

INITIATIVE LUDESCH für einen lebenswerten Walgau
Wingert Geissberg 19
6713 Ludesch

Ludesch, am 1. Februar 2021

Europäische Kommission
Rue de la Loi /Wetstraat 200
1049 Brüssel

Betreff:

1. Einschätzung einer Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs über das bürgerliche Initiativrecht zur Herbeiführung von Volksabstimmungen auf Gemeindeebene hinsichtlich ihrer rechtsstaatlichen und demokratischen Qualität
2. Verankerung der „unmittelbaren Teilnahme“ in der Europäischen Menschenrechtskonvention

Sehr geehrte Frau Věra Jourová, EU-Kommissarin für Werte und Transparenz

Sehr geehrte Frau Dubravka Šuica, EU-Kommissarin für Demokratie und Demografie

Die Initiative Ludesch, eine Bürgerinitiative aus Österreich, bittet Sie und Ihre Ressorts um die Einschätzung einer Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichtshof (VfGH) hinsichtlich ihrer rechtstaatlichen und demokratischen Aspekte. Zur Vorgeschichte siehe Anhang.

Die gegenständliche Rechtsprechung des VfGH sorgt für Irritationen bei der österreichischen Politik, quer durch das demokratische Parteienspektrum, und sie wird von renommierten Verfassungsjuristen aus gutem Grund kritisiert. Sie bedeutet den Entzug des bürgerlichen Initiativrechts zur Herbeiführung von Volksabstimmungen auf Gemeindeebene.

Inzwischen laufen politische Initiativen auf sämtlichen Ebenen der Republik Österreich, um das bürgerliche Initiativrecht so in der Bundesverfassung zu verankern, dass es nicht mehr „weginterpretiert“ werden kann. Wie erfolgreich diese Initiativen sein werden, ist schwer abzuschätzen.

Die gegenständliche Rechtsprechung des VfGH wirft grundlegende rechtsstaatliche und demokratische Fragen auf. Unterstützt von verfassungsrechtlicher Expertise haben wir uns bereits im Zuge der Gesetzesprüfung eingehend mit den Sachmaterien und der Argumentation des VfGH auseinandergesetzt. Zudem wurde die Entscheidung des VfGH einer Analyse unterzogen und wir möchten an dieser Stelle rechtsstaatliche und demokratiepolitische Bedenken äußern.

Wir bitten Sie, unsere Bedenken bzgl. der Rechtsprechung des VfGH G166/2020 u.a. Entscheidung vom 6. Oktober 2020 zu würdigen und zu bedenken.

Sie wiederholt und variiert eine umstrittene und viel diskutierte Rechtsprechung aus dem Jahr 2001 (G103/00 u.a. 28 Juni 2001; VfSlg 16.241/2001) und steht in enger gedanklicher Verbindung mit einer Rechtsprechung aus dem Jahr 2005 (G62/05 u.a. 18 Juni 2002) – der gemeinsame Nenner dieser drei (auch in der Rechtslehre) kontrovers diskutierten Rechtsprechungen des VfGH ist das bürgerliche Initiativrecht zur Herbeiführung von Volksabstimmungen, es geht also um eine zutiefst demokratische Angelegenheit, ja, um den innersten Charakter des eben Demokratie Genannten. Allen Rechtsprechungen in dieser Sache liegt ein bestimmtes Verständnis des

Verfassungsgerichtshofs zugrunde. Es kann mit gutem Grund davon ausgegangen werden, dass die Rechtsnormen der Österreichische Bundesverfassung auch im Sinne des bürgerlichen Initiativrechts interpretierbar gewesen wären.

Wir bitten das Ressort Werte und Transparenz, die Rechtsprechung des VfGH (G 166/2020) zu analysieren und auf ihre rechtsstaatliche Qualität hin zu befragen.

Falls sich unsere Bedenken als zutreffende erweisen, bitten wir Sie, die Bedenken in angemessener Form in den Bericht über die Rechtsstaatlichkeit in den 27 EU-Mitgliedsstaaten aufzunehmen und mit der Republik Österreich zu besprechen.

Die Bedenken sind im Anhang dargelegt und begründet.

Warum die Begründung und die Argumentation des VfGH für ein demokratisches Verständnis von politischen und legislativen Prozessen als demokratischen nicht nachvollziehbar ist, wird im Zusammenhang mit unseren Bedenken im Anhang dargelegt.

Wir bitten daher auch das Ressort Demokratie und Demografie, die Rechtsprechung des VfGH zu analysieren und insbesondere auf ihre demokratische Qualität hin zu befragen.

Zugleich möchten wir die Herausgabe eines Demokratieberichts zum Zustand der Demokratie in den 27 EU-Mitgliedstaaten anregen. Ihn aufgrund der Verschränkung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in den EU-Mitgliedstaaten gemeinsam mit dem Rechtsstaatlichkeitsbericht herauszugeben, liegt nahe. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind bei aller Verschiedenheit ihrer Prinzipien voneinander elementar aufeinander angewiesen, sie bedingen einander. Europa als Verantwortung zu denken – wird auch heißen, die Demokratie weiterzuentwickeln, mithin entscheidungsbefugte demokratische Teilnahme auf Augenhöhe zu ermöglichen und zu stärken. In ihr liegt eine Voraussetzung zur politischen Teilnahme der Bürger*innen, fehlt sie, sinkt die Bereitschaft.

