ sind ein Schlüsselbe-

³⁸⁾ *Korinek*, Selbstverwaltung.

³⁹⁾ *Korinek*, ZAS 1972, 163, 211.

⁴⁰⁾ *Salzwedel*, Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1965) 206 (222 ff).

⁴¹⁾ *Korinek*, Selbstverwaltung 236 ff.

griff.⁴²⁾ Denn natürlich haben die einzelnen Kammerzugehörigen – das gilt wohl für jede Kammer – keine übereinstimmenden, sondern oft recht divergierende Interessen. Sie haben nur – und das ist die Verbindung zum entsprechend sachadäquat abzugrenzenden Kreis der Angehörigen einer Selbstverwaltungseinrichtung – über ihre spezifische Stellung im Wirtschafts- und Berufsleben etwas gemeinsam, das es rechtfertigt, die unterschiedlichen Interessen in einem innerorganisatorischen Interessenausgleich auf ein gemeinsames Interesse zu bringen, das dann gegenüber dem Staat artikuliert und vertreten wird.

Dieser Repräsentationsgedanke setzt eine funktionierende demokratische Organisation dieses Interessenausgleichs und die Einbeziehung aller in diesen Interessenausgleich, für die dann das gemeinsame Interesse zutreffen soll, voraus. Es geht also um die spezifische demokratische Legitimation von Selbstverwaltungseinrichtungen und um das Zwangselement ihrer Einrichtung, also kurz die Pflichtmitgliedschaft. Die demokratische Legitimation von Selbstverwaltungseinrichtungen – und damit die einschlägige Ratio, warum sie keine systemwidrige, sondern eine systemkonforme Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz des Art 20 Abs 1 B-VG darstellen – hängt unmittelbar mit diesen Aufgaben und dem Mitgliederkreis zusammen. Von diesem Repräsentationsgedanken her kommt *Karl Korinek* zu dem in seinem Bild der Selbstverwaltung wesentlichen Ergebnis, dass in einer gegliederten Interessenvertretung – anders als beim allgemeinen staatlichen Wahlrecht – der Grundsatz der indirekten Wahl wesentliche Voraussetzung dafür ist, dass die Interessen aller Gruppen in den obersten Organen der Selbstverwaltung vertreten sind. Dem hat der VfGH in seinem Hauptverbandserkenntnis ausdrücklich „mit der Maßgabe“ beige-pflichtet, „dass die gebotene Intensität der Mitwirkung jener, deren Angelegenheiten in Selbstverwaltung geführt werden sollen, an der Kreation der Organe des jeweiligen Selbstverwaltungskörpers nicht ohne Blick auf die dem Selbstverwaltungskörper übertragenen Aufgaben bestimmt werden kann und auch von den potentiellen Auswirkungen seiner Tätigkeit auf die Rechtssphäre seiner Mitglieder abhängt.“⁴³⁾

Erfasster Personenkreis, Aufgaben und demokratische Legitimation hängen also zusammen. Daher hat es die jüngere verfassungsgerichtliche Judikatur mehrfach ausgeschlossen, einem Selbstverwaltungskörper im eigenen Wirkungsbereich Angelegenheiten zur Besorgung zu übertragen, die sich auf einen Personenkreis beziehen, der von jenem verschieden ist, welcher dem Selbstverwaltungskörper die erforderliche demokratische Legitimation vermittelt. Daher darf der Ärztekammer nicht die Befugnis zukommen, im eigenen Wirkungsbereich weisungsfrei über die Eintragung in die (oder Streichung aus der)

⁴²⁾ *Korinek*, Selbstverwaltung 103 ff.

⁴³⁾ VfSlg 17.023/2003, 669 f.

Ärzteliste zu entscheiden, sind doch die Eintragungswerber gerade nicht Mitglieder der Ärztekammer (sondern entscheidet die Eintragung erst über die Mitgliedschaft).⁴⁴⁾

Zusammengefasst: Personalen Selbstverwaltungseinrichtungen kommen für sie typische Aufgaben zu, die wesentlich auch in der Repräsentation der gemeinsamen Interessen der Selbstverwaltungsangehörigen gegenüber dem Staat bestehen. Diese Aufgaben bedingen strukturelle Funktionsbedingungen von personalen Selbstverwaltungseinrichtungen, wie sie der gesetzlich festgelegte Kreis der Angehörigen, die spezifische, auf die jeweilige Funktion des Selbstverwaltungskörpers abstellende demokratische Organisation des Selbstverwaltungskörpers und seine Autonomie durch Weisungsfreiheit und auch in finanzieller Hinsicht durch die zwangsweise Einhebung von Mitgliedsbeiträgen darstellen. Damit ist verfassungsrechtlich auch Inhalt und Grenze des Begriffs der personalen Selbstverwaltung vorgezeichnet.

C. Der Beitrag *Karl Korinek* zur Lehre von der Gewaltenteilung

Der zweite Angelpunkt meines Themas, die Gewaltenteilung, hat ihren Bezugspunkt in der Lehre *Karl Korinek* von der materiellen Gewaltenteilung, wie er sie insbesondere in seiner Antrittsvorlesung an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und in dem daraus folgenden großen Aufsatz zur Aktualität der Gewaltenteilungslehre dargelegt hat.⁴⁵⁾ Quintessenz ist hier – wiederum mehr als verkürzt –, dass Gewaltenteilung nach der österreichischen Bundesverfassung wesentlich durch ein, wie er es nennt, System „polyzentraler Staatsorganisation“ bestimmt wird,⁴⁶⁾ das durch mehrfache Gliederung der Staatswillensbildung und entsprechend abgegrenzte Aufgabenzuweisungen ein System der „checks and balances“ vorsieht, das machtbegrenzend und damit freiheitssichernd wirken soll.

In diesem System materieller Gewaltenteilung spielt – und darauf hat *Karl Korinek* immer wieder hingewiesen – die Existenz von Selbstverwaltungseinrichtungen eine wichtige Rolle. Und zwar nicht nur deswegen, weil Selbstverwaltungseinrichtungen ein Element in der erwähnten gegliederten Staatsorganisation sind; sondern auch deswegen, weil insbesondere die wirtschaftliche und berufliche Selbstverwaltung eine spezifische Form staatlich organisierter und demokratisch legitimierter Interessenrepräsentation ist, die dem auf die spezifische Art und Weise ermittelten gemeinsamen Interesse eine besondere

⁴⁴⁾ VfSlg 19.885/2014 und 19.887/2014.

⁴⁵⁾ *Korinek*, Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, JRP 1995, 151.

⁴⁶⁾ *Korinek*, JRP 1995, 155, 156 ff.

Legitimation verleiht, die wiederum für den Interessenausgleich auf staatlicher Ebene insbesondere bei der Gesetzgebung machtbegrenzend wirkt. Das gemeinsame Interesse, das die jeweilige Selbstverwaltungseinrichtung wahrnimmt, hat legitimatorisch ein anderes Gewicht, als individuelle Interessen, die durch private Verbände vermittelt werden. In diesem Zusammenhang muss man freilich, und *Karl Korinek* tut dies auch explizit,⁴⁷⁾ darauf hinweisen, dass ein so verstandenes Gewaltenteilungskonzept immer auch Elemente der Gewaltenverbindung enthält. So auch hier: im Wege der Selbstverwaltung organisiert sich der Staat sein Gegenüber.

Das Gegenmodell ist damit nicht nur, worauf *Karl Korinek* immer wieder hingewiesen hat, ein radikales demokratisches Modell einheitlicher Staatsgewalt.⁴⁸⁾ Es ist, aber das ist jetzt meine Ergänzung, auch eines, das die Trennung von Staat und Gesellschaft radikaler vornimmt. Meine Vermutung ist, dass die klare Präferenz, die *Karl Korinek* für das System der Selbstverwaltung eingenommen hat, wesentlich auch damit zusammenhängt, dass er im Staat und seinen Institutionen mehr den Garanten als die Bedrohung von Freiheit gesehen hat.

D. Problemfelder der personalen Selbstverwaltung heute

Was bedeutet nun die Lehre *Karl Korineks* von der Selbstverwaltung heute für das Verständnis der Art 120a bis 120c B-VG im Lichte der Gewaltenteilung? Ich möchte das an drei Beispielen beleuchten: an der Frage der Bestandsgarantie für bestimmte Selbstverwaltungseinrichtungen, an der Frage der Pflichtmitgliedschaft und am Zusammenhang von Aufgaben, Finanzierung und demokratischer Legitimation.

I. Bestandsgarantie

Art 120a B-VG enthält in seinem Abs 1 nunmehr die Ermächtigung an den einfachen Gesetzgeber, Personen zur selbständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, die in ihrem ausschließlichen oder überwiegenden gemeinsamen Interessen gelegen und geeignet sind, durch sie gemeinsam besorgt zu werden, zu Selbstverwaltungskörpern zusammenzufassen. Damit wird nach herrschender Lesart die bisherige verfassungsgerichtliche Rsp kodifiziert,⁴⁹⁾ also im Wesent-

⁴⁷⁾ *Korinek*, JRP 1995, 158.

⁴⁸⁾ Siehe *Korinek*, JRP 1995, 152 f; vgl im vorliegenden Zusammenhang auch *Wiederin*, Verfassungsrechtliche Probleme des Beitragsrechts, in *Rebhahn*, Probleme des Beitragsrechts (2015) 99 (101).

⁴⁹⁾ Siehe *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 559: Die in der Verfassungsrechtsprechung entwickelten Grundsätze wurden durch die Bundes-Verfassungsge-

lichen das Konzept einer generellen gesetzlichen Ermächtigung iS von *Kurt Ringhofer* umgesetzt; aber auch, worauf *Ulrich Zellenberg* hingewiesen hat,⁵⁰⁾ dem Anliegen von *Peter Pernthaler* aus dem Jahr 1967 Rechnung getragen, der eine entsprechende verfassungsrechtliche Regelung der personalen Selbstverwaltung als Ausnahme vom hierarchischen, weisungsgesteuerten Verwaltungsmodell des B-VG als notwendig erachtet hat.

Insoweit sollten also alle zufrieden sein. Oder doch nicht? Natürlich nicht, weil eine Antwort auf die Frage nach einer Bestandsgarantie für bestimmte, insbesondere für die großen Kammern der wirtschaftlichen Selbstverwaltung in dieser Ermächtigung des Art 120a Abs 1 B-VG nicht explizit enthalten ist. Und das, obwohl beginnend mit *Kurt Ringhofer*⁵¹⁾ es immer wieder Überlegungen gegeben hat, die gesetzliche Ermächtigung in bestimmter Hinsicht auch als Verpflichtung zu deuten. Weil „die in der Verfassung zugunsten der Selbstverwaltung statuierte Delegationsermächtigung im Grunde ja auch einen Delegationsauftrag involviert“,⁵²⁾ hielt *Kurt Ringhofer* eine Beseitigung der personalen Selbstverwaltung für verfassungswidrig. In der Grundstruktur ähnlich leitet *Günther Winkler* aus den verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkten für die Organisation von Selbstverwaltungseinrichtungen iVm der vorgefundenen einschlägigen einfachgesetzlichen Ausgestaltung eine entsprechende Regelungspflicht des Gesetzgebers verbunden mit einem subjektiv öffentlichen Recht der Institution selbst auf Existenz und Wahrung ihrer verfassungsrechtlich vorgezeichneten Organisation und Aufgaben als „dezentralisierte Institution im staatlichen Organisationsgefüge“ ab.⁵³⁾ Die Verbindung zur Gewaltenteilungslehre wird offensichtlich.

Hier kommt nun aber Art 120a Abs 2 B-VG ins Spiel. In Art einer Staatszielbestimmung wird dort – neben einer Anerkennung der Rolle der Sozialpartner – auch ausgesprochen, dass der Staat⁵⁴⁾ „den sozialpartnerschaftlichen Dialog

setznovelle BGBl I 2/2008 im Text des B-VG verankert; daraus folgt auch, dass die frühere Rsp weiterhin maßgeblich ist (so auch der VfGH selbst, VfSlg 19.017/2010; 19.919/2014).

⁵⁰⁾ *Zellenberg*, Mitglieder, Repräsentation und Wahlrecht, in Eberhard/Zellenberg, Kammern in einem sich wandelnden Umfeld (2014) 65 (80).

⁵¹⁾ Bereits 1967 meinte *Ringhofer*, aus der Verfassung auch eine Bestandsgarantie für die nicht-territoriale Selbstverwaltung ableiten zu können („Die Verfassung ermöglicht, sie gebietet gleichzeitig aber auch...“, *Ringhofer*, 3. ÖJT 1967 I/3, 60) und hielt eine Beseitigung der personalen Selbstverwaltung für „schlicht und einfach verfassungswidrig“ (*Ringhofer*, aaO 61).

⁵²⁾ *Ringhofer*, 3. ÖJT 1967 I/3, 61.

⁵³⁾ *Winkler*, Personale Selbstverwaltung, in Winkler, Studien zum Verfassungsrecht (1991) 289.

⁵⁴⁾ Genauer: die Republik, aber darauf kommt es hier nicht an.

durch die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern“ fördert. Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ist typisch österreichisch. Der einschlägige Entwurf der Expertengruppe Staats- und Verwaltungsreform enthielt zunächst eine demonstrative Aufzählung einzelner, offensichtlich als wichtig angesehener großer Selbstverwaltungseinrichtungen. Daraufhin kam es zu einem Proteststurm kleinerer Kammern von der Notariats-, über die Zahnärzte- bis hin zur Architektenkammer und viele mehr. Sie wollten auch, und wenn das nicht geht, dann durfte niemand in die Verfassung. Ergebnis ist der vorliegende Formelkompromiss, der sich eher schlecht als recht hinter dem Vorbild der Verankerung des sozialpartnerschaftlichen Dialogs auf europäischer Ebene in Art 152 AEUV versteckt.⁵⁵⁾

In einem ersten Impetus fiel das Verdikt von *Karl Korinek* über diese Verfassungsbestimmung auch recht deutlich aus: Systematisch verfehlt, sprachlich misslungen und mit nur teilweise erkennbarem normativen Gehalt.⁵⁶⁾ Da dürfte freilich viel an erstem Zorn über eine vergebene verfassungspolitische Chance mitgeschwungen haben. In der Folge wurde das Urteil deutlich milder. Bestimmend war wohl, dass insbesondere sein Freund *Heinz Peter Rill* gezeigt hat, dass diese Bestimmung doch eine Bestandsgarantie der am sozialpartnerschaftlichen Dialog beteiligten Selbstverwaltungseinrichtungen enthielt; und zwar jeweils in einer Art und Weise, die sie in die Lage versetzt, in diesem Dialog ebenbürtige Partner zu sein.⁵⁷⁾ Wesentlich ist für *Heinz Peter Rill*, dass Art 120a Abs 2 B-VG eine Struktur der (einfachgesetzlichen Ausgestaltung der) insbesondere wirtschaftlichen Selbstverwaltung vor Augen hat, die „auf die Interessenlage in der Sozialpartnerschaft und auf deren prägende Züge“ abstellt und ein gleichberechtigtes Gegenüber der beiden am Arbeitsmarkt auftretenden Gruppen für verfassungsrechtlich vorgezeichnet hält.⁵⁸⁾ Auch in der Lehrbuchliteratur wird Art 120a Abs 2 B-VG diesbezüglich bereits dahingehend zusammengefasst, dass „jene Selbstverwaltungskörper, die zu den Einrichtungen der Sozialpartnerschaft gehören“, durch diese Verfassungsbestimmung in ihrem Bestand verfassungsrechtlich garantiert werden.⁵⁹⁾ Bestimmend ist hier der Gedanke, dass das Interessengleichgewicht in der Sozialpartnerschaft nicht

⁵⁵⁾ Siehe *Rill/Stolzlechner* in Kneihls/Lienbacher, *Rill-Schäffer-Kommentar Art 120a B-VG Rz 22 ff.*

⁵⁶⁾ *Korinek*, Die verfassungsrechtliche Dimension der Selbstverwaltung, in Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft, *Selbstverwaltung in Österreich* (2009) 9 (21).

⁵⁷⁾ *Rill*, Die Verankerung der Sozialpartner und ihres Dialogs in Art 120a Abs 2 B-VG, *ZfV* 2008, 730.

⁵⁸⁾ *Rill*, *ZfV* 2008, insbesondere 739 f.

⁵⁹⁾ *Berka*, *Verfassungsrecht*⁶ (2016) Rz 765; aus der Verankerung der Sozialpartnerschaft in Art 120a Abs 2 B-VG lasse sich „eine gewisse Bestandsgarantie der diese mitkonstituierenden ‚großen‘ Kammern ableiten“, *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹¹ Rz 559.

durch eine gesetzlich herbeigeführte Schwächung einer Seite wesentlich gestört werden darf.⁶⁰⁾

Freilich, das muss man sehen, trifft eine derartige Auslegung des Art 120a Abs 2 B-VG auf gewisse strukturelle Schwierigkeiten, die sich schon daraus ergeben, dass diese Verfassungsbestimmung mit „der Sozialpartnerschaft“ einem vielschichtigen Phänomen Verfassungsrang verleiht, das – anders als die personale Selbstverwaltung – zu einem wesentlichen Teil im gesellschaftlichen Bereich angesiedelt ist. Es scheint vor dem Hintergrund der dem B-VG grundsätzlich zugrunde liegenden Trennung von Staat und Gesellschaft doch zweifelhaft, ob auch im gesellschaftlichen Bereich ein bestimmtes Konzept der privat-autonomen Organisation von wirtschaftlichen Interessen durch Art 120a Abs 2 B-VG verfassungsrechtlich vorgezeichnet sein soll. Dass etwa das Prinzip der Einheitsgewerkschaft, das sicherlich die traditionelle Sichtweise der Sozialpartnerschaft in Österreich durchaus nachhaltig mitgeprägt hat, durch Art 120a Abs 2 B-VG ebenso verfassungsrechtlich festgeschrieben sein soll wie der Gesamtvertretungsanspruch wirtschaftlicher Selbstverwaltungseinrichtungen, ist schwierig zu begründen. Aber auf diese Überlegungen kommt es nicht so sehr an, entscheidend ist vielmehr wohl der tragende Gedanke, dass das Gesamtsystem des Art 120a B-VG einen „Organisationsplan“ der personellen Selbstverwaltung verfassungsrechtlich vorgibt, der den einschlägigen Selbstverwaltungseinrichtungen eine wesentliche Rolle in einem – veränderungsfähigen, aber jedenfalls auf gleichberechtigtem Dialog aufgebauten – Konzept der Sozialpartnerschaft zuschreibt und insbesondere aus einem gewaltenteilenden Anliegen heraus der Organisation gemeinsamer Interessen in personalen Selbstverwaltungseinrichtungen eine wichtige Bedeutung zuschreibt. Das garantiert den klassischen, am Sozialpartnerdialog beteiligten Kammern eine gewisse Bestandsgarantie, aber vor allem den Selbstverwaltungseinrichtungen ihre Funktionsfähigkeit und damit eine gesetzliche Regelung, die dem dargestellten Leitbild personaler Selbstverwaltung Rechnung trägt. Im „wie“, so würde *Karl Korinek* wohl sagen, liegt ein ganz wesentlicher Punkt.

Vor diesem Hintergrund hält *Karl Korinek* genau diesen Art 120a B-VG damals ventilerten Plänen, die Sozialversicherungsbeiträge in den Einkommenssteuer-Tarif zu integrieren, entgegen, weil die Finanzierung durch Beiträge der Mitglieder zu den Essentialia der Selbstverwaltung gehört.⁶¹⁾ Hier zeigt sich wieder der Grundgedanke: Was Strukturmerkmal der Selbstverwaltung ist, das ist verfassungsrechtlich vorgegeben und nunmehr in Art 120a B-VG und den Folgebestimmungen positiviert.

⁶⁰⁾ Zu diesem Gedanken insbesondere auch *Öhlinger*, Die Verankerung von Selbstverwaltung und Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung, JRP 2008, 186.

⁶¹⁾ *Korinek*, Die Zukunft der Verfassung, Anwaltsblatt 2011, 504 (505).

II. Pflichtmitgliedschaft

Insbesondere in Auseinandersetzung mit den damaligen Plänen *Jörg Haiders* hat *Karl Korinek* einen nicht unbeträchtlichen Teil seiner wissenschaftlichen Energie darauf verwendet, zu erklären, dass die Pflichtmitgliedschaft zu den Strukturmerkmalen der Selbstverwaltung zählt und daher für diese unverzichtbar ist. Das hat er insbesondere mit Beiträgen zu den staatsrechtlichen Grundlagen der Kammer-Selbstverwaltung am Beginn der 1990er Jahre umfassend ausgebreitet⁶²⁾ und vor allem auch in zahlreichen Vorträgen in unzähligen Fest- und Vollversammlungen getrachtet, unter die Leute zu bringen.

Heute steht die Pflichtmitgliedschaft verfassungsrechtlich außer Streit⁶³⁾ – sie ist Teil des verfassungsrechtlichen Begriffs der sonstigen Selbstverwaltung iS des Art 120a Abs 1 B-VG. Als Strukturelement der Selbstverwaltung hat der Verfassungsgesetzgeber in Art 120a Abs 1 B-VG die Pflichtmitgliedschaft in der Wortfolge „durch Gesetz zu Selbstverwaltungskörpern zusammengefasst werden“ ausdrücklich als verfassungsrechtliche Funktionsbedingung der personalen Selbstverwaltung statuiert.⁶⁴⁾ Art 120a Abs 1 B-VG verpflichtet den einfachen Gesetzgeber, den Mitgliederkreis einer Selbstverwaltungseinrichtung gesetzlich zwingend zu regeln. Eine gesetzliche Regelung, die die Mitgliedschaft in einer Selbstverwaltungseinrichtung der privatautonomen Dispositionsbefugnis ihrer Mitglieder bei aufrechter Erfüllung der gesetzlichen Kriterien für die Einbeziehung in die Selbstverwaltungseinrichtung übertrüge, wäre wegen Verstoßes gegen Art 120a Abs 1 B-VG verfassungswidrig.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat im Übrigen vor kurzem wiederum bestätigt, dass – auch ohne entsprechende verfassungsrechtliche Verankerung – Selbstverwaltungseinrichtungen wie im konkreten Fall die deutschen Industrie- und Handelskammern mit Pflichtmitgliedschaft verfassungsrechtlich zulässig sind. Die Entscheidung kam nicht überraschend und lag auf der Linie der Vorjudikatur.⁶⁵⁾

⁶²⁾ Siehe nur *Korinek*, DRdA 1991, 109: Fehlt die Pflichtmitgliedschaft, „kann man nicht von Selbstverwaltung sprechen“; weiters etwa *Oberndorfer*, Die Pflichtmitgliedschaft als Wesensmerkmal gesetzlicher, beruflicher und wirtschaftlicher Selbstverwaltung, in FS Strasser (1993) 275.

⁶³⁾ Schon vor Art 120a B-VG konnte man davon ausgehen, vereinzelte Auffassungen wie diejenige von *Funk* in FS Schwarz 227, haben sich nicht durchgesetzt (zusammenfassend etwa *Rill*, ZfV 2008, 738 Fn 84).

⁶⁴⁾ Siehe nur *Rill*, ZfV 2008, 738.

⁶⁵⁾ BVerfG 12.7.2017, 1 BvR 2222/12 ua und dazu *Zellenberg*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskonformität der Pflichtmitgliedschaft in den deutschen Industrie- und Handelskammern, ÖZW 2018, 35.

Für Grundrechtsdogmatiker ist interessant, dass das Bundesverfassungsgericht – einmal mehr – die Reichweite der Vereinigungsfreiheit (konkret des Art 9 Grundgesetz) auf freiwillige Vereinigungen beschränkt und daher die Pflichtmitgliedschaft nicht an der grundrechtlichen Vereinigungsfreiheit misst. Die negative Seite des grundrechtlichen Schutzbereichs reicht also nicht weiter als seine positive.

Surrogat bildet für das Bundesverfassungsgericht wie so oft die allgemeine Handlungsfreiheit, die – und das ist doch eine schöne Formulierung – ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht enthält, nicht durch Pflichtmitgliedschaft von „unnötigen“ Körperschaften in Anspruch genommen zu werden. In ausführlicher Auseinandersetzung mit einschlägiger Kritik begründet das Bundesverfassungsgericht, dass die Industrie- und Handelskammern legitime öffentliche Aufgaben wahrnehmen, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber weder allein im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muss.⁶⁶⁾

Interessant sind hier freilich Details der Begründung: Ohne das hier zu vertiefen unterscheidet sich die Konzeption des Bundesverfassungsgerichts der – verfassungsrechtlich legitimen – Selbstverwaltung vom österreichischen verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsbegriff in gewissen Ausprägungen. So geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass es erforderlich ist, dass die Kammern „bei der Wahrnehmung des Gesamtinteresses gegebenenfalls auch eine Minderheitenposition“ darstellen. „Eine Äußerung der Kammer zu besonders umstrittenen Themen muss die geforderte Abwägung auch insoweit erkennen lassen“, die gebotene Wahrnehmung des Gesamtinteresses gelingt nur, wenn abweichende Interessen einzelner Mitglieder oder grundlegende Interessenkonflikte, die für einzelne Mitglieder von erheblicher Bedeutung sind, berücksichtigt werden, was „von der stichwortartigen Benennung einer Position in der Darstellung des Abwägungsmaterials über eine ausführliche Ausweisung bei Minderheitenpositionen bis hin zum echten Minderheitsvotum reichen“ kann. Das ist sehr an den Begründungserfordernissen fachspezifischer Äußerungen orientiert – und weniger an einem politischen Dialog, wie er unter den heutigen medialen Gegebenheiten geführt wird. Das *Korinek'sche* Konzept der Vertretung eines, in einer demokratischen Organisation des Entscheidungsprozesses gewonnenen gemeinsamen Interesses dürfte doch in einigem anders akzentuieren.

Interessant ist auch die – relativ lapidare – Aussage des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Gesetzgeber die Pflichtmitgliedschaft in der Kammer

⁶⁶⁾ BVerfG 12.7.2017, 1 BVR 2222/12 Rz 88.

durch ein Konzept freiwilliger Mitgliedschaft bei Erhalt der Kammern im Übrigen ersetzen könnte.⁶⁷⁾ Das lässt sich unter Art 120a B-VG für Österreich so nicht vertreten. Wenn die Pflichtmitgliedschaft ein Strukturmerkmal des verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsbegriffs ist, dann gibt es Selbstverwaltung in diesem Sinn auch nur mit Pflichtmitgliedschaft. Natürlich kann der Verfassungsgesetzgeber sein Konzept umgestalten – dann schafft er aber etwas anderes, möglicherweise öffentlich rechtliche freiwillige Verbände, aber nicht mehr Selbstverwaltung in der eigentlichen Bedeutung, die insbesondere *Karl Korinek* diesem Begriff gegeben hat.

III. Aufgaben – Finanzierung – Demokratie

Die spannende Frage ist, welchen Spielraum insbesondere Art 120a Abs 1 und Art 120c B-VG dem Gesetzgeber bei der gesetzlichen Ausgestaltung von Selbstverwaltungseinrichtungen lassen. Art 120c Abs 1 B-VG verankert den Grundsatz demokratischer Repräsentation, in dem – auch insoweit insbesondere die verfassungsgerichtliche Rsp festschreibend – festgehalten wird, dass die Organe der Selbstverwaltungskörper aus dem Kreis ihrer Mitglieder nach demokratischen Grundsätzen zu bilden sind. Unmittelbar in einen Zusammenhang damit stellt Art 120c Abs 2 B-VG die Gewährleistung, dass eine sparsame und wirtschaftliche – sparsame und wirtschaftliche, nicht auch eine zweckmäßige, das ist wesentlich – Erfüllung der Aufgaben der Selbstverwaltungskörper nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen durch Beiträge ihrer Mitglieder oder durch sonstige Mittel sicherzustellen ist. Daraus folgt das verfassungsrechtliche Gebot einer aufgabenadäquaten Finanzierung des Selbstverwaltungskörpers,⁶⁸⁾ die freilich nicht nur durch Beiträge, sondern auch auf andere Weise, also insbesondere durch staatliche Zuschüsse oder durch Erträge aus eigener wirtschaftlicher Tätigkeit (Art 120c Abs 3 B-VG) erfolgen kann.

Was heißt das aber für den gesetzgeberischen Spielraum: Wenn ich die Aufgaben entsprechend beschränke, dann braucht es wohl auch weniger Finanzierung – so könnte man meinen. Geht man wie hier davon aus, dass Art 120a und die einschlägigen Folgebestimmungen des B-VG im *Korinek'schen* Sinn einen materiellen Selbstverwaltungs begriff zugrunde legen, dann ist eine derartige Sichtweise zu kurz gegriffen: Wenn es – ich erinnere an den typologischen Selbstverwaltungs begriff – Aufgaben der Einrichtungen personaler Selbstverwaltung gibt, die zu den Strukturmerkmalen solcher Einrichtungen gehören – dazu zählt neben der staatlichen Verwaltung im eigenen Wirkungsbereich im

⁶⁷⁾ BVerfG 12.7.2017, 1 BVR 2222/12 Rz 102.

⁶⁸⁾ *Rebhahn*, Finanzierungsverantwortung des Bundes für die gesetzliche Krankenversicherung (2008) 9, 38 f.

engeren Sinn insbesondere jener Bereich der „gesellschaftlichen Selbstverwaltung“, der durch Beratung und Interessenvertretung gegenüber dem Staat gekennzeichnet ist – und wenn es für diese Aufgabenerfüllung Funktionsbedingungen gibt, die für die Ausübung dieser Aufgaben essentiell sind, wie insbesondere die sachadäquate Abgrenzung des Kreises der Angehörigen des Selbstverwaltungskörpers, die demokratische Legitimation und die insbesondere auch finanzielle Autonomie dieser Einrichtung, dann trifft der Gesetzgeber auf deutlich engere verfassungsrechtliche Schranken. Natürlich hat der Gesetzgeber – wie der VfGH mehrfach, etwa im Zusammenhang mit der Einbeziehung von Non-Profit-Unternehmen in die Wirtschaftskammern,⁶⁹⁾ ausgesprochen hat – einen Spielraum bei der Abgrenzung der Personen, die zu einer Selbstverwaltungseinrichtung zusammengefasst werden. Verfassungsrechtlich spricht daher nichts dagegen, Ärzte und Zahnärzte in getrennten Kammern zu organisieren (und auch nichts dagegen, sie in einer Kammer zusammenzufassen). Aber einer Aufspaltung von Selbstverwaltungseinrichtungen ebenso wie ihrer Zusammenlegung sind damit ebenso Grenzen gesetzt wie einer Aufgabenreduktion. Eine Selbstverwaltungseinrichtung ohne nachhaltige Aufgabe der Interessenvertretung und ohne nachhaltige Aufgabe der Interessenwahrnehmung, also auch einer Servicefunktion für ihre Mitglieder, gibt es, legt man diesen Selbstverwaltungsbegriff zugrunde, nicht. Und wenn finanzielle Autonomie ein Strukturmerkmal der Selbstverwaltung ist, dann muss die Finanzierung über Mitgliedsbeiträge zwar nicht die einzige Finanzierungsquelle der Selbstverwaltungseinrichtung sein, aber eine so wesentliche, dass diese Autonomie gewahrt bleibt.⁷⁰⁾ Der Ausgleich dafür liegt in der demokratischen Struktur der Selbstverwaltungseinrichtung. Sie sichert die Zweckmäßigkeit der Mittelverwendung aus der Sicht der Mitglieder – die Aufgabe des Staates und des staatlichen Rechtsschutzes für die Mitglieder liegt in der Sicherung der Rechtmäßigkeit.

Geht man mit diesem von *Karl Korinek* geprägten Verständnis an die Auslegung der Verfassungsbestimmungen über die sonstige Selbstverwaltung heran – und es spricht einiges dafür, dass der Verfassungsgesetzgeber dieses Verständnis im Wege der Rezeptionskette über die verfassungsgerichtliche Judikatur

⁶⁹⁾ VfSlg 19.017/2010; vgl auch VfSlg 18.731/2009: Ein Gleichklang der Abgrenzung der Zugehörigkeit zu den Arbeiterkammern mit der Umschreibung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ist verfassungsrechtlich nicht geboten; die Ausnahme zugunsten von Personen, denen in dem Sinn ein dauernd maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Unternehmens eingeräumt ist, dass sie mit der Leitung des Unternehmens betraut sind, und damit die Einschränkung auf Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer einer juristischen Person (und nicht mehr auch auf Prokuristen) entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art 120a Abs 1 B-VG.

⁷⁰⁾ Sehr weitgehend in dieser Hinsicht *Wiederin* in *Rebhahn*, Beitragsrecht 111 ff.

aufgenommen hat – dann enthält die Bundesverfassung ein sehr konturiertes Bild der personalen Selbstverwaltung, das dem Gesetzgeber – womit sich auch der Kreis zu *Kurt Ringhofer* schließt – einiges an Determinierung vorgibt. Die Art 120a ff B-VG haben dann im Organisationsplan einer gegliederten Staatsorganisation ein wesentliches Element der personalen Selbstverwaltung vorgesehen, dem im System der checks and balances und damit einer materiellen Gewaltenteilung erhebliche Bedeutung zukommt.

Ob sich dieses verfassungsrechtliche Bild der personalen Selbstverwaltung durchsetzt, wird die künftige literarische Diskussion und vor allem die Rsp zeigen. *Karl Korinek* würde sich wohl jedenfalls freuen.

