

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG



*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Richard Hargassner, Helge Hoch, Herbert Painsi,

Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

Juli/August 2021

641 – 712

14  
15

## Nachruf

Zur Erinnerung an Georg Wilhelm *Rudolf Welser* ⌚ 593

## Beiträge

### Produkthaftung für inhaltlich fehlerhafte Druckwerke

*Jakob Braun, Jakob Hajszan und Nadine Diensthuber* ⌚ 646

Das Verhältnis von Auslegung und Irrtum im Licht der Vertrauenslehre *Clemens Danda* ⌚ 652

Besser spät als nie?

*Michael Lysander Fremuth und Roman Friedrich* ⌚ 658

Häusliche Gewalt – Eingriffe der Sicherheitsbehörden in den Privatbereich *Pascal Alessandri* ⌚ 666

## Evidenzblatt

Zur Bindung des Erwerbers bei Unterfertigung des Formulars zur vorzeitigen Maklertätigkeit beim Besichtigungstermin

*Karin Sammer* ⌚ 673

Zur Haftung für Demonstrationsschäden

*Julius Ecker und Bernd Wiesinger* ⌚ 680

Rechnungslegungsbegehren ist an seinem Inhalt zu messen

*Alexander Koller* ⌚ 688

Verfall ⌚ 692

## Forum

Nein zu Lugano – Zu den Auswirkungen des harten Brexits auf Cross-Border-Streitigkeiten

*Elisabeth Tretthahn-Wolski und Anna Förstel-Cherng* ⌚ 708

# Besser spät als nie?

## Plädoyer für eine Fortentwicklung des verfassungsgerichtlichen Eilrechtsschutzes in Österreich

ÖJZ 2021/84

Art 139, 140  
B-VG;  
Art 13 EMRK;  
Art 19 EUV;  
Art 47 GRC;  
§ 20a VfGG

VfSlg 2455/1952;  
VfGH 14. 7. 2020,  
V 363/2020,  
V 411/2020 ua;  
EGMR  
10. 7. 2020,  
310/15;  
EuGH 13. 3. 2007,  
C-432/05

COVID-19-  
Pandemie;  
einstweiliger  
Rechtsschutz;  
Normenkontrolle;  
Recht auf  
effektiven  
Rechtsschutz;  
Rechtsstaat-  
lichkeit

Im Unterschied zu anderen Ländern kennt Österreich keinen umfänglichen Eilrechtsschutz in den Verfahren der verfassungsgerichtlichen Gesetzeskontrolle, sondern hält am Modell des grundsätzlich nachgelagerten gerichtlichen Rechtsschutzes fest. Die COVID-19-Pandemie und die grundrechtsbeschränkenden Maßnahmen zu deren Bekämpfung haben die Nachteile dieses Ansatzes deutlich gemacht. Unter Würdigung des Verfassungsrechts und seiner Überformung durch das überstaatliche Recht argumentiert der Beitrag zugunsten der Einführung eines allgemeinen Eilrechtsbehelfs in den Verfahren der Normenkontrolle vor dem VfGH.

Von Michael Lysander Fremuth und Roman Friedrich\*)

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes
  - 1. Rechtsstaatsprinzip und Erwägungen zur Systemkohärenz
  - 2. Überstaatliche Betrachtungen (EMRK und EU-Recht)
    - a) Art 13 EMRK
    - b) EU: Art 19 EUV; Art 47 GRC
  - 3. Zusammenfassung
- C. Würdigung

### A. Einleitung

Die Autoren haben in einem früheren Beitrag<sup>1)</sup> die unterschiedlichen Regelungen Österreichs und Deutschlands im Hinblick auf die Ausgestaltung des Eilrechtsschutzes in den Normprüfungsverfahren vor dem VfGH respektive dem BVerfG dargestellt. Mit Blick auf Österreich wurde festgehalten, dass – mit Ausnahme des in der Praxis bislang unterbelichtet

gebliebenen § 20a VfGG – im Normprüfungsverfahren vor dem VfGH kein Eilrechtsschutz zur Verfügung steht.<sup>2)</sup> Vor dem Hintergrund der Normprüfungsverfahren, die einzelne (generell-abstrakte) Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie der Prüfung durch den VfGH unterzogen, resümierten die Autoren, dass die derzeitige Rechtslage – das Nichtbestehen eines einstweiligen Rechtsschutzes in der Gesetzes- und Verordnungsprüfung – kritikwürdig ist: Während der VfGH in den einzelnen Causen teilweise weiterreichend entscheiden konnte als etwa das BVerfG, erfolgten diese Entscheidungen relativ spät. Deshalb musste es der Gerichtshof bei der Feststellung der Gesetzwidrigkeit der bereits außer Kraft getretenen Verordnungen belassen, was be-

\*) Die Autoren danken Frau Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl für deren krit. Anmerkungen; sie danken ferner Magdalena Steringer und Mag. Andreas Sauer Moser für deren Unterstützung bei der Verf. dieses Beitrags.

1) Fremuth/Friedrich, Tempus fugit! – Zur Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes, ÖJZ 2021, 416.

2) Fremuth/Friedrich, ÖJZ 2021, 416 (422f).

stätigt, dass es Zeiträume ohne effektive verfassungsgerichtliche Kontrolle gegeben hat.<sup>3)</sup>

Im folgenden Beitrag wird die Situation des fehlenden Eilrechtsschutzes hinsichtlich der Normenkontrolle in Österreich anhand des rechtsstaatlichen Prinzips und Erwägungen zur Systemkohärenz (B.1.) sowie anhand der Vorgaben der EMRK und des EU-Rechts (B.2.) bewertet und mit rechtspolitischen Erwägungen verknüpft (C.).

## B. Anforderungen an die Ausgestaltung des Rechtsschutzes

### 1. Rechtsstaatsprinzip und Erwägungen zur Systemkohärenz

Zu den bloß erschwert abänderbaren Grundprinzipien des österr Bundesverfassungsrechts (Art 44 Abs 3 B-VG) zählt das Rechtsstaatsprinzip.<sup>4)</sup> Dieses ist im Text des B-VG zwar nicht explizit angesprochen, leuchtet aber als gemeinsamer Grundgedanke<sup>5)</sup> aus zahlreichen verfassungsrechtlichen Institutionen, Regelungen und Einrichtungen hervor,<sup>6)</sup> so dass es dem Verfassungsrecht gleichsam „innewohnt“.<sup>7)</sup> Zentrale Anforderung des Rechtsstaatsprinzips ist die Gewährleistung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze sowie der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, also der Einhaltung des Stufenbaus, samt ihrer Kontrolle.<sup>8)</sup> Der VfGH entnimmt dem Prinzip den Imperativ, dass „alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, daß nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden“.<sup>9)</sup> Neben dem im Legalitätsprinzip (Art 18 B-VG) zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit bzw Gesetzesstaatlichkeit, der die umfassende Bindung der gesamten Vollziehung an das Gesetz postuliert,<sup>10)</sup> spricht der VfGH hier aber auch das einzurichtende Rechtsschutzsystem an, das die Rechtsdurchsetzung ermöglichen soll.<sup>11)</sup> Dieses Rechtsschutzsystem muss nicht bloß bestehen, sondern auch eine gewisse Wirksamkeit garantieren.<sup>12)</sup> Hierdurch kommt ein – soweit es die Judikatur des VfGH betrifft – vergleichsweise rezentes materielles Verfassungsverständnis zum Ausdruck,<sup>13)</sup> das allerdings, bezogen auf die Rechtsstaatlichkeit, durchaus eine gewisse Tradition hat.<sup>14)</sup> So hat der VfGH in jüngeren Entscheidungen die verfassungsrechtliche Relevanz der faktischen Effektivität des Rechtsschutzes unterstrichen<sup>15)</sup> und diese gar zum „wesentlichen Element des rechtsstaatlichen Prinzips“<sup>16)</sup> erkoren: Der Rechtsschutz muss „ausreichend effizient“<sup>17)</sup> sein, „ein bestimmtes Maß an Effizienz aufweisen“.<sup>18)</sup> Ausgehend von diesen allgemeinen Aussagen verästelt sich die Judikatur hin zu konkreteren Vorgaben. Eine davon betrifft die vorzeitige Vollstreckbarkeit noch nicht rechtskräftiger Bescheide, wobei der VfGH der Auffassung ist, dass der Rechtssuchende bis zur Erledigung nicht einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung belastet werden darf.<sup>19)</sup> Dementsprechend wäre ein ausnahmsloser Ausschluss der aufschiebenden Wirkung verfassungswidrig.<sup>20)</sup>

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, ob der fehlende einstweilige Rechtsschutz (eRS) dort verfassungskonform sein kann, wo eine Behörde zwar nicht durch individuell-konkreten Rechtsakt, sondern durch Verordnung unmittelbar in die Rechte eingreift, so wie dies etwa in den durch Individualantrag angreifbaren Bestimmungen der COVID-19-Verordnungen<sup>21)</sup> der Fall ist: Kontaktbeschränkungen und „Ausgehverbote“ gelten, Geschäftsbetriebe müssen schließen – dies ohne dass ein Bescheid ergangen wäre. Nimmt man den VfGH beim Wort, dass nämlich zumindest potentiell rechtswidrige behördliche Rechtsakte den Rechtsschutzsuchenden nicht einseitig belasten dürfen,<sup>22)</sup> wäre das Fehlen eRS gegen Verordnungen, die unmittelbar in subjektiv-öffentliche Rechte eingreifen, mit rechtsstaatlichen Erwägungen unvereinbar. Denn auf das Dazwischentreten eines Bescheides kann es nicht ankommen, wenn ein solcher erst gar nicht vorgesehen ist, um den Eingriff in Grundrechte zu aktualisieren, und wenn ein Herausfordern von straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen in Übereinstimmung mit der Judikatur des VfGH nicht zumutbar sein soll.<sup>23)</sup> Daher erscheint den Autoren jedenfalls im Verordnungsprüfungsverfahren (Art 139 B-VG), in dem gerade ein behördlicher – wenngleich generell-abstrakter – Rechtsakt in Prüfung steht, die Möglichkeit eRS verfassungsrechtlich aus Erwägungen der Rechtsstaatlichkeit heraus geboten.<sup>24)</sup> Für dieses Ergebnis ist, ausgehend von der stRsp des VfGH zur aufschiebenden

3) Vertiefend dazu *Fremuth/Friedrich*, ÖJZ 2021, 416 (421 f).

4) Zur uneinheitlichen Terminologie s *Hiesel*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009, 111 (118).

5) *Merli*, Rechtsstaatlichkeit in Österreich, in *Hofmann* ua (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 83 (85), der auch die „Entdeckung“ des Rechtsstaatsprinzips als Grundprinzip aus historischer Perspektive darstellt, s *Merli*, aaO 85 ff mwN.

6) *Berka*, Verfassungsrecht<sup>2</sup> (2018) 55; konkret in Bezug auf das gewaltenteilende Prinzip als weitere Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit s *Weber*, Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip, ZÖR 2008, 267 (278).

7) VfSlg 11.196/1986.

8) Vgl schon *Froehlich*, Die „Verfassung 1934“ des Bundesstaates Österreich (1936) 18; *Merli* in *Hofmann* ua 83 (102 f).

9) VfSlg 8279/1978, zurückgehend auf VfSlg 2455/1952, wo ua von „wirksamen Rechtsschutzeinrichtungen“ die Rede ist.

10) *Weber*, ZÖR 2008, 267 (285) sowie umfassend *Mörth*, Das Legalitätsprinzip: Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020).

11) In der Lehre wird mitunter auch die Unabhängigkeit der Justiz als Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit angesehen, vgl als frühes Beispiel aus der Lehre *Adamovich (sen)*, Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts<sup>4</sup> (1947) 73.

12) *Weber*, ZÖR 2008, 267 (287).

13) *Merli* in *Hofmann* ua 83 (103).

14) Vgl *Strele*, Rechtsstaat und Demokratie im neuen Österreich (1931) 129, wonach das B-VG auch mit einem materiell verstandenen Rechtsstaatsbegriff im Einklang steht.

15) *Hiesel*, ÖJZ 2009, 111 (113).

16) VfSlg 17.340/2004.

17) VfSlg 14.702/1996.

18) VfSlg 16.772/2002; vgl jüngst VfGH 6. 10. 2020, G 178/2020.

19) VfSlg 11.196/1986.

20) VfSlg 15.511/1999; 16.460/2002 und 17.340/2004; *Hiesel*, ÖJZ 2009, 111 (114).

21) Vgl die Ende März 2021 in Geltung stehende 4. COVID-19-SchMaV BGBl II 2021/58.

22) VfSlg 11.196/1986.

23) VfGH 14. 7. 2020, V 411/2020 Rn 39.

24) So auch *Petschinka/Rathmayer*, Eine Rechtsschutzlücke im Schlaglicht der Krise, in *Die Österreichische Liga für Menschenrechte* (Hrsg), Liga-Magazin 01/20, 34.

Wirkung bei Bescheiden, nur ein kleiner Schritt vonnöten: nämlich den Eilrechtsschutz über Bescheide hinaus auch auf abstrakt-generelle Regelungen der Vollziehung zu erstrecken, denen in Ermangelung einer Konkretisierungsnotwendigkeit der Charakter einer Bündelung unzähliger Bescheide zukommt (vgl dazu bereits die Abweichung der COVID-19-Maßnahmen vom EpiG, das normentechnisch auf entsprechende Bescheide ausgerichtet ist<sup>25)</sup>).

Nicht ohne Weiteres lässt sich diese Forderung auch auf das Gesetzesprüfungsverfahren (Art 140 B-VG) erstrecken, möchte man den ausgetretenen Pfad der Rsp, die sich bisher auf Handlungen der Verwaltung und gerade nicht auf Gesetze (im formellen Sinne) bezogen hat, nicht verlassen. Allerdings hat sich das zunächst induktiv aus einzelnen Vorschriften erschlossene Rechtsstaatsprinzip immer stärker verdichtet und strahlt nunmehr recht potent in die Rechtsordnung zurück.<sup>26)</sup> Dies gilt auch in Ansehung effektiven Rechtsschutzes als rechtsstaatlichem Postulat.<sup>27)</sup> Auch lassen sich gewaltenteilungsbasierte und demokratietheoretische Argumente<sup>28)</sup> gegen den eRS im Gesetzesprüfungsverfahren zerstreuen: Nicht nur ist auch der demokratische Gesetzgeber einer Verfassungsbindung unterworfen und entfalten die Bauprinzipien auch Maßstabswirkung für den einfachen Verfassungsgesetzgeber;<sup>29)</sup> auch verdeutlicht die bereits bestehende Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle einhergehend mit der Letztentscheidungsbefugnis des VfGH, dass insoweit das Demokratieprinzip durch das Rechtsstaatsprinzip eingehegt wird. Eine Erweiterung des Eilrechtsschutzes auf das Gesetzesprüfungsverfahren erschiene vor diesem Hintergrund nur systemkohärent, wohingegen der Ausschluss von eRS gegen Gesetze im Fall ihrer unmittelbaren Eingriffswirkung systemwidrig erscheint. Während der VfGH seine Rsp zum eRS im Normprüfungsverfahren (vgl oben) im Lichte des Rechtsstaatsprinzips noch nicht kritisch reflektiert hat, stellt er gleichwohl seine Kompetenz zur Normprüfung überhaupt in den Dienst der Maßstabsfunktion der Verfassung für die gesamte Rechtsordnung und rechnet beides dem rechtsstaatlichen Baugesetz zu.<sup>30)</sup> Dabei lässt er die Frage der Zulässigkeit einer Beschränkung dieser Normenkontrollkompetenz in Teilbereichen zwar offen, betont in diesem Kontext allerdings neuerlich, „daß alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und daß für die Sicherung dieses Postulats **wirksame** Rechtsschutzeinrichtungen bestehen“ müssen.<sup>31)</sup> Wie dargelegt, spricht gerade das Erfordernis der Wirksamkeit für einen eRS auch im Normenkontrollverfahren.

## 2. Überstaatliche Betrachtungen (EMRK und EU-Recht)

Anforderungen an die Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechtsschutzes ergeben sich auch aus dem überstaatlichen Recht. In verschiedenen Menschenrechtsverträgen ist die Pflicht, einen effektiven Rechtsschutz hinsichtlich der Garantie der respektiven Rechte zu gewährleisten, als zwar akzessorische,<sup>32)</sup> aber gleichwohl gesonderte subjektiv-rechtliche Verbürgung aufge-

nommen worden.<sup>33)</sup> Noch weiter gehend sind die Einwirkungen des EU-Rechts, das die Gerichte der Mitgliedstaaten is eines *dédoublement* – bzw unter Einbeziehung der EMRK eines *détriement*<sup>34)</sup> – *fonctionnel* zugleich in den Dienst der Durchsetzung des Unionsrechts stellt<sup>35)</sup> und damit dem EuGH weitreichende Möglichkeiten zur Überprüfung der nationalen Justizsysteme bietet.<sup>36)</sup> Da auch das überstaatliche Recht **effektiven** Rechtsschutz verlangt, gilt es zu untersuchen, welche Anforderungen damit an die Verfügbarkeit von einstweiligen Gesetzeskontrollverfahren begründet werden.

### a) Art 13 EMRK

Die EMRK enthält mit Art 5 Abs 2 bis 4, Art 6 und Art 13 verfahrensrechtliche Garantien, die auch die Effektivität des Rechtsschutzes und damit dessen Rechtzeitigkeit verbürgen.<sup>37)</sup> In seiner jüngeren Rsp leitet der Gerichtshof zudem unmittelbar aus den materiellen Konventionsrechten verfahrensrechtliche Anforderungen an den gerichtlichen Rechtsschutz ab, die aber nicht weiter gehen, als es Art 13 EMRK verbürgt.<sup>38)</sup> Jene Norm, die als *allgemeine*<sup>39)</sup> Garantie des Rechts auf eine wirksame Beschwerde fungiert, verlangt, dass auf nationaler Ebene Rechtsbehelfe bestehen, die eine inhaltliche Prüfung von etwaigen Konventionsverstößen und damit eine Möglichkeit der Durchsetzung des materiellen Gehalts der Rechte und Freiheiten unter der EMRK sowie eine Abhilfe im Fall einer Rechtsverletzung eröffnen. Hinsichtlich der Rüge einer materiellen Verletzung der Konvention kommt es darauf an, dass bei einer Prüfung anhand des nationalen Rechts (va von Grundrechten) dieses materiell der EMRK ent-

25) Siehe *Fremuth/Friedrich*, ÖJZ 2021, 416 (421).

26) *Merli in Hofmann* ua 83 (103); krit etwa *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) 68ff sowie *Antonilli*, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in FS Merkl (1970) 33 (41 f).

27) Vgl VfSlg 13.493/1993.

28) *Petschinka/Rathmayer* in Die Österreichische Liga für Menschenrechte 34 geben nachvollziehbar zu bedenken, dass Gesetze als parlamentarische Mehrheitsbeschlüsse zentrales Element der Demokratie seien. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der VfGH im Gesetzesprüfungsverfahren den zum Gesetz geronnenen Parlamentswillen ja nur deshalb in Prüfung zieht, um allenfalls der höher-rangigen und noch breiter demokratisch legitimierten Verfassungsnorm zum Durchschlag zu verhelfen, vgl *Korinek*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000) 283.

29) VfSlg 16.327/2001.

30) AaO.

31) AaO (Hervorhebung durch Autoren).

32) Zu Art 13 EMRK vgl nur *Grabenwarter*, ECHR 2013, Art 13 Rn 2f, 5.

33) Vgl Art 2 Abs 3 IPbPR; Art 6 Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung, Art 13 EMRK sowie bereits (unverbindlich) Art 8 AEMR.

34) *Wildhaber*, The Coordination of the Protection of Fundamental Rights in Europe, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2/2005, 43 (44).

35) *Hobe/Fremuth*, Europarecht<sup>10</sup> (2020) § 8 Rn 68, § 11 Rn 1, 24.

36) Vgl dazu die jüngeren Entscheidungen des EuGH zur „Justizreform“ in Polen, jüngst etwa EuGH 8. 4. 2020, C-791/19, *Kommission/Polen*, ECLI:EU:C:2020:277.

37) EGMR, Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights (updated 30. 4. 2020) Rn 36; *Richter in Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG Konkordanzkommentar<sup>2</sup> (2013) Kap 20 Rn 35, 115ff.

38) EGMR 23. 6. 2015, 2478/15 und 17887/15, *Nicklinson und Lamb/ Vereinigtes Königreich*, Rn 79–86.

39) Zum Konkurrenzverhältnis zu weiteren Bestimmungen der EMRK vgl *Richter in Dörr/Grote/Marauhn* Kap 20 Rn 21.



spricht,<sup>40)</sup> was zwar durchaus kritisiert wird,<sup>41)</sup> in Österreich aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Konventionsrechte als Verfassungsrecht<sup>42)</sup> freilich kein Problem begründet.

Art 13 EMRK verlangt eine **wirksame** Beschwerde. Die Judikatur des EGMR hat dies näher ausgestaltet und betont insb, dass das bestehende Rechtsschutzsystem rechtlich wie auch faktisch wirksam sein muss, also sichergestellt wird, dass eine Beschwerde angemessen und zugänglich ist, sie unter Vermeidung einer überlangen Verfahrensdauer zu einer verbindlichen (nicht zwingend gerichtlichen) Entscheidung über das Anliegen führt, wodurch eine Rechtsverletzung verhindert oder ihre Fortdauer beendet wird, die bei festgestellter Rechtsverletzung zur Wiedergutmachung führt und die in diesem Ergebnis auch vollstreckt werden kann.<sup>43)</sup> Hinsichtlich der vorliegenden Untersuchungsfrage sind folgende Aspekte zu unterscheiden: Erstens, die Frage nach der Garantie eines Rechtsbehelfs; zweitens, die Frage nach der Notwendigkeit eines korrespondierenden Eilrechtsbehelfs sowie, drittens, die Wechselbezüglichkeit zwischen beiden möglichen Rechtsbehelfen.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der nationalen Rechtsschutzsysteme genießen die Mitgliedstaaten einen („gewissen“) Ermessensspielraum, dessen Umfang auch von der Art und Natur des geltend gemachten Konventionsrechts abhängig ist.<sup>44)</sup> Auch wenn Art 13 EMRK keine Form von Rechtsbehelfen vorgibt, haben die Konventionsparteien sicherzustellen, dass ihr Justizwesen insgesamt einen effektiven Rechtsschutz ermöglicht.<sup>45)</sup> Vereinzelt hat der EGMR zwar durchaus zur Einführung von Rechtsbehelfen (gegen eine überlange Verfahrensdauer) ermutigt,<sup>46)</sup> grundsätzlich gilt jedoch, dass die Konvention den Parteien diese nicht verbindlich vorschreibt.<sup>47)</sup> In Ansehung von Gesetzen als Verfahrensgegenstand ist weiter zu unterscheiden: Während der EGMR eine Möglichkeit zur Überprüfung von untergesetzlichen Normen verlangt,<sup>48)</sup> hat er festgestellt, dass Art 13 EMRK nicht so weit gehe, Rechtsbehelfe vor einer Behörde oder einem Gericht zu garantieren, mit denen Verstöße von Parlamentsgesetzen gegen die Konvention geltend gemacht werden könnten.<sup>49)</sup> Dies gelte gleichermaßen für verfahrensrechtliche Ansprüche, die unmittelbar aus materiellen Konventionsrechten abgeleitet werden könnten.<sup>50)</sup> Jene Judikatur ist freilich zu kritisieren: Sie vernachlässigt zunächst, dass auch der Gesetzgeber von der umfangreichen Bindungswirkung der EMRK umfasst und Art 13 EMRK keine Ausnahme zu Gunsten der Legislative zu entnehmen ist.<sup>51)</sup> Ferner verkennt sie,<sup>52)</sup> dass Eingriffe auch unmittelbar durch Gesetz erfolgen können, ohne dass es eines konkretisierenden Rechtsakts bedarf, sowie, dass das Abwarten einer Sanktion für ein Zuwiderhandeln (gegen die dann ein Rechtsbehelf zur Verfügung stünde) insb in Ansehung einer Notwendigkeit zum Verstoß gegen strafrechtliche Verbote unzumutbar sein kann.<sup>53)</sup> Insoweit besteht auch eine Inkohärenz mit der Judikatur in Bezug auf die materiellen Verbürgungen, hinsichtlich derer der EGMR eine Individualbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz in den genannten Fällen für zulässig erachtet,<sup>54)</sup> also die

unmittelbare Eingriffswirkung von legislativen Akten durchaus anerkennt. Das Fehlen von Rechtsbehelfen gegen formelle Gesetze konterkariert damit zugleich die vom EGMR regelmäßig betonte Subsidiarität des konventionsrechtlichen Rechtsschutzes,<sup>55)</sup> da er in Ermangelung eines nationalen Rechtsbehelfs, den es grundsätzlich zu erschöpfen gilt (Art 35 Abs 1 EMRK), unmittelbar angerufen werden kann. Schließlich ist zu bedenken, dass die Entscheidung, eine rechtsbeschränkende Regelung in ein förmliches Gesetz zu gießen oder das Rechtsinstrument der Verordnung zu wählen, vielfach eine gewillkürte ist. Dies könnte vom parlamentarischen Gesetzgeber missbräuchlich genutzt werden, um sich gegen Rechtsschutzforderungen aus Art 13 EMRK zu immunisieren. Freilich ist eine formell-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs erforderlich und dient eine detaillierte Ausgestaltung dem Gebot der Normenklarheit;<sup>56)</sup> sofern aber der Grundrechtseingriff unmittelbar durch Gesetz erfolgt, mindert dies

40) EGMR 6. 9. 1978, 5029/71, *Klaas/Deutschland*, Rn 66; 27. 4. 1988, 5659/82 und 5658/82, *Boyle und Rice/Vereinigtes Königreich*, Rn 52.

41) *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Kap 20 Rn 72.

42) BGBl 1964/59.

43) Jüngst: EGMR 10. 7. 2020, 310/15, *Mugemangango/Belgien*, Rn 131; 30. 1. 2020; 14057/17, *Sukachov/Ukraine*, Rn 117–125; zusammenfassend: *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Kap 20 Rn 33–59 mwN zur Rsp.

44) *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Kap 20 Rn 32.

45) EGMR 8. 6. 2006, 75529/01, *Sürmeli/Deutschland*, Rn 98.

46) EGMR 15. 2. 2007, 19124/02, *Kirsten/Deutschland*, Rn 55–57; 8. 6. 2006, 75529/01, *Sürmeli/Deutschland*, Rn 100–117, 136–139; 26. 10. 2000, 30210/96, *Kudla/Polen*, Rn 154–156.

47) EGMR 27. 12. 1999, 33985/96 und 33986/96, *Smith and Grady/Vereinigtes Königreich*, Rn 135.

48) EGMR 25. 3. 1983, 5947/72 ua, *Silver ua/Vereinigtes Königreich*, Rn 118f; EGMR 28. 6. 1984, 7819/77, *Campbell und Fell/Vereinigtes Königreich* = EuGRZ 1985, 534 Z 127f; daraus soll nach dBVerwG 12. 11. 2019, 6 BN 2/19 NVwZ-RR 2020, 236 Rn 9ff, allerdings keine allgemeine Pflicht zur Einführung einer prinzipialen Normenkontrolle erwachsen.

49) EGMR 23. 2. 2017, 43395/09, *Tommaso/Italien*, Rn 180; 6. 1. 2011, 34932/04, *Paksas/Litauen*, Rn 114; 21. 2. 1986, 8793/79, *James ua/Vereinigtes Königreich*, Rn 85; 8. 7. 1986, 9006/80 ua, *Lithgow ua/Vereinigtes Königreich*, Rn 206; 26. 3. 1987, 9248/81, *Leander/Schweden*, Rn 77 (d); 21. 2. 1990, 9310/81, *Powell und Rayner/Vereinigtes Königreich*, Rn 36; 25. 3. 1993, 13134/87, *Costello-Roberts/Vereinigtes Königreich*, Rn 40; 16. 12. 2010, 25579/05, *A, B und C/Irland*, Rn 273; 26. 10. 2000, 30210/96, *Kudla/Polen*, Rn 151; 19. 10. 2005, 32555/96, *Roche/Vereinigtes Königreich*, Rn 137; 28. 6. 2011, 65840/09, *Quaridin/Schweiz*, Rn 2 zum schweizerischen Minarettverbot; s auch EGMR 13. 8. 1991, 7601/76 und 7806/77, *Young, James und Webster/Vereinigtes Königreich*, Rn 49; 9. 12. 1987, 11123/84, *Tête/Frankreich*, Rn 4; 14. 12. 1989, 15344/89, *Habsburg-Lothringen/Österreich*, Rn 8; 11. 7. 2002, 28957/95, *Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*, Rn 113; 1. 10. 2009, 33726/03, *Tsonyo Tsonov/Bulgarien*, Rn 47; 8. 7. 2003, 36022/97, *Hatton ua/Vereinigtes Königreich*, Rn 138; 19. 2. 2009, 3455/05, *A. ua/Vereinigtes Königreich*, Rn 135; 7. 11. 2013, 29381/09 und 32684/09, *Vallianatos ua/Griechenland*, Rn 94; vertiefend: *Frowein* in *Frowein/Peukert* Art 13 Rn 8.

50) EGMR 23. 6. 2015, 2478/15 und 17887/15, *Nicklinson und Lamb/Vereinigtes Königreich*, Rn 79–86.

51) In diese Richtung argumentieren *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>6</sup> (2016) § 24 Rn 192.

52) Vgl etwa die Ausführungen in EGMR 23. 2. 2017, 43395/09, *Tommaso/Italien*, Rn 180.

53) Skeptisch auch *Richter* in *Dörr/Grote/Marauhn* Kap 20 Rn 83.

54) EGMR 22. 10. 1981, 7525/76, *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*, Rn 40–42; 26. 10. 1988, 10581/83, *Norris/Irland*, Rn 35–47.

55) Ähnlich *Breuer* in *Karpenstein/Mayer*, EMRK<sup>2</sup> (2015) Art 13 Rn 17.

56) VfGH 14. 7. 2020, V 363/2020; 14. 7. 2020, G 202/2020 ua; 14. 7. 2020, V 411/2020.

das Niveau des Rechtsschutzes – nicht zuletzt wegen der vom EGMR den Staaten mitunter zugebilligten Ermessensspielräume und der damit einhergehenden reduzierten Kontrolldichte – doch erheblich. Nun ändert die vorgetragene Kritik nichts an dem Befund, dass unter der Judikatur des EGMR die Einführung eines Normenkontrollverfahrens nicht verlangt werden kann.<sup>57)</sup>

Für Österreich ist freilich zu beachten, dass eine Normenkontrolle als Hauptsacherechtsbehelf besteht. Weiters stellt sich damit die Frage, ob Art 13 EMRK auch Vorgaben hinsichtlich des eRS in einer aufschiebenden Wirkung oder vorläufigen Regelung entnommen werden können. Dies wird in der Literatur zur Vermeidung irreversibler Schäden, die vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens eintreten könnten, bejaht.<sup>58)</sup> Zwar betont auch der EGMR die Vorzüge eines vorbeugenden Rechtsschutzes gegenüber einer bloßen Wiedergutmachung sowie dessen Bedeutung für das Rechtsstaatsprinzip.<sup>59)</sup> Gleichwohl hält er grundsätzlich<sup>60)</sup> sowohl eine präventive als auch eine nachgelagerte, auf Überprüfung und Entschädigung gerichtete Abhilfemöglichkeit mit der Garantie aus Art 13 EMRK für vereinbar.<sup>61)</sup> Ein sich aus Art 13 EMRK potenziell ergebendes Gebot des eRS hat der EGMR insb durch zwei Aspekte limitiert: Zunächst bezieht sich die Rsp bislang nur auf Vollzugsakte.<sup>62)</sup> Zudem ist sie auf irreversible Verletzungen fundamentaler Garantien der EMRK – wie dem Recht auf Leben (Art 2) sowie dem Verbot der Folter (Art 3) und von Kollektivausweisungen (Art 4 des 4. ZP) im Fall von Ausweisungen und Rückschaffungen<sup>63)</sup> sowie auf Versammlungen (Art 11)<sup>64)</sup> – begrenzt. Irreversibel ist eine Verletzung, wenn die Entscheidung in der Hauptsache erkennbar verspätet käme, ohne Wirkung bliebe und damit fundamentale Garantien der EMRK ohne Abwendungsmöglichkeit verletzt würden. Freilich ist auch diese Rsp kritikwürdig, da die EMRK eine strikte Normenhierarchie nicht kennt und das Problem irreversibler Schäden bei einer verspäteten Abhilfe in Ansehung eines jeden Konventionsrechts entstehen kann. Der Verweis auf eine bloße Wiedergutmachung nach einer festgestellten Rechtsverletzung mindert das Schutzniveau sonstiger Konventionsrechte nicht unerheblich. Überlange Verfahrensdauern führen zwar häufig zu einer Rüge durch den EGMR, der durch Verfahren des eRS vorgebeugt werden könnte. Daraus allein ergibt sich freilich noch keine positive Verpflichtung der Staaten, auch Verfahren des eRS zu schaffen. Der Judikatur lässt sich eine **allgemeine** Pflicht zur Einführung von Eilrechtsschutz nicht entnehmen, dies gilt insb für einstweilige Normenkontrollverfahren in Ansehung von Parlamentsgesetzen. Insofern bliebe die aktuelle Rechtslage in Österreich von den Anforderungen der EMRK weitgehend unbeeinflusst. Etwas anderes könnte freilich gelten, wenn unmittelbar durch materielles Gesetz in die Demonstrationsfreiheit eingegriffen würde, etwa eine Verordnung ein allgemeines Versammlungsverbot anordnete, ohne dass dieses eines Vollzugsakts bedürfte. Tatsächlich wird man das Verbot der Betretung öffentlicher Orte in seiner Ausgestaltung durch die erste COVID-19-Verordnung zum Betretungsverbot<sup>65)</sup> in diese Richtung deuten kön-

nen.<sup>66)</sup> Im Fall von untergesetzlichen Normen verlangt Art 13 EMRK indes Rechtsschutz und diesbezüglich hat der EGMR in Anerkennung der Besonderheiten des Versammlungsverbots auch einstweilige Abhilfemaßnahmen verlangt, da bloße Post-hoc-Rechtsbehelfe in Ansehung des für die demokratische Debatte so entscheidenden und vielfach zeitlich gebundenen Demonstrationsrechts unzureichend seien (s oben). Ähnliches dürfte für erhebliche Eingriffe in das Recht auf Familienleben gelten, etwa wenn für sehr lange Dauer der Kontakt und Umgang zwischen Familienangehörigen verhindert würde.<sup>67)</sup> In diesen Fällen müsste, um Art 13 EMRK zu entsprechen, auch Eilrechtsschutz gegen untergesetzliche Normen (Verordnungen) geschaffen werden.

Fraglich ist nun, welche Auswirkungen eine **wechselbezügli**che Betrachtung auf die Frage des eRS im Bereich der Normenkontrolle zeitigt. Da das österr Rechtsschutzsystem die Normenkontrolle auch von Parlamentsgesetzen als Hauptsacherechtsbehelf kennt, ließe sich argumentieren, dass deren Ergänzung um Möglichkeiten des Eilrechtsschutzes letztlich der Effektivierung eines bestehenden Rechtsbehelfs diene und in Ansehung der außerhalb der Normenkontrolle durchaus bestehenden Eilrechtsschutzoptionen<sup>68)</sup> in Österreich auch systemkohärent wäre. Ohnehin spricht die hier vorgetragene Kritik an der EGMR-Judikatur dafür, die Garantie des effektiven Rechtsschutzes aus Art 13 EMRK auf die Normenkontrolle und den Eilrechtsschutz zu erweitern. Doch auch wenn mit der Möglichkeit zur Normenkontrolle als gewöhnlichem Hauptsacherechtsbehelf eine Grundentscheidung im österr Verfassungsprozessrecht getroffen worden sein mag, lässt sich eine Pflicht zur Ergänzung um eine Komponente des eRS mit der Judikatur bislang nicht begründen. Zwar ist die Frage, ob bei einem bestehenden Hauptsacherechtsbehelf ohne korrespondierende Eilrechtsschutzmöglichkeit eine solche aus Gründen der Effektivität gewährt werden müsse, bislang nicht entschieden. Jedoch besteht nach der Interpretation des Art 13 EMRK keine Pflicht, überhaupt eine Form der Normenkontrolle – jedenfalls in Anse-

57) Grabenwarter/Struth in Ehlers (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten<sup>4</sup> (2014) § 6 Rn 72.

58) Richter in Dörr/Grote/Marauhn Kap 20 Rn 48, 71.

59) Vgl etwa EGMR 8. 6. 2006, 75529/01, *Sürmeli/Deutschland*, Rn 100, 104; 26. 10. 2000, 30210/96, *Kudla/Polen*, Rn 100–104.

60) Abweichend etwa in Ansehung von Art 8: EGMR 15. 1. 2015, 62198/11, *Kuppinger/Deutschland*, Rn 137.

61) EGMR 7. 7. 2015, 72287/10, *Rukowski ua/Polen*, Rn 173.

62) EGMR 26. 7. 2007, 25389/05, *Gebremedhin/Frankreich*, Rn 58.

63) EGMR 26. 7. 2007, 25389/05, *Gebremedhin/Frankreich*, Rn 58, 66; 21. 1. 2011, 30696/09, *M.S.S./Belgien und Griechenland*, Rn 293; 27. 7. 2010, 4900/06, *A/Niederlande*, Rn 157; 26. 4. 2007, 25389/05, *Gebremedhin/Frankreich*, Rn 66; 5. 2. 2002, 51564/99, *Çonka/Belgien*, Rn 81–83; 23. 2. 2012, 27765/09, *Hirsi Jamaa ua/Italien*, Rn 199f.

64) EGMR 3. 5. 2007, 1543/06, *Baczkowski ua/Polen*, Rn 83.

65) Vgl V des BMSGPK gem § 2 Z 1 COVID-19-MG BGBl II 2020/98.

66) IdS offenbar *Klaushofer ua*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Covid-19-Virus, ZÖR 2020, Online First, 1 (11, 60).

67) In diese Richtung EGMR 15. 1. 2015, 62198/11, *Kuppinger/Deutschland*, Rn 137.

68) Vgl etwa die Möglichkeit einer Einstweiligen Verfügung gem §§ 378ff EO.

hung von formellen Gesetzen – einzuführen. Aufgrund der Akzessorität des eRS wird man nach der Judikatur erst recht eine Pflicht, korrespondierenden Eilrechtsschutz einzuführen, verneinen müssen. Wenn schon keine Pflicht zu einem Rechtsbehelf in der Hauptsache besteht, kann Eilrechtsschutz **insoweit** nicht weitergehend verlangt werden, weil er sich insofern akzessorisch zu einem Hauptsacherechtsbehelf verhält, als er dessen Wirksamkeit durch die Abwehr nicht korrigierbarer Folgen interimistisch sicherstellen soll, indem eine vorläufige Regelung getroffen wird, welche die Hauptsache nicht vorwegnimmt, dem Rechtsbehelf aber auch nicht jeden Nutzen nimmt. Schließlich ist zu beachten, dass auch ein akzessorischer Eilrechtsschutz einen eigenen Rechtsbehelf darstellt. Eingedenk der grundsätzlich weiten Spielräume, die Staaten hinsichtlich der Schaffung und Ausgestaltung von Rechtsbehelfen genießen, wird man daher ungeachtet der grundsätzlichen Eröffnung der Normenkontrolle in entsprechenden Eilrechtsschutzmöglichkeiten wohl nicht eine bloße Fortschreibung erkennen können.

Freilich hat die Bekämpfung der COVID-19-Pandemie ein Szenario ermöglicht, in dem das Fehlen von Eilrechtsschutz auch nach der EMRK problematisch werden könnte. Sofern etwa ein umfängliches Demonstrationsverbot in einem formellen Parlamentsgesetz enthalten wäre und Verstöße gegen dieses Verbot strafrechtlich geahndet würden, müsste der Schutz von Versammlungen zum von den Grundrechtsträgern gewünschten Zeitpunkt auch nach der EGMR-Judikatur Eilrechtsschutz grundsätzlich gebieten. Das Abwarten einer strafrechtlichen Sanktion und deren Anfechtung wären unzumutbar und kämen wohl auch zu spät. Hinsichtlich der Regelung in einem Parlamentsgesetz könnte jedoch die Einführung eines normenkontrollierenden Hauptsacherechtsbehelfs nicht verlangt werden. Dies müsste dann auch für Eilrechtsbehelfe gelten, so dass ein Zustand entstünde, der nach der Judikatur mit Art 11 EMRK unvereinbar wäre und eine unmittelbare Individualbeschwerde ermöglichen würde. Um die Subsidiarität des konventionsbasierten Rechtsschutzes zu wahren, wäre der Gesetzgeber gut beraten, die bestehenden Normenkontrollverfahren sowohl gegen formelle als auch materielle Gesetze um eine Eilrechtsschutzkomponente zu erweitern.

#### b) EU: Art 19 EUV; Art 47 GRC

Auch das Unionsrecht verbürgt wirksamen Rechtsschutz, der zunächst nur als allgemeiner Rechtsgrundsatz durch den EuGH anerkannt war.<sup>69)</sup> Mittlerweile finden sich entsprechende Garantien in Art 19 Abs 1 Satz 2 EUV sowie in Art 47 Abs 2 GRC, der als grundrechtliche Verbürgung, inspiriert durch Art 13 EMRK und die Judikatur des EuGH aufgreifend, effektiven Rechtsschutz für sämtliche durch das Unionsrecht gewährleisteten Rechte verlangt.<sup>70)</sup> Vergleichbar dem EGMR bestätigt auch der EuGH, dass das Unionsrecht den nationalen Rechtsordnungen grundsätzlich keine konkreten Klagemöglichkeiten vorschreibe; er verlangt indes, dass es nationale Rechtsbehelfe gebe, mit denen die Wahrung der Unionsrechte auch durch eine Normenkontrolle zumindest inzident gewährleistet werden könne.<sup>71)</sup> Die Verfahrensautonomie der Mitglied-

staaten müsse dabei sowohl eine Gleichbehandlung von Angelegenheiten nach Unionsrecht mit solchen allein nach inländischem Recht als auch die Effektivität der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte sicherstellen (Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz).<sup>72)</sup> Maßgeblich wird insoweit die **Effektivität** des gerichtlichen Rechtsschutzes,<sup>73)</sup> wobei der EuGH an zwei Stellen über die Judikatur des EGMR hinausgeht: Zunächst interpretiert er die unionsrechtliche Rechtsschutzgarantie dahingehend, dass auch Rechtsschutz gegen formelle Gesetze gewährt werden müsse, und erkennt im Unterschied zur EMRK kein für den parlamentarischen Gesetzgeber geltendes Privileg an.<sup>74)</sup> Weiters wird auch der vorläufige Rechtsschutz – dessen Begrenzung die Effektivität des Unionsrechts zwar auch verlangen kann<sup>75)</sup> – als von der Garantie des Art 47 GRC (gegebenenfalls gemeinsam mit sekundärrechtlichen Bestimmungen)<sup>76)</sup> umfasst gesehen<sup>77)</sup> und vom EuGH auch in Ansehung von formellen und materiellen Gesetzen verlangt.<sup>78)</sup> Eine gegenständliche Beschränkung, wie sie sich aus der restriktiven Judikatur des EGMR (vgl oben 2.a) ergibt, erfährt der eRS nicht. Zu beachten ist freilich, dass es in der Leitentscheidung *Factortame I* um die Nichtanwendung einer Bestimmung ging, die einer einstweiligen Anordnung (EA) entgegengestanden haben soll (und nicht um die Begründung eines vorläufigen Rechtsbehelfs); allerdings hat der EuGH sodann allgemein und in Ansehung der praktischen Wirksamkeit des Vorabentscheidungsverfahrens argumentiert, dass nationale Gerichte befugt sein müssten, eRS zu gewährleisten.<sup>79)</sup> Sofern es also um Rechte aus dem Unionsrecht geht, sichert dieses selbst auch den vorläufigen Rechtsschutz vor den nationalen Gerichten sowohl hinsichtlich der Vereinbarkeit von Unionssekundärrecht mit Primärrecht in der Form, dass ein nationaler Verwaltungsakt, der Unionsrecht vollzieht, ausgesetzt wird,<sup>80)</sup> als auch, dass eRS in

69) EuGH 15. 5. 1986, 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206, Rn 18; 15. 10. 1987, 222/86, *UNECTEF*, ECLI:EU:C:1987:442, Rn 14; vgl ausführlich *Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch staatliche Gerichte als Forderung des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1997) 200ff.

70) Vgl Erläuterung zur GRC, ABI C 2007/303, 29.

71) EuGH 13. 3. 2007, C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, Rn 40f.

72) EuGH 16. 4. 2015, C-570/13, *Gruber*, ECLI:EU:C:2015:231, Rn 37; 13. 3. 2007, C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, Rn 78–83.

73) EuGH 13. 3. 2007, C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, Rn 37, 42.

74) EuGH 13. 3. 2007, C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, Rn 46–64.

75) EuGH 10. 7. 1990, C-217/88, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1990:290, Rn 24–28.

76) EuGH 18. 12. 2014, C-562/13, *Abdida*, ECLI:EU:C:2014:2453, Rn 51–53.

77) EuGH 15. 1. 2013, C-416/10, *Križan*, ECLI:EU:C:2013:8, Rn 107; *Jarass*, EU-Grundrechtecharta<sup>2</sup> (2016) Art 47 Rn 28; *Jarass*, NJW 2011, 1393 (1396).

78) EuGH 13. 3. 2007, C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, Rn 68–77; EuGH 19. 6. 1990, C-213/89, *Factortame I*, ECLI:EU:C:1990:257, Rn 21; EuGH 11. 1. 2001, C-226/99, *Siples*, ECLI:EU:C:2001:14, Rn 19.

79) Vgl EuGH 19. 6. 1990, C-213/89, *Factortame I*, ECLI:EU:C:1990:257, Rn 17, 23 gegenüber Rn 13, 22.

80) EuGH 21. 2. 1919, C-143/88 und C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, ECLI:EU:C:1991:65, Rn 16–21.



Form einer EA unmittelbar gegen eine Norm gewährt wird.<sup>81)</sup>

Zu beachten ist schließlich, dass Art 47 GRC nur Geltung beansprucht, wenn die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen (Art 51 Abs 1 Satz 1 GRC).<sup>82)</sup> Mag auch der EuGH den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte recht weit interpretieren,<sup>83)</sup> bleiben jedenfalls rein innerstaatliche Sachverhalte und solche (nur mittelbar betroffenen) Bereiche, für die zwar eine Zuständigkeit der EU besteht, in denen das Unionsrecht bestimmte Aspekte aber nicht regelt und den Mitgliedstaaten keine bestimmten Verpflichtungen auferlegt, außen vor.<sup>84)</sup> Auch die Anerkennung von EU-Grundrechten als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte iS des B-VG durch den VfGH, die aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes vor dem Gerichtshof geltend gemacht werden können,<sup>85)</sup> ändert daran nichts, da der VfGH ebenso verlangt, dass der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist.<sup>86)</sup> Der VfGH hat diese verfassungsrechtliche Nobilitierung jedenfalls für solche EU-Grundrechte vorgenommen, die den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten in der Formulierung und Bestimmtheit gleichen.<sup>87)</sup> Dabei bezog sich das Erkenntnis allein auf die Geltendmachung von EU-Grundrechten vor dem VfGH und schuf diese „Selbstermächtigung“<sup>88)</sup> keine Notwendigkeit, sich zur Frage etwaig fehlender Rechtsbehelfe zu verhalten. Diesbezüglich sind die Verwaltungsgerichte in Österreich indes bereit, unter unmittelbarem Rekurs auf das Unionsrecht eRS auch dort zu gewähren, wo er in den Prozessordnungen nicht vorgesehen ist,<sup>89)</sup> wobei sie sich iS einer Systemkohärenz an den Voraussetzungen orientieren, die auch für die Gewähr eRS durch den EuGH selbst gelten.<sup>90)</sup> Hinsichtlich der Zuständigkeit und des Verfahrens sind die jeweils „sach nächsten Regelungen“ sinngemäß heranzuziehen.<sup>91)</sup> Voraussetzung ist freilich, dass ein Antrag (in der Hauptsache) nach der Rechtsordnung des Mitgliedstaats zulässig ist, dh im vorläufigen Rechtsschutz darf nicht etwas begehrt werden, was die Entscheidung in der Hauptsache überschreiten würde.<sup>92)</sup>

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass mit § 20a VfGG eine Möglichkeit der Gewähr eRS durch den VfGH für jene Fälle geschaffen worden ist, in denen dies aus unionsrechtlichen Gründen erforderlich ist. Damit werden die hier vorgestellten Vorgaben des Unionsrechts prozessrechtlich umgesetzt,<sup>93)</sup> und aufgrund des weiten Wortlauts der Bestimmung ist es dem VfGH auch gestattet, etwa im Wege der einstweiligen Anordnung im Rahmen der Normenkontrolle tätig zu werden.<sup>94)</sup>

### 3. Zusammenfassung

Aus der Betrachtung des überstaatlichen Rechts ergibt sich, dass zwar das Unionsrecht gegenüber der EMRK weiter gehende Vorgaben hinsichtlich des nationalen Rechtsschutzes verbürgt, in seinem Anwendungsbereich aber deutlich beschränkt bleibt, indem es einen unmittelbaren Bezug zu unionsrechtlich gewährten Rechten verlangt. In Ansehung der Maßnahmen zur Einhegung der COVID-19-Pandemie dürfte dies vielfach nicht einschlägig sein; gleichwohl sind Fälle denk-

bar, in denen etwa die Binnenmarktfreiheiten eingeschränkt, Diskriminierungsverbote nicht gewährt oder Datenschutzbestimmungen aus dem Unionsrecht unterlaufen werden, so dass sich diesbezüglich auch die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit stellt. Geht es um Unionsrechte, müssen freilich einstweilige Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, wie sie § 20a VfGG auch hinsichtlich der Rechtskonformität von Gesetzen eröffnet. Eine einstweilige Anordnung, die etwa die Anwendung eines Gesetzes suspendiert, ist dem VfGH, bei dem die Normenkontrolle monopolisiert ist, folglich möglich. In der Beschränkung auf die Durchsetzung von Unionsrechten liegt der wesentliche Bedeutungsunterschied zwischen EU-Grundrechten und EMRK-Rechten in der österr Verfassungsordnung begründet. Denn der Anwendungsbereich der EMRK ist auch in rein innerstaatlichen Angelegenheiten ohne Berührung des supranationalen Rechtskreises eröffnet; indes bleibt Art 13 EMRK in seinen Anforderungen an die Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechtsschutzes hinter den unionsrechtlichen Vorgaben zurück. Der Interpretation durch den EGMR folgend, verlangt die Garantie effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich weder die Einführung einer allgemeinen Gesetzeskontrolle noch einen damit korrespondierenden Eilrechtsbehelf. Die sich daraus ergebenden Rechtsschutzdefizite sind ebenso verdeutlicht, wie die Kritik an der restriktiven Auslegung durch den EGMR untermauert worden ist.

### C. Würdigung

Zweifelsohne hatte das nunmehr 100-jährige B-VG auch angesichts der neuartigen und starken Funktion, die es der Verfassungsgerichtsbarkeit in Gestalt des VfGH zugeschrieben hat,<sup>95)</sup> eine Pionierrolle sowie eine Vorbildfunktion für ausländische Verfassungen und Verfassungsgerichte inne. Betrachtet man das Jubiläum allerdings auch als Einladung zur kritischen Reflexion, erscheint den Autoren der „Vorsprung“ der

81) EuGH 9. 11. 1995, C-465/93, *Atlanta*, ECLI:EU:C:1995:369, Rn 20–31.

82) Aus jüngster Zeit dazu dBVerwG 12. 11. 2019, 6 BN 2/19 NVwZ-RR 2020, 236 Rn 14.

83) Näher dazu *Hobe/Fremuth*, *Europarecht*<sup>10</sup> (2020) § 14 Rn 16–19.

84) Jüngst: EuGH 19. 11. 2019, C-609/17 ua, *TSN*, ECLI:EU:C:2019:981, Rn 42–55 mwN; 10. 7. 2014, C-198/13, *Hernández*, ECLI:EU:C:2014:2055, Rn 32–49.

85) VfSlg 19.632/2012.

86) AaO, Rn 6.

87) AaO, Rn 5.

88) *Pöschl*, *Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon*. Anmerkungen zum Charta-Erkenntnis des VfGH, ZÖR 2012, 587 (589); vgl auch *Merli*, *Umleitung der Rechtsgeschichte*, JRP 2012, 355; *Gamper*, *Wie viel Kosmopolitismus verträgt eine Verfassung? Zugleich eine Besprechung zu VfSlg 19.632/2012 („EU-Grundrechte-Charta“)*, JBl 2012, 763.

89) Vgl dazu VwGH 7. 4. 1997, 96/07/0069; 29. 9. 1999, 99/11/0257; 21. 3. 2001, 2001/10/0017; 29. 10. 2014, Ro 2014/04/0069, Rn 3; 23. 10. 2015, Fr 2015/21/0012, Rn 3 (im Ergebnis alle abl).

90) VwGH 29. 10. 2014, Ro 2014/04/0069, Rn 3.3; BVwG 1. 10. 2018, W 175 2206080-1, unter 3.2.3 lit a.

91) VwGH 23. 10. 2015, Fr 2015/21/0012, Rn 3.2.

92) BVwG 1. 10. 2018, W 175 2206080-1, unter 3.2.3 lit b; VwGH 16. 9. 2010, 2010/12/0126, ad B.

93) StProtNR 49, Sitzung 25. GP 76.

94) Vgl *Fremuth/Friedrich*, ÖJZ 2021, 416 (418f).

95) *Wieser*, *Die tschechoslowakische Verfassung 1920 und das österreichische B-VG 1920 – Skizze eines Vergleichs*, ZÖR 2020, 21.



österreich Verfassungsordnung jedenfalls in Ansehung des Rechtsschutzes verloren gegangen, diese insoweit gar ins Hintertreffen geraten zu sein. Wie der Vergleich mit Deutschland und dem BVerfG zeigt,<sup>96)</sup> ist die Einräumung von einstweiligen Rechtsschutzmöglichkeiten im Bereich der Gesetzeskontrolle durch ein Verfassungsgericht benachbarten Rechtsordnungen nicht fremd und dort auch operabel. In Ansehung der Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie zeigt das deutsche Beispiel zudem, dass Verfassungsgerichte rechtzeitigen und wirksamen Rechtsschutz auch in Krisenzeiten gewährleisten können und den anderen Staatsgewalten damit die Möglichkeit abschneiden, in einem Zeitraum, in dem Abhilfe im Hauptsacheverfahren nicht rechtzeitig gewährt werden kann, kontrollfrei zu agieren. Sich im gefühlten Ausnahmezustand<sup>97)</sup> möglichst „verfassungsfrei“ zu stellen, um ein breites Pouvoir zur Krisenbewältigung zu erhalten, ist bereits ein aus rechtsstaatlichen Erwägungen unzulässiges Bestreben.

Freilich ließe sich dagegen vortragen, dass der VfGH bereits heute einer erheblichen Arbeitsbelastung ausgesetzt ist<sup>98)</sup> und er nicht permanent, sondern in Sessionen tagt, was die Möglichkeit zeitnahen Rechtsschutzes erschwert. Allerdings dürfte zunächst die Befürchtung, wonach die Einführung eRS in der Gesetzeskontrolle zu einer „Verfahrensflut“ führen wird, unbegründet sein. Dies gilt jedenfalls, wenn man gleichermaßen restriktive Zulässigkeitskriterien für den eRS anlegt, also insb verlangte, dass durch ein Gesetz unmittelbar, dh ohne konkretisierenden Individualakt, in die Rechtssphäre des Beschwerdeführers eingegriffen werden muss und es keine sonstigen Möglichkeiten der Erlangung von Rechtsschutz gibt (vgl oben B.1.). Insoweit ist daran zu erinnern, dass in einem gewaltenteiligen und arbeitsteilig organisierten Rechtsstaat der unmittelbare Eingriff in die Rechtssphäre durch ein Gesetz eher eine Ausnahme darstellt, er vielmehr regelmäßig durch Individualrechtsakte erfolgt.<sup>99)</sup> Gewichtiger ist die Frage der internen Zuständigkeit: Während gegenwärtig Beschlüsse zum eRS vom Präsidenten gefasst werden, wenn der VfGH nicht versammelt ist (vgl § 85 Abs 4 VfGG), sollte im Fall von eRS gegen Gesetze

schon aus demokratietheoretischen Erwägungen eine abweichende Regelung gefunden werden.<sup>100)</sup> Aus Respekt jedenfalls vor dem parlamentarischen Gesetzgeber und wegen der weitreichenden, wenn auch interimistischen Folgen einer Suspendierung von Gesetzen erscheint eine Entscheidung des Plenums oder in kleiner Besetzung – gegebenenfalls in Zwischensessionen – angezeigt. Schließlich steht bereits ob seiner Tradition nicht zu erwarten, dass der VfGH Möglichkeiten des eRS zur Usurpation politischer Gestaltungsmacht missbrauchen wird. Hinsichtlich der Maßnahmen zur COVID-19-Bekämpfung hat selbst das insoweit weniger „sensible“ deutsche BVerfG große Zurückhaltung bewiesen.<sup>101)</sup>

Einstweiliger Rechtsschutz gegen Gesetze ließe sich demnach in Österreich leicht in das bestehende System integrieren. Da der VfGH als bloß „negativer Gesetzgeber“ (lückenhafte) Normen bloß aufheben, nicht aber ergänzen kann,<sup>102)</sup> und ob der grundsätzlichen Zurückhaltung des VfGH sowohl hinsichtlich von Leistungs- und Organisationsverpflichtungen des Gesetzgebers als auch seiner Betonung, wonach dem Gerichtshof selbst keine positiven Gesetzgebungskompetenzen und -funktionen zukämen,<sup>103)</sup> dürften die Richter vor einer Selbstermächtigung zur Gewährung eRS auch im Gesetzesprüfungsverfahren zurückschrecken. Insofern ist ein Auftrag an den (Verfassungs-) Gesetzgeber zu richten. Mit § 20a VfGG ist ein erster, vielfach unbemerkter Schritt in diese Richtung getan. Ein großer Sprung bestünde in der Schaffung eines einheitlichen Eilrechtsbehelfs für alle Verfahrensarten vor dem VfGH.

96) Vgl *Fremuth/Friedrich*, ÖJZ 2021, 416 (419ff).

97) Vertiefend zur Bedeutung des Gesundheitsnotstands als Ausnahmezustand vgl *Fremuth/Sauer Moser*, ZfMR 2020, 150 (158ff).

98) *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2018) 341.

99) Zum unterschiedlichen Regelungsansatz des EpiG im Verhältnis zu den COVID-19-Bekämpfungsmaßnahmen vgl *Fremuth/Friedrich*, ÖJZ 2021, 416 (421).

100) Zur Situation in Deutschland vgl *Fremuth/Friedrich*, ÖJZ 2021, 416 (419).

101) *Fremuth/Friedrich*, ÖJZ 2021, 416 (421).

102) Vgl *Berka ua*, Grundrechte (2019) 531.

103) VfSlg 20.241/2018.

## → In Kürze

Der Beitrag argumentiert zugunsten der Einführung eines allgemeinen Rechtsbehelfs gegen Gesetze im einstweiligen Rechtsschutz. Dies entspricht dem rechtsstaatlichen Gebot der Bundesverfassung, dient auch der Verwirklichung überstaatlicher Garantien und würde „verfassungskontrollfreie“ Zeiten, wie sie zu Beginn der COVID-19-Pandemie bestanden haben, vermeiden.

## → Zum Thema

### Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Michael Lysander Fremuth ist Professor für Grund- und Menschenrechte am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien, Wissenschaftlicher Direktor des Ludwig Boltzmann Instituts für Grund- und Menschenrechte sowie Wissenschaftlicher Leiter des Universitätslehrgangs „Human Rights“ der Universität Wien. E-Mail: michael-lysander.fremuth@univie.ac.at

Univ.-Ass. Mag. Roman Friedrich ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien (Abteilung Prof. Fremuth). E-Mail: roman.friedrich@univie.ac.at  
**Von denselben Autoren erschienen:**

*Fremuth*, Menschenrechte (2019); *Fremuth/Hobe*, Europarecht (2020); *Fremuth/Sauer Moser*, Menschenrechte im Ausnahmezustand? Zur Aktualisierung des Art 15 EMRK in der Corona-Krise, Zeitschrift für Menschenrechte 2020, 150; *Fremuth/Friedrich*, Tempus fugit! – Zur Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes, ÖJZ 2021, 416; *Friedrich*, Corona und Grundrechte: Status quo in Österreich, NLMR 2020, 321.