In diesem Sinn regen wir die Aufnahme der „unmittelbaren Teilnahme“, die auch ein genuin demokratisches Menschenrecht ist (Art.25 IPbPR;1966), in die Europäische Menschenrechtskonvention, die – unserem Kenntnisstand nach – nur ein Recht auf freie und unabhängige Wahlen kennt, an. Näheres hierzu ebenfalls im Anhang.

Uns ist klar, die Rechtsprechung des VfGH tangiert eine vielschichtige Grundsatzdebatte bei der divergierende Demokratie-, Rechtsstaats- und Souveränitätsbegriffe ins Rennen geführt werden können, umso wichtiger (erscheint uns), dass die EU-Kommission in dieser Frage unmissverständlich Farbe bekennt.

Für Rückfragen stehen wir zur Verfügung und bitten um Bescheid, wie ein weiteres Vorgehen ausschauen wird. Herzlichen Dank im Voraus.

Mit engagierten Grüßen

Hildegard Burtscher und Christoph Aigner – für die Initiative Ludesch

Bedenken der Initiative Ludesch

- 1. bzgl. der Entscheidung des VfGH G 166 / 2020 u.a. 6. Oktober 2020 in rechtsstaatlicher und demokratischer Hinsicht**
- 2. bzgl. des Fehlens der unmittelbaren Teilnahme (im Sinne von Art.25 IPbpR) in der EMRK**

Vorgeschichte

Wir sind eine Bürgerinitiative aus Ludesch in Österreich. Ausgangspunkt unseres Engagements war der Erhalt von gesetzlich geschützten Flächen für die landwirtschaftliche Nutzung. Im Zuge eines Erweiterungsprojekts der Getränkeindustrie (Rauch, Red Bull, Ball), die sich in unserer Heimatgemeinde vor allem wegen der gebührenfreien Nutzung des ergiebigen Walgauer Grundwasservorkommens niedergelassen hat, sollten diese Flächen verbaut werden. Als Ultima Ratio veranlassten wir eine Volksabstimmung auf Gemeindeebene. Sie ging klar für den Erhalt der Flächen aus. Daraufhin brachten die Grundstückseigentümer eine Wahlanfechtung beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) ein, der stattgegeben wurde. Um sie entscheiden zu können, leitete der VfGH ein Gesetzesprüfungsverfahren ein, in dessen Verlauf der VfGH die landesgesetzliche Rechtsgrundlage von Volksabstimmungen auf Gemeindeebene als verfassungswidrig beurteilt hat.

Als Initiatoren der Volksabstimmung wurde uns vom VfGH die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Im Laufe unserer von juristischer Expertise begleiteten Auseinandersetzung mit den Bedenken und Argumentationen des VfGH sind unsere Zweifel an der rechtsstaatlichen Qualität des Vorgehens und der demokratischen Qualität der Begründung des VfGH gewachsen.

Umriss der Situation

Das Ludescher Volksabstimmung (Anlassfall) wurde aufgehoben und dem Land Vorarlberg eine Frist gesetzt, binnen der die relevanten Gesetzesstellen (Präjudizibilität) zu reparieren sind, mit anderen Worten, sie muss das bürgerliche Initiativrecht zur Herbeiführung von Volksabstimmungen auf Gemeindeebene aus den Gesetzen streichen.

Das bürgerliche Initiativrecht zur Herbeiführung von Volksabstimmungen auf Gemeindeebene wurde den Bürger*innen von der Vorarlberger Landesgesetzgebung eingeräumt und ist in der Bundesverfassung durch die unmittelbare Teilnahme, bei der das Wahlvolk anstelle der an sich zuständigen Gemeindeorgane entscheidet (Art. 117 Abs. 8 B-VG) und das in Art.1 B-VG festgeschriebene demokratische Prinzip abgesichert: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“

Hingegen vertritt der VfGH die Rechtsmeinung, dass eine repräsentative Körperschaft (National- und Bundesrat, Landtag, Gemeinderat) nicht gegen ihren Willen an eine demokratische Entscheidung des Souveräns (Volksabstimmung) gebunden werden kann. Das verletze das vom VfGH so genannte repräsentativ demokratische Grundprinzip der Bundesverfassung bzw. genau das werde durch das vom VfGH so genannte repräsentativ demokratische System (der Gemeindegeldverwaltung, der Landes- oder auch der Bundesverwaltung; auf Gemeindeebene verkörpert in u.a. Art.118 Abs.5 B-VG) ausgeschlossen. Das wirft grundsätzliche Fragen über das Wesen der Demokratie und des demokratisch verfassten Rechtsstaates auf.

Wichtig ist, zwischen der Bundesverfassung und der Auslegung des Verfassungsgerichtshofs zu unterscheiden. Die Auslegung des Verfassungsgerichtshof reduziert das demokratische Prinzip auf das von ihm so genannte repräsentativ demokratische Grundprinzip als Baugesetz der Verfassung

und sie prägt die vom Verfassungsgesetzgeber als eigenständige direkt demokratische Form konzipierte „unmittelbare Teilnahme“ in eine „Mitwirkung“ um.

