



AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 2/2016



Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung

Anmerkungen vor dem Hintergrund von VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015 ua

Christoph Bezemek*, Universität Graz

Kurztext: In der österreichischen Rechtsordnung fehlt es an einer expliziten Garantie allgemeiner Handlungsfreiheit. Der vorliegende Beitrag führt aus, dass ungeachtet dessen eine umfassende Entfaltungsfreiheit des Individuums verfassungsrechtlich gewährleistet ist.

Schlagworte: Allgemeine Handlungsfreiheit; Gleichheitssatz; Freiheitsminimum; Willkürverbot; Auffanggrundrecht.

I. Europa, die Freie

Nach dem Ende meiner Studienzeit in den USA 2009 hatte ich das Glück, nicht gleich nach Wien zurückkehren zu müssen, sondern noch einen Monat in Florenz zu verbringen, um dort endlich die Publikationsfassung meiner Dissertation abzuschließen. Und ich kann mich genau erinnern: als ich am ersten Abend nach dem Essen zurück in meine Wohnung hinter Santa Croce gegangen bin, wie viele junge Menschen auf den Stufen zur Kirche gesessen sind, flirtend oder in weltanschauliche Diskussionen vertieft, die Zigaretten geraucht und aus Pappbechern Rotwein getrunken haben. Da habe ich mir zum ersten Mal gedacht: Ich bin wieder in Europa.

Es scheint, dass dieses Europa kleiner wird, wenn nicht in Italien,¹ so doch hier in Österreich,² wo vielfach, wie etwa auch in Graz,³ kommunale Restriktionen greifen, was den öffentlichen Alkoholkonsum anlangt.⁴

* Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Universität Graz, Universitätsstraße 15/D3, 8010 Graz. Um Anmerkungen ergänzte Schriftfassung eines Vortrages, den der Verfasser am 15. 4. 2016 im Rahmen eines Berufungsverfahren zur Besetzung einer Professur für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtstheorie an der Universität Graz gehalten hat. Zu danken ist Josefa Breitenlechner und Tamara Schöndorfer für ihre Unterstützung bei der Recherche, Gisela Kristoferitsch für die Durchsicht des Manuskripts sowie Harald Eberhard, Claudia Fuchs, Michael Holoubek, Andreas Th. Müller, Erich Pürgy und einer anonymen Gutachterin/einem anonymen Gutachter für zahlreiche wertvolle Anregungen. Ebenso zu danken habe ich für die gehaltvolle Diskussion im Anschluss an den Vortrag, die dazu beigetragen hat, die hier vorgestellten Gedanken zu schärfen. Der übliche Vorbehalt ist anzubringen.

1 Vgl. freilich etwa für Rom die (befristete) Alkoholverbots-Verordnung (Ordinanza n. 127) vom 12. 7. 2015.

2 Wenn es sich hier auch keineswegs um ein *Austriacum* handelt – vgl. zur Diskussion der bestehenden Verbotsanordnungen in Deutschland nur Faßbender, Alkoholverbote durch Polizeiverordnungen: per se rechtswidrig? NVwZ 2009, 563, oder Brückner, Die Verfassungsmäßigkeit des § 9a SächsPolG – Grenzen abstrakt-genereller Alkoholverbote im öffentlichen Raum, LKV 2012, 202, jeweils mwN. Mit Blick auf den Stand der Judikatur vgl. Tomerius, Teilnichtigkeit des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt, NVwZ 2015, 412.

3 A 17-009850/2012, Verordnung „Erweiterung der Alkoholverbotzonen im innerstädtischen Bereich“, Amtsblatt der Landeshauptstadt Graz 5/2012, 2. 5. 2012.

4 Dazu bereits aus rechtspolitischer Perspektive Bezemek/Fuchs, Alkoholverbot – Rote Linie, Roter Faden? Die Presse 6. 5. 2012.

Ende des letzten Jahres hat der VfGH erstmals über eine solche Regelung, konkret über eine ortspolizeiliche Verordnung des Innsbrucker Gemeinderats,⁵ mit der für Teile der dortigen Innenstadt „der Konsum und die Mitnahme von alkoholischen Getränken verboten“ worden war,⁶ befunden.⁷

Hintergrund und Ausgang sind rasch skizziert: Der Fall wurde über eine Selbstanzeige eines Vizerektors der Universität Innsbruck und eines Stadtrats ins Rollen gebracht, die auf diesem Weg eine Leitentscheidung des VfGH zur freien Nutzung des öffentlichen Raumes provozieren wollten.⁸ Dementsprechend monierten die beiden Beschwerdeführer im verfassungsgerichtlichen Verfahren wesentlich das Fehlen eines ortsspezifischen Missstandes und wendeten sich in grundrechtlicher Perspektive vor dem Hintergrund ihrer Rechte auf Achtung ihres Privatlebens sowie auf freie Meinungsäußerung gegen die Verordnung bzw gegen ihre Anwendung im konkreten Fall.

Die Stadtverwaltung wiederum argumentierte, die Verordnung wirke durchaus einem das örtliche Gemeinschaftsleben störenden Missstand entgegen: Der öffentliche Alkoholkonsum gehe nämlich einher mit Pöbelei, Lärmbelästigung und der Verunreinigung des öffentlichen Raumes durch Unrat, Erbrochenem und die dort verrichtete Notdurft.⁹ Der VfGH wies, dieser verwaltungsseitig vermittelten Urgenz entsprechend, die Beschwerden ohne allzu große Umschweife ab.

II. (K)eine Entscheidungsbesprechung

Die knappe Begründung des Erkenntnisses mag dagegen streiten, es als die von den Beschwerdeführern ersehnte Leitentscheidung anzusehen. Akademische Larmoyanz darob scheint indes nur bedingt angezeigt. Denn gerade in akademischer Perspektive sind ja straff argumentierte Entscheidungen denkbar begrüßenswert, weil sie (jedenfalls typischerweise) ein besonders weites Betätigungsfeld bieten. Das ist auch für die vorliegende anzunehmen: etwa zur Frage, seit wann der VfGH dazu übergegangen ist, schon in der zusammenfassenden Darlegung der Rechtslage, also gleichsam präventiv, mit dem Instrument der verfassungskonformen Interpretation zu operieren.¹⁰ Oder zum Problem, warum die vorgebrachte Aktionismuseinrede, man habe gerade durch den Alkoholkonsum gegen das Konsumverbot protestieren wollen, schon dem Grunde nach unbeachtlich sein soll.¹¹ Vor allem aber zu der in den Randnummern 29 und 32 geborgenen Frage, inwiefern die (rhetorisch ja durchaus wirksame, dogmatisch aber unbeachtliche) wieder-

5 Gemeinderatsbeschlüsse vom 30. 9. 2008 und 12. 6. 2014.

6 § 1 Alkoholverbots-VO Innsbruck (E-14).

7 VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015, E 59/2015.

8 Kurier 12. 7. 2014, Grüne wollen das Alkoholverbot kippen: Stadtrat und Vizerektor der Uni Innsbruck wollten Abmahnung provozieren.

9 VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015, E 59/2015.

10 VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015, E 59/2015 Rz 18: „§ 1 der Verordnung idF 2014 verbietet es, an den in den Planbeilagen zur VO gekennzeichneten öffentlichen Orten alkoholische Getränke zu konsumieren und [gemeint wohl: zum Konsum] mitzunehmen. Von diesem Verbot sind in den Z 2 und 3 des § 1 der Alkoholverbots-VO Ausnahmen vorgesehen, die den Konsum und/oder die Mitnahme alkoholischer Getränke erlauben.“

11 VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015, E 59/2015 Rz 35: „Dass der vorgebrachte Beweggrund für die Übertretung der Alkoholverbots-VO, gegen das Alkoholverbot zu protestieren, an der Strafbarkeit nichts ändert, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden; andernfalls wäre es nämlich nur allzu leicht, das als verfassungskonform erkannte Verbot (vgl. Pkt. III.1.) in der Praxis zu unterlaufen.“

holte Betonung der *Eignung* des Verbots, Störungen des Gemeinschaftslebens hintanzuhalten, ihrerseits dazu *geeignet* ist, die sonst unterlassene Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ersetzen.¹²

Eine Entscheidungsbesprechung vor diesem Hintergrund wäre also durchaus reizvoll und wohl auch unterhaltsam. Geboten wird sie hier bewusst nicht. Vielmehr soll eine grundsätzlichere Frage ins Zentrum der nachfolgenden Überlegungen stehen:

III. (Keine) Allgemeine Handlungsfreiheit (?)

Hat der VfGH nicht eigentlich recht, wenn er sich nicht allzu tiefgehend mit der vorliegenden Beschwerde auseinandersetzt? Immerhin: Ein gesondertes Recht, auf öffentlichen Plätzen Alkohol zu trinken, enthält die österreichische Bundesverfassung bekanntlich nicht. Und wenn der Erstbeschwerdeführer auf Basis von Art 8 EMRK vorbringt, mit einem solchen Verbot würde „in unzulässiger Weise in [seiner] persönliche Autonomie [eingegriffen], [in] sein Recht, Entscheidungen bezüglich des eigenen Lebens ohne Einmischung des Staates zu treffen“,¹³ so ist dem wohl entgegengehalten, dass das ein wenig überzeichnet ist.¹⁴ Denn die angesprochene Gewährleistung schützt zwar die qualifizierte Selbstverwirklichung des Individuums, umfasst aber, wie es der VfGH bereits an anderer Stelle festgehalten hat,¹⁵ keine „Allgemeine Handlungsfreiheit“.¹⁶

Und darauf aufbauend müsste man sagen: „In Österreich gibt es kein Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit.“¹⁷ Anders als etwa die französische Verfassungsordnung¹⁸ oder auch das

12 VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015, E 59/2015 Rz 29. „Daran, dass das in der ortspolizeilichen Verordnung normierte Alkoholverbot geeignet ist, die die örtliche Gemeinschaft störenden Folgen von Alkoholkonsum hintanzuhalten, besteht für den Verfassungsgerichtshof kein Zweifel.“ Sowie Rz 32: „Die Alkoholverbots-VO mit ihrer klaren Anordnung ist eine Maßnahme, die geeignet ist, die Störung des Gemeinschaftslebens auf den in der Verordnung bezeichneten öffentlichen Flächen zu verhindern.“ Vgl idZ insb auch die pauschale Bewertung in Rz 30: Auch der Umstand, dass – wie die Beschwerdeführer meinen (!) – das Verbot in den von der Verordnung erfassten Bereichen sogar das Trinken bloß eines Glases Wein verbietet, macht die Verordnung nicht verfassungswidrig.

13 VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015, E 59/2015 Rz 4.

14 Anders zur Reichweite der Autonomiegewährleistung gemäß Art 8 EMRK etwa *Weichselbaum*, Die Bettelverbote in der Judikatur des VfGH, in *Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 37.

15 VfSlg 19.662/2012: „Art 8 EMRK stellt auch die menschliche Persönlichkeit selbst in ihrer Identität, Individualität und Integrität unter Schutz. Die Selbstverwirklichung umfasst auch das Recht, einen individuellen Lebensstil zu pflegen. Art 8 EMRK ist dabei auf den Schutz der unterschiedlichen Ausdrucksformen der menschlichen Persönlichkeit gerichtet. Nicht umfasst ist allerdings eine allgemeine Handlungsfreiheit (Grabenwarter/Pabel, [Europäische Menschenrechtskonvention⁵, 2012], Rz 12). Nicht jedes menschliche Handeln stellt also zugleich eine von Art 8 EMRK geschützte Ausdrucksform der Persönlichkeit dar (EGMR 24.11.2009, Fälle *Friend u. Countryside Alliance*, Appl. 16.072/06 und 27.809/08).“ Der EGMR argumentiert im angeführten Urteil auch ein breites Verständnis „of Article 8 does not mean[...] that it protects every activity a person might seek to engage in with other human beings in order to establish and develop such relationships. It will not, for example, protect interpersonal relations of such broad and indeterminate scope that there can be no conceivable direct link between the action or inaction of a State and a person's private life (see, mutatis mutandis, *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, Reports of Judgments and Decisions 1998-I). By the same token, it cannot be said that, because an activity allows an individual to establish and develop relationships, it falls within the scope of Article 8 such that any regulation of that activity will automatically amount to an interference with that individual's private life.“ (Rz 41). Und überhaupt finde sich „nothing in the Court's established case-law which suggests that the scope of private life extends to activities which are of an essentially public nature. In this respect, the Court also considers [it to be] correct to draw a distinction between carrying out an activity for personal fulfilment and carrying out the same activity for a public purpose, where one cannot be said to be acting for personal fulfilment alone.“ (Rz 42). Vgl aus der neueren Rsp nur EGMR 12. 2. 2016, 61496/08, *Bărbulescu/Romania* Rz 35 ff.

16 Vgl näher zur Judikatur iGZ *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung (2016) § 11 Rz 6.

17 *Storr*, Die österreichische Bundesverfassung – eine Hausbesichtigung, ZfV 2009, 530 (532).

18 Dazu etwa die Nachweise bei *Ronellenfitsch*, Die Verkehrsmobilität als Grund- und Menschenrecht, in *Häberle* (Hrsg), Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart 44 (1996) 167 (184 ff), sowie bei *Hochmann*, Grundrechte, in *Marsch et al.* (Hrsg), Französisches und Deutsches Verfassungsrecht: Ein Rechtsvergleich (2015) 323 (349 ff).

deutsche Grundgesetz, nach dessen Art 2 *sub titulo* „Allgemeine Handlungsfreiheit“ das Taubenfüttern,¹⁹ das Reiten im Walde²⁰ und auch der Drogenkonsum²¹ *prima facie* verfassungsrechtlichen Schutz genießen,²² enthält die österreichische Bundesverfassung eben kein ausdrückliches Recht, „sich nach eigenem Belieben zu verhalten“;²³ was insgesamt kein bloßer Partikularismus der österreichischen Rechtsordnung im Verhältnis zur deutschen oder zur französischen ist, sondern Ausdruck der Idiosynkrasien, die eigenständige Rechtsordnungen auszeichnen, auch wenn sie in Anbetracht zahlreicher evidenter Gemeinsamkeiten mit anderen erst bei hintergründiger Betrachtung zu Tage treten.²⁴

IV. Defizienz qua Differenz?

Und doch folgt aus diesem Befund nicht, dass die so ausgemachte Differenz notwendig auch Anzeichen von Defizienz ist. Oder anders: dass eine umfassende negative Freiheit als Möglichkeit selbstbestimmter Entfaltung,²⁵ wie *Mill* sie im Anschluss an *Humboldt* postuliert hat,²⁶ eben eine „persönliche Autonomie, [ein] Recht, Entscheidungen bezüglich des eigenen Lebens ohne Einmischung des Staates zu treffen“,²⁷ der österreichischen Verfassungsordnung dem Grunde nach fremd ist.

Franz Merli hat sich vor über 20 Jahren dieser Frage angenommen²⁸ und vielleicht bietet der Ausgangsfall einen guten Anlass, diese Diskussion aus verfassungsrechtlicher Perspektive erneut aufzunehmen; wenn auch mit Hilfe thesenhafter Zuspitzungen, die in ihrem vordergründigen Widerstreit eine dialektische Entfaltung des Themas ermöglichen sollen.

V. Thesen

A. Subtraktion

Aber schon mit der ersten dieser Thesen, man mag sie als „Subtraktionsthese“ bezeichnen, kann man aus rechtstheoretischer Perspektive einwerfen, dass die Antwort auf die Frage, ob eine bestimmte Rechtsordnung denn gewährleistet, „etwas nach seinem Belieben zu thun oder zu unterlassen“,²⁹ gleichermaßen naheliegend wie banal ist. Bereits *Thomas Hobbes* hat in seinem *Leviathan* prominent festgehalten, dass doch die größte Freiheit der Rechtsunterworfenen zuverlässig in der *Silence of the Law*, im Schweigen des Gesetzes, besteht: Soweit also der Souverän keine

19 BVerfGE 54, 143.

20 BVerfGE 80, 137.

21 BVerfGE 90, 145.

22 Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36): „Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne“. Vgl insb auch BVerfGE 80, 137 (152): „Geschützt ist damit jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“. Vgl für die neuere Rsp etwa BVerfGE 128, 193. Näher zu Struktur der Allgemeinen Handlungsfreiheit *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1994) 309 ff. Für einen aktuellen dogmatischen Abriss vgl nur *Dreier* in *Dreier* (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar I³ (2013) Art 2 I.

23 *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 233.

24 Vgl nur *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht (2005) 27 ff mwN.

25 *Berlin*, Four Essays on Liberty (1969) xlii.

26 *Humboldt*, Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen (1792 [Ausgabe Reclam 2006]) 22 ff, *Mill*, On Liberty² (1859) 100 ff; vgl insb auch die klassische Konzeption negativer Freiheit bei *Constant*, De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes (1819).

27 VfGH 9. 12. 2015, E 50/2015, 59/2015 Rz 4.

28 *Merli*, JBl 1994, 233.

29 *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797) AAVI 223.

Vorschrift erlassen hat, steht es den Rechtsunterworfenen frei, ihr Handeln und Unterlassen nach eigenem Dafürhalten auszurichten.³⁰ Freiheit ist dann eben, was bleibt; insoweit ja, wie es *Georg Jellinek* zugespitzt hat, „Unterwerfung und Freiheit von Unterwerfung [...] die beiden einander ausschließenden Möglichkeiten [sind], die dem Staate bei der Normierung seiner Verhältnisse zum dem Subjicirten zur Verfügung stehen“.³¹

Freilich: Der Umfang des so umschriebenen Freiraums lässt sich auf dem grünen Tisch der Theorie nur schwer jenseits von Allgemeinplätzen vorzeichnen. *Hobbes* selbst etwa hat dazu in *De Cive* festgehalten, dass das notwendige Maß gesetzlicher Regulierung konkret am Wohl der Gemeinschaft auszurichten ist.³² Eine spezifische Grenzziehung erlaubt uns diese Einsicht aber nicht.³³ Fest steht nur, dass jeder Rechtsordnung das zu eigen ist, was *Hans Kelsen* mehr als 300 Jahre nach *Hobbes* als „Freiheitsminimum“ bezeichnet hat; als Resultat einer „selbst unter einer noch so totalitären Rechtsordnung [bestehenden] unveräußerlichen Freiheit“.³⁴

Im Schrifttum firmiert diese „unveräußerliche“ zuweilen unter „natürliche“ Freiheit.³⁵ Doch auch, wenn es „zu[m] grundlegenden Verteilungsprinzip des bürgerlichen Rechtsstaates [gehört], daß die Freiheit des einzelnen vorausgesetzt wird und die staatliche Beschränkung als Ausnahme erscheint“,³⁶ kann das Attribut „natürlich“ Verwirrung hervorrufen,³⁷ insofern eben im gegebenen Zusammenhang keine vor- bzw außerstaatliche Freiheitsposition ausgemacht werden soll,³⁸ sondern eine durch die staatliche Rechtsetzung – wenn auch nur negativ – determinierte.³⁹

Es mag also besser sein, zu betonen, dass es sich um eine – im doppelten Wortsinn – negative „rechtliche Freiheit“⁴⁰ handelt;⁴¹ Ausdruck der selbstbestimmten Entfaltungsfähigkeit der Normunterworfenen innerhalb (und in Anbetracht) der Rechtsordnung,⁴² die ihrer Orientierungsfunktion entsprechend Handlungsoptionen offenlegt.⁴³

30 *Hobbes*, *Leviathan* (1651) II 21: „In cases where the sovereign has prescribed no rule, there the subject hath the liberty to do, or to forbear, according to his own discretion.“ Vgl zur Entwicklung dieses Gedankens mit Blick auf Art 4 DDHC (dazu oben FN 18) insb auch *Sieyès*, *Essai sur les privilèges* (1788): „[C]haque citoyen, indistinctement, a un droit inattaquable, non à ce que la loi permet, puisque la loi n'a rien à permettre, mais à tout ce qu'elle ne défend pas.“ Aus Perspektive der österreichischen Rechtswissenschaft nur *Merkel*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927) 160.

31 *Jellinek*, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte* (1892) 104.

32 *Hobbes*, *De Cive* (1642) XIII, 15: „Mensura hujus libertatis ex bono civium et civitatis capienda est. Quare contra officium eorum qui imperant, et legum ferendarum auctoritatem habent, in primis est, ut plures leges sint, quam ad bonum civium et civitatis necessario conducatur.“

33 Wie *Somek* (*Rationalität und Diskriminierung* [2001] 518) betont, wohl der „banalste[...] unter allen verfassungsrechtlichen Gedanken“.

34 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960) 45.

35 Vgl auch *Bentham*, *Pannomial Fragments*, in *Bowring* (ed), *The Works of Jeremy Bentham III* (1843) 217–218. Zur naturrechtlichen Konstruktion eines „right to liberty“ insb *Hart*, *Are There Any Natural Rights?* *The Philosophical Review* 1955, 175.

36 *Schmitt*, *Verfassungslehre*⁹ (2003) 166.

37 Gerade vor dem Hintergrund kontraktualistischer Staatstheorien, die dieses Bild des bürgerlichen Rechtsstaates entscheidend geprägt haben, aber eben wie etwa jene *Kants* vielfach davon ausgehen, der Mensch habe mit dem Eintritt in den Staatsverband seine „wilde gesetzlose Freiheit gänzlich verlassen, [eben] um seine Freiheit in einer gesetzlichen Abhängigkeit, d.i. in einem rechtlichen Zustand [...] wieder zu finden.“ – AA VI 316.

38 So insb auch *Holoubek*, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten* (1997) 365.

39 Vgl nur *Ross*, *On Law and Justice* (1959 [Nachdruck 2012]) 165.

40 *Alexy*, *Theorie* 203.

41 Vgl insgesamt *Kelsen*, *Rechtslehre*² 43.

42 Vgl etwa *Somek*, *Individualism* (2008) 235.

43 Dazu näher *Bezemek*, *Freiheit als europäischer Begriff in rechtswissenschaftlicher Perspektive*, in *Sedmak* (Hrsg), *Freiheit: Vom Wert der Autonomie* (2013) 199 (207).

Allein das macht die so subtrahierte rechtliche Freiheit nicht notwendigerweise, insb *Eva Schulev-Steindl* hat das herausgearbeitet,⁴⁴ zu einem Freiheitsrecht.

B. Legalität

Dazu nämlich bräuchte es, nennen wir das die „Legalitätsthese“, eine entsprechende positivrechtliche Manifestation.⁴⁵ Gerade die aber scheint uns, um damit auf die rechtsdogmatische Ebene zu wechseln, verfassungsrechtlich vorenthalten: Das in Art 18 B-VG festgelegte Legalitätsprinzip, verfassungsrechtlicher Fluchtpunkt der eben umrissenen Funktionen rechtlicher Ordnung,⁴⁶ birgt gerade keine subjektiv-rechtliche Ausprägung.⁴⁷

Das ist aber nicht insgesamt auf die Legalitätsvorgaben der österreichischen Bundesverfassung umzulegen: nicht nur, weil ihre freiheitsrechtlichen Bestandteile ja schon historisch betrachtet vielfach (auch) als spartenspezifische Sonderlegalitätsverbürgungen erschaffen wurden.⁴⁸ Vor allem deshalb, weil ja im Bereich des Strafrechts mit Art 7 EMRK ein umfassender Legalitätsvorbehalt⁴⁹ subjektiv-rechtlich ausgeformt und mit diesem „Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt“⁵⁰ „eine grundlegende Norm des Freiheitsschutzes“ positiviert ist;⁵¹ aber eines Freiheitsschutzes, der dem „Schweigen des Gesetzes“, konkret des Strafgesetzes, zwar der Vollziehung gegenüber eine Stimme (und damit Gewicht) verleiht,⁵² im Verhältnis zum Gesetzgeber aber nur Vorgaben hinsichtlich des „Wie“, nicht aber des „Inwieweit“ bereithält: Dem Gesetzgeber gegenüber bergen Gewährleistungen die, wie *nulla poena sine lege*, unter der Legalitätsthese firmieren, nur Anordnungen hinsichtlich der Ausgestaltung der von ihm erlassenen Vorschriften, schaffen Barrieren, was ihre zeitliche Extension anlangt, fordern ein Maß zureichender Bestimmtheit und dergleichen.⁵³ Sie halten indes material keine negative Kompetenznorm⁵⁴ und

44 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte (2008) 84 ff mwN; so bereits *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 365. Dass die solcherart festgemachte negative Freiheit von einem allgemeinen *protective perimeter* der Rechtsordnung, wie ihn *Hart*, *Essays on Bentham* (1982 [Nachdruck 2011]) 171–173, argumentiert, umgeben ist, ändert daran nichts, insofern es sich hier bloß um eine (objektive) „mittelbar bewehrte Freiheit[...]“ handelt – *Alexy*, *Theorie* 209.

45 *Kelsen*, *Rechtslehre*² 45.

46 Vgl nur *Rill* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (1. Lfg 2011) Art 18 B-VG Rz 1 sowie aus dem neueren Schrifttum nur *Eberhard*, Die Bedeutung des Legalitätsprinzips im Wirtschaftsrecht, *ZfV* 2013, 727. Zu den Einzelanforderungen aus Art 18 B-VG, was Determinierung und Klarheit anlangt, insb *Potacs*, *Auslegung und Legalitätsprinzip*, *ZfV* 2015, 230.

47 Vgl für die Rsp des VfGH bereits VfSlg 1319/1930 sowie insb VfSlg 16.177/2011 („kein subjektives Recht auf gesetzmäßige Führung der Verwaltung“) mwN. Anders im Schrifttum nur *Stradal*, Das Recht auf gesetzmäßige Verwaltung, *JBl* 1948, 418.

48 Vgl dazu aus der neueren Literatur etwa *Arnold*, Rechtsstaat, demokratische Legitimation und Effizienz: Funktionen und Garanten eines sachgerecht flexiblen Legalitätsprinzips, in *FS Wimmer* (2007) 1 (4 f) und *Schulev-Steindl*, Rechte 262 f; sowie insb die Diskussion bei *Brauneder*, Gesetzgebungsgeschichte der österreichischen Grundrechte, in *Machacek et al* (Hrsg), *Grund- und Menschenrechte in Österreich: Grundlagen, Entwicklungen und internationale Verbindungen* (1991) 191 (283 ff).

49 Vgl nur *Lewis* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (4. Lfg 2006) Art 7 MRK Rz 3.

50 *Liszt*, Aufsätze und Vorträge II (1905) 60; näher dazu etwa *Lewis*, *Verfassung und Strafrecht: Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung* (1993) 55 f.

51 *Frowein* in *Frowein/Peukert* (Hrsg), *EMRK-Kommentar*³ (2009) Art 7 Rz 1 und weiter: „[Denn n]ur wenn [die Bürgerin] weiß, welches Verhalten strafbar ist, kann [sie ihren] Freiheitsspielraum erkennen und ausnutzen.“

52 Vgl für die neuere Rsp des VfGH etwa 10. 3. 2015, E 1139/2014 ua; 5. 6. 2014, B 184/2014; 20. 2. 2014, B 1021/2013 oder 13. 9. 2013, B 589/2013.

53 Dazu bereits *Bezemek*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Wirtschaftskriminalität, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht* (2008) 63 ff. *Mutatis Mutandis* ist das nämliche Argument auch mit Blick auf das in Art 83 Abs 2 B-VG gewährleistete Recht auf den gesetzlichen Richter gültig – vgl dazu aus der neueren Rsp nur VfGH 12. 3. 2015, G 151/2014 ua.

54 *Kelsen*, *Rechtslehre*² 145.

erlauben damit gerade nicht die „Scheidelinien zwischen Staat und Individuen zu ziehen, die sich der Gesetzgeber stets vor Augen halten soll“.⁵⁵

C. Liberalität

Die wiederum entspringen, so wäre mit einer „Liberalitätsthese“ zu entgegnen, grundlegend den verfassungsgesetzlich gewährleisteten „Freiheitsrechten“. Ein notorisch unscharfer Begriff,⁵⁶ der jedoch im gegebenen Zusammenhang allein schon deshalb keine vertiefte Aufmerksamkeit beanspruchen kann, weil eben gerade hier die präsumtive Defizienz der österreichischen Verfassungsordnung besonders augenscheinlich ist.⁵⁷ Deren liberale Gewährleistungen nämlich schaffen distinkte Freiheitssphären zur Abwehr distinkter Freiheitsgefährdungen,⁵⁸ gleich Pflöcken in den Boden der Rechtslandschaft geschlagen,⁵⁹ um die Grenzen der staatlichen Macht dem Individuum gegenüber zu verdeutlichen. Eine Garantie allgemeiner Handlungsfreiheit als Auffangfreiheit, die, wenn auch aus dünneren Schindeln gezimmert,⁶⁰ die Abgrenzung zu einer Umzäunung vervollständigen würde, fehlt.⁶¹

D. Suffizienz

Indes ist durchaus fraglich, ob denn das so konstatierte „Fehlen“ fehlt: *Magdalena Pöschl* etwa vertritt (verkürzt dargestellt) die Auffassung, dass bei Licht besehen das in der österreichischen Rechtsordnung gewährleistete Niveau an Grundrechtsschutz ein so hohes ist, dass für eine allgemeine Handlungsfreiheit nur wenige (und insgesamt eher unbedeutende) Lücken zu füllen blieben.⁶² Man mag das als „Suffizienzthese“ bezeichnen.

Die Suffizienzthese ist durchaus überzeugend; insb, wenn sie durch zwei Hilfsthesen auf die Metaebene der Analyse des österreichischen Grundrechtsbestandes gehoben wird:

1. Addition

Die erste („Additionsthese“) müsste betonen, dass die vielfach geschmähte zerklüftete österreichische Grundrechtslandschaft,⁶³ deren einzelne Schichten historisch wie strukturell divers

55 *Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte⁴ (1927) 8.

56 Vgl nur *Schulev-Steindl*, Rechte 87 f.

57 Vgl oben III.

58 Vgl nur *Dershowitz*, Rights from Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights (2004).

59 Wie mir bewusst wurde, ein bereits von *Böckenforde*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 2003, 165 (187), vorgeprägtes Bild. Vgl auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit (2003) 130.

60 Vgl dazu insb *Alexy*, Theorie 326 ff; sowie für den aktuellen Stand der deutschen Diskussion *Dreier* in *Dreier*, GG I³ Art 2 I Rz 61.

61 Dass das, außerhalb der GRC, für den Bereich des Unionsrechts mit der Judikatur des EuGH seit Mitte der 1980er anders ist (EuGH 21. 5. 1987, C-133-136/85, *Rau Lebensmittelwerke ua/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*; vgl dazu nur die Diskussion bei *Eberhard*, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht. Stand und Perspektiven eines europäischen Legalitätsprinzips, *ZÖR* 2008, 49), ändert an diesem Befund nichts, insb insoweit ja Bestandteile des ungeschriebenen Primärrechts mit der Rsp des VfGH (vgl nur VfSlg 19.632/2012) anders als die Elemente der GRC nicht als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte zu begreifen sind – vgl dazu bereits *Bezemek*, Wording and Determinateness – Indeterminately Worded, *ICL-Journal* 2013, 95 (96).

62 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 583 ff mwN.

63 Vgl für diese Kritik nur *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991) 1 mwH.

sind,⁶⁴ sich in der Tat als Vorteil erweisen könnte, weil in ihr die Schutzdichte (unter Inkaufnahme, bzw auch *aufgrund* zahlreicher Überlappungen) besonders hoch ist;⁶⁵ ein Phänomen, das durch das formale Verständnis „verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte“ iSv Art 144 B-VG zusätzlich befördert wird.⁶⁶

2. Akkreszenz

Die zweite HilfsThese („Akkreszenzthese“) verstärkt die erste: Denn nicht nur sind die Grundrechtskataloge, die für die österreichische Rechtsordnung Geltung beanspruchen, und die sie flankierenden Einzelgewährleistungen zahlreich und mehrfach verschränkt: Der vielfach verschränkte Grundrechtsbestand expandiert.⁶⁷ Die großzügige judikative Handhabung der Einzelgewährleistungen im Dialog zwischen Straßburg, Wien und Luxemburg, gepaart mit einem evolutiven Interpretationsverständnis,⁶⁸ bewirkt eine beständige Erweiterung der grundrechtlichen Freiheitssphären.⁶⁹ Allein die anekdotische Evidenz dafür ist umfassend:⁷⁰ Da kommt ein „Recht auf Vergessen-werden“ auf;⁷¹ da fällt nackt zu wandern unter den Schutz freier Meinungsäußerung,⁷² der gesunde Nachtschlaf dem Recht auf Achtung des Privatlebens⁷³ sowie die bloße Androhung von Folter dem Folterverbot.⁷⁴

Im Bereich der EMRK verstärkt die Kombination der distinkten Freiheitssphären und des akzessorischen Diskriminierungsverbots, das „auch dann [zur] Anwendung [kommt], wenn ein Vertragsstaat der EMRK im Regelungsbereich eines Konventionsrechts mehr Rechte zuerkennt, als nach der EMRK notwendig ist“, ⁷⁵ diesen Effekt.⁷⁶

64 Vgl nur den Überblick bei *Schäffer*, die Entwicklung der Grundrechte, in *Merten ea* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) Rz 45 ff.

65 Vgl für das Grundrecht auf Meinungsfreiheit nur das Verhältnis von Art 13 StGG, (Art 11 GRC iVm Art 52 Abs 3 GRC,) Art 10 EMRK und dem Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung über die Aufhebung der Zensur sowie auf Schrankenebene etwa das Zusammenspiel von Art 9 Abs 2 EMRK (sowie Art 10 GRC iVm Art 52 Abs 3 GRC) und Art 63 Abs 2 Stv St Germain vor dem Hintergrund von Art 53 EMRK – dazu etwa VfSlg 15.394/1998 und VfSlg 19.349/2011.

66 Vgl nur VfSlg 16.584/2002 mwN.

67 Vgl nur *Dathan*, In Defence of Expansive Interpretation in the European Court of Human Rights, Cambridge Journal of International and Comparative Law 2014, 508.

68 Grundlegend EGMR 25. 4. 1978, 5856/72, *Tyrer/UK* Rz 31: „The Court must [...] recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.“ Dazu aus der Literatur etwa *Letsas*, The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy, in *Føllesdal ea* (Hrsg), Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context (2013) 106.

69 Vgl aus österreichischer Perspektive nur die Darstellung bei *Lienbacher*, in *Khakzadeh-Leiler ea* (Hrsg), Interessenabwägungen und Abwägungsentscheidungen (2014) 85 (100 f).

70 Vgl zum Folgenden näher die Diskussion bei *Richter*, EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz I² (2013), 444 (479 ff).

71 EuGH 13.5.2014, C-131/12, *Google Spain SL*; näher dazu etwa *Sartor*, The right to be forgotten: balancing interests in the flux of time, International Journal of Law and Information Technology 2016, 72.

72 EGMR 28. 10. 2014, 49327/11, *Gough/UK*.

73 EGMR 8. 7. 2003 (GK), 360/22/97, *Hatton and Others/UK*.

74 EGMR 1. 6. 2010 (GK), 22978/05, *Gäfgen/Germany*.

75 VfSlg 19.942/2014.

76 Vgl etwa die Diskussion bei *Gerards*, The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Review 2013, 99.

Und all das erscheint aus Perspektive der österreichischen Grundrechtsordnung,⁷⁷ die judikativ erst vor kurzem um einen ganzen Katalog erweitert wurde,⁷⁸ vielleicht nicht einmal bemerkenswert.

E. Obsoleszenz

Es ist damit durchaus plausibel zu argumentieren, dass sich der freiheitsrechtliche Bestand auf eine Gewährleistungsdichte zubewegt, die in der Tat nur noch *de minimis* Fälle⁷⁹ vernachlässigt. Und doch befriedigt dieser Befund nicht. Nicht nur, weil ja die Expansion selbst das augenscheinlichste Anzeichen von Schutzdefiziten sein könnte, die die Judikatur vermeint kompensieren zu müssen,⁸⁰ sondern weil der Befund bei näherer Betrachtung ein bloß empirischer ist und kein dogmatischer sein kann: Sollen sich die distinkten Freiheitssphären, die in den Einzelgewährleistungen verbrieft sind, nicht in der Allgemeinen Handlungsfreiheit verlieren, nennen wir das die „Obsoleszenzthese“, soll also die Expansion nicht ihre Eltern fressen, gilt es, auch der VfGH betont das der Sache nach in seiner Rechtsprechung,⁸¹ die Ausdehnung der distinkten Freiheitssphären hin zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit als asymptotisch zu akzeptieren.

Um die Pflöcke in der österreichischen Grundrechtslandschaft mag sich damit ein immer dichteres Rankengeflecht bilden. Ein Lattenzaun wird das nicht. Der etablierte freiheitsrechtliche Grundrechtsschutz bleibt damit notwendig *insuffizient*.

77 Auf regionaler Ebene tut eine Tendenz in der Rechtsprechung des EGMR, im Bereich der Zusatzprotokolle zuweilen die Konventionsstaaten auch auf Garantien zu verpflichten, die nicht im Ratifikationsweg akzeptiert wurden (vgl zuletzt etwa für Russland EGMR 29. 10. 2015, 44095, A.L. (X.W.)/Russia Rz 64: „In view of Russia's unequivocal undertaking to abolish the death penalty, partly fulfilled through an initially de facto moratorium that was subsequently confirmed de jure by the Constitutional Court, the Court considers that the finding made in the case of Al-Saadoon and Mufdhi – namely that capital punishment has become an unacceptable form of punishment that is no longer permissible under Article 2 as amended by Protocols Nos. 6 and 13 and that it amounts to 'inhuman or degrading treatment or punishment' under Article 3 [...] – applies fully to Russia, even though it has not ratified Protocol No. 6 or signed Protocol No. 13. Russia is therefore bound by an obligation that stems from Articles 2 and 3 not to extradite or deport an individual to another State where there exist substantial grounds for believing that he or she would face a real risk of being subjected to the death penalty there.“), das Übrige.

78 VfSlg 19.632/2012; dazu nur Potacs, Das Erkenntnis des VfGH zur Grundrechte-Charta und seine Konsequenzen, in Baumgartner (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht (2013) 11, Pöschl, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZöR 2012, 587, Gamper, Wieviel Kosmopolitismus verträgt eine Verfassung, JBl 2012, 763, und Holoubek, Das Verhältnis zwischen europäischer Gerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtshof, in Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen, in Grabenwarter/Vranes (Hrsg), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen (2013) 157; sowie aus der neueren Literatur Müller, An Austrian Ménage à Trois : The Convention, the Charter and the Constitution, in Ziegler ea (Hrsg), The UK and European Human Rights: A Strained Relationship (2015) 299.

79 Welche auch immer das sein mögen – vgl in diesem Zusammenhang insb auch die Diskussion bei Alexy, Theorie 324 f.

80 Vgl dazu etwa Letsas, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights (2007) 126 ff; sowie ders, Strasbourg's Interpretative Ethic: Lessons for the International Lawyer, EJIL 2010, 509 (538 ff).

81 Vgl zum Recht auf Achtung des Privatlebens erneut VfSlg 19.662/2012 sowie zum Schutz der persönlichen Freiheit insb bereits VfSlg 3104/1956: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (Erk. Slg. 872, 1207 u. a.) bezieht sich der Schutz der Freiheit der Person, wie [er] sich aus dem Wortlaut des Art. 8 StGG. über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger im Zusammenhalt mit dem Gesetze vom 27. Oktober 1862, RGBl. Nr. 87, ergibt, nur auf die körperliche Freiheit der Person. Er bezieht sich jedoch nicht auf die durch ein bloßes Verbot herbeigeführten Beschränkungen der Handlungsfreiheit. Bei anderer Auslegung wären die übrigen Bestimmungen des StGG. überflüssig.“ – dazu etwa Ress, Das subjektive öffentliche Recht, in FS Antonioli (1979) 105 (119 f) sowie insb auch Pöschl/Kahl, Die Intentionalität – ihre Bedeutung und Berechtigung in der Grundrechtsjudikatur, ÖJZ 2001, 41 (44).

F. Supplierung

Die Frage drängt sich auf, ob das für den Grundrechtsschutz insgesamt gilt: *Richard Novak* hat bekanntlich die Position entwickelt, das Sachlichkeitsprinzip des Gleichheitssatzes diene als „Ersatz für die in der österreichischen Grundrechtsordnung fehlende allgemeine Handlungsfreiheit“.⁸² Diese „Supplierungsthese“ ist dem Ergebnis nach bestechend.

Soweit sie aber das gleichheitsrechtliche Instrumentarium gegen den Gesetzgeber richtet, könnten zunächst übersehen werden, wie wirkmächtig es zur Bewältigung der hier aufgeworfenen Probleme auf Vollziehungsebene eingesetzt werden kann: Mit Blick auf „Subtraktions-“, und „Legalitätsthese“ können die verbliebenen losen Enden ohne Weiteres in der gleichheitsrechtlichen Dogmatik verknüpft werden. Denn es mag zwar zutreffen, dass, wie *Kelsen* und *Alexy* in seltener Einmütigkeit betonen, „[d]as Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit [...] nur [fordert], was ohnehin gilt, wenn Rechtsnormen gelten“,⁸³ weil es letztlich „nur statuiert, daß Normen normgemäß anzuwenden sind.“⁸⁴ Doch wird die Freiheit, als „Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“, wie sie *Jellinek* ausweist,⁸⁵ positivrechtlich erst über den Gleichheitssatz bewehrt, der den Legalitätsanspruch der negativ determinierten Freiheitssphäre des Individuums subjektiv-rechtlich übersetzt:⁸⁶ Eine Rechtsordnung, die Gleichheit *vor dem Gesetz* sicherzustellen trachtet, muss das Gesetz selbst als unbedingte Richtschnur des Handelns ihrer Organe begreifen⁸⁷ und damit Willkür als „Auflehnung gegen die Idee des Rechts“⁸⁸ unterbinden.⁸⁹ Ähnlichkeiten zwischen dieser grundlegenden Anforderung und dem Kern der gleichheitsrechtlichen Prüfungsformel des VfGH⁹⁰ sind damit keineswegs zufällig ...

Will die Rechtsordnung *jenseits* dessen Gleichheit *im* Gesetz gewährleisten, muss sie, und das führt zurück zur „Supplierungsthese“, darüber hinausgehen und das Individuum, dessen Rechte und Pflichten sie gestaltet, in seiner *Geworfenheit* ansprechen.⁹¹

G. Egalität

Magdalena Pöschl wiederum hat, in Anlehnung an *Alexander Somek*,⁹² dieses Anliegen damit umschrieben, das Individuum in seinem *So-Sein* zu akzeptieren, um damit zum Ausdruck zu bringen, der Gleichheitssatz sei grundlegend als Diskriminierungsschutz auf Merkmale bezogen, die die

82 *Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht (1988), JBl 1992, 477 (482); vgl idS auch etwa *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 142, *Potacs*, Grundrechtsschutz für motorisierten Individualverkehr in Österreich? ZfV 1994, 553 (555), oder *Storr*, ZfV 2009, 532; vgl auch *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang (2004) 51 f; *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten ea* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 14 Rz 38 spricht allgemein von einem „Substitut für Freiheitsrechte“.

83 *Alexy*, Theorie 358.

84 *Kelsen*, Rechtslehre² 146.

85 *Jellinek*, System 103.

86 Vgl dazu auch *Kirchhof*, Objektivität und Willkür, in FS Geiger (1989) 105 ff.

87 Der Grundanforderung, wenn auch nicht der Ausformung vergleichbar das Konzept der „rule of law as a law of rules“ – *Scalia*, The Rule of Law as a Law of rules“, the University of Chicago Law Review 1989, 1175.

88 *Jhering*, Der Kampf ums Recht (1872 [Nachdruck 2003]) 18.

89 Dazu bereits *Berka*, Der Freiheitsbegriff des „materiellen Grundrechtsverständnisses“, in FS Schambeck 1994, 339 (346-347) sowie *Pöschl*, Gleichheit 583.

90 Vgl zur etablierten Prüfungsformel allein aus der neueren Rsp etwa VfGH 2.3.2016; E 1688/2015, 20.11.2015; E 857/2015; oder 25.6.2015, E 473/2015. Zur Frage der Gesetzlosigkeit behördlichen Handelns als Willkür vgl aus der neueren Rsp insb VfGH 11.6.2014, B 960/2012 – näher zu alldem *Bezemek*, Gleichheitssatz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 228 (247 ff); sowie *Pöschl* in *Merten ea*, § 14 Rz 79 ff. Für die aus Art 83 Abs 2 B-VG resultierenden Anforderungen an das Vollzugshandeln, die zuweilen vergleichbare Konsequenzen zeitigen können vgl etwa VfSlg 13.925/1994 sowie aus der neueren Rsp etwa VfGH 12.3.2014 B 634/2013. Dazu bereits *Ress* in FS Antonioli 119 f; sowie aus der neueren Literatur *Schulev-Steindl*, Rechte 361 f.

91 Wie auch die folgende Terminologie angelehnt an *Heidegger*, Sein und Zeit¹⁹ (Nachdruck 2006) § 39.

92 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung (2001) insb 25 ff sowie 372 ff.

Einzelne nicht abstreifen könne oder die abzustreifen ihr nicht zumutbar sei.⁹³ Ich möchte an dieser Stelle weiter gehen und vorbringen, dass der Gleichheitssatz mit der Rechtsprechung neben diesem Schutz des *So-Seins* einen allgemeinen Schutz des *Da-Seins* der Einzelnen birgt,⁹⁴ der sie in ihrer gesamthaften Individualität umfasst und damit dem Staat die Rechtfertigungslast auferlegt, sollte er die Entfaltung dieser Individualität, sollte er das *Leben* des *Da-Seins* beschränken: Denn ebenso wie die Dogmatik des Gleichheitssatzes das Individuum nicht als bloßes Datum ansetzt, hat sie auch Individualität nicht als bloßes Datum anzusetzen. Das etwa kommt zum Ausdruck, wenn der VfGH in einem Erkenntnis aus 2012 absolute Bettelverbote (Stichwort: „Akkreszenz“) zwar auch als mit der Meinungsfreiheit unvereinbar erachtet,⁹⁵ grundlegend aber festhält,

„[E]in ausnahmsloses Verbot, als ‚stiller‘ Bettler den öffentlichen Ort zu nutzen, grenz[e] ohne sachliche Rechtfertigung bestimmte Menschen davon aus, öffentliche Orte wie andere zu ihrem selbstgewählten Zweck zu nutzen und verst[öße] daher gegen den Gleichheitsgrundsatz.“⁹⁶

Die so betonte Egalität der Zwecksetzung als Gleichberechtigung im Lebensentwurf würdigt das Individuum in seiner *Uneigentlichkeit*,⁹⁷ in (und ob) der Potentialität, aus der heraus es sich entwerfen kann.⁹⁸ Sie setzt Freiheit „to choose, and not to be chosen for“ als Zweck an sich, als „inalienable ingredient in what makes human beings human“⁹⁹ und begreift die Einzelne konsequent nicht nur als *gleich* in der *Freiheit*,¹⁰⁰ sondern auch und insb als *frei* in der *Gleichheit*.¹⁰¹

VI. Allgemeine Handlungsfreiheit als Gleichberechtigung im Lebensentwurf

Mit „Supplierung“ hat das freilich wenig zu tun, weil der Sache nach gar nichts vertreten wird. Vielmehr übersetzt die so skizzierte „Egalitätsthese“,¹⁰² dem Anspruch der Gesetzgebung gegenüber das, was im Sinne der Subtraktions- und Legalitätsthese mit Hilfe des Gleichheitssatzes der Vollziehung gegenüber katalysiert wird: Sie hindert, wie es bereits *Michael Holoubek* betont hat,¹⁰³ die Willkür des Gesetzgebers zulasten der Entfaltungsfreiheit der Einzelnen,¹⁰⁴ gerade wenn diese trotz Addition und Akkreszenz nicht durch eine distinkte Freiheitssphäre abgesichert ist.¹⁰⁵

93 *Pöschl*, Gleichheit insb 458 ff.

94 *Heidegger*, Sein und Zeit¹⁹ (Nachdruck 2006) §§ 9–13.

95 Dazu bereits *Bezemek*, Einen Schilling zum Telefonieren ... Bettelverbote im Lichte freier Meinungsäußerung, JRP 2011, 279.

96 VfSlg 19.662/2012; näher dazu insb *Vašek*, Verwaltungsrechtliche Bettelverbote – grundrechtliche Fragen: Anmerkungen zu VfGH G 155/10 und G 132/11 vom 30. Juni 2012, ZfV 2013, 21 (24 f).

97 *Heidegger*, Sein¹⁹ § 27.

98 In diese Richtung bereits *Holoubek/Bezemek*, Die Grundrechte, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Selbstverantwortung versus Solidarität im Wirtschaftsrecht (2014) 61 (70).

99 *Berlin*, Essays LX; vgl insb auch *Raz*, The Morality of Freedom (1986) 190.

100 Vgl nur *Pöschl*, Gleichheit 584 mwN.

101 Insoweit ist „die Gleichheit“, wie es *Somek*, Rationalität und Diskriminierung (2001) betont hat auch und insb „das Freiheitsrecht der sozial Schwachen“. Diesen Anspruch in Ansehung des staatsbürgerrechtlichen Charakters des Gleichheitssatzes zu diminuieren, ist mit dem Sachlichkeitspostulat des Gleichheitssatzes nicht in Einklang zu bringen – *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 366.

102 Dazu insb *Holoubek*, in *Korinek/Holoubek ea* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 7 B-VG Rz 56 ff (in Druck).

103 *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 367.

104 Vgl dazu insb auch *Kirchhof* in FS Geiger 101 ff.

105 Dass der so verstandene gleichheitsrechtliche Schutz ein gewisses Trägheitsmoment bedingt, insofern „auch ein Stück status quo-Sicherung in den freiheitlichen Gesamtzustand“ getragen wird (*Alexy*, Theorie 346), steht dabei mit der Rechtsprechung des VfGH zum fehlenden Schutz des Vertrauens auf den Fortbestand der geltenden Rechtslage, die ja betont, es könne „keine Rede davon sein, daß jede Veränderung, insbesondere auch Verschlechterung einer Rechtslage, auf welche Normadressaten vertrauen, alleine deshalb schon [!] gleichheitswidrig wäre“ jedenfalls nicht in Widerspruch.

Obsolet werden in dieser liberalen Ausformung des Gleichheitssatzes die freiheitsrechtlichen Einzelgewährleistungen, deren sachliche Extension, deren Gewicht und deren spezifischer Schutz ja unangetastet bleibt,¹⁰⁶ nicht.¹⁰⁷ Schon eher scheinen mit dem egalitären Verständnis gleichberechtigter Lebensentwürfe jene Verstreubungen gefunden, die die zuvor beschriebenen Einzelpflöcke zu einer Umgrenzung der allgemeinen Schutzsphäre der Einzelnen vervollständigen, indem sie den Rechtsetzer, sofern er die Entfaltungsmöglichkeiten des Individuums beschränkt (wenn auch in großzügiger Ausformung),¹⁰⁸ nach der Verhältnismäßigkeit seiner Anordnungen vor dem Hintergrund der von ihm verfolgten Zielsetzungen befragen.¹⁰⁹

Der Gleichheitssatz greift damit als „Auffanggrundrecht“¹¹⁰ gerade in Konstellationen, in denen nicht gesichert ist, ob den Anforderungen an eine qualifizierte Persönlichkeitsentfaltung Genüge getan wird;¹¹¹ eben in der „Mannigfaltigkeit der Situationen“¹¹², auf die sich das Individuum hin entwirft: darunter die (öffentliche)¹¹³ Ausübung der Prostitution,¹¹⁴ Mountainbiking,¹¹⁵ Windsurfen¹¹⁶ oder das Autofahren ohne Sicherheitsgurt;¹¹⁷ samt und sonders Aktivitäten, deren Einschränkung durch den Gesetz- oder Ordnungsgeber, gleich der der Bettelei,¹¹⁸ in der Rechtsprechung des VfGH an den Sachlichkeitsanforderungen des Gleichheitssatzes gemessen wurde.

106 So bereits, wenn auch auf Basis einer abweichenden Konstruktion, *Merli*, Die Allgemeine Handlungsfreiheit (2. Teil), JBl 1994, 309 (317 f).

107 Vielmehr zeigt sich im gegenständlich entworfenen Modell eine konsequente Verdichtung des grundrechtlichen Schutzes vom hier in den Vordergrund gerückten Randbereich des Schutzes autonomer Lebensgestaltung über die gleichheitsrechtlich verpönten Diskriminierungsmerkmale zu gesondert freiheitsrechtlich abgesicherten Momenten der Persönlichkeitsentfaltung des Individuums und seiner selbstbestimmten Lebensführung hin zum Integritätsschutz durch Fundamentalgarantien – vgl dazu bereits *Holoubek/Bezemek* in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 70 f).

108 *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 366 f.

109 Dazu nur *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72.

110 *Holoubek*, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte (1997) 23. So auch insb *Storr*, ZfV 2009, 532.

111 Vgl oben I.

112 *Humboldt*, Ideen 22.

113 Vgl VfSlg 8272/1978: „Sexualverhalten, das nicht öffentlich in Erscheinung tritt, zählt jedenfalls zur Privatsphäre des Menschen. Insoweit Art. 8 Abs. 2 MRK staatliche Eingriffe in diese Sphäre nicht erlaubt, hat jedermann Anspruch auf Achtung dieser Sphäre, sie ist ihm – im Hinblick auf den Verfassungsrang der Konvention [...] – insoweit auch gegenüber dem Gesetzgeber gewährleistet. In diese Sphäre fällt auch die in der Öffentlichkeit nicht in Erscheinung tretende geschlechtliche Hingabe und es gilt das selbst dann, wenn sie um einer bedungenen Entlohnung willen erfolgt und sich demnach als Prostitution i. S. [einschlägiger landesrechtlicher Bestimmungen] darstellt.“

114 VfSlg 13.363/1993; vgl bereits zuvor VfSlg 11.926/1988.

115 VfSlg 12.998/1992.

116 VfGH 22.11.2012, V 120/11.

117 VfSlg 11.917/1988: „Die mit der gegenständlichen Regelung normierte, dem Schutz vor bestimmten, für den Straßenverkehr typischen Gefahren dienende Verpflichtung trifft nur Personen, die sich diesen Gefahren durch eine bestimmte Form der Teilnahme am Straßenverkehr aussetzen. Deren Dispositionsfreiheit [...] (Entscheidung für eine bestimmte Form der Teilnahme am Straßenverkehr) wird durch diese Verpflichtung weder beseitigt noch inhaltlich (zB auf bestimmte Zeiträume) beschränkt; die Verpflichtung bezieht sich vielmehr nur auf eine Modalität der Ausübung dieser Dispositionsfreiheit. Sie belastet ihrer Art und Intensität nach den Verpflichteten nur in einem an sich geringen, die Grenzen des Zumutbaren keineswegs überschreitenden Ausmaß. Angesichts all dessen kann sie nicht als unverhältnismäßig angesehen werden.“

118 Vgl dazu wiederum VfSlg 19.662/2012; sowie insb auch noch VfSlg 19.665/2012.

VII. Weil sie letztinstanzlich entscheiden ...

Die eingangs vermittelte Befürchtung hinsichtlich der Defizienz des österreichischen Grundrechtsbestandes ist damit – an sich – nicht berechtigt. Gerade deshalb aber ist es bedauerlich, dass es der VfGH im Ausgangsfall, der sich nahtlos in die Reihe der genannten Konstellationen einfügt, unterlassen hat, dem Wunsch der Beschwerdeführer nach einer Leitentscheidung zu entsprechen und auf Basis seiner Vorjudikatur die persönliche Entfaltungsfreiheit unter dem Gleichheitssatz klarer zu konturieren;¹¹⁹ zumal eine minder straffe Begründung nicht notwendigerweise ein anderes Ergebnis gebracht hätte.

So aber bleiben Zweifel und nur die Gewissheit, die *Robert Jackson* auf den Punkt gebracht hat: dass nämlich Höchststrichterinnen und Höchststrichter „nicht letztinstanzlich entscheiden, weil sie immer recht haben, sondern immer recht haben, weil sie letztinstanzlich entscheiden“.¹²⁰

119 Zur grundlegenden Äquivalenz der materiellen Schranken ortspolizeilicher Verordnungen und jener der Gesetzgebung nur *Ranacher*, Das ortspolizeiliche Verordnungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung RFG 2004, 161 (164), der darauf hinweist, dass „sich die Verhältnismäßigkeitskontrolle ortspol V auch als Ausdruck der in stRsp anerkannten Bindung des Ordnungsgebers an das aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG abgeleitete allg Sachlichkeitsgebot erfassen“ lässt.

120 *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540: „We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.“

Jurisdiction over Consumer, Employment, and Insurance Contracts under the Brussels I Regulation Recast

Enhancing the Protection of the Weaker Party

Aleš Galič*, University of Ljubljana

Abstract: *This article aims to present and critically assess the changes which the Recast Brussels I Regulation brought to the protective regime for the weaker parties. Although these changes are not as far-reaching as in other fields, they are nevertheless important. The most significant changes concern the limited extension of the scope of applicability against defendants from third states and jurisdiction based on the entering of an appearance. Although these changes improve the procedural protection of the weaker parties in principle, some new dilemmas arise, which are liable to jeopardize certainty and predictability of the jurisdictional regime.*

Keywords: *Brussels I Regulation; international jurisdiction; weaker parties; jurisdiction agreement; recognition and enforcement.*

I. Introduction

Parties that are regarded as weaker from the socio-economic point of view in a contractual relationship must be offered adequate protection not only in substantive but also in procedural law.¹ The latter also extends, although not exclusively, to the requirement that such parties should be protected by the rules of jurisdiction more favourable to their interests than the general rules. The Brussels I Regulation contains three special sections establishing a protective jurisdictional regime: for policyholders and other beneficiaries under insurance contracts (Section 3), for individual contracts of employment (Section 5 of Chapter II), and for (certain categories of²) consumer contracts (Section 4). The system of protection introduced in these sections of the Brussels I Regulation is based on the idea that these parties are in a weaker position vis-à-vis the other party to the contract (insurers, employers, or traders), regarding their bargaining power, the cost

* Dr. Aleš Galič is Full Professor of Civil Procedure and International Private Law at the University of Ljubljana, Slovenia.

1 Cf. Vesna Lazić, *Procedural Justice for “Weaker Parties” in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme*, UTRECHT LAW REVIEW, Nov. 2014, 100; Giuliano and Lagarde Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ C 282, 31. 10. 1980, 1.

2 Pursuant to Art. 15 of the Brussels I Regulation (now Art. 17 of the Brussels I Recast), procedural protection for consumers only applies if “(a) it is a contract for the sale of goods on instalment credit terms; or (b) it is a contract for a loan repayable by instalments, or for any other form of credit made to finance the sale of goods; or (c) in all other cases, the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer’s domicile or, by any means, directs such activities to that Member State [...]”

risk of litigation, their level of knowledge, and access to legal information and advice.³ These parties should not be discouraged from suing by being compelled to bring action before the courts in the Contracting State in which the other party to the contract is domiciled.⁴ Pursuing a claim in a foreign jurisdiction would rarely be a realistic option for a weaker party – due to the higher cost risk, the loss of time due to travel, unfamiliarity with the foreign court and law system, as well as the language of the proceedings. Thus the right of access to court would remain guaranteed on a purely theoretical level only; it would, however, be ineffective in practice. *Mutatis mutandis*, the same reasoning applies to the weaker party who must act as a defendant in a foreign jurisdiction. Defending a claim in a foreign jurisdiction is usually unrealistic for a consumer, employee, or the insured.

The legal framework of protection concerning consumer and insurance contracts was established already in the 1968 Brussels Convention.⁵ However, individual employment contracts were ignored in the mentioned Convention,⁶ consequently subjecting them to the general rules and to the special rule on contractual obligations. Certain steps towards better protection of employees were taken in the case law of the CJEU⁷ and, later, in the 1989 amendment to the Brussels Convention.⁸ The protection of employees was further extended in the Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, which further elaborated the system applying to consumer and insurance disputes.

On 10 January 2015 the Brussels I Regulation Recast (Regulation No. 1215/2012⁹) entered into force, marking the implementation of the long-awaited reform of the Brussels regime. Certain changes adopted through this reform also affect the protective jurisdictional regime for the weaker parties.

The special protective jurisdictional regime consists of three main elements: (1) additional and favourable bases for jurisdiction are available for the weaker party when he acts as the claimant, such as the place of the claimant's domicile in consumer and insurance disputes or the place where the employee habitually carries out his work in individual labour disputes; (2) a restriction prescribing that the weaker party, when in the position of a defendant, may only be sued in the place of his domicile; (3) the possibility for the parties to enter a jurisdiction agreement departing from the aforementioned jurisdictional regime is significantly restricted.

3 E.g., High Court – Queen's Bench Division (UK) 7. 11. 2005 – [2005] EWHC 2115 – The Channel Tunnel Group Ltd & Ors. See also PETER STONE, EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW (2010) 123, *Giuliano and Lagarde* Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ C 282, 31. 10. 1980, 1.

4 For consumer disputes see, e.g. CJEU 19. 1. 1993, C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton*; for a comprehensive overview of the CJEU's case law concerning jurisdiction in labour disputes, see the Opinion of AG Trstenjak delivered on 16 December 2010 in C-29/10, *Heiko Koelzsch/Luxembourg*, paras. 53–58. The case relates to the determination of the applicable law for labour contracts, but the findings are equally relevant for the issue of jurisdiction. For disputes relating to insurance contracts, see CJEU 13. 7. 2000, C-412/98, *Group Josi/UGIC*.

5 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299, 31. 12. 1972, 32–42.

6 At that time it was expected that international labour law would be subject to regulation in a separate convention, however this plan has never materialised. See Abbo Junker, *Arbeitsverträge im Internationalen Privat- und Prozessrecht*, in Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag 293, 296 (Burkhard Hess et al. eds., 2014).

7 CJEU 26. 5. 1982, C-133/81, *Ivenel/Schwab*.

8 The Convention, signed in San Sebastian on 26 May 1989, upon the accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters.

9 Official Journal of the European Union, 20 December 2012, L 351/1.

II. The Extension of Territorial Scope: Defendants from Third States

As a rule, the 44/2001 Brussels I Regulation was applicable only if the defendant was domiciled in an EU Member State. If an action was filed against a third-state defendant, the court in a Member State determined its international jurisdiction on the basis of the national law of this State. This principle remains in force also after the Recast. However, it no longer applies to jurisdiction over consumer contracts and individual contracts of employment (Arts. 6, 18(1), 21(2)). Employees and consumers can thus rely on the protection offered by the Brussels I Regulation in disputes with employers and traders from third states (Arts. 6, 18(1), 21(2)).¹⁰

This additional protection applies only to consumers and workers when they are in the position of a claimant. On the contrary, consumers and employees from third states, when they are in the position of a defendant, do not fall within the scope of the Brussels I regime. A trader or an employer from an EU Member State can still rely on the jurisdiction rules in the national law of the forum state in the proceedings against employees or consumers from third states. Nor does the discussed extension of the territorial scope of the Regulation apply to disputes arising from insurance contracts.

The extension of the applicability of the Brussels I regime to third-state defendants could also produce detrimental effects to the weaker party. For instance, some national laws provide for even more claimant-friendly rules on international jurisdiction.¹¹ This concern, which is not particularly relevant for consumer disputes, is much more relevant for disputes relating to employment contracts. Here the protective jurisdictional rule in the Brussels I Regulation (now Art. 21(2)) does not go as far as to establish a proper *forum actoris*.¹² Rather, the place where the employee habitually carries out his work is where an action can be brought.¹³ In most cases, this place will correspond to the place of the employee's domicile, but not necessarily. In addition, unlike in consumer cases, most national laws of the EU Member States have traditionally contained special protective rules of jurisdiction over employment contracts.¹⁴ Often these rules are considerably more employee-friendly than those determined in the Brussels I Regulation. They offer jurisdictional bases such as *forum actoris* (based on either the nationality or domicile of the employee) or they provide for a jurisdictional basis when at least a part – although not a predominant or even a significant one – of the work was performed within the jurisdiction. Moreover, generally applicable exorbitant bases of jurisdiction could also be invoked, thus enabling the employee to bring a lawsuit in his own country (such as the presence of the defendant's assets within the jurisdic-

10 A certain extension of the applicability of the Brussels I regime towards defendants from third states was achieved already in the previous Regulation – but only where these had a branch, agency, or other establishment in one of the Member States and the dispute arose from the operation of this branch, agency, or other establishment (Art. 18/2 and Art. 15/2). In such cases, the defendant was deemed to be domiciled in that Member State.

11 Peter Mankowski, in *EUROPÄSCHES ZIVILPROZESS- UND KOLLISIONSRECHT – KOMMENTAR, BRUESSEL IA-VO Art. 21 Brüssel Ia-VO Rz 72* (Thomas Rauscher ed., 2016); Sandrine Giroud, Niklaus Meier & Rodrigo Rodriguez, *Le règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une nouvelle convention de Lugano?* in *LE NOUVEAU RÈGLEMENT BRUXELLES I BIS* 419, 430 (Emmanuel Guinchard ed., 2014).

12 See also *id.* Art. 21 Brüssel Ia-VO Rz 72.

13 Due to the CJEU's extensive construction of the "habitual place of work" by the (CJEU 15. 3. 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch/État du Grand-Duché de Luxembourg*), the second alternative in Art. 21(1) – jurisdiction in the place of the engaging business – has lost its practical significance.

14 See Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, Accompanying Document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Brussels, 14. 12. 2010 SEC(2010) 1547 final, 22 and 62–63, available at: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/sec_2010_1547_en.pdf (last visited 3. 1. 2016).

tion). Hence, if Art. 21(2) of the Brussels I Recast is interpreted as eliminating and replacing the national laws of the Member States, an employee whose habitual place of work is not in the EU (and who was not engaged by a business situated in an EU Member State) can no longer establish the jurisdiction of *any* court in the EU against an employer without a domicile or a deemed domicile in the EU.

Some authors submit that the Articles 18(1) and 21(2) of the Recast Brussels I Regulation merely lay down additional bases (an EU-wide “minimum standard”) for jurisdiction against third-state defendants, without abolishing the possibility for the employees to invoke broader jurisdiction rules in the national law.¹⁵ The opposite view is that national rules of jurisdiction do not apply if the matter falls within the scope of Arts. 18(1) or 21(2).¹⁶

Some authors believe that the wording in Arts. 17 and 20 – that the jurisdiction norms in the chapters concerning consumers and employees are “*without prejudice to Article 6*” – leaves no doubt that national jurisdiction rules can still be relied on as stipulated in Art. 6.¹⁷ However this is not the case. The reference to Art. 6 in Arts. 17 and 20 of the Brussels I Recast indeed means that this Article remains applicable also in consumer and labour disputes. Yet the problem is that there is now a certain restriction of the scope of its applicability in Art. 6. Article 6(1) reads as follows: “If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, *subject to* (emphasis added) Articles 18(1), 21(2) [...] be determined by the law of that Member State.” Articles 18 and 21 contain jurisdiction rules for disputes against non-EU based traders and employers. So the decisive question concerns the relation, in light of the phrase “*subject to*”, between Art. 6, on the one hand, and Arts. 18(1) and 21(2), on the other. It could represent an exception to the general rule that a non-EU based defendant can be sued pursuant to national jurisdiction rules. Yet it can also be construed as providing merely for an additional option for the claimant. In any case, the grammatical interpretation calls primarily for construction of the wording “*subject to Art. 18(1), 21(2)*” in Art. 6(1) and not merely the wording “*without prejudice to Art. 6*” in Arts. 17 and 20.

One should look for answers concerning this interpretation in the legislative history. One of the most ground-breaking amendments of the Commission’s first Draft Proposal of the Brussels I Recast was the extension of all rules of jurisdiction to defendants domiciled in third states.¹⁸ This controversial plan was rejected by most member states and it was agreed to extend merely some

15 Miriam Pohl, *Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle*, 33 IPRAX, 109, 109–114 (2013), Tanja Domej, *Die Neufassung der EuGVVO – Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht*, 78 RABELSZ, 508, 523 (2014); Florian Scholz, *Alles neu im Europäischen Zivilprozessrecht?* 26 ECOLX, 4, 5 (2015); Andrea Bonomi, *Jurisdiction over Consumer Contracts*, in THE BRUSSELS I REGULATION RECAST 213, 230 (Andrew Dickinson & Eva Lein eds., 2015).

16 Paul Vlas, in EUROPEAN COMMENTARIES ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, VOLUME I, BRUSSELS I/IS REGULATION Art. 6 Brussels Ibis Regulation Rz 1 (Ulrich Magnus & Peter Mankowski eds., 2016); Mankowski, *supra* note 11, Art. 20 Brüssel Ia-VO Rz 2, Art. 21 Brüssel Ia-VO Rz 72; Giroud, Meier & Rodriguez, *supra* note 11, 430–432; Hélènevan Lith, *Jurisdiction – General Provisions*, in THE BRUSSELS I REGULATION RECAST 113, 124 (Andrew Dickinson & Eva Lein eds., 2015); Beatriz Campuzano Diaz, *Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: Análisis de la reforma*, REVISTA ELECTRONICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES, Dec. 2014, 16 et seqq. available at: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4956064.pdf (last visited 15. 1. 2016).

17 Pohl, *supra* note 15, 111; Domej, *supra* note 15, 523; Scholz, *supra* note 15, 5. On the contrary, some authors believe that the grammatical interpretation clearly leads to exactly the opposite result: Giroud, Meier & Rodriguez, *supra* note 11, 430–432.

18 Brussels, 14. 12. 2010 COM(2010) 748 final 2010/0383 (COD) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast).

of the existing jurisdiction rules. Commentators agree that this was a compromise solution.¹⁹ A document of the Danish Presidency of the EU, adopted in January 2012 (thus in the time, when the mentioned compromise was being negotiated), discusses four options.²⁰ Besides the full harmonisation and the maintenance of the status quo, two possible compromise solutions are mentioned. One is the so-called “minimum harmonisation”, which would extend the jurisdiction rules of the Brussels I Regulation to disputes involving third-state defendants, but at the same time allow the national rules on jurisdiction to apply to the extent that they provide further access to national courts.

Another alternative (that had, as the document states, not yet been addressed in the negotiations) could be to extend the jurisdiction rules of the regulation to particular types of disputes involving third-state defendants (“partial harmonisation”).²¹ If these were the only available options, it was obviously the “partial harmonisation” that was finally adopted. Of course, it cannot be ruled out that in the later stages of negotiations yet another option finally prevailed. Unfortunately “the public track” as to what exactly was negotiated during the final year of recasting the Brussels I is blurred.²² In a document adopted on 18 October 2012, the European Parliament’s Committee on legal affairs rejected the Commission’s proposal for full harmonisation and stated “[...] *it is therefore proposed that rules be included in the Regulation to introduce only a partial reflexive effect for disputes in the field of employment, consumer and insurance contracts, in order to protect the weaker party in those situations.*”²³

The finally adopted solution has nothing to do with a “reflexive effect”. Nevertheless this document enables an insight into what was a very controversial issue at that point: the question of whether in “external relations” the EU protective rules for weaker parties should also protect non-EU domiciled employees and consumers (which was one of the Commission’s proclaimed goals in its initial proposal).²⁴ This idea of “reflexive effect” was deliberately rejected in the end.²⁵ It is therefore possible that the inclusion of reference to Art. 6 in Arts. 18 and 20 was intended to prevent the Regulation’s “reflexive effect” in favour of non-EU based employees and consumers. The debate in the EU Parliament on the adoption of the proposed text did not address the issue either – although the extension of the applicability of certain jurisdiction rules vis-à-vis third-state

19 Vlas, *supra* note 16, Art. 6 Brussels Ibis Regulation Rz 4; Andrew Dickinson, *Background and Introduction to the Regulation, in THE BRUSSELS I REGULATION RECAST* 1, 12 (Andrew Dickinson & Eva Lein eds., 2015); Mankowski, *supra* note 11, Art. 6 Brüssel Ia-VO Rz 7, Campuzano Diaz, *supra* note 16, 17.

20 Discussion Paper – Informal Justice and Home Affairs Ministers’ Meeting Copenhagen 26–27 January 2012 Session I (Justice) Brussels I-Regulation Access to Union courts in civil cases with third country defendants, Ministry of Justice, available at: http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/2012/Discussion_paper_4_Brussels_I-Regulation.pdf (last visited 3. 8. 2016).

21 *Ibidem*; See also Christian Rauscher, *Die Brüssel I Verordnung und ihre Reform, in EUROPÄISCHES ZIVILVERFAHRENSRECHT IN ÖSTERREICH III – 10 JAHRE BRÜSSEL I-VERORDNUNG* 1, 7 (Bernhard König & Peter G. Mayr eds., 2012).

22 The text, which in relevant parts corresponds to the finally adopted Regulation, is first included in the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) – First reading, Brussels, 1 June 2012, 10609/12 ADD 1 JUSTCIV 209 CODEC 1495, available at: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010609%202012%20ADD%201> (last visited 15. 8. 2016).

23 Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), (COM[2010]0748 – C7-0433/2010 – 2010/0383[COD]), 15 October 2012, Committee on Legal Affairs.

24 See, e.g. Beate Gsell, *Entwicklungen im Europäischen Verbraucherzuständigkeitsrecht – Reform der EuGVO und Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal des “Ausrichtens” in Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVO*, 127 ZEP, 431, 437 (2014).

25 See *id.* at 437, Carla M. Gulotta, *L’estensione della giurisdizione nei confronti dei datori di lavoro domiciliati all’estero: il caso Mahamdia e il nuovo regime del regolamento Bruxelles I-bis.*, 49 RDIPP 619 (2013).

defendants was discussed.²⁶ In addition, the press release of the Council of the EU accompanying the adopted Brussels I Recast stated that “*no national rules of jurisdiction may be applied any longer by Member States in relation to consumers and employees domiciled outside the EU.*”²⁷ Perhaps this offers a glimpse into how the Brussels I Recast was then understood (although erroneously since the extension in the Brussels I Recast applies to non-EU based traders and employers, not consumers and employees). The text of Recital No. 14 does not give answers in this regard either. One would, however, legitimately expect that if such an important change in the concept of the Regulation really was adopted (providing that certain rules of the Regulation apply against non-EU based defendants, although without replacing the national jurisdiction rules), this should at least be indicated in the Recital or framed in clearer terms.

The question, however, arises what is objectively the best possible interpretation. By extending the territorial scope, the Brussels I Recast (as confirmed in Recital 14) intended to enhance the procedural protection of employees (and consumers). It would not be compatible with this purpose if the newly introduced regime meant that employees who habitually carry out work in a non-Member State were no longer able to invoke favourable bases for jurisdiction in the national law of their countries against third-state employers. It is true that doing away with exorbitant jurisdictions in national laws is a desired goal. It would be incoherent, however, if it were exactly the most vulnerable categories of claimants – in contrast to all other possible categories of claimants – who would no longer be able to invoke exorbitant bases of jurisdiction provided for in national laws against non-EU-based defendants. Since there is no provision on “emergency jurisdiction” in the Brussels I Regulation, this could, in extreme cases, lead to the denial of justice for employees domiciled in the EU: non-availability of any court in the EU and no guarantee that any third state will accept jurisdiction (or be able to ensure effective access to court).

Hence, the objective goal of the norm – when it comes to labour disputes – would support the view that national jurisdiction rules can still be relied on although Art. 18(2) provides for an EU-wide uniform rule applicable also against non-EU-based employers. However, the reference to Art. 6 is identical in both Art. 17 and Art. 20 of the 1215/2012 Regulation, thus it applies to consumer disputes as well. Yet, with regard to consumers, the stakes are different. The *forum actoris* of Art. 18(1) ensures that an EU-domiciled consumer will always be able to sue “at home”. There is no need to maintain the possibility for the consumer to invoke exorbitant national jurisdiction rules of any other EU Member States. Thus, the goal of the norm – when it comes to consumers – would support the interpretation that national jurisdiction rules can no longer be invoked in disputes against third-state traders. In addition, the purpose of the (proposed) extension of the applicability of the Brussels I regime towards third-state defendants was not just to protect weaker parties, but also to ensure legal certainty as well as the predictability and transparency of the jurisdictional legal framework and to put EU-domiciled claimants on an equal footing con-

26 Transcripts of the EU parliamentary debate of 19 November 2012, Strasbourg; Available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20121119&secondRef=ITEM-017&language=EN&ring=A7-2012-0320> (last visited 3. 8. 2016).

27 Recast of the Brussels I regulation: towards easier and faster circulation of judgments in civil and commercial matters within the EU, Press Release, Brussels, 6 December 2012, available at: http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-12-483_en.htm (last visited 3. 8. 2016).

cerning access to justice.²⁸ These two aspects speak against the interpretation that national jurisdiction rules can still be invoked.

To conclude, the question whether jurisdiction rules of national laws continue to apply in proceedings brought by EU-domiciled consumers and employees remains controversial and calls for a reference to the CJEU for a preliminary ruling. The legislative history implies that during the negotiations (under growing time-pressure and in quest for a political compromise) on the uniform EU-wide jurisdiction rules in Arts. 18(1) and 21(2) the possibly problematic nature of the newly introduced system, in certain circumstances liable to deprive employees of the level of protection previously enjoyed, has been simply overlooked.

III. The Exhaustive Nature of Jurisdictional Protective Rules

The bases for determining the jurisdiction in disputes relating to employment, consumer, and insurance contracts set out in Sections 3–5 of the Brussels I Regulation are exhaustive. In such disputes it is not possible to invoke the bases for jurisdiction set out in other chapters of the Regulation unless explicitly provided for otherwise. The only exception was foreseen for the applicability of Art. 5(5) (Art. 7(5) after the Recast) which provides for jurisdiction in the place where the branch, agency, or other establishment is situated. This proved to be especially troublesome in labour disputes where employees were prevented from invoking the jurisdiction for co-defendants pursuant to Art. 6 of the Brussels I Regulation when they wished to bring proceedings jointly against two employers. This is becoming increasingly relevant in cases of employment arrangements within a multinational group or in cases of cross-border agency employment (“cross-border triangular employment relationships”). The CJEU confirmed this restriction.²⁹ Thereby it admitted that this might be a shortcoming in the system of the Brussels I Regulation. Nevertheless it must give priority to an interpretation based on the wording of Art. 18, which is unambiguous and does not leave room for a more creative interpretation.³⁰ This result has been subject to heavy criticism in legal literature.³¹ It can hardly be suggested that the Court of Justice should ignore the clear wording of Art. 18; the criticism was (or should be) therefore directed more at the Regulation itself.

The Commission was also aware of this shortcoming and the problem was addressed in the drafting of the new Recast Brussels I Regulation.³² Art. 20 (which corresponds to Art. 18 of Regulation 44/2001) of the new Regulation No. 1215/2012 makes a special reference to the jurisdictional rule for co-defendants. Thus, under the Brussels I Recast it is possible for an employee to

28 Discussion Paper Informal Justice and Home Affairs Ministers' Meeting Copenhagen 26–27 January 2012 Session I (Justice) Brussels I-Regulation Access to Union courts in civil cases with third country defendants, Ministry of Justice, available at: http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/2012/Discussion_paper_4_Brussels_I-Regulation.pdf (last visited 31. 8. 2016)

29 CJEU 22. 5. 2008, C-462/06, *Glaxosmithkline, Laboratoires GlaxoSmithKline/Jean-Pierre Rouard*. Of course, if the employee carries out work for all employees in the same place, a joinder of defendants in one claim is still possible – following the criteria of Art. 19 of the Brussels I Regulation.

30 CJEU 22. 5. 2008, C-462/06, *Glaxosmithkline, Laboratoires GlaxoSmithKline/Jean-Pierre Rouard*.

31 E.g. Sebastian Krebber, *Einheitlicher Gerichtsstand für die Klage eines Arbeitnehmers gegen mehrere Arbeitgeber bei Beschäftigung in einem grenzüberschreitenden Konzern*, 29 IPRAX, 409 (2009); Uglješa Grušić, *Jurisdiction in Employment Matters Under Brussels I: A Reassessment*, 61 ICLQ, 91, 94 (2012).

32 Already in its Report and Green Paper of 21 April 2009, COM(2009), 174 final, at section 3.8.2. and COM(2009) 175 final, at Q.8, the Commission contemplated the possibility of extending jurisdiction over co-defendants pursuant to Art. 6(1) to employment matters.

join co-defendants in a court that has jurisdiction for one of them, provided that the general requirements for such a joinder are met.³³ Only the weaker party (the employee) can benefit from the new rule. Hence, the employer cannot invoke jurisdiction over co-defendants in the event of claims against several employees.

IV. Clarification of the concept of the place where work is habitually carried out

The Regulation provides for jurisdiction regarding claims against the employer in the place where the employee habitually carries out his work. The CJEU has already clarified that where the work is performed in more than one Member State, it is the place in which or from which the employee principally discharges his obligations towards his employer³⁴ or “where, or from which, he in fact performs the essential part of his duties vis-à-vis his employer.”³⁵ In this regard, it is decisive whether an employee has an office in a certain state from which he organises his own work activities or those of his employer and to which he returns after each business trip to another country. If such an office exists, it shall be deemed the habitual place of work.³⁶ If this is not the case, then it must be determined where the employee has established the effective centre of his work activities.³⁷

The Brussels I Recast does not bring any real changes with regard to the presented regime. There is a certain distinction in the wording of the new Article 21(1)b, as it refers to a place where *or from where* the employee habitually carries out his work. Nevertheless, the insertion of the phrase “*or from where*” merely adopts the criterion of the “base”, which has already been firmly established by the CJEU’s case law on Regulation 44/2001 (see *supra*). Therefore, this does not amount to a substantial change but rather a clarification, which also brings the definition in the Brussels I Regulation (essentially) in line with Art. 8 of the Rome I Regulation,³⁸ which lays down a conflict-of-laws rule on the applicable law governing contracts of employment.

Art. 21(1) of the Regulation also enables employees to bring proceedings in the courts of the place where the business that engaged the employee is or was situated if the employee does not or did not habitually carry out his work in any one country. This option is not really favourable for the employee, but rather more for the defendant. It is, hence, not surprising that the CJEU opted for an extensive interpretation of the first option (habitual place of work), thus narrowing the scope of applicability of the second option.³⁹ Since it now seems that it is (almost) always possible to determine the place where the work is habitually carried out (also in the case of employees

33 Pursuant to Art. 8(1) 1215/2012 Regulation, a jurisdiction for co-defendants is available if the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.

34 CJEU 13. 7. 1993, C-125/92, *Mulox IBC Ltd/Hendrick Geels*.

35 CJEU 9. 1. 1997, C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten/Cross Medical Ltd*.

36 *Ibidem*.

37 CJEU 13. 7. 1993, C-125/92, *Mulox IBC Ltd/Hendrick Geels*.

38 Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations.

39 CJEU 15. 3. 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch/État du Grand-Duché de Luxembourg*. The case related to the Rome I Regulation, but its rationale is equally applicable to the Brussels I Regulation; see Alessandra Zanolotti, *Employment Contracts and the Rome Convention, the Koelzsch Ruling of the European Court of Justice*, 3 CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 338 (2011); <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1340> (last visited 31. 8. 2016); see also CJEU 15. 12. 2011, C-384/10, *Jan Voogsgeerd/Navimer SA*.

performing work in different countries, and even in the event in which no proper “base” can be established⁴⁰), questions are raised whether it makes sense at all to still retain the second option as well.⁴¹ Nevertheless, the Recast did not bring any changes in this regard.

V. Jurisdiction based on entering an appearance

A protective jurisdictional regime favourable for the weaker party can only be effective if it is concurrently ensured that the weaker party may not, in principle, contractually agree to another jurisdiction to the detriment of the procedural protection of sections 3-5 of the Brussels I Regulation. Therefore, Arts. 13, 17, and 21 considerably limit the power of the other party to the contract to depart from procedural protection by means of a jurisdiction agreement. Otherwise, looking at the situation realistically (as the CJEU determines in another context⁴²), the weaker party would be exposed to agreeing to terms drawn up in advance by the other party without being able to influence the content of those terms.

When entering into an employment contract, the average worker, consumer, or insured does not give due consideration to the jurisdiction clause that forms a part of the contract, especially in the context of a pre-formulated standard contract. For this reason, jurisdiction agreements (to the detriment of the jurisdictional norms of Sections 3-5) cannot already be included in the contract. Only subsequent jurisdiction agreements (agreements concluded after the dispute has already materialised) are admissible. At this stage even an average worker, consumer, or insured should be attentive as to the determination of the forum for the resolution of disputes and give due consideration to the potential proposal of the other party to enter into a jurisdiction agreement.

It follows from Art. 24 (which corresponds to Art. 26 in the Recast) that if the weaker party enters, as a defendant, an appearance without contesting jurisdiction, the court may not declare the lack of jurisdiction of its own motion if the provisions of Sections 3-5 are not complied with. Entering an appearance in such a manner amounts to a tacit prorogation of jurisdiction, which is also possible in disputes covered by Sections 3-5. In the context of the jurisdictional regime concerning insurance contracts, the CJEU confirmed this finding in *Bilas*.⁴³

A different question, however, is whether in the early stage of proceedings (such as when it serves the claim and instructs the defendant to file a defence plea) the court should forewarn the defendant that the proceedings were brought in a court that lacks jurisdiction and that he may raise a (timely) objection as to the lack of jurisdiction. If such a requirement is not imposed, this can seriously impede the effectiveness of the protective jurisdictional regime. There is no guarantee that certain employers or traders, for example, would not deliberately file actions against workers in courts lacking jurisdiction, counting on the probability that the weaker party, unfamiliar with the protective regime of the Brussels Regulation and not represented by a lawyer, would fail to raise a timely objection about the lack of jurisdiction.⁴⁴ Furthermore, the lack of uniform

40 CJEU 15. 3. 2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch/État du Grand-Duché de Luxembourg*.

41 Uglješa Grušić, *Should the Connecting Factor of the “Engaging Place of Business” be Abolished in European Private International Law?* 62ICLQ, 173 (2013).

42 CJEU 4. 6. 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi*.

43 CJEU 20. 5. 2010, C-111/09, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group/Michal Bilas*.

44 See, e.g., Uglješa Grušić, *Submission and Protective Jurisdiction under the Brussels I Regulation*, 43 CMLR, 947, 953 (2011).

European standards in this respect can result in a different level of effectiveness of procedural consumer protection in those Member States where national law or practice provide for such a forewarning with regard to the lack of jurisdiction⁴⁵ and those Member States where this is not the case.⁴⁶

Although tacit prorogation of jurisdiction may sometimes occur to the undue detriment of the weaker parties who do not have proper access to legal advice, in *Bilas*⁴⁷ the CJEU refrained from requiring a court to instruct the defendant about the consequences of his possible entering an appearance. In the CJEU's view, such an obligation could not be imposed other than by the introduction of an express rule to that effect in the Brussels I Regulation.⁴⁸ When drafting the recast Regulation, the Commission had due regard for these observations of the CJEU. An express rule to the effect of forewarning the consumer, employee, or insured about his right to contest the jurisdiction of the court and the consequences of entering an appearance is now indeed provided for in the new Brussels I Regulation. Pursuant to Art. 26(2) of the new Regulation, the court will need to ensure, before assuming jurisdiction on the basis of a tacit jurisdiction agreement, that information concerning the consequences of entering an appearance without contesting jurisdiction has been provided to the defendant.

In general, the new rule is properly balanced.⁴⁹ On the one hand, it rejected the radical view that jurisdiction based on entering an appearance should not apply to weaker parties at all,⁵⁰ whereas on the other it acknowledged that a certain level of additional protection is needed. This new rule is, however, likely to give rise to new questions in practice.

First, the new rule does not unambiguously answer the question how precise and explicit the court's instruction to (or information for) the defendant should be. The wording of the rule suggests that it is sufficient for the court to reiterate, in rather abstract terms (although probably in plain language understandable to legally unrepresented parties) the relevant provision of the Regulation concerning the consequences of failure to object the lack of jurisdiction, leaving it for the consumer to (possibly) discover by himself whether the claim was indeed brought in a court lacking jurisdiction. It does not follow from the wording that the court should go one step further and positively advise the consumer that it lacks jurisdiction under the Regulation in the first place.

The practical effect of this issue should not be underestimated. If an (unrepresented) consumer or employee is merely advised of the consequences of entering an appearance, leaving it for the defendant to determine whether there is a lack of jurisdiction in the first place, it can be expected

45 See, e.g., Paragraph 504 of the German ZPO (for *Amtsgerichte*).

46 E.g., in Slovenia the defendant must, in order to not be in default, file a written defence plea on the merits and neither is there any oral communication between the court and the defendant beforehand, nor does the court give, upon serving the claim, any written hints and observations, except the instruction to file a defence plea and the warning that a judgment on default can be rendered if the defendant fails to comply with this instruction; see Art. 277 of the Civil Procedure Act (*Zakon o pravdnem postopku*).

47 CJEU 20. 5. 2010, C-111/09, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group/Michal Bilas*.

48 *Ibidem*. However, the CJEU adds that it is always open to the court seized to ensure, having regard to the objective of the rules on jurisdiction resulting from Sections 3 to 5 of Chapter II of the Brussels I Regulation, i.e. to offer stronger protection to the party considered to be the weaker party, that the defendant being sued before it in those circumstances is fully aware of the consequences of his agreement to enter an appearance.

49 See also Lazić, *supra* note 1, 109.

50 For such view, see: Peter A. Nielsen, in *BRUSSELS I REGULATION* Art. 17 Brussels I Regulation Rz 15 (Ulrich Magnus & Peter Mankowski eds., 2007).

that not many defendants would actually engage in research on the jurisdictional regime. This would especially be the case if “information” were given in written form and in a formulaic (“copy-paste”) manner (particularly nowadays, when documents served by the court are already accompanied by such an amount of instructions and information that many parties no longer even read all of them carefully).

If, however, the court must, in such cases, positively advise the defendant that the claim (at least) appears to have been brought in a court lacking jurisdiction and provide the information about the consequences of entering an appearance, most defendants would probably raise a plea of lack of jurisdiction. The second option is clearly more weaker-party friendly, but it seems incompatible with the restrictive wording of the discussed provision. In addition, it is not always possible for the court to assess at an early stage of proceedings whether the case indeed concerns a consumer dispute (i.e. whether the defendant was not acting in a professional capacity).

Concerning the question of who needs to inform the defendant (the court or the claimant), it seems logical that this should be the task of the court, probably in written form, when serving the claim on the defendant. Nevertheless, in countries where it is the claimant's duty to serve the claim upon the defendant even before filing it with the court, it is conceivable that proper information should be provided already by the claimant in the statement of the claim. Information should in any case be given as soon as possible. If the court cannot ascertain whether the case concerns a consumer dispute (or if it neglects its obligation to provide proper information), the omission can still be remedied at a later stage. In such case the court – if the defendant objects the lack of jurisdiction after having received such information – must accept it as timely and consider it as admissible even if the defendant has already pleaded his defence on the merits. Art. 26(2) of the Brussels I Recast makes it sufficiently clear that a tacit jurisdiction agreement cannot be concluded before proper information has been given to the defendant. This rule should prevail over any applicable rules of national law determining that pleas of lack of jurisdiction should be raised *in limine litis*.

Finally, the question arises about the consequences of the court's failure to ensure that the defendant, as the weaker party, has received adequate information. In general, a violation of this protective jurisdictional regime precludes recognition of the judgment in other Member States. The problem is that while Art. 45(1) of the Brussels I Recast (which enumerates the cases in which violations of jurisdictional rules constitute grounds for denial of recognition and enforcement) refers to Sections 2, 3, and 4 of Chapter II, it does not explicitly include a breach of Art. 26(2), which lies in section 7.⁵¹ The purpose and the context of the rule would imply that a violation of the obligation to provide adequate information to the weaker party could result in the sanction of non-recognition of the judgment delivered by the court where the weaker party entered an appearance without contesting jurisdiction (given that this court in fact lacked jurisdiction).

The wording of the Regulation does not preclude such an interpretation. It should be noted that in the *Bilas* case the CJEU already held that a submission by entering an appearance (tacit jurisdiction agreement) is an available basis for jurisdiction in disputes involving weaker parties not-

51 In the relevant parts, Art. 45(1) reads as follows: “On the application of any interested party, the recognition of a judgment shall be refused: [...] if the judgment conflicts with: (i) Sections 3, 4 or 5 of Chapter II where the policyholder, the insured, a beneficiary of the insurance contract, the injured party, the consumer or the employee was the defendant [...]”

withstanding the fact that the rule on submission is neither contained nor referred to in the three sections containing protective jurisdictional rules.⁵² However, it follows from this reasoning that although after the adoption of the Brussels I Recast, jurisdiction by submission is not *per se* in conflict with Sections 2, 3, and 4 of the Brussels I Regulation, it nevertheless is in such conflict if it was assumed without previously giving adequate information to the weaker party.

VI. Violation of the Protective Jurisdictional Regime as Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement of a Foreign Judgment

Regulation No. 44/2001 reinforced procedural protection concerning insurance and consumer contracts providing that the violation of jurisdictional protective norms can, at the request of any interested party, result in a denial of recognition of the judgment pursuant to Art. 35(1). No such safeguard has been established for disputes arising out of employment contracts, however. This was based on a rather pragmatic reasoning that the vast majority of employment disputes in Europe (more than 90 %) concern cases where employees act as claimants and therefore in the vast majority of labour disputes it is not necessary to provide for a special safeguard concerning jurisdiction regarding the recognition and enforcement stage.⁵³

The rule was slightly changed in the Brussels I Recast. Recognition may still be refused on the same grounds already provided for under Regulation 44/2001 (now under Art. 45), whereby breaching the grounds for jurisdiction over individual employment disputes is included as an obstacle to recognition. It is now also explicitly stated that breaching the protective jurisdictional regime is an obstacle to recognition only in cases where the weaker party (a policyholder, the insured, a beneficiary of an insurance contract, an injured party, a consumer, or an employee) was the defendant. The *ratio legis* of the rule would lead to the same result already under the old Brussels I Regulation,⁵⁴ however, at least the wording of its Art. 35(1) would imply that the rule could also adversely affect the weaker party that brought the proceedings in a court lacking jurisdiction.

VII. Conclusion

Although the changes brought about by the Brussels I Regulation Recast to the protective jurisdictional regime for weaker parties are not as far-reaching as in certain other fields (e.g. abolishing of exequatur, enhancing jurisdiction agreements, cross-border effects of protective measures), they are nevertheless important and raise the procedural protection of these parties to an even higher level. The most significant changes concern the limited extension of the scope of applicability against defendants from third states and jurisdiction based on the entering of an appearance. This being said, a conservative approach is preferred when it comes to the reform of such a successful instrument as the Brussels I Regulation undoubtedly proved to be. Therefore, it should not be seen as regretful that certain more ambitious plans for large-scale reform were rejected.

⁵² See, e.g., Grušić, *supra* note 44, 947.

⁵³ The EU Commission, Explanatory Memorandum accompanying the proposal of the Brussels I Regulation, COM (1999) 348 final, Brussels, 14.07.1999, 23, available at: <http://www.statewatch.org/sem/doc/assets/files/commission/COM-1999-348.pdf> (last visited 31. 8. 2016).

⁵⁴ REINHOLD GEIMER & ROLF A. SCHÜTZE, *EUROPÄISCHES ZIVILVERFAHRENSRECHT* (2010) Art. 35 at 47 and Art. 16 at 16.

By not substantially departing from the existing regime, the EU legislature also ensured that the rich body of the case law of the CJEU, which has already brought several important clarifications and strengthened legal certainty in this area, remains fully relevant. Although in certain instances it seems that the Brussels I Recast effectively overrules the CJEU's case law (e.g., *Bilas*, *Glaxo-SmithKline*), it should be noted that these are cases where the CJEU itself suggested that the outcomes are not necessarily preferred, but are, however, based on the clear text of the Regulation and it is therefore the responsibility of the EU legislature to intervene. By following these "hints" of the CJEU, the European legislature actually reaffirmed the preeminent position of the Court concerning the development of European civil procedure.

On a negative side, the recast also brought some new dilemmas and uncertainties, perhaps due to its poor drafting, in particular regarding the question whether the rule concerning extension of applicability against non-EU based employers and traders provides merely for an EU-wide minimum standard or removes and replaces jurisdiction rules of member states' national laws.



Kontrolliert die Europäische Kommission das Verhalten ihrer Mitglieder zu nachlässig?

Der Europäische Bürgerbeauftragte ortet diesbezüglich erhebliche „Missstände“

Waldemar Hummer^{*}, Universität Innsbruck

Kurztext: Art 245 Abs 2 AEUV sieht spezielle Standespflichten, sowohl für aktive, als auch ausgeschiedene Kommissare vor und verpflichtet sie, „ehrenhaft und zurückhaltend“ zu handeln. Zusätzlich dazu bestimmt § 1.2. des Verhaltenskodex für Mitglieder der Kommission (2011), dass Kommissare, die innerhalb von 18 Monaten nach ihrem Ausscheiden eine berufliche Tätigkeit aufnehmen wollen, dies der Kommission anzuzeigen haben. Ein Mitglied der „Barroso-Kommission“ hielt sich nicht daran, wurde aber von der Kommission nicht sanktioniert. Daher leitete der Europäische Bürgerbeauftragte aus eigener Initiative eine entsprechende Untersuchung ein, in deren Schlussbericht von Ende Juni 2016 zwei „Missstände“ gem Art 228 AEUV im Verhalten der Kommission festgestellt wurden. Dass die Kommission auch schon bisher eher lax mit Standeswidrigkeiten von Kommissarinnen und Kommissaren umgegangen ist, wird an den Fällen Cresson, Bangemann, Dalli, Barroso und Kroes verdeutlicht.

Schlagworte: Standespflichten von Kommissaren; Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder (2011); Aufsichts- und Sanktionspflicht der Kommission; Feststellung von „Missständen“ durch Europäischen Bürgerbeauftragten.

I. Einleitung

Die Entscheidung der Europäischen Bürgerbeauftragten („Ombudsman“), Frau *Emily O'Reilly*, vom 30. Juni 2016 über die von ihr selbst eingeleitete Untersuchung über die korrekte Handhabung der beruflichen Aktivitäten eines ausgeschiedenen Mitglieds der Kommission durch die Europäische Kommission,¹ lässt aufhorchen. Erstmalig befasst sich damit der Bürgerbeauftragte, der gem Art 228 AEUV für die Behandlung von Beschwerden über „Missstände“ in der Verwaltung der Europäischen Union (EU) zuständig ist, gleichsam *ex officio* mit dem seit Langem bekannten Umstand, dass die Kommission ihrer Aufsichts- und Sanktionspflicht gegenüber ausgeschiedenen Kommissaren, die sich bei der Annahme neuer beruflicher Aktivitäten nicht korrekt verhalten haben, offensichtlich nicht entsprechend nachkommt.

^{*} Em. o. Univ.-Prof. DDr. Waldemar Hummer lehrt am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck.

¹ Decision of the European Ombudsman closing her own-initiative inquiry into the European Commission's handling of a former Commissioner's occupational activities after leaving office (OI/2/2014/PD).

Damit wird einmal mehr die Aufmerksamkeit der europäischen Öffentlichkeit auf die grundlegende Fragestellung gelenkt, wie sich Kommissare nach der Beendigung ihrer Amtstätigkeit in der Europäischen Kommission zu verhalten haben. Bedenkt man, dass ein Kommissar nicht nur im unmittelbaren Bereich seines Portefeuilles, sondern darüber hinaus auch innerhalb des Kollegiums der Kommission ganz außergewöhnliche Kenntnisse nicht nur über die administrativen Vorgänge im Rahmen der EU, sondern vor allem auch über die Markt- und Wettbewerbssituation europäischer Unternehmen erwirbt, erscheint eine Regelung mehr als angebracht, die ihn nach seinem Ausscheiden aus der Kommission diesbezüglich auch unter ganz spezielle Sorgfaltspflichten stellt.

Im Vergleich zur mitgliedstaatlichen arbeitsrechtlichen Beschränkung aufgrund einer sog „Konkurrenzklausele“, die einem ausgeschiedenen Arbeitnehmer ein (kurzfristiges) Beschäftigungsverbot in einem verwandten Unternehmen derselben Branche auferlegt, geht es bei einem ausgeschiedenen Kommissar um eine ganz andere Dimension des Vertrauensschutzes, vor allem dann, wenn sich dieser als „Konsulent“ einem Unternehmen zur Verfügung stellt, dessen einschlägige Branche er während seiner aktiven Zeit als Kommissar zu überwachen und zu regulieren hatte. Einen klassischen Fall der Weitergabe eines solchen „Insiderwissens“ eines Kommissars an ein Privatunternehmen stellt die Anstellung des aus der Kommission ausgeschiedenen Kommissars *Martin Bangemann* – in der er ua auch für den Telekommunikationssektor zuständig war – beim spanischen Unternehmen Telefónica, dem größten europäischen Telekommunikationsunternehmen, dar, worauf nachstehend noch einzugehen sein wird.²

II. Standespflichten von Kommissaren und Kommissarinnen

Zur Sicherung der vertraulichen Insiderkenntnisse von Kommissaren sieht Art 245 Abs 2 AEUV dementsprechend vor, dass Kommissare „während ihrer Amtszeit keine andere entgeltliche oder unentgeltliche Berufstätigkeit ausüben dürfen“ und bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit die „feierliche Verpflichtung“ übernehmen, „[...] während der Ausübung und nach Ablauf ihrer Amtstätigkeit die sich aus ihrem Amt ergebenden Pflichten zu erfüllen, insbesondere die Pflicht, bei der Annahme gewisser Tätigkeiten oder Vorteile nach Ablauf dieser Tätigkeit ehrenhaft und zurückhaltend zu sein.“

Werden diese Pflichten verletzt, so kann der Gerichtshof auf Antrag des Rates, der mit einfacher Mehrheit beschließt oder der Kommission das Mitglied je nach Lage des Falles gemäß Artikel 247 AEUV seines Amtes entheben oder ihm seine Ruhegehaltsansprüche oder andere an ihrer Stelle gewährte Begünstigungen aberkennen.“

Zu diesen primärrechtlichen Vorgaben kommen aber auch noch weitere Verpflichtungen hinzu, die sich aus den mehrfachen Verhaltenskodizes für Mitglieder der Kommission ergeben. So nahm die Kommission 2000 den „Kodex für gute Verwaltungspraxis in den Beziehungen der Bediensteten der Europäischen Kommission zur Öffentlichkeit“³ an, ergänzte diesen aber 2004 durch einen eigenen „Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder“⁴ und verschärfte zugleich ihre Disziplinarordnung für gravisches Fehlverhalten von Mitgliedern der Kommission. Mitte April 2011

² Siehe dazu nachstehend auf Seiten 139 f.

³ Anhang zum Beschluss der Kommission 2000/633/EG, EGKS, Euratom: Beschluss der Kommission vom 17. 10. 2000 zur Änderung ihrer Geschäftsordnung, ABl L 2000/267, 64 ff.

⁴ Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder, SEC(2004)1487/2.

verabschiedete die Kommission dann einen geänderten Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder,⁵ mit dem sie die in Art 17 Abs 3 UAbs 3 EUV und Art 245 AEUV statuierten Unabhängigkeitsverpflichtungen ihrer Mitglieder in einem präzisen Wohlverhaltenskodex für aktive, aber auch für bereits ausgeschiedene, Kommissare zusammenfasste.⁶

Während aber Art 245 AEUV keine zeitliche Begrenzung für die Verständigung der Kommission durch einen ausgeschiedenen Kommissar bezüglich dessen geplanter neuer Beschäftigung enthält, legt § 1.2. des Verhaltenskodex für Mitglieder der Kommission (2011) Folgendes fest:

„Ehemalige Kommissionsmitglieder, die nach Beendigung ihres Amtes oder nach ihrem Rücktritt beabsichtigen, innerhalb von 18 Monaten nach ihrem Ausscheiden eine berufliche Tätigkeit aufzunehmen, haben die Kommission rechtzeitig, soweit möglich, innerhalb von mindestens vier Wochen, davon in Kenntnis zu setzen. Die Kommission prüft die Art der geplanten Tätigkeit. Steht die geplante Tätigkeit im Zusammenhang mit dem Ressort des Kommissionsmitglieds, holt die Kommission die Stellungnahme der Ethikkommission ein. Je nach Ergebnis entscheidet die Kommission, ob die geplante Tätigkeit mit Art 245 AEUV vereinbar ist. Innerhalb von 18 Monaten nach ihrem Ausscheiden aus dem Amt dürfen ehemalige Kommissare für ihr Unternehmen, ihre Kunden oder Arbeitgeber bei den Mitgliedern der Kommission und deren Mitarbeitern in Fragen, für die sie während ihrer Amtszeit zuständig waren, weder Lobby-Arbeit betreiben, noch für ihre Sache werben.“

Damit steht ein Kommissar lediglich innerhalb einer Frist von 18 Monaten nach seinem Ausscheiden aus der Kommission unter der Verpflichtung, dieser seine zukünftige Beschäftigung rechtzeitig anzuzeigen. Lässt er diese Frist von eineinhalb Jahren aber (bewusst) verstreichen und nimmt erst danach eine neue berufliche Tätigkeit auf, unterliegt er keiner Meldepflicht mehr. Die allgemeine Verpflichtung, bei der Annahme einer zukünftigen Beschäftigung „ehrenhaft“ und „zurückhaltend“ zu sein, besteht aber über diese Periode hinaus und begleitet einen ausgeschiedenen Kommissar gleichsam sein gesamtes späteres Berufsleben.

Einschlägige Verdachtsmomente einer Verletzung von Standespflichten ausgeschiedener Kommissare werden von der Europäischen Kommission unter Mithilfe des fünfköpfigen „Ausschusses unabhängiger Sachverständiger“⁷ sowie der dreiköpfigen „Ethikkommission“⁸ geprüft. Letztere wird immer dann befasst, wenn sich der ausgeschiedene Kommissar bei seiner zukünftigen beruflichen Tätigkeit in einem Bereich bewegt, der während seiner aktiven Zeit als Mitglied der Kommission zu seinem Portefeuille gehört hat.

Trotz dieser europarechtlichen Vorgaben scheint sich eine Reihe von Kommissaren und Kommissarinnen in ihren beruflichen Aktivitäten als aktive Mitglieder der Kommission, aber auch nach ihrem Ausscheiden aus der Kommission, nicht an diese Verpflichtungen gehalten zu haben, ohne

⁵ Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder, K(2011)2904.

⁶ Vgl dazu *Hummer*, Wohlverhaltensregeln für Lobbyisten: Von den Verhaltenskodizes zum gemeinsamen Transparenz-Register von Europäischem Parlament und Kommission, EU-Infothek vom 14. 1. 2014; *ders*, Gelingt nunmehr die verpflichtende Erfassung von Lobbying-Aktivitäten in der EU? ÖGfE, Policy Brief 16/2016.

⁷ Der vom Europäischen Parlament am 27. 1. 1999 eingesetzte „Ausschuss unabhängiger Experten“ erstellte bereits am 15. 3. 1999 einen „Ersten Bericht über Anschuldigungen betreffend Betrug, Mißmanagement und Nepotismus in der Europäischen Kommission“, http://www.europarl.europa.eu/experts/report1_de.htm (abgefragt am 20. 10. 2016).

⁸ Die durch Beschluss der Kommission C(2003) 3750 vom 21. 10. 2003 eingerichtete „Ad Hoc Ethikkommission“ besteht gegenwärtig aus den drei unabhängigen Experten *Christiaan Timmermans*, *Dagmar Roth-Behrendt* und *Heinz Zourek* [C(2016) 4507]. Siehe dazu http://ec.europa.eu/transparency/ethics-for-commissioners/ad-hoc-ethical-committee_en.htm (abgefragt am 20. 10. 2016).

dafür in der Folge aber von der Kommission entsprechend sanktioniert worden zu sein. Ich hatte bereits mehrfach Gelegenheit, mich mit dieser interessanten Frage auseinanderzusetzen und bin erneut überrascht, zur Kenntnis nehmen zu müssen, dass die Kommission in der nunmehr vom Europäischen Bürgerbeauftragten (anonymisiert) aufgegriffenen Verfehlung eines Kommissars einmal mehr nicht die entsprechenden Maßnahmen gesetzt und die Verhängung der notwendigen Konsequenzen unterlassen hat. Durch diese Vorgangsweise der Kommission wird aber die gegenwärtige Vertrauenskrise, in der sich die EU im allgemeinen und die Europäische Kommission im speziellen ohnehin befindet,⁹ weiter verstärkt und die bestehenden Vorurteile gegen eine abgehoben agierende „Brüsseler Hochbürokratie“ genährt.

Bevor aber auf die gegenständliche vom Europäischen Bürgerbeauftragten angestrebte Untersuchung der Prüfungs- und Sanktionspflichten der Kommission gegenüber einem ausgeschiedenen Kommissar eingegangen werden kann, muss zunächst ein Blick auf wichtige und exemplarische Verletzungen der Sorgfaltspflichten durch einzelne Kommissare geworfen werden, da sich nur daraus ein Gesamtbild über die Schwere der Verletzung und der Reaktion der Kommission darauf ergibt.

III. Ausgeprägte Fälle von Fehlverhalten von Kommissaren

Die Kommission hatte bereits mehrfach Gelegenheit, das Wohlverhalten von Kommissaren und Kommissarinnen nach deren Ausscheiden zu prüfen, wobei aber auf die einzelnen Ergebnisse dieser Prüfungen in diesem Zusammenhang aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann. Lediglich einige wenige markante „Problemfälle“ sollen nachstehend exemplarisch aufgelistet werden

A. Der Fall Cresson

Edith Cresson war von 1995 bis 1999 Mitglied der „Santer-Kommission“ und in dieser zuständig für die Ressorts Bildung, Wissenschaft und Forschung. Bereits zu Beginn ihrer Amtstätigkeit stellte sie zwei Personen aus ihrem persönlichen Bekanntenkreis, nämlich *René Berthelot* und *Timm Riedinger*, ein und begünstigte diese mehrfach. Diese Vorgänge wurden sowohl vom „Ausschuss unabhängiger Sachverständiger“, als auch vom „Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung“ (OLAF) sowie vom „Untersuchungs- und Disziplinaramt der Kommission“ (IDOC) untersucht und anschließend auch beanstandet. Unmittelbar nach der Übergabe des Berichts des „Ausschusses unabhängiger Sachverständiger“¹⁰ Mitte März 1999 an die Präsidenten des Europäischen Parlaments und der Kommission – der neben kollektivem Versagen der Kommission im Verwaltungsvollzug auch Fälle individueller Verantwortlichkeit einzelner Kommissare auflistete – traten am 16. 3. 1999 alle Mitglieder der „Santer-Kommission“ geschlossen zurück,¹¹ erklärten sich aber

9 Vgl. dazu *Hummer*, Die Europäische Union – ein „Sanierungsfall“? in *Halper/Kammel* (Hrsg), Quergedacht. Perspektiven zu Politik, Sicherheit und Europa. Werner Fasslabend zum 70. Geburtstag (2014) 367 ff.

10 Erster Bericht über Anschuldigungen betreffend Betrug, Mißmanagement und Nepotismus in der Europäischen Kommission vom 15. 3. 1999 http://www.europarl.europa.eu/experts/report1_de.htm; Zweiter Bericht über die Reform der Kommission. Analyse der derzeitigen Praxis und Vorschläge zur Bekämpfung von Mißmanagement, Unregelmäßigkeiten und Betrug vom 9. 9. 1999, <http://www.europarl.europa.eu/experts/pdf/rep2-1de.pdf> (beide abgefragt am 20. 10. 2016).

11 Vgl. *Hummer/Obwexer*, Der „geschlossene“ Rücktritt der Europäischen Kommission. Von der Nichtentlastung für die Haushaltsführung zur Neuernennung der Kommission, integration 1999, 77.

bereit, die Geschäfte als „geschäftsführende Kommission“¹² interimistisch weiterzuführen. Damit wollte die „Santer-Kommission“ einem unmittelbar drohenden Misstrauensvotum des Europäischen Parlaments zuvorkommen.

Der Fall *Cresson* hatte aber auch ein gerichtliches Nachspiel. So beschloss die Kommission im Juli 2004 den EuGH anzurufen, was sie im Oktober 2004 auch tatsächlich tat. In diesem Verfahren behauptete *Cresson*, dass die Regelung der Amtspflichten von Kommissaren viel zu ungenau sei, als dass sie ihre eigene Pflichtverletzung als solche hätte erkennen können. Im Übrigen sei es in den letzten 50 Jahren erst ein einziges Mal zu einer Ruhegenusskürzung durch den EuGH gekommen, und diese hätte 2002 auch keinen Kommissar, sondern nur einen Beamten der Kommission betroffen – und zwar wegen Korruption.¹³ Der Generalanwalt schloss sich dieser Argumentation nicht an und schlug in seinen Schlussanträgen vom 23. 2. 2006 dem EuGH vor, Kommissarin *Cresson* zu verurteilen und ihre Ruhegehaltsansprüche um 50 Prozent zu kürzen.¹⁴ Der EuGH entschied mit Urteil vom 11. 7. 2006 hingegen, dass sich Kommissarin *Cresson* zwar einiger Pflichtverletzungen iSv Art 213 Abs 2 EGV und Art 126 Abs 2 EA schuldig gemacht habe, von der Verhängung einer Sanktion in Form einer Aberkennung ihrer Ruhegehaltsansprüche oder anderer an deren Stelle gewährter Begünstigungen aber deswegen abzusehen sei, da angesichts der Umstände des vorliegenden Falles „die Feststellung der Pflichtverletzung für sich genommen als angemessene Sanktion anzusehen ist“¹⁵ [sic].

B. Der Fall *Bangemann*

Ende Juni 1999 verständigte *Martin Bangemann*, der in der nach ihrem Rücktritt Mitte März 1999¹⁶ nur mehr „geschäftsführend“ tätigen Kommission der Europäischen Gemeinschaften¹⁷ die Ressorts „Gewerbliche Wirtschaft, Informationstechnologien und Telekommunikation“ innehatte, den Präsidenten der Konferenz der Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten der EU, *Gerhard Schröder*, von seinem Wunsch, so rasch wie möglich von seinen Verpflichtungen entbunden zu werden, um eine Konsulententätigkeit beim spanischen Unternehmen „Telefónica“ antreten zu können.¹⁸ Der Wechsel des bisher (auch) für die Deregulierung des Telekommunikationsmarktes zuständigen Kommissars zum größten spanischen Telekommunikationsunternehmen war mehr als ungewöhnlich und konnte keinesfalls als „zurückhaltend“ bezeichnet werden, wie dies bereits der damalige Art 213 Abs 2 UAbs 3 EGV für ausgeschiedene Kommissare verlangte.

Auf ihrer für Anfang Juli 1999 einberufenen informellen Krisensitzung rang sich die Kommission nach einer heftigen Debatte allerdings die Kompromissentscheidung ab, *Bangemann* ab sofort zu „beurlauben“, obwohl diese Vorgangsweise primärrechtlich an sich nicht vorgesehen war.¹⁹ Auf Initiative Großbritanniens, Frankreichs und Dänemarks gab sich der Rat mit dieser „Verlegenheitslösung“ aber nicht zufrieden und beschloss am 9. 7. 1999 einstimmig, den Gerichtshof der

12 Vgl. *Hummer/Obwexer*, Die „geschäftsführende Kommission“ der Europäischen Gemeinschaften, JRP 1999, 181.

13 EuG 30. 5. 2002, T-197/00, *Onidi/Kommission*.

14 *Hummer*, Pensionskürzung für Kommissarin? Wiener Zeitung vom 8. 3. 2006, 11.

15 EuGH 11. 7. 2006, C-432/04, *Kommission/Cresson* Rz 150.

16 *Hummer*, Der lange Leidensweg der „Santer Kommission“, SN vom 15. 5. 1999, 22.

17 Siehe dazu vorstehend auf Seite 138.

18 Vgl. Wilhelm Busch behält doch recht, NZZ vom 2. 7. 1999, 10; *Bangemann* wurde für seine Tätigkeit von Telefónica ein Jahressalär von ca 1 Mio € (!) in Aussicht gestellt.

19 Vgl. *Hummer*, „Ist der Ruf erst ruiniert, lebt es sich ganz ungeniert.“ Silvio Berlusconi und die EU als „Wertegemeinschaft“, EuLF 2003/5, 1.

Europäischen Gemeinschaften (EuGH) in Anwendung von Art 213 Abs 2 EGV mit dem Fall *Bangemann* „zu befassen“. Dieses erstmals gegen einen Kommissar eingeleitete Verfahren vor dem EuGH²⁰ wurde aber am 3. 2. 2000 aus dem Register des EuGH wieder gestrichen.

C. Der Fall *Dalli*

Am 16. 10. 2012 bestellte Kommissionspräsident *Barroso* das für Gesundheit und Konsumentenschutz zuständige Mitglied der Europäischen Kommission, *John Dalli*, zu sich, konfrontierte ihn mit den seitens OLAF gegen ihn erhobenen Bestechungsvorwürfen und forderte ihn zum Rücktritt auf. Dabei ging es um die Aufhebung des Handelsverbots von „Snus“, einem schwedischen Kau- bzw Lutschtabak, wofür *Dalli* angeblich 10 Mio € in Aussicht gestellt worden seien. Treibende Kraft hinter diesem vermeintlichen Bestechungsversuch war der maltesische Geschäftsmann *Silvio Zammit*, der dem schwedischen Tabakkonzern Swedish Match angeboten haben soll, für einen Betrag von 60 Mio € eine Aufhebung des EU-weiten Handelsverbots für „Snus“ zu erreichen. Swedish Match ging auf diesen Handel aber nicht ein, sondern teilte OLAF im Mai 2012 diesen Umstand mit. Im darauffolgend erstellten Untersuchungsbericht von OLAF wurde diesbezüglich festgehalten, dass Kommissar *Dalli* zwar nicht direkt in die Machenschaften *Zammits* involviert gewesen sei, aber eindeutig davon gewusst und nichts dagegen unternommen habe. Diese Untätigkeit stellte nach Ansicht von OLAF eine eindeutige Verletzung des Verhaltenskodex für EU-Kommissare dar.

In der Folge klagte *Dalli* vor dem Gericht der EU (EuG) auf Nichtigerklärung des mündlichen Verlangens von Kommissionspräsident *Barroso*, sein Amt niederzulegen, was dieses aber mit Urteil vom 12. 5. 2015²¹ als unzulässig zurückwies, da *Dalli* sein Amt offensichtlich freiwillig zurückgelegt habe, ohne dass er dazu von Präsident *Barroso* gem Art 17 Abs 6 EUV förmlich dazu aufgefordert worden wäre. Im Übrigen könne die bloße Andeutung der Möglichkeit durch *José Barroso*, von einer ihm als Präsident der Kommission vorbehaltenen Befugnis Gebrauch zu machen, dem tatsächlichen Gebrauch dieser Befugnis nicht gleichgestellt werden. *Dalli* legte gegen dieses Urteil des EuG beim Gerichtshof (EuGH) ein Rechtsmittel ein,²² das aber vom EuGH mit Beschluss vom 14. 4. 2016²³ zurückgewiesen und damit das Urteil des EuG bestätigt wurde.

D. Der Fall *Barroso*

José Manuel Barroso war von 2004 bis 2014 Präsident der Europäischen Kommission und wechselte 20 Monate nach seinem Ausscheiden, ohne dies allerdings der Kommission mitzuteilen, als „non-executive Chairman“ in die Londoner Tochtergesellschaft Goldman Sachs International und als Konsulent in den amerikanischen Mutterkonzern dieses Unternehmens. Goldman Sachs begründete die Anstellung *Barrosos* mit dem Hinweis auf dessen enorme Erfahrung und das „tiefe Verständnis von Europa“, das dieser mitbringe. *Barroso* wiederum versicherte, „dass er alles tun werde, um die negativen Auswirkungen des Brexit auf Goldman Sachs zu verringern“.²⁴

20 EuGH 3. 2. 2000, C-290/99, *Rat/Bangemann*.

21 EuG 12. 5. 2015, T-562/12, *John Dalli/Kommission*.

22 EuGH 14. 4. 2016, C-394/15 P, *John Dalli/Kommission*.

23 EuGH, Pressemitteilung 2016/40, vom 14. 4. 2016.

24 *Theurer*, José Manuel Barroso. Kritik am Wechsel zu Goldman Sachs, SpiegelOnline vom 10. 7. 2016.

Die Reaktionen auf diesen beruflichen Wechsel *Barrosos* fielen überraschend heftig aus: so fanden französische Mitglieder des Europäischen Parlaments diesen „skandalös“ und der französische Außenhandelsstaatssekretär, *Matthias Fekl*, bezeichnete *Barroso* als einen „unanständigen Vertreter eines alten Europas“. Europastaatssekretär *Harlem Désir* wiederum bedauerte es, dass *Barroso* damit den „Anti-Europäern“ den Weg bereite. Er rief *Barroso* deswegen „feierlich auf, auf diesen Posten zu verzichten“. Brüsseler Gewerkschafter forderten in diesem Zusammenhang, *Barroso* das monatliche Übergangsgeld von 15.000 € zu streichen.²⁵

Formal kann *Barroso* an sich kein Vorwurf gemacht werden. Da er das Angebot von Goldman Sachs erst 20 Monate nach seinem Ausscheiden aus der Kommission angenommen hatte, fiel er auch nicht unter die gem § 1.2. des Verhaltenskodex vorgesehene „Wartefrist“ von 18 Monaten für die Beilegung eines eventuellen „Interessenskonflikts“²⁶ und musste dementsprechend weder eine Meldung an die Kommission erstatten, noch eine Genehmigung derselben für seine neue Tätigkeit einholen. Das deutsche Mitglied der Grünen im Europäischen Parlament, *Sven Giegold*, kritisierte dieses bewusste „Aussitzen“ der Wartefrist scharf und forderte längere Karenzzeiten für Kommissare.²⁷

Im Übrigen ist Goldman Sachs bereits mehrfach Dienstgeber für ausgeschiedene Kommissare gewesen. So war Kommissar *Mario Monti* nach seinem Ausscheiden von 2004 bis 2011 bei Goldman Sachs tätig, ebenso wie auch *Peter Sutherland* bis 2015. Auch der jetzige Chef der EZB, *Mario Draghi*, war von 2002 bis 2005 in führender Position in diesem Unternehmen in London tätig und geriet in diesem Zusammenhang sogar unter Verdacht, am „window dressing“ Griechenlands mitgewirkt und dessen Wirtschaftsdaten „geschönt“ zu haben, die es diesem Land dann ermöglichen, 2001 den Euro zu übernehmen.²⁸ *Draghi* bestritt aber stets, in diese Affäre verwickelt gewesen zu sein.

E. Der Fall Kroes

Da es in der ehemaligen britischen Kronkolonie der Bahamas weder eine Kapitalertrags- noch eine Vermögenssteuer, dafür aber ein strenges Bankgeheimnis, gibt, entwickelten sich die Bahamas zu einer der weltweit beliebtesten Steueroasen. Mitte September 2016 ereigneten sich die Bahamas-Leaks, im Zuge derer Details über 175.888 Briefkastenfirmen und Stiftungen, die zwischen 1990 und 2016 auf den Bahamas gegründet wurden, bekannt wurden.

Auch die ehemalige Kommissarin *Neelie Kroes* gehörte dem Vorstand einer solchen Briefkastenfirma, nämlich der Mint Holdings Limited, an, die im Unternehmensregister unter der Nummer 108529B registriert ist. *Kroes* war dort vom 4. 7. 2000 bis zum 1. 10. 2009 als Direktorin vermerkt.²⁹ *Kroes*, die in der Europäischen Kommission von 2004 bis 2009 als Kommissarin für Wettbewerb und danach von 2010 bis 2014 als Kommissarin für die Digitale Agenda zuständig war, hatte diese Geschäftstätigkeit in ihrer „declaration of interests“ nicht angegeben gehabt. Damit

25 *Schlamp*, Goldman Sachs' Verflechtungen mit der Politik: Alles zum Wohl des Geldes, SpiegelOnline vom 13. 7. 2016.

26 Vgl dazu vorstehend auf Seite 137.

27 *Theurer*, José Manuel Barroso. Kritik am Wechsel zu Goldman Sachs, SpiegelOnline vom 10. 7. 2016.

28 Vgl dazu *Hummer*, Von der amerikanischen „Subprime-Crisis“ (2007) zum permanenten „Europäischen Stabilitätsmechanismus“ (2013 ff), in *Hummer* (Hrsg), Die Finanzkrise aus internationaler und österreichischer Sicht (2011) 260.

29 *Brössler/Obermaier*, Eisernes Schweigen, Süddeutsche Zeitung vom 22. 9. 2016, 7.

verstieß ausgerechnet die oberste Wettbewerbshüterin, die wegen ihrer Strenge im Kampf gegen Kartelle, Fusionen und Subventionen gefürchtet war, gegen Art 245 Abs 2 AEUV und den „Verhaltenskodex für Kommissare“. *Kroes'* Anwalt sprach in diesem Zusammenhang von einem „Versehen“ und erklärte, dass die Firma Mint Holdings Limited für ein geplantes Milliardengeschäft mit dem US-Energiekonzern Enron gegründet wurde, ein Deal, der allerdings nicht zustande gekommen sei, da die Verhandlungen im Jahr 2000 abgebrochen wurden. Demgemäß sei die Firma auch nicht operativ tätig geworden.³⁰

Kroes erklärte, für ihr Verhalten „die volle Verantwortung“ zu übernehmen und Kommissionspräsident *Juncker* dementsprechend auch zu informieren. Da die Briefkastenfirma aber für ein Geschäft im Energiesektor gegründet wurde, für den *Kroes* als Wettbewerbskommissarin zeitgleich zuständig war, ist zugleich auch die „Ethikkommission“ einzuschalten. Auch dem Ausgang dieses Verfahrens kann mit Interesse entgegengesehen werden.

IV. Die eigenständige Untersuchung des Europäischen Bürgerbeauftragten über die Reaktion der Kommission auf das Verhalten eines Kommissars

Am 6. 5. 2013 wurde der Europäische Bürgerbeauftragte durch eine anonyme Mitteilung davon verständigt, dass ein ausgeschiedenes Mitglied der Kommission eine remunerierte Tätigkeit aufgenommen habe, ohne die „*Barroso*-Kommission“ davon in Kenntnis gesetzt zu haben. Darüber hinaus enthielt der ebenfalls mitübersendete Dienstvertrag, der mit Februar 2010 datiert war und eine Laufzeit von vier Jahren aufwies, keine wie immer gearteten Absicherungen hinsichtlich der „Wohilverhaltenspflichten“ des Kommissars. Der Bürgerbeauftragte verständigte daher am 4. 7. 2013 die Kommission von diesem Vorgang und ersuchte diese, ihm über die von ihr diesbezüglich ergriffenen Aktivitäten zu berichten. Die Kommission informierte in der Folge den Bürgerbeauftragten darüber, dass der Kommissar diesen Dienstvertrag der Kommission nicht angezeigt habe und dass sie diesen daher umgehend aufgefordert habe, dazu Stellung zu nehmen. Parallel dazu ersuchte die Kommission die „Ethikkommission“ um eine Stellungnahme. Nach genauer Prüfung des Dienstvertrages kam die „Ethikkommission“ in ihrem Schlussbericht vom 1. 10. 2013 zu dem Schluss, dass dieser keine ausreichenden Vorkehrungen für die Einhaltung der in Art 245 AEUV geforderten „Wohilverhaltenspflichten“ enthalte. In der Folge konfrontierte die Kommission den betreffenden Kommissar mit diesem Vorwurf und forderte ihn zu einer entsprechenden Stellungnahme dazu auf. In seiner Entgegnung wies der Kommissar darauf hin, dass der Dienstvertrag zum einen ohnehin bereits im Februar 2012³¹ beendet worden sei und zum anderen sehr wohl die Möglichkeit vorgesehen habe, mit den „Wohilverhaltenspflichten“ inkompatible berufliche Tätigkeiten zurückzuweisen. Nachdem diese Ansicht auch vom Dienstgeber des früheren Kommissars bestätigt wurde, fasste die „*Barroso*-Kommission“ „rückwirkend“ den Beschluss, dass der Kommissar sie zwar vorab davon hätte verständigen müssen, der Dienstvertrag aber trotzdem als mit den Pflichten aus Art 245 Abs 2 AEUV für vereinbar angesehen werden könne. Darüber hinaus sei der zeitliche Geltungsbereich des Dienstvertrages auch schon abgelaufen.

³⁰ *Obermaier/Obermayer/Wormer*, Bahamas – Geldversteck der Millionäre, *Süddeutsche Zeitung* vom 22. 9. 2016, 1.

³¹ Nach einer Richtigstellung durch die „Ethikkommission“ korrigierte der Kommissar den Zeitpunkt der Beendigung des Dienstvertrages auf 27. 2. 2013.

Nach einer genauen Prüfung dieser Argumente der Kommission beschloss der Europäische Bürgerbeauftragte am 10. 4. 2014 aus eigener Initiative eine Untersuchung einzuleiten, da er in dieser mehr als „laxen“ Vorgangsweise der Europäischen Kommission einen eindeutigen „Missstand“ zu erkennen glaubte. Der Bürgerbeauftragte durchforstete in der Folge die vertraulichen Unterlagen, die die Kommission in diesem Zusammenhang angelegt hatte, und forderte auch den Kommissar zu einer weiteren Stellungnahme auf, wobei er diesen darauf hinwies, dass es bei seiner Untersuchung bloß um das Aufsichtsverhalten der Kommission selbst und nicht um dessen eigenes Verhalten gehe.

Trotzdem beschwerte sich der Kommissar in der Folge beim „Europäischen Datenschutzbeauftragten“ (EDSB) über die Handhabung seiner persönlichen Daten durch den Bürgerbeauftragten im Zuge der gegenständlichen Untersuchung.³² In seiner Antwort spezifizierte der Datenschutzbeauftragte genau zwischen den Daten, die nicht veröffentlicht werden dürften und solchen, die publikationsfähig seien. Damit gab sich aber der Kommissar nicht zufrieden und regte eine erneute Überprüfung durch den Datenschutzbeauftragten an, die dieser auch durchführte, dabei aber zum selben Ergebnis wie bei seiner ersten Untersuchung kam. Daraufhin brachte der Kommissar eine Klage beim EuG ein, über die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Berichts des Bürgerbeauftragten aber noch nicht entschieden worden war, sodass dieser beschloss, seinen Bericht zu anonymisieren.

Wie vorstehend erwähnt, sieht § 1.2. des Verhaltenskodex für Mitglieder der Kommission (2011) vor, dass ehemalige Kommissionsmitglieder, die nach Beendigung ihres Amtes oder nach ihrem Rücktritt beabsichtigen, innerhalb von 18 Monaten nach ihrem Ausscheiden eine berufliche Tätigkeit aufzunehmen, die Kommission rechtzeitig davon in Kenntnis zu setzen haben.³³ Damit soll vor allem ein Interessenskonflikt zwischen den schutzwürdigen Daten der Kommissionsverwaltung und den beruflichen Interessen eines ausgeschiedenen Kommissars vermieden werden. Dafür ist es aber absolut erforderlich, dass der Kommissar dem Kollegium zeitgerecht mitteilt, dass er eine berufliche Beschäftigung zu übernehmen beabsichtigt, und dabei der Kommission auch alle einschlägigen Daten dazu übermittelt. Die Kommission kann sich dann, auf der Basis dieser eingemeldeten Daten und unter Mithilfe des „Ausschusses unabhängiger Sachverständiger“ bzw der „Ethikkommission“, eine gesicherte Meinung über den Sachverhalt bilden und an diesen in der Folge die primär- und sekundärrechtlichen „Wohlverhaltenspflichten“ für ausgeschiedene Kommissare anlegen. Sie kann dabei den Kommissar auffordern, entweder diese berufliche Tätigkeit überhaupt nicht zu übernehmen oder zumindest Teile des Anforderungsprofils auszuschließen. Sollte sich der Kommissar aber weigern diesen Vorgaben nachzukommen, so hat die Kommission zu entscheiden, ob sie gem Art 245 Abs 2 AEUV damit den Gerichtshof betrauen will oder nicht.

Dadurch, dass der Kommissar die Kommission aber nicht *ex ante* verständigt und über die Details seines Dienstvertrages informiert hatte, nahm er der Kommission die Möglichkeit, irgendeine präventive Maßnahme zu setzen, die uU einen Interessenskonflikt hätte vermeiden können.

32 Gemäß § 46a der VO (EG) 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. 12. 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr (Datenschutzverordnung) ABI L 2001/8, 1 ff.

33 Vgl dazu vorstehend auf Seite 137.

Unter diesen Umständen konnte die Kommission den Kommissar nur *ex post* auffordern, ihr die entsprechenden Informationen zukommen zu lassen, um anschließend über den Inhalt des Dienstvertrages zu urteilen, was sie in der Folge auch tat und diesen in allen seinen Teilen für unbedenklich fand. Damit hat die „Barroso-Kommission“ ihren Befund vier Jahre nach dem Abschluss des Dienstvertrages und ein Jahr nach Beendigung desselben auf einer „retrospektiven“ Basis abgegeben und sich dabei in einer „very unsatisfactory situation“³⁴ befunden. Vor allem hat sie dabei nicht die Bedenken der „Ethikkommission“ berücksichtigt, die zwar für die Kommission rechtlich nicht bindend, politisch aber sehr wohl zu beachten waren.

Dementsprechend kam der Europäische Bürgerbeauftragte nach Abschluss seiner detaillierten Untersuchung in seinem Schlussbericht vom 30. 6. 2016 zu folgenden Schlussfolgerungen:

1. „The Ombudsman finds that the Barroso Commission failed adequately to deal with the former Commissioner's breach of paragraph 1.1.1 of the 2004 Code of Conduct for Commissioners.³⁵ This constituted maladministration by the Commission.
2. The Ombudsman finds that the Barroso Commission's decision, regarding the compatibility of the former Commissioner's contract with Article 245 TFEU, was not based on an adequate investigation of the facts and thus amounted to maladministration“.³⁶

Zugleich richtete der „Ombudsman“ aber auch eine Reihe von Empfehlungen an die Kommission, wie diese zukünftig solche Vorkommnisse vermeiden könnte. Zum einen muss sie auf die Schwere der Verfehlung einer Nichtbekanntgabe der Annahme einer beruflichen Aktivität durch einen Kommissar hinweisen und damit auch den Unionsbürgern zu verstehen geben, dass sie gewillt ist, alle Maßnahmen zur Sicherung der Voraussetzungen des Art 245 AEUV sowie des Verhaltenskodex für Mitglieder der Kommission zu ergreifen. Des Weiteren empfiehlt der Bürgerbeauftragte der Kommission, den Verhaltenskodex für Mitglieder der Kommission inhaltlich näher zu präzisieren und mit weiteren Sanktionen zu versehen, vor allem aber die Umstände genauer zu benennen, die die Kommission berechtigen, einzelne Sanktionen sowohl gegen aktive als auch gegen bereits ausgeschiedene Kommissare zu verhängen.

V. Schlussbetrachtungen

Es lässt aufforchen, wenn der Europäische Bürgerbeauftragte einmal aus eigener Initiative eine Untersuchung über eventuelle „Missstände“ in der Kommission durchführt, noch dazu, wenn es sich dabei um die politisch mehr als heikle Frage der Beschäftigung ausgeschiedener Kommissare handelt, die ja in diesem Zusammenhang unter der Verpflichtung stehen, „ehrenhaft“ und „zurückhaltend“ vorgehen zu müssen. Handelt es sich bei diesen Vorgaben aus Art 245 AEUV aber bloß um semantische „Leerformeln“, die über keinen präzisen materiellen Gehalt verfügen,³⁷ oder ist damit der Handlungsrahmen ausreichend umschrieben, der es der Kommission ermöglicht, ein eventuelles Fehlverhalten von Kommissaren zweifelsfrei zu erkennen und unter Umständen vor dem Gerichtshof gem Art 245 Abs 2 iVm Art 247 AEUV einklagen zu können? Genau um diese Fragestellung ging es bisher in einer Reihe von konkreten Anlassfällen, in denen die Kommission aber nicht mit dem entsprechenden Nachdruck auf einer Klärung derselben be-

34 OI/2/2014/PD, Pkt 16 (FN 1).

35 Der Paragraph 1.1.1 des alten Verhaltenskodex für Kommissare (2004) entspricht jetzt § 1.2. des nunmehrigen Verhaltenskodex (2011), der vorstehend auf Seite 137 zitiert wurde.

36 OI/2/2014/PD, Conclusion (FN 1).

37 Wie dies zB Edith Cresson behauptete. Siehe dazu vorstehend auf Seite 139.

stand. In diese Kerbe trifft nunmehr die *ex offa* vom Europäischen Bürgerbeauftragten eröffnete Untersuchung über ein eventuelles Fehlverhalten der Europäischen Kommission.

Aufgrund der Aktualität der Untersuchung der Europäischen Bürgerbeauftragten, Frau *Emily O'Reilly*, steht noch nicht fest, ob überhaupt und wenn ja, in welcher Intensität, die Kommission gewillt ist, die Feststellungen des Europäischen Bürgerbeauftragten zu berücksichtigen und auf dessen Anregungen einzugehen.

Diesbezüglich hatte die Europäische Bürgerbeauftragte am 5. 9. 2016 einen Brief an Kommissionspräsident *Juncker* gerichtet, in dem sie darauf hinwies, dass sie seit 2014 in ihrer Korrespondenz mit ihm eine Fülle von Anregungen zur Verbesserung der Aufsicht über die Aktivitäten ausgeschiedener Kommissare gegeben habe, von denen sie im gegenständlichen Schreiben auch fünf Maßnahmen besonders hervorhob. In der Folge richtete sie aber auch drei grundlegende Fragen an Präsident *Juncker* und bat diesen, ihr diese Fragen bis spätestens 14. 10. 2016 zu beantworten. Die in diesem Zusammenhang wichtigste praktische Fragestellung lautete folgendermaßen:

„This public unease will be exacerbated by the fact that Mr Barroso has publicly stated that he will be advising on the UK's decision to leave the EU. In this context, has the Commission considered issuing guidance to current Members, to Chief Negotiator Barnier and to staff in relation to how and whether they will engage with the former Commission President in his new role?“

Auch in der Debatte im Europäischen Parlament am 4. 10. 2016 mit Wirtschaftskommissar *Pierre Moscovici*³⁸ äußerte sich eine Reihe von Abgeordneten dahingehend, dass der Verhaltenskodex für die Kommissionsmitglieder gründlich verschärft werden muss, um Interessenkonflikte zu verhindern und das Vertrauen der Bürger in die politischen Institutionen wiederherzustellen. Einige verlangten eine Verlängerung der bisherigen „Abkühlphase“ von 18 Monaten, andere wiederum traten für klare Strafen für eindeutige Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften ein und eine weitere Gruppe forderte, dass der „Ad-hoc-Ethikausschuss“ ein unabhängiges Gremium wird, das endgültige Entscheidungen über die Angemessenheit von Tätigkeiten ehemaliger Kommissare fällen kann.

Im Zuge der gegenwärtigen Legitimitäts- und Vertrauenskrise, in die die EU und deren Organe, vor allem aber die Kommission, geraten ist, wäre es hoch an der Zeit, dass sich die Kommission mit dem Schlussbericht des Europäischen Bürgerbeauftragten näher auseinandersetzt und am besten ein „Grünbuch“ mit den Änderungen und Verbesserungen des Verhaltenskodex für Kommissare erstellt, über das dann eine öffentliche Konsultation abgehalten werden soll. Damit würde die interessierte Öffentlichkeit in die Diskussion über diese wichtigen Fragestellungen mit eingebunden werden. Die Ergebnisse dieser Konsultation wären dann in einem „Weißbuch“ der Kommission³⁹ zu konsolidieren, das anschließend veröffentlicht werden würde. Damit hätte die politisch brisante Frage, welche beruflichen Aktivitäten vor allem ausgeschiedenen Kommissaren überhaupt noch offenstehen, entsprechende Publizität erhalten und könnte nicht wie bisher des Öfteren von der Kommission klandestin und ohne Setzung von entsprechenden Sanktionen abgehandelt werden.

38 Abgeordnete fordern Verschärfung des Verhaltenskodex für Kommissionsmitglieder, http://www.europarl.at/de/aktuell-presse/meldungen/2016_meldungen/oktober_2016/pr-2016-oktober-3.html (abgefragt am 20. 10. 2016).

39 *Hummer*, Die „Bunt“- oder „Farbbücher“ der EU, Wiener Zeitung vom 24. 5. 2006, 11.