E. Schluss

Ich habe mir lange überlegt, mit welchem Opernzitat ich schließen soll.⁷¹⁾ Ich habe mich dann dafür entschieden, dass es passender ist, zum Schluss noch einmal den sprechen zu lassen, dessen Gedenken diese Veranstaltung gewidmet ist. Das soll in zweifacher Weise geschehen. Einmal mit einer Beschreibung der historischen Entwicklung der Sozialpartnerschaft unter der Bundesverfassung seit 1920, die in meinen Augen so deutlich macht, warum *Karl Korinek* ein so glühender Anhänger dieses Systems ist:

„... in der Zeit des Ständestaates“ – so erzählt *Karl Korinek* der Festversammlung zur Feier des 90ig-jährigen Bestandes der Arbeiterkammern – „hat man ja eine ganz andere, eben eine ständische Gliederung im Auge gehabt; man wollte die Menschen in ihren Tätigkeiten zusammenfassen und die ‚klassenmäßige‘ Gliederung – wie man damals gemeint hat – ‚überwinden‘. Im nationalsozialistischen Staat wurden die Kammern teils überhaupt zerstört oder – soweit sie aufrechterhalten wurden – dem alles beherrschenden ‚Führerprinzip‘ entsprechend in den Dienst des Staates gestellt und damit in ihrer Rolle völlig pervertiert.“

1945 hat man einen neuen Anfang gesetzt. Man ist zum System der jungen Republik zurückgekehrt, hat die klassenmäßige Repräsentation der wirtschaftlichen und sozialen Interessen realisiert und in den großen Sozialpartnerverbänden die Voraussetzung für eine geordnete Zusammenarbeit der Institutionen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen gesehen. [...] Die großen Persönlichkeiten, die Österreich nach dem Zweiten Weltkrieg wieder aufgebaut haben, haben sich bemüht, Fehler zu vermeiden, die in der sogenannten Ersten Republik und im autoritären Staat gemacht wurden. [...] So gelang es, in Österreich nach der Verbrechensherrschaft der Nazis das System der Sozialpartnerschaft zu etablieren, mit dessen Hilfe so Großes geleistet wurde, bis

⁷¹⁾ Wer es nachlesen will: *Korinek*, Der Jurist und das Opernzitat, in FS Hempel (1997) 53.

heute geleistet wird und – davon bin ich überzeugt – auch in der Zukunft geleistet werden wird.“⁷²⁾

Und vielleicht tut es heute Not, diesen Optimismus mit jener Mahnung zu verbinden, die *Karl Korinek* in einschlägigem Zusammenhang wiederholt ausgesprochen hat:

„Gewaltenteilende Systeme liegen“ – schreibt *Karl Korinek* – „anscheinend nicht im Trend der Zeit. Der Zeitgeist geht in eine andere Richtung, in Richtung auf eine stärkere Staatsführung, allenfalls verbunden mit plebiszitären Elementen. Aber solche Systeme müssen sich die Frage gefallen lassen, ob sie in gleicher Weise geeignet sind, Staatsmacht zu begrenzen und Machtmissbrauch zu hemmen und die Freiheit der Gesellschaft und des Einzelnen zu sichern. Anscheinend – so hat es der große amerikanische Staatslehrer *Karl Loewenstein* formuliert – muss jede Generation den Kampf zwischen *Rousseau* und *Montesquieu* neu austragen.“⁷³⁾

⁷²⁾ Alle Zitate finden sich bei *Korinek*, DRdA 2012, 4 f.

⁷³⁾ *Korinek*, JRP 1995, 163 unter Bezugnahme auf *Loewenstein*, Verfassungslehre² (1969) 472.



Rudolf Müller

Wir hörten zur Einleitung des zweiten Teils unseres Nachmittages den dritten Satz aus dem Streichquartett op. 74 Nr. 1 in C-Dur von Joseph Haydn- Menuetto-Allegretto.

Dieser Teil des Nachmittags ist den Grundrechten gewidmet, die wohl den Kern der wissenschaftlichen Arbeit *Karl Korinek*s gebildet haben. Dazu zuerst ein Vortrag zu einem wahrscheinlich eher umstrittenen und danach ein Vortrag zu einem wahrscheinlich eher weniger unumstrittenen Problem.

Zuerst zum umstritteneren Problem: Die moderne Aufklärung erachtet ua Differenzierungen aus dem Grund zulässiger sexueller Orientierung als unsachlich und mit dem Grundrecht auf Gleichheit nicht länger vereinbar. Damit liegt sie in einem Spannungsverhältnis zu der in diesem Punkt eher zurückhaltenden Position der meisten Weltreligionen, am wenigsten wahrscheinlich mit dem offiziellen Meinungsstand in Teilen der evangelischen Kirchen. Kirchliche Lehre und praktische Vernunft stehen hier in einem Spannungsverhältnis.

Karl Korinek beschreibt eine ähnliche, wenngleich viel grundsätzlichere Situation in seinem Buch über Joseph Haydn, und zwar dessen Haltung zur Gottesfrage, wie sie im Oratorium „Die Schöpfung“ zum Ausdruck kommt. Diese Haltung Haydns ist *Karl Korinek*, gemessen an den Anforderungen und Zuschreibungen, die für ihn aus der „Ebenbildlichkeit Gottes“ resultieren, zu konservativ: Dem von der Ebenbildlichkeitslehre vorausgesetzten Gebrauch der Vernunft würden von Haydn im Text der „Schöpfung“ enge Grenzen gesetzt und er nehme Partei für Kirche und Kaiser und gegen damals modernistische Strömungen, der Sache nach gegen die Aufklärung.

Diese Grenzen, die dem Denken des vernunftbegabt geschaffenen Menschen gesetzt werden, liegen bei Haydn nicht – so schreibt *Korinek* – in der Einsicht der Begrenztheit des eigenen Denkens, wie bei Goethes Faust. Sie sind auch nicht von ethisch-moralischer Qualität, sondern sie sind autoritär von außen gesetzt.

Die Vertonung des – immerhin vom Aufklärer Gottfried van Swieten stammenden - Textes im Oratorium, der das zum Ausdruck bringt

„O glücklich Paar, und glücklich immerfort,
Wenn falscher Wahn euch nicht verführt

Noch mehr zu wünschen als ihr habt,
Und mehr zu wissen als ihr sollt!“

bekümmert *Korinek*, aber er tröstet sich mit dem Gedanken, dass Haydn an ebenderselben Stelle auch die Gottesebenbildlichkeit des Menschen unnachahmlich in Töne gesetzt hat¹⁾).

Die von der kirchlichen Lehre gesetzten Grenzen des vernunftbegabten Denkens sind wohl auch in der Frage angesprochen, ob das Rechtsinstitut der Ehe im christlichen Sinne dem Rechtsinstitut der Ehe nach der weltlichen Rechtsordnung weitgehend entsprechen soll oder gar muss oder nicht.

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 4. Dezember 2017, G258/2017 ua, die unter dem Schlagwort „Ehe für alle“ – also gemeint: auch für homosexuelle Paare – bekannt geworden ist, koppelt die staatliche Ehe vom kirchlichen Eheverständnis auf eine Weise ab, wie dies seit der Einführung der staatlichen Ehe im Jahre 1939, welche erstmals die Möglichkeit der Auflösung der Ehe vorgesehen hatte, nicht mehr der Fall gewesen ist. Dies konnte man an der sehr kritischen Reaktion des Kardinals auf dieses Erkenntnis deutlich erkennen, obwohl der kirchlichen Ehe damit ja im eigentlichen Sinne kein Leid geschah.

Die Haltung der Bevölkerung zu dem Problemkreis ist lange bekannt: Die Antworten von 60% bis zwei Drittel der jeweils bei Umfragen Befragten zeigen, dass die ehemaligen Randgruppen der Lesben und Schwulen ihre Position in der Mitte der Gesellschaft gefunden haben und dass ihre Diskriminierung weithin abgelehnt, jedenfalls aber nicht für angebracht gehalten wird und dass gegen diese Öffnung der Ehe kein Einwand besteht.

Europa selbst ist in dieser Frage noch gespalten: während im Westen vom Nordkap bis zur Algarve auch in traditionell katholischen Ländern wie Spanien und Portugal die staatliche Ehe längst für Homosexuelle geöffnet ist, und zuletzt im Herbst 2017 auch in Deutschland geöffnet wurde, stehen die Gesellschaften in den ehemaligen kommunistischen Staaten im Osten Europas sogar der Schwulen- und Lesbenbewegung ablehnend bis deklariert homophob gegenüber. Der Verfassungsgerichtshof hat mit seinem Erkenntnis im Ergebnis den Anschluss an den liberalen Westen hergestellt.

Gleichheitsfragen sind Wertungsfragen und ich habe mir auch schon mal die Frage vorgelegt, was denn *Karl Korinek* zu unserer Entscheidung gesagt hätte – er war einerseits nicht homophob, stand aber andererseits auch fest auf dem ideologischen Boden seines katholischen Christentums. Eine schwierige Ab-

¹⁾ *Karl Korinek*, Joseph Haydn, Erneuerung und Vollendung, MANZ, Wien 2009, 50 f [52].

wägungsfrage – so wie sie das auch für die Mitglieder des Verfassungsgerichtshofes im Dezember 2017 gewesen ist.

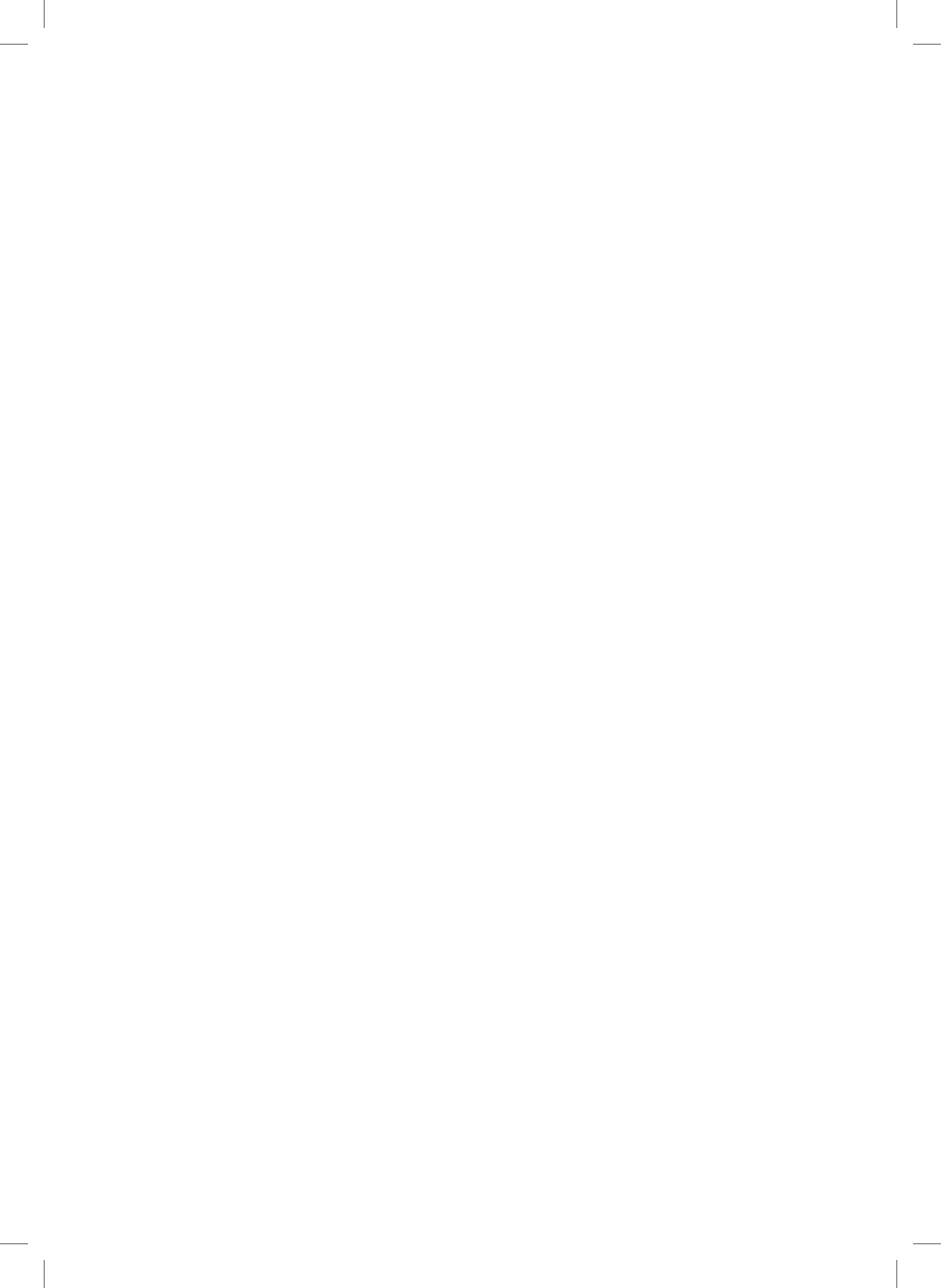
Ich gehe davon aus, dass die Veranstalter von *Univ. Prof. DDr. Hans Georg Ruppe* im Sinne des Gesagten eine kritische Stellungnahme zu dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes erwarten, ja dass sie vielleicht sogar mit dem Fragezeichen im Titel andeuten wollten, dass diese neuen Wege Vielen um vieles fraglicher erscheinen mögen, als jene Wege, zu denen wir abschließend kommen werden und die maßgeblich von *Karl Korinek* selbst geprägt worden sind.

Mit *Univ. Prof. DDr. Hans Georg Ruppe* verbindet mich eine jahrelange freundschaftliche Nachbarschaft in der Sitzordnung des Verfassungsgerichtshofes. Auch er muss hier nicht eingehend vorgestellt werden: Habilitiert für Finanzrecht und Finanzpolitik in Wien nahm er 1972 den Ruf an die Karl – Franzens – Universität Graz an, der er sein wissenschaftliches Leben lang treu geblieben ist und wo er 2012 auch emeritierte. Er hat maßgebliche Theorien zur Einkommensbesteuerung entworfen. Sein gemeinsam mit *Markus Achatz* verfasster USt-Kommentar ist kürzlich erst in 5. Auflage erschienen und seine ebenfalls erst im Vorjahr aktualisierte Kommentierung des Finanzverfassungsgesetzes bei *Korinek/Holoubek* ist legendär. Seit 1997 ist er Mitglied der Akademie der Wissenschaften.

Hans Georg Ruppe war 12 Jahre Ersatzmitglied und daran anschließend 13 Jahre Mitglied des Verfassungsgerichtshofes und hat die steuerrechtliche, aber auch die finanzverfassungsrechtliche Rechtsprechung dieses Gerichtshofes entscheidend geprägt.

Hans Georg Ruppe ist aber nicht auf sein Spezialgebiet fixiert, sondern er ist immer das gewesen, was die Engländer so treffend als „openminded“ bezeichnen. Beim Steuerrecht begann zwar seine wissenschaftliche juristische Welt, sie endete dort aber nicht. Ich erlebte viele Diskussionen im Verfassungsgerichtshof, in denen es um ganz andere Fragen ging, und in denen schließlich ein entscheidendes und überzeugendes Argument von *Ruppe* kam.

Hans Georg Ruppe überschreitet jedenfalls keine wie immer geartete fachliche Grenze, wenn er sich in seinem Referat fragt, wie tragfähig denn die neuen Wege der Grundrechtsjudikatur eigentlich sind, wie sie im Titel seines Vortrages, unserem Erkenntnis über „Ehe für alle“ fürs erste einmal unterstellt werden. Lieber *Hans Georg*, auch Dir vielen herzlichen Dank für Deine Bereitschaft in Verbundenheit mit *Karl Korinek* hier anzutreten.



Ehe für alle – Grundrechtejudikatur auf neuen Wegen?*)

Hans Georg Ruppe

Übersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Judikaturentwicklung
- C. Zum Begründungsgang
- D. Zum Prüfungs- und Aufhebungsumfang; Fristsetzung
- E. Zusammenfassung

A. Einleitung

Ich bedanke mich zunächst bei den Veranstaltern für die Einladung zu dieser festlichen, freilich auch ein bisschen wehmütigen Veranstaltung. Ich habe *Karl Korinek* schon in meiner Assistentenzeit an der Universität Wien in den 60er Jahren kennengelernt. In den 70er Jahren waren wir einige Zeit hindurch Fakultätskollegen in Graz. Damals haben wir die „Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft“ ins Leben gerufen, die sich durch mehrere Jahrzehnte dem Recht der Wirtschaft im weiteren Sinn gewidmet hat und heute in der „Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht“ fortlebt. Ich habe dann viele Jahre mit Karl Korinek am VfGH zusammenarbeiten dürfen und ihn schließlich als dessen Präsident erlebt und geschätzt.

Ein Rechtsbereich, dem die besondere Aufmerksamkeit von *Karl Korinek* galt, waren die Grundrechte, und hier vor allem der Gleichheitssatz. Die Entwicklung, die die Judikatur des VfGH zum Gleichheitssatz speziell in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts genommen hat, trägt nicht zuletzt die Handschrift von *Karl Korinek*. Es lag für mich daher nahe, für ein Symposium zum Gedächtnis an *Karl Korinek* ein Thema aus dem Bereich des Gleichheitssatzes zu wählen. Lange Zeit war ich unschlüssig, dachte natürlich am ehesten an ein steuerrechtliches Thema, bis Anfang Dezember des letzten Jahres der VfGH unter der Zahl G 258/17 seine Entscheidung zur sog. Homoeheliche, zur Ehe für alle

*) Erschienen in JBl, 2018, Heft 7, 428–433.

veröffentlicht hat. Die erste Lektüre dieser Entscheidung hat mich – nicht als Steuerrechtler, wohl aber als ehemaliges Mitglied des VfGH – interessiert und das Gefühl ausgelöst, dass sie eine genauere Betrachtung verdient. Ich habe sie daher den Veranstaltern als Thema für mein Referat vorgeschlagen, wobei ich die eigene Unsicherheit in der Einschätzung dieser Entscheidung durch ein Fragezeichen zum Ausdruck gebracht habe. Es bleibt abzuwarten, ob es heute möglich ist, dieses Fragezeichen aufzulösen und zu beantworten, ob der VfGH mit dieser Entscheidung in der Grundrechtejudikatur neue Wege geht oder ob das eine übertriebene Deutung ist.

Der wesentliche Inhalt der im Titel angesprochenen Entscheidung des VfGH (G 258/17 ua) darf einleitend kurz rekapituliert werden.¹⁾ Anlass des Verfahrens war die Beschwerde von zwei Frauen, die in eingetragener Partnerschaft (in der Folge: EP) leben und die Zulassung zur Begründung einer Ehe beantragten. Diesem Antrag wurde vom Magistrat der Stadt Wien im Hinblick auf § 44 ABGB nicht Folge gegeben. Die Beschwerde beim Verwaltungsgericht Wien blieb erfolglos. Der VfGH hat die Beschwerde gegen diese Entscheidung zum Anlass genommen, um die Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge „verschiedenen Geschlechtes“ in § 44 ABGB sowie die Verfassungsmäßigkeit des gesamten BG über die eingetragene Partnerschaft (BGBl I 135/2009; in der Folge: EPG) zu prüfen. Letztlich hat er die genannte Wortfolge in § 44 ABGB, im EPG allerdings nur die auf die Gleichgeschlechtlichkeit Bezug nehmenden Wortfolgen als verfassungswidrig aufgehoben. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31.12.2018 in Kraft. Kommt es bis dahin nicht zu einer Änderung der Rechtslage, dann steht ab diesem Termin die Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen²⁾, die EP ist dann auch verschiedengeschlechtlichen Paaren zugänglich.

Wenige Erkenntnisse der letzten Jahre haben ein derart lebhaftes Medienecho ausgelöst wie dieses. Selten gab es auch eine Entscheidung, die in der Öffentlichkeit auf einen so hohen Grad an Zustimmung gestoßen ist. Dass der VfGH die „Ehe für alle“ ermöglicht, wurde ganz überwiegend begrüßt, teilweise geradezu enthusiastisch. Die kritischen Stimmen sind vollkommen in der Minderzahl.

Hier geht es nicht um das mit diesem Erkenntnis geschaffene Ergebnis. Ob das Rechtsinstitut der Ehe gleichgeschlechtlichen Paaren zugänglich gemacht werden *soll*, wurde bisher als eine rechtspolitische Frage betrachtet, zu der man gewiss unterschiedlicher Meinung sein kann und die letztlich der Gesetzgeber zu entscheiden hat. Das ist Vergangenheit. Die hier zu besprechende Entscheidung

¹⁾ Vgl auch die ausführliche Wiedergabe in der Glosse von *Kerschmer*, Anmerkung zu VfGH G 258/2017, JBl 2018, 28.

²⁾ Siehe aber auch unten bei Fn 8.

des VfGH sieht darin eine verfassungsrechtliche Frage und bejaht letztlich, gestützt auf das Diskriminierungsverbot des Gleichheitssatzes, einen verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung bzw hält es – negativ gewendet – für unsachlich, dass die Beziehungen heterosexueller und homosexueller Paare in verschiedenen Rechtsinstituten geregelt werden. Eine solche Entscheidung muss sich, auch wenn man ihr Ergebnis zu akzeptieren und zu respektieren hat, die Prüfung gefallen lassen, ob sie *lege artis* gearbeitet, schlüssig und nachvollziehbar ist.

B. Die Judikaturentwicklung

Es ist angebracht, zunächst einen Blick auf die Judikatorsituation zu werfen, die der VfGH im Zeitpunkt seines Prüfungsbeschlusses vorfand.

In der Rsp des VfGH stammt die erste Entscheidung zum Thema Zugänglichkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare vom 12.12.2003 (VfSlg 17.098), somit lange vor Verabschiedung des EPG. Sie betrifft § 44 ABGB und verneint dessen Verfassungswidrigkeit. In der knapp gehaltenen Begründung heißt es wörtlich: „Weder der Gleichheitssatz der österreichischen Bundesverfassung noch die Europäische Menschenrechtskonvention (arg. „Männer und Frauen“ in Art 12) gebieten eine Ausdehnung der auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichteten Ehe auf Beziehungen anderer Art.“³⁾

Diesen Satz wiederholt der VfGH bereits im Folgejahr in einer Entscheidung zum Fremdenrecht (VfSlg 17.337/2004). Er legt dort im Einzelnen dar, warum die Versagung der Niederlassungsbewilligung für einen gleichgeschlechtlichen Lebensgefährten keine verfassungswidrige Diskriminierung ist, und schließt diesen Absatz mit dem Hinweis, dass der Gesetzgeber damit nicht in unsachlicher Weise Beziehungen benachteiligt, „denen gemeinsame Nachkommen schon begrifflich versagt bleiben müssen“.

Zu einer Normenprüfung und -aufhebung wegen Diskriminierung homosexueller Partnerschaften kommt es erstmals im Jahr 2005 (VfSlg 17.659/2005). In dieser Entscheidung hatte sich der VfGH mit der begünstigten Mitversicherung nach § 123 Abs 8 ASVG zu befassen. Er hat die dort vorgesehene Einschränkung der Mitversicherung auf andersgeschlechtliche Partner als unsachliche und daher verfassungswidrige Differenzierung nach der sexuellen Orientierung iS der Rsp des EGMR erkannt.

³⁾ Der letzte Absatz dieser Entscheidung lautet: „Ob und in welchen Rechtsgebieten der Gesetzgeber gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften dadurch unzulässigerweise diskriminiert, dass er für Ehegatten Besonderes vorsieht, ist im vorliegenden Fall nicht zu prüfen. Ebenso wenig ist es Aufgabe des Gerichtshofes, dem Gesetzgeber in verfassungsrechtlicher oder gar rechtspolitischer Hinsicht Ratschläge zu erteilen.“

Der Fall, der dem zuerst erwähnten Urteil vom 12.12.2003 zugrunde lag, war in der Folge Gegenstand eines Verfahrens vor dem EGMR. In seinem Urteil vom 24.06.2010 (Appl 30141/04 [Schalk und Kopf/Österreich]) kommt der EGMR zwar zum Ergebnis, dass Art 12 EMRK auf den vorliegenden Fall anwendbar sei, dass aber die Frage, ob Eheschließungen zwischen Homosexuellen zugelassen werden oder nicht, von den Staaten selbst durch ihr nationales Recht zu regeln sei. Wörtlich heißt es dann: „In diesem Zusammenhang merkt der Gerichtshof an, dass im Begriff der Ehe tief verwurzelte soziale und kulturelle Konnotationen mitschwingen, die sich je nach Gesellschaft unterscheiden können. Der Gerichtshof ist der Meinung, dass es hier nicht angebracht ist, das Urteil der nationalen Instanzen durch sein eigenes zu ersetzen, sind doch letztere am besten in der Lage, die gesellschaftlichen Bedürfnisse zu erkennen und zu befriedigen.“ Und die Zusammenfassung lautet: „Aus diesen Gründen stellt der Gerichtshof fest, dass Art. 12 EMRK der Regierung keine Verpflichtung auferlegt, einem gleichgeschlechtlichen Paar die Eheschließung zu ermöglichen. Es hat daher keine Verletzung von Art. 12 EMRK stattgefunden.“ Die Entscheidung erfolgte in diesem Punkt einstimmig.

Das nächste Erkenntnis des VfGH (VfSlg 19.492/2011) betrifft bereits die Rechtslage nach Verabschiedung des EPG und nach der Veröffentlichung der EGMR-Entscheidung Schalk und Kopf. Jetzt geht es um die Frage, ob die Beschränkung des EPG auf *gleichgeschlechtliche* Verbindungen eine unsachliche Benachteiligung heterosexueller Paare darstellt. Der VfGH verneint diese Frage aus der Sicht der EMRK mit folgenden Worten: „Weil Personen verschiedenen Geschlechts die Ehe offensteht ..., die eingetragene Partnerschaft nur geschaffen wurde, um der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare entgegenzuwirken, diese im Wesentlichen die gleichen Wirkungen entfalten soll wie die Ehe, es sich bei verschiedengeschlechtlichen Paaren um keine (historisch) diskriminierte Gruppe handelt und es keinen europäischen Konsens auf diesem Gebiet gibt, liegt keine Verletzung von Art. 14 iVm Art. 8 EMRK vor, wenn der österreichische Gesetzgeber verschiedengeschlechtlichen Paaren keinen Zugang zur eingetragenen Partnerschaft eröffnet.“ Aus der Sicht des Gleichheitssatzes kommt der VfGH zum Ergebnis, es liege „jedenfalls innerhalb des Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers, wenn er die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlichen Paaren vorbehält und verschiedengeschlechtliche Paare auf die Ehe verweist.“ – Der EGMR ist im Folgeverfahren (26.10.2017, Appl 28475/12 [Ratzenböck und Seydl/Österreich]) vor wenigen Monaten zum gleichen Ergebnis gekommen.

Die Judikatur des VfGH beschäftigt sich in der Folgezeit vorwiegend mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen von Ehe und EP und kommt wiederholt zur Feststellung verfassungswidriger Diskriminierungen. So geht es im Erkenntnis vom 03.03.2012 (VfSlg 19.623) um die unterschiedliche Behandlung

von Ehe und EP im Namensrecht (bei der Namensänderung). Der VfGH hält sie für sachlich nicht gerechtfertigt.

Im Erkenntnis 19.06.2013 (VfSlg 19.758) sieht der VfGH eine Diskriminierung in dem Umstand, dass das Personenstandsgesetz es verwehrt, die Begründung einer EP außerhalb der Amtsräume der Bezirksverwaltungsbehörde vorzunehmen, während eine Trauung an jedem Ort vorgenommen werden kann, der der Bedeutung der Ehe entspricht.⁴⁾

Nach dem Erkenntnis 10.12.2013 (VfSlg 19.824; es wurde durch einen Prüfungsantrag des OGH und durch Individualanträge ausgelöst), greift die gesetzliche Beschränkung der artifiziellen Insemination auf verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Ehen hinsichtlich des Kinderwunsches von Frauen, die in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften leben, in den Schutzbereich des Art 8 EMRK ein, ohne durch Gründe hinreichenden Gewichts gerechtfertigt zu sein.

Ein Jahr später (VfSlg 19.942/2014) erachtete der VfGH das gesetzliche Adoptionsverbot bezüglich eingetragener Partner für verfassungswidrig.⁵⁾

Die Judikaturreihe des VfGH vor dem Besprechungsurteil schließt mit dem Erkenntnis 12.03.2014 (VfSlg 19.865). Hier ging es um die Frage, ob es verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, wenn einem nach niederländischem Recht verheirateten homosexuellen Paar die Wiederholung der Eheschließung nach österreichischem Recht verweigert wird. Der VfGH verneint sowohl einen Verstoß gegen Art 14 EMRK als auch – eventualiter – gegen Art 21 GRC. An zentraler Stelle findet sich hier in der Begründung der Satz: „Weder nach der Judikatur des EGMR zu Art. 14 EMRK [Verweis auf Schalk und Kopf] noch nach der Rsp des VfGH zu Art. 7 B-VG [Verweis auf VfSlg 19.492/2011] stellt der Umstand, dass die Ehe Personen verschiedenen Geschlechts vorbehalten ist – und Personen gleichen Geschlechts auf das Institut der eingetragenen Partnerschaft verwiesen werden – eine unzulässige Diskriminierung dar.“

⁴⁾ Noch wenige Monate vorher war der VfGH zum gegenteiligen Ergebnis gekommen (09.10.2012, B 121/11 = Slg 19.682): Er hatte damals die Auffassung vertreten, dass Art 12 EMRK dem Gesetzgeber im vorliegenden Zusammenhang einen Spielraum bei der Festlegung der Behördenzuständigkeit einräume und dass daher die Regelungen über die Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörden im Zusammenhang mit der Begründung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften den Anforderungen des Gleichheitssatzes genügen. In diesem Erkenntnis wird im Übrigen erneut explizit festgehalten, dass der Gerichtshof keine Bedenken gegen § 44 ABGB hegt und dass es im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liege, den Zugang zur Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare zu beschränken.

⁵⁾ Vorgegangen war dem die Entscheidung des EGMR vom 19.2.2013, Appl 19010/07 (X/Österreich), zur sogenannten Stiefkindadoption.

Genau zu diesem Ergebnis kommt auch die bereits erwähnte Entscheidung des EGMR vom 26.10.2017 in der Rechtssache Ratzenböck und Seydl gegen Österreich.

Der Judikaturstand vor der hier zu besprechenden Entscheidung kann somit wie folgt zusammengefasst werden: Auf der einen Seite betont der VfGH, gestützt auf die Rsp des EGMR und seine eigene Vorjudikatur, wiederholt die besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit von differenzierenden Regelungen, die an das Geschlecht oder die sexuelle Orientierung anknüpfen. Andererseits hat der VfGH in ständiger Rsp und im Einklang mit der Rsp des EGMR in dem Umstand, dass die Ehe Personen verschiedenen Geschlechts vorbehalten ist und Personen gleichen Geschlechts auf die EP verwiesen sind, gerade keine unzulässige Diskriminierung dieser Art erblickt. Umgekehrt hat der VfGH klargestellt, dass es keine verfassungsrechtliche Verpflichtung gibt, die EP verschiedengeschlechtlichen Paaren zugänglich zu machen. Diese Meinung hat der EGMR in der erwähnten jüngsten Entscheidung vom Oktober 2017 geteilt. In dieser Entscheidung, wenige Wochen vor dem Besprechungsurteil ergangen, hat der EGMR letztlich die Unbedenklichkeit der österreichischen Rechtslage bestätigt.

C. Zum Begründungsgang

Angesichts dieses Judikaturstandes hätte es nahegelegen, die Behandlung der dem hier zu besprechenden Erkenntnis zugrunde liegenden Beschwerden abzulehnen.⁶⁾ Wenn der VfGH bei einer solchen Ausgangslage statt dessen in die Sache eingeht und einen Prüfungsbeschluss fasst, wäre zumindest zu erwarten gewesen, dass er auf seine frühere Judikatur Bezug nimmt und darlegt, warum er an dieser, seit 2003 in ständiger Rsp vertretenen und vom EGMR bestätigten Auffassung nicht mehr festhält. Von dem Rechtssatz dieser Vorjudikatur ist jedoch weder im Prüfungsbeschluss noch im Erkenntnis explizit die Rede. Auch auf die Rsp des EGMR wird nicht eingegangen. Dass hier eine Kehrtwendung der Judikatur erfolgt, wird an keiner Stelle offengelegt.

Die implizite Änderung der Judikatur wird im Wesentlichen mit folgenden Argumenten begründet: Das 2009 beschlossene EPG habe das Ziel verfolgt, die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare abzubauen, sei aber bei zwei verschiedenen Rechtsinstituten, eben der Ehe und der EP, geblieben. Seither sei die eingetragene Partnerschaft der Ehe immer weiter angenähert worden, sodass die beiden Rechtsinstitute einander heute sowohl von der Ausgestaltung als

⁶⁾ Dass schon vorher eine solche Ablehnungspraxis existierte, lässt sich der einschlägigen Judikatur des VwGH entnehmen (vgl zB VwGH 6.7.2016, Ro 2014/01/0018, unter Verweis auf VfGH 19.2.2015, B 228/2014).

auch von den Rechtsfolgen her weitgehend entsprechen. Die jüngere Rechtsentwicklung ermöglihe insbesondere eine gemeinsame Elternschaft auch gleichgeschlechtlicher Paare: Sie dürften Kinder gemeinsam adoptieren und die zulässigen Formen medizinisch unterstützter Fortpflanzung gleichberechtigt nutzen. Die Unterscheidung in Ehe und EP lasse sich heute aber nicht aufrechterhalten, ohne gleichgeschlechtliche Paare zu diskriminieren. Denn die Trennung in zwei Rechtsinstitute bringe zum Ausdruck, dass Menschen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung nicht gleich den Personen mit verschiedengeschlechtlicher Orientierung sind. Im Erkenntnis heißt es dazu wörtlich: „Die damit verursachte diskriminierende Wirkung zeigt sich darin, dass durch die unterschiedliche Bezeichnung des Familienstandes (‘verheiratet‘ versus ‚in eingetragener Partnerschaft lebend‘) Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch in Zusammenhängen, in denen die sexuelle Orientierung keinerlei Rolle spielt und spielen darf, diese offen legen müssen und, insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund, Gefahr laufen, diskriminiert zu werden.“ Der Schluss lautet dann: „Die gesetzliche Trennung verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Beziehungen in zwei unterschiedliche Rechtsinstitute verstößt damit gegen das Verbot des Gleichheitsgrundsatzes, Menschen auf Grund personaler Merkmale wie hier der sexuellen Orientierung zu diskriminieren.“

Dieser Gedankengang ist schon überraschend. Zuerst wird betont und im Detail herausgearbeitet, dass und wie weit der Gesetzgeber im Laufe der letzten Jahre die beiden Rechtsinstitute einander angeglichen hat (dies nicht zuletzt im Gefolge der Judikatur des VfGH). Die sorgfältige Aufzählung der einschlägigen Regelungen, vom Sozialversicherungsrecht, Berufsrecht, Wohnrecht über das Steuerrecht und Gewerberecht bis zum Erbrecht, Adoptionsrecht und Namensrecht, belegt eindrucksvoll, dass den beiden Rechtsinstituten heute weitgehend die gleichen Rechtsfolgen zugeordnet sind. An sich läge jetzt der Schluss nahe, dass damit gleichgeschlechtliche Partnerschaften einen Grad an gesellschaftlicher und rechtlicher Akzeptanz erfahren haben, der derjenigen der Ehe vergleichbar ist und eine Diskriminierung daher nicht mehr festzustellen ist. Der VfGH hingegen kommt zum gegenteiligen Schluss: Da die Angleichung so weit gediehen ist, lasse sich die Beibehaltung von zwei unterschiedlichen Rechtsinstituten nicht aufrecht halten. Das Problem wird jetzt darin gesehen, dass gleichgeschlechtliche Partner bei Angabe des Familienstandes offenlegen müssen, dass sie nicht verheiratet, sondern „verpartnert“ sind, und damit – „insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund“ – Gefahr laufen, diskriminiert zu werden.

Das ist jedenfalls ein neuer Prüfungsmaßstab: Für einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz ist nicht mehr erforderlich, dass eine Differenzierung festgestellt und ihre Unsachlichkeit bzw ihre diskriminierende Wirkung belegt

wird, es genügt bereits die Gefahr einer Diskriminierung, wobei der Leser nicht erfährt, welche realen Diskriminierungen dem VfGH vorschweben. Der Hinweis auf den historischen Hintergrund ist in diesem Zusammenhang eher merkwürdig. Entscheidend kann ja nur sein, ob gegenwärtig mit einer Diskriminierung zu rechnen ist.⁷⁾ Man erfährt auch nicht, an welche Arten der Offenlegung der VfGH gedacht hat. Die Offenlegung des Familienstandes gegenüber Behörden kann wohl nicht gemeint sein, soweit sie dazu dient, gerade die begünstigenden Rechtsfolgen herbeizuführen, die der EP im Zuge der Entdiskriminierung eingeräumt wurde (zB um den Alleinverdienerabsetzbetrag im ESt-Recht in Anspruch zu nehmen). Soweit es aber um Vorurteile geht, die eine Minderheit im Privatrechtsverkehr noch gegenüber gleichgeschlechtlichen Paaren hegt, hätte wohl geprüft und dargelegt werden müssen, ob die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geeignet ist, diese Vorurteile und die allenfalls damit einhergehenden Diskriminierungen zu verhindern. Die Vorurteile, so es solche gibt, bestehen ja wohl nicht gegen das Rechtsinstitut der EP, sondern gegen die Gleichgeschlechtlichkeit der Beziehung. Diese kann aber durch die Angabe des Familienstandes „verehelicht“ nicht auf Dauer verheimlicht werden. Sie tritt zutage, sobald der Vorname des Partners/der Partnerin bekannt wird (vgl § 21 Abs 2 PersonenstandsG 1983 bzw § 13 PersonenstandsG 2013, wonach zumindest der erste Vorname einer Person ihrem Geschlecht entsprechen muss bzw nicht widersprechen darf) oder sobald die Partner gemeinsam auftreten.

Auf einen prominenten Punkt der Begründung ist gesondert einzugehen. Die einleitend zitierte frühere Judikatur des VfGH hat die Beschränkung der Zugänglichkeit der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Partner mit dem Argument gerechtfertigt, nur diese seien zu gemeinsamer Elternschaft fähig. Damit war unzweifelhaft die biologische Fähigkeit zur Zeugung gemeinsamer Nachkommen gemeint (so explizit VfGH VfSlg 17.337/2004). Wenn nun im hier besprochenen Erkenntnis hervorgehoben wird, dass die jüngere Rechtsentwicklung auch gleichgeschlechtlichen Paaren eine gemeinsame Elternschaft ermöglicht, so wird damit der Eindruck erweckt, es hätten sich die Verhältnisse diesbezüglich grundlegend geändert. In Wahrheit meint der VfGH in diesem Zusammenhang offensichtlich eine andere Art der Elternschaft, weil er sich hier auf Adoption und künstliche Fortpflanzung bezieht. Dass der wesentliche Unterschied zwischen verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen

⁷⁾ In den Medienberichten, die der besprochenen Entscheidung folgten, war davon die Rede, dass eine große Mehrheit der Österreicher (die Rede war von 2/3 oder 3/4) gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufgeschlossen und liberal gegenüber steht, somit offenbar keinerlei Absicht hat, diese Menschengruppe wegen ihrer sexuellen Orientierung zu diskriminieren.

Paaren darin besteht, dass nur erstere in der Lage sind, gemeinsame Nachkommen in die Welt zu setzen, wird im gesamten Erkenntnis nicht mit einem Wort erwähnt, geschweige denn gewürdigt, obwohl es das tragende Element der Vorjudikatur seit 2003 war. Es handelt sich dabei auch nicht, wie das Erkenntnis anklingen lässt, um ein bestimmtes traditionelles Verständnis der Ehe, sondern schlicht um biologische Tatsachen.

Die Vernachlässigung dieses Umstandes hat im Hinblick auf die Formulierung des § 44 ABGB durchaus einen positivrechtlichen Aspekt. Auch nach der bereinigten Fassung des § 44 Abs 1 ABGB setzt die Ehe iS dieser Bestimmung weiterhin voraus, dass zwei Personen ihren Willen erklären, *Kinder zu zeugen*. Auch wenn sich – oder gerade weil sich – in der Zivilrechtslehre sehr unterschiedliche Meinungen zur Bedeutung dieses Begriffselements finden,⁸⁾ wäre es interessant gewesen zu erfahren, welchen rechtlichen Stellenwert der VfGH diesem Passus beimisst. Es ist ja nicht ausgeschlossen, dass eine Personenstandsbehörde auf die Idee kommt, die Eheschließung eines gleichgeschlechtlichen Paares auch nach dem 31.12.2018 mit dem Argument zu versagen, die Zeugung von Kindern sei in dieser Partnerschaft ausgeschlossen. Wenn das Verwaltungsgericht dem folgt, könnte der VfGH in einem Folgeverfahren gezwungen sein, entweder eine Aussage zur Bedeutung dieser Wortfolge zu machen oder aber die fraglichen Worte in einem weiteren Prüfungsverfahren aufzuheben.

D. Zum Prüfungs- und Aufhebungsumfang; Fristsetzung

Mit dieser Bemerkung ist schon ein weiteres Problem des Erkenntnisses berührt, nämlich der Prüfungsumfang und der Aufhebungsumfang. Der VfGH hat ja, wie einleitend erwähnt, nicht nur die genannte Wortfolge in § 44 ABGB in Prüfung gezogen, sondern auch das gesamte EPG. Begründet wird dies damit, dass dann, wenn nur in § 44 ABGB die Worte „verschiedenen Geschlechts“ aufgehoben würden, eine Beschränkung des Zugangs zur Ehe weiterhin „aus der spiegelgleichen Zugangsbeschränkung für gleichgeschlechtliche Paare ... nach §§ 1, 2 und 5 Abs 1 Z 1 EPG erschließbar“ wäre. Im Erkenntnis ist von einer komplementären, spiegelbildlichen Zugangsbeschränkung die Rede, die Teil eines gesetzes- bzw rechtsinstitutsübergreifenden Systems im Partnerschaftsrecht sei, welches die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren und die

⁸⁾ Vgl dazu stellvertretend die Ausführungen von *Kerschner* in seiner bereits erwähnten Glosse, JBl 2018, 32 f; ferner *Khakzadeh-Leiler*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, EF-Z 2018, 52 (57); *Höllwerth*, Anmerkung zu VfGH G 258/2017, EF-Z 2018, 69 (71); *Schoditsch*, Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? – Anmerkung zu VfGH 4.12.2017, G 258/2017 ua, ÖJZ 2018, 381; jeweils mwN.

EP gleichgeschlechtlichen Paaren vorbehalten. Würde nur die eine Zugangsbeschränkung beseitigt, ergäbe sie sich weiterhin aus der anderen.

Betrachtet man die Bestimmungen des EPG genauer, ist das Argument einer spiegelgleichen Zugangsbeschränkung nicht nachzuvollziehen. Natürlich war es die Absicht des Gesetzgebers, für heterosexuelle und homosexuelle Partnerschaften zwei verschiedene Rechtsinstitute zur Verfügung zu stellen und homosexuelle Paare vom Zugang zur Ehe auszuschließen. Positivrechtlich ergab sich das Verhelichungshindernis für gleichgeschlechtliche Paare aber ausschließlich aus § 44 ABGB. Wird es dort beseitigt und bleibt das EPG unverändert, so kann keine Personenstandsbehörde einem gleichgeschlechtlichen Paar die Eheschließung mit Verweis auf irgendeine Vorschrift des EPG verweigern. Die vom VfGH erwähnten Normen besagen lediglich, dass die EP gleichgeschlechtlichen Personen vorbehalten ist,⁹⁾ nicht jedoch, dass gleichgeschlechtliche Personen von der Verhelichung ausgeschlossen sind.¹⁰⁾ Wenn der VfGH in diesem Zusammenhang die Entscheidung VfSlg 19.942/2014 zitiert, dann ist das als Begründung nicht tauglich. Dort ging es um die Öffnung des Adoptionsrechtes für gleichgeschlechtliche Paare. Einem solchen Adoptionsrecht stand einerseits § 191 ABGB, der das Recht auf gemeinsame Adoption verheirateten Paaren vorbehalten, andererseits aber auch § 8 Abs 4 EPG entgegen, wo es hieß: „Die eingetragenen Partner dürfen nicht gemeinsam ein Kind an Kindesstatt oder die Wahlkinder des jeweils anderen an Kindesstatt annehmen“. Bei einer solchen Rechtslage – § 8 Abs 4 EPG wiederholte und bestätigte das in § 191 ABGB verankerte Adoptionshindernis – ist es evident, dass es für die Beseitigung dieses Hindernisses nicht genügt, § 191 ABGB zu bereinigen, weil dann das Verbot des § 8 Abs 4 EPG der Adoption weiterhin entgegenstünde. Ein vergleichbares Verhelichungshindernis ist im EPG nicht zu finden.

Auf dem Boden seines Gesetzesverständnisses, dass das EPG eine Zugangsbeschränkung zur Ehe enthalte, zieht der VfGH im Prüfungsbeschluss zunächst die Aufhebung des gesamten EPG in Erwägung. Im Erkenntnis selbst kommt er dann zum Ergebnis, dass es erforderlich sei, aber auch genüge, die Wortfolgen des EPG, die auf gleichgeschlechtliche Paare Bezug nehmen,¹¹⁾ als

⁹⁾ § 1 EPG lautete in der Fassung vor der Aufhebung: „Dieses Bundesgesetz regelt die Begründung, die Wirkungen und die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare.“ Der erste Satz des § 2 lautete: „Eine eingetragene Partnerschaft können nur zwei Personen gleichen Geschlechts begründen (eingetragene Partner).“ Und in § 5 Abs 1 Z 1 hieß es: „Eine eingetragene Partnerschaft darf nicht begründet werden 1. zwischen Personen verschiedenen Geschlechts;...“.

¹⁰⁾ Wäre diesbezüglich ein Zweifel angebracht gewesen, hätte der VfGH ihn im Erkenntnis im Wege eines entsprechenden expliziten Auslegungshinweises leicht ausräumen können.

¹¹⁾ Siehe dazu Fn 9.

verfassungswidrig aufzuheben. Das Erkenntnis schließt mit dem Satz: „Dass nach der Aufhebung verschieden- wie gleichgeschlechtlichen Paaren jeweils die Wahl zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft offen steht, stellt im Hinblick darauf, dass das EPG im Übrigen damit auch für bestehende eingetragene Partnerschaften als Rechtsrahmen in Geltung bleibt, keinen völlig veränderten Gesetzesinhalt iS der Rsp des VfGH dar.“ Dieser Satz ist deswegen erstaunlich, weil damit ein Rechtszustand (nämlich die Öffnung der eingetragenen Partnerschaft für verschiedengeschlechtliche Paare) herbeigeführt wird, der vom Gesetzgeber niemals beabsichtigt war, vom VfGH selbst (und auch vom EGMR) nicht als verfassungsrechtlich geboten erachtet wurde (vgl VfSlg 19.492/2011) und mit dem Gegenstand des vorliegenden Normprüfungsverfahrens nicht das Geringste zu tun hat. Im Prüfungsbeschluss hatte der VfGH dieses Ergebnis (vorläufig) noch als völlige Veränderung der Rechtslage beurteilt.¹²⁾

Das leitet zu einem letzten problematischen Punkt über. Der VfGH setzt für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesstellen eine Frist: Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31.12.2018 in Kraft. Auch in diesem Zusammenhang fällt das Erkenntnis aus dem Rahmen, weil der VfGH regelmäßig, wenn auch oft nur mit ein paar Worten, begründet, warum er eine Frist setzt, was er in dieser Frist vom Gesetzgeber erwartet oder welche Möglichkeiten er ihm einräumen möchte. Dazu gibt es hier keinen Hinweis. Es liegt auch keineswegs auf der Hand, welche Maßnahmen der Gesetzgeber jetzt treffen soll oder darf.

E. Zusammenfassung

Die Judikatur des VfGH zum Thema gleichgeschlechtliche Partnerschaften ist umfangreich und beeindruckend. In jüngerer Zeit sind besonders sorgfältig gearbeitet die Entscheidungen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung und zum Adoptionsrecht. Das hier besprochene Erkenntnis weist einen gleichen Standard nicht auf. Es arbeitet mehr mit Behauptungen und Vermutungen als mit nachvollziehbaren Begründungselementen. Nachdem die Differenzierungen zwischen Ehe und EP in den meisten Bereichen der Rechtsordnung beseitigt sind, tritt nun an die Stelle einer vom VfGH ausgemachten diskriminierenden Differenzierung die „Gefahr einer Diskriminierung“, die allein mit der Angabe des Familienstandes verbunden sein soll. Dabei wird gar nicht geprüft, ob die befürchtete Diskriminierungsgefahr durch die bloße Änderung des Fa-

¹²⁾ *Khakzadeh-Leiler*, EF-Z 2018, 57, folgt in der Frage der Zugangsbeschränkung durch das EPG unkritisch dem VfGH. Zutreffend hingegen *Höllwerth*, EF-Z 2018, 71, der richtig erkennt, dass die genannten Vorschriften des EPG (bloß) sicherstellen sollen, dass die EP gleichgeschlechtlichen Personen vorbehalten bleibt. Die daraus abzuleitende Konsequenz, dass dann der Aufhebungsumfang vom VfGH unrichtig bestimmt wurde, wird von diesem Autor allerdings nicht gezogen.

milienstandes beseitigt wird (werden kann). Dazu treten Ausführungen zum Aufhebungsumfang, die aus dem positiven Recht nicht abgeleitet werden können, zumindest aber nicht abgeleitet werden müssen, und die im Ergebnis zu einer völligen Veränderung der Rechtslage, nämlich zur Öffnung der EP für heterosexuelle Paare, führen.

Dem VfGH ist freilich eines zuzugestehen: Die Bundesregierung hat zu dem Prüfungsbeschluss keine Äußerung erstattet. Das verwundert in concreto deswegen nicht, weil der Prüfungsbeschluss das Datum 12.10.2017 trägt und wenige Tage danach, am 16. Oktober, die Nationalratswahlen stattfanden, so dass die gesetzte Frist, die vermutlich sechs Wochen betragen hat, in eine Zeit politischer Lähmung fiel. Ob unter normalen politischen Umständen eine solche Äußerung zustande gekommen wäre, sei dahingestellt und kann durchaus bezweifelt werden. In der ganzen, oben dargelegten Judikaturlinie gibt es nur ein einziges Prüfungsverfahren, nämlich VfSlg 17.659/2005, an dem sich die Bundesregierung beteiligt hat. Seither hat sie auf Äußerungen verzichtet. In solchen Fällen müssen schon gewichtige andere Umstände ins Spiel kommen, damit der VfGH in seinem Erkenntnis von seinem Prüfungsbeschluss abweicht. Solche Umstände lagen offenbar nicht vor, sodass der VfGH schon am 04.12.2017 entscheiden konnte.

Der VfGH hat mit dieser Entscheidung auch international Neuland betreten, weil – soweit zu sehen – bisher im Geltungsbereich der EMRK kein Verfassungsgericht die Auffassung vertreten hat, die Ehe müsse gleichgeschlechtlichen Paaren aus verfassungsrechtlichen Gründen zugänglich gemacht werden. Ein solcher Schritt wurde, wie schon einleitend erwähnt, bisher – und zwar auch vom EGMR – als rechtspolitische Option betrachtet, die zur Disposition des Gesetzgebers steht, ihm aber nicht durch die Verfassung vorgegeben ist. Auch der VfGH hat dies in stRsp so gesehen. Wenn er das nunmehr anders beurteilt, dann entfernt er sich deutlich von seiner legitimen verfassungsrechtlichen Funktion als negativer Gesetzgeber und begibt sich in die Rolle des positiven Gesetzgebers, der einerseits – einfachgesetzlich irreversibel – die Ehe gleichgeschlechtlichen Paaren öffnet und andererseits die EP verschiedengeschlechtlichen Paaren zugänglich macht.¹³⁾ Dass die Politik dieses Ergebnis möglicherweise mit Erleichterung zur Kenntnis nimmt, ändert nichts an der Problematik der Entscheidung.

Um abschließend zum Fragezeichen zu kommen. Liegt eine Wende in der Grundrechtejudikatur vor? Sicherlich „ja“ in einem engeren Sinn, weil die besprochene Entscheidung mit einer wenig überzeugenden Begründung mit der

¹³⁾ *Schoditsch* (ÖJZ 2018, 381) konstatiert für die jüngere Vergangenheit in Österreich allgemein die Tendenz, dass die Impulse zur Veränderung des Familienrechts zunehmend von den Gerichten und nicht von der Gesetzgebung ausgehen.

ständigen Vorjudikatur bricht. Ob der hier angewendete Prüfungsmaßstab eine allgemeine Verschärfung und Verfeinerung der Judikatur zum Gleichheitssatz signalisiert, lässt sich nicht eindeutig beantworten und muss abgewartet werden. *Wenn* die Entscheidung eine neue Linie einleitet, dann ist es jedenfalls eine solche, bei der Konflikte mit der Politik bzw dem Gesetzgeber vorprogrammiert sind. Nicht immer wird es sich um Themen handeln, bei denen die Politik dankbar ist, dass ihr die Entscheidung vom Höchstgericht abgenommen wird.

Ich hätte die hier vorgetragenen Überlegungen gerne noch mit *Karl Korinek* erörtert, um von ihm zu erfahren, ob er meine kritische Beurteilung teilt. Dann habe ich mich jedoch an folgende Begebenheit erinnert: Etwa zwei Jahre nach dem Ausscheiden von *Karl Korinek* aus dem VfGH sind wir einmal beisammengesessen, es war vermutlich bei einem Glas Wein, und ich hätte von ihm gerne seine Meinung zu einer Rechtsfrage gehört, die sich bei einem aktuellen Fall im Gerichtshof gestellt hatte und die mir von grundsätzlicher Bedeutung erschien. *Karl* hat mich relativ bald unterbrochen und mir gesagt (und um Verständnis gebeten), dass sein Interesse an juristischen Fragestellungen inzwischen praktisch erlahmt sei und er sich anderen Bereichen, vor allem der Musik bzw allgemein Kulturfragen, zugewendet habe.

Das bedeutet einerseits, dass ich, selbst wenn es mir noch vergönnt gewesen wäre, ihn zu kontaktieren, vermutlich von ihm keine Stellungnahme bekommen hätte. Andererseits muss ich mich fragen, ob es nicht auch mir gut anstünde, mich mit anderen Dingen zu beschäftigen, statt mich in kritischer Weise mit der Judikatur des VfGH auseinanderzusetzen. Da ist mir, wohl deswegen, weil es sich um ein Gedenksymposium für *Karl Korinek* handelt, als Erklärung und Entschuldigung ein Opernzitat eingefallen. Ausnahmsweise einmal nicht aus dem „Rosenkavalier“, sondern die Worte des Eisenstein im 3. Akt der „Fledermaus“:

„Verzeihn Sie, wenn ich heftig bin. Der Gegenstand reißt so mich hin.“



Rudolf Müller

Diesen Vortrag von *Hans Georg Ruppe* würde ich als eine fulminante „dissenting opinion“ zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes bezeichnen. Es steht damit aber ganz in der Tradition des von *Karl Korinek* selbst gemeinsam mit *Hans Peter Rill* begründeten, mittlerweile legendären Judikaturseminars an der WU, in dem man sich mit Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes kritisch auseinanderzusetzen pflegte. Ungeachtet seiner Meinung zum Ergebnis des Erkenntnisses hätte *Karl Korinek* zur Beurteilung dieses Vortrages vielleicht zwei Zeilen aus dem Fliedermonolog des Hans Sachs aus den „Meistersingern“ zitiert: „Dem Vogel der heut sang, dem war der Schnabel hold gewachsen“.

Was das Thema der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtlich Liebende betrifft, so wird es die Politik und die interessierte Öffentlichkeit sicher noch längere Zeit beschäftigen – man sollte aber angesichts eines weiten gesellschaftlichen Grundkonsenses, der sich auch in den christlich geprägten westeuropäischen Staaten ebenso wie auch in unserer Bevölkerung gebildet hat, bei dieser Diskussion die Kirche ruhig im Dorf lassen.

Wir kommen nun zum Kern des wissenschaftlichen Interesses *Karl Korineks*, den Grundrechten, im Besonderen der Fortentwicklung des mit den Staatsgrundgesetzen 1867 eingeführten und dementsprechend antiquierten Grundrechtskataloges im Lichte der europäischen Dogmatik, maßgebend entwickelt vom deutschen Bundesverfassungsgericht und der Rechtsprechung der Straßburger Organe zur Europäischen Menschenrechtskonvention. In diesem Zusammenhang eine kleine, aber bezeichnende Anekdote: *Karl Korinek* leistete einen engagierten, etwas längeren Diskussionsbeitrag zu einer Grundrechtsfrage. In eine Redepause hinein fragt der *Präsident Adamovich*: „Warst du schon zu Ende?“ Darauf *Korinek*: „Mit dem Reden schon, mit dem Denken noch nicht“. *Korinek* war nie mit dem Denken fertig – er hat damit nie aufgehört – das kritische Denken war Teil seiner Qualitätssicherung.

Univ. Prof. DDr Christoph Grabenwarter „reifte“ während seiner Zeit als Koordinator und Organisator dieser Veranstaltung vom Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, das er seit 2005 ist, zu dessen Vizepräsidenten – dazu unseren herzlichen Glückwunsch.

Auch zu ihm nur die gebotenen Stichworte: Studium und Assistentenjahre, sowie Habilitation in Wien. Professuren in Linz, Bonn und Graz. Seit 2008 Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Völkerrecht an der WU. Seit 2005 Mitglied und ständiger Referent des VfGH, seit kurzem dessen Vizepräsident. Er ist Mitglied der Venice Kommission, publizistisch als Kommentator der EMRK und Verfasser des umfangreichen, sog. Kurzlehrbuches der EMRK (seit der 5. Auflage gemeinsam mit Frau *Univ. Prof. Dr. Katharina Pabel*) bei Beck/Manz hervorgetreten.

Es geht in diesem letzten Vortrag des heutigen Nachmittags, am Beispiel einiger Grundrechte, um die Gesetzesvorbehalte des Staatsgrundgesetzes 1867, was sie gewesen, wie sie der Verfassungsgerichtshof entfaltet und wie er sie unter maßgeblicher Mitwirkung von *Karl Korinek* ab der Mitte der Achtzigerjahre weiterentwickelt hat. Als ein Startschuss von mehreren, dazu muss wohl der Beitrag *Karl Korineks* in der Festschrift für Karl Wenger 1983 („Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung“) angesehen werden, der wieder zum Teil argumentativ an eine Arbeit *Peter Oberndorfers* und *Bruno Binders* in der FS Klecatsky drei Jahre davor anknüpfte.

Christoph Grabenwarter wird uns darüber wohl Näheres berichten.

Verhältnismäßig einheitlich: Die Gesetzesvorbehalte des StGG 1867 im Wandel*)

Christoph Grabenwarter

Übersicht:

- A. Einleitung
- B. Wirtschaftliche Grundrechte
- C. Kommunikationsgrundrechte
- D. Die politischen Grundrechte der Versammlungs- und Vereinsfreiheit
- E. Religionsfreiheit
- F. Entwicklungslinien und zukünftige Tendenzen
- G. Fazit und Ausblick

A. Einleitung

Es ist ein altbekanntes Charakteristikum des österreichischen Verfassungsrechts, dass es auf eine Vielzahl von Verfassungsgesetzen, Verfassungsbestimmungen und Staatsverträgen im Verfassungsrang verteilt ist. Dies gilt auch und vor allem für die Grundrechte.¹⁾ In der Stammurkunde des B-VG bilden sie überhaupt eine Randerscheinung. Vor dem VfGH sind heute drei umfassende Kataloge relevant: das StGG 1867, die EMRK und die Grundrechte-Charta der Europäischen Union.²⁾

In diesem Beitrag soll es primär um den ersten Katalog gehen, das Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder³⁾ – so der Langtitel eines Gesetzes, das vor wenigen Monaten das runde Jubiläum feierte. Zur historischen Verortung: Das StGG galt bereits rund fünfzig Jahre während der

*) Erschienen in JBl, Heft 7, 417–427.

¹⁾ Vgl *Grabenwarter*, Verfassungsrecht, Völkerrecht und Unionsrecht als Grundrechtsquellen, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 2 passim.

²⁾ VfSlg 19.632/2012.

³⁾ RGBl 142/1867 idF BGBl 684/1988.

Monarchie,⁴⁾ bevor es 1920 durch Art 149 B-VG rezipiert wurde. Hier stehen die letzten 100 Jahre im Mittelpunkt.

Im allgemeinen grundrechtlichen Prüfungsschema unterscheidet man zwischen dem Schutzbereich, den Eingriffen und den Schranken, insbesondere den Grenzen, denen der Gesetzgeber unterliegt, wenn er Grundrechte beschränkt.⁵⁾ Das Thema meines Beitrages beschränkt sich auf den dritten Schritt und hier auf die Gesetzesvorbehalte des genannten Staatsgrundgesetzes, wobei ich weiter einschränke auf die in diesem Grundrechtskatalog enthaltenen Freiheitsrechte. Blickt man in die einzelnen Artikel, so findet man in der Stammfassung des StGG aus dem Jahr 1867 nur sogenannte formelle Gesetzesvorbehalte, das heißt Eingriffe sind grundsätzlich zulässig, solange nur die Form des Gesetzes gewahrt ist.⁶⁾ Darüber hinausgehende Schranken, insbesondere jene der Verhältnismäßigkeit, gab es zunächst nicht.

In den nachfolgenden Ausführungen werden vier Grundrechtsbereiche innerhalb der Freiheitsrechte herausgegriffen, nämlich die wirtschaftlichen Grundrechte, die Kommunikationsgrundrechte im engeren Sinn sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit als politische und gemeinschaftsbezogene Grundrechte und schließlich die Religionsfreiheit.

Für alle vier Grundrechtsbereiche soll gezeigt werden, dass sich seit dem Beginn der Geltung der Grundrechte des Staatsgrundgesetzes als Teile des österreichischen Bundesverfassungsrechts im Jahr 1920 drei Phasen der Entwicklung ihrer Gesetzesvorbehalte ausmachen lassen. Ich möchte sie – ein wenig angelehnt an die Struktur der Sonatenhauptsatzform – als Entfaltungsphase, als Durchführungsphase und als Vereinheitlichungsphase bezeichnen.

B. Wirtschaftliche Grundrechte

Die beiden wichtigsten wirtschaftlichen Grundrechte innerstaatlicher Provenienz finden sich in den Art 5 und 6 StGG 1867, nämlich die Eigentumsgarantie und die Freiheit der Erwerbsbetätigung als Teil eines größeren Freizügigkeitsrechts in letztgenannter Bestimmung. Beide Grundrechte haben eine ähnliche Struktur, indem sie nämlich zunächst sehr allgemein im Stil moderner Grundrechte den Schutzbereich beschreiben und dann für einen bestimmten Ein-

⁴⁾ Zur Rsp des Reichsgerichts zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten politischen Rechten zB *Melichar*, Die Freiheitsrechte der Dezember-Verfassung 1867 und ihre Entwicklung in der reichsgerichtlichen Judikatur, ZÖR 16 (1966) 256.

⁵⁾ Statt aller *Berka*, Die Grundrechte (1999) 140 ff.

⁶⁾ Statt aller *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 3 Rz 73 mwN.

griffstyp einen sogenannten formellen Gesetzesvorbehalt normieren, nämlich in Art 5 StGG für die Enteignung und in Art 6 Abs 1 dritter Tatbestand StGG für Beschränkungen der Erwerbsausübungsfreiheit.

Die Entfaltungsphase für die Gesetzesvorbehalte dieser Grundrechte dauerte bis in die 1970er Jahre, wobei die Eigentumsgarantie die Vorreiterin ist. Während der VfGH noch im Jahr 1928 eine Prüfung, ob die Enteignung im öffentlichen Interesse liege, als nicht in seine Kompetenz fallend ablehnte,⁷⁾ nahm er genau diese Kompetenz im Jahr 1949 erstmals in Anspruch.⁸⁾ Man muss sich im Rückblick die Formulierungen des VfGH vor Augen halten: So führte der Gerichtshof im vorgenannten Erkenntnis des Jahres 1928 dezidiert aus, dass er es „entschieden ablehnen [müsse], in einer solchen Frage [also der Frage, ob eine Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liege] eine Meinung zu äußern“. Die Beantwortung genau dieser Frage durch den Gesetzgeber erachtete der Gerichtshof bereits zwanzig Jahre später knapp als „unter der nachprüfenden Kontrolle des VfGH“ liegend. In einem Erkenntnis aus dem Jahr 1959 hat der VfGH sodann ausdrücklich festgestellt, welche Voraussetzungen für die Enteignung eines Grundstückes gegeben sein müssen;⁹⁾ eine Rsp, die über Jahrzehnte bis heute beachtlich bleiben sollte.¹⁰⁾

Im Jahr 1963 trat der Wesensgehalt des Grundrechtes als Schranke für den eingreifenden Gesetzgeber hinzu.¹¹⁾ Genau 20 Jahre und eine Volksabstimmung später – im Jahr 1983 – wird im „Zwentendorf-Erkenntnis“¹²⁾ im Anschluss an eine Entscheidung zum „Bonus-Malus“-System in der Kfz-Haftpflichtversicherung¹³⁾ Art 1 Abs 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK (ZPEMRK) explizit als weitere Schrankenschranke für den Gesetzgeber herangezogen.¹⁴⁾

Das Erkenntnis VfSlg 13.587/1993 – es ging um wasserpolizeiliche Aufträge für eine zu tief ins Grundwasser gegrabene Schottergrube – kann gemeinsam mit dem vorgenannten „Zwentendorf-Erkenntnis“ als Wegmarke in der zweiten Phase, der Durchführungsphase, bezeichnet werden. Im erstgenannten Erkenntnis wird die wirtschaftliche Zumutbarkeit von gesetzlichen Erhaltungspflichten im Baurecht geprüft und nunmehr eine Verhältnismäßigkeitsprüfung

⁷⁾ VfSlg 1123/1928.

⁸⁾ VfSlg 1853/1949.

⁹⁾ VfSlg 3666/1959.

¹⁰⁾ Vgl nur *Korinek*, Wirtschaftliche Freiheiten, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 16 Rz 30, der dieses Erkenntnis als „wegweisende [...] Entscheidung“ charakterisiert.

¹¹⁾ VfSlg 4486/1963.

¹²⁾ VfSlg 9911/1983.

¹³⁾ VfSlg 8212/1977.

¹⁴⁾ Früher Hinweis aus der Literatur auf die Eigentumsgarantie der EMRK zB bei *Korinek*, Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz und Raumplanung (1977) 30 f.

in Anlehnung an Art 1 des 1. ZPEMRK explizit auch bei Eigentumsbeschränkungen vorgenommen. Der VfGH beruft sich auf das Gutachten von *Aicher* für die Abteilung Öffentliches Recht des neunten Österreichischen Juristentages,¹⁵⁾ auf die planungsrechtlichen Arbeiten von *Fröhler/Oberndorfer*¹⁶⁾ und *Pernthaler*¹⁷⁾ sowie auf eine Glosse von *Korinek*¹⁸⁾ zu den in der Wiener Bauordnung zum damaligen Zeitpunkt vorgesehenen Schutzzonen. *Aicher* insistiert in seinem Gutachten gegen *Öblinger*¹⁹⁾ darauf, dass ein „Abwägungs- und Ausgleichsprozess“ bei „jeder Art von Eigentumsbeschränkung und unabhängig von ihrer Schwere“ durchzuführen sei.²⁰⁾ Der VfGH ist dem gefolgt.

Will man nun diese Durchführungsphase angemessen und umfassend beleuchten, so kommt man nicht umhin, neben den eben genannten Arbeiten einschlägige Aufsätze von *Karl Korinek* in den Blick zu nehmen. Ein frühes, wichtiges Beispiel ist der Beitrag des noch nicht einmal 30-jährigen Dozenten zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten in der Festschrift Merkl aus dem Jahr 1970.²¹⁾ Anhand der Eigentumsgarantie entfaltet er denkbare Wege für die Gestaltung eines materiellen Gesetzesvorbehalts, konkret in Bezug auf die Wesensgehaltstheorie und die Bezugnahme auf den im öffentlichen Interesse gelegenen konkreten Bedarf für Enteignungen als „Ansatzpunkt für eine Revision der Judikatur zum Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten“.²²⁾

Auch das zweite wirtschaftliche Grundrecht, die Erwerbsfreiheit, war ein Motor für die Entwicklung der materiellen Gesetzesvorbehalte.²³⁾ Und auch hier zeigt sich in den Ansätzen des Beitrages von *Korinek* in der Festschrift Merkl das größere Ganze, der Blick in die Zukunft. Ausgehend vom vorgenannten „Verstaatlichungserkenntnis“ VfSlg 3118/1956 wird auch hier der Wesensgehalt als Ansatzpunkt gewählt, um weiterdenkend eine Interessenabwägung von grundrechtlich

¹⁵⁾ *Aicher*, Entsprechen die Bestimmungen über die Enteignung, insbesondere nach dem Bundesstraßengesetz, und ihre Praxis dem Grundrechtsschutz?, GA zum 9. ÖJT I/1 (1985) 63 f.

¹⁶⁾ *Fröhler/Oberndorfer*, Positivplanung und Eigentumsrecht (1979) 60 ff.

¹⁷⁾ *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung II (1978) 320 ff.

¹⁸⁾ *Korinek*, Anmerkung zu VfGH G 30/74, 46/75, ÖZW 1977, 29.

¹⁹⁾ *Öblinger*, Anmerkungen zur verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, in FS Klecatsky II (1980) 699 (709); *derselbe*, Verfassungsrechtliche Probleme der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen (1982) 89.

²⁰⁾ *Aicher* in 9. ÖJT I/1, 59.

²¹⁾ *Korinek*, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, in FS Merkl (1970) 171.

²²⁾ *Korinek* in FS Merkl 183.

²³⁾ Vgl zB *Grabenwarter*, Die Freiheit der Erwerbsbetätigung – Art 6 StGG, in Machacek/Pahr/Stadler, Grund- und Menschenrechte in Österreich II (1992) 553 (556 ff).

geschütztem Einzelinteresse und Gemeinschaftsinteressen zu fordern.²⁴⁾ Wenn man das „Verstaatlichungserkenntnis“ liest, dann merkt man deutlich, warum die Wesensgehaltsgarantie nur ein Zwischenschritt sein konnte: Das vom VfGH herangezogene Beispiel einer „Verstaatlichung der gesamten Unternehmungen mit großem Kapitalbedarf und der gesamten Grundstoffindustrie“ war schon in der Nachkriegszeit ein denkbar unrealistisches Szenario. Die Rsp der 1980er und 1990er Jahre erbringt sohin für die Eigentumsgarantie wie für die Erwerbsfreiheit deutliche Beschränkungen des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums für den Gesetzgeber.

Ein Charakteristikum in dieser Durchführungsphase ist es, dass die Beschränkungen bereichsspezifisch und angelehnt an Eingriffstypen entwickelt wurden. Für die Eigentumsgarantie steht paradigmatisch die Unterscheidung zwischen Enteignung und Eigentumsbeschränkung,²⁵⁾ für die Erwerbsfreiheit jene in Erwerbsantrittsschranken und Erwerbsausübungsbeschränkungen.²⁶⁾ In einer groben Charakteristik (die freilich von Ausnahmen durchsetzt ist) kann man festhalten, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte bei Enteignungen und bei Erwerbsantrittsschranken zunächst deutlich strenger ist, als sie es bei bloßen Eigentumsbeschränkungen oder Erwerbsausübungsbeschränkungen ist.²⁷⁾

Diese Differenzierung macht der VfGH bei der Eigentumsgarantie durch unterschiedliche Grundrechtsformeln deutlich, bei der Erwerbsfreiheit durch einen explizit auf die Kontrolldichte bezogenen Satz, dem zufolge dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein größerer rechtspolitischer Spielraum offen stehe als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, „weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbsbetätigung regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern.“²⁸⁾ Auf das „insoweit“ hat *Karl Korinek* immer besonderen Wert gelegt.²⁹⁾ Den Nuancen dieser Art von Verhältnismäßigkeitsprü-

²⁴⁾ *Korinek* in FS Merkl 178 ff.

²⁵⁾ Statt aller *Korinek* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte VII/1² § 16 Rz 30 ff (Enteignungen), 32 f (Eigentumsbeschränkungen).

²⁶⁾ Vgl zB *Grabenwarter* in Machacek/Pahr/Stadler, Grund- und Menschenrechte II 563 ff (Antrittsbeschränkungen), 586 ff (Ausübungsbeschränkungen).

²⁷⁾ Im Hinblick auf die Erwerbsausübungsfreiheit hebt der VfGH die unterschiedliche Kontrolldichte auch in seiner jüngsten Rsp hervor: VfGH 14.3.2017, G 164/2016 Rz 108.

²⁸⁾ ZB VfSlg 11.558/1987; 11.853/1988; zuletzt VfGH 14.3.2017, G 164/2016 Rz 108.

²⁹⁾ In seine Zeit als Verfassungsrichter und ständiger Referent fallen maßgebliche Erkenntnisse zu den Taxi- und Bankkonzessionen (VfSlg 10.932/1986), zur Schrottlenkung (VfSlg 10.179/1984) oder zu den Ladenschlussregelungen (VfSlg 11.558/1987

fung verdanken wir die Liberalisierung der Öffnungszeiten, noch im Jahr 1984 musste sich bekanntlich der Salzburger Landeshauptmann für die Ladenöffnung am 8. Dezember verantworten,³⁰⁾ während die grundsätzliche Arbeitsruhe am Sonntag³¹⁾ bis heute als Rechtfertigung für den Ladenschluss dient.

Die Entwicklung blieb aber nicht in der Durchführungsphase stecken, sondern sie setzte sich in den letzten Jahren fort in einer dritten Phase, die man als Konsolidierungs- und Vereinheitlichungsphase bezeichnen kann. In ihr werden die Differenzierungen der Eingriffsschranken nach Eingriffstypen tendenziell abgebaut, bis hin zu einem Verschleifen der unterschiedlichen Anforderungen. Während in der Durchführungsphase die Eigentumsgarantie die Vorreiterin war, ist es nun in der Konsolidierungsphase die Erwerbsfreiheit. Hinweise in den Formeln auf die Wesensgehaltsgarantie³²⁾ und die sonstige sachliche Rechtfertigung entfallen sukzessive ebenso wie der Hinweis auf den Grundsatz der Erforderlichkeit,³³⁾ den man zuvor in der Judikatur ohnehin nur vereinzelt bei Erwerbsantrittsbeschränkungen finden konnte.³⁴⁾

Diese Entwicklung fand in den letzten Jahren ihre Fortsetzung. In vielen Fällen der Erwerbsfreiheit findet keine Zuordnung zu einem bestimmten Eingriffstypus mehr statt, auch die Eignungsprüfung fehlt häufig und die Prüfung reduziert sich meist auf die Prüfung eines im öffentlichen Interesse gelegenen Ziels und eine eher unspezifische Verhältnismäßigkeitsprüfung.³⁵⁾

Ganz ähnliche Entwicklungen beobachten wir bei der Eigentumsgarantie. Bereits in einem Erkenntnis des Jahres 1989 hatte der VfGH auch der Formel nach die Erforderlichkeit im Allgemeininteresse verneint, der Sache nach aber eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Zusammenhang mit dem Erd-

uva), die bis heute in der Literatur als ein wichtiges Beispiel für Erwerbsausübungsschranken genannt werden (vgl aus der jüngeren Lehrbuchliteratur zB statt aller *Berka*, Verfassungsrecht⁶ [2016] Rz 1565).

³⁰⁾ Zum Ladenschluss insbesondere am 8. Dezember vor allem *Grabenwarter*, Ladenschlußrecht (1992) 145 ff; zum staatsgerichtlichen Verfahren gegen den Landeshauptmann von Salzburg zB *Vášek*, Der österreichische VfGH als Staatsgerichtshof, in Kohl/Szabó, Staatsgerichtsbarkeit in Mitteleuropa (2017) 163 (172 ff).

³¹⁾ Näher § 3 Arbeitsruhegesetz – ARG.

³²⁾ VfSlg 12.094/1989.

³³⁾ Vgl nur VfGH 29.9.2017, G 243/2016 ua, wo auf eine Prüfformel vollständig verzichtet wird.

³⁴⁾ Nachgewiesen bei *Grabenwarter* in Machacek/Pahr/Stadler, Grund- und Menschenrechte II 602 f; gegen einen eigenen Prüfungsschritt der Erforderlichkeit auch *Korinek* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte VII/1² § 16 Rz 69.

³⁵⁾ ZB VfGH 29.9.2017, G 243/2016 ua: Die Erhaltung eines möglichst gut funktionierenden Systems des linienmäßigen Personenverkehrs im Autobussektor liege im (erheblichen) öffentlichen Interesse. Dies könne auch eine Regelung rechtfertigen, die im Ergebnis einen Konkurrenzschutz bewirke.

ölbevorratungs- und Meldegesetz vorgenommen, wo er den Kontrahierungszwang als Eigentumsbeschränkung und als Eingriff in die Vertragsfreiheit, diese wiederum als Schutzgut der Eigentumsgarantie anerkannte.³⁶⁾ Den jüngsten Vereinheitlichungsschritt in der Konsolidierungsphase der Eigentumsgarantie bildet der Wegfall des Hinweises auf den Wesensgehalt des Grundrechts in der Eingriffsformel für die Eigentumsgarantie im Vorjahr.³⁷⁾ *Karl Korinek* selbst konstatiert diese Annäherung in seinem letzten wissenschaftlichen Beitrag aus dem Jahr 2014. Dort betont er, dass der VfGH in den letzten Jahren auch bei den Eigentumsbeschränkungen „bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung einen strengeren Maßstab [anlegt]“.³⁸⁾

C. Kommunikationsgrundrechte

Nirgendwo ist die Vielfalt der Eingriffsschranken größer als bei den Kommunikationsgrundrechten. Bereits Art 13 StGG gewährleistet die Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur „innerhalb der gesetzlichen Schranken“, sondern enthält für die Presse ein Verbot der Zensur und eines Konzessionssystems, für inländische Druckschriften werden administrative Postverbote ausgeschlossen. Noch vor Inkrafttreten des B-VG tritt ein allgemeines Zensurverbot in Z 1 des Beschlusses der provisorischen Nationalversammlung³⁹⁾ hinzu. Vor der Ratifikation der EMRK kommen mit dem Verbotsgesetz 1947⁴⁰⁾ verfassungsrangige Schranken für die Meinungsäußerungsfreiheit in Antwort auf die Zeit des Nationalsozialismus hinzu.⁴¹⁾ Schließlich enthält das BVG Rundfunk 1974⁴²⁾ Vorgaben für das Handeln des Gesetzgebers im Bereich der Rundfunkfreiheit.

Wie bei den wirtschaftlichen Grundrechten der Art 5 und 6 StGG währt auch hier die Entfaltungphase recht lange. In der Ersten Republik und in der unmittelbaren Nachkriegszeit gab es noch keine Ansätze für ein materielles Grundrechtsverständnis.⁴³⁾ Die gesamte Last des grundrechtlichen Schutzes der Meinungsfreiheit trug zunächst das Zensurverbot,⁴⁴⁾ das aber in seinem Anwendungsbereich beschränkt ist. Nach ersten materiellen Ansätzen im Er-

³⁶⁾ VfSlg 12.227/1989.

³⁷⁾ VfGH 6.12.2017, G 202/2017 Rz 148.

³⁸⁾ *Korinek* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte VII/1² § 16 Rz 33.

³⁹⁾ StGBI 3/1918.

⁴⁰⁾ StGBI 13/1945 idF BGBl 148/1992.

⁴¹⁾ Die Art 6 und 9 des Staatsvertrages von Wien 1955, BGBl 152/1955, weisen ebenfalls Bezüge zur Meinungsäußerungsfreiheit auf.

⁴²⁾ BGBl 396/1974.

⁴³⁾ Repräsentativ VfSlg 1332/1930; 2060/1950.

⁴⁴⁾ *Berka*, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1982, 413 (424).

kenntnis VfSlg 2283/1952 sollte es bis zu einem Erkenntnis im Jahr 1959 dauern, bis die Wesensgehaltsgarantie wenigstens verbaliter auch bei der Meinungsfreiheit Einzug hielt.⁴⁵⁾ In vorgenannter Entscheidung ging es übrigens um ein Eingriffsproblem, das uns bis heute noch beschäftigt, nämlich um den Bewilligungsvorbehalt für die Nutzung von Verkehrsflächen zB für Meinungsäußerungen im Rahmen von Versammlungen.⁴⁶⁾

Nach ersten Materialisierungsansätzen in den 1960er Jahren bricht sich Art 10 EMRK mit dem materiellen Gesetzesvorbehalt in den 1970er und 1980er Jahren endlich seine Bahn, zunächst bemerkenswerter Weise im Disziplinarrecht der freien Berufe.⁴⁷⁾

Die Entwicklung materieller Schranken bei der Rundfunkfreiheit ist deutlich komplexer und setzt auch später ein. *Karl Korinek* war ein Vorreiter in der Kritik am österreichischen Rundfunkmonopol, als er im Jahr 1977 in einem Beitrag im „Staatsbürger“ der Salzburger Nachrichten ohne große Umschweife das Monopol des ORF im Hinblick auf Art 10 EMRK als verfassungswidrig bezeichnete.⁴⁸⁾ Es ist im Übrigen bemerkenswert, wie *Korinek* in diesem Beitrag die hergebrachte Wesensgehaltsjudikatur des VfGH mit der damals neuen Verhältnismäßigkeitskontrolle kombiniert. Im Zusammenhang mit der Medienfreiheit forderte er später eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art 10 Abs 2 EMRK als nach den Art 5 und 6 StGG, wenngleich er einräumte, dass die Unterschiede in der Praxis nur in Nuancen sichtbar würden.⁴⁹⁾

In der Durchführungsphase der Verfestigung materieller Gesetzesvorbehalte rückt Art 10 EMRK immer mehr in den Vordergrund, Art 13 StGG wird dagegen marginalisiert. In einer Fußnote eines Beitrages von *Michael Holoubek* findet sich der Hinweis, dass der VfGH Art 13 StGG nach wie vor neben Art 10 EMRK erwähne, aber die Grundrechtsprüfung ausschließlich auf Basis letztgenannter Bestimmung durchgeführt werde.⁵⁰⁾

⁴⁵⁾ VfSlg 3505/1959.

⁴⁶⁾ §§ 82, 86 StVO. Aus der jüngeren Rsp zB VfSlg 19.962/2015.

⁴⁷⁾ VfSlg 7494/1975. Dass sich der VfGH in seiner Judikatur nur langsam von seiner Judikatur zu Art 13 StGG löst, zeigt sich darin, dass der Gerichtshof zunächst noch die Eingriffsgrundlage in der Rechtsanwaltsordnung, die im Wesentlichen auf die Wahrung der Ehre und Würde des Standes abstellt, ohne weiteres im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung heranzieht.

⁴⁸⁾ *Korinek*, Die rechtliche Problematik des Rundfunkmonopols, *Der Staatsbürger* 1977, Folge 11, 1 (1 f).

⁴⁹⁾ *Korinek*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen staatlicher Regulierung der Medien vor dem Hintergrund der Konvergenz, JRP 2000, 129 (132).

⁵⁰⁾ *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte VII/1² § 15 Rz 25 Fn 76.

Blickt man für ein weiteres kurzes Zwischenfazit auf die letzte Phase der Konsolidierung und Vereinheitlichung sieht man auch hier, dass ein allgemeiner materieller Gesetzesvorbehalt zum Standard geworden ist. Im Unterschied zu den wirtschaftlichen Freiheiten wird freilich die Normstruktur des Art 10 Abs 2 EMRK mit einem Katalog von legitimen Zielen und dem Kriterium der Erforderlichkeit in einer demokratischen Gesellschaft häufiger sichtbar. Der Sache nach aber findet eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in ähnlicher Weise statt, wie sie *Korinek* im vorgenannten Beitrag aus dem Jahr 2000 beschrieben hat.

D. Die politischen Grundrechte der Versammlungs- und Vereinsfreiheit

Mit den Kommunikationsfreiheiten verwandt sind die Grundrechte der Versammlungs- und Vereinsfreiheit, sie sind denn auch sowohl im StGG (Art 12) als auch in der EMRK (Art 11) Nachbarn der Kommunikationsgrundrechte. Der Gesetzesvorbehalt ist aber deutlich anders formuliert: „Die Ausübung dieser Rechte wird durch besondere Gesetze geregelt“, heißt es im zweiten Satz des Art 12 StGG. Aus dieser abweichenden Formulierung wurde bekanntlich die Figur des Ausgestaltungsvorbehaltes und eine Judikatur, die aus der Versammlungs- und der Vereinsfreiheit sogenannte „Feinprüfungsgrundrechte“ machte, das heißt, dass der VfGH nicht nur im Hinblick auf eine „denk unmögliche“ Gesetzesanwendung prüft, sondern auch Verletzungen des einfachen Vereins- und des Versammlungsgesetzes.⁵¹⁾ Auch hier treten im Lauf der Zeit zusätzliche Grundrechtsquellen mit Modifikationen der Eingriffsschranken hinzu – erwähnt sei Z 3 des Beschlusses der provisorischen Nationalversammlung⁵²⁾ mit der Aufhebung von Ausnahmsverfügungen und der Herstellung der vollen Vereins- und Versammlungsfreiheit ohne Unterschied des Geschlechts.⁵³⁾

⁵¹⁾ Erster Überblick zu dieser Rsp bei *Berka*, Die Grundrechte Rz 638 f; *Kucsko-Stadlmayer* in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Grundrechte VII/1² § 3 Rz 76 ff.

⁵²⁾ StBGl 3/1918.

⁵³⁾ Der Vollständigkeit halber seien auch hier Art 6 und 9 des Staatsvertrages von Wien, BGBl 152/1955, erwähnt. Art 11 EMRK enthält sodann in seinem Abs 2 materielle Eingriffsschranken, mit einer ganz ähnlichen Struktur wie Art 10 Abs 2 EMRK. Die Ausübung der Freiheiten durch Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung darf darüber hinaus besonderen gesetzlichen Einschränkungen unterworfen werden; Art 16 EMRK enthält einen besonderen Vorbehalt für die Beschränkung der politischen Tätigkeit von Ausländern im Schutzbereich der Art 10 und 11 EMRK. Es ist bemerkenswert und spricht auch für unausgesprochene Vereinheitlichungstendenzen, dass diese speziellen Vorbehalte in der Judikatur des VfGH bedeutungslos bleiben.

Wegen der besonderen Konstruktion des Ausgestaltungsvorbehaltes vermochte sich bald eine besonders eigenständige materielle Judikatur zu entwickeln, die zunächst auch von Art 11 EMRK weitgehend unberührt blieb. *Karl Korinek's* vorerwähnter Beitrag in der Festschrift Merkl widmete sich auch dieser Frage. Er schreibt, dass die Bedeutung der rechtstheoretischen Unterscheidung in Ausgestaltungs- und Eingriffsvorbehalt nicht überschätzt werden dürfe, weil mit jeder inhaltlichen Ausgestaltung mittelbar auch eine Einschränkung und in vielen Fällen mit einer Abgrenzung und Beschränkung auch eine inhaltliche Ausgestaltung verbunden sei.⁵⁴⁾ Indessen hatten auch diese Bemerkungen zunächst keine Auswirkung auf die Judikatur.

Zögerlich wurde erst Jahre später, genauer in den 1990er und 2000er Jahren, in der Literatur – im Anschluss an *Korinek* – Kritik am Ausgestaltungsvorbehalt geübt.⁵⁵⁾ Die Judikatur des VfGH blieb in ihrer Durchführungsphase aber vorderhand weitgehend konstant.⁵⁶⁾

Das sollte sich vor fünf Jahren zu ändern beginnen, die Vereinheitlichungstendenz setzt hier deutlich später und verhaltener ein. Im Jahr 2013 unterblieb erstmals die Erwähnung von Art 12 StGG in der „Bescheidprüfungsformel“ des VfGH, zunächst wurden nur die auf die Auflösung folgenden Verpflichtungen und die verwaltungsstrafrechtliche Ahndung der Verletzung dieser Pflichten nur einer Grobprüfung unterworfen.⁵⁷⁾ Entscheidungen über Untersagungen bzw. Auflösungen einer Fahrraddemonstration auf der Westautobahn bei Salzburg und einer Karfreitagsdemonstration in Linz brachten die Wende.⁵⁸⁾ Der VfGH gab die Feinprüfungsformel auf, entwickelte geleitet von Art 11 EMRK eine „Grobprüfungsformel“ und behält sich seither eine Feinprüfung bloß in einem „Kernbereich“ der Versammlungsfreiheit vor, zu welchem die Auflösung von Versammlungen und deren Untersagung ebenso gehört wie die Frage, ob überhaupt eine Versammlung vorliegt. Die praktische Bedeutung des Rückzugs des VfGH wird deutlich, wenn man sich die Konsequenzen vor Augen hält: Bis in die jüngere Vergangenheit war beispielsweise eine Beschwerde gegen den Strafbescheid wegen Nichtverlassens einer aufgelösten Versammlung letztlich vor dem VfGH bekämpfbar, der dann auch tatsächlich die richtige An-

⁵⁴⁾ *Korinek* in FS Merkl 174.

⁵⁵⁾ Statt aller besonders deutlich *Winkler*, Grundfragen und aktuelle Probleme der Versammlungsfreiheit, in *Winkler*, Studien zum Verfassungsrecht (1991) 185 (198 et passim). Vgl aber bereits *Merkel*, Der Entwurf eines Vereinsgesetzes und die verfassungsmäßige Vereinsfreiheit, JBl 1932, 509.

⁵⁶⁾ Erste Bewegungen in der Rsp registrierend *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht III² (2015) Rz 42.155; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1467 Fn 1089.

⁵⁷⁾ VfSlg 19.818/2013.

⁵⁸⁾ VfSlg 19.961/2015; 19.962/2015.

wendung des Versammlungsgesetzes prüfte. Nunmehr wird diese Prüfung weitgehend dem VwGH überlassen.

Die Entwicklung der Rsp zur Vereinsfreiheit verläuft parallel dazu. In einem Fall aus dem Jahr 2016⁵⁹⁾ hatte die Landespolizeidirektion Wien die Gründung eines Vereins wegen Verstoßes gegen eine Bestimmung des StGB versagt und in einem anderen Fall⁶⁰⁾ aus demselben Jahr hatte die Bezirkshauptmannschaft Dornbirn den sogenannten „Vorarlberger Tierschutzverband“ behördlich aufgelöst, weil er nach einer Ungültigerklärung von Neuwahlen über kein vertretungsbefugtes Organ mehr verfügte und aus diesem Grund den Bedingungen seines rechtlichen Bestandes nicht mehr entsprach. In beiden Fällen sah der VfGH den Kernbereich der Vereinsfreiheit als berührt an, mit der Konsequenz, dass er die genaue Überprüfung der Maßnahme am Maßstab des Grundrechts des Art 11 EMRK vornahm, während er bereits ein Jahr zuvor eine Beschwerde betreffend ein Straferkenntnis wegen Unterlassung der fristgerechten Anzeige der personellen Änderung eines Vereinsvorstands mit der bis 2014 so genannten „klassischen Bescheidprüfungsformel“ abgewiesen und sich dabei auf eine Grobprüfung beschränkt hatte.⁶¹⁾ Zum Kernbereich der Vereinsfreiheit, in den Eingriffe nur zulässig sind, wenn sie zur Erreichung der in Art 11 EMRK genannten Ziele zwingend notwendig sind, gehören die behördliche Auflösung eines Vereins selbst, die Überprüfung der Erklärung, dass die Vereinsgründung nicht gestattet ist, sowie die Frage, ob überhaupt ein Verein iS des Art 11 EMRK vorliegt.⁶²⁾ Eine Entscheidung darüber obliegt dem VfGH. Außerhalb dieses Kernbereichs überlässt der VfGH dem VwGH die Überprüfung der Anwendung des Vereinsgesetzes als einfachgesetzliche Vorschrift.⁶³⁾

E. Religionsfreiheit

Auch die Religionsfreiheit ist von Schrankenvielfalt geprägt, wobei die Besonderheit darin liegt, dass Art 14 StGG bereits erste Schranken enthält, die noch vor dem B-VG 1920 durch Art 63 des Staatsvertrags von Saint Germain im Jahr 1919 verdichtet werden. Art 66 Abs 1 Staatsvertrag von St. Germain enthält einen Hinweis auf den Genuss der bürgerlichen und politischen Rechte unabhängig vom Religionsbekenntnis. Art 14 Abs 3 StGG enthält eine erste Ausprägung der negativen Religionsfreiheit („Niemand kann zu einer kirchlichen Handlung oder zur Theilnahme an einer kirchlichen Feierlichkeit gezwungen

⁵⁹⁾ VfSlg 20.057/2016.

⁶⁰⁾ VfSlg 20.117/2016.

⁶¹⁾ VfSlg 19.994/2015.

⁶²⁾ VfSlg 19.994/2015 Rz 12; 20.117/2016 Rz 12; 20.057/2016 Rz 17.

⁶³⁾ Vgl VfSlg 19.994/2015 Rz 14.

werden [...]“.⁶⁴⁾ In Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain tritt das Recht der öffentlichen und privaten Religionsausübung hinzu, dies mit einem ersten materiellen Vorbehalt, nämlich „sofern deren Übung nicht mit der öffentlichen Ordnung oder mit den guten Sitten unvereinbar ist“.⁶⁵⁾

Die besondere Herausforderung für den Grundrechtsinterpreten ist hier weniger die Erinnerung an die Religionsfreiheit im Staatsvertrag von Wien (Art 6 Abs 2), als vielmehr der Umstand, dass auch in Art 9 Abs 2 EMRK die Begriffe der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten wieder auftauchen.

Bei der Religionsfreiheit ist eine eher längere und stillere Phase der Entfaltung zu beobachten. Erst in den 1980er Jahren finden wir erste Entscheidungen, die sich – dann schon als Teil der Durchführungsphase – mit dem Verhältnis von Art 14 StGG und Art 9 EMRK befassen. Ohne dass der VfGH klar Position bezieht, wird im Erkenntnis zum Verbot der Verwendung eines jüdischen Gebetsriemens bzw eines Gebetsschals in der Haft von den Voraussetzungen des „Art. 9 Abs. 2 MRK iVm. Art. 14 StGG“ gesprochen.⁶⁶⁾

Mit dem „Schächt-Erkenntnis“ aus dem Jahr 1998 wird der Klärungsbedarf dann unabweisbar.⁶⁷⁾ Der VfGH referiert alle Grundrechtsschranken, verweist auf das Günstigkeitsprinzip des vormaligen Art 60, heute Art 53 EMRK, und geht davon aus, dass der Schrankenvorbehalt des Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain durch Art 9 EMRK (bloß) näher konkretisiert werde.

Die Vereinheitlichungsphase der letzten Jahre wird dann im „Kindergartenkreuz“-Erkenntnis aus dem Jahr 2011 besonders deutlich. In VfSlg 19.349/2011 heißt es: „Es ist ... in harmonisierender Interpretation von Art. 9 Abs. 2 EMRK und Art. 63 Abs. 2 Staatsvertrag von St. Germain davon auszugehen, dass Art. 9 Abs. 2 EMRK letzteren konkretisiert und dass das Ziel der ‚öffentlichen Ordnung‘ in Art. 63 Abs. 2 Staatsvertrag von St. Germain nicht auf sicherheitspolizeiliche Gefahren beschränkt ist [...]. Demgemäß kann auch die Verfolgung der übrigen Eingriffsziele des Art. 9 Abs. 2 EMRK insbesondere jenes des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer, unter die Eingriffsziele des Art. 63 Abs. 2 Staatsvertrag von St. Germain subsumiert werden und einen Eingriff in das Grundrecht der Religionsfreiheit rechtfertigen [...]“.

Als wissenschaftliche Begleitung für diese Entwicklung sei *Rudolf Müller* zitiert, der seine von der Meinung des VfGH geringfügig abweichende Position in einem Beitrag akzentuiert hat, mit dem zutreffenden und heute der Rsp ent-

⁶⁴⁾ Näher *Grabenwarter* in Korinek/Holoubek ea, Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Art 14 StGG Rz 18 ff.

⁶⁵⁾ Näher *Grabenwarter* in Korinek/Holoubek ea, Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Art 63 Abs 2 StV von St. Germain Rz 9 ff.

⁶⁶⁾ VfSlg 10.547/1985.

⁶⁷⁾ VfSlg 15.394/1998.

sprechenden Ergebnis, dass der Schrankenvorbehalt des Art 63 Abs 2 Staatsvertrag von St. Germain nicht enger ist als jener des Art 9 Abs 2 EMRK.⁶⁸⁾ Eine treffende Bezeichnung für diese Gemengelage an Schranken stammt von *Walter Berka*, der von einer „aggregierten Grundrechtsnorm“ spricht, die ein einheitliches und umfassendes Grundrecht der Religions- und Weltanschauungsfreiheit konstituiert.⁶⁹⁾ *Kalb/Potz/Schinkele* fordern gar, dass eine echte Konkordanz sämtlicher relevanter Grundrechtsbestimmungen hergestellt werden und eine teleologische Gesamtschau sämtlicher relevanter grundrechtlicher Gewährleistungen stattfinden solle.⁷⁰⁾ Diese Position sei deswegen referiert, weil sie für die gleich zu ziehenden allgemeinen Schlussfolgerungen besonders charakteristisch ist.

F. Entwicklungslinien und zukünftige Tendenzen

Wirft man einen vergleichenden Blick auf die Entwicklung der verschiedenen Freiheitsrechte, so kann man im Rückblick auf die letzten 100 Jahre der Interpretation des StGG in den verschiedenen Phasen unterschiedliche Entwicklungen feststellen und für Gegenwart und Zukunft einige Tendenzen ausmachen.

Der Ausgangspunkt der Vielfalt der Schranken zeigt sich für alle erwähnten Beispiele. Diese führt in der judikaturgeprägten Grundrechtsdogmatik in der ersten Entfaltungsphase zu einer Vielfalt an Zugängen, die einander allesamt über Jahrzehnte in der Zurückhaltung gleichen. Diese Zurückhaltung wird zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in verschiedener Geschwindigkeit aufgegeben. Der Wechsel in die Entwicklung materieller Grundrechtsschranken und damit in die Durchführungsphase setzt je nach Grundrecht früher oder später ein, jedenfalls aber nach der Ratifikation der EMRK.

Mit dem Ende der 1960er Jahre verstärken sich Impulse aus der Rechtswissenschaft,⁷¹⁾ die sich in einem zeitlichen Abstand von rund zehn Jahren in der Rsp

⁶⁸⁾ *Müller*, Über Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Schächtens, in FS Adamovich (2002) 503 (518 f). In eine ähnliche Richtung später *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003) 83 f.

⁶⁹⁾ *Berka*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstradition, ÖJZ 1979, 365, 428 (428).

⁷⁰⁾ *Kalb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht 45, 70.

⁷¹⁾ *Winkler*, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969). *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter (1991) 363 (382), nennt diese Arbeit später als Ausgangspunkt für eine methodische Neuausrichtung des VfGH; vgl dazu auch *Somerek*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, in von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum II (2008) § 33 Rz 27 ff, sowie *Grabenwarter*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof, in von Bogdandy/Grabenwarter/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum VI (2016) § 102 Rz 116 ff.

des VfGH niederschlagen. In dieser Zeit wechselt einer der maßgeblichen Impulsgeber in das Richteramt⁷²⁾ und es beginnt eine Zeit des Ausbaus der materiellen Gesetzesvorbehalte, angelehnt an einzelgrundrechtliche Normstrukturen.

Die Wege der Materialisierung der Gesetzesvorbehalte und ihre Geschwindigkeiten sind unterschiedliche, je nachdem, ob es weitergehende Schranken bereits vor der EMRK gab, ob die EMRK der entscheidende Impuls war oder ob es wie im Fall der Erwerbsfreiheit zunächst gar kein Pendant in den europäischen Grund- und Menschenrechten gab. Sonderverfassungsrecht wie das BVG Rundfunk konnte nachhaltig bremsen, den Zug aber nicht aufhalten. Das Hauptaugenmerk der Fragestellung im Titel dieses Beitrags liegt aber ohnehin auf der letzten Phase. Es ist dies eine Phase der Konsolidierung und der Abschwächung der Unterschiede. Jetzt, da die Annahme materieller Gesetzesvorbehalte unbestritten ist, scheint die selbständige Bedeutung spezifischer einzelner Gesetzesvorbehalte abzunehmen. Wir beobachten stattdessen eine Verstärkung anderer Einflüsse, die dazu führen, dass Unterschiede in den Gesetzesvorbehalten tendenziell eingeebnet werden. Wenigstens drei Einflussfaktoren lassen sich nennen.

Erstens: Bei den Gesetzesvorbehalten der EMRK zeigt sich bereits in der Rsp des EGMR, dass sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeleitet von der Annahme eines legitimen oder im öffentlichen Interesse gelegenen Ziels grundsätzlich bei allen Grundrechten weitgehend einheitlich durchsetzt, und zwar auch dort, wo im Wortlaut davon weit und breit nichts zu sehen ist – Beispiele sind das Recht auf Zugang zu Gericht⁷³⁾ oder die Freiheit der Wahl.⁷⁴⁾ Diese Tendenz überträgt sich auf die Auslegung der österreichischen Grundrechte, auch weil die europäischen Einflüsse stärker werden. Waren es zunächst der Wortlaut der Art 8 bis 11 EMRK und jener des Art 1 1. ZPEMRK, welche in die Judikatur einfließen, so trat an die Stelle des Wortlautes dieser Vorbehalte mehr und mehr die europäische Rsp. Sie überlagert sukzessive die Gesetzesvorbehalte des Staatsgrundgesetzes. Auch dort, wo ein EMRK-Pendant nicht zur Verfügung steht, kommt es zur Angleichung.

Ein zweiter Einflussfaktor sind rechtsvergleichende Gesichtspunkte. Die Diskussion in der Durchführungsphase betonte stets diese Einflüsse, insbesondere aus der Grundrechtsdogmatik des Bonner Grundgesetzes. *Karl Korinek* selbst war es, der in mehreren Arbeiten ausdrücklich auf die Wesensgehaltsga-

⁷²⁾ Vgl *Heller*, Der Verfassungsgerichtshof (2010) 437 ff, 638 ff.

⁷³⁾ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 24 Rz 53 mwN.

⁷⁴⁾ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 23 Rz 113 mwN.

rantie des Art 19 Abs 2 Grundgesetz hingewiesen hat.⁷⁵⁾ Heute gesellen sich rechtsvergleichende Momente aus anderen Bereichen dazu, sie alle tragen dazu bei, dass im Grundrechtsprüfungsschema ein allgemeiner Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angenommen wird.

Ein dritter Faktor ist der Einfluss von soft law, der zwar nicht unmittelbar in die Rsp des VfGH hineinwirkt, wohl aber die Rsp des EGMR maßgeblich beeinflusst. Soft law, Dokumente aus dem Europarecht, sei es des Europarats oder der Europäischen Union, bestimmen maßgeblich den Abwägungsvorgang im Rahmen der Verhältnismäßigkeit und die Kontrolldichte des EGMR.⁷⁶⁾ Dies gilt im Übrigen auch für gleichheitsrechtliche Konstellationen.

Die Grundrechte-Charta der EU ist ein weiterer Faktor, der die Entwicklung in die Richtung der Vereinheitlichung der Schranken treibt. Dabei ist das Erkenntnis VfSlg 19.632/2011, mit dem die Charta-Rechte in gewisser Weise Verfassungsgrundrechten gleichgestellt werden, weniger entscheidend, weil die Charta-Grundrechte unabhängig von ihrer verfassungsrechtlichen Relevanz als Maßstab für Sekundärrecht und durchführendes mitgliedstaatliches Recht dienen, und letzteres eben beiden Katalogen von Grundrechten, den verfassungsgesetzlichen und den unionsrechtlichen, entsprechen muss. Entscheidender ist, dass der EGMR die Charta-Rechte zunehmend zur Auslegung der EMRK heranzieht⁷⁷⁾ und dass die Charta-Rechte auch über das erwähnte soft law in die Auslegung der EMRK und damit letztlich von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten einfließen.

Das führt zur letzten Beobachtung, nämlich, dass die Kontrolldichte heute weniger über Formulierungen der Gesetzesvorbehalte als über Strukturierungen des Schutzbereichs und Differenzierungen der Kontrolldichte innerhalb des Schutzbereichs eines Grundrechts je nach Teilgarantie eines Grundrechts differenziert wird. Diese Variationen sind oft von europäischen Parametern bestimmt und verlaufen jedenfalls nicht streng entlang von bestimmten Eingriffstypen, wenn sie es je in dieser Schärfe getan haben.

⁷⁵⁾ ZB *Korinek* in FS Merkl 177. Breiten Raum nimmt die Auseinandersetzung mit Art 19 Abs 2 GG und der deutschen Literatur dazu (vgl vor allem die im Jahr 1962 erstmals publizierte und nunmehr in dritter Auflage erschienene Dissertation von *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz³ [1983]) in der Habilitationsschrift von *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991) 47 ff, ein.

⁷⁶⁾ *Grabenwarter*, Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den EGMR, in Hillgruber, *Gouvernement des juges – Fluch oder Segen* (2014) 45 (59 ff).

⁷⁷⁾ Deutlich zB EGMR (GK) 24.6.2010, 30141/04 (*Schalk und Kopf/Österreich*) Rz 61: „Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex“.

Gibt es für diese Entwicklungen normative Ansatzpunkte in den Grundrechten oder ist das alles nur der Rechtsfortbildung durch die Gerichte geschuldet? Die Antwort bedürfte einer ausführlicheren Untersuchung und wäre wohl eine differenzierte.

Einige Hinweise müssen an dieser Stelle genügen. Wenigstens für Fälle kollidierender Rechte nach der EMRK kann bei „Drittwirkungskonstellationen“ im Günstigkeitsprinzip des Art 53 EMRK eine dogmatische Stütze für die Vereinheitlichung gesehen werden. Weil bei zwei miteinander kollidierenden Grundrechtspositionen nicht gleichzeitig beide innerstaatlich günstiger sein können, findet sich in Art 53 EMRK für diese Fälle der Grundrechtskollision ein Ansatz, der Vereinheitlichungen bei den Schranken, wenn schon nicht gebietet, so doch begünstigt. Die Begünstigung der Tendenz zur Vereinheitlichung der Schranken zeigt sich eben bei mehrpoligen Grundrechtsbeziehungen in besonders deutlicher Weise: Kollidiert die für einen Grundrechtsträger günstigere, durch ein innerstaatliches Grundrecht vermittelte Rechtsposition mit der Rechtsposition eines anderen Grundrechtsträgers, die durch eine Garantie der EMRK vermittelt wird, dann hat letztere im Ergebnis normativ stärkere Bedeutung, weil sie neben der verfassungsrechtlichen Verpflichtung noch die völkerrechtliche Bindung in sich trägt. In diesen Fällen besteht die konventionsrechtliche Pflicht, das innerstaatliche Grundrecht – obgleich es in bestimmter Weise günstiger wirkt (nämlich für einen der beiden Grundrechtsträger) – nicht oder aber anders anzuwenden, weil der EMRK jedenfalls entsprochen werden muss.⁷⁸⁾ Das Günstigkeitsprinzip kommt in derartigen Fällen also gar nicht zur Anwendung, es setzt sich vielmehr die EMRK in ihrer Interpretation durch den EGMR durch, was für einen der beiden Grundrechtsträger eine Absenkung des Schutzniveaus bedeuten kann.⁷⁹⁾ Die Erforderlichkeit der Herstellung „praktischer Konkordanz“⁸⁰⁾ zwischen kollidierenden Grundrechtspositionen bedeutet in diesen Fällen aber nicht nur, dass Grundrechtsschranken bei kumulativer Anwendung zweier oder mehrerer Grundrechte mit gleichem oder ähnlichem Schutzbereich auf das konventionsrechtliche Grundrechtsniveau hinauslaufen, sondern auch, dass sich die Schranke der EMRK in ihrer Handhabung durch den EGMR über jene des StGG oder einer anderen Grundrechtsschranke innerstaatlicher Provenienz legt. Diese Tendenz tritt im Übrigen nicht nur bei Grundrechtskollisionen im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis auf, sondern auch bei zweipoligen Konstellationen, je-

⁷⁸⁾ *Grabenwarter*, Menschenrechtliche Verschlechterungsverbote als Integrationshinder-nisse, in FS Jarass (2015) 43 (45).

⁷⁹⁾ Vgl *Grabenwarter*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, 487 (489).

⁸⁰⁾ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (Neu-druck 1999) Rz 317 ff.

denfalls dann, wenn die EMRK-Ebene nicht prima facie ein geringeres Schutzniveau aufweist als die Ebene des StGG.

Eine größere Schrankenvielfalt wird auch durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) nicht bewirkt. Auch hier ist in mehrpoligen Rechtsverhältnissen unter Berücksichtigung der Günstigkeitsklausel des Art 53 GRC, der auf die EMRK gesondert hinweist, ein Vorrang der EMRK anzunehmen, soweit das Bemühen um praktische Konkordanz den Konfliktfall nicht ohnehin vermeidet.⁸¹⁾ Überdies ordnet Art 52 Abs 4 GRC eine Konkordanz in der Auslegung der Charta-Grundrechte mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen an, zu denen zwar nicht nur, aber auch die nationalen Grundrechte gehören.⁸²⁾

Im Gegenteil: In der Grundrechte-Charta wurde in Art 52 vielmehr eine Entscheidung zugunsten einheitlicher Schranken getroffen, die nur punktuell bei einzelnen Rechten durch zusätzliche Schranken⁸³⁾ oder durch die vorbehaltlose Garantie des Rechts,⁸⁴⁾ nicht aber bei den Verfahrensgrundrechten⁸⁵⁾ durchbrochen werden. Es wurde – außerhalb der österreichischen Grundrechtsdiskussion – zutreffend betont, dass die Entscheidung für einen derartigen Allgemeinvorbehalt im Trend einheitlicher Schrankenregelungen im internationalen Vergleich liegt.⁸⁶⁾

⁸¹⁾ *Grabenwarter* in FS Jarass 46 f; *derselbe*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001) 290 (341 f). Zustimmend zB *Borowsky* in Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 53 GRC Rz 20.

⁸²⁾ Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten werden auch in Art 6 Abs 3 EUV erwähnt und umfassen dort auch allgemeine rechtsstaatliche Garantien (zB das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung; vgl näher *Pache* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV – GRC – AEUV I [2017] Art 6 EUV Rz 58 mwN).

⁸³⁾ ZB Art 17 Abs 1 GRC (Eigentumsrecht).

⁸⁴⁾ ZB Art 2 Abs 2 GRC (Verbot der Todesstrafe).

⁸⁵⁾ Siehe sogleich G.

⁸⁶⁾ *Borowsky* in Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ Art 52 GRC Rz 18 mwN. Im Österreich-Konvent der Jahre 2004/05 gab es ebenfalls Entwürfe mit dem Vorschlag einheitlicher Schranken wenigstens für die Freiheitsrechte (vgl zB Art 31 des Textvorschlages der SPÖ vom 3.5.2004: „Einschränkungen der in diesem [die Freiheitsrechte regelnden] Abschnitt gewährleisteten Rechte 1. bedürfen einer gesetzlichen Grundlage; 2. müssen im öffentlichen Interesse oder zum Schutz von Rechten und Freiheiten anderer erforderlich sein; 3. müssen verhältnismäßig sein; 4. müssen die in dieser Bundesverfassung sowie in der Europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehenen weiteren Bedingungen und Grenzen wahren“ [Anlage A zum Bericht des Ausschusses 4 vom 3.6.2004, 10/AUB-K]).

G. Fazit und Ausblick

Versucht man, vor diesem Hintergrund ein allgemeines Fazit zu ziehen, so zeigt sich eine Dreiteilung der Entwicklung der Gesetzesvorbehalte des Staatsgrundgesetzes seit 1920 in der beschriebenen Form. Die Entfaltungsphase begann sehr statisch in der Ersten Republik und setzte sich noch einige Jahrzehnte nach 1945 fort. *Karl Korinek* und andere der Kollegen seiner Zeit standen am Beginn der zweiten Phase (die wissenschaftlich vorbereitet in den 1970er und 1980er Jahren begann), in der die entfalteten Gesetzesvorbehalte auf einzelne Grundrechtskonstellationen anwendbar gemacht wurden.

In den 1990er Jahren und zu Beginn unseres Jahrhunderts setzte dann eine Vereinheitlichungs- und Weiterentwicklungsphase ein, die bis heute nicht abgeschlossen ist und in einzelnen Grundrechten nach wie vor zusätzliche Akzente erfährt. *Karl Korinek* hat die Durchführungsphase eingeleitet, bis zu ihrem Ende wissenschaftlich begleitet und die anschließenden Vereinheitlichungstendenzen wissenschaftlich und in der Judikatur vorbereitet.

Dass sich heute quer durch die Grundrechtslandschaft Vereinheitlichungstendenzen zeigen, lässt sich angesichts der gezeigten Judikaturlinien kaum in Abrede stellen. Viel schwieriger aber ist die Bewertung dieser Tendenzen. Ist es – so kann man fragen – ein Vorteil oder ein Nachteil, wenn die Schranken für den Gesetzgeber bei der Grundrechtsbeschränkung auf dem Niveau eines allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vereinheitlicht werden?

Die vorläufige Antwort am Ende eines Streifzuges durch die Grundrechtsjudikatur vor allem nach den Entwicklungen rund um das Jahr 1980 ist eine differenzierte, die Ent-Differenzierung der Schranken hat Vorteile und Nachteile. Eine einheitliche Verhältnismäßigkeitssschranke mag zunächst einerseits den Vorteil haben, dass Abwägungsvorgänge angepasst an die Eingriffsschwere erfolgen können und Wertungswidersprüche durch das jedenfalls im Gesetzesprüfungsverfahren letztentscheidende Verfassungsgericht vermieden werden können. Verbunden damit ist aber andererseits der größere Einfluss des VfGH auf den Abwägungsvorgang und die gehandhabte Kontrolldichte.

Die Nachteile sind demgegenüber aber nicht zu verkennen und auf keinen Fall zu vernachlässigen. Der Bonner Staatsrechtslehrer *Fritz Ossenbühl* hat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in einer Diskussionsbemerkung bereits vor längerer Zeit als den „großen Gleich- und Weichmacher der Verfassungsmaßstäbe“⁸⁷⁾ bezeichnet und damit die Gefahren der Vereinheitlichung für feste normative Strukturen auf der Schrankenebene begrifflich auf den Punkt gebracht. Rechtsdogmatische Besonderheiten, die bestimmten Teilgewährleistungen ein besonderes Profil gegeben haben, könnten eingeebnet werden, der Eigenart einer

⁸⁷⁾ *Ossenbühl*, Diskussionsbemerkung, VVDStRL 39 (1981) 189.

spezifischen Eingriffsschwere mit einzelgrundrechtlich vorhandenen oder in der Judikatur herausgebildeten besonderen Wertungen würde auf Schrankenebene nicht hinreichend Rechnung getragen.

Der VfGH scheint diese Gefahr zu sehen und versucht sichtlich gegenzusteuern, wie an den Beispielen in der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit gezeigt werden konnte. Ob die dort neuerdings anzutreffenden Kernbereichsvorstellungen allerdings der Weisheit letzter Schluss sind, wird zu diskutieren sein, immerhin orientieren sie sich an der Schwere des Eingriffs, die ab einem gewissen Punkt den Eingriff gänzlich unzulässig macht. Anders formuliert: Wir sind doch ganz froh und haben einen Konsens darüber, dass es gewisse Grundrechtsbereiche gibt, in die der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht hinreicht, sei es das Zensurverbot oder seien es Grundrechte wie die Art 3 und 4 EMRK, für die es außer Diskussion steht, dass sie nicht unter irgendeinem Vorbehalt stehen.

Als ein solcher Bereich galten bisher auch die Verfahrensgrundrechte. Obwohl Teilgewährleistungen wie das Recht auf Zugang zu Gericht, das Recht auf mündliche Verhandlung oder die Rechte nach Art 6 Abs 3 EMRK in Bezug auf den Zeugenbeweis, teils nach dem Wortlaut, jedenfalls aber nach der Rsp vom Staat zulässigerweise unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden durften,⁸⁸⁾ war es nicht bestritten, dass sich die Eingriffsschranken-Prüfungsstruktur nicht auf die grundrechtlichen Verfahrensgarantien jedenfalls des Art 6 EMRK,⁸⁹⁾ aber auch nicht jener der Art 1, 2 und 4 7. ZPEMRK, übertragen lässt. Diese Annahme gerät durch die Grundrecht-Charta und durch die hierzu ergangene jüngere Rsp des EuGH unter Druck. Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art 52 Abs 1 GRC bezieht sich zwar auch auf die Art 47 bis 50 GRC und zwar jedenfalls soweit der Schutzbereich des Charta-Rechts über jenen der EMRK-Garantie hinausgeht.⁹⁰⁾

Mit dem Abs 3 des Art 52 besteht aber eine *lex specialis* zu dessen Abs 1, soweit Charta-Grundrechte EMRK-Rechten entsprechen.⁹¹⁾ Daher unterliegen

⁸⁸⁾ Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 444 ff, 482 ff, 641 f.

⁸⁹⁾ Grabenwarter/Pabel, Der Grundsatz des fairen Verfahrens, in Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG-Konkordanzkommentar I² (2013) Rz 74.

⁹⁰⁾ VfSlg 19.632/2012, 226 Rz 7.3. (Arg „Weil insoweit aber nicht mehr unmittelbar die Rechtsprechung des EGMR zu Art 6 EMRK herangezogen werden kann [...]“).

⁹¹⁾ Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2003) 165 f; Borowsky in Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ Art 52 GRC Rz 13; Cornils, Schrankendogmatik, in Grabenwarter, Enzyklopädie Europarecht II (2014) § 5 Rz 79; Rumler-Korinek/Vranes in Holoubek/Lienbacher, GRC-Kommentar (2014) Art 52 GRC Rz 32, 35.

Garantien der Charta mit EMRK-Entsprechung, die ihrerseits nicht qua EMRK unter dem Vorbehalt verhältnismäßiger Beschränkung durch den Gesetzgeber stehen, unmittelbar nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁹²⁾ Dies gilt jedenfalls für die in den Erläuterungen zu Art 52 GRC⁹³⁾ in einer Aufzählung unter Z 1 genannten, aber auch für den Überschneidungsbereich der in der folgenden Z 2 genannten Artikel der Charta bzw der EMRK.

Diese Auffassung ist nicht unbestritten.⁹⁴⁾ Als Beleg für die gegenteilige Auffassung könnten die Erläuterungen zu Art 50 GRC ins Treffen geführt werden, die darauf hinweisen, dass die Ausnahmen vom Grundsatz des *ne bis in idem* nach dem SDÜ klar eingegrenzt seien und „von der horizontalen Klausel des Artikels 52 Absatz 1 über die Einschränkungen abgedeckt“ seien; hierbei ist jedoch zu bedenken, dass sich die Aussage insoweit jedenfalls auch auf über Art 4 7. ZPEMRK durchaus hinausgehende Inhalte bezieht, wie sich aus den Erläuterungen zu Art 52 ergibt. Auch in Schlussanträgen von Generalanwälten des EuGH gibt es Ansätze einer weitergehenden Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei GRC-EMRK-Entsprechungen.⁹⁵⁾ Die jüngste Rsp zu Art 50 GRC scheint schließlich weitergehende Verhältnismäßigkeitserwägungen beim Gebot des *ne bis in idem* zu bestätigen, weil der EuGH nunmehr die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nach Art 52 Abs 1 GRC mit Art 52 Abs 3 GRC kumuliert, um einerseits die Verhältnismäßigkeit einer Doppelbestrafung festzustellen und andererseits aus Art 52 Abs 3 GRC folgert, dass die EMRK bei der Auslegung „zu berücksichtigen“ sei, und nach dem Zitat eines einschlägigen Urteils des EGMR zum Ergebnis zu gelangen, dass die Anforderungen, die Art 50 iVm Art 52 Abs 1 GRC an eine Kumulierung von Verfolgungsmaßnahmen und strafrechtlichen Sanktionen stellt, ein Schutzniveau für den Grundsatz des *ne bis in idem* gewährleistet, das das in Art 4 7. ZPEMRK in seiner Auslegung durch den EGMR „garantierte Schutzniveau“ nicht verletze. Der Begründungsweg ist insgesamt – vorsichtig formuliert – bemerkenswert: Im Ergebnis erachtet der EuGH das Doppelbestrafungsverbot als nicht verletzt an, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist, wobei die Zielsetzung der strafrechtlichen Verfolgung dem Gemeinwohl dienen muss.⁹⁶⁾

⁹²⁾ Deutlich *Cornils*, Schrankendogmatik § 5 Rz 79.

⁹³⁾ ABl 2007 C 303, 17.

⁹⁴⁾ Vgl *Krämer* in Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta – Kommentar (2016) Art 52 GRC Rz 75.

⁹⁵⁾ Nachweise bei *Krämer* in Stern/Sachs, Europäische Grundrechte-Charta – Kommentar Art 52 GRC Rz 75 Fn 210 („amalgamierend“).

⁹⁶⁾ So muss die zusätzliche Belastung, die sich für die Betroffenen aus einer Kumulierung von Verfahren ergibt, auf das zwingend Erforderliche beschränkt werden. Gleiches gilt für das Verhältnis der Schwere aller verhängten Sanktionen in Bezug auf die Schwere der betreffenden Straftat (EuGH 20.3.2018, Rs C-524/16 Rn 63).

Im Lichte dessen zeigt sich, dass die Grundrechte-Charta den Zug zur Vereinheitlichung der Grundrechtsschranken verstärkt. Man mag darin die oben erwähnten Vorteile sehen und auch deshalb positiv bilanzieren, weil man vom Ergebnis her denkt. Praktisch in keinem Fall hat die Vereinheitlichung der Schranken zu einer Nivellierung nach unten geführt. Allenfalls wurden zu strenge Maßstäbe wie jener der Erforderlichkeit in den Schrankenschranken der Erwerbsfreiheit wieder zurückgenommen. In vielen anderen Fällen aber bedeutete die Vereinheitlichung eher eine Verschärfung der materiellen Standards und in der Folge auch der verfassungsgerichtlichen Kontrolle – als Beispiele seien die Eigentumsgarantie und die Eigentumsbeschränkungen genannt. Wiederum in anderen Fällen ist die Konsequenz der Vereinheitlichung eine Zuständigkeitsverschiebung zwischen VfGH und VwGH, mit der Konsequenz einer zeitgemäßen Aufgabenteilung zwischen den Gerichtshöfen – Beispiele sind hier die Versammlungs- und die Vereinigungsfreiheit.

Einebnungstendenzen der beschriebenen Art in den Schranken verlagern die einzelgrundrechtliche Dogmatik auf die verschiedenen Stufen der Verhältnismäßigkeit und auf das vergleichende, abwägende Argumentieren. Dabei besteht – in Abhängigkeit von der Art und Weise dieses Argumentierens – auch die Gefahr, dass die Annahme von allgemeinen Abwägungsgeboten in den Schranken auch zur Absenkung von grundrechtlichen Schutzstandards führen kann. Die Rsp des EGMR hat das bereits vorgemacht, indem in nicht wenigen Bereichen ein größerer Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten angenommen wurde. Umgelegt auf die verfassungsrechtliche Ebene bedeutet das, dass die Schwächung oder gar Preisgabe besonderer einzelgrundrechtlicher Schranken das konkrete Ergebnis stärker in die Hände des VfGH legt. Das macht wiederum das Geschäft der Verfassungsrechtswissenschaft schwieriger, wenn sie die Rsp kritisch begleiten und am Maßstab der Vorjudikatur diskutieren will. Stärker als durch die Auseinandersetzung mit Prüfungsformeln, ob sie nun differenzierter oder einheitlicher gefasst sind, wird die rechtswissenschaftliche Diskussion in Hinkunft wohl durch die kritische Diskussion der Begründungen in der Schrankenprüfung auf die Weiterentwicklung der Rsp einwirken. Diese kritische Begleitung war *Karl Korinek* im eigenen wissenschaftlichen Wirken ebenso wichtig wie im Anspruch an jene, die sich mit einzelnen Entscheidungen der von ihm mitgestalteten Rsp sehr konkret wissenschaftlich auseinandergesetzt haben und es immer noch tun. Sich dabei von Zeit zu Zeit auf die allgemeinen Fragen der Grundrechtsdogmatik zurückzubedenken, schadet nicht.



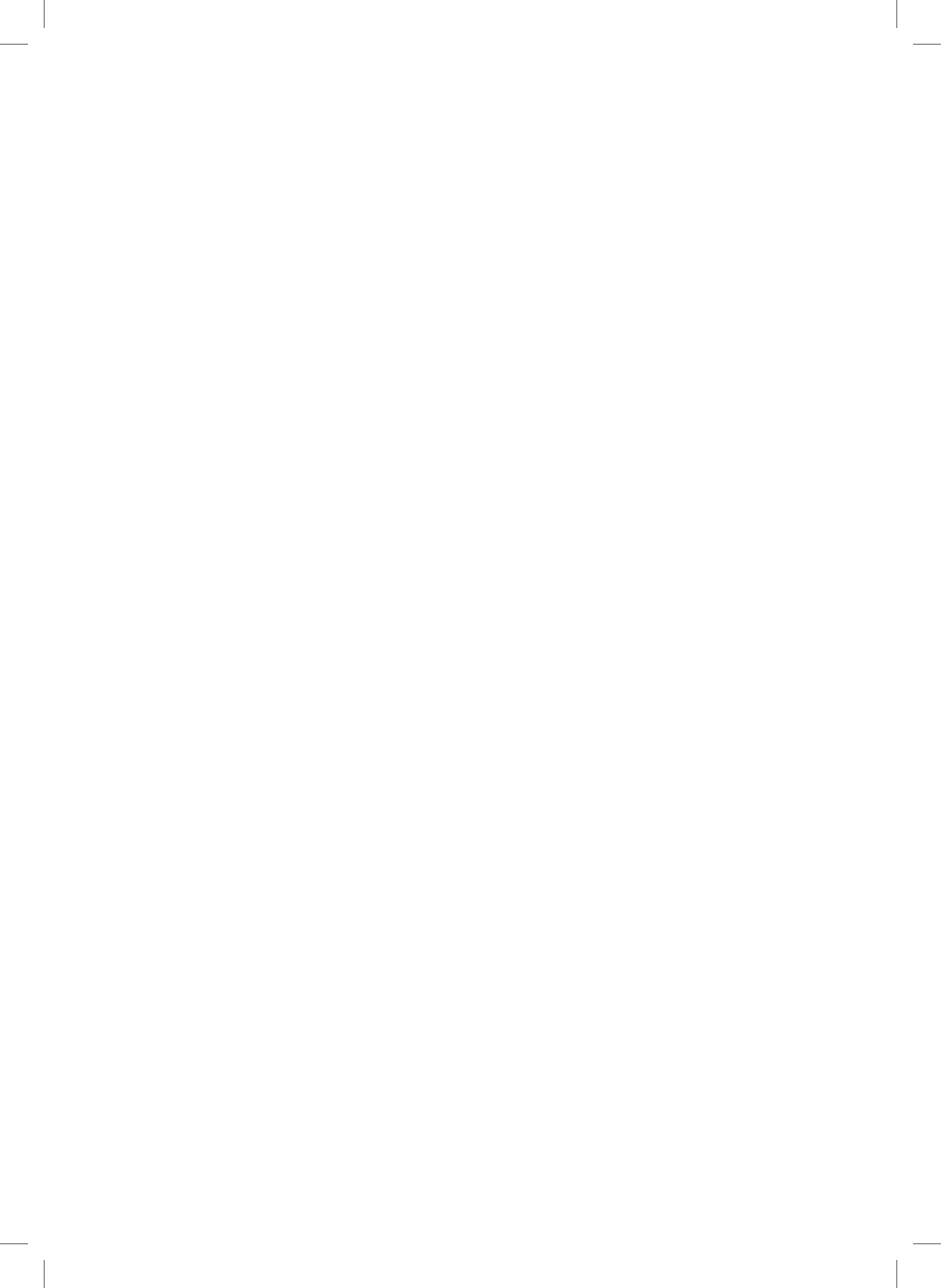
Schlussworte

Rudolf Müller

Meine sehr geehrten Damen und Herren, wir haben Herrn Vizepräsidenten des VfGH *DDr. Christoph Grabenwarter* für seinen interessanten Überblick herzlich zu danken.

Nun beschließt der bewegte vierte Satz „Vivace“ des Streichquartetts op. 74 Nr. 1 in C-Dur von Joseph Haydn diesen Teil des Gedenksymposiums für *Karl Korinek*. Im Anschluss daran sind Sie eingeladen, einem oft gehörten Ratschlag *Karl Korineks* zu folgen und im Interesse Ihrer Gesundheit ein Glas Wein zu trinken; am besten auf *Karl Korinek*.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.



Hommage an einen Musikliebhaber

Helga Rabl-Stadler

„Musik ist die Seele aller Künste. Wer Musik liebt und innig versteht, für den hat die Welt eine Provinz und eine Dimension mehr.“

Dieses berührende Bekenntnis des Literaturnobelpreisträgers Hermann Hesse passt geradezu idealtypisch auf *Karl Korinek*, dessen wir heute in seiner ganzen humanistischen Breite und Tiefe gedenken wollen.

Ja, *Korineks* Welt hatte viele zusätzliche Ländereien:

Der Kontinent Strauss mit dem *Rosenkavalier* als Hauptstadt.

Die vielfältige, abwechslungsreiche Landschaft Joseph Haydns mit dessen Oratorien als schier unerreichbare große Bergespitzen.

Aber auch la provincia di Guiseppa Verdi mit dem *Falstaff* als besonderes Herzstück, denn „tutto nel mondo è burla“.

Praktisch jede seiner Reden, gleich ob im Inland oder im Ausland, gleich ob es um die reine Rechtslehre oder um legistische Strukturfragen ging, enthielt ein Opernzitat, weil, ich zitiere *Korinek*, „*man manches durch ein Opernzitat viel feiner und nuancierter ausdrücken kann. Ist es nicht ganz etwas anderes, ob man über die heutige Jugend jammert (zu unserer Zeit hätt's dies nicht gegeben) oder mit Faninal im Rosenkavalier zwar leicht resignativ, aber doch das Recht der jungen Leute, in ihrer Weise zu leben, anerkennend – sagt: ‚Sind halt aso – die jungen Leut‘.*“

Wer mit *Karl Korinek* beruflich oder privat zu tun hatte, musste daher zitatenfest sein. So wurden *Elisabeth* und *Stephan* schon in frühester Kindheit abgeprüft. Da 80% der Zitate aus dem geliebten *Rosenkavalier* stammten, war die Trefferquote der beiden relativ hoch. Und den Vater freute es: Er kam geradezu ins Schwärmen, wenn auch die Ehefrau, der Assistent oder der Kollege schlagfertig per Opernzitat parierten.

Aus dem täglichen Leben stammt auch die folgende kleine Geschichte, die seiner Frau zu verdanken ist: Bei *Korineks* zuhause wurde zum Frühstück Tee getrunken. Nun hatte *Karl Korinek* gerne einen extrem starken, bitteren Tee, die anderen Familienmitglieder bevorzugten ein weniger starkes, von ihm respektlos als „Kindertee“ bezeichnetes Getränk. Seine Frau brachte die beiden

Teekannen herein, die nur der Wissende auseinanderzuhalten in der Lage war und schenkte ein. Als er sich eine Schale nachnehmen wollte, fragte er auf eine Kanne deutend (und ganz ohne Absicht so formulierend): „Ist das der richtige für mich“; worauf seine Frau antwortete: „Wenn’s einen gibt auf dieser Welt.“ Und schon waren wieder Hofmannsthal und Richard Strauss zu Gast. Und die Melodie war da. Und der Alltag war um eine Nuance schöner – vielleicht sind das entscheidende Nuancen.

Seine Frau war es damals allerdings auch, die ihn – wie ich glaube zu seinem Glück – von einer hochriskanten Idee abbrachte. Er plante, auf der in Innsbruck stattfindenden Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer seine These zum Thema „Verfassungsgerichtshof im Gefüge der Staatsfunktionen“ singend zu untermauern: Als der zum Mariandl verkleidete Graf Rofrano mit „Nein, nein, nein, nein! I trink kan Wein.“

Bis dann die Ehegattin des Referenten besorgt um die Würde der Staatsrechtslehrervereinigung und ängstlich vor der Blamage des Gatten – jetzt zitiert *Korinek* Fricka – ein Machtwort sprach: „Das kann mein Gatte nicht wollen.“

Wagner-Zitate fand *Korinek* ansonsten für’s Fluchen geeignet. So könnte man ein abgestandenes Bier dem fahrlässigen Personal mit „Verflucht sei furchtbarer Trank, verflucht, wer ihn gebraut“, zurück schicken.

Trotzdem, ich bedaure sehr, dass ich *Karl Korinek* nie singen gehört habe. Denn sein Repertoire war respekt einflößend: Vom Baron Ochs auf Lerchenau bis zum Merker, von der Ode an die Freude bis, ja man glaubt es kaum, zum g’schupften Ferdl.

Seine Liebe zur Musik und seine profunde Ausbildung zum Musikliebhaber, nein richtiger gesagt Musikkenner, verdankt er seinem Musikprofessor am Mariahilfer Gymnasium, *Viktor Korda*, dem er auch seine fünf Essays zu Joseph Haydn gewidmet hat. Unter seiner Leitung hat er acht Jahre Chor gesungen. Drei Mal wirkte er an der „Carmina burana“ mit, einmal als Sopran – das war auch die Zeit, in der der kleine Karli die Königin der Nacht schmetterte – und zwei Mal als Bass.

„*Prof. Korda war ein lebendiges Vorbild für Toleranz, Differenzierung und Erklärung. Er – überzeugter Sozialdemokrat, der unter anderem ein „Oratorium der Arbeit“ komponierte – ließ die Musik Werner Egks, etwa, nicht einfach beiseite, erklärte uns aber während der Arbeit an dieser Oper die Problematik der Person Werner Egks, der sich in der Nazizeit zwar nichts zuschulden kommen hatte lassen, aber für offizielle Positionen seinen Namen und seine Person hergegeben hatte. Und Korda scheute sich nicht, Dinge offen auszusprechen und auch zu bewerten – nie allerdings, ohne die notwendigen Differenzierungen anzubringen, zu akzeptieren, was musikalisch zu akzeptieren war, und abzugrenzen, was der Abgrenzung bedurfte.*“

„*Korda hat mich damit nicht nur musikalisch geprägt*“, bekannte *Korinek*.

Der Untertitel dieses Symposiums lautet „Staatsrechtslehrer / Musikliebhaber / Humanist“. Für mich müsste der Humanismus an erster Stelle stehen – erklärt er doch jene Geisteshaltung, der wir heute voll Bewunderung und voll der Dankbarkeit gedenken. Lassen Sie uns doch den Untertitel ändern: Humanist / Staatsrechtslehrer / Musikliebhaber / Österreicher.

Karl Korinek war ein großer Österreicher. Man könnte ihn mit *William N. Johnston*, einen „theresianischen Menschen“ nennen. Den *Rosenkavalier* hat er gewählt, um seine Lebensphilosophie künstlerisch zu artikulieren. Er wollte „*unser Kulturgut ins Leben hereinholen, ein bisschen mehr in den Alltag und in das Berufsleben das einbeziehen, was uns die Großen – in diesem Fall des Musiktheaters – an Schönerem, Feinerem, Nuanciertem, nachdenklich Machenden, was sie uns an Weisheit und Kraft, an Ironie und Freude geschenkt haben.*“

Auf *Karl Korinek* passt aber auch die herrliche Definition, die *Johnston* in seiner 2010 publizierten „Kulturgeschichte der Eigenart Österreichs“ schuf: „*Als Produkt der Ausbildung der imperialen Beamtenerschaft diente der Charaktertypus des österreichischen Menschen dazu, zwischen den Klassen, den Regionen und vor allem den Nationalitäten zu vermitteln. Er ist mit dem gleich zu setzen, was Sozialwissenschaftler einen Fundus an Sozialkapital nennen.*“ Dieser Hypothese folgend hat das rasche Verschwinden eines Sozialkapitals an vermittelnden Beamten Mitteleuropa in die Konflikte zwischen 1918 und 1989 gestürzt. Für diesen Charaktertypus des Dienstaristokraten hat *Johnston* in Anlehnung an Hugo von Hofmannsthal und Friedrich Heer den Ausdruck „der thesesianische Mensch“ geprägt. *Johnston* hätte diesem österreichischen Menschen viel zugetraut und war wie Hofmannsthal überzeugt von der österreichischen Berufung zur kulturellen Synthese. *Karl Korinek* war so ein österreichischer Mensch, so ein thesesianisches Geschöpf. Welch’ ein Glück für Österreich, dass ein Mann seiner Prägung so lange an der Spitze des Verfassungsgerichtshofs stand.

Mir sind diese Überlegungen gerade in diesen Tagen, da wir der Auslöschung Österreichs gedenken, besonders wichtig.

Karl Korineks Vater – von ihm bis zu dessen Tode liebe- und verehrungsvoll „der Papa“ genannt – wurde schon im Zuge der ersten großen Verhaftungswelle am 15. März 1938 eingesperrt. Die Mutter fand am nächsten Tag einen Zettel an der Tür: „Da Sie nunmehr eine fragwürdige und unzuverlässige Mieterin geworden sind, kündige ich Ihnen die Miete und fordere Sie auf bis morgen Mittag die Wohnung zu räumen.“

Der Vater kam glücklicherweise bald wieder frei. Er gehörte zum Freundeskreis des Julius Raab und damit zu jenen politischen Menschen, die immer an Österreich glaubten.

Karl Korinek war, wie selbstverständlich, schon als Kind, später als Jugendlicher mit dabei. Er lernte all jene Männer der ersten Stunde kennen, den Raab,

den Figl, den Helmer, den Böhm, denen Österreich seinen Wiederaufbau und seine staatliche Souveränität verdankt – trotz oder gerade wegen deren Kleinbürgerlichkeit.

Wie hat das mein Vater *Gerd Bacher* in der ihm eigenen rhetorischen Zielgenauigkeit beschrieben? „Raab, Figl, Helmer und Böhm – sie waren schlechte Redner, sie lasen wenig Bücher, tranken immer denselben Wein und aßen die gleichen drei Gerichte – aber sie haben das Vaterland gerettet.“

2005, also erst im Alter von 65 Jahren beschloss *Karl Korinek* diesen Schatz der Erinnerungen weiterzugeben. Mit dem Büchlein „Der Onkel Julius – Der Wiederaufbau Österreichs in Anekdoten“ „tingelte“ er, so seine Selbstdefinition, durch Österreich, „eine Mischung aus Friedrich Torberg und Otto Schenk.“

Mit Riesenerfolg. Jetzt erreichte er mit den so harmlos daherkommenden Anekdoten, was ihm so oft mit seinen Zitaten aus der Opernwelt gelang: Er brachte seine Zuhörer und Zuhörerinnen zum Nachdenken.

Nicht er wollte sich wichtig machen indem er den Vater und seine Bekanntschaft und Freundschaft mit den Mächtigen dieser Zeit beschrieb. Es war ihm wichtig – und ich bin überzeugt, es ist heute wichtiger denn je – die zwei Grundüberzeugungen, die zum politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Erfolg des Nachkriegs-Österreich führten, für jedermann verständlich – nämlich in Anekdotenform – festzuhalten.

Karl Korinek: „*Es hatten sich zwei Grundüberzeugungen durchgesetzt: Das Bekenntnis, ja die Liebe zu Österreich und die Überzeugung, im Falle der Wiedererlangung der Freiheit das Gemeinsame vor das Trennende zu stellen. Das mag heute pathetisch klingen, war es aber damals durchaus nicht. Im Gegenteil: Es war eine großartige Entwicklung der inneren Haltungen dieser Menschen. Man bedenke, dass 1933/1934 noch nicht einmal zehn Jahre zurücklag.*“

Nein, das klingt gar nicht pathetisch. Es kann auch heute nicht hoch genug geschätzt werden, dass Politiker, die erbittert mit Wort und leider auch Tat gegeneinander gekämpft hatten, in Schutzbund, Heimwehr und als illegale Nazis, nach 1945 für ein neues, freies Österreich zusammenfanden. Und es lässt die heutigen Probleme so mancher Politiker, den demokratischen Wechsel von der Regierung in die Opposition und umgekehrt moralisch zu bewältigen, besonders erbärmlich erscheinen.

Da muss ich noch einmal zum *Rosenkavalier* zurückkehren dürfen, weil ich die Mahnung *Karl Korineks* teile: „Es scheint als seien wir uns der Bedeutung des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit für den Schutz des Einzelnen und für das gute Funktionieren des Staates nicht mehr voll bewusst.“

Anknüpfungspunkt für diese *Korinek*'sche Betrachtung ist jene Szene zwischen Notar und Ochs auf Lerchenau, wo der Baron erklärt, dass vielleicht das Gesetz etwas anderes sagt, aber „im besonderen Fall“ für ihn eine Ausnahme

gelten müsse. Der Notar erklärt ihm den Rechtsstaat: „Die Formen und die Präscriptionen kennen keinen Unterschied.“

„Wir müssten uns der Ordnungskraft des Rechts wieder stärker bewusst werden, wieder in der Vollziehung in erster Linie Anwendung des Gesetzes sehen. Und wenn sich herausstellt, dass das Gesetz in diesem oder jenem Fall einer sinnvollen Lösung im Wege steht, ist das eine „Herausforderung“ – aber nicht zum „Tricksen“ oder gar zur Umgehung des Rechts, sondern allenfalls eine Herausforderung für die Rechtspolitik, sich um eine sachgerechtere Lösung im Gesetz zu bemühen.“

Ich bin sicher, *Karl Korinek* hätte die Festspielrede 2017 als Fortsetzung seiner mahnenden Gedanken begrüßt.

„Das Recht gegen die Macht stellen“, forderte *Ferdinand von Schirach*. Er warnte vor der Macht der sozialen Medien, vor dem populistischen Einsatz des Instruments der Volksbefragung, da es „eben nicht nur eine Schwarmintelligenz gibt, sondern auch eine Schwarmdummheit, eine Schwarmbörsartigkeit und eine Schwarmgemeinheit.“

Schirachs flammender Appell an die in der Felsenreitschule vor ihm sitzenden Politiker, „unser einziger sicherer Halt sind die Verfassungen der freien Länder. Auch wenn es langweilig klingt: Nur ihre komplizierten Regeln, nur ihre Ausgewogenheit und Langsamkeit, nur das was die Amerikaner, „check and balances“ nennen, ordnen unsere schwankenden Gefühle, sie lehnen Wut und Rache als Ratgeber ab, sie achten den Schwächeren und am Ende sind sie es, die uns vor uns selbst schützen.“

Das eindrucksvollste Bekenntnis zum Rechtsstaat, das er in der Opernliteratur ausmachte, lieferte aber für *Karl Korinek* ausnahmsweise nicht der über alles geliebte *Rosenkavalier*, sondern Beethovens Rettungsoper, der *Fidelio*:

„Ich hab auf Gott und Recht Vertrauen“, singt sich Leonore selbst Mut zu.

Apropos: Eine der wunderbarsten Leonoren der Musikgeschichte, die herrliche *Christa Ludwig* wird am Freitag ihren 90. Geburtstag feiern.

„Ich hab auf Gott und Recht Vertrauen“ – war sicher auch das Leitmotiv in *Karl Korineks* glücktem Leben.

Die Dankbarkeit, ihn gekannt zu haben, hat uns heute hier zusammen geführt. Ich verneige mich vor dem großen Österreicher und ich lasse das letzte Wort einer Frau, die er gerne gesehen und gehört hat. Bühne frei für *Ildikó Raimondi*.



Respekt vor der Verfassung

Begrüßungsworte anlässlich der Verleihung des Verfassungspreises am 12. Oktober 2015

Karl Korinek

Ich begrüße Sie, namens des Forum Verfassung, sehr herzlich zu diesem Abend, der der Verleihung des Verfassungspreises 2015 an zwei Persönlichkeiten gewidmet ist, die sich mehr als die meisten Menschen in Österreich um die Einhaltung der Verfassung bemüht haben, immer wieder darauf hingewiesen haben, wie wichtig es ist, sich in seiner Tätigkeit der verfassungsrechtlichen Grundlagen unseres Zusammenlebens bewusst zu sein und die Werte, die unsere Verfassung schreibt, zu realisieren.

Es ist ja der Zweck des Forum Verfassung, den Respekt vor der Verfassung zu pflegen und die Wichtigkeit unserer Verfassung für das harmonische Zusammenleben der Menschen zu betonen.

Ich glaube, es ist gut, dass wir das einmal einen Abend lang reflektieren – hier in dieser festlichen Sitzung, in der ich einleitend einige Gedanken dazu vortragen darf und in der wir uns dann jenen Personen zuwenden wollen, die die Regeln und Grundwerte der Verfassung in ihrem Tun zu realisieren getrachtet haben und die dafür mit den Verfassungspreisen ausgezeichnet werden.

Ja – das ist gut.

Denn wer spricht heute noch von Rechtlichkeit und Verfassung? Wer reflektiert noch, dass rechtliche Regelungen dazu da sind, das friedliche Miteinander der Menschen zu gewährleisten, das Tun der Staatsorgane vorherzubestimmen und damit vorhersehbar und berechenbar zu machen? Wer ist sich noch dessen bewusst, dass Recht die Funktion hat, Frieden zu sichern, den Schwächeren vor Willkür, vor Brutalität zu schützen – den wirtschaftlich, gesellschaftlich, sozial oder politisch Schwächeren – im täglichen Leben, im Miteinander der Menschen ebenso, wie im Verhältnis der Menschen zum Staat und jenen Institutionen, deren Handeln im Interesse eines wohlgeordneten Gemeinwesens demokratisch vorherbestimmt, aber zur Vermeidung von Willkür und Missbrauch auch begrenzt und kontrolliert werden soll.

Vielleicht ist manchen in diesen Wochen die Relevanz von Recht zur Sicherung eines friedlichen Miteinander deutlich geworden. Im Zusammenhang mit

der großen Flüchtlingsbewegung hat mancher, wohl auch die Gefahr gesehen, die mit einer Politik der Rechtsferne verbunden ist. Denn wo Recht nicht mehr funktioniert, entsteht Angst. Zwei Aspekte dazu:

Andreas Koller hat in einem lesenswerten Grundsatzartikel in den „Salzburger Nachrichten“ davon geschrieben, dass „die wohltuende Gewissheit, in einem geordneten Staatswesen zu leben,..., über den Haufen geworfen wurde“, indem der Staat die Kontrolle über seine Grenzen verloren hat. Das Recht verlangt diese Möglichkeit der Kontrolle, es verlangt aber auch, dass sie in einer Weise ausgeübt wird, die der Würde des Menschen entspricht. Beides verlangt unsere Rechtsordnung. Ein geordnetes Miteinander und eine menschenwürdige Behandlung und wir sind gehalten, dies zu realisieren. Wer das nicht schafft, versagt.

Als man noch über solche Dinge nachdachte, hat man von der Friedensfunktion des Rechts gesprochen. Sie kommt in dem großartigen Satz von Martin Luther King zu Ausdruck: „Frieden ist nicht die Abwesenheit von Gewalt, sondern die Anwesenheit von Recht.“ „Merkt euch“, würde Papst Franziskus in rhetorischer Verstärkung des zentralen Gedankens seiner Überlegungen, jetzt sagen: „Frieden ist die Anwesenheit von Recht.“

Gerade in einer Situation, in der es um das Rechtsbewusstsein im Allgemeinen und um das Verfassungsbewusstsein im Besonderen nicht gut bestellt ist, ist es wichtig, daran zu denken, dass es Persönlichkeiten gibt, die sich für Recht und Verfassung in besonderer Weise einsetzen. Sie können – und sollten – als Vorbilder dienen. Dazu muss man sich ihrer Arbeit und ihres Engagements aber bewusst sein. Und genau dazu dient ja der heutige Abend.

Unsere Verfassung hat zwar manche Schwäche, aber sie ist – nimmt alles nur in allem – „ein gelungenes, wenn auch nicht tadelloses Werk“. So hat das der Präsident der Konstituierenden Nationalversammlung Karl Seitz nach der – einstimmig erfolgten – Beschlussfassung über das B-VG am 1. Oktober 1920 treffend formuliert. Sie bietet der Sache nach ein gutes Fundament für eine Kultur des Maßes, wo Maßlosigkeit droht, für die Steuerung des Staates und für das Zusammenleben der Menschen in ihm.

Sich für die Verfassung einzusetzen, lohnt sich daher.

Und dieser Einsatz wird in absehbarer Zeit noch wichtiger werden. Denn in der sich ändernden Gesellschaft stehen viele Verfassungswerte nicht mehr außer Streit:

- Der uns selbstverständliche Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetz wird von Teilen der Menschheit verweigert und die Diskussion darüber beginnt – nicht zuletzt infolge der Immigrationsbewegung – auch bei uns.
- Autoritäre Gedanken beginnen sich auszubreiten – in politischen Organisationen, aber teilweise auch in kollegial organisierten Staatsorganen, denkt

man immer häufiger in Strukturen des „Führerprinzips“ und im autoritären Regietheater versucht man, das Denken und die Assoziationen des Publikums in eine bestimmte Richtung (die der Regisseur vorgibt) zu lenken.

- Die Errungenschaft des Gleichheitsgrundsatzes in all seinen wichtigen Facetten wird infolge zum Teil fundamental anderer Grundanschauungen eines Teils der Bevölkerung, etwa zur Stellung der Frau oder der Struktur der Familie, in Frage gestellt.
- Und der Steuerungsverlust des Rechts, den die Macht internationaler Wirtschaftsunternehmungen bewirkt, stellt unsere Verfassungsgrundsätze in Frage.

Ich hoffe, dass man sich – um ein bedrückendes Beispiel zu nennen – des Umstandes bewusst ist, dass das TTIP als (unionsrechtlich gesehen) gemischter Vertrag und als (verfassungsrechtlich gesehen) verfassungsändernder Vertrag einer entsprechenden parlamentarischen Behandlung bedürfen wird. Und ich hoffe, dass man im österreichischen Nationalrat die demokratische Aufgabe ernst nehmen wird, auch wenn es sehr herausfordernd sein wird, sich mit den vielen und vielfältigen Fragen inhaltlich auseinander zu setzen. Hoffentlich schaffen das unsere Parlamentarier. Aber „den Schweif einziehen“ und „abnicken“, wäre eine Bankrott-Erklärung der parlamentarischen Demokratie. Es kommt die Stunde, in der die seriösen Parlamentarier wieder gefragt sind: die sich informieren, in die Sache einarbeiten und dann sachbezogen politisch diskutieren und entscheiden können. Nicht der Schmach ist gefragt, sondern die seriöse Arbeit.

Darf ich dazu abschließend zur Illustration Beispiele aus meinem eigentlichen Fachgebiet – der Oper –bringen.

In den letzten drei Inszenierungen von Beethovens Fidelio, die ich gesehen haben, in München, im Theater an der Wien und in Salzburg, wurde einer der prägenden Gedanken der Oper, das Vertrauen auf das Recht, von der Regie „weginterpretiert“. Wer den Fidelio kennt, weiß, dass der Schlüsselsatz der Leonore im 1. Akt („Ich hab‘ auf Gott und Recht Vertrauen“) im Schlussbild aufgegriffen wird. Die widerrechtlich Inhaftierten erhalten ihre Freiheit („Heil sei dem Tag, Heil sei der Stunde“) und der verbrecherische Pizarro wird dem Gericht übergeben.

Das lassen heute manche Regisseure einfach weg. Noch ärger die Münchner Inszenierung. In dieser wird Pizarro vom Minister, der gekommen ist, um Recht und Freiheit zu bringen, einfach erschossen. Das entspricht vielleicht amerikanischen Vorstellungen von Problemlösungen, nicht aber dem abendländischen Rechtsstaatsprinzip.

Nicht verzweifeln. Ich hab‘ auch ein Gegenbeispiel: Als ich vor einigen Jahren, wieder einmal am 7. Dezember in Mailand war, gab es vor der Scala die

übliche Großdemonstration. Aber nicht gegen etwas, sondern für eine Verbesserung der Kulturpolitik. Und der Staatspräsident, der als Symbol für Recht und Kultur steht, wurde mit Applaus begrüßt. Dann noch eindrucksvoller:

Als Daniel Barenboim vor Beginn der Vorstellung zum Mikrophon griff und – vom Dirigentenpult aus – eine kurze Rede über die Notwendigkeit einer objektiven Kulturpolitik hielt, beendete er die Ansprache, indem er den Artikel der italienischen Verfassung über die Freiheit und Förderung der Kunst vorlas. Frenetischer Beifall, „ständig ovations“.

Begeisterung für die Verfassung – utopisch? Für mich nicht mehr seit diesem Erlebnis.

Und bei einer Umfrage in Salzburg antworteten immerhin 75% auf die Frage, was „sehr wichtig“ sei, um Österreicher zu sein, durch Zustimmung zur Antwort: „Gesetze und Institutionen achten“.

Wir sind also gar nicht so „out“, wenn wir uns für „die Anwesenheit von Recht und Verfassung“ einsetzen.

Freie Wissenschaft als Teil unserer Kultur

Dankesrede anlässlich der Verleihung des Kardinal Innitzer Preises am 21. November 2015

Karl Korinek

Gestatten Sie mir einige Worte des Dankes, sowohl im eigenen Namen, als auch im Namen aller, die heute Vormittag diese schöne, bedeutende Auszeichnung bekommen haben.

Dieser Theodor Kardinal Innitzer Preis ist in der wissenschaftlichen Welt hoch geachtet – nicht zuletzt durch die qualifizierten Preisträger, denen er in den über 50 Jahren seines Bestandes schon verliehen wurde. Und zu dieser Crème de la Crème gehören wir jetzt auch. Danke! Unser Dank gilt seiner Eminenz, dem Kollegium, das uns als Preisträger ausgesucht hat und besonders dem Laudator.

Es ist nicht selbstverständlich, dass es Einrichtungen wie den Kardinal-Innitzer-Fonds gibt und dass durch ihn wissenschaftliche Leistungen anerkannt und gefördert werden. Und das unabhängig davon, wem sie nützen. Ob sie von der Gesellschaft als aktuell oder besonders relevant beurteilt werden, ob sie in der Aussage jemandem recht sind oder nicht.

Die wissenschaftliche Arbeit als solche wird ausgezeichnet. Die Initiative, das Engagement, die Qualität. Das ist etwas Besonderes und verdient hervorgehoben zu werden. Denn es dient in hohem Maß der Freiheit, und zwar der Freiheit der Wissenschaft, die im Gesamtkonzert unserer Freiheitsrechte eine ganz wichtige Rolle spielt:

Den Gegenstand der Forschung bestimmen wir selbst – Gott sei Dank. Vielleicht ist das überhaupt der Kern der Freiheit der Wissenschaft. Das muss man verteidigen. Es wäre unerträglich, wenn uns der Staat, die Wirtschaft, irgendwelche Gremien oder sonst jemand das Erkenntnisinteresse vorgeben würde. Das Problem formuliert der Wissenschaftler selbst; er bestimmt die Methode, nach der er arbeitet. Aber – oder deshalb – ist er für den Weg und das Ergebnis verantwortlich.

In seiner Arbeit bewegt sich der Wissenschaftler als ζῷον φύσει πολιτικόν (zoon physei politikon) im Kontext der Gesellschaft. Wissenschaft ist so Teil unserer Kultur. Diese unsere Kultur ist durch Werte geprägt; man hat sie seit

Jahrtausenden als Tugenden angesprochen und sich an jener ἀρετή (arete) orientiert, die Sokrates als Gesinnung definiert hat, die auf die Verwirklichung moralischer Werte gerichtet ist.

Plato und Aristoteles haben diese Werte benannt – als Gerechtigkeit, Standhaftigkeit, Klugheit und Weisheit und Ausgewogenheit (also jene Charaktertugend, die um das Erreichen der richtigen Mitte ringt). Später wurden sie als Kardinaltugenden benannt. Und seit dem 17. Jahrhundert betonte man auch die Demut als grundlegende Tugend.

Joseph Haydn hat in den Jahreszeiten die Reflexion auf das menschliche Leben mit der großartigen Passage beendet: „*Nur Tugend bleibt.*“ Und dann heißt es weiter:

*Die bleibt alleine
und leitet uns unwandelbar
durch Zeit und Jahreswechsel
durch Jammer oder Freude
bis zu dem letzten Ziele hin.*

Das muss auch unsere Arbeit leiten – eben weil diese in die Kultur eingebettet ist.

In diesem Sinne: Unsere Freude über die Anerkennung unserer Arbeit sollte mehr von Demut als von intellektuellem Dünkel geprägt sein.

Erlauben Sie mir, mich noch einmal auf den großen Joseph Haydn zu berufen. Er war sich nämlich bewusst, dass ein vollendetes Werk nicht nur sein Verdienst ist und hat an den Schluss seiner Arbeit stets den Satz geschrieben. „*Laus Deo.*“

Nachruf

Karl Korinek (1940 bis 2017)*)

Am 9. März 2017 ist *Karl Korinek* im 77. Lebensjahr nach langer schwerer Krankheit verstorben. Mit ihm verliert die österreichische Wissenschaft vom Öffentlichen Recht einen ihrer großen Staatsrechtslehrer seit dem Wiederaufbau in der Zweiten Republik und Österreich eine seiner profiliertesten Richterpersönlichkeiten.

Karl Korinek wurde am 7. Dezember 1940 in Wien geboren. Von Kindheit an kommt er – geprägt durch seinen Vater, *Franz Korinek*, den langjährigen Generalsekretär der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft und einige Zeit auch Bundesminister für Finanzen –, mit der *res publica* in Berührung. Die Begegnung mit nahezu allen Großen der Wiederaufbaugeneration Österreichs, die *Karl Korinek* später dann in so unnachahmlicher Weise anekdotenhaft beschrieben hat¹⁾, hat das Verständnis des Schülers und Studenten *Karl Korinek* von den gemeinsamen Interessen einer Gesellschaft und vom Staat als Einrichtung zu ihrer Verwirklichung wesentlich bestimmt. Nach der Matura 1958 am Mariahilfer Humanistischen Gymnasium in Wien folgt das Studium der Rechtswissenschaften und 1963 die Promotion zum Dr. iuris an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

Die weitere Karriere entwickelt sich zunächst wissenschaftsuntypisch, aber für *Karl Korinek* kennzeichnend in einem engen Miteinander von wissenschaftlicher Tätigkeit und spezifischer praktischer juristischer Tätigkeit. Am Beginn steht der Einstieg ins Berufsleben in der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft; dort als Referent in der wissenschaftlichen Abteilung, die unter der Leitung von Univ.-Prof. Dr. *Theodor Tomandl* wissenschaftlicher Think-Tank und Kaderschmiede für angewandte Wirtschaftsforschung ist. Hier beginnt die wissenschaftliche Arbeit *Karl Korineks* mit dem Schwerpunkt im Recht der Selbstverwaltung, die mit der Habilitationsschrift über

*) Ursprünglich erschienen in der ZÖR 2017, Heft 2, 211–215.

1) *Korinek Karl*, Der Onkel Julius oder der Wiederaufbau Österreichs in Anekdoten (2005).

„Wirtschaftliche Selbstverwaltung“ bereits 1970, also im Alter von gerade einmal 30 Jahren, zur Verleihung der Lehrbefugnis für Verfassungsrecht sowie für allgemeines und österreichisches Verwaltungsrecht an der Universität Salzburg führt. In der Habilitationskommission für den „Externen“ wirken unter anderem *Theo Mayer-Maly*, *Friedrich Koja*, *René Marcic* und *Kurt Ringhofer* mit. Im engeren Sinn hat Karl Korinek keinen typischen „Habilitationsvater“, er selbst bezeichnet sich als Schüler *Adolf Julius Merkl*s und *Walter Antoniollis*²⁾. Insbesondere zu *Adolf Merkl* besteht eine besondere Beziehung, die 1969 in der Betreuung eines Neudrucks des damals vergriffenen Allgemeinen Verwaltungsrechts von *Adolf Merkl* aus dem Jahr 1927 einen sichtbaren Ausdruck findet. Besonders beeindruckt hat *Karl Korinek* – an dieser Stelle hat diese Geschichte ihren Platz – eine Aussage *Adolf Merkl*s, als er diesen in dessen letzter Lebensphase am Krankenbett besucht hat, und die er in nachdenklichen Momenten immer wieder erzählt hat: nämlich, dass es nicht darauf ankomme, dass man selbst in Erinnerung bleibe, sondern „dass die Bücher, für die man Verantwortung trägt, weiterleben“.

Wissenschaftlich werden in der Habilitationsschrift und im 1972 erschienenen großen Aufsatz zur „Selbstverwaltung in der Sozialversicherung“ die Grundlagen zur *Korinek*'schen Lehre von der Selbstverwaltung, insbesondere zum typologischen Selbstverwaltungs begriff, gelegt, die in der Folge die wissenschaftliche Diskussion wie deren Rezeption durch die Rechtsprechung maßgeblich mitbestimmt. Der Wechsel in die universitär organisierte Wissenschaft folgt 1973, als *Karl Korinek* einen Ruf an die Universität Graz annimmt. Ab da wird die Universität für *Karl Korinek* zum

„Standbein“ seines weiteren beruflichen Lebens, die Tätigkeit als Universitätsprofessor zur Berufung. Die Begegnung mit dem „beweglichen System“ *Walter Wilburgs* hat ebenso nachhaltigen Einfluss wie das Zusammentreffen mit jenen jungen Kollegen an der Grazer Fakultät, mit denen er die für die Entwicklung des Wirtschaftsrechts in Österreich so bedeutende „Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft“ gründet: *Josef Aicher*, *Heinz Krejci*, *Hans Georg Ruppe* und *Bernd-Christian Funk* sind fortan wissenschaftliche Wegbegleiter und Diskussionspartner. Die jährliche Grazer Tagung der Studiengesellschaft und die „Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft“ setzen in den folgenden 25 Jahren die Themen im Wirtschaftsrecht.

1976 wechselt *Karl Korinek* an die Wirtschaftsuniversität Wien, die seine eigentliche universitäre Heimat wird und an der *Karl Korinek* die große Periode seines wissenschaftlichen Werkes entfaltet: Gemeinsam mit seinem kongenialen Institutspartner *Heinz Peter Rill* wird das öffentliche Wirtschaftsrecht zur

²⁾ Siehe das Vorwort in *Korinek Karl/Holoubek Michael*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 1.

Hochblüte entfaltet. In Grundsatzarbeiten zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, zur Erwerbsfreiheit, zum Eigentumsschutz und zur Kommunikationsfreiheit sowie zum Gleichheitsgrundsatz entwickelt *Karl Korinek* sein materielles Verständnis der Grundrechte, das, gemeinsam mit den Arbeiten von *Walter Berka*, wohl ohne Übertreibung als die Grundlage der modernen österreichischen Grundrechtsdogmatik bezeichnet werden kann. Weit blickend findet an der WU auch die Beschäftigung mit dem materiellen Recht der Europäischen Integration früh eine Heimstatt: Das von *Karl Korinek* und *Heinz Peter Rill* herausgegebene, auf das überhaupt erste Symposium dieser Art in Österreich zurückgehende Buch „Öffentliches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG“ eröffnet 1990 die inhaltliche Diskussion um die Veränderungen, die die österreichische Rechtsordnung durch den Beitritt zur Europäischen Union erfahren soll. Eine Diskussion, die in der Folge *Karl Korinek*, vor allem was das Verhältnis von Unionsrecht und Verfassungsrecht insbesondere im Hinblick auf die Prüfungsbefugnis des Verfassungsgerichtshofs anlangt, in nachhaltiger, die Rechtsprechung bis heute in weiten Bereichen prägender Weise mitbestimmt.

Nicht unerwähnt dürfen im Zusammenhang mit den Jahren *Karl Korineks* an der WU schließlich zwei Dinge bleiben: einmal das legendäre „Korinek/Rill-Seminar“, in dem sich nahezu alle Angehörigen jüngerer Generationen von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern im Öffentlichen Recht ihre Spuren verdienen mussten und dessen Veranstaltungen Ausgangspunkt für eine Vielzahl in der Folge auf die eine oder andere Weise bedeutend gewordener wissenschaftlicher Arbeiten waren. Zum zweiten begründet *Karl Korinek* an der WU seinen Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht, in dem er in der ihm eigenen integrierenden Art von Anfang an den unterschiedlichen methodischen Zugängen wie insbesondere auch jüngeren Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern quer durch die österreichische Universitätslandschaft Raum gibt.

Bedeutsam ist in diesem Zeitraum seines Schaffens vor allem auch die Verbindung, die *Karl Korinek* mit der deutschen und schweizerischen Staatsrechtslehre pflegt. Er ist nicht nur ein vielfach gefragter Vortragender und Mitwirkender an Publikationsvorhaben in Deutschland und der Schweiz, sein Referat auf der Staatsrechtslehrertagung 1980 über „Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen“ erfährt vielfältige Beachtung und Rezeption in der wissenschaftlichen Diskussion. Ausdruck der hohen Wertschätzung, die *Karl Korinek* über die Grenzen Österreichs hinweg genießt, ist schließlich seine Berufung in den Vorstand der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer als nach *Hans Kelsen* und *Günther Winkler* dritter Österreicher, dem diese Ehre zuteil wird.

Nahezu zeitgleich mit seiner Tätigkeit an der WU beginnt auch das Wirken *Karl Korinek*s im Verfassungsgerichtshof. Von 1978 an prägt *Karl Korinek* 30 Jahre lang, zunächst als Mitglied und Referent, dann als Vizepräsident und zuletzt als Präsident, die Rechtsprechung des VfGH entscheidend mit. Auch wenn solche Charakterisierungen den Eigengesetzlichkeiten der Entscheidungsfindung im Gremium des Verfassungsgerichtshofs nur sehr bedingt und vielen wichtigen Richterpersönlichkeiten nicht gerecht werden, so kann doch im Rückblick gesagt werden, dass die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Judikatur der letzten Jahrzehnte maßgeblich mit dem langjährigen Wirken von *Karl Korinek* und Karl Spielbüchler verbunden ist.

1995 beginnt für *Karl Korinek* der letzte Abschnitt seines universitären Berufslebens, er folgt einem Ruf als Nachfolger von *Felix Ermacora* an die Universität Wien. Die Traditionen am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht versucht er, seinem Naturell entsprechend, auch mit Humor zu verbinden. Es öffnet Wege, wenn er mit verschmitztem Lächeln und – natürlich – mit einem Opernzitat bei seiner Antrittsvorlesung gerade Robert Walter bittet, „den Merker zu spielen“. Mit einem großen Aufsatz zu den „Staatsrechtlichen Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung“ setzt *Karl Korinek* neben den erwähnten Arbeiten zum Gemeinschaftsrecht in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs noch einmal Maßstäbe für Lehre und Rechtsprechung. Besonders wichtig ist für ihn auch die Mitarbeit im Österreich Konvent, in dem er insbesondere als Vorsitzender des Ausschusses 2 „Legistische Strukturfragen“ unter Assistenz von *Andrea Martin* wichtige Vorarbeiten für eine Verfassungsrechtsbereinigung leistet.

1999 wird *Karl Korinek* Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofs; seine Tätigkeit verlagert sich damit immer mehr dorthin. Als er 2003 zum Präsidenten des VfGH ernannt wird, tritt er als Universitätsprofessor in den Ruhestand. Bis 2008 leitet *Karl Korinek* als Präsident die Geschicke des Verfassungsgerichtshofs. Als glaubwürdiges Vorbild rechtsstaatlicher Unabhängigkeit repräsentiert er nicht nur den Gerichtshof nach außen, sondern erhebt auch, wo er es für angezeigt hält, seine Stimme öffentlich zu verfassungsrechtlichen Fragen.

Typologie und Abwägung kennzeichnen, wie an anderer Stelle ausführlicher dargelegt³⁾, das wissenschaftliche Œuvre von *Karl Korinek*. Es zeichnet sich durch die Verbindung der Strukturtheorie der Reinen Rechtslehre mit einer materialen Auslegungslehre aus, die es ermöglicht, wissenschaftliche Aussagen zu den Inhalten von Rechtsvorschriften insbesondere auch mit Argumenten zu begründen, die sich aus der Struktur der Rechtsvorschriften und ihrem System ergeben. *Karl Korinek* interessieren dabei vor allem die konkre-

³⁾ *Holoubek Michael*, Typologie und Abwägung – Karl Korinek und die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht, JBl 2005, 750 ff.

ten Inhalte des öffentlichen Rechts, was auch damit zusammenhängt, dass für ihn Rechtsdogmatik und Rechtsanwendung bei der Sinnermittlung der Rechtsvorschriften grundsätzlich an gleichartige erkenntnismäßige Voraussetzungen gebunden sind. Er selbst spricht daher umfassend von der „Wissenschaft vom Öffentlichen Recht und Rechtsanwendung“⁴⁾. In diesem Zugang wird wohl auch die langjährige Verbindung der Tätigkeit als universitärer Wissenschaftler und Verfassungsrichter sichtbar.

Karl Korinek verkörperte wie kaum ein anderer ein ganzheitliches humanistisches Bildungsideal. Fest verankert im katholischen Glauben war er aufgeschlossen für die Diskussion, Toleranz insbesondere auch gegenüber Andersdenkenden war ihm bei gleichzeitiger Festigkeit in seinen Ansichten ein wichtiges Gebot für ein geordnetes Miteinander. Wenn ihm etwas zuwider war, dann jede Form von Fundamentalismus. Die Anerkennung unterschiedlicher, oft gegensätzlicher Interessen und die Notwendigkeit, in einem Interessenausgleich einen gemeinsamen Nenner zu finden, hat *Karl Korinek* nicht nur wissenschaftlich gelehrt, sondern auch gelebt.

Für seine Schüler war *Karl Korinek* Förderer, Forderer und väterlicher Freund. Generationen von Studierenden habe ihn als begeisternden Universitätslehrer erlebt, der ihnen die Einsicht in die Funktion von Verfassungsrecht und seiner verfassungsgerichtlichen Durchsetzung als Garant für ein friedliches demokratisches Miteinander nahegebracht hat. Wenn Menschen, die vor gut 30 Jahren bei ihm eine Vorlesung besucht haben, und seitdem weder mit *Karl Korinek* noch mit Rechtswissenschaft oder Verfassungsgerichtsbarkeit etwas zu tun hatten, nach Bekanntwerden seines Ablebens in den sozialen Medien Abschiedsworte posten, in denen sie sich für diese Vorlesungen bedanken, sagt das viel.

*Karl Korinek*s Leidenschaft gehörte der Musik, insbesondere seiner geliebten Oper. Dass er im letzten Lebensabschnitt vor allem auch in der Musikkultur hervorgetreten ist, war für ihn das Erreichen eines langgehegten Wunsches und Zieles. Eines seiner Lieblingszitate aus seinem reichen Zitatenschatz geht auf das Buch Kohelet des Alten Testaments zurück und hat einen prominenten Platz in einer seiner Lieblingsoperen, dem Rosenkavalier: dass nämlich „alles seine Zeit hat“. *Karl Korinek* war insbesondere durch die Zeit, in der er aufgewachsen ist, geprägt. Er hat in seiner Zeit die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in Österreich geprägt wie wenig andere und er hat insbesondere als Mitglied und Präsident des Verfassungsgerichtshofs seine Zeit geprägt. Solche Persönlichkeiten sind rar. *Karl Korinek* wird sehr fehlen.

Wien, im April 2017
Michael Holoubek

⁴⁾ *Korinek Karl*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in Mayer Heinz ea (Hg), Staatsrecht in Theorie und Praxis. FS Robert Walter (1991) 363 (365).



Nachruf auf Karl Korinek*)

Am 9. März 2017 ist Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Karl Korinek* verstorben. Mit ihm verlieren die Rechtswissenschaften einen ihrer führenden Vertreter.

Karl Korinek wurde am 7. Dezember 1940 in Wien geboren und studierte nach der Reifeprüfung am Mariahilfer Gymnasium an der Universität Wien Rechtswissenschaften, wo er 1963 zum Dr. iur. promovierte. Seine Berufslaufbahn war von Beginn an die eines Rechtswissenschaftlers, der die Praxis nie aus den Augen verlor. Im Jahr 1964 trat er als Referent in die wissenschaftliche Abteilung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft ein. Er habilitierte sich im Jahr 1970 an der Universität Salzburg. Bereits 1973 wurde er zum Ordinarius für öffentliches Recht an die Universität Graz berufen, er begann in einem kollegialen Umfeld, das er auch in späteren Jahrzehnten besonders schätzte. Im Jahr 1976 wurde er an die Wirtschaftsuniversität berufen, wo er knapp zwanzig Jahre bis zum Jahr 1995 lehrte, als er an die Universität Wien wechselte. Mit der Ernennung zum Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes im Jahr 2003 beendete er die hauptamtliche Lehrtätigkeit an der Universität.

Karl Korinek hat das Öffentliche Recht in vielen Bereichen nachhaltig geprägt, einige seien stellvertretend herausgegriffen. Die Habilitationsschrift „Wirtschaftliche Selbstverwaltung“ führte die intensiver gewordene Diskussion aus den 1960er Jahren fort und vertiefte sie auf dem Feld, das ihm durch den früheren Beruf seines Vaters und seine eigene Tätigkeit besonders nahe war und bis zuletzt geblieben ist. Das Werk entfaltet bis heute Wirkung und gibt Antworten zu Grundfragen wie Autonomie und Aufsicht oder zur Pflichtmitgliedschaft, auch nachdem der Verfassungsgesetzgeber vor rund zehn Jahren die Lücke des Fehlens einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelung der beruflichen Selbstverwaltung geschlossen hat.

Der zweite Themenbereich, der mit dem Namen *Karl Korinek* wissenschaftlich aufs Engste verknüpft ist, ist jener des Grundrechtsschutzes in materieller Hinsicht und in der Durchsetzung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. So sehr *Korinek* im Verwaltungsrecht und auch theoretisch von der klaren Gedankenführung, insbesondere von *Adolf Julius Merkel*, geprägt war, so sehr hat er sich methodisch bei jenen wiedergefunden, die sich kritisch mit der Reinen Rechtslehre *Hans Kelsens* auseinandergesetzt haben. Er hat *Günther Winklers*

*) Ursprünglich erschienen in der JBl, 2017, Heft 4, 234–235.

Wertbetrachtung im Recht aufgegriffen und in seinen wissenschaftlichen Arbeiten ebenso wie in der Tätigkeit am Verfassungsgerichtshof weitergeführt. Sein Referat vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Innsbruck im Jahr 1980 zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen fand nicht nur über die Grenzen Österreichs hinaus Beachtung, sondern bereitete auch den Boden für ein stärker materielles Grundrechtsverständnis in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes. *Korinek* selbst trug mit Arbeiten zu den Grundrechten der Unverletzlichkeit des Eigentums, der Freiheit der Erwerbsbetätigung oder des Gleichheitsgrundsatzes maßgeblich zur wissenschaftlichen Vorbereitung und Aufbereitung der Judikatur bei.

Ein dritter Bereich ist das Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsverfassungsrecht. Eine der bahnbrechenden Arbeiten auf diesem Gebiet ist die gemeinsam mit *Michael Holoubek* verfasste Monographie zu den Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993). Nachhaltig setzt das Werk Positionen, die in hohem Maße Gefolgschaft finden – zum Legalitätsprinzip in der Selbstverwaltung, zu den Grundrechten, zu Grenzen der Ausgliederung etc. Weit über 100 Beiträge legte er zu Einzelfragen vor – vom Wohnrecht über das Rundfunk- und Telekommunikationsrecht bis zum Vergaberecht.

Ein vierter Bereich des Rechts, für den die Wissenschaftlerpersönlichkeit *Korinek* steht, ist das Kunst- und Kulturrecht. Sowohl in der wissenschaftlichen Lehre als auch in der Publikationstätigkeit hat er sich dem Verhältnis von Staat und Kunst lange Jahre gewidmet. In Festschriftbeiträgen für Freunde beschäftigte er sich mit der Organisation der Musiktheater ebenso wie mit dem Opernzeit. Eine kleine, aber feine Monographie mit dem Titel „Staat und Kunst“ aus dem Jahr 2006 unternimmt innovatives Weiterdenken in einem auch grundrechtlich sensiblen Feld, im Besonderen im Bereich der Kunstförderung.

Mit dieser Bemerkung ist übergeleitet zum Wissenschaftler *Karl Korinek* insgesamt. Er rang um die Rechtsfragen am Schreibtisch. Er verstand es aber auch, die Ergebnisse seiner Arbeiten in den Gesamtkontext der gesellschaftspolitischen Rahmenbedingungen zu stellen und überzeugend zu vermitteln. Der Rechtsstaat und die Demokratie waren ihm dabei stets ein besonderes Anliegen. Im Österreich-Konvent leitete er einen Ausschuss mit dem Ziel der Kodifikation des zersplitterten Verfassungsrechts, er selbst sprach einmal von der „Verhüttelung“. Die eine oder andere Streusiedlung konnte mit Hilfe seiner Vorarbeiten beseitigt werden.

Über seine eigenen Arbeiten hinaus bemühte er sich um die wissenschaftliche Durchdringung des Öffentlichen Rechts – die Förderung jüngerer Wissenschaftler war ihm ein besonderes Anliegen. Die Organisation zahlreicher Seminare und Tagungen dokumentiert dieses Bemühen ebenso wie die Herausgabe einer Vielzahl von Sammelbänden. Die „Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“ (ÖZW) war und bleibt mit seinem Namen untrennbar verbunden.

Als er 1990 gefragt wurde, ob er dem Herausgeberkollegium der Juristischen Blätter beitreten wolle, betonte er seine Freude an dieser Aufgabe: Schon sein Vater habe ihm die Rolle dieser Zeitschrift für das juristische Leben in Österreich geschildert. An dem davon geprägten Engagement hat sich bis zu seinem gesundheitsbedingten Ausscheiden 2012 nichts geändert. Mit großer Genauigkeit, Termintreue und – natürlich – Sachkunde hat er gemeinsam mit den übrigen Fachvertretern das öffentliche Recht, vor allem das Verfassungsrecht und hier wieder die von ihm sorgfältig redigierten Publikationen der Entscheidungen des VfGH betreut und im Aufsatzteil die Qualität der Publikationen gesichert. Darüber hinaus hat seine verbindliche, in der Sache aber entschiedene Art, an kleine und größere Probleme heranzugehen, der Schriftleitung und dem Herausbergremium immer wieder geholfen, dem Anspruch der Zeitschrift gerecht zu werden. Wir alle und der Verlag schulden ihm großen Dank.

Als größte editorische Leistung ist die ziemlich genau zwanzig Jahre zurückliegende Initiative *Korinek's* und seines Schülers *Michael Holoubek*, unterstützt von seiner langjährigen Mitarbeiterin *Andrea Martin*, anzusehen, einen Großkommentar zum österreichischen Bundesverfassungsrecht ins Leben zu rufen. Der Kommentar umfasst derzeit an die zehntausend Seiten und neun Bände, knapp hundert Autoren aus allen Fakultäten und wichtigen Institutionen aller Staatsgewalten. Mehr als das Quantitative zählt freilich die Qualität; kaum eine wichtige Publikation zum Verfassungsrecht, kaum eine bedeutende Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes kommt ohne ein Zitat des „*Korinek/Holoubek*“ aus.

Karl Korinek war auch als akademischer Lehrer prägend. Er verstand es, seine Gedanken mit der ihm eigenen Eloquenz und gewinnenden Art, ja oft auch mit einem gerüttelt Maß an Humor, jungen Leuten im Hörsaal ebenso näher zu bringen wie Assistenten und Kollegen in Seminaren und wissenschaftlichen Tagungen. Legendär sind die Seminare an der Wirtschaftsuniversität, in denen es oft um die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ging. Aus den Neigungen des Kopfes und einem verschmitzten Lächeln versuchten die Zuhörer oft Schlussfolgerungen für die künftige Judikatur zu ziehen. *Karl Korinek* war auch jenseits der Wissenschaft im Dienste von Staat, Recht und Gesellschaft tätig. Standards setzte er nicht nur in der Wissenschaft; über 15 Jahre leitete er das Österreichische Normungsinstitut. Er übte wichtige Aufgaben in Kontrollorganen von Banken, Versicherungen und Wohnbaugenossenschaften aus, und er begleitete in verschiedenen Funktionen den Kunst- und Musikbetrieb in Wien.

Den mit Abstand wichtigsten Dienst im Staatswesen leistete er jedoch als Verfassungsrichter. Mit nur 37 Jahren wurde er zum Mitglied des Verfassungsgerichtshofes, und er blieb es über dreißig Jahre lang. Als ständiger Referent bereitete er wichtige Entscheidungen, die die Grundrechtsjudikatur nachhaltig

beeinflussten, ebenso vor, wie Entscheidungen zum Rundfunkrecht oder zur Ausgliederung staatlicher Aufgaben auf private Rechtsträger und ihre Grenzen. Eine besondere Rolle spielte er in der juristischen Verarbeitung des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union. Die um die Jahrtausendwende im Europarecht erarbeiteten Grundpositionen sind bis heute Orientierungsmarken für das Verhältnis zwischen Europarecht und Verfassungsrecht (Stichwort „doppelte Bedingtheit“), die über Österreich hinaus in ganz Europa Beachtung finden. Als Präsident war er ein umsichtiger Leiter der Diskussionen im „Blauen Salon“ der ehemaligen Böhmisches Hofkanzlei am Judenplatz, bemüht um ausgewogene Lösungen und konzise Begründungen – und stets auch mit einem Blick auf die Folgen der Entscheidungen. Die Kommunikation der Judikatur in der Öffentlichkeit hat er an die Anforderungen der modernen Mediengesellschaft angepasst und damit dem Gerichtshof zu einer stärkeren Stellung im Gefüge der Staatsfunktionen verholfen, ohne die Grenzen zu einem politischen Kommentator zu überschreiten.

Karl Korinek hat sich Zeit seines Lebens nicht geschont. Die Folgen dessen zwangen ihn, als Präsident des Verfassungsgerichtshofes vor der Zeit zurückzutreten. Die öffentlichen Auftritte wurden seltener, er blieb aber ein scharfer Beobachter der Entwicklungen in Österreich und in Europa. Seine Sorge um den liberalen demokratischen Rechtsstaat wurde nicht geringer. Noch im Oktober 2015 warnte er aus Anlass der Verleihung des Verfassungspreises eindringlich vor den Gefährdungen des demokratischen Rechtsstaats durch ein Übermaß an Überwachung.

In den letzten Jahren blieb mehr Zeit für die Familie, die Schicksalsschläge zu verkraften hatte und für ihn ungeachtet aller beruflichen Herausforderungen stets an oberster Stelle stand. Zeit blieb aber auch für die Musik und das Schreiben über die Musik. Man sah *Korinek* in den Zuschauerrängen, als Verantwortlichen im Aufsichtsrat der Wiener Staatsoper und als Präsidenten der Freunde der Wiener Staatsoper. *Karl Korinek* war Freund nicht nur der Musik, sondern auch vieler Musiker. Seine in die Schulzeit zurückreichende Liebe zur Musik ist dokumentiert durch zwei lesenswerte Bücher, eines über Joseph Haydn (2010) und sein letztes über den Rosenkavalier (2012). Auf der letzten Seite dieses Buchs findet sich der Vorschlag, das Schöne, Feine und Nuancierte aus der Oper in das Berufsleben hereinzuholen, weil es zum Lächeln anrege und so das Leben leichter mache – „dem, der lächeln kann, und denen, die es mit Menschen zu tun haben, die lächeln können“. *Karl Korinek* war ein Mensch, der oft lächeln konnte, und er gab uns den Schluss des „Falstaff“ als letztes Zitat mit: „Tutto nel mondo è burla.“

Peter Rummel
Meinhard Lukas
Christoph Grabenwarter

Publikationsverzeichnis *Karl Korinek*

I. Selbständige Publikationen

a) Wissenschaftliche Werke

1. Wirtschaftliche Selbstverwaltung; Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel der österreichischen Rechtsordnung, Springer-Verlag, Wien–New York 1970
2. Verfassungsrechtliche Aspekte der Raumplanung; Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Gedanken zu Planungsrecht und Eigentumsschutz, Linz 1971
3. Rechtliche Probleme der Anwendung von Raumordnungsgesetzen – zur Interpretation des öö ROG, Linz 1975
4. Bodenbeschaffung und Bundesverfassung – Zur verfassungsrechtlichen Problematik des Bodenbeschaffungsgesetzes, Wien 1976
5. Das Petitionsrecht im demokratischen Rechtsstaat, Recht und Staat, Heft 474/475, Tübingen 1977
6. Verfassungsrechtlicher Eigentumsschutz und Raumplanung, Linz 1977
7. Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz – Handbuch und Kommentar, Loseblattausgabe, Wien 1979 ff (gemeinsam mit Bern-Christian Funk, Bernd Scherz, Erhard Weinberger [nunmehr: Josef Aicher], Reinhard Wieser)
8. Verfassungsbewußtsein in Österreich, Schriftenreihe der NÖ Jur. Gesellschaft, Heft 33/34, St. Pölten 1983
9. Ministerverantwortlichkeit, Heft 1 der Schriftenreihe Recht – Politik – Wirtschaft, Wien 1986
10. Entwicklungstendenzen in der Grundrechtsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, Schriftenreihe der NÖ Jur. Gesellschaft, Heft 61, Wien 1992
11. Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung – Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmenbedingungen nicht hoheitlicher Verwaltung, Graz 1993 (gemeinsam mit Michael Holoubek)
12. Bundesvergabegesetz-Textausgabe, Wien 1993 (gemeinsam mit Josef Aicher)

13. Handbuch des Enteignungsrechts, Wien 1994 (gemeinsam mit Dietmar Pauer und Peter Rummel)
14. Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (Aufsatzsammlung), Wien 2000
15. Kulturrecht im Überblick, Wien 2004 (gemeinsam mit Richard Potz, Armin Bammer und Wolfgang Wieshaider)
16. Staat und Kunst, Paderborn 2005

b) Nicht wissenschaftliche Werke

1. Der Onkel Julius oder: Der Wiederaufbau Österreichs in Anekdoten, Wien 2005
2. Joseph Haydn – Erneuerung und Vollendung; Eine Annäherung in fünf Essays, Wien 2009
3. Der Rosenkavalier: Eine wienerische Maskerad' – und weiter nichts?, Wien 2012

c) Compact-Disques

1. Haydn hören mit Karl Korinek
2. Auch das ist Kultur – Gedanken zur Kultur des Rechts und zur Rechtskultur

II. Weitere in Druck erschienene wissenschaftliche Veröffentlichungen

1. Der Wirtschaftsbeirat aus verfassungsrechtlicher Sicht – Wirtschaftspolitische Blätter 1964, 397 ff
2. Zur Verfassungsmäßigkeit der Ruhensbestimmungen nach dem ASVG – Österreichische Juristenzeitung 1965, 113 f
3. Die Neugestaltung des Instanzenzuges in Patent- und Markensachen – Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1965, 1 ff
4. Zur Problematik sozialer Grundrechte – Jubiläumsnummer 1000 der Berichte und Informationen 1965, 7 ff
5. Zur Wohnbauforderung des Bundes-Wohn- und Siedlungsfonds – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1966, 91 f
6. Authentische Sprache der Menschenrechtskonvention – Der Staatsbürger (Beilage zu den Salzburger Nachrichten) 1966, Folge 12, 1 f

7. Parteien und Verbände in der österreichischen Rechtsordnung – Politische Studien 1966, Heft 169, 410 ff
8. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes v. 17. 3. 1966, G 25, 26/65 (Sozialversicherungsruhenbestimmungen sind nicht verfassungswidrig) – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1966, 148 ff
9. Diskussionsbeitrag zum Thema: Die Grundrechtssituation in Österreich – in: Fragen des sozialen Lebens, Band 3, Wien 1966, 87 ff
10. Zur Verfassungsmäßigkeit des Obersten Patent- und Markensenes – Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1966, 77 ff
11. Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates – (Besprechungsaufsatz) – Wirtschaftspolitische Blätter 1967, 1 ff
12. Selbstverwaltung in Gemeinden und Kammern – Ein Abgrenzungsversuch – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1967, 65 ff
13. Entscheidungskommentar zum Urteil des Obersten Gerichtshofes v. 9. 3. 1965, 4 Ob 32/65 (Über die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Behaltspflicht des Lehrherrn gemäß § 105a GewO) – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1967, 108 ff
14. Diskussionsbeitrag zum Thema: Die verfassungsrechtlichen Sehranken der Selbstverwaltung in Österreich – in: Verhandlungen des 3. Österreichischen Juristentages Wien 1967, Band II/3, 91 ff
15. Um einen neuen Grundrechtskatalog – Die Republik, Heft 4/67, 24 ff
16. Die Subsidiaritätsklauseln in den österreichischen Gemeindeordnungen – verfassungswidrig? – Neue Technik und Wirtschaft 1967, 281 f
17. Zur Stellung der Staatssekretäre – Berichte und Informationen 1968, Heft 1164, 5 f
18. Planung und Verfassung – Wirtschaftspolitische Blätter 1968, 270 ff
19. Verfassungsrechtliche Gedanken zu einem Energieplan – Sondernummer „Energiewirtschaft in Österreich“ der Montan-Rundschau Wien 1968, 19 ff
20. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes v. 19. 6. 1968, Zl 194/68 (Zur Relevanz einer Grundsteuerbefreiung auf Grund eines Landesgesetzes für die Versicherungspflicht nach dem LZVG) – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1969, 145 ff
21. Vorwort zum Neudruck des Allgemeinen Verwaltungsrechts von Adolf Merkl – Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1969

22. Kammern und Verbände in der österreichischen Rechtsordnung – Wirtschaftspolitische Blätter 1970, 3 ff
23. Organisation und rechtliche Konstruktion der Paritätischen Kommission – Wirtschaftspolitische Blätter 1970, 58 ff
24. Adolf Merkl zum 80. Geburtstag – Die öffentliche Verwaltung 1970, 193 f
25. Die Zustimmung zur Kündigung von Invaliden als Ermessensakt – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom freien Ermessen – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1970, 89 ff
26. Zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, in: Imboden u. a. (Hg), Festschrift Adolf J. Merkl, München 1970, 171 ff
27. Könnte das Zweite Verstaatlichungsgesetz heute noch durch einfaches Gesetz abgeändert werden? – Ein Beitrag zum Verständnis der Kompetenzartikel des B-VG, Juristische Blätter 1970, 544 ff
28. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes v. 10. 3. 1970, B 149/69 (Die steuerliche Behandlung von Familienbeihilfen ist verfassungskonform) – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1970, 181 ff
29. Eigentum und Wirtschaftsverfassung – Wirtschaftspolitische Blätter 1970, 399
30. Budget und Verfassung, Vortrag vor der Kärntner Juristischen Gesellschaft (Vortragsbericht in: Österreichische Juristenzeitung 1971, 150 ff)
31. Verfassungsrechtliche Probleme des Umweltschutzes im Bundesstaat – Wirtschaftspolitische Blätter 1971, 82 ff
32. Die verfassungsrechtliche Problematik der Fondskonstruktion des Marktordnungsgesetzes, in: Manfred Welan u. a., Aktuelle Probleme des Agrarrechts, Linz 1971, 39 ff
33. Rechtliche Aspekte einer Stadterneuerung – Berichte und Informationen 1971, Heft 1287/88, 9 ff
34. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes v. 29. 10. 1969, Zl 317/69 (Zur Anwendung der Bauarbeiterschutzverordnung bei der Übertragung von Aufträgen an Subunternehmer) – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1971, 101 ff
35. Das Organstrafmandat im Lichte der Lehre vom freien Ermessen, in: Lentze/Putzer (Hg), Festschrift Ernst C. Hellbling, Salzburg 1971, 329 ff
36. Verfassungsschranken für die Bodenpolitik – Berichte und Informationen 1971, Heft 1312/13, 1 ff
37. Vom Wandel im Wesen der Interessenvertretung – Wirtschaftspolitische Blätter 1971, 378 ff

38. Betrachtungen zur juristischen Problematik sozialer Grundrechte – in: Die sozialen Grundrechte, Fragen des sozialen Lebens, Band 10, hgg v. der Katholischen Sozialakademie Österreichs, Wien 1971, 9 ff
39. Die kommunale Wirtschaftstätigkeit im Rechtsstaat, in: v. Bonin (Hg), Festschrift Ernst Kolb zum 60. Geburtstag, Innsbruck 1971, 203 ff
40. La consultation dans l' administration contemporaine en Autriche, Österreichischer Landesbericht, in: Langrod (Hg), La Consultation dans l' administration contemporaine, hgg v. Paris 1972, 711 ff
41. Zum Begriff des Wirtschaftsverfassungsrechts, in: Wirtschaft und Verfassung in Österreich – Franz Korinek zum 65. Geburtstag, Wien 1972, 23 ff
42. Selbstverwaltung in der Sozialversicherung – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1972, 163 ff, 211 ff
43. Verfassungsrechtliche Garantie des Eigentums an Grund und Boden – Wirtschaftspolitische Blätter 1972, 335 ff
44. Rechtsprobleme eines künftigen Elektrizitätswirtschaftsgesetzes – in: Mayer-Maly (Hg), Energiewirtschaft und Recht, Wien 1973, 5 ff
45. Diskussionsbeitrag zum Thema: Rechtsquellen und Rechtsanwendung, in: Verhandlungen des 5. Österreichischen Juristentages, Wien 1973, Band II/1, 79 ff
46. Rechnungshof und Landeskontrollamt – Das öffentliche Haushaltswesen in Österreich 1974, 19 ff
47. Beratung in der Verwaltung (deutsche Fassung von Nr. 40) in: Fischer u. a. (Hg), Dimensionen des Rechts – Gedächtnisschrift René Marcic, Berlin 1974, 1025 ff
48. Raumplanung durch Vereinbarung – Wirtschaftspolitische Blätter 1974, 114 ff
49. Die Sozialpartnerschaft und ihre Verwirklichung in der österreichischen Rechtsordnung. Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft (Vortragsbericht in: Österreichische Juristenzeitung 1974, 486 f)
50. Der Föderalismus und die Verbände in Österreich, in: Föderalismus heute, hgg v. der Österreichischen Gesellschaft für Politik, Wien o. J. (1974), 61 ff
51. Rechtliche Möglichkeiten und rechtliche Situation des Umweltschutzes auf dem Gebiet des Wohnens, Bauens und Planens – Schriftenreihe der Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen, Heft 53, Wien 1974 (gemeinsam mit Brigitte Gutknecht)
52. Umweltschutz durch Raumplanung – Wohnbauforschung in Österreich 1974, 81 ff (gemeinsam mit Brigitte Gutknecht)

53. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes Slg 7220/1972 (Zum Begriff der volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preise) – Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1974, 124 ff
54. Das Stadterneuerungsgesetz, in: Karl Korinek/Gerhard Frotz/Norbert Wimmer, Rechtsfragen der Stadterneuerung, Wien 1974, 9 ff
55. Der gewerberechtliche Industriebegriff nach Wilburgs beweglichem System, in: Festschrift Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, hgg v. der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Graz 1975, 163 ff
56. Das System der Preisregelung in Österreich – Wirtschaftspolitische Blätter 1975, 74 ff
57. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes v. 21. 6. 1974, ZI 1948/73 (Übertragung der Meldepflicht gemäß § 35 Abs 3 ASVG) – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht 1976, 28 ff
58. Verfassungsrechtliche Gedanken zur Diskussion um innerparteiliche Vorwahlen, in: Prantner/Khol/Stirnemann (Hg), Um Parlament und Partei – Alfred Maleta zum 70. Geburtstag, Wien 1976, 245 ff
59. Probleme der Realisierung von Stadterneuerungsvorhaben – in: Probleme der Stadterneuerung, Monographie Nr. 22 der Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen, Wien 1976, 43 ff
60. Die Prinzipien des österreichischen Systems der Sozialpartnerschaft und ihre Fundierung in der Katholischen Soziallehre – in: Schambeck (Hg), Kirche und Staat, Fritz Eckert zum 65. Geburtstag, Berlin 1976, 369 ff
61. Die Realisierung der Idee der Sozialpartnerschaft in der österreichischen Rechtsordnung – Wirtschaftspolitische Blätter 1976, Heft 4, 6 ff
62. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Gedanken zur Neugestaltung des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts – in: Bernd-Christian Funk/Karl Korinek, Zur Reform des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts, Schriftenreihe des Instituts für angewandte Sozial- und Wirtschaftsforschung, Heft 26, Wien 1976, 53 ff
- 62a Preisrecht und Preispolitik, in: Aktuelle Unterlagen zum Wirtschafts- und Sozialkundeunterricht, Arbeitsgemeinschaft Wirtschaft und Schule (Hg), Heft 18, Wien 1976, 2 ff (gemeinsam mit Johannes Farnleitner)
63. Die verfassungsrechtliche Garantie einer marktwirtschaftlichen Ordnung durch die österreichische Bundesverfassung – Wirtschaftspolitische Blätter 1976, Heft 5, 87 ff
64. Kurzreferat zum Thema: Raumordnung und Umweltschutz – in: Verhandlungen des 6. Österreichischen Juristentages, Innsbruck 1976, Band III/1, 109 ff

65. Vorbereiteter Diskussionsbeitrag (Österreich-Bericht) zum Thema: Unternehmer und Unternehmen in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL Band 35, Berlin 1977, 110 ff
66. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes v. 11. 3. 1976, G 30/74 und 46/75 (Gesichtspunktetheorie; Entschädigungspflicht bei Eigentumsbeschränkungen) – Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1977, 25 ff
67. Die rechtliche Problematik des Rundfunkmonopols – Der Staatsbürger (Beilage zu den Salzburger Nachrichten) 1977, Folge 11, 1 f
68. Die verfassungsrechtliche Grundlegung der österreichischen Sozial- und Wirtschaftsordnung, in: Mock/Schambeck (Hg), Verantwortung in Staat und Gesellschaft, Wien 1977, 245 ff
69. Der Beitrag Pius' XII. zur katholischen Lehre vom demokratischen Staat, in: Schambeck (Hg), Pius XII. zum Gedächtnis, Berlin 1977, 563 ff
70. Der österreichische Rundfunk in organisationsrechtlicher Sicht, in: Die Organisation von Rundfunk und Fernsehen in rechtsvergleichender Sicht – Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln, Band 22, München 1977, 17 ff
71. Rechtsproblem des Ladenschlußgesetzes – Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1978, 1 ff
72. Die Organisation der Sozialversicherung, in: Theodor Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts, Wien 1978 ff (ab der 18. Lfg. 2006 gemeinsam mit Barbara Leitl)
73. Nochmals: Zur Verfassungswidrigkeit des Rundfunkmonopols – Der Staatsbürger (Beilage zu den Salzburger Nachrichten) 1978, Folge 19, 2 f; Folge 20, 3 f
74. Les instruments juridique de la politique foncière des villes, Österreichischer Landesbericht, in: Fromont (Hg), Les instruments juridiques de la politique foncière des villes, Brüssel 1978, 69 ff (gemeinsam mit Christine Kaan)
75. Rechtliche Probleme der Durchführung von Stadterneuerungsvorhaben, WBFÖ-Wohnbauforschung in Österreich 1978, 30 ff
76. Bedeutung der Grundrechte, Generalbericht bei der IV. Konferenz der europäischen Verfassungsgeschichte, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 1978, 489 ff
77. Die Sozialpartner in Österreich auf gesellschaftlicher Ebene, in: Utz u. a. (Hg), Die Sozialpartner in Wirtschaft, Gesellschaft und Staat, Sammlung Politeia Band XXXI, Stuttgart 1979, 134 ff

78. Rechtliche Hemmnisse der Stadterneuerung, in: Zur rechtlichen Situation der Stadterneuerung – Befund und Änderungsvorschläge – Schriftenreihe der FGW, Heft 76, Wien 1979, 3 ff (gemeinsam mit Brigitte Gutknecht)
79. Referatsbericht Rechtsgrundlagen und öffentlich-rechtliche Probleme der Auftragsvergabe, in: Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts, IV-S-1, 1 ff
80. Rechtliche Probleme der Durchführung von Stadterneuerungsvorhaben (Nachdruck von Nn 75), BBK, Heft 5/79, 6 ff
81. Diskussionsbeitrag in: Klaus Vogel (Red), Grundrechtsverhältnis und Normenkontrolle, Kolloquium zum 70. Geburtstag von Hans Spanner, Wien 1979, 87 ff
82. Beiräte in der Verwaltung, in: Ermacora u. a. (Hg), Rill (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, Festschrift Walter Antonioiii, Wien 1979, 463 ff
83. Recht auf Arbeit – verfassungsrechtliche Aspekte, in: Das Recht auf Arbeit, Gesellschaft und Politik – Schriftenreihe des Dr. Karl Kummer-Institutes für Sozialpolitik und Sozialreform, Heft 2/1979, 32 ff
84. Landesbericht Österreich, in: Bullinger/Kübler (Hg), Rundfunkorganisation und Kommunikationsfreiheit (Berichte der Tagung für Rechtsvergleichung 1979 in Lausanne), Baden-Baden 1979, 183 ff
85. Diskussionsbeitrag zum Thema: Kosten-Nutzen-Analyse der Gesetzgebung, in: Verhandlungen des 7. Österreichischen Juristentages, Salzburg 1979, Band II/1, 65 ff
86. Das System der österreichischen Sozialpartnerschaft, in: Phänomen Sozialpartnerschaft, Schöpfer (Hg), Festschrift Hermann Ibler zum 75. Geburtstag, Graz 1980, 9 ff
87. Die Gewährleistung von Kommunikationsfreiheit im österreichischen Rundfunkrecht (Nachdruck von Nr. 84), in: Rundfunkrecht 1980, 1 ff
88. Der Grundrechtsschutz, in: Schambeck (Hg), Das österreichische B-VG und seine Entwicklung, Berlin 1980, 291 ff (gemeinsam mit Brigitte Gutknecht)
89. Die verfassungsrechtliche Fundierung der Unternehmerwirtschaft, in: Mayer (Hg), Management der achtziger Jahre, Wien 1980, 99 ff
90. Artikel „Enteignung“, in: Katholisches Soziallexikon², hgg v. Klose/Mantl/Zsifkovits (Hg), Innsbruck 1980, Sp. 547 ff
91. Artikel „Kontrolle“, ebenda, Sp. 1504 ff
92. Das Gesetzesprüfungsrecht als Kern der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Salzburger Symposion zum Jubiläum 60 Jahre Bundesverfassung – Schriftenreihe des Salzburger Landespressebüros – Sonderpublikationen Band 31, Salzburg 1980, 108 ff

93. Kontrollprobleme, in: Funk (Hg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Wien 1981, 101 ff
94. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, Bericht auf der Staatsrechtslehrrtagung Innsbruck 1980, VVDStRL Band 39, Berlin 1981, 7 ff
95. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Auftragsvergabe – Teiluntersuchung im Rahmen des Forschungsvorhabens „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, als Manuskript vervielfältigt, Wien 1981 (gemeinsam mit Stephan Schwarzer)
96. Rechtsprobleme um die „ORF-Nachlese“ – Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1981, 65 ff (gemeinsam mit Christine Rose)
97. Verfassungsrechtliche Probleme des Vergabegesetzentwurfes, in: Berichte über ein Symposium der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht zum Thema „Entwurf eines Vergabegesetzes“ am 4. 11. 1981, als Manuskript vervielfältigt, Wien 1981 (Vortragsbericht bei Stephan Schwarzer, in: Korinek/Krejci [Hg], Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts, IV-S-2, 1 ff)
98. Die Beschränkung der Privatautonomie durch Wirtschaftsgesetze, Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft (Vortragsbericht in: Juristische Blätter 1982, 29 ff)
99. Zur Lage des Eigentumsschutzes in Österreich – Wirtschaftspolitische Blätter 1/1982, 125 ff
100. Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung im B-VG, in: Korinek/Rill (Hg), Grundfragen des Wirtschaftslenkungsrechts, Wien 1982, 83 ff
101. Gedanken zur Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitsgrundsatz nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: Schäffer/König/Ringhofer (Hg), Im Dienst an Staat und Recht, Festschrift Erwin Melichar, Wien 1983, 39 ff
102. Interessenvertretung im modernen Wirtschaftsstaat – Agrarische Rundschau 1983, Heft 7, 15 ff
103. Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung, in: Korinek (Hg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht – Festschrift Karl Wenger, Wien 1983, 243 ff
104. Änderungen im Rechtsschutzsystem, Der Staatsbürger (Beilage zu den Salzburger Nachrichten) 1984, Folge 17, 1 f
105. La jurisdiccion constitucional en el sistema de las funciones estatales, Revista Uruguayana de Estudios internacionales 1984/1985, N^{os} 5-9, 49 ff (Übersetzung einer leicht gekürzten Fassung von Nr. 94)

106. Die neue Wohnbauförderung – WBFÖ-Wohnbauforschung in Österreich 1985, 1 ff
107. Stand und Aufgabe der Verwaltungslehre in Österreich – Zeitschrift für Verwaltung 1985, 1 ff
108. Rechtliche Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit – Wirtschaftspolitische Blätter 1985, 16 ff
109. Über die Auswirkungen einer Grundrechtsreform auf das bestehende Recht, in: Rack (Hg), Grundrechtsreform, Graz 1985, 95 ff
110. Das Konzept der Regierungsvorlage zu einem Vergabegesetz und seine rechtsstaatliche sowie bundesstaatliche Bedeutung, in: Korinek/Rill (Hg), Zur Reform des Vergaberechts, Wien 1985, 1 ff
111. Entscheidungskommentar zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes v. 5. 6. 1984, 83/04/0330 (betreffend Handelskammermitgliedschaft des ORF) – Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1986, 22 ff
112. Das neue Wohnbauforderungsrecht im Spiegel seiner Gesetzestechnik, in: Barfuß u. a. (Hg), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Gedenschrift Fritz Schönherr, Wien 1986, 379
113. Die Stellung der Rechnungshofkontrolle im System der Kontrolle und Aufsicht über wirtschaftliche Unternehmungen, in: Korinek (Hg), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof, Wien 1986, 121 ff
114. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Starck/Weber (Hg), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Baden-Baden 1986, 121 ff
115. Das Bewegliche System im Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: Bydliniski u. a. (Hg), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien 1986, 243 ff
116. Die Verbandsrevision im System von Aufsicht und Kontrolle über gemeinnützige Bauvereinigungen – Zeitschrift für das gemeinnützige Wohnungswesen in Bayern, 1986, 564 ff
117. Ein sinnvolles Kontrollsystem für die Gemeinnützigkeit – Wohnen und Siedeln, Heft 4/1986, 4 ff (weitgehend identisch mit Nr. 116)
118. Sozialpartnerschaft und Parlament, in: Schambeck (Hg), Österreichischer Parlamentarismus, Werden und System, Berlin 1986, 613 ff
119. Idee und Entwicklung der Sozialpartnerschaft in Österreich, in: Ress (Hg), Rechtsfragen der Sozialpartnerschaft, Köln 1987, 9 ff
120. Die Realisierung der Sozialpartnerschaft in der österreichischen Rechtsordnung, ebenda, 79 ff

121. Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftsaufsichtsrechtlicher Sanktionen über gemeinnützige Wohnungsunternehmungen – Wirtschaftsrechtliche Blätter 1987, 290 ff
122. Krise des Rechtsbewußtseins – Krise des Rechtsstaates, in: Schäffer (Hg), Gesetzgebung und Rechtskultur, Wien 1987, 75 ff
123. Agrarrecht in der Grundrechtsordnung – Agrarische Rundschau 1988, Heft 1, 22 ff; auch abgedruckt in: Agrarrecht 1988, 61 ff
124. Die Beschränkung von Grundrechtspositionen durch die Untersuchungshaft und ihre Grenzen, in: Korinek/Kain (Hg), Grundrechte und Untersuchungshaft, Wien 1988, 11 ff
125. Vereins- und gewerberechtliche Fragen der Wirtschaftstätigkeit von Vereinen, in: Korinek/Krejci (Hg), Der Verein als Unternehmer, Wien 1988, 25 ff
126. Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, in: Merk/Schambeck/Schmitz (Hg), Die soziale Funktion des Marktes - Festschrift Alfred Klose, Berlin 1988, 53 ff
127. Der grundrechtliche Rahmen des Telekommunikationsrechts, in: Korinek/Stampfl-Blaha (Hg), Beiträge zum Telekommunikationsrecht, Wien 1989, 67 ff
128. Grundrechte und Wirtschaftsordnung, in: Wirtschaft und rechtliche Schranken, hgg v. der Österreichischen Juristenkommission, Wien 1989, 89 ff
129. Diskussionsbeitrag zum Thema: Der Gleichheitsgrundsatz, VVDStRL Band 47, Berlin 1989, 70 ff
130. Der rechtsstaatliche Deregulierungsansatz, in: Ansätze zur Deregulierung im geforderten Wohnungsbau, Heft 110 der Schriftenreihe der Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen, Wien 1989, 1 ff
131. Abbau technischer Handelshemmnisse, in: Economy, Heft 7/89, 11 ff
132. Möglichkeiten und Grenzen der Unternehmenstätigkeit gemeinnütziger Bauvereinigungen, in: Korinek/Krejci (Hg), Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts, III-Mon-5, 1 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek)
133. Die Beurkundung der Bundesgesetze durch den Bundespräsidenten, in: Mock/Schambeck (Hg), Verantwortung in unserer Zeit – Festschrift Rudolf Kirchschläger, österreichische Staatsdruckerei, Wien 1990, 121 ff
134. Die Tatsachenermittlung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, in: Stern (Hg), 40 Jahre Grundgesetz – Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung, München 1990, 107 ff

135. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verwaltung in Österreich, in: Georg Ress (Gesamtred.), *Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wien 1990, 287 ff
136. Grundlagen der Selbstverwaltung in der Land- und Forstwirtschaft – *Agrarische Rundschau* 1990, Heft 6, 34 ff
137. Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: Mayer u. a. (Hg), *Staatsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Wien 1991, 363 ff
138. Staatsrechtliche Überlegungen zur aktuellen Diskussion um die Selbstverwaltung – *Wirtschaftspolitische Blätter* 1991, Heft 1, 48 ff
139. Staatsrechtliche Grundlagen der Kammer-Selbstverwaltung – *Das Recht der Arbeit* 1991, 105 ff
140. Aufgaben, Organisation und Verfahren der Vergabekontrollkommission beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten, in: Karl Korinek/Josef Aicher, *Vergabekontrollkommission*, Wien 1991, 7 ff
141. Grenzen für die Begründung einer Landeskompetenz zur administrativen Beschränkung des Grundverkehrs mit Baugrundstücken – *Österreichische Immobilien-Zeitung* 1991, 228 f
142. Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht – *Juristische Blätter* 1991, 409 ff
143. Gleichheitsgrundsatz und Abgaberecht, in: Gassner/Lechner (Hg), *Steuerbilanzreform und Verfassungsrecht*, Wien 1991, 73 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek)
144. Grundrechtliche Grundlagen einer umfassenden Wohnrechtsreform – *Wohnrechtliche Blätter* 1991, 181 ff
145. Nachdruck von Nr. 139, in: Martinek u. a. (Hg), *Arbeit, Recht und Gesellschaft – Festschrift Walter Schwarz zum 65. Geburtstag*, Wien 1991, 255 ff
- 145a. Selbstverwaltung versus starker Staat – Kammer-Selbstverwaltung in der österreichischen Staatsordnung, in: *Academia, Zeitschrift für Politik und Kultur*, Heft 3, Wien 1991, 24 ff
146. Probleme der Angleichung des österreichischen Rechts der Auftragsvergabe an das Recht der EG, in: Rill/Griller (Hg), *Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Wien 1991, 215 ff; auch abgedruckt in: Brigitte Gutknecht/Karl Korinek/Michael Holoubek, *Das Vergaberecht der EG – Bestand und Anpassungsbedarf für Österreich*, Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Europarecht der Universität Graz, Graz 1991, 43 ff

147. Agrarrecht in der Grundrechtsordnung (weitgehend identisch mit Nr. 123), in: Pikalo/Weimar/ Winkler (Hg), Agrarrecht in Europa, Band 874 der Europäischen Hochschulschriften – Reihe II/Rechtswissenschaften, Verlag Peter Lang, Frankfurt/Main 1991, 17 ff
148. Grundrechte und administrative Beschränkungen des Liegenschaftsverkehrs – Zeitschrift für Verwaltung 1992, 8 ff
- 148a Gemeinnützigkeit ist unentbehrlich, in: Wohnen Plus – Zeitschrift der Gemeinnützigen Bauvereinigungen, Heft 1, Wien 1992, 13ff
149. Deregulierung als drängende politische Aufgabe, in: Neisser/Frieser (Hg), Hilflös im Paragraphenschlingen, Wien 1992, 31 ff
150. Das Zusammenspiel hoheitlicher und privatrechtlicher Gestaltungsakte in der kommunalen Wirtschaftsverwaltung, in: Krejci/Ruppe (Hg), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung, Wien 1992, 27 ff
151. Sind Vergabefehler unvermeidlich? Die Kontrolle öffentlicher Aufträge, in: Kraus/Schwab (Hg), Wege zur besseren Finanzkontrolle, Wien–Graz–Köln 1992, 66 ff
152. Rechtliche Fragen der Reform des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts, in: Aspekte der Wohnungsgemeinnützigkeit, Heft 116 der Schriftenreihe der Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen, Wien 1992, 67 ff
153. Betrachtungen zur österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Funk u. a. (Hg), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels – Festschrift Ludwig Adamovich, Wien 1992, 253 ff
154. „Sozialpartnerschaft“ als europäische Institution?, in: Merten/Pitschas (Hg), Der Europäische Sozialstaat und seine Institutionen (Bd 109 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer), Berlin 1993, 119 ff
155. Die neuere Rechtsprechung des VfGH zu Grundrechtsfragen in ihrer arbeitsrechtlichen Dimension, in: Tomandl (Hg), Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung (Bd 30 der Wiener Beiträge zum Arbeits- und Sozialrecht), Wien 1993, 27 ff
156. Legalitätsprinzip als Hindernis für die Wirtschaft? in: ÖAF (Hg), Entwicklungen im Management – Festschrift Herbert Kraus, Wien 1993, 125 ff
- 156a Sozialpartnerschaft an der Wende – Ausgestaltung oder grundlegende Änderung? In: Zukunft, Heft 9, Wien 1993, 10 ff
157. Die Zustimmung der Verbundgesellschaft zum Abschluß von Stromlieferungsverträgen mit dem Ausland, in: Enzinger u. a. (Hg), Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift Gerhard Frotz, Wien 1993, 621 ff (gemeinsam mit Rudolf Jirovec)

158. Das Eigenkapital – Funktion, Aufbringung, Sicherung und Verwendung, in: Korinek/Nowotny (Hg), Handbuch der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft, Wien 1993, 377 ff
159. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Eigentumschutzes und des Enteignungsrechts in Österreich, in: Karl Korinek/Dietmar Pauger/Peter Rummel, Handbuch des Enteignungsrechts, Wien 1994, 1 ff
160. Zum Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, 15 ff
161. Interessenvertretungen im Wandel, in: Gerlich/Neisser (Hg), Europa als Herausforderung – Wandlungsimpulse für das politische System Österreichs, Wien 1994, 133 ff
162. Harmonie und Konflikt im österreichischen Verfassungsrecht, in: Hengstschläger u. a. (Hg), Für Staat und Recht – Festschrift Herbert Schambeck, Berlin 1994, 491 ff
163. Die berufliche Interessenvertretung im Dienste des Gemeinwohles, in: Schmitz/Weiler (Hg), Interesse und Moral – Gegenpole oder Bundesgenossen?, Berlin 1994, 237 (teilweiser Wiederabdruck von Nr. 139)
164. Landesvergaberecht im System des österreichischen Vergaberechts, CONNEX – Österr. Fachzeitschrift für nationale, europäische und internationale Normen 4/1995, 5 ff
165. Nachruf auf Felix Ermacora, JBl 1995, 301 f
166. Kurt Ringhofers Beitrag zur Lehre von der Selbstverwaltung, in: Walter/Jabloner (Hg) Strukturprobleme des öffentlichen Rechts – Gedenkschrift Kurt Ringhofer, Wien 1995, 61 ff
167. Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in: Griller u. a. (Hg), Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts – Festschrift Heinz Peter Rill, Wien 1995, 183 ff
168. Sozialpartnerschaft an der Wende, in: Karl Korinek/Friedrich Schneider/Rudolf Strasser/Walter Köglberger, Sozialpartnerschaft und Mitarbeiterbeteiligung, Wien 1995, 1 ff
169. Von der Aktualität der Gewaltenteilungslehre, Journal für Rechtspolitik 1995, 151 ff
170. Überschaubarkeit der Rechtsordnung als Bedingung für deren Effizienz – Kritische Gedanken zur Situation der österreichischen Rechtsordnung, in: Mantl (Hg), Effizienz der Gesetzesproduktion, Wien 1995, 233 ff
171. Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1995, 1 ff, 108 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek)

172. Der Stand des österreichischen Vergaberechts, *ecolex* 1996, 58 ff
173. Staat und Wirtschaft, in: Handler (Hg), *Wirtschaftsstandort Österreich*, Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten, Wien 1996, 126 ff
174. Parlamentarische und außerparlamentarische Verfahren der Verfassungsgebung, in: Köck (Hg), *Grundprobleme des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wien 1996, 123 ff
175. Derselbe Aufsatz in ungarischer Sprache, in: *Az Alkotmányozás jogi kérdései*, Budapest 1995, 217 ff
176. Normung im Spannungsfeld von Effizienz und demokratischer Legitimation, *DIN-Mitteilungen* 6/1996, 436 ff; auch abgedruckt in: *DIN* (Hg), *Normung in Europa und das DIN – Ziele für das Jahr 2005*, Beuth 1996, 57 ff
177. Unbegrenzte Wirtschaftsaufsicht? – Möglichkeiten und Schranken der Aufsicht nach dem WGG, *ecolex* 1997, 399 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek)
178. Der Zeitfaktor im Raumordnungsrecht, in: Haller u. a. (Hg), *Staat und Recht – Festschrift Günther Winkler*, Wien 1997, 505 ff
179. Zur angemessenen Verzinsung der Eigenmittel gemeinnütziger Bauvereinigungen, *WoBl* 1997, 177 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek)
180. Auf dem Weg zu einem europäischen Grundrechtsstandard, in: Trzcinski/Banaszak (Hg), *Studia nad prawem konstytucyjnym* (Studien zum Verfassungsrecht) – Festschrift Kazimierz Dzialocha, Wrocław 1997, 147 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek)
181. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Rundfunks in Österreich, in: *Österreichische Juristenkommission* (Hg), *Rechtsstaat – Liberalisierung und Strukturreform* (Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat), Wien 1998, 33 ff
182. Zur Relevanz von europäischem Gemeinschaftsrecht in der verfassungsgerichtlichen Judikatur, in: Krejci (Hg), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Arbeits- und Sozialrecht* – Festschrift Theodor Tomandl, Wien 1998, 465 ff
183. Für eine umfassende Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, in: Schäffer u. a. (Hg), *Staat-Verfassung-Verwaltung* – Festschrift Friedrich Koja, Wien 1998, 289 ff
184. Vergaberecht, in: Raschauer (Hg), *Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts*, Wien 1998, 285 ff; 2. Auf.: Wien 2003, 313 ff (gemeinsam mit Stephan Denk)

185. Die Bedeutung des Gemeinschaftsrechts für das verfassungsgerichtliche Verfahren, in: Holoubek/Lang (Hg), *Das verfassungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen*, Wien 1998, 31 ff (teilw. identisch mit Nr. 182)
186. Der Techniker im juristischen Umfeld, in: Straube/Zehetner (Hg), *25 Jahre Institut für Rechtswissenschaften an der TU Wien*, Wien 1998, 22 ff
187. Zur rechtlichen Organisation von Musiktheater, in: Montoro Chiner/Schäffer (Hg), *Musik und Recht*, Symposium zum 60. Geburtstag von Detlef Merten, Berlin 1998, 15 ff
188. Die Verbindlichkeit technischer Normen im nationalen Recht und im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Prach u. a. (Hg), *Festschrift Martin Lendi*, Zürich 1998, 315 ff
189. Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht, *Nova & Varia - Sondernummer 3a/1998*, 82 ff
190. Die Zuverlässigkeitsprüfung der Bieter im Vergabeverfahren, *bauintern 3/1999*, 26 ff
191. Die Qualität der Gesetze – staatsrechtliche und legistische Verantwortlichkeiten im Gesetzgebungsprozeß, in: Holoubek/Lienbacher (Hg), *Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik*, Wien 1999, 21 ff
192. Überlegungen zu einer Reform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, in: Holoubek/Lang (Hg), *Das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Steuersachen*, Wien 1999, 413 ff
193. Zur Konzeption und Bewährung des österreichischen Weges der Zulassung von Verfassungsbeschwerden, in: Bogs (Hg), *Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden 1999, 81 ff
194. Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolex 1999*, 523 ff
195. Die Wirtschaftskammern in der österreichischen Staatsrechtsordnung, in: WKÖ (Hg), *150 Jahre Wirtschaftskammern in Österreich*, Wien 1999, 19 ff
196. Österreichbericht, in: Menssen (Hg), *The Principle of Equality in European Taxation*, Den Haag 1999, 35 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek), gekürzte und aktualisierte Fassung des Aufsatzes Nr. 143 in englischer Sprache
197. Die Unübersichtlichkeit der österr. Vergabegesetze; in: *Vereinigung industrieller Bauunternehmungen Österreichs (Hg), Bundesvergabegesetz 1997*, Wien 1999, 6 ff
198. Strukturprobleme und Reformfordernisse im Vergaberechtsschutz, *JRP 1999*, 239 ff

199. Fragen des Gemeinschaftsrechts in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: Österreichische Juristenkommission (Hg), Österreich als Mitglied der Europäischen Union (Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat Bd 14), Wien 1999, 53 ff
200. Kommentierung Art 47, Art 91/1 und Art 121/1 B-VG sowie Art 5 StGG und Art 1 1ZPEMRK, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Wien 1999 ff
201. Zur Diskussion um die Pflichtmitgliedschaft bei den Kammern, in: WKÖ (Hg), FS Leopold Maderthaler – Im Dienst der österreichischen Wirtschaft 1990–2000, Wien 2000, 22 ff
202. Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, 46 ff
203. Kommentierung Art 91 Abs 1 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österr. Bundesverfassungsrecht, 3. Lfg., Wien 2000
204. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen staatlicher Regulierung der Medien vor dem Hintergrund der Konvergenz, JRP 2000, 129 ff
205. Lebendiges oder gerade noch lebendes Verfassungsrecht? Einleitungsstatement, in: Wieser/Stolz (Hg), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Wien 2000, 123 ff
206. Gewaltenteilung – österreichische Sicht, in: Isensee (Hg), Gewaltenteilung heute, Heidelberg 2000, 49 ff
207. Rechtsfragen der Anwendungsbereiche der Vergabegesetze, in: Rill/Griller (Hg), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe, Wien 2000, 7 ff
208. In der Achtung der Menschenrechte liegt das Geheimnis des wahren Friedens, in: Squicciarini (Hg), Die Weltfriedensbotschaften Papst Johannes Paul II. 1993–2000, Berlin 2001, 209 ff
209. Auch gemeinnützige Bauvereinigungen sind Träger von Grundrechten, BBK 3/2001, 12 f
210. Kommentierung Art 121 Abs 1 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hg), Österr. Bundesverfassungsrecht, 4. Lfg, Wien 2001
211. Die Bedeutung der Mitgliedschaft Österreichs bei der Europäischen Union für die Rechtswissenschaft und die Rechtspraxis, in: Bernat/Böhler/Weilinger (Hg), Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag – Zum Recht der Wirtschaft, Wien 2001, 71 ff
212. „Schlusswort“, in: Holoubek/Gutknecht/Schwarzer/Martin (Hg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates – Symposium zum 60. Geburtstag von Karl Korinek, Wien 2002, 175 ff

213. Überlegungen zur Kompetenzsituation im Bau- und Wohnungsrecht, in: Baudenbacher/Mayer/Torggler (Hg), *Ein Leben in Praxis und Wissenschaft – FS Walter Barfuß*, Wien 2002, 143 ff
214. Die Gottesebenenbildlichkeit des Menschen als Grundlage moderner Grundrechtskataloge, in: Kapellari/Schambeck (Hg), *Diplomatie im Dienst der Seelsorge – Festschrift Donato Squicciarini*, Graz 2002, 76 ff
215. Kommentierung Art 5 StGG, in: Korinek/Holoubek (Hg), *Österr. Bundesverfassungsrecht*, 5. Lfg, Wien 2002
216. Ludwig Adamovich als Präsident des Verfassungsgerichtshofes, in: Funk u. a. (Hg), *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen, FS Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag*, Wien 2002, XVII ff
217. Verfassungsrechtliche Grenzen von Ausgliederungen, Beleihungen und Inpflichtnahme, im Duschanek (Hg), *Beiträge zur Ausgliederungsdiskussion*, Wien 2002, 28 ff
218. Zur Zuständigkeit zur Geltendmachung von Staatshaftungsansprüchen aus Gemeinschaftsrecht, in: Ost. Notariatskammer (Hg), *Freiheit-Sicherheit-Recht – Festschrift Georg Weißmann*, Wien 2003, 419 ff
219. Zur Rechtfertigung der Sonderstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im dualen System, in: Horn (Hg), *Recht im Pluralismus, Festschrift Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, 487 ff
220. Vergaberecht, in: Raschauer (Hg), *Grundriss des Österreichischen Wirtschaftsrechts²*, Manz 2003, 313 ff (gemeinsam mit Stephan Denk)
221. Grundrechtsdurchsetzung und Grundrechtsverwirklichung, in: Merten/Papier (Hg), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Heidelberg 2004, Bd 1, 909 ff (gemeinsam mit Elisabeth Dujmovits)
222. Zur Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes im System des nationalen und europäischen Schutzes der Grund- und Menschenrechte, in: Brenner u. a. (Hg), *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel, Festschrift Peter Badura zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2004, 1099 ff
223. Der Österreich-Konvent – Referat, in: Österr. Juristentag (Hg), *Der Österreich-Konvent*, Wien 2004, 8 ff
224. Christliche Werte in der österreichischen Verfassung, in: Kopetz u. a. (Hg), *Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat, Festschrift Wolfgang Mantl*, Wien 2004, 81 ff (gemeinsam mit Brigitte Gutknecht)
225. Staat und Recht im 21. Jahrhundert, in: Kopetz u. a. (Hg), *Ansprachen anlässlich der Überreichung der Festschrift Wolfgang Mantl*, Graz 2004, 6 ff

226. Die doppelte Bedingtheit von gemeinschaftsrechtsausführenden Rechtsvorschriften, in: Hammer u. a. (Hg), *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa*, Festschrift Theo Öhlinger, Wien 2004, 131 ff
227. Zum künftigen Verhältnis von Staat und Gesellschaft, in: Khol u. a. (Hg), *Zukunft denken – Festschrift Wolfgang Schüssel*, Wien 2005, 59 ff
228. Die Praxis der österreichischen Gerichte mit dem Vorabentscheidungsverfahren, in: *Verfassungsgericht der Tschechischen Republik (Hg), Das Vorabentscheidungsverfahren und die nationalen Gerichte*, Prag 2005, 11 ff (tschechisch) und 90 ff (deutsch)
229. Die Struktur der neuen Verfassung, in: Olechowski (Hg), *Der Wert der Verfassung – Werte in der Verfassung. Der „Österreich-Konvent“ und die Neukodifikation der Bundesverfassung*, Wien 2005, 27 ff
- 229a Die Organisationsformen von Kultureinrichtungen in Österreich, in: *Art Goes Law, Dialoge zum Wechselspiel zwischen Kunst und Recht*, Dietmar Pauer (Hg), Wien, 2005, 129 ff
230. 85-60-50: Staatsrechtliche Anmerkungen und historische Reflexionen, in: *Österr. Verfassungsgerichtshof (Hg), Verfassungstag 2005*, Wien 2006, 17 ff
231. Statement (Begleitender Grundrechtsschutz), in: BMI (Hg) *Verfassungs-Reform-Rechtsschutz (3. Rechtsschutztag des BMI)*, Wien 2006, 23 ff
232. Impulse aus der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs zur EMRK für den europäischen Grundrechtsschutz, in: *Tettinger/Stern (Hg), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechts-Charta*, München 2006, 110 ff
233. Kommentierung Art 1, 1. ZPEMRK, in: *Korinek/Holoubek (Hg), Österr. Bundesverfassungsrecht, 7. Lfg*, Wien 2006
234. Subsidiarität und Ausmaß sowie Intensität der Ausübung von Gemeinschaftskompetenzen: der Dialog des EuGH mit nationalen Höchstgerichten, in: *Bundeskanzleramt (Hg), Europa fangt zu Hause an*, Wien 2006, 120 ff (deutsch) und 123 ff (englisch)
235. Aktuelle Probleme um das Subsidiaritätsprinzip, in: *Lackner/Mantl (Hg), Identität und offener Horizont – Festschrift Egon Kapellari*, Graz 2006, 1061 ff
236. Aktuelle Gedanken zum Rechtsstaat, in: *ÖJZ 2007, 02* und *RdW 2007, H1, 3*
237. Verständlichkeit als Gebot der Rechtsordnung, in: *Depenheuer u. a. (Hg), Staat im Wort – FS Josef Isensee*, Heidelberg 2007, 277 ff
238. Verständlichkeit von Rechtsnormen als Gebot der Rechtsordnung, *Versicherungsrundschau 2007*, 18 ff

239. Die Befugnis der Finanzprokurator zur Vertretung vor dem Verfassungsgerichtshof, in: Achatz u. a. (Hg), Steuerrecht-Verfassungsrecht-Europarecht – FS Hans Georg Ruppe, Wien 2007, 300 ff (gemeinsam mit Andrea Martin)
240. Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Starck/Weber (Hg), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa Bd I², Baden-Baden 2007, 67 ff (gemeinsam mit Andrea Martin), 2. Aufl. des Beitrags Nr. 114
241. Zu Stand und Notwendigkeit einer Verfassungsreform in Österreich und Europa, Ost. Gemeinde-Zeitung 2007, H 7–8, 18 ff
242. Herausforderungen an die Gerichtsbarkeit in Europa, in: Magiera/Sommermann (Hg), Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa – Forschungssymposium zu Ehren von Detlef Merten, Berlin 2007, 157 ff
243. „Die Präskriptionen kennen keinen Unterschied“. Gedanken zur permanenten Bedrohung des Rechtsstaates – von Opernfreund zu Opernfreund, in: F. Kirchhof/Papier/Schäffer (Hg), Rechtsstaat und Grundrechte – FS Detlef Merten, Heidelberg 2007, 327 ff
244. Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtsdurchsetzung, in: Detlef Merten (Hg), Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Österreich, Berlin 2008, 205 ff
245. Wirtschaftliche Freiheiten, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1 Grundrechte in Österreich, Heidelberg 2009, 411 ff
246. Zum Erfordernis einer demokratischen Legitimation des Normenschaffens, ÖZW 2009, 40 ff
247. Die verfassungsrechtliche Dimension der Selbstverwaltung, in: Österreichische Verwaltungswissenschaftliche Gesellschaft (Hg), Selbstverwaltung in Österreich, Wien 2009, 9 ff
248. Pflichtmitgliedschaft zu den Kammern (hier: zur Arbeiterkammer) auch nach neuer Verfassungslage verfassungskonform; Art 20a B-VG, § 10 Abs 1 und 2 AKG, ÖZW 2009, 117 ff
249. Der Schutz der Menschenwürde, in: GÖD. Der öffentliche Dienst aktuell 65, 2010, 5, 30 ff
250. Gewerberecht als Spiegelbild von Staat und Gesellschaft, ÖZW 2010, 58 ff
251. Geschlechtsspezifische Tarife im Versicherungsrecht sind unzulässig. EuGH: Das Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gilt im Vertragsversicherungsrecht absolut und erfordert keine Abwägung mit der Privatautonomie, ÖZW 2011, 50 (Glosse)

252. Verpflichtung zum Anbringen eines Kreuzes im Kindergarten nicht verfassungswidrig, JBl 2011, 372 ff
253. Der Schutz der Menschenwürde im Verfassungsrecht und im internationalen Recht, in: Friedrich Harrer (Hg), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly. Zum 80. Geburtstag, Wien [u.a.] 2011, 257 ff
254. Die Zukunft der Verfassung, AnwBl 2011, 504 ff
255. Privatwirtschaftsverwaltung – der gebändigte Leviathan?, in: Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib (Hg): Festschrift für Josef Aicher zum 65. Geburtstag, Wien 2012, 307 ff (gemeinsam mit Michael Houloubek)
256. Das Recht als Garant und Grundlage künstlerischen Schaffens, in: Michael Sachs (Hg): Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, 1437 ff
257. Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung der gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen, DRdA 2012, 4
258. Festrede zum 120. Geburtstag von Julius Raab, in: Harald Mahrer (Hg): Ehrlichkeit. Wir sind dafür, Wien 2012, 113 ff
259. Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung der gesetzlichen Arbeitnehmervertretungen, in: Gstöttner-Hofer/Hotz/Lorenz/Füederer/Wall-Strasser (Hg): Selbstverwaltung, Gestaltungsfaktor für ein demokratisches und soziales Gemeinwesen, Wien 2014, 27 ff
260. Wirtschaftliche Freiheiten, in: Merten/Papier (Hg): Handbuch der Grundrechte VII/1², Heidelberg 2014, 633 ff
261. Walter Antonioli (1907–2006), in: Peter Häblerle (Hg): Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland – Österreich – Schweiz, Berlin 2015, 735 ff

III. Sonstige in Druck erschienene Veröffentlichungen

a) Kleinere wissenschaftliche Beiträge

1. Verschiedene kleinere Beiträge in Zeitungen und nicht-wissenschaftlichen Zeitschriften, u. a. in Wiener Zeitung, Salzburger Nachrichten, Die Presse, Furche, Wochenpresse, Freiheit, Berichte und Informationen; Zukunft, WISO, Bau- und Bodenkorrespondenz, bau-intern, Steirische Berichte, politicum, ÖNORM, Österreichische Hochschulzeitung, Österreichische Ärztezeitung, ibf-Spektrum, Unternehmer, Wohnen und Siedeln, zbp-report der WU Wien, Bonner Behörden-Anzeiger

2. Diverse Buchbesprechungen (Archiv des öffentlichen Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht, Juristische Blätter, Zeitschrift für Verwaltung, Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Österreichisches Verwaltungsarchiv, Journal für Rechtspolitik, Wirtschaftspolitische Blätter, Berichte und Informationen, u. a.)
3. Mehrere kleinere Geburtstagsartikel und Nachrufe (Almanach der Öst. Akademie der Wissenschaften, Archiv des öffentlichen Rechts, JBl, DÖV, ÖZW, Wiener Zeitung, Die Presse, Salzburger Nachrichten)
4. Einige Tagungsberichte (Wirtschaftspolitische Blätter, Berichte und Informationen, Recht der Wirtschaft) und Papiere für Tagungsunterlagen sowie diverse Geleitworte

b) Nicht wissenschaftliche Beiträge

1. Ein lehrreicher Sommerbesuch bei Julius Raab – Persönliche Erinnerungen an Julius Raab, der am 29. November 100 Jahre alt geworden wäre, in: Die Furche vom 28. 11.1991, 12
2. Von der Selbstverständlichkeit des Glaubens. Ein polit-feuilletonistischer Beitrag zur Persönlichkeit des Julius Raab, in: Christliche Demokratie, Schriften des Karl von Vogelsang Instituts, 9. Jg, Nr. 3/91–92, 303 ff
3. Im Dienste des sozialen Wohnbaus aus christlicher Verantwortung, in: Pionier und Gentleman, Festschrift zum 80. Geburtstag von Alois Nussbaum, Verein zur Förderung des sozialen Wohnbaues in Österreich (Hg), 1995, 32 ff
4. Der Jurist und das Opernzitat, in: Mayer u. a. (Hg), Recht in Österreich und Europa, Festschrift Karl Hempel, Wien 1997, 53 ff
5. Geleitwort zu: Barbara Sternthal, Juristen als Schriftsteller, 2006, 5 f
6. Meine Lehr- und Wanderjahre in Graz, in: Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Teil 5, Professoren erinnern sich, Horst Wünsch (Hg), Graz 2008, 81 ff
7. Die Würde der Einfachheit, Beilage „extra“ der Wiener Zeitung vom 11. Juli 2009
8. Regelmäßige Leitartikel in der Monatszeitschrift der Freunde der Wiener Staatsoper, Stretta, ab 10/07
9. Einige kleinere Beiträge in Zeitungen und nicht-wissenschaftlichen Zeitschriften, u. a. in Schottengasse, Bau- und Bodenkorrespondenz, Berichte und Informationen
10. Mehrere Konzertkritiken in der Wiener Zeitung, Herbst 2009

c) Mehrere Skripten und Lehrbehelfe

IV. Herausgebertätigkeit

a) Kommentar

Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Textsammlung und Kommentar, 5 Bände, Springer Verlag, Wien 1999 ff (gemeinsam mit Michael Holoubek)

b) Einzelne Bücher

1. Probleme des Bodenrechts und Raumordnungsrechts, Band 13 der Schriftenreihe für Agrarwirtschaft, Wien 1979
2. Handbuch des Bau- und Wohnungsrechts, Loseblattsammlung, Wien 1981 ff (gemeinsam mit Heinz Krejci)
3. Grundfragen des Wirtschaftslenkungsrechts, Wien 1982 (gemeinsam mit Heinz Peter Rill)
4. Beiträge zum Wirtschaftsrecht – Festschrift Karl Wenger zum 60. Geburtstag, Wien 1983
5. Handbuch des Mietrechtsgesetzes, Wien 1985 (gemeinsam mit Heinz Krejci)
6. Zur Reform des Vergaberechts, Wien 1985 (gemeinsam mit Heinz Peter Rill)
7. Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof, Wien 1986
8. Grundrechte und Untersuchungshaft, Wien 1988 (gemeinsam mit Irmgard Kain)
9. Der Verein als Unternehmer, Wien 1988 (gemeinsam mit Heinz Krejci)
10. Beiträge zum Telekommunikationsrecht – Grundlagen und aktuelle Probleme des österreichischen und internationalen Telekommunikationsrechts, Wien 1989 (gemeinsam mit Elisabeth Stampfl-Blaha)
11. Österreichisches Wirtschaftsrecht und das Recht der EG, Wien 1990 (gemeinsam mit Heinz Peter Rill)
12. Österreich auf dem Weg zum dualen Rundfunksystem, Wien 1991 (gemeinsam mit Michael Holoubek)
13. Rechtsfragen des nationalen und internationalen Industriebauwesens, Wien 1991 (gemeinsam mit Josef Aicher)

14. Handbuch des österreichischen Subventionsrechts, Band II – Besonderer Teil, Wien 1993 (gemeinsam mit Josef Aicher)
15. Handbuch der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft, Wien 1993 (gemeinsam mit Ewald Nowotny)
16. Für Staat und Recht – Festschrift Herbert Schambeck zum 60. Geburtstag, Berlin 1994 (gemeinsam mit Johannes Hengstschläger, Heribert Franz Köck, Klaus Stern und Antonio Truyol y Serra)
17. Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts – Festschrift Heinz Peter Rill zum 60. Geburtstag, Wien 1995 (gemeinsam mit Stefan Griller und Michael Potacs)
18. Gewerberecht – Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen, Wien 1995
19. Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, Wien 2000 (gemeinsam mit Josef Aicher und Michael Holoubek)
20. Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen – Festschrift Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag, Wien 2002 (gemeinsam mit Bernd-Christian Funk, Gerhart Holzinger, Hans R. Klecatsky, Wolfgang Mantl und Peter Pernthaler)

c) Schriftenreihen

1. Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Verlag Orac, Wien 1979 ff (gemeinsam mit Josef Aicher, Bernd-Christian Funk, Michael Holoubek, Heinz Krejci und Hans Georg Ruppe), 34 Bände
2. Recht-Politik-Wirtschaft; Aktuelle Beiträge zum Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Wirtschaftsrecht, Verlag Orac, Wien 1986 ff (gemeinsam mit Heinz Peter Rill), 7 Hefte
3. Schriftenreihe zum öffentlichen Recht und zu den politischen Wissenschaften, Verlag Braumüller, Wien 1998, 10 Bände

d) Zeitschriften

1. Mitherausgeber der „Juristischen Blätter“
2. Mitherausgeber der „ZVB-Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis“
3. Schriftleiter der „ÖZW – Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“

e) Mehrere Skripten und Reader

Autorenverzeichnis

em. Univ.-Prof. Dr. *Josef Aicher*, Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16 (Juridicum), 1010 Wien

Dr. *Brigitte Bierlein*, Präsidentin des Verfassungsgerichtshofes, Freyung 8, 1010 Wien

Univ.-Prof. DDr. *Christoph Grabenwarter*, Vizepräsident des Verfassungsgerichtshofes; Institut für Europarecht und Internationales Recht, Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien

Univ.-Prof. Dr. *Michael Holoubek*, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes; Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht, Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien

Hon.-Prof. Dr. Dr. h.c. *Rudolf Müller*, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes i.R.; Fachbereich Arbeits- und Sozialrecht, Universität Salzburg, Churfürststraße 1, 5020 Salzburg

Dr. *Helga Rabl-Stadler*, Präsidentin der Salzburger Festspiele, Hofstallgasse 1, 5020 Salzburg

em. Univ.-Prof. DDr. *Hans-Georg Ruppe*, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes i.R.; Institut für Finanzrecht, Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsstraße 15, 8010 Graz