Aber: Die Formen der unmittelbaren Teilnahme (z.B. Volksabstimmungen) unterscheiden sich grundlegend von Formen der Mitwirkung (z.B. Volksbefragung, Volksbegehren, Bürgerräte). Und. Die Auslegung einer Rechtsnorm ist keine inhaltliche Neubestimmung derselben.

Der Rechtswissenschaftler Mathias Eller formuliert es in einem Blog des Instituts für Föderalismus Innsbruck¹ so: „Art 117 Abs 8 B-VG, welcher in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde die Landesgesetzgebung ermächtigt, die unmittelbare Teilnahme und Mitwirkung der zum Gemeinderat Wahlberechtigten vorzusehen, wird so de facto zu einer leeren Floskel. (...) Den Absichten des Bundesverfassungsgesetzgebers steht diese Entscheidung nunmehr diametral entgegen.“

Eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die eine verfassungsrechtliche Bestimmung „de facto zu einer leeren Floskel“ macht, und dem Willen des parlamentarischen Verfassungsgesetzgebers „diametral entgegensteht“ soll im Sinne der Verfassung sein?

1. Unsere zentralen Bedenken

Erstens – Der VfGH nimmt eine inhaltliche Neubestimmung einer verfassungsrechtlichen Bestimmung (Art. 117 Abs. 8 B-VG; unmittelbare Teilnahme) vor. Er entkernt den die Form erfassenden Begriff „unmittelbare Teilnahme“ und prägt sie zu einer Form der Mitwirkung um. Eine inhaltliche Neubestimmung ist keine Auslegung; Diese inhaltliche Neubestimmung setzt sich über die zutiefst demokratische Absicht des parlamentarischen *Verfassungsgesetzgebers* hinweg. Im Zuge einer Verfassungsnovelle wurde die „unmittelbare Teilnahme“ bereits 1984 in die Österreichische Bundesverfassung aufgenommen und bildet seither die verfassungsrechtliche Ermächtigung und Absicherung der Landesgesetzgebung, die (Form) „unmittelbare Teilnahme“ auszugestalten. Die Rechtsprechung des VfGH nimmt den Bürger*innen – de facto (und auf einfachgesetzlicher Ebene de jure) – ein zutiefst demokratisches und bewährtes Bürgerrecht. Das ist ein demokratiepolitischer Rückschritt, der das Vertrauen in die rechtsstaatlichen Institutionen bei vielen Landsleuten nachhaltig beschädigt.

Zweitens – Der VfGH lässt die Frage nach der Verantwortung beim obersten (Gemeinde)Organ enden und verfehlt damit die besondere Verantwortung der Legislative bzw. legislativ befugten Organe, die als repräsentativ demokratische jenen in der Verantwortung stehen, die durch sie repräsentiert werden.

Drittens – Der VfGH reduziert das demokratische Prinzip auf ein von ihm so genanntes repräsentativ demokratisches Grundprinzip als Baugesetz der Bundesverfassung. Damit verfehlt er das demokratische Prinzip auf sehr grundsätzliche und grundlegende Weise. Das demokratische Prinzip besteht an sich aus zwei grundlegenden Elementen – dem direkt demokratischen und dem repräsentativ demokratischen –, die als (zumindest)² gleichberechtigte und einander ergänzende verstanden werden.

¹ https://www.foederalismus.at/blog/direkte-demokratie--nur-noch-ein-blosses-lippenbekenntnis_249.php?&title=direkte-demokratie--nur-noch-ein-blosses-lippenbekenntnis&id=249

² *demos*, Wahlvolk, Staatsvolk; *kratos*, Herrschaft. Darin deutet sich auch die Frage nach dem Innehaben des letzten Wortes an, bzw. die nach dem, was der VfGH „Systementscheidung“ nennt. Und die in einer Demokratie immer nur vorläufig beantwortet respektive entschieden werden kann, denn der *Demos* ist sterblich.

Grundsätzliches, kurz angemerkt.

Rechtsstaatlichkeit bedeutet nicht nur (per Gewaltenteilung) ein verbindliches Recht zu schaffen und die Ausübung der staatlichen Gewalt an das Recht zu binden, bedeutet nicht nur das staatliche Handeln durch Rechtsbindung zu legitimieren und den Einzelnen vor staatlicher Willkür zu schützen, bedeutet nicht nur eine unabhängige Judikative zu gewährleisten sondern eben auch – umgekehrt – Verfahrenskonformität und Einhaltung der erteilten Kompetenzen als Schutz vor willkürlicher Rechtsprechung. Eine unbeschränkte Rechtsherrschaft konterkariert die demokratisch verfasste Rechtsstaatlichkeit liberalen Zuschnitts. Im gegenständlichen Fall besteht die ausgeübte Rechtsherrschaft in einem System an Rechtsprechungen der Verfassungsgerichtsbarkeit, das als Hintergrund ihrer „restriktiven Auslegungