

DISKUSSIONEN

21. Österreichischer Juristentag, 1. bis 3. Juni 2022 Abteilung Öffentliches Recht

„Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen“

Dr. Ingrid Siess-Scherz

Ich begrüße Sie alle herzlich zur ersten Sitzung unserer Abteilung. Wir dürfen im Großen Festsaal tagen, weil wir die meisten Anmeldungen haben, ein Umstand, der mich wirklich sehr freut. Bevor ich unserem Gutachter das Wort erteile, erlauben Sie mir zunächst, Ihnen die Entstehungsgeschichte unseres Generalthemas zu präsentieren.

Die Suche nach einem geeigneten Thema ist ja schon eine geraume Zeit her, es war Univ.-Prof. Dr. *Thienel*, der Präsident des Verwaltungsgerichtshofs, der das Thema vorgeschlagen hat. Wir haben dazu zunächst eher verhaltene Rückmeldungen erhalten, einige meinten, zu diesem Thema sei schon alles gesagt. Doch jetzt, nach zwei Jahren Erfahrung mit Lockdowns, ist das Thema Grundrechtsschutz wohl wieder in unser aller Bewusstsein und Fokus gerückt. Ich denke, dass das Erleben von Mangel, die Absenz von Selbstverständlichkeiten uns allen wieder präsenter macht, dass um Grundrechtsverbürgungen, ihre Durchsetzung und Umsetzung, jeden Tag wieder erneut gerungen werden muss. Also zusammengefasst: Grundrechtsschutz ist heute aktueller denn je.

Gleich im Anschluss wird zunächst Univ.-Prof. Dr. *Holoubek* die Ergebnisse seiner Überlegungen vorstellen. Wir haben bei den Referaten relativ spät die Themen fixiert, um Ihnen möglichst brandaktuelle Fragestellungen präsentieren zu können. Ich freue mich, dass Frau Univ.-Prof. Dr. *Pabel* Aspekte des Klimaschutzes präsentieren wird; bei der Eröffnungssitzung gestern haben wir schon gehört, dass der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutz eine enorme Resonanz ausgelöst hat. *Katharina Pabel* wird mit uns auch diskutieren, ob die Rechtsprechung von Karlsruhe auf Österreich übertragen werden kann. Menschen sind grundsätzlich Nachahmer, wobei ich nicht weiß, ob wir alles nachahmen können oder wollen.

Am Nachmittag widmen wir uns einem internationalen Schwerpunkt. Wir freuen wir uns sehr, dass wir Frau Univ.-Prof. Dr. *Nußberger* gewinnen konnten, die sich dem Thema Trendsetter auf internationaler und nationaler Ebene widmen wird. Hier wird insbesondere die Rolle von Höchstgerichten, des EGMR zu beleuchten sein. Schließlich wird immer wieder die Frage aufgeworfen, ob etwa Verfassungsgerichte eine Entwicklung vorantreiben sollen oder ob man diese Aufgabe allein

dem Gesetzgeber überlässt. Nach dem Referat von Frau Univ.-Prof. Dr. *Nußberger* freue ich mich schon auf die Präsentation von Herrn Univ.-Prof. Dr. *Fremuth*. Bei der Planung der Referate waren wir davon überzeugt, dass unsere Abteilung mit der Schwerpunktsetzung zum Grundrechtsschutz im Jahr 2022 nicht am Ukraine-Konflikt vorbeigehen kann. Die heurige Tagung des ÖJT schließt mit dem Generalthema Digitalisierung ab. Aus diesem Grund wollten wir – neben der Abteilung Digitalisierung des Rechts – im Bereich unserer Abteilung einen Schwerpunkt zur Grundrechtseinordnung der Künstlichen Intelligenz setzen. Um für uns alle einen leichteren Einstieg in das Thema zu gewährleisten, haben wir Herrn Dr. *Nessler* eingeladen, der ein Spezialist für Machine Learning ist und ein Softwareexperte für KI. Er wird uns mitteilen, wohin die Reise geht oder gehen könnte und im Anschluss wird Frau Univ.-Prof. Dr. *Eisenberger* für uns die verfassungsrechtliche Bewertung und Einordnung der KI vornehmen.

Ich hoffe, dass ich mit diesem Überblick Ihr Interesse verstärken konnte. Nun freue ich mich aber auf das Referat von *Michael Holoubek*. Er hat in Wien studiert, war Assistent bei Univ.-Prof. Dr. *Korinek*, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Verfassungsgerichtshof, bei Univ.-Prof. Dr. *Spielbüchler*. Er sieht sich der WU Wien sehr verbunden, an der er schon seit 1998 einen Lehrstuhl für öffentliches Recht innehat. Unter den Aufgaben, die er an dieser Universität wahrgenommen hat, findet sich auch die Funktion des Rektoratsbeauftragten für den Neubau an der WU. Seit 2011 ist er Mitglied des Verfassungsgerichtshofs, hat aber auch Erfahrung in der Vollziehung, er war Vorsitzender des Vergabekontrollkommissions- und des Bundeskommunikationssenats. Danke für Dein hervorragendes Gutachten.

Univ.-Prof. Mag. Dr. Michael Holoubek

Als Gutachter hat man es beim Juristentag bekanntlich leicht und schwer zugleich: Leicht, weil man sich schon Gedanken über das Thema gemacht hat und es an dieser Stelle an sich „nur“ darum ginge, eine Art Kurzzusammenfassung zu präsentieren. Schwer habe ich es, weil ich damit einerseits diejenigen langweile, die das Gutachten gelesen haben und jetzt vor allem auf die Referate warten, die heute und morgen im Mittelpunkt stehen; andererseits schwer, weil es schwierig ist, in einer knappen halben Stunde das zu transportieren, wozu man über 150 Seiten gebraucht hat, um es niederzuschreiben.¹

Vor diesem Hintergrund habe ich mir folgende Vorgangsweise überlegt: Ich will erstens einige allgemeine Bemerkungen zum Gutachten voranstellen; sodann zweitens einige Entwicklungen und Beobachtungen herausgreifen, die mir bei der Arbeit am Gutachten aufgefallen sind, und in diesem Zusammenhang schließlich drittens auch einige Thesen für die Diskussion präsentieren.

¹ *Holoubek*, Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen, Gutachten 21. ÖJT, Band I/1 (2022), im Folgenden zitiert als Gutachten, Seite(n).

I. Grundrechte vor neuen Herausforderungen: Zur Konzeption des Gutachtens

Zunächst: wie bin ich denn das Gutachten angegangen?

Im Zusammenhang mit Grundrechten ist man leicht versucht, den bekannten Satz zu strapazieren, dass schon alles gesagt ist, nur noch nicht von allen. Daher stand am Anfang durchaus erheblicher Zweifel, ob es denn zu diesem Thema erstens etwas Substanzielles zu sagen gibt, und zweitens, ob ich derjenige bin, der das tun könnte. Zu Ersterem haben mich zwei Beobachtungen und eine unvorhergesehene Entwicklung, zu Zweiterem ein persönlicher Anreiz bestimmt, es dennoch zu versuchen.²

Erste Beobachtung: Grundsätzliche Fragestellungen sind nie ausdiskutiert, das gilt gerade auch für Grundrechtsfragen. Paradebeispiel, das alle kennen: Nach über 200 Jahren Diskussion über Gleichheit als Verfassungsverbürgung zeigt uns *Magdalena Pöschl* in ihrer Habilitationsschrift³ eine neue Dimension auf, wie man mit Gleichheitsfragen umgehen kann.

Zweite Beobachtung: Die sich immer schneller verändernde Welt stellt – insofern hat der Generaltitel dieser Abteilung viel für sich – Grundrechte vor neue Herausforderungen. Von der Biotechnologie und künstlicher Intelligenz über Digitalisierung zur Klimafrage: Grundrechte sind herausgefordert und Verfassungsgerichte wie europäische Gerichte entwickeln neue Konzepte, um dem Rechnung zu tragen.⁴ Selbst dort, wo die Phänomene eigentlich „alt“ sind – Migration oder die „soziale Frage“ als Beispiel⁵ – stellen die veränderten Umweltbedingungen die bekannten Fragen dann doch wieder neu.

Die unvorhergesehene Entwicklung: Die Pandemie hat uns sehr schmerhaft gelehrt, wie schnell existentielle Grundrechtsfragen, von denen wir oder zumindest ich überzeugt waren, sie im geschichtlichen Teil von Grundrechtsvorlesungen gut aufgehoben zu wissen, wieder virulent werden.⁶ Dass etwa Freizügigkeit und Aus-

2 „*For us, there is only the trying, the rest is not our business.*“ T.S. Eliot, East Coker, in Four Quartets (1943).

3 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

4 Das „Recht auf Vergessenwerden“ des EuGH (EuGH 13. 5. 2014, C-131/12, *Google Spain und Google*, ECLI:EU:C:2014:317) und die intertemporale Freiheitssicherung des Klimabeschlusses des BVerfG (BVerfGE 157, 30) sind die berühmten Beispiele; öfter werden freilich bekannte grundrechtsdogmatische Figuren weiterentwickelt, um neuen Herausforderungen zu begegnen, vgl zu Schutzpflichten aus Art 8 EMRK im Zusammenhang mit Umweltgefährdungen EGMR 8. 7. 2003, 36022/97, *Hatton ua/Vereiniges Königreich*, 20. 3. 2008, 15339/02 ua, *Boudaïeva ua/Russland*, oder zu organisations- und verfahrensrechtlichen Anforderungen aus Art 8 EMRK gegenüber digitalen staatlichen Überwachungsmaßnahmen VfSlg 20.356/2019 (Staatstrojaner).

5 Gutachten, 84 ff bzw 122 ff.

6 Interessant ist, dass die Sicherheitskrise im Gefolge von 9/11 und die Covid-19-Pandemie die Grundrechtsdogmatik essenziell herausgefordert haben, während Finanz- und Bankenkrise vergleichsweise in bewährten Bahnen bewältigt werden konnten. Das spricht dafür, dass wir mit elementaren Grundrechtskonflikten im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit immer noch am meisten kämpfen.

gangssperren im großen Stil Thema sein können,⁷ damit habe ich jedenfalls ebenso wenig gerechnet wie ich überrascht davon war, wie schnell wir im Zusammenhang mit Grundrechtsfragen in der Pandemie vermeintlich gesichertes Lehrbuchwissen in Zweifel gezogen und Grundsatzfragen gestellt haben.⁸

Dabei hat die Entwicklung das Gutachten schneller überholt als ich schauen konnte: Die Fahnen des Gutachtens waren korrigiert und abgeschickt, da hat der Überfall Russlands auf die Ukraine begonnen. Damit wäre möglicherweise das eine oder andere in der Erzählung über die Entwicklungsgeschichte der Grundrechte, insbesondere der Europäischen Grundrechtsordnung der letzten 75 Jahre als Friedensordnung, doch ein wenig anders zu akzentuieren.⁹

Zurück zu meinem Zugang zum Gutachten und damit zum persönlichen Anreiz: Es war für mich eine faszinierende Chance, – und ich danke dem Vorstand des ÖJT, insbesondere den Vorsitzenden dieser Abteilung, *Ingrid Siess-Scherz* und *Angela Julcher*, für die Möglichkeit, die sie mir gegeben haben – gegen Ende eines akademischen Berufslebens wieder zu meinen grundrechtlichen Anfängen zurückzukehren, und das in Verbindung mit nunmehr über 10 Jahren Erfahrung in verfassungsgerichtlicher Grundrechtsanwendung.

Damit zum Konzept des Gutachtens. Dieses baut auf drei zentralen Fragestellungen auf. Erstens: Wo stehen wir? Das ist der Versuch einer Erzählung der Entwicklungs-, Verstehens- und Konstruktionsgeschichte der Grundrechte¹⁰ mit dem Mut zur Lücke und im Bewusstsein, dass – wie das *Karl Korinek* gerne gesagt hat – in der Verkürzung und Vereinfachung nahezu jeder Satz falsch oder zumindest unvollständig ist. Aber es geht mir um (vielleicht auch nur eine Selbst-)Vergewisserung darüber, von wo wir wegdenken.

Die zweite und zentrale Frage folgt im eigentlichen der Tradition von Gutachten des ÖJT¹¹: Es geht mit dem Blick nach vorne darum, wohin die Reise gehen könnte. Es geht – der Verwaltungsrechtler in mir kommt schon durch – darum, anhand einzelner Referenzgebiete zu zeigen, vor welchen Herausforderungen die Grundrechte

7 Nachdem Art 4 StGG lange Zeit in Entscheidungen des VfGH kaum entscheidend vorgekommen ist, führen die epidemiologisch bedingten Verkehrsbeschränkungen dazu, dass der VfGH sein dogmatisches Konzept des Art 4 StGG konkretisieren und sich in wesentlichen Punkten auch festlegen muss, siehe VfSlg 20.398/2020.

8 Die grundrechtsdogmatische Handhabung von Abwägungsprozessen im Rahmen der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung wird (wieder) grundsätzlich diskutiert, vgl etwa K. Günther/Volkmann (Hrsg), *Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft* (2022) und dazu das in einer Rezension gezogene Resümee von Stephan Rixen: „*Die Abwägung zwischen Freiheit und (Über-)Leben ist das zentrale politische und normative Problem der Zukunft. Die Bewältigung der Klimakrise vor Augen erscheint die Pandemieregulierung wie ein Abwägungsstressstest. Die Beiträge des Bandes verdeutlichen, dass Abwägungen, die es sich zu leicht machen, Probleme nicht lösen, sondern vergrößern.*“ (Rixen, Die Pandemie als Stressstest für die Klimakrise, Legal Tribune Online, 7. 1. 2023, https://www.lto.de/persistent/a_id/50673/).

9 Vgl aber Gutachten, 178 f.

10 Gutachten, 3 ff (Kapitel II).

11 Gutachten, 59 ff (Kapitel III).

stehen und welche grundrechtlichen Frage- und Weichenstellungen sich stellen und diskutiert werden. Leitlinie ist hier zu versuchen, die richtigen Fragen zu stellen (und nicht, die falschen oder die einfachen schnell zu beantworten) und Implikationen aufzuzeigen, die eine Grundrechtsentwicklung in die eine oder andere der möglichen Richtungen haben könnte.

In einem dritten Schritt¹² versuche ich dann, einige allgemeine Fragen, die bei dieser Erzählung über Herausforderungen und mögliche Entwicklungen immer wieder auftauchen, sozusagen „vor die Klammer“ zu ziehen und anhand dieser Fragestellungen da und dort in Art einer Stärken-Schwächen-Analyse darüber nachzudenken, welche Anforderungen an die Grundrechtsdogmatik sich stellen werden und was ihr besonderer Beitrag zur künftigen Entwicklung sein könnte.

Das alles ist vor allem einmal, ich habe es jetzt schon mehrfach betont, Erzählung und Nachdenken, Fragensammlung und nicht Fragenbeantwortung, Anstoß für weitere Diskussion und nicht umfassende oder gar abschließende Problembehandlung.

Das Gutachten hat daher auch keine „Zusammenfassung in Thesen“ – bewusst nicht. Eine solche wäre entweder lächerlich – wer hat auf alle Fragen eine thesenhafte Antwort? – oder eine Wiedergabe der Überschriften.

Und doch möchte ich hier versuchen, ein bisschen etwas von einer Zusammenfassung in dem Sinn nachzuholen, als ich – als Offenlegung meines Nachdenkprozesses – beispielhaft erzählen möchte, was ich im Zuge der Erarbeitung des Gutachtens als besonders bemerkenswert und auffallend empfunden habe.

II. Der Blick zurück: Entwicklungsstränge

Beginnen wir mit der Entwicklungsgeschichte¹³: Grundrechte sind, das scheint mir deren Geschichte zu zeigen, wesentlich Sicherungen zur Bewahrung errungener, vielfach erkämpfter Rechte. Sie sichern vor staatlichem Zugriff auf Freiheit und Eigentum, die den unterschiedlich abgegrenzten Grundrechtsberechtigten zustehen. Das ist und bleibt ein zentrales Anliegen der Grundrechte – von elementaren Persönlichkeitsrechten über im weiten Sinn politische Rechte bis hin zu wirtschaftlichen Grundrechten. Diese Sicherungsfunktion für errungene Freiheits- wie Gleichheitsrechte erfüllen Grundrechte auf differenzierte Art und Weise, vornehmlich als Abwehrrechte, aber ebenso als Schutzgewährleistungen oder Verfahrensgarantien.

Grundrechte sind aber auch verfassungsrechtliche Verbürgungen, die errungen und erkämpft werden mit dem Ziel, die Gesellschaft und deren Recht zu verändern: Gleichheitsrechtliche Diskriminierungsverbote sind ein plastisches Beispiel ebenso wie Kommunikationsgrundrechte mit einer bestimmten Vorstellung von Freiheit politischer Debatte oder Persönlichkeitsrechte mit einer solchen von freier Persönlichkeitsentfaltung. Grundrechtlich funktioniert ein solches Veränderungspro-

12 Gutachten, 142 ff (Kapitel IV).

13 Siehe zum Folgenden insbesondere Gutachten, 32 ff, 38 ff.

gramm, wenn es darauf abstellt, worauf die Grundrechte in ihrer Entwicklung angelegt sind: auf die Emanzipation des Einzelnen gegenüber dem Kollektiv.¹⁴ Wohin es führt, wenn die Auslegung und Anwendung der Grundrechte diesen individualrechtsschützenden Zuschnitt verlieren und nicht der Einzelne sondern das Kollektiv, das übergeordnete öffentliche Interesse zum Bezugspunkt des Grundrechtsschutzes gemacht wird, zeigt in aller Radikalität die Grundrechtsentwicklung im Nationalsozialismus.

Darauf reagiert die Neuordnung nach der Katastrophe des Zweiten Weltkriegs unter dem unmittelbaren Eindruck eines „nie wieder“-Denkens mit dem entscheidenden Schritt zur Umsetzung der Menschenrechtsidee; *Hannah Arendts Recht, Rechte zu haben*.¹⁵ Die allgemeine Erklärung der Menschenrechte und auf europäischer Ebene allen voran die EMRK verhelfen dem Universalitätsanspruch der Menschenrechte zum Durchbruch. Dass man sich keiner grundrechtlichen Entwicklung und Errungenschaft sicher sein kann, zeigen die jüngsten Entwicklungen.

Wendet man sich vor diesem Hintergrund der, wie ich das genannt habe, Verstehens- und Konstruktionsgeschichte der Grundrechte zu, dann lassen sich meines Erachtens insbesondere drei wesentliche Entwicklungen ausmachen. Zum einen bis in die jüngste Zeit eine kontinuierliche Ausdehnung grundrechtlicher sachlicher wie persönlicher Schutzbereiche¹⁶, teils durch entsprechend evolutive Auslegung bestehender Grundrechtsverbürgungen, teils durch Herausbildung oder, wenn man so will, „Erfindung“ oder besser „Entwicklung“ neuer, ungeschriebener Grundrechte typischerweise aus einer systematischen Zusammenschau mehrerer bestehender Grundrechtsverbürgungen: vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung¹⁷ über das Recht auf Vergessenwerden¹⁸ bis zum Persönlichkeitsrecht auf freie Selbstbestimmung¹⁹, das ein solches auf selbstbestimmtes Sterben miteinschließt. Interessanterweise sind hier die Persönlichkeitsrechte ein bevorzugtes Anwendungsfeld – was wohl etwas über die Entwicklung unseres Verständnisses der Bedeutung von Selbstbestimmung und Individualität aussagt.

Die große und bleibende Leistung der Grundrechtsdogmatik, insbesondere der allgemeinen Grundrechtsdogmatik der letzten Jahrzehnte ist, zweite Entwicklung, sicher die einer Rationalisierung der Grundrechtsanwendung und Grundrechtskonkretisierung durch einschlägige dogmatische Argumentationsfiguren.²⁰ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seine Ausdifferenzierung insbesondere durch Struktur-

14 Vgl *Holoubek/Bezemek*, Die Grundrechte, in *WiR* (Hrsg), *Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht* (2014) 61 (73 ff).

15 Siehe *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (1951), zitiert nach 6. Auflage Serie Piper (1986) 462, und dazu Gutachten, 13.

16 Siehe insbesondere Gutachten, 39f.

17 BVerfGE 65, 1 (*Volkszählung*).

18 EuGH 13. 5. 2014, C-131/12, *Google Spain und Google*, ECLI:EU:C:2014:317.

19 VfSlg 20.433/2020.

20 Gutachten, insb 21, vgl auch 36 f, 48.

theorien – allen voran *Robert Alexys* Grundrechtstheorie²¹ – ist das herausragende Beispiel unter vielen.

Gerade die fortlaufende Ausdehnung grundrechtlicher Schutzbereiche und die damit verstärkt notwendigen Abwägungsprozesse über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfahren des Interessenausgleichs haben, dritter bemerkenswerter Entwicklungsschritt²², mit Blick auf einzelgrundrechtliche Bereichsdogmatiken in der Lehre vom Gewährleistungsgehalt, aber auch mit einem allgemeinen Ansatz zu Bemühungen geführt, Grundrechtsschutz auf die Kernanliegen einzelner Grundrechte zurückzuführen.²³ Wenn man etwa den Kern des Gleichheitsgrundsatzes in einem Persönlichkeitsrecht sieht, dann ist das auch der Versuch, ein allgemeines Sachlichkeitsgebot ohne eigenes Schwellengewicht durch eine differenzierte Bereichsdogmatik des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes mit entsprechend differenzierten Schwellengewichten einzelner Schutzwirkungen zu ersetzen.²⁴

Das führt schließlich zu meiner letzten Beobachtung in der Entwicklung, die ich herausheben möchte. Jedenfalls im Europa der EMRK und der GRC erfolgen erhebliche Transferleistungen von einer Grundrechtsordnung zur anderen, die die Grundrechtsentwicklung wesentlich mitbestimmen. Österreich ist aufgrund seiner in diesem System einzigartigen Offenheit für die europäische Grundrechtsentwicklung durch den Verfassungsrang der EMRK und in der Folge der (verfassungsgerichtlichen) Konstitutionalisierung der GRC-Rechte²⁵ in einer besonderen Lage. Die Grundrechtsentwicklung in den letzten Jahrzehnten in Österreich ist zu einem großen Teil, wenn nicht, wie in vielem, Nachvollzug von Entscheidungen des EGMR, so doch von diesen Entscheidungen wesentlich angestoßen.²⁶

21 Alexy, Theorie der Grundrechte (1994).

22 Gutachten, 41 ff.

23 Siehe Gutachten, 46.

24 Insb Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz, sowie zusammenfassend *dieselbe*, Gleichheitsrechte, in Merten/Papier/Kucska-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) § 14 Rz 48 f, sowie weiterführend Holoubek in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7/1, S 1, 2 B-VG (14. Lfg 2018) Rz 59 f; zur Kritik Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte² (2019), 518 ff; Kneihs, Besondere Diskriminierungsgründe und allgemeine Gleichheit, ZÖR 2019, 729; Antikritik bei Holoubek, Gleichheitsgrundsatz und Steuerrecht, in Kofler ua (Hrsg), Steuerpolitik und Verfassungsrecht (2023 im Erscheinen) 15 (21 f).

25 Siehe näher Holoubek, Grundrechte im Mehrebenensystem, in Bußjäger/Gamper/Kahl (Hrsg), 100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz. Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext (2020) 163.

26 Die Berufung auf Rechtsprechung des EGMR wirkt dabei innerstaatlich in aller Regel legitimierend und damit konfliktbereinigend (die Beseitigung der Ungleichbehandlung unehelicher Kinder [im Gefolge von EGMR 13. 6. 1979, 6883/74, Marckx/Belgien] oder der „Umbau“ des presse- und medienrechtlichen Persönlichkeitsschutzes [im Gefolge von EGMR 8. 7. 1986, 9815/82, Lingens/Österreich] sind historische Beispiele). Die politische und gesellschaftliche Diskussion ist typischerweise deutlich intensiver und kontroverser, wenn der VfGH – Beispiele Ehe für alle (VfSlg 20.225/2017) oder Sterbehilfe (VfSlg 20.433/2020) – über den Stand der Rechtsprechung des EGMR hinausgeht, weil er dem innerstaatlichen Grundrechtskatalog weitergehende Schutzwirkungen entnimmt

III. Der Blick nach vorne: Grundrechte für Alle

Ungeachtet derartiger Fokussierungstendenzen in der Grundrechtsentwicklung zeigt, so mein Eindruck bei der Bestandsaufnahme über künftige Herausforderungen und mögliche Antworten,²⁷ ein Blick nach vorne, dass Grundrechte, wollen sie auf aktuelle Herausforderungen funktionsadäquate Antworten geben, der Weiterentwicklung und dabei auch der Entwicklung neuer Schutzwirkungen, also schlüssig der Entwicklung neuer Grundrechtsinhalte bedürfen. Das ist nichts Neues und liegt im Wesen und in der Funktion von Grundrechten und ihrer (verfassungs-)gerichtlichen Durchsetzung; das war immer so und ist alles andere als ein Kennzeichen jüngerer Grundrechtsentwicklung.²⁸ Wir halten nur Vorgefundenes typischerweise für etabliert und anerkannt und nehmen Veränderungen als solche wahr. Über die Zeitachse sind diese Veränderungen dann das Vorgefundene und so weiter. Unionsrecht respektive GRC als Prüfungsmaßstab für den VfGH mag als ein Beispiel unter vielen dienen.²⁹

Etwas anders und komprimierter gegliedert als im Gutachten daher nun noch vier Beispiele für grundrechtliche und damit auch grundrechtsdogmatische Entwicklungen, derer es aus meiner Sicht bedarf, soll eine funktionsadäquate Grundrechtsanwendung angesichts ins Haus stehender oder schon stattgefunder Veränderungen gelingen:

(die auf grundrechtlichen Voraussetzungen aufbauen, die – anders als nach der Rechtsprechung des EGMR die jeweils einschlägigen Konventionsrechte im europäischen Kontext – durch einen fehlenden europäischen Konsens nicht relativiert werden). Einschlägige Festlegungen durch den EGMR (angesichts einer sich herausbildenden europäischen Grundvorstellung oder auch ungeachtet dessen) führen – anders als in manch anderen Konventionsstaaten (vgl zur Kritik in der Schweiz bzw Großbritannien *Diggemann/Pangrazzo*, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in „alten“ Demokratien, in *Pöschl/Wiederin* [Hrsg], Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention [2020] 107) – in Österreich bislang zu keiner Grundsatzkritik am EGMR bzw am Konventionssystem. Bemerkenswerterweise finden sich erst in jüngster Zeit Vorstöße in diese Richtung (vgl etwa <https://kurier.at/politik/inland/woeginger-will-menschenrechtskonvention-ueberarbeiten-gruene-dagegen/402216495>), die mit dem europaoffenen Grundkonzept der Bundesverfassung in einem deutlichen Spannungsverhältnis stehen.

