

YEARBOOK 2011

publiclaw.at online publications (pop)

1. *Michael Kreuzmair*: **DIE ZUKUNFT DES ONLINE-GLÜCKSSPIELS** 1
2. *Esther Happacher*: **REZENSION** 5
3. *Claudia Fuchs*: **ON CONVERGENCE IN THE INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS REGIME** 6
4. *Esther Happacher*: **REZENSION** 12
5. *Gregor Heißl*: **ABGRENZUNG VON RELIGION UND ETHNISCHER HERKUNFT AUS ÖFFENTLICH-RECHTLICHER SICHT** 13
6. *Markus Grimberger*: **REZENSION** 18
7. *Arno Kahl*: **DAS SINGLE RULEBOOK ALS WESENTLICHER BESTANDTEIL DES FINANZMARKT-REGULIERUNGSVERBUNDS IM EUROPÄISCHEN MEHREBENENSYSTEM NACH DEM VERTRAG VON LISSABON** 20

DIE ZUKUNFT DES ONLINE-GLÜCKSSPIELS

Das Grünbuch der Kommission als Anstoß zu einer Lösung der seit Jahren bestehenden Problematik des Unterlaufens nationaler Glücksspielmonopole durch konzessionslos angebotene Online-Glücksspiele

Michael Kreuzmair

I. PROBLEMAUFRISS

Die Rechtsordnungen vieler europäischer Staaten sehen ein Glücksspielmonopol vor, wodurch privaten Anbietern die Durchführung von Glücksspielen verboten wird. In einigen EU-Mitgliedstaaten besteht hingegen ein regulierter Markt, zu dem sich private Anbieter bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen mit dem Erwerb einer Lizenz Zugang verschaffen können.¹ Die nationalen Glücksspielmärkte waren in der Vergangenheit mehr oder weniger voneinander abgeschottet, weshalb die unterschiedlichen Regelungen keine Probleme nach sich zogen. Durch die Entstehung des Mediums Internet und die Gründung zahlreicher Online-Portale war es Menschen auf der ganzen Welt plötzlich möglich, vom heimischen Computer aus an Glücksspielen teilzunehmen und Wetten abzuschließen. Das Online-Glücksspiel entwickelte sich schnell zu einem boomenden Markt mit hohen Wachstumsraten.² Durch

¹ Als Vorreiter eines regulierten Glücksspielmarktes eröffnete Großbritannien mit dem Gambling Act 2005 die Möglichkeit zur Erlangung von Lizenzen. Auch in Italien und Frankreich besteht ein regulierter Markt für Online-Glücksspiele. Darüber hinaus bestehen derartige Gesetzesentwürfe in Spanien und Griechenland. Dänemark entschied sich ebenfalls zu einer Regelung, welche die Erlangung von Lizenzen möglich macht. Die dänische Regelung wird allerdings aktuell in einem förmlichen Verfahren von der Kommission auf deren Vereinbarkeit mit den EU-Beihilfavorschriften überprüft.

² Vgl dazu die Statistik von H2 Gambling Capital, wonach sich der Bruttoumsatz der Branche im Jahr 2010 auf ca 30 Mrd US-Dollar belief. Insgesamt waren gegen Ende letzten Jahres über 2.400 Online-Glücksspielseiten von ca 650 Veranstaltern in

das grenzüberschreitende Angebot von Glücksspielen über das Internet ergeben sich allerdings zahlreiche Fragestellungen in Hinblick auf die bestehende Divergenz zwischen den nationalen Bestimmungen. Die rechtliche Problematik besteht in der vermehrten Partizipation illegaler Anbieter am Onlinemarkt, die ihre Dienstleistungen entweder gänzlich ohne Genehmigung oder lediglich mit der Genehmigung in einem Mitgliedstaat (vielfach mit einer Lizenz in einem Staat mit einer liberalen Glücksspielgesetzgebung wie zB Malta, Gibraltar, Isle of Man etc) Bürgern aller EU-Mitgliedstaaten via Internet zugänglich machen. In anderen Mitgliedstaaten erteilte Lizenzen müssen nach der Judikatur des EuGH³ allerdings nicht anerkannt werden, weshalb die legale Durchführung von Online-Glücksspielen meist nur mit einer Lizenz des betreffenden Staates möglich ist.

Durch das konzessionslose Online-Glücksspiel, das nicht vor nationalen Grenzen Halt macht, kommt es zu gravierenden Einbußen für staatlich lizenzierte Unternehmen. Damit geht der Verlust von

Betrieb, was durchschnittlichen Bruttoeinnahmen von ca 46 Mio US-Dollar pro Veranstalter entspricht; abrufbar unter http://www.h2gc.com/h2data_and_reports.php (27.4.2011).

³ Vgl EuGH Rs C-42/07, Liga Portuguesa, Slg 2009, I-7633, Rz 69; EuGH Rs C-258/08, Ladbrokes, Rz 54 ff (noch nicht in amtlicher Sammlung veröffentlicht); EuGH Rs C-203/08, Sporting Exchange, Rz 33 ff (noch nicht in amtlicher Sammlung veröffentlicht); EuGH verb Rs C-316-07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Marcus Stoß, Rz 108 ff (noch nicht in amtlicher Sammlung veröffentlicht).

Steuereinnahmen einher, da die Betreiber von Online-Glücksspielseiten ihre Steuern im Sitzstaat abführen. Darüber hinaus sind derartige Glücksspiele der staatlichen Aufsicht entzogen, was insbesondere hinsichtlich des fehlenden Spielerschutzes gravierende Probleme nach sich zieht und daher abzulehnen ist.

II. RECHTSLAGE IN ÖSTERREICH

Das Glücksspielwesen ist in Österreich im GSpG⁴ geregelt, dessen § 3 die Durchführung von Glücksspielen dem Bund vorbehält. Der BMF kann das Recht zur Durchführung von Ausspielungen durch Erteilung einer Konzession übertragen. Als Ausspielungen iSd GSpG gelten auch elektronische Lotterien, zu deren Durchführung in Österreich lediglich ein Unternehmen berechtigt ist. Die Konzession wurde an „win2day“, die Online-Spieleplattform der Österreichischen Lotterien GmbH und der Casinos Austria AG, vergeben. Dennoch machen zahlreiche Österreicher ihre Einsätze auf konzessionslosen Online-Glücksspielseiten. Dass sie sich dabei (verwaltungsrechtlich) strafbar machen⁵, ist häufig ebenso wenig bekannt wie die Gefahren, die beim Online-Glücksspiel auf derartigen Seiten bestehen. Die Betreiber von Online-Glücksspielseiten sind aufgrund fehlender Zuständigkeit österreichischer Gerichte meist nicht greifbar, was die Geltendmachung möglicher Ansprüche von Spielern erschwert.⁶

Die aktuelle Situation in Österreich ist nicht zufriedenstellend, da sich das Glücksspielmonopol des Bundes zwar auch auf den Online-Bereich erstreckt, jedoch durch das konzessionslos betriebene und florierende Online-Glücksspiel unterlaufen wird. Die im letzten Jahr beschlossenen GSpG-Novellen 2008 und 2010⁷ beinhalteten keine Neuregelung des Online-Glücksspiels, welche von dem zu dieser Zeit als Staatssekretär tätigen Reinhold Lopatka allerdings

noch für diese Legislaturperiode angekündigt wurde.⁸ Dies stellt eine große Chance dar, um nach den – mit nur wenigen Abstrichen sehr gelungenen – GSpG-Novellen 2008 und 2010 auch im bisher mehr oder weniger unregelmäßigem Bereich des Online-Glücksspiels zu einer zukunftsorientierten Lösung zu finden, die den Prämissen der Rechtssicherheit und des Spielerschutzes genügt.

Die geschilderte Problematik besteht nunmehr bereits seit geraumer Zeit, ohne dass hierfür eine wirksame Lösung gefunden wurde. Große Hoffnung ging vom Grünbuch der Europäischen Kommission zum Online-Glücksspiel aus, da dieses Problem aufgrund seiner grenzüberschreitenden Komponente wohl am besten auf europäischer Ebene zu lösen ist. Am 24. 3. 2011 veröffentlichte die Kommission schließlich das – lange angekündigte und mehrmals verschobene – Grünbuch Online Gewinnspiele im Binnenmarkt⁹, dessen Gegenstand über reine Glücksspiele hinausgeht (siehe Pkt 3.2.), und leitete somit einen bis 31. 7. 2011 angesetzten Konsultationsprozess ein.

III. DAS GRÜNBUCH UND DESSEN INHALTE

A. Zielsetzung

Die Kommission will mit dem vorliegenden Grünbuch Online Gewinnspiele im Binnenmarkt einen unionsweiten Diskussionsprozess einleiten, bei dem alle beteiligten Kreise zur Abgabe von Stellungnahmen eingeladen sind. Somit will sie sich einen Überblick über die aktuelle Situation verschaffen, um beurteilen zu können, ob die derzeit auf EU-Ebene anwendbaren Bestimmungen für Online-Gewinnspiele geeignet sind, die Koexistenz der nationalen Systeme sicherzustellen, und ob eine stärkere Zusammenarbeit auf EU-Ebene den Mitgliedstaaten dabei helfen würde, die Ziele ihrer Glücksspielpolitik effizienter zu gestalten. Die Kommission betont, dass sie ohne vorgefasste Meinung in diese Konsultation geht und Schlussfolgerungen über Notwendigkeit, Art und Durchführungsebene etwaiger künftiger Maßnahmen in keinerlei Weise vorgreift. Der zuständige Kommissar Michel Barnier wies bei der Präsentation des Grünbuchs darauf hin, dass die Konsultation nicht

⁴ BGBl 1989/620 idF BGBl I 2010/111.

⁵ Vgl die Strafbestimmung des § 52 Abs 4 GSpG, wonach die Teilnahme an Elektronischen Lotterien, für die keine Konzession des BMF erteilt wurde, strafbar ist, wenn die erforderlichen Einsätze vom Inland aus geleistet werden. Bei einem Verstoß droht bei vorsätzlicher Begehung eine Geldstrafe von bis zu 7.500 Euro, ansonsten von 1.500 Euro.

⁶ Vgl hierzu insb Leidenmüller/Plöckinger, Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele – Eine straf- und gemeinschaftsrechtliche Würdigung, ÖJZ 2006, 21.

⁷ BGBl I 2010/54 (GSpG-Nov 2008); BGBl I 2010/73 (GSpG-Nov 2010).

⁸ Vgl zum Inhalt dieser Novellen Kreuzmair, Die wesentlichen Neuerungen durch die GSpG-Novellen 2008 und 2010, ecoloex 2010, 906.

⁹ KOM(2011) 128 endg.

auf eine Liberalisierung, sondern auf eine Regulierung im Interesse aller abzielt.¹⁰

B. Begriffsdefinition

Die Kommission definiert den Begriff der Gewinnspiele und damit den Gegenstand des Grünbuchs vorbehaltlich der Ergebnisse der Konsultation vorerst durch eine Kombination der Gewinnspiel-Definition in der E-Commerce-Richtlinie¹¹ und der Definition der Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der RL 98/34/EG¹². Online-Gewinnspieldienste sind demnach alle Dienste mit einem einen Geldwert darstellenden Einsatz bei Glücksspielen, einschließlich Lotterien und Wetten, die im Fernabsatz, elektronisch und auf individuellen Abruf eines Dienstleistungsempfängers erbracht werden. Diese Definition umfasst also neben den „klassischen“ Glücksspielen auch Sportwetten, die nach österreichischer Rechtslage nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegen, sondern aufgrund einer landesrechtlichen Bewilligung veranstaltet werden dürfen.

C. Niederlassung und Zulassung von Online-Gewinnspielanbietern

Unter dieser Überschrift beschreibt die Kommission die unterschiedlichen Regime in den Mitgliedstaaten, nach denen die Durchführung von Online-Gewinnspielen entweder ganz verboten ist, eine unbeschränkte Anzahl an Lizenzen vergeben wird oder die Zahl der Zulassungen beschränkt wird. Darüber hinaus unterscheiden sich die nationalen Systeme auch bei der Anerkennung von Lizenzen eines anderen Mitgliedstaats. In diesem Zusammenhang möchte die Kommission die größten Vorteile bzw Schwierigkeiten der aktuellen Koexistenz unterschiedlicher nationaler Systeme und Praktiken für die Zulassung von Online-Gewinnspieldiensten evaluieren.

D. Verbundene Dienste

Die Kommission setzt sich im Grünbuch auch mit sogenannten „verbundenen Diensten“ auseinander, die

von Spieleanbietern genutzt werden, um zu Online-Gewinnspielen zu ermuntern oder diese zu vereinfachen. Konkret geht es dabei um die Bewerbung von Online-Gewinnspielen durch Maßnahmen wie zB TV-Werbung, kommerzielle Online-Kommunikation oder Sponsoring. Darüber hinaus beschäftigt sich die Kommission mit Online-Zahlungsdiensten und der Identifizierung der Kunden. In diesem Zusammenhang sollen vor allem die nationalen Beschränkungen bekannt gegeben werden.

E. Ziele des Allgemeininteresses

Die Kommission weist im Grünbuch darauf hin, dass die Mitgliedstaaten beim Schutz legitimer Ziele des Allgemeininteresses dem Vertrag zufolge über einen bestimmten Ermessensspielraum verfügen. Konkretisierend geht sie auf die Ziele des Verbraucherschutzes, der öffentlichen Ordnung und der Finanzierung für Tätigkeiten, die sie als dem Allgemeininteresse dienlich betrachten, ein. Die beteiligten Kreise werden ua aufgefordert, Studien und andere Informationen über das Suchtpotenzial von Online-Gewinnspielen einzureichen, nationale Maßnahmen zur Früherkennung von Spielsucht zu nennen, Maßnahmen zur Alterskontrolle zu beschreiben, Informationen über Betrug und Geldwäsche in Zusammenhang mit Online-Gewinnspielen zu liefern und die Bedingungen bei der Verwendung von Einnahmen für im Allgemeininteresse gelegener Tätigkeiten darzulegen.

F. Durchsetzung

Die Kommission betont, dass der unerlaubte grenzüberschreitende Markt für Online-Gewinnspiele derzeit entweder de facto toleriert wird oder es an einer wirksamen Durchsetzung der bestehenden Vorschriften mangelt. Nachdem im Grünbuch die unterschiedlichen Tätigkeiten der nationalen Glücksspielbehörden und die grenzüberschreitende Verwaltungszusammenarbeit zwischen diesen Behörden angesprochen werden, widmet sich das Dokument der Blockierung von Zahlungen und Haftungsregelungen für Diensteanbieter. In der Folge werden die Möglichkeiten der DNS-Filterung, der IP-Blockierung und der Zahlungsblockierung als Möglichkeiten zur Beschränkung von unerlaubten grenzüberschreitenden Online-Gewinnspielen genannt. Daran schließt die Kommission die Frage, ob derartige Möglichkeiten in den einzelnen Mitgliedstaaten genutzt werden und wie deren Wirksamkeit beurteilt werden kann.

¹⁰ Vgl IP/11/358.

¹¹ RL 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl 2000, L 178/1.

¹² RL 98/34/EG über Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl 1998 L 204/37.

IV. WÜRDIGUNG

Die Auseinandersetzung mit dem bereits seit langer Zeit thematisierten Online-Glücksspiel auf europäischer Ebene ist äußerst begrüßenswert. Ein derartiges Problem, wie es sich aufgrund des grenzüberschreitenden Angebots von Online-Glücksspielen darstellt, bedarf einer unionsweiten Diskussion über mögliche Lösungen. Die Kommission will mit dem vorliegenden Grünbuch zunächst nähere Informationen über die dargelegten Aspekte sammeln, um sich darauf aufbauend Gedanken über etwaige weitere Schritte zu machen.

Diejenigen, die sich vom Grünbuch bereits eine Vorankündigung auf eine unionsweite Harmonisierung der Rahmenbedingungen von Online-Gewinnspielen erwartet haben, dürften allerdings enttäuscht worden sein, da das Dokument eine mehrfache Akzentuierung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung von Glücksspielen innerhalb der durch die Rechtsprechung des EuGH vorgegebenen Grenzen beinhaltet. Formulierungen wie „im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip Sache der Mitgliedstaaten“, „je nach Rechtslage bleiben wirksame Durchsetzungsmaßnahmen der Schlüssel zum Erfolg“ oder „dass in den Mitgliedstaaten ein Rechtsrahmen geschaffen wird, der mehr Rechtssicherheit bietet“ und die breite Darstellung jener Ziele des Allgemeininteresses, zu deren Schutz die Mitgliedstaaten über einen bestimmten Ermessensspielraum verfügen, unterstreichen die nationale Dimension, sodass eine zeitnahe europäische Lösung durch Sekundärrecht fraglich erscheint.

Des Weiteren fällt bei genauer Betrachtung die sehr neutrale und nüchterne Schilderung der Problematik im Grünbuch auf. War einige Monate vor der Veröffentlichung in einem von „Statewatch“ geleakten Entwurf zum Grünbuch¹³ noch davon die Rede, dass „Netzsperrern im Allgemeinen technisch herausfordernd und kostspielig seien“, dass „die DNS-Filterung teuer sei“, oder dass „die Geolokalisationstechnologie noch nicht 100% präzise bei der Bereitstellung der Herkunft einer IP-Adresse sei“, findet man in der endgültigen Fassung keine wertenden Formulierungen mehr. Die Bewertung der technischen Möglichkeiten wird schlussendlich bei der Entscheidung über etwaige weitere Maßnahmen von besonderer Relevanz sein. Ob sich während der

Ausarbeitung des Grünbuchs bei der Kommission hinsichtlich dieser technischen Möglichkeiten ein Sinneswandel vollzogen hat oder ob sie das Dokument lediglich unvoreingenommen formulieren wollte, wird sich nach dem Ende der Konsultation zeigen. Sollte die Kommission zur Auffassung gelangen, dass Sperrverfügungen alleine keine verlässliche, wirtschaftlich vertretbare und sinnvolle Alternative zur Lösung der bestehenden Problematik sind, wäre der logische Schritt eine unionsweite Harmonisierung der Vorschriften über Online-Gewinnspiele in Richtung eines regulierten Marktes, auf dem Anbieter mit einer Lizenz unter der Aufsicht einer Regulierungsbehörde agieren können.

Fest steht jedoch, dass am Ende des Diskussionsprozesses eine zukunftsorientierte Lösung stehen muss, die Rechtssicherheit und Spielerschutz gewährleistet. Die aktuelle Situation – ua Verbote ohne Durchsetzung, fehlender Spielerschutz und Steuerverluste durch konzessionsloses Glücksspiel – ist jedenfalls unhaltbar und entspricht nicht den Erfordernissen der digitalisierten Welt des 21. Jahrhunderts.

Über den Autor:

Dr. MMag. Michael Kreuzmair ist Universitätsassistent am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck.

Kontaktadresse:

Innrain 52d, 6020 Innsbruck

E-Mail:

michael.kreuzmair@uibk.ac.at

¹³ Siehe unter: <http://www.statewatch.org/news/2011/jan/eu-com-draft-green-paper-on-internet-gambling.pdf> (27.4.2011).

REZENSION

Thomas Mathà

„Öffentliches Auftragswesen in Südtirol im europarechtlichen Kontext“

erschienen bei Studia 2011 (ISBN 978-3-902652-35-5; 19 Euro)

Die Publikation greift ein Thema auf, das nicht nur in Südtirol von enormer wirtschaftlicher Bedeutung ist: die Frage, wer für die öffentliche Verwaltung bauen, liefern und die von ihr benötigten Dienstleistungen zur Verfügung stellen kann. Die Beantwortung dieser Frage ist, wie der Autor treffend bemerkt, einer der politischsten Bereiche des öffentlichen Rechts im Allgemeinen und des Verwaltungsrechts im Besonderen – und das schon seit den Zeiten der Hoflieferanten.

Ausgehend von einem für Praktiker gut zugänglichen Abriss des europarechtlichen Rahmens des Vergaberechts wird die Regelung des öffentlichen Auftragswesens in Südtirol dargestellt. Zunächst geht der Autor auf die Frage ein, ob angesichts der rezenten Judikatur des italienischen Verfassungsgerichtshofs noch eine eigenständige Gesetzgebungskompetenz des Landes Südtirol zu bestehen vermag. Dies bejaht er eindeutig, verschweigt aber nicht, dass sich in dem italienischen Verfassungssystem das Spannungsfeld zwischen der zentralen Ebene Staat und der regionalen Autonomie seit der Verfassungsreform 2001 auch in diesem Bereich verschärft hat. Ausgehend von der verfassungsrechtlichen Ebene zeichnet Mathà die Einfügung der unionsrechtlichen Regelungen in die Südtiroler Rechtsordnung nach. Auf dieser Grundlage entfaltet der Autor eine Bestandsaufnahme der landesgesetzlichen Regelungen, wobei als Kompass die Identifizierung europarechtlicher Problemfelder dient. Beispielhaft seien hier genannt: die Frage, ob für Bauaufträge im Unterschwellenbereich durch die geltenden Regelungen eine Verletzung der Grundprinzipien wie Transparenz oder Gleichbehandlung vorliegt; die Regelungen über eine Ausschreibung nach Losen im Bereich der öffentlichen Bauten; die Bestimmungen zu

Ausschreibungen mit beschränkter Anzahl eingeladener Teilnehmer; die freihändige Vergabe im Zusammenhang mit Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

Ein eigener Abschnitt wird der In-House-Problematik gewidmet, die 2007 einer Regelung im Rahmen des Landesgesetzes zu den lokalen öffentlichen Dienstleistungen zugeführt wurde. Der Autor zeigt auf, wie sich diese Regelung unter dem Einfluss der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs als Maßstab der einschlägigen Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofs entwickelt hat. Der Autor lässt die Thematik jedoch nicht auf der abstrakt-theoretischen Ebene stehen, sondern bricht sie anhand konkreter Beispiele aus der Gemeindepraxis auf die lokale Ebene herab. Ein Überblick über die einschlägige Judikatur des Verwaltungsgerichts Bozen im Bereich der öffentlichen Arbeiten mit Bezug zum Recht der Europäischen Union im Zeitraum von 2006-2009 rundet das Bild ab.

Insgesamt gibt das Buch „Öffentliches Auftragswesen in Südtirol im europarechtlichen Kontext“ einen exzellenten, leicht zugänglichen Einblick in die einschlägigen Regelungen und stellt eine nützliche Handreichung für den Südtiroler Rechtsanwender dar. Zugleich erschließt es dem interessierten Leser aus dem deutschen und österreichischen Rechtsraum den Zugang zu einem wirtschaftlich sehr interessanten Regelungsbereich der italienischen Rechtsordnung. Insofern kann es durchaus als Beitrag zur Verwirklichung des Binnenmarktes und des grenzüberschreitenden Wettbewerbs gelten.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Esther Happacher, Institut für
Italienisches Recht der Universität Innsbruck
esther.happacher@uibk.ac.at

ON CONVERGENCE IN THE INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS REGIME

Claudia Fuchs

I. PLURALIST LEGAL STRUCTURES AND THE ROLE OF THE COURTS

The architecture¹ of European human rights law is often referred to as multi-level and pluralist. Multi-level because the system for the protection of human rights consists of various legal standards – national standards set out by the domestic human rights law, standards contained in EU law (such as the EU Charter of Fundamental Rights² and the human rights case law of the European Court of Justice), and international standards (especially as set out by the European Convention of Human Rights³). These different systems of human rights protection are not complementary but rather parallel, overlapping instruments of protection, with diverging scopes of application.

In addition, the European human rights order is also described as a pluralist legal regime. Lacking a common legal framework of reference that would particularly allow for an overall conflict resolution, the different actors of human rights protection

compete for authority, thereby creating certain points of tension.⁴

Given the substantive linkage between the manifold constituent parts of the European human rights framework, legal scholarship increasingly suggests to refrain from a classic dichotomic perception of domestic and European human rights law. Yet, the different legal orders are not conceived as an integrated whole, organised through rules of hierarchy and based on a clear distribution of tasks.⁵

Against this background, I will stress one point that proves to be essential when talking about the interpretation of human rights in the European human rights regime: The interaction between the courts competent to ultimately decide in human rights cases – the European Court of Human Rights in Strasbourg (ECtHR), the European Court of Justice in Luxembourg (ECJ) and domestic Supreme and Constitutional Courts – has always played a major role in European human rights law. And it keeps on contributing constantly to its evolution.

The relationships between the courts, as institutions originating from different legal orders, raise various difficult questions, particularly with a view to the scope of jurisdiction and the problem of supremacy. Bearing in mind that within the European structure of human rights protection these different courts have jurisdiction to apply the same or – in their essence – similar human rights provisions, it is certainly also possible that conflicting rulings may be delivered by these courts in the interpretation of the respective human rights guarantees. Thus, one could argue that

This paper is based on a presentation given on 12 November 2010 at the West Bengal National University of Juridical Sciences Kolkata.

¹ Nico Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *The Modern Law Review* 2008, 183.

² Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 30 March 2010, C 83/389. The scope of the Charter is limited to the EU institutions and to the Member States only when they implement EU law.

³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols No. 11 and No. 14, Rome, 4/11/1950. For an overview on further international Human Rights instruments which do also have certain influence on the EU Human Rights regime see Bezemek/Müller, *International Human Rights Protection* (2010).

⁴ See Nico Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *The Modern Law Review* 2008, 183.

⁵ Nico Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *The Modern Law Review* 2008, 183 (184).

the “pluralist” structure of the European human rights regime is by its very nature destined to produce friction between the divergent legal standards and their respective judicial actors.

But we could also approach the topic from a different angle. The overall successful story of the European Convention of Human Rights (ECHR) not surprisingly has come to be seen as an essential instrument of constitutional integration. And the ongoing strong developments in the EU human rights law strengthen the impression of human rights protection as being a further means in the continuing process of a deeper European integration.⁶ Having said that, could we even come to believe that in Europe, the courts’ interaction in human rights adjudication eventually tends towards an approximation of standards, through convergence in the interpretation of human rights?

Taking up fundamental scholarly work in this field⁷ I will try to argue in the following that we can observe an increasing tendency towards a convergence in the interpretation of human rights in the European human rights regime particularly due to three aspects: First, the relationship between the ECJ and the ECtHR, which is more and more one of dialogue and cooperation, not of confrontation.⁸ Second, the harmonising impact of the ECtHR’s jurisprudence vis à vis national human rights law. And third, the harmonizing effects of comparative constitutional reasoning by domestic courts.

Needless to say, these three aspects – which will also underlie the structure of this paper – can only highlight some factors that are of importance for the development of the European human rights regime as a whole. Other elements of interest would without doubt be the EJC case law on human rights as such and particularly the rise of the (now legally binding) EU Charter of Fundamental Rights. However, I consider the three factors mentioned as being crucial

⁶ E.g. Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law*⁴ (2008) 379 et seq.

⁷ Cf. in particular and with further references Nico Krisch, *The Open Architecture of European Human Rights Law*, *The Modern Law Review* 2008, 183; Sionaidh Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, *Common Market Law Review* 43 (2006) 619.

⁸ Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law*⁴ (2008) 426 stress that both Courts are increasingly determined to avoid conflict in their respective case law, and to demonstrate deference to the approach of the other Court in relation to similar questions arising before them.

for the further development of European human rights law; therefore the focus shall be put on these aspects.

II. ECJ AND ECtHR – A DIALOGUE ON HUMAN RIGHTS

Let me start with my first area of observation, the relationship between the ECJ and the ECtHR as it has evolved in their judicial dialogue over the years. I would like to stress that despite the potential problems arising from different rulings and although areas of divergence in their human rights adjudication continue to exist,⁹ the two jurisdictions are in a relationship of communication and cooperation, showing remarkable tendencies towards convergence.¹⁰

I would like to substantiate this claim with two examples, first taking a look at the case law of the two courts pertaining to the right of privacy.¹¹ Article 8 ECHR states that “everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. While the ECJ in a 1989 judgment – in the context of European Commission investigations in the field of competition law, and referring to the absence of ECtHR case law on the matter – held that the right to the inviolability of the home does not extend to business premises,¹² subsequently the ECtHR held in a 1992 judgment that the protection of Article 8 also extends to the professional offices of a lawyer.¹³ The Strasbourg Court found this broad interpretation of the words “private life” and “home” as being more consistent with the underlying objective of Article 8. Within a couple of years, the ECJ followed this interpretation as set out by the ECtHR. In a 2002 judgment the Luxembourg Court reinterpreted its former case law and particularly stated that in determining the scope of Article 8 the ECtHR’s case law must be taken into account. Hence

⁹ For examples see Paul Craig/Gráinne de Búrca, *EU Law*⁴ (2008) 425-426.

¹⁰ See Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*² (2006) 342-343. On the “Dialogue on Rights” cf. particularly Sionaidh Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, *Common Market Law Review* 43 (2006) 619-665; Nina-Louisa Arold, *The Relationship Between the ECtHR and the ECJ – the Story of Two Sisters Becoming More Alike?*, in Benedek et al (eds) *European Yearbook on Human Rights* (2009) 189 (192-193).

¹¹ For this example also see Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*² (2006) 343.

¹² Judgment of 21 September 1989 joined cases 46/87 and 227/88 Hoechst para. 18.

¹³ Judgment of 16 December 1992 app no 13710/88 Niemietz v Germany paras. 27-33.

the ECJ concluded that the protection of the “home” may in specific circumstances be extended to cover business premises.¹⁴

But it is not always Luxembourg referring to Strasbourg case law; the judicial dialogue between the courts involves traffic in both directions and the ECtHR, too, appears to be willing to reconsider its own case law in the light of (later) ECJ case law.¹⁵

A very recent example may illustrate this point: Article 4 of Protocol No. 7 to the ECHR grants the right not to be tried or punished twice for an offence for which one has already been acquitted or convicted.¹⁶ Basically, this so-called *ne bis in idem* principle prohibits a second trial or punishment for the same offence. As regards the understanding of the same offence the ECtHR had followed different approaches over the years, shifting to a newly adopted approach in a 2009 judgment.¹⁷ For reason of legal certainty, the ECtHR thereby – among other deliberations – considered the ECJ case law on the interpretation of similar provisions in EU law.¹⁸ Thus the ECtHR argued that the *ne bis in idem* principle prohibits the prosecution or punishment for a second offence if the elements of the facts in both proceedings are either identical or essentially the same. By taking up such a fact-oriented understanding the ECtHR abandoned its previous approaches that – basically speaking – emphasized the legal

classification of the offences rather than the conduct, irrespective of its legal qualification.

These and other similar¹⁹ developments in the Luxembourg as well as in the Strasbourg case law may serve as examples for the fact that both courts, ECJ and ECtHR, are – certainly to a greater or lesser extent, yet – in general prepared to adjust their jurisprudence to the other court’s case law with the aim of contributing to an increasingly harmonized European human rights standard.

III. ECTHR CASE LAW VIS À VIS NATIONAL LAW

Moving on to the next section of my paper, I would like to address the harmonizing impact of the ECtHR’s case law vis à vis national legal orders. In order to approach this question I will focus on the Austrian Constitutional Court’s (Verfassungsgerichtshof) adjudication in human rights cases. Again, I do not intend to provide an exhaustive account of the Constitutional Court’s human rights adjudication as such but rather outline core developments and highlight trends by presenting some of the Court’s recent judgments in this area.²⁰

But let me start with giving you an idea about how the ECHR has been received legally in Austria and about the role it plays within the structure of the Austrian legal system. Other than in most European countries, in Austria the ECHR not only obtained the status of domestic law but enjoys constitutional rank. In addition to its character as an international treaty,²¹ it has been transformed on the domestic level as constitutional law.²² This double status basically implies two consequences: First, given their rank as constitutional law,²³ the rights deriving from the

¹⁴ Judgment of 22 October 2002 case C-94/00 Roquette Frères SA para. 29.

¹⁵ On references to Luxembourg case law by the Strasbourg Court cf. Sionaidh Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, *Common Market Law Review* 43 (2006) 619 (640-644).

¹⁶ “No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

¹⁷ Judgment of 10 February 2009 app 14939/03 Sergey Zolotukhin v Russia.

¹⁸ The ECtHR particularly referred to Article 50 of the EU Charter of Fundamental Rights (“No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.”) and Article 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 (“A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.”).

¹⁹ See inter alia with further references Sionaidh Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, *Common Market Law Review* 43 (2006) 619-665.

²⁰ The Constitutional Court’s judgments and decisions are delivered in the German language. English language summaries of select case law are published in the ICL-Journal (www.icl-journal.com).

²¹ Austria signed the Convention on 13 December 1957. It was ratified by the Austrian Federal President on 3 September 1958.

²² Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt – BGBl) 59/1964. On the implementation process also see Andrew Z. Drzemczewski, *European human rights convention in domestic law: a comparative study* (2004) 93-106.

²³ According to Article 44 para 1 Austrian Federal Constitutional Law (Bundes-Verfassungsgesetz) the adoption of constitutional law requires higher quora regarding the attendance and approval

Convention may be relied on before the Courts, especially the Constitutional Court, and administrative authorities. And second, the ECHR's constitutional rank makes it a binding standard for – both prior and subsequent – ordinary legislation and subjects all ordinary laws to review by the Constitutional Court.²⁴

With regard to the effect of the ECtHR's case law we can generally mention that even though they do not, legally speaking, have an erga omnes effect, the interpretation chosen by the Strasbourg Court has a de facto relevance for the application of domestic law in similar pending cases. Thus Austrian courts, among these in particular the Constitutional Court, do not only rely on Convention articles regularly and extensively; also, Strasbourg jurisprudence is cited constantly and proves to have a remarkable impact on the domestic case law.²⁵ Although not serving as a “precedent” for the Austrian Constitutional Court, Strasbourg's interpretation of the Convention will usually affect the Constitutional Court's case law as well.²⁶

This Viennese readiness to loyally consider Strasbourg jurisprudence holds true in many cases, even when the evolution of the Strasbourg case law would require legislative amendments or takes rather unexpected turns. The latter has recently been the case regarding the scope of “civil rights and obligations” under Article 6 para. 1 ECHR,²⁷ when the

of members of the National Council as well as the express designation as “constitutional law” or “constitutional provision”.

²⁴ On the hierarchy of norms in Austrian law see Herbert Hausmaninger, *The Austrian Legal System*⁴ (2011) 23-30.

²⁵ As the ECHR contains a number of rights which had not been guaranteed before, solely under Austrian domestic law, reference is made frequently to the provisions of the ECHR and to the decisions of the (former European Commission of Human Rights as well as the) ECtHR. Cf. Herbert Hausmaninger, *The Austrian Legal System*⁴ (2011) 169.

²⁶ Cf. Christoph Grabenwarter, *Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH*, RZ 2007, 154.

²⁷ Article 6 ECHR guarantees the right to a fair trial. Article 6 para. 1 reads: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.” On the Constitutional

Constitutional Court followed the new Strasbourg understanding that does – contrary to the former perception²⁸ – also include disputes concerning civil servants as having a “civil rights” character.²⁹ The Austrian Constitutional Court – albeit attaching some critical remarks to the ECtHR's newly adopted approach – also overruled its previous case law to swing into the line developed in the Strasbourg case law.³⁰

There have however also been constellations in which the Constitutional Court sustained its critical view and decided not to follow the ECtHR case law. In its 1987 Miltner judgment – once more dealing with the meaning of the concept of “civil rights and obligations” according to Article 6 ECHR – the Constitutional Court pointed out that the following to Strasbourg would encounter its limits if the ECtHR stretched its law-making functions (“offene Rechtsfortbildung”) too far; any broadening of the interpretation of Article 6 ECHR would be incompatible with the basic principles of the Austrian Federal Constitution.³¹

The particular problem that provoked this holding was solved by some slight modifications in the respected case law and open friction between the courts has been rare since. But still, instances of Viennese resistance to Strasbourg can be found, as shall be illustrated by a very recent judgment concerning the above mentioned *ne bis in idem* principle:

As has already been alluded to briefly, the ECtHR's interpretation regarding the question of the “same offence” in Article 4 of the 7th Protocol to the ECHR took an important and rather unexpected turn towards

Court's case law on Article 6 ECHR see Theo Öhlinger, *Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 1 EJIL (1990) 286 and Philipp Cede, *Some aspects of the case law of the Austrian Constitutional Court on Art. 6 ECHR*, ICL-Journal 1/2009, 27.

²⁸ Until then, the ECtHR case law had recognized a separate category of “political rights”, barring the application of rights deriving from Article 6 ECHR. Thus, cases involving civil servants had generally been declared inadmissible insofar as the complainants relied on Article 6 ECHR.

²⁹ Judgment 19 April 2007 app 63235/00 *Vilho Eskelinen and others v Finland* paras 42-64.

³⁰ See *inter alia* VfSlg 18.309/2007.

³¹ VfSlg 11.500/1987. Cf. also Theo Öhlinger, *Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 1 EJIL (1990) 286 (286-287); Philipp Cede, *Some aspects of the case law of the Austrian Constitutional Court on Art. 6 ECHR*, ICL-Journal 1/2009, 27 (35-37).

a more fact-oriented approach as expressed especially in the 2009 Zolotukhin case.³² Before this, the ECtHR's approach and the Austrian Constitutional Court's case law basically had been in the same line in this regard. The Constitutional Court however did not adopt the new Strasbourg approach, explicitly referring to the object and purpose of the ECHR as well as to historic arguments, and suggesting inter alia that the interpretation given by the ECtHR would not be consistent with the principle of the separation of powers as perceived in the Austrian Constitution.³³

Thus, despite the fact that the ECtHR's case law and the interpretation of the ECHR is generally granted great weight in the adjudication of the Constitutional Court, in both cases, the Miltner and the ne bis in idem case, the Constitutional Court sets limits to its allegiance with the ECtHR. By disagreeing with Strasbourg on the interpretation of Convention provisions the Constitutional Court thereby especially indicated that there was a limit in Strasbourg's authority to interfere with certain fundamental constitutional contents.

Thus, in general, the Austrian Constitutional Court's adjudication routinely follows the ECtHR's case law and open rejection of the Strasbourg Court's interpretation is not only a clear exception, but basically also reduced to a few cases with high stakes.

IV. COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REASONING IN THE NATIONAL CONSTITUTIONAL COURTS' ADJUDICATION

A third claim that I would like to make is that legal comparison through national Constitutional or Supreme Courts eventually leads to a convergence in human rights interpretation.

As regards the Austrian situation, not least indebted to the membership to the Council of Europe (and being party to the ECHR) and the EU, the Constitutional Court has gradually opened up to a more comparative approach. Although the court is not very much disposed to cite foreign national law or foreign case law, looking across the borders especially towards Germany and Switzerland (both countries being parties to the ECHR and Germany being a member of the EU as well) has – to a certain extent – ever since

inspired the Constitutional Court in its human rights adjudication.³⁴

The case law of the German Bundesverfassungsgericht has for example proved to be an important source of inspiration for the Austrian Constitutional Court when – basically in accordance with the German case law – the Constitutional Court qualified the request for a preliminary ruling to the ECJ as being within the scope of the right to a lawful judge under domestic law.³⁵

Another, more recent judgment dealt with the freedom of expression pursuant to Article 10 ECHR and a criminal conviction for defamation of state symbols.³⁶ Again, the Constitutional Court referred to German case law in order to interpret the scope of the human rights provision and it eventually shared the findings of the Bundesverfassungsgericht³⁷ in that regard.

Under the umbrella of the European human rights regime as set out by the ECHR and EU law, we can observe such phenomena of legal comparison between Constitutional Courts throughout Europe – the aim of the comparison being a further integration in human rights law with strong tendencies towards convergence in the interpretation of human rights.

V. PLURALISM AND CONVERGENCE

Let me conclude these short remarks on the interpretation of human rights law in Europe with the following observations: In the operation of the European human rights regime through the different courts involved, the pluralist structure does more and more lead to convergence rather than friction, generally tending towards an approximation of standards.³⁸ The different judicial actors both on a national and international level primarily are keen to achieve a cooperative relationship and have reached a state of mutual respect, endorsing each other in their human rights adjudication.

³² Judgment of 10 February 2009 Sergey Zolotukhin v Russia.

³³ VfSlg 18.833/2009. See the English summary of the judgment by Michael Kalteis in ICL-Journal 2/2010, 227.

³⁴ On comparative constitutional reasoning in the Austrian Constitutional Court's adjudication see Anna Gamper, On the Justiciability and Persuasiveness of Constitutional Comparison in Constitutional Adjudication, ICL-Journal 3/2009, 150; cf. also Claudia Fuchs, Verfassungsvergleichung durch den Verfassungsgerichtshof, JRP 2010, 176.