27 Gutachten, 59 ff (Kapitel III).

28 Siehe zu den damit verbundenen Methodenfragen Gutachten, 18 ff.

29 In einer durchaus intensiven literarischen Diskussion, ob (damals) primäres Gemeinschaftsrecht in materieller Betrachtungsweise als „Verfassungsrecht“ einen Prüfungsmaßstab des VfGH darstellt, entscheidet sich die Rechtsprechung für ein innerstaatlich bestimmtes Verständnis von „Verfassungswidrigkeit“ in Art 140 B-VG bzw „verfassungsgesetzlich“ gewährleistet in Art 144 Abs 1 B-VG (bzw auch „Gesetzwidrigkeit“ in Art 139 Abs 1 B-VG bzw Art 144 Abs 1 B-VG). Gute zehn Jahre einer insoweit gefestigten Rechtsprechung lassen dann ein – weiterentwickelnd – differenzierendes Verständnis im Hinblick auf Grundrechte der GRC (VfSlg 19.632/2012) als „dynamischer“ bzw „innovativer“ erscheinen, als sie es möglicherweise ist; näher *Holoubek*, Auswirkungen des Unionsrechts auf das Verhältnis der österreichischen Höchstgerichte zueinander, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2015) 625 (643 ff mwN).

1. Grundrechte für jeden Menschen – Grundrechte und Menschenrechte

Das beginnt – Stichwort: Grundrechte, und zwar gleiche Grundrechte für jeden Menschen – bei der Sicherung der Menschenrechtsidee. An einem Verständnis des Gleichheitsgrundsatzes als Menschenrecht etwa führt meines Erachtens kein Weg vorbei. Das heißt nicht, dass bestimmte Statusrechte nicht bestimmte Differenzierungen legitimieren können, wenn wir an das Verhältnis von StaatsbürgerInnen zu Drittstaatsangehörigen denken.³⁰ Der Gleichheitsgrundsatz als gleiches Recht für beide³¹ führt aber dazu, dass unterschiedliche Ausformungen derartiger Statusrechte am selben Maßstab gemessen werden – und der einzelne Mensch das Recht hat, nach der sachlichen Rechtfertigung einer bestimmten Ausgestaltung des Staatsbürgerschaftsrechts zu fragen. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung belässt die Ausgestaltung des Staatsbürgerschaftsrechts wesentlich im Arkanum staatlicher Souveränität und damit der Entscheidung des Kollektivs.³² Aber auch dieses Statusrecht ist nicht huldvolle Gewähr der Staatsgewalt, sondern durch Gesetz, vor dem alle grundsätzlich gleich sind, zuerkanntes Recht. Die Ausziselierung bestimmter Gleichheitsansprüche durch den VfGH in seinem Verständnis des BVG gegen alle Formen rassischer Diskriminierung bei gleichzeitiger Aussparung der grundsätzlichen Gleichheitsfrage³³ ist gleichheitsrechtlich konsequent nicht durchhaltbar.³⁴

30 Zum Status quo insbesondere in der Rechtsprechung des VfGH siehe Gutachten, 57 f.

31 Versteht man den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz in seinem personalen Kern wesentlich auch als allgemeines Persönlichkeitsrecht, dann liegt seine Entwicklung zum Menschenrecht nahe, siehe *Holoubek in Korinek/Holoubek et al*, Art 7/1 S 1, 2 B-VG, Rz 77 mwN insbesondere zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts.

32 Der VfGH lässt dem Gesetzgeber insbesondere bei der Regelung des Erwerbs der Staatsbürgerschaft einen weiten demokratischen Gestaltungsspielraum. Hinsichtlich individualrechtsschützender grundrechtlicher Schranken dieses Spielraums stellt der VfGH in Abstammungskonstellationen auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG ab (vgl zB VfSlg 19.596/2011, 19.704/2012, 19.842/2014; die Frage der Erlangung der Staatsbürgerschaft durch Abstammung von den Eltern fällt nach der Rechtsprechung des VfGH auch unter Art 8 EMRK, vgl VfSlg 19.842/2014, 19.745/2013, 19.704/2012), während sich der VfGH in Verleihungskonstellationen weitgehend (vgl aber für die Heranziehung des Art 7 Abs 1 B-VG VfSlg 18.465/2008) auf das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander durch das B-VG gegen alle Formen rassischer Diskriminierung stützt (siehe etwa VfSlg 19.000/2010, 19.732/2013, 20.364/2020). Diskutabel ist hier, inwieweit nicht ein als Jedermannsrecht (Menschenrecht) ausgestalteter Gleichheitsgrundsatz nähere Determinanten dafür erbringen würde, nach welchen Kriterien die demokratische Mehrheit sich selbst statusrechtlich gegenüber allen anderen Menschen abgrenzen darf, die in maßgeblicher Hinsicht unter gleichen Voraussetzungen in diesem Staat leben.

33 Der VfGH hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass das B-VG gegen alle Formen rassischer Diskriminierung zwar im wesentlichen Fremden funktional äquivalente Grundrechtsverbürgungen garantiert wie der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art 7 Abs 1 B-VG, die insoweit aber unterschiedlichen Grundrechte es ausschließen, dass ein Vergleich zwischen StaatsbürgerInnen und Fremden statzufinden hat, vgl mit entsprechenden Nachweisen nur *Holoubek in Korinek/Holoubek et al*, Art 7/1 S 1, 2 B-VG, Rz 89 ff.

34 Die Zurückhaltung einer Reihe von Konventionsstaaten, auch aus dem Kreis der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und darunter auch Österreichs, bei der Ratifikation

2. Grundrechte für alle Menschen – die soziale Dimension der Grundrechte

Eine zweite Frage, die ebenso auf eine konsequente grundrechtliche Antwort wartet: Grundrechte für alle Menschen – also die Frage der Sicherung bestimmter elementarer Lebensbedürfnisse als Voraussetzung für viele weitere Grundrechtsnutzungen, also die soziale Dimension der Grundrechte und damit die Frage nach der Bedeutung sozialer Grundrechte.³⁵ Auch hier ganz thesenhaft: Wir werden viele grundrechtliche Herausforderungen nicht bewältigen, wenn wir die soziale Dimension nicht mitberücksichtigen – Digitalwirtschaft oder Klimawandel als prominente Beispiele. Grundrechtsdogmatisch gesehen: Es führt auch hier aus meiner Sicht kein Weg daran vorbei, nicht nur die berühmten „klassischen Grundrechte“, allen voran den Gleichheitsgrundsatz, um feinzelisierte (derivative) Teilhabeansprüche – Stichwort Mindestsicherung und Existenzminimum oder Vertrauenschutz und Altersversorgung – anzureichern,³⁶ sondern wir werden soziale Grundrechte als Grundrechte ernst nehmen müssen, wenn unsere Grundrechtsordnung auf die anstehenden Herausforderungen funktionsadäquat und damit schutzadäquat reagieren soll. Die GRC hat in ihrem Titel IV gezeigt, wie sich soziale Grundrechte grundsätzlich für bestimmte Inhalte – um eine Anleihe bei der Rechtsprechung des VfGH zu nehmen³⁷ – in ihrer Formulierung und Bestimmtheit gleich klassischen Grundrechten konstitutionalisieren lassen und – das hat die Wissenschaft mehr als einmal gezeigt – keine grundsätzlich andere Struktur als klassische Grundrechte aufweisen.³⁸ Was es bedurfte, und daran fehlt es derzeit in der wissenschaftlichen Grundrechtsdogmatik noch vielfach, ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Normprogramm sozialer Grundrechte, also eine entsprechende Bereichsdogmatik, wie wir sie jeweils für die einzelnen „klassischen“ Grundrechte entwickelt haben.

des 12. ZPEMRK und damit des in dessen Art 1 enthaltenen (nicht akzessorischen) allgemeinen Gleichheitssatzes (dazu nur näher *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ [2021] § 26, Rz 39 f) ist ein starkes Indiz dafür, dass es sich hier um eine besonders umstrittene Frage handelt, sind doch gerade Gleichheitsfragen oft gesellschaftspolitisch umstrittene Fragen, sodass ein für alle und für alle innerstaatlichen Rechte geltendes allgemeines konventionsrechtliches (und damit in Österreich konsequent verfassungsrechtliches) Gleichheitsgrundrecht jedenfalls den entscheidenden Schritt zum Gleichheitsgrundsatz als Menschenrecht bedeuten würde.

35 Näher Gutachten, 122 ff, 150 ff.

36 Näher mit entsprechenden Nachweisen Gutachten, 128 ff.

37 Vgl etwa VfSlg 19.955/2015, wonach eine Garantie der GRC dann als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht im Sinne des Art 144 B-VG gilt, wenn diese Garantie „in ihrer Formulierung und Bestimmtheit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der österreichischen Bundesverfassung gleicht, mithin keine völlig unterschiedliche normative Struktur als diese aufweist“, womit auf den Unterschied zu Grundsätzen in der GRC wie etwa Art 22 oder 27 GRC abgestellt wird, siehe vordem schon grundlegend VfSlg 19.632/2012, 19.865/2014.

38 Näher Gutachten, 131 f mwN.