³⁵ VfSlg 14.390/1995.

³⁶ VfSlg 18.893/2009..

³⁷ BVerfG 15.9.2008, 1 BvR 1565/05.

³⁸ Nico Krisch, The Open Architecture of European Human Rights Law, The Modern Law Review 2008, 183 (209)

Further instruments particularly on the EU level are aimed at strengthening European integration in this field even more, by reducing separating, pluralist elements in the European human rights order. One of these mechanisms to foster integration being for example the principle to interpret the provisions of the EU Charter of Fundamental Rights in a way that does not go beyond the level of protection as guaranteed by corresponding rights guaranteed by the ECHR.³⁹ Another door that is more and more likely to open is the Union's accession to the ECHR as envisaged in the Lisbon Treaty which would – basically speaking – subject EU law to ECHR (and ECtHR) control.⁴⁰

Über die Autorin:

Univ.-Ass. Dr. Claudia Fuchs, LL.M. ist an der
Wirtschaftsuniversität Wien tätig.

Claudia Fuchs is researcher and lecturer at the WU
Vienna University of Economics and Business.

Kontaktadresse:

Althanstrasse 39-45 (UZA III), A-1090 Wien

E-Mail:

Claudia.Fuchs@wu.ac.at

³⁹ See Article 52 para. 3 Charter of Fundamental Rights: “In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.”

⁴⁰ See Article 6(2) TEU: “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.” At present, however, the EU is not a contracting party to the ECHR, and the Convention is therefore not binding on the EU. EU law may only be subject to ECtHR control by means of the control exercised over the Member States. See Pernice/Kanitz, Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe, WHI-Paper 7/04. On the implications for the ECtHR's review see Tobias Lock, EU accession to the ECHR: implications for the judicial review in Strasbourg, E.L. Rev. 2010, 35 (6) 777.

REZENSION

Christian Staffler

„Personenbezogene Grundfreiheiten in der EU und ihre Auswirkungen auf ausgewählte Bereiche der Südtirol-Autonomie“

erschienen bei Studia 2011 (ISBN 978-3-902652-36-2, 19 Euro)

Die Südtiroler Autonomie kennt zwei Kategorien von Minderheitenschutzregelungen:

Minderheitenschutzregelungen im engeren Sinn wie Vorschriften zur Verwendung und Erhaltung der Minderheitensprachen und begleitende Minderheitenschutzregelungen in Form einer umfassenden Gesetzgebungs- und Verwaltungsautonomie. Mit der vorliegenden Publikation hat der Autor mit dem Nachweis der Sprachkenntnisse im öffentlichen Dienst und mit Regelungen aus dem Bereich der Raumordnung und des geförderten Wohnbaus Regelungen aus beiden Kategorien einer Analyse hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht unterzogen. In letzterem Fall hat er dabei völliges Neuland betreten, auch im Hinblick darauf, dass es kaum Judikatur des EuGH dazu gibt.

An den Beginn stellt der Autor eine knappe, aber klare und umfassende Darstellung des Systems der Grundfreiheiten. Damit steckt er den Rahmen ab, anhand dessen er die Frage nach der Unionsrechtskompatibilität der untersuchten Normen beantworten wird. Zugleich kann die Darstellung auch dem unmittelbar mit Fragen des Unionsrechts konfrontierten Rechtsanwender, etwa auf Gemeindeebene, ohne weiteres als Handreichung für diesen zentralen Bereich des materiellen Unionsrechts dienen.

In einem weiteren Schritt untersucht der Autor jene landesgesetzlichen Regelungen aus den Bereichen Raumordnung und geförderter Wohnbau, die Berührungspunkte mit dem Unionsrecht aufweisen. Rasch wird klar, dass bei Regelungen, die aus raumordnerischen und sozialpolitischen Gründen Nutzungsbeschränkungen im sozialen Wohnbau oder

den Zugang zu Gewerbebetrieben an Wohnsitz- und Ansässigkeitserfordernisse knüpfen, die Frage nach der Rechtfertigung und der Verhältnismäßigkeit im Fokus jeglicher Entscheidung des regionalen Normsetzers stehen muss. Nur auf diesem Weg kann ein Konflikt mit dem Unionsrecht vermieden werden. Das Buch zeigt damit zugleich auf, dass die Grundfreiheiten des Unionsrechts zentrale sozialpolitische und wirtschaftliche Entscheidungen des autonomen regionalen Gesetzgebers beeinflussen.

Der letzte Teil des Buches widmet sich einer Regelung des Minderheitenschutzes im engeren Sinn, nämlich dem Nachweis der Sprachkenntnisse im öffentlichen Dienst. In diesem Bereich veranlasste ein weit über Südtirol hinaus bedeutendes Urteil in der Rechtssache Angonese (Rs C-281/98) eine Neuregelung im Jahre 2010. Der Autor setzt sich kritisch mit der Novellierung auseinander und zeigt auf, wie schwierig es ist, eine Regelung zu treffen, die einerseits ausreichende Sprachkenntnisse garantiert, andererseits den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit entspricht.

Abschließend sei angemerkt, dass die lesenswerte Analyse des Autors einen Anreiz für notwendige weitergehende Überlegungen zu einer unionsrechtskonformen Ausgestaltung zentraler Bereiche des Minderheitenschutzes in Südtirol darstellt. Dass derartige Überlegungen auch über die Südtiroler Grenzen hinaus ihre Bedeutung für regionale und lokale wirtschafts- und sozialpolitische Entscheidungen entfalten, liegt wohl auf der Hand.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Esther Happacher, Institut für
Italienisches Recht der Universität Innsbruck
esther.happacher@uibk.ac.at

ABGRENZUNG VON RELIGION UND ETHNISCHER HERKUNFT AUS ÖFFENTLICH-RECHTLICHER SICHT

Gregor Heißl

I. EINLEITUNG

Auf den ersten Blick unterscheiden sich die Begriffe Religion und ethnische Herkunft klar voneinander. Doch bei näherer Betrachtung, insb wenn allfällige Abgrenzungskriterien anhand konkreter Fallbeispiele geprüft werden, treten Schwierigkeiten auf.

Die Erörterung der Abgrenzungsfrage wird sich wohl auf von der Rechtswissenschaft unterschiedliche Disziplinen verlagern; sind doch Anthropologie und Theologie wohl näher am Thema. Der folgende Aufsatz soll trotzdem aus öffentlich-rechtlicher Sicht Abgrenzungsmöglichkeiten aufzeigen, um einen kleinen Stein für das Gesamtabgrenzungsmosaik beisteuern zu können.

Auf Religion und ethnische Herkunft Bezug nehmende Diskriminierungstatbestände finden sich in verschiedensten Rechtsquellen auf verschiedensten Rechtsebenen.

Beginnend mit dem Völker- bzw dem Internationalen Recht fallen zB Art 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte,¹ das Internationale Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen

rassischer Diskriminierung,² sowie Art 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) darunter.³

Auf europäischer Ebene ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Religion oder ethnischer Herkunft primärrechtlich in Art 19 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁴ sowie Art 21 der Grundrechtscharta

² Internationales Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, BGBl 1972/377, Art 1 (1) In diesem Übereinkommen bedeutet der Ausdruck „rassische Diskriminierung“ jede sich auf Rasse, Hautfarbe, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft gründende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, die Anerkennung, den Genuß oder die Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten in gleichberechtigter Weise im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens zu vereiteln oder zu beeinträchtigen.

Art 2 (1) Die Vertragsstaaten verurteilen die rassistische Diskriminierung und verpflichten sich, mit allen geeigneten Mitteln und unverzüglich eine Politik der Beseitigung der rassistischen Diskriminierung in allen ihren Formen und Förderung des Verständnisses unter allen Rassen zu verfolgen ...

³ Art 14 EMRK, BGBl 1958/210 idF III 2010/47: Der Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist.

⁴ Art 19 Abs 1 AEUV: Unbeschadet der sonstigen Bestimmungen der Verträge kann der Rat im Rahmen der durch die Verträge auf die Union übertragenen Zuständigkeiten gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments einstimmig geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer

* Dieser Beitrag basiert auf einem zu dieser Thematik für den Verein ZARA – Zivilcourage und Anti-Rassismus-Arbeit erstellten Gutachten.

¹ Art 26 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, BGBl 1978/591: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.

(GRC) verankert.⁵ Gestützt auf die Vorgängerregelung des Art 19 AEUV (Art 13 Vertrag über die Europäischen Gemeinschaften) sind besonders die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf hervorzuheben.⁶

Auf österreichischer innerstaatlicher Ebene finden sich Diskriminierungsverbote (abgesehen vom allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG und Art 2 StGG) sowohl auf verfassungs- als auch einfachgesetzlicher Ebene. Im Verfassungsrang und somit höherrangig als einfache Gesetze steht insb das Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (BVG-Rass-Diskriminierung).⁷ Im einfachen Gesetzesrang finden sich zB das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG, und damit vergleichbar das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz, B-

GIBG)⁸ sowie die Strafbestimmung Art III des Einführungsgesetzes zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG).⁹

Bemerkenswerterweise ist in diesen angeführten völkerrechtlichen, europarechtlichen und innerstaatlichen Rechtsquellen zwar eine Vielzahl von Verweisen untereinander, jedoch keine Definition der Begriffe „Religion“ und „ethnische Herkunft/Zugehörigkeit“ enthalten. Auch wurde – soweit ersichtlich – von innerstaatlichen Gerichten eine Definition der Begriffe noch nicht vorgenommen.

II. ABGRENZUNGSVORSCHLÄGE

A. Systematik des Gleichbehandlungsgesetzes

Durch die GIBG-Novelle 2004¹⁰ wurde ein umfassendes Antidiskriminierungsrecht geschaffen. Während die §§ 16-29 GIBG die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung regeln, widmen sich die §§ 30-40 GIBG der Gleichbehandlung ohne

Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

⁵ Art 21 GRC: Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten

⁶ RL 2000/43/EG: Art 1 (1) Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.

(2) Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten.

⁷ Art 1 Abs 1 BVG-Rass-Diskriminierung, BGBl 1973/390: Jede Form rassistischer Diskriminierung ist — auch soweit ihr nicht bereits Art 7 des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 und Art 14 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, entgegenstehen — verboten. Gesetzgebung und Vollziehung haben jede Unterscheidung aus dem alleinigen Grund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung oder der nationalen oder ethnischen Herkunft zu unterlassen.

⁸ GIBG, BGBl I 2004/66 idF I 2011/7: Art 17 (1) Auf Grund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung darf im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis niemand unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insbesondere nicht 1. bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, 2. bei der Festsetzung des Entgelts, 3. bei der Gewährung freiwilliger Sozialleistungen, die kein Entgelt darstellen, 4. bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung und Umschulung, 5. beim beruflichen Aufstieg, insbesondere bei Beförderungen, 6. bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, 7. bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Art 30 (2) Für das Merkmal der ethnischen Zugehörigkeit gelten die Bestimmungen dieses Abschnittes für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, sowie für Rechtsverhältnisse einschließlich deren Anbahnung und Begründung und für die Inanspruchnahme oder Geltendmachung von Leistungen außerhalb eines Rechtsverhältnisses 1. beim Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, 2. bei sozialen Vergünstigungen, 3. bei der Bildung, sofern dies in die unmittelbare Regelungskompetenz des Bundes fällt.

⁹ Art III Abs 1 Z 3 EGVG, BGBl I 2008/87 idF I 2008/87: Wer Personen allein auf Grund ihrer Rasse, ihrer Hautfarbe, ihrer nationalen oder ethnischen Herkunft, ihres religiösen Bekenntnisses oder einer Behinderung ungerechtfertigt benachteiligt oder sie hindert, Orte zu betreten oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die für den allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmt sind.

¹⁰ BGBl I 2004/66.

Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit in den sonstigen Bereichen.

Das System des GIBG verbietet demnach Diskriminierungen aufgrund der Religion nur im Arbeitsleben, nicht jedoch im Zusammenhang mit dem Zugang zu sonstigen Leistungen. Darunter werden insb die Versorgung mit der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen (einschließlich Wohnraum), der Sozialschutz (einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste), soziale Vergünstigungen sowie Bildung verstanden. Bei diesen ist jedoch eine Diskriminierung aufgrund ethnischer Zugehörigkeit verboten. Diskriminierung wegen Religion wird demnach unter eingeschränkteren Voraussetzungen sanktioniert als jene aufgrund ethnischer Herkunft.

Vor diesem Hintergrund prüft die Gleichbehandlungskommission (GBK) Fälle von offensichtlichen religiösen Symbolen unter dem Diskriminierungstatbestand „ethnischer Herkunft“. Dies wird insb in einem Fall der GBK deutlich, wo einem Angehörigen der Sikh der Zutritt zu einem Gerichtsgebäude untersagt wurde, da sein Kirpan als Waffe gewertet wurde.¹¹ Dieser 12 cm lange und spitze Dolch stellt eine der 5 Identitätsmerkmale der Sikhs dar. Ohne irgendwelche Anhaltspunkte hinsichtlich Hautfarbe, Herkunft, Abstammung usw zu prüfen, wurde von der GBK offensichtlich aus Ermangelung einer Beschwerdemöglichkeit gegen Diskriminierung wegen Religion, eine solche aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit geprüft.

Ähnlich ist der Fall der Verweigerung eines Tagesbetreuungsplatzes zu werten.¹² Einem Mädchen wurde aufgrund der Kleidung der Mutter, wodurch deren muslimischer Glaube augenscheinlich wurde, die Aufnahme in eine Tagesbetreuung verweigert. Wiederum aus Ermangelung einer Beschwerdemöglichkeit gegen Diskriminierung wegen Religion wurde von der GBK eine Diskriminierung zufolge ethnischer Zugehörigkeit angenommen.

Nach dieser Rechtsprechung scheint ethnische Herkunft oder Zugehörigkeit einen weiten Sammelbegriff darzustellen, in dem auch Religion enthalten ist. Eine Diskriminierung aufgrund der Religion stellt, zumindest vor dem Hintergrund der

Rechtsprechung der GBK, auch eine Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft dar.

Dies deckt sich auch mit Ausführungen in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zum GIBG.¹³ Demnach sind Adressaten der Diskriminierung aufgrund ethnischer Zugehörigkeit „Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden“. Darunter können ebenso als fremd wahrgenommene religiöse Symbole fallen.

In die gleiche Kerbe schlägt auch die Definition des britischen House of Lords in *Mandla vs Dowell Lee*.¹⁴ Die „gemeinsame Religion“, die sich von jener der Mehrheit abhebt wird als relevantes Kriterium für die Annahme einer ethnischen Gruppe angesehen.

¹³ ErIRV 307 BlgNR 22.GP, 14 f: Adressaten der Diskriminierung sind Personen, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie auf Grund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden. Sie knüpft überwiegend an Unterschiede an, die auf Grund von Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen als natürlich angesehen werden und die die betroffenen Personen nicht ändern können. Häufige Erscheinungsformen sind Diskriminierung wegen der Hautfarbe und anderer äußerer Merkmale sowie wegen einer als fremd angesehenen Muttersprache. Auch bei Ethnien handelt es sich um „imaginierte Gemeinschaften“, die durch Bekenntnis oder Fremdzuschreibung entstehen können und sich nicht allein auf biologische oder sonstige tatsächliche Unterscheidungen stützen können. Sie beziehen sich auf Gemeinsamkeiten von Menschen, die sich auf Grund ihrer Hautfarbe, Herkunft, Religion, Sprache, Kultur oder Sitten ergeben.

¹⁴ *Mandla vs Dowell Lee* (1983) AC 548 (zitiert nach Gasser, Diskriminierungsbekämpfung nach Art 13 EGV [2009] 69): Die essenziellen Charakteristika sind: eine lange gemeinsame Geschichte, durch welche sich die Gruppe bewusst von den anderen unterscheidet, und die Erinnerung, aufgrund derer sie lebendig bzw aufrechterhalten wird; eine eigene kulturelle Tradition, einschließlich familiärer und sozialer Bräuche und Umgangsformen, assoziiert mit religiöser Observanz. Die relevanten Charakteristiken sind: entweder ein gemeinsames Verständnis von geografischem Ursprung oder eine Abstammung von einer kleinen Anzahl von gemeinsamen Vorfahren; eine gemeinsame Sprache, die nicht zwingend ausschließlich von dieser Gruppe gesprochen wird; eine gemeinsame und eigene Literatur der Gruppe; eine gemeinsame Religion, differierend von derjenigen der Nachbargruppen oder jener der sie umgebenden Hauptgruppe; das Dasein als Minderheit oder als eine unterdrückte oder dominante Gruppe innerhalb einer größeren Gemeinschaft.

¹¹ GBK III/1/2005.

¹² GBK III/31/07.

B. Persönliche Veränderbarkeit

Die ErlRV zum GIBG sprechen im Zusammenhang mit ethnischer Herkunft/Zugehörigkeit von „Abstammungs- oder Zugehörigkeitsmythen ... die die betroffenen Personen nicht ändern können“.¹⁵

Die selbständige Veränderbarkeit als mögliches Unterscheidungskriterium spiegelt sich auch in der Rsp der GBK wieder: So betreffen Fälle von Diskriminierung wegen ethnischer Zugehörigkeit oftmals die Hautfarbe und die Sprache.¹⁶ Religion wird besonders im Zusammenhang der Ausübung religiöser Bräuche geprüft.¹⁷

Die Hautfarbe sowie die Sprache (bzw der Akzent) können nicht bzw nur unter sehr hohem Aufwand geändert werden. Das Fasten oder auch das Tragen des Kopftuchs kann theoretisch ohne Probleme von einer Minute auf die andere beendet werden.

Auch anwendbar ist das Kriterium der leichten Veränderbarkeit bei religiösen Symbole, die von der Religion nicht zwingend vorgeschrieben werden, in gewissen Ethnien jedoch regelmäßig verwendet oder getragen werden Diese Abgrenzung schließt eine Mehrfachdiskriminierung nicht aus, wenn Religion und ethnische Herkunft in einem Zusammenhang stehen zB Sikhs aus Pakistan oder Kopftuchträgerinnen türkischer Abstammung.¹⁸ Die Diskriminierung erfolgt dann aus beiden Gründen.

Sofern jedoch eine gebürtige Österreicherin zum Islam konvertiert und deshalb ein Kopftuch trägt, spielt nur Religion eine Rolle.¹⁹ Auch wegen in keinem Zusammenhang mit Religion stehenden Diskriminierungen wird ausschließlich ethnische Herkunft angekommen.²⁰

C. Spiritueller Gehalt

Die oben angeführte Definition wird dann schwierig, wenn sich ethnische Unterscheidungsmerkmale (wiederum theoretisch) leicht ändern lassen. Dies ist zB bei Roma der Fall. Der Unabhängige Verwaltungssenat für Tirol hatte über ein im Eingangsbereich eines Campingplatzes angebrachtes

Schild mit der Aufschrift „Kein Platz für Zigeuner“ zu entscheiden.²¹ Ohne auf die einzelnen Diskriminierungsgründe einzugehen wurde der Verwaltungsstraftatbestand des Art III Abs 1 Z 3 EGVG als erfüllt angesehen.²²

Das Unterscheidungsmerkmal der leichten Erfüllbarkeit geht in diesem Zusammenhang ins Leere. Ohne weiteres könnten Roma (theoretisch) sesshaft werden und in durchschnittliche und ortsübliche Unterkünfte ziehen. Eine religiöse Komponente fehlt in diesem Zusammenhang komplett.

Die Definition von Religion in den ErlRV zum GIBG spricht vom Vorhandensein eines „Bekenntnisses“ sowie von „Vorgaben für die Lebensweise und eines Kultes“.²³ Dies erfolgt wohl unter Orientierung an Grabenwarter, der unter Religion, „die den Menschen verpflichtende Inanspruchnahme durch die ihn bedingende Macht über- und außermenschlichen Seins“ versteht.²⁴

Der Kerngehalt der Religion ist die Bezugnahme zu einem über- oder außermenschlichen Sein. Im konkreten Fall lässt sich die Lebensweise der Roma jedoch nicht mit einem spirituellen Hintergrund begründen. Vielmehr steht dabei die traditionelle

²¹ 2006/20/0477-3.

²² Dazu FN 9.

²³ ErlRV 307 BlgNR 22.GP, 14 f: Es ist jedoch davon auszugehen, dass für eine Religion zumindest ein Bekenntnis, Vorgaben für die Lebensweise und ein Kult vorhanden sein müssen. Religion umfasst jedes religiöse, konfessionelle Bekenntnis, die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Glaubensgemeinschaft. Brockhaus - die Enzyklopädie (20., überarbeitete und aktualisierte Auflage) definiert Religion formal als ein (Glaubens-)System, das in Lehre Praxis und Gemeinschaftsformen die letzten (Sinn-)Fragen menschlicher Gesellschaft und Individuen aufgreift und zu beantworten sucht. Entsprechend den jeweiligen Heilsvorstellungen, die ihr zugrunde liegen und in Relation zur jeweiligen „Unheils“ Erfahrung hat jede Religion ein „Heilsziel“ und zeigt einen „Heilsweg“. Dieses steht in enger Beziehung zur jeweiligen „Unverfügbarkeit“, die als personale (Gott, Götter) und nichtpersonale (Weltgesetz, Erkenntnis, Wissen) Transzendenz vorgestellt wird. Auch das Tragen von religiösen Symbolen und Kleidungsstücken (z.B. Turbane) fällt in den Schutzbereich, da aus den Kleidungsstücken eine bestimmte Religionszugehörigkeit der Träger/innen abgeleitet bzw. diese als Ausdruck einer bestimmten Religion aufgefasst werden. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liegt auch vor, wenn der/die Arbeitgeber/in die Wünsche einer spezifischen Gruppe berücksichtigt, die Wünsche der anderen Gruppe jedoch nicht.

²⁴ Grabenwarter, in Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar EUV/EGV, Art 13 EGV (2006) Rz 34.

¹⁵ Dazu FN 13.

¹⁶ Zur Hautfarbe zB GBK III/45/09 sowie zur Sprache zB OGH 25.4.2006, 10 Obs 34/06 g.

¹⁷ ZB das Fasten während des Ramadans, GBK II/101/10, oder des Tragen eines Kopftuchs, GBK II/70/08.

¹⁸ GBK II/79/09.

¹⁹ GBK II/70/08.

²⁰ ZB bei Sprache OGH 25.4.2006, 10 Obs 34/06g.

Weiterführung gewohnter Verhaltensweisen im Vordergrund.

III. ZUSAMMENFASSUNG

Für die Abgrenzung von Religion und ethnischer Herkunft finden sich keine ausdrücklichen Definitionen in normativen Regelungen. Auch von innerstaatlichen Gerichten wurde diese – soweit ersichtlich – noch nicht vorgenommen.

Vor dem Hintergrund des weitergehenden Schutzniveaus der ethnischen Herkunft/Zugehörigkeit im System des österreichischen Gleichbehandlungsrechts können mit der Spruchpraxis der GBK unter dem Begriff „ethnische Herkunft/Zugehörigkeit“ sämtliche Personen verstanden werden, die von der Mehrheit aufgrund bestimmter Unterschiede als fremd bzw als nicht zugehörig wahrgenommen werden. Darunter fallen auch Unterschiede, die in Religionen begründet sind, welchen nicht die Mehrheit angehört.

Als mögliches Unterscheidungskriterium zwischen Religion und ethnischer Herkunft kann die persönliche Veränderbarkeit der Merkmale herangezogen werden. Bei ethnischer Herkunft ist dies nicht oder nur sehr schwer, bei Religion jedoch (zumindest theoretisch) leicht möglich.

Auch kann die Bezugnahme zu einem über- oder außermenschlichen Seins als selektiv betrachtet werden. Dieser spirituelle Gehalt liegt bei Religion vor, nicht jedoch bei ethnischer Herkunft.

Über den Autor/about the author:

Univ.-Ass. Dr. Gregor Heißl, E.MA ist an der Universität Innsbruck, Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre tätig.

Univ.-Ass. Dr. Gregor Heissl, E.MA is post-doc researcher at the University of Innsbruck, department of public law.

Kontaktadresse:

Innrain 52 d, 6020 Innsbruck, Austria

E-Mail:

gregor.heissl@uibk.ac.at

REZENSION

Arno Kahl/Karl Weber

Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage 2011

(erschienen bei facultas.wuv, 350 Seiten)

ISBN 978-3-7089-0760-4, 36.00 EUR)

Das Allgemeine Verwaltungsrecht bildet neben dem Verwaltungsverfahrenrecht und dem Besonderen Verwaltungsrecht eine der drei tragenden Säulen des Studienfachs Verwaltungsrecht; dabei kommt dem Allgemeinen Verwaltungsrecht die Aufgabe zu, die Organisation und Handlungsformen der Verwaltung in allgemeiner Weise systematisch darzustellen.

Im Oktober 2011, pünktlich zu Beginn des Studienjahres 2011/2012, ist im facultas.wuv Universitätsverlag die dritte Auflage des längst nicht nur in Innsbruck, sondern österreichweit etablierten Lehrbuchs Allgemeines Verwaltungsrecht von Kahl/Weber erschienen. In bewährter Manier richtet sich das Buch vor allem an die Zielgruppe der Studierenden rechtlicher (bzw auch wirtschaftsrechtlicher) Curricula. In die dritte Auflage wurde neben der seit dem Erscheinen der letzten Auflage 2008 ergangenen wesentlichen Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts insbesondere die durch den Vertrag von Lissabon bedingten Änderungen sowie die Änderungen hinsichtlich weisungsfreier Behörden aufgrund der Neufassung des Art 20 Abs 2 B-VG aufgenommen. Wie bisher wird auf eine umfangreiche Darstellung der einschlägigen Judikatur (zu Recht) verzichtet und in kompakter Weise ein Überblick über die wesentlichen Bereiche des allgemeinen Verwaltungsrechts geboten; zur gezielten Vertiefung in einzelne Themenbereiche wird die jeweils einschlägige Literatur am Beginn der Kapitel zusammengefasst.

Insgesamt umfasst das Lehrbuch sechs Teile zu insgesamt 27 Kapiteln. Der erste Teil des Lehrbuchs widmet sich allgemein dem Thema „Begriff, Geschichte und Rechtsquellen der Verwaltung“; in

diesem Bereich sind – bedingt durch eine gewisse Statik des Themenbereichs – kaum Veränderungen zu den Voraufgaben auszumachen.

Im zweiten Teil skizzieren die Autoren „europarechtliche und verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verwaltung“; auch die für das allgemeine Verwaltungsrecht wesentlichen unionsrechtlichen Bereiche werden hier übersichtlich vermittelt. Die innovative Verzahnung der beiden Fächer Verwaltungsrecht und Europarecht ist überaus gelungen; die Realität des Europäischen Verwaltungsverbands, dh des fortschreitenden Ineinandergreifens der unionsrechtlichen und innerstaatlichen Verfahren, bildet im Bereich der innerstaatlichen Behördenorganisation und der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens einen untrennbaren Zusammenhang zwischen beiden Rechtsmaterien, der sich nur in einer Gesamtperspektive erschließen lässt.

Rechtspolitische Fragen werfen die Autoren hier einerseits bezüglich dem möglichen Reformbedarf im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip unter dem Einfluss des Unionsrechts, andererseits der Erlassung eines „Informationsfreiheitsgesetzes“ zur Steigerung der Transparenz des staatlichen Handelns auf.

Das Kernstück des Lehrbuchs bildet dessen 3. Teil, welcher sich mit dem Organisationsrecht beschäftigt. Nach einem kurzen Abriss des unionsrechtlichen Verwaltungsaufbaus stellen die Autoren (ausführlich) den Aufbau der innerstaatlichen Verwaltung dar und definieren die wesentlichsten organisationsrechtlichen Grundbegriffe. Neben den klassischen Inhalten behandeln die Autoren aktuelle Themen wie Regulierungsbehörden, Public Private Partnership und

die (Neu-)Regelung der nichtterritorialen Selbstverwaltung in Art 120a ff B-VG. Kurze Erwähnung findet die neue Rechtslage durch die Änderung des B-VG zur Stärkung der Rechte der Gemeinden, welche neue Synergien in der Gemeindekooperation schaffen und dadurch Einsparungen für die einzelnen Gemeinden ermöglichen soll.

Eine Darstellung der Handlungsformen des Verwaltungshandelns (wiederum zuerst der Europäischen Union und anschließend der österreichischen Rechtsordnung) bildet den 4. Teil des Werks. Übersichtlich werden nacheinander die Rechtsquellen des österreichischen (relativ) geschlossenen Systems abgehandelt, wobei allenfalls bezüglich der Verordnung der Problemkreis ihrer Kundmachung und der dort möglichen Fehler und Fehlerfolgen in einer allfälligen Neuauflage ausbaubarwert erscheint.

Der 5. Teil mit dem Titel „Relation zwischen Staat und Bürgern“ behandelt neben Grundsätzlichem zum Rechtsstaat und subjektiv-öffentlichen Rechten auch Bereiche mit Berührungspunkten zur Verwaltungslehre, so werden insbesondere das Konzept des E-Governments und Fragen der Partizipation überblicksmäßig dargestellt.

Im 6. Teil „Kontrolle und Rechtsschutz“ betreten die Autoren wiederum klassisches Verwaltungsrechtsterrain. Überblicksmäßig beschrieben werden einerseits die Verwaltungskontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sowie einzelne Bereiche der Durchsetzung subjektiver Rechte (Amts-, Staats- und Organhaftung).

Die Neuauflage bietet auf 350 Seiten angewachsen eine sehr gute Länge für ein Lehrbuch; Kahl und Weber finden die richtige Balance zwischen der notwendigen Länge zur Vermittlung des fachlichen Inhalts und der gebotenen Kürze zur „Erlernbarkeit“ durch die Studierenden. Zweifelsohne kann man beim vorliegenden Lehrbuch von einem didaktisch rundherum gelungenen Werk sprechen, bei dem gerade der kombinatorische Ansatz als vielversprechend und zielführend gewürdigt werden muss. Das notwendige europarechtliche Vorwissen der Studierenden kann und muss vorausgesetzt werden und sollte aus den Einführungsveranstaltungen zum öffentlichen Recht zu einem Gutteil noch vorhanden sein.

Insgesamt ist das Lehrbuch von Kahl und Weber eines der Standardwerke des allgemeinen Verwaltungsrechts und wartet mit einer systematischen Darstellung der gesamten Rechtsmaterie auf. Dabei werden nicht nur dogmatisch essentielle Bereiche leserfreundlich aufbereitet, sondern auch abseits der verwaltungsrechtlichen essentialia neue Rechtsentwicklungen, systematische Mängel und aktuelle Problemfelder angesprochen. Das Werk eignet sich sehr gut zum Studium des Verwaltungsrechts und speziell zur Vorbereitung auf die diesbezügliche Fachprüfung. Auch als Nachschlagewerk für die Praxis ist es – nicht zuletzt wegen seiner zahlreichen Literaturnachweise wie auch seines ausführlichen Stichwortverzeichnisses – durchwegs zu empfehlen.

Univ.-Ass. Mag. Markus Grimberger Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre Johannes-Kepler Universität Linz markus.grimberger@jku.at

DAS SINGLE RULEBOOK ALS WESENTLICHER BESTANDTEIL DES FINANZMARKT-REGULIERUNGSVERBUNDS IM EUROPÄISCHEN MEHREBENENSYSTEM NACH DEM VERTRAG VON LISSABON

Arno Kahl

I. THEMATISCHE EINORDNUNG

Die Neuordnungen der Aufsicht über die europäischen Finanzmärkte ist seit der Finanz- und Wirtschaftskrise in aller Munde und wird die Bühne der Aufmerksamkeit nicht so schnell verlassen, stehen die nächsten krisenhaften Entwicklungen doch schon vor der Tür. Da unter dem Eindruck der letzten Krise klar geworden war, dass nur ein Ausbau und eine Stärkung der Finanzmarktaufsicht auf gesamteuropäischer Ebene einen Fortschritt in Richtung der erforderlichen konsistenten Aufsicht bedeuten konnte, wurde das Aufsichtssystem neu ausgerichtet. Dabei stand fest, dass die Regulierung der Finanzmärkte zwar auf europäischer Ebene zwar gestärkt werden konnte, die Aufsicht in ihrer Gesamtheit aber im europäischen Mehrebenenverbund abgewickelt werden muss, was (auch) eine Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen nationalen und europäischen Stellen der Finanzmarktaufsicht erfordert.

Die vermehrte Verlagerung von Aufsichtskompetenzen auf die europäische Ebene manifestiert sich in organisatorischer Hinsicht insbesondere¹ auch in der Schaffung neuer Aufsichtsbehörden. Als Nachfolger der bisher bestehenden Level-3-Ausschüsse CEBS, CESR und CEIOPS wurden durch Verordnung drei neue

europäische Aufsichtsbehörden (ESAs)² geschaffen, nämlich die Europäische Bankaufsichtsbehörde (EBA) mit Sitz in London, die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge (EIOPA) mit Sitz in Frankfurt am Main und die Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) mit Sitz in Paris.³ Ihre Kompetenzen gehen deutlich über den Aufgabenbereich der Vorgängergremien, den sie übernommen haben, hinaus. Ziel der drei Behörden ist, für eine größere Harmonisierung und eine kohärentere Anwendung der Vorschriften für Finanzmärkte und Finanzinstitute in der Union zu sorgen. Dafür wurden die Behörden mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet und verfügen über administrative und finanzielle Autonomie. Diese Unabhängigkeit, die Art ihrer Errichtung und die geographische Streuung sind charakteristisch für

¹ Der neue europäische Aufsichtsrahmen besteht aus zwei Säulen: dem Europäischen Rat für Systemrisiken (ESRC) und dem Europäischen Finanzaufsichtssystem (ESFS). Dem ESRC obliegt die Überwachung und Bewertung der Risiken für die Stabilität des Finanzsystems in seiner Gesamtheit, also auf Makroebene. Er gibt Frühwarnungen und Empfehlungen ab, wenn sich Systemrisiken ankündigen. Ziel des ESFS ist die Aufsicht auf Mikroebene, dh die Erhaltung finanziell solider Unternehmen und der Schutz der Empfänger von Finanzdienstleistungen.

² European Supervisory Authorities.

³ Verordnung 1093/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Bankenaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/78/EG der Kommission, ABl L 331/12; Verordnung 1094/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge), zur Änderung des Beschlusses 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl L 331/48; Verordnung 1095/2010 zur Errichtung einer Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde), zur Änderung des Beschlusses 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/77/EG der Kommission, ABl L 331/84. Im Folgenden „Gründungsverordnungen“.

Regulierungsagenturen⁴. Als solche nehmen sie in erster Linie koordinierende Aufgaben wahr, allerdings können unter bestimmten Voraussetzungen auch verbindliche Entscheidungen gegenüber nationalen Behörden und Finanzinstituten getroffen werden. Seit 1.1.2011 wird die Finanzmarktaufsicht von den ESAs zusammen mit den nationalen Behörden wahrgenommen.

Im Folgenden interessiert nicht diese neue Aufsichtsarchitektur, sondern vielmehr ein spezifisches Instrument, das die (Praxis der) Finanzmarktaufsicht im europäischen Mehrebenenverbund harmonisieren soll. Die Rede ist vom sogenannten „Single Rulebook“, das ein einheitliches Regelwerk für Aufsichtsbehörden und Finanzinstitute enthalten und auf der Möglichkeit zu abgeleiteter Rechtsetzung entstehen soll.

II. DAS SINGLE RULEBOOK

Überlegungen in Richtung der Entwicklung eines Single Rulebook manifestieren sich schon seit dem Jahr 2008 im Wege verschiedener Konsultationen auf europäischer Ebene, deren Gegenstand die Frage bildet, wie und inwieweit Ermessens- und Wahlmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bei der Regulierung der Finanzmärkte – insbesondere auch im Lichte des Primats des nationalen Vollzugs von Unionsrecht – beschränkt oder gar beseitigt werden könnten. Die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der europäischen Praxis ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass die Mitgliedstaaten – wegen einer abweichenden Risikoeinschätzung oder aus produkt- und marktspezifischen Überlegungen heraus – nicht selten ein strengeres Vorgehen als in den europäischen Rechtsakten vorgesehen für erforderlich halten.⁵ Die – uneinheitliche – Erlassung strengerer Vorschriften erzeugt jedoch einerseits vermeidbare Kosten im

⁴ Vgl dazu Kahl, Europäische Agenturen im Lichte der dynamischen Verwaltungslehre, FS Wimmer (2008) 245 (252).

⁵ Zu diesem „gold plating“ und zum hier Ausgeführten auch <http://fs-blog.pwc.de/regulatory/2010/11/single-rule-book-vs-nationaler-ermessensspielraum-auf-dem-weg-zur-einheitlichen-finanzmarktregulierung.html> (9.11.2011) mwN. Einen guten Überblick über die national verschiedenen Regulierungen bietet die CEBS-Analyse auf www.eba.europa.eu/documents/Publications/Other-Publications/Comment-letters-by-CEBS/Comments-on-the-Single-Rule-Book/CEBS-response-SRB.aspx (9.11.2011).

Binnenmarkt und andererseits Wettbewerbsverzerrungen in den Mitgliedstaaten.

Als Instrument zur weitergehenden Harmonisierung und damit auch zur Verhinderung solcher negativer Effekte wird die Entwicklung sogenannter technischer (Regulierungs- und Durchführungs-)Standards gesehen. Während jene Standards, die noch von den oben erwähnten Level-3-Ausschüssen entwickelt wurden nur empfehlenden Charakter besaßen, entfalten technische Standards künftig normative Wirkung.

Die Gründungsverordnungen⁶ der europäischen Aufsichtsbehörden nennen als Zielsetzung der technischen Standards denn auch die Herstellung einer „kohärenten Harmonisierung“ des Finanzmarktaufsichtsrechts.⁷ In der Folge ergäben sich gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Marktteilnehmer und ein angemessener Schutz der Anleger, Versicherungsunternehmer, Altersversorgungsanwärter und Ein- und Anleger sowie Verbraucher.⁸

Beim Single Rulebook handelt es sich also um einen spezifischen Typ der Regulierung, der die Aufsicht über die europäischen Finanzmärkte sowohl in der Breite als auch in der Tiefe unter Beschränkung nationaler Handlungsspielräume harmonisieren soll. Instrument hierzu sind technische Standards.

III. DIE PRIMÄRRECHTLICHE GRUNDLAGE TECHNISCHER STANDARDS

Technische Standards stellen abgeleitete Rechtsakte dar und sind auf der Ebene des tertiären Rechts angesiedelt. Ihre Grundlage findet sich in spezifischem Sekundärrecht (Basisrechtsakt), das auf den Art 290 und 291 AEUV beruht.

Art 290 AEUV ermöglicht es Rat und Parlament als Gesetzgeber, der Kommission die Befugnis zu übertragen, Rechtsakte ohne Gesetzescharakter mit

⁶ Art 10 Abs 1 in den Gründungsverordnungen, vgl (FN 3).

⁷ Baur/Boegl, Die neue europäische Finanzmarktaufsicht – Der Grundstein ist gelegt, BKR 2011, 177 (182).

⁸ Erwägungsgründe 21 bzw 22 der Gründungsverordnungen (FN 3). Erwägungsgrund 10 der Verordnung 513/2011 zur Änderung der Verordnung 1060/2009 über Ratingagenturen, ABI L 145/30. Der Umstand, dass aufsichtsrechtliche Regelungen eng mit zivil-, straf- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen in Beziehung stehen werden, macht die Entwicklung eines Single Rulebook freilich nicht einfacher.

allgemeiner Geltung zur Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des Basisrechtsakts zu erlassen. Die Vorschrift hat die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, also von legislativen Kompetenzen, vor Augen. Betroffen sind Fälle, in denen „das Programm legislativer Normierung noch nicht vollständig erfüllt ist“,⁹ der Basisgesetzgeber also die Erlassung ergänzender oder ändernder Bestimmungen der Kommission überträgt. Die von dieser erlassenen Normen sind dann „delegierte Verordnungen“, „delegierte Richtlinien“ oder „delegierte Beschlüsse“. Im delegierenden Basisrechtsakt sind Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung¹⁰ ausdrücklich festzulegen. Gleiches gilt für die wesentlichen Aspekte des betroffenen Regelungsbereichs. Dass diese (bereits) im Basisrechtsakt niedergelegt sein müssen, entspricht dem demokratischen und dem gewaltenteilenden Prinzip der Europäischen Union.¹¹ Technische Standards, die auf der Grundlage des Art 290 AEUV einen Basisrechtsakt ergänzen oder ändern, werden als technische Regulierungsstandards bezeichnet.

Anders als Art 290 AEUV liefert Art 291 AEUV die primärrechtliche Grundlage für die Übertragung rein exekutiver Befugnisse durch einen verbindlichen Basisrechtsakt. Es dürfen keine (legislativen) Ergänzungs- oder Änderungsbefugnisse, sondern nur reine Durchführungsbefugnisse – in der Regel an die Kommission¹² – übertragen werden. Zwar legitimiert Art 291 AEUV somit zu keiner Verschiebung legislativer Zuständigkeiten, doch greift er in den Primat der Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht¹³ ein. Gerade das ist ja nach der oben beschriebenen Zielsetzung des Harmonisierung anstrebenden Single Rulebook Sinn und Zweck der

technischen Standards. Erlaubt und gefordert sind verbindliche Durchführungsrechtsakte nach Art 291 AEUV, wenn es für die Durchführung verbindlicher (Basis)Rechtsakte der Union einheitlicher Bedingungen bedarf. Sie ergehen als „Durchführungsverordnungen“, „Durchführungsrichtlinien“ oder „Durchführungsbeschlüsse“. Technische Standards, die auf der Grundlage des Art 291 AEUV für eine einheitliche Durchführung eines Basisrechtsakts sorgen, werden als technische Durchführungsstandards bezeichnet.

Maßnahmen der beschriebenen Art fallen entweder unter Art 290 oder 291 AEUV. Das Verhältnis von Art 290 und 291 AEUV ist somit ein exklusives.¹⁴ Dies ist deshalb hervor zu heben, weil die beiden Artikel unterschiedliche Rechtserzeugungsverfahren und (auch deshalb) – auf diesen Umstand wird noch zurückgekommen – verschiedene Kontrollbefugnisse vorsehen. Während Art 290 AEUV wegen der Delegation von rechtsetzenden Befugnissen Kontrollrechte des Gesetzgebers (Rat und Parlament) verlangt,¹⁵ fordert Art 291 AEUV wegen des Eingriffs in den Primat der mitgliedstaatlichen Durchführung von EU-Recht eine (qualifizierte) Kontrolle durch die Mitgliedstaaten.¹⁶ Da in letzterem Fall keine legislativen Kompetenzen übertragen werden, ist eine Kontrolle durch den Gesetzgeber – systemkonform – nicht gefordert. Dass (auch) die korrekte Ausgestaltung der Kontrollrechte im dargestellten Sinn für die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts unverzichtbar ist, liegt auf der Hand. Das Dargelegte fordert dann aber eine treffsichere und korrekte Zuordnung einer Maßnahme entweder zu Art 290 oder 291 AEUV (delegierter Rechtsakt oder

⁹ Möstl, Rechtsetzungen der europäischen und nationalen Verwaltungen, DVBl 2011, 1076 (1081).

¹⁰ Dazu Kröll, Delegierte Rechtsetzung und Durchführungsrechtsetzung und das institutionelle Gleichgewicht der Europäischen Union, ZÖR 2011, 253 (270 ff).

¹¹ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁴ (2010) Rz 565.

¹² Hiezu Art 291 Abs 2 AEUV.

¹³ Vgl Art 291 Abs 1 AEUV. Dazu auch Stelkens, Art. 291 AEUV, das Unionsverwaltungsrecht und die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten, FÖV 68 Discussion Papers, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer (2011; <http://192.124.238.248/fbpdf/dp-068.pdf>, 9.11.2011).

¹⁴ Mitteilung der Kommission betreffend die Umsetzung von Art 290 AEUV, KOM(2009) 673, 3; Schusterschitz, Rechtsakte und Rechtsetzungsverfahren, in: Hummer/Obwexer (Hrsg), Der Vertrag von Lissabon (2009) 209 (233); Möstl, (FN 9) 1081; Kröll, Artikel 290 und 291 AEUV – Neue vertragliche Grundlagen der Rechtsetzung durch die Europäische Kommission, in: Debus et al (Hrsg), Verwaltungsrechtsraum Europa, 51. Assistententagung Öffentliches Recht (2011) 195 (197).

¹⁵ Art 290 Abs 2 AEUV sieht ein Einspruchs- und ein Widerrufsrecht für Parlament und Rat vor.

¹⁶ Art 291 Abs 3 AEUV sieht die Erlassung einer horizontalen (Komitologie-)Verordnung vor, in deren Rahmen die Kontrollrechte der Mitgliedstaaten festgelegt werden.

Durchführungsrechtsakt).¹⁷ Erwähnt sei an dieser Stelle, dass hinsichtlich technischer Standards die Erlassung von Richtlinien durch die Kommission ausgeschlossen ist.¹⁸ Dies entspricht der Zielsetzung des Single Rulebook, nationale Spielräume zu beschränken.

Der EuGH legt bei der Beurteilung einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen nach Art 290 AEUV einen großzügigen Maßstab an.¹⁹ So seien im Basisrechtsakt „die wesentlichen Grundzüge der zu regelnden Materie“ festzulegen, wobei der Exekutive eine „weitgehende Beurteilungs- und Handlungsbefugnis“ zugestanden werden dürfe. Auch „die allgemeine Befugnis“, die Modalitäten der Anwendung der Vorschriften des Basisrechtsakts zu regeln, darf delegiert werden, ohne dass die Hauptbestandteile der übertragenen Befugnisse genau festgelegt werden müssen. Auch „eine allgemein gefasste Bestimmung [gibt] eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage ab“.

IV. EIN WORT ZUR VERÄNDERTEN KOMITOLOGIE

Charakteristikum des Komitologieverfahrens war und ist der Umstand, dass der Erlass einschlägiger Rechtsakte von Ausschüssen, die mit Experten aus den Mitgliedstaaten besetzt sind, begleitet wird. Je nach konkretem Verfahren ist das Gewicht des Ausschusses größer oder kleiner.²⁰ Maßnahmen zur

Regulierung der Finanzmärkte waren ursprünglich Gegenstand des Komitologieverfahrens, das auf Basis des gleichnamigen Beschlusses²¹ nach dessen Novellierung im Jahr 2006²² im sogenannten Regelungsverfahren mit Kontrolle (Art 5a) zu erlassen waren. Darunter fielen Rechtsakte von allgemeiner Tragweite zur Änderung nicht wesentlicher Aspekte des Basisrechtsakts.²³

Art 290 und 291 AEUV positivieren nunmehr jene Grundsätze, die sich vor dem Vertrag von Lissabon durch Lehre und Rechtsprechung auf dem Boden des Komitologiebeschlusses hinsichtlich der Möglichkeit der Übertragung legislativer und exekutiver abgeleiteter Rechtsetzung herausgebildet haben.²⁴

Art 290 AEUV enthält heute nicht nur keine verfahrensrechtlichen Bindungen mehr, er kann auch nicht als Grundlage für eine entsprechende horizontale Maßnahme dienen. Die Beteiligung von Komitologieausschüssen ist nicht mehr vorgesehen und eine die Kommission treffende Pflicht, die Stellungnahme eines Expertenausschusses einzuholen, besteht nicht. Allerdings hat sich die Kommission in der Erklärung 39 zum Vertrag von Lissabon dazu bereit erklärt, im Bereich der Finanzdienstleistungen (weiterhin) nationale Experten zu konsultieren. Dies allerdings iSd Art 290 AEUV auf rein freiwilliger Basis und mit der Folge, dass entsprechende Äußerungen für die Kommission nur mehr beratenden Charakter haben.²⁵

¹⁷ ZB Hable, Neuerungen im Zusammenwirken von EU-Recht und nationalem Recht nach dem Vertrag von Lissabon, in: Hummer (Hrsg), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 651 (685).

¹⁸ Art 10 Abs 4 der Gründungsverordnungen (FN 3).

¹⁹ S Rieckhoff, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht (2007) 178 ff. Zahlreiche Nachweise auch bei Möllers/Achenbach, Die Mitwirkung des Europäischen Parlaments an der abgeleiteten Rechtsetzung der Europäischen Kommission nach dem Lissabonner Vertrag, EuR 2011, 39 (48). Die Belegstellen beziehen sich zT auf das alte Komitologieverfahren, sind hier aber deshalb einschlägig, weil Art 290 und 291 AEUV die zuvor hinsichtlich des Art 2 des Komitologiebeschlusses bestandene Rechtslage kodifizieren.

²⁰ Vgl Art 4 und 5 der Verordnung 182/2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABI L 55/13; näheres dazu unten; für eine Gegenüberstellung der Komitologie vor und nach Lissabon

vgl Achleitner/Soetopo, Der neue Rechtsrahmen für die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon, WKO (Hrsg), EU Top-Thema (2011).

²¹ Beschluss 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABI 1999 L 184/23.

²² Beschluss 2006/512/EG, ABI L 200/11.

²³ Art 2 Abs 2 Beschluss 2006/512/EG (FN 22). Hardacre/Kaeding, Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte – Die neue Komitologie, EIPA-Leitfaden Version 3 (2011) 11 (http://www.eipa.eu/files/publications/Comitology_Brochure3DE_web.pdf [9.11.2011]).

²⁴ S zur Komitologie vor und nach dem Vertrag von Lissabon Leixner, Komitologie und Lamfalussyverfahren im Finanzdienstleistungsbereich im Lichte der jüngsten Reformen, BMF-Working Paper 1/2010 (2010) – http://m.bmf.gv.at/Publikationen/Downloads/WorkingPaper/WP_1_2010_v2.pdf (9.11.2011).

²⁵ S dazu etwa Edenharter, Die Komitologie nach dem Vertrag von Lissabon: Verschiebung der

Im Gegensatz dazu bildet Art 291 Abs 3 AEUV im Besonderen die Basis für die neue Komitologieverordnung (KVO).²⁶ Durchführungsrechtsakte iSd Art 291 AEUV haben nach dieser entweder im Prüfverfahren oder im Beratungsverfahren zu ergehen. Für Maßnahmen zur Regulierung der Finanzmärkte ist das Prüfverfahren mit der Maßgabe einschlägig, dass ohne Stellungnahme des mit nationalen Experten besetzten Prüfungsausschusses nicht positiv abgeschlossen werden kann.²⁷ Das Kontrollrecht der Mitgliedstaaten iSd Art 291 Abs 3 AEUV ist qualifiziert gesichert.

V. SPEZIELLE REGELUNG DES VERFAHRENS ZUR ERLASSUNG TECHNISCHER STANDARDS

Zwar auf der Grundlage des Dargestellten, jedoch in ganz spezifischer Art und Weise ist nun das Verfahren zur Erlassung technischer Standards geregelt. Dafür halten die Gründungsverordnungen der europäischen Finanzmarktaufsichtsbehörden in ihren Art 10-14 einerseits und in ihren Art 15 andererseits spezifische Prozeduren bereit. Im ersten Fall behandeln sie technische Regulierungsstandards, also technische Standards, die die Voraussetzungen des Art 290 AEUV erfüllen, weil sie den entsprechenden Basisrechtsakt ergänzen oder ändern. Im zweiten Fall beschäftigen sie sich mit der Erzeugung technischer Durchführungsstandards, also technischer Standards, die die Voraussetzungen des Art 291 AEUV erfüllen, weil sie den Basisrechtsakt lediglich durchführen. Technische Standards stellen damit einen „Spezialfall“²⁸ abgeleiteter Rechtsetzung dar.

Vereinfacht gesagt²⁹ entstehen technische Standards durch enges Zusammenwirken der neuen Aufsichtsbehörden und der Kommission. Den Behörden kommt dabei die Aufgabe zu, Entwürfe der Standards zu erarbeiten, die Kommission „billigt“ diese, wodurch sie – nach der Publikation im Amtsblatt – normativ werden.³⁰ Experten der

Mitgliedstaaten sind insofern in das Verfahren involviert, als es der – „Rat der Aufseher“³¹ als Organ der Aufsichtsbehörden ist, der über den Entwurf technischer Standards – mit qualifizierter, gewichteter Mehrheit³² – beschließt.³³ Die Kommission darf technische Standards nur dann erlassen, wenn sie sich in dem in Art 10 und Art 15 der Gründungsverordnungen vorgesehenen Verfahren mit den Aufsichtsbehörden abgestimmt hat.³⁴ Das Verfahren zur Erlassung technischer Regulierungsstandards wird durch ein Einspruchs- und ein Widerrufsrecht ergänzt (s Art 290 Abs 2 AEUV).³⁵

VI. DER DERZEIT GEPLANTE INHALT DES SINGLE RULEBOOK

A. Allgemeines

Die Frage nach dem möglichen Inhalt eines Single Rulebook betrifft die inhaltliche Dimension und erfordert einen Blick auf die derzeit in Rede stehenden Maßnahmen. Diese finden sich in die Finanzmarktaufsicht materiell regelnden Sekundärrecht. Jene Gebiete, in denen technische Standards nunmehr erlassen werden sollen, werden

Standards erlassen. Diese Befugnis – und die Verantwortung dafür – muss bei der Kommission bleiben.

³¹ Stimmberechtigte Mitglieder des Rats der Aufseher sind die Leiter der nationalen Aufsichtsbehörden.

³² Art 44 Abs 1 UA 2 der Gründungsverordnungen (FN 3).

³³ Art 43 der Gründungsverordnungen (FN 3).

³⁴ Insbesondere darf die Kommission – wiederum vereinfacht ausgedrückt – nur dann selbständig tätig werden, wenn die Behörde keinen Entwurf erarbeitet.

³⁵ In Bezug auf die Verfahren zur Erlassung technischer Standards stellen sich mehrere Fragen, denen hier nicht nachgegangen wird, weil diese in einer gesonderten Publikation erörtert werden (Kahl, Europäische Aufsichtsbehörden und technische Regulierungsstandards, Sonderheft zur 6. Jahrestagung der ZFR über die neue europäische Aufsichtsarchitektur). Die Problembereiche drehen sich insbesondere um die Frage, welches Verfahren für die Erlassung technischer Durchführungsstandards anzuwenden ist (KVO, Art 15 der Gründungsverordnungen [FN 3]), die Frage nach der Zulässigkeit der Bindung der Kommission an das Handeln der Aufsichtsbehörden, einer etwaigen Pflicht zur Erlassung technischer Standards durch die Kommission sowie des Fehlens einer im Lichte des Art 291 Abs 3 AEUV ausreichenden Kontrollmöglichkeit der Mitgliedstaaten im Verfahren nach Art 15 der Gründungsverordnungen, das zu einer Störung des institutionellen Gleichgewichts führt.

Einflussmöglichkeiten zugunsten der EU-Kommission? DÖV 2011, 645 (647); Leixner, (FN 25) 36.

²⁶ FN 20; Inkrafttreten am 1.3.2011.

²⁷ Vgl Art 5 Abs 4 KVO.

²⁸ Achleitner/Soetopo, (FN 20) 22.

²⁹ Ausführlich dazu Art 10 und 15 der Gründungsverordnungen (FN 3).

³⁰ Da eine Subdelegation der Rechtsetzung nicht zulässig ist, können es nicht die Aufsichtsbehörden sein, die die

vor allem in den beiden Omnibusrichtlinien³⁶ festgelegt. Dort werden die materiellen Kompetenzzuweisungen für den jeweiligen Einzelfall getroffen und die einzelnen „Finanzmarkt-Richtlinien“ an den Tätigkeitsbereich der Aufsichtsbehörden angepasst.³⁷

Es sei noch einmal in Erinnerung gerufen, dass die Grenze zwischen Basisrechtsakt und technischen Regulierungsstandards (Art 290 AEUV) in der „Wesentlichkeit“³⁸ der Regelung³⁹ gelegen ist und

³⁶ Richtlinie 2010/78/EU zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG, 2002/87/EG, 2003/6/EG, 2003/41/EG, 2003/71/EG, 2004/39/EG, 2004/109/EG, 2005/60/EG, 2006/48/EG, 2006/49/EG und 2009/65/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde, der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde, ABl L 331/120 (Omnibus I); Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinien 2003/71/EG und 2009/138/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde, KOM(2011) 8 endg. (Omnibus II).

³⁷ Baur/Boegl, (FN 7) 178. S auch die Verordnung zur Änderung der Verordnung 1060/2009 über Ratingagenturen (FN 8).

³⁸ Die wesentlichen Inhalte („Kernziele“) müssen im Basisrechtsakt selbst enthalten sein, wobei die Wesentlichkeit iSd Art 290 AEUV nach hL in demokratisch-politischer Hinsicht zu beurteilen ist. Ruffert, Art I-36, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), Verfassung der Europäischen Union – Kommentar Grundlagenbestimmungen (Teil I) (2006) Rz 9; Vedder, Art I-36, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg), Europäischer Verfassungsvertrag (2007) Rz 3; Möllers/Achenbach, (FN 19) 49.

³⁹ Die Wesentlichkeit ist nach dem Sinn und Zweck der konkreten Vorschrift und ihrer Bedeutung für die jeweilige Unionspolitik im konkreten Einzelfall zu bestimmen. Wolfram, „Underground Law“? Abgeleitete Rechtsetzung durch Komitologieverfahren in der EU: Bedeutung, Stand und Aussichten nach dem Vertrag von Lissabon, cep Studie (2009) 12 (www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/Komitologie/Studie_Komitologie.pdf [9.11.2011]); Scharf, Das Komitologieverfahren nach dem Vertrag von Lissabon – Neuerungen und Auswirkungen auf die Gemeinsame Handelspolitik, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 101 (2010) 18 unter Verweis auf Hetmeier. Möllers/Achenbach, (FN 20) 49. In der Literatur finden sich zahlreiche Umschreibungen des Wesentlichkeitskriteriums. Instruktiv mit Beispielen va

dass die Grenze zwischen technischen Regulierungs- und technischen Durchführungsstandards darin besteht, dass Regulierungsstandards – diesseits der Wesentlichkeitsgrenze – den Basisrechtsakt „ergänzen“ oder „ändern“.⁴⁰ Durchführungsstandards sorgen – ohne legislativen Inhalt – „bloß“ für eine einheitliche Durchführung einer Regelung in den Mitgliedstaaten. Durchführungsstandards sind dann nicht mehr zulässig, wenn ein Bedarf an einer einheitlichen Durchführung⁴¹ nicht gegeben ist.

B. Technische Regulierungsstandards

Die Omnibus I-Richtlinie enthält für die Finanzkonglomeratrichtlinie, die Richtlinie über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation, die Richtlinie über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung, die Prospektrichtlinie, die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID), die Transparenzrichtlinie, die Geldwäscherichtlinie, die Eigenkapitalrichtlinien sowie die OGAW-Investmentfondsrichtlinie 42 normative Grundlagen für die Erlassung technischer Regulierungsstandards.⁴²

Hetmeier, Art 290 AEUV, in: Lenz/Borchard (Hrsg), EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon⁵ (2010) Rz 7 ff.

⁴⁰ Bei Ergänzungen und Änderungen iSd Art 290 AEUV muss der Kommission ein gewisser politischer Ermessenspielraum eröffnet sein. Ergänzungen, die den Basisrechtsakt nicht in diesem Sinne ändern, sind als Durchführungsbestimmungen nach Art 291 AEUV zu qualifizieren. Die Grenze zwischen technischen Regulierungs- und Durchführungsstandards ist zunächst freilich eine Entscheidung des Basisgesetzgebers. Ausschlaggebend ist alleine der formale Umstand, ob der Basisrechtsakt zur Erlassung der einen oder der anderen Standards ermächtigt. S Hetmeier, Vorb. Art. 290, 291 AEUV, in: Lenz/Borchard (Hrsg), EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon⁵ (2010) Rz 2; Sohn/Koch, Umsetzung von Artikel 290 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, cep Kommentar (2010) 12 f.

⁴¹ Ein bloß uneinheitlicher Vollzug der Mitgliedstaaten alleine ist noch nicht ausreichend. Ausschlaggebend ist, ob aufgrund deutlich unterschiedlicher Verwaltungsstrukturen eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten nicht gesichert ist. König, § 2 Gesetzgebung, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg), Europarecht² (2010) Rz 107.

⁴² S dazu die cep-Analyse „Technische Standards der Europäischen Aufsichtsbehörden (ESA) –

Betroffen sind etwa konkretisierende Determinierungen von Begriffsbestimmungen, die nähere Ausgestaltung von Verfahren zur Bestimmung der zuständigen Behörden, die Festlegung von beschränkten Ausnahmen vom (Groß-)Kreditbegriff, die näheren Bedingungen über die Zulassung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, die Bestimmung von Wertpapieren, die von der Pflicht zur Veröffentlichung eines Prospekts ausgenommen sind, die Mitteilungspflichten von Personen, die eine qualifizierte Beteiligung an Kreditinstituten erwerben wollen, Regeln der soliden Unternehmenssteuerung sowie Informationen, die die zuständigen Behörden bei ihrer Zusammenarbeit bei der Überwachung, Vor-Ort-Überprüfung oder bei Ermittlungen austauschen müssen.

Im Hinblick auf das Wesentlichkeitskriterium erscheinen die jeweiligen Maßnahmen mE unproblematisch, weil sie allesamt nicht wesentliche Bereiche regeln. Dieses Muster setzt sich in der Omnibus II-Richtlinie fort.⁴³ Eine unzulässige Neuausrichtung der entsprechenden Basisrechtsakte lässt sich unter Zugrundelegung der großzügigen Maßstäbe des EuGH bei all diesen technischen Standards nicht ausmachen.

C. Technische Durchführungsstandards

Zu den 42 Grundlagen für die Erlassung von technischen Regulierungsstandards bietet die Omnibus I-Richtlinie 57 Artikel betreffend technische Durchführungsstandards. Beispiele betreffen die Festlegung von Berechnungsmethoden, die (einheitliche) Anwendung von Vorschriften über die sachgerechte Darlegung von Analysen und die Offenlegung von Interessenkonflikten, die formalen Bedingungen von Auskunftspflichten, die Bestimmung von Vorlagen und Verfahren für die Übermittlung von Informationen verschiedenster Arten, Bestimmungen über die einheitliche Anwendung der Gestaltung von Prospekten, Mitteilungen an Emittenten, Anbieter und Antragsteller oder formale Vorgaben (Standardmodelle) für Bescheinigungen und Anzeigeschreiben, für Konsultationen und die

www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/Omnibus_II/UEbersicht_Sachstand_Omnibus.pdf (9.11.2011).

⁴³ Hiezu cep-Analyse Omnibus-II-Richtlinie – Delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte – www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Kurzanalysen/Omnibus_II/UEbersicht_Vorschlaege_Omnibus_II.pdf (9.11.2011).

Zusammenarbeit von Behörden. Auch delegierte Rechtsakte der Kommission werden durchgeführt, wie etwa im Zusammenhang mit Pflichten zum Informationsaustausch.

Die von der Kommission gezogene Trennlinie zwischen delegierten und Durchführungs-Rechtsakten lässt sich exemplarisch an Folgendem zeigen: Während die Pflicht zum Informationsaustausch und zur Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden durch technische Regulierungsstandards ausgestaltet werden soll (Art 22 Abs 4 Prospektrichtlinie), sind die konkreten Vorlagen und Verfahren für die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch mit technischen Durchführungsstandards zu regeln.

Ganz analog stellt sich die Situation bei der Omnibus II-Richtlinie dar. Betroffen sind zB Standards zur Festlegung der Bedingungen für die Anwendbarkeit von Meldepflichten von Versicherern bei Aufsichtsbehörden sowie bezüglich Vorlagen und Übermittlungsverfahren für bestimmte Informationen sowie die „operative Funktionsweise der Aufsichtskollegien“.

Angesichts der noch ausstehenden konkreten Ausgestaltung der zahlreichen in den Omnibus-Richtlinien grundgelegten Maßnahmen lässt sich eine abschließende Bewertung freilich noch nicht treffen. Eine erste Durchsicht erweckt jedoch den Eindruck, dass – unter Zugrundelegung des großzügigen Maßstabs des EuGH – die oben beschriebenen Grenzen zwischen Basisrechtsakt, delegiertem Rechtsakt (technischer Regulierungsstandard) und Durchführungsrechtsakt (technischer Durchführungsstandard) jeweils eingehalten wurden.

VII. BEDEUTUNG DES SINGLE RULEBOOK

Offenbar wird angesichts der Breite des Einsatzes technischer Standards und des Umstands, dass die Kommission wohl noch weitere Bereiche identifizieren wird, in denen sie den Gebrauch von ihr zu setzender technischer Standards vorschlagen wird,⁴⁴ dass das Single Rulebook, wenn es dereinst Gestalt angenommen hat, ein überaus wirksames Instrument zur Beschränkung mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume darstellen wird.

⁴⁴ S die Verordnung zur Änderung der Verordnung 1060/2009 über Ratingagenturen (FN 8).

Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil für die Durchsetzung (auch) dieser Standards in den Art 17 der Verordnungen zur Gründung der europäischen Aufsichtsbehörden ein eigenes, recht straffes Verfahren vorgesehen ist. Bei Verletzung der Standards kann die Behörde zunächst eine Untersuchung einleiten, die in eine Empfehlung an die nationale Behörde mündet, die bestimmte Maßnahmen vorschlägt. Nach einem fruchtlos verstrichenen Monat kann die Kommission eine förmliche Stellungnahme abgeben, die der Empfehlung der Behörde entspricht. Danach droht bei weiterbestehendem Verstoß gegen Unionsrecht ein Vertragsverletzungsverfahren. Im Einklang mit der förmlichen Stellungnahme der Kommission kann die Aufsichtsbehörde daneben, falls erforderlich und unter weiteren beschränkenden Voraussetzungen, einen Beschluss an ein Finanzinstitut richten, der dieses zu bestimmten Maßnahmen verpflichtet.⁴⁵ All dies zeigt, dass ein – freilich erst nach und nach entwickelbares – Single Rulebook durchaus erhebliche harmonisierende Effekte zeitigen kann. Dies trotz des unbestreitbaren Umstands, dass auch ein Single Rulebook unterschiedliche Interpretationen maßgeblicher Bestimmungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten wohl nicht verhindern wird. Im europäischen Finanzmarktregulierungsverbund bedeutet ein Single Rulebook die Stärkung der gesamteuropäischen Regulierung und eine wesentliche Beschränkung nationaler Gestaltungsspielräume.

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl ist am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck tätig.

Kontaktadresse:

Innrain 52 d, 6020 Innsbruck

E-Mail:

arno.kahl@uibk.ac.at

⁴⁵ Dies kann im Extremfall auch die Einstellung der Geschäftstätigkeit beinhalten. Im Lichte der Meroni-Rechtsprechung kritisch gegenüber solch einschneidenden Maßnahmen Häde, *Jenseits der Effizienz: Wer kontrolliert die Kontrolleure?* EuZW 2011, 662 (663 f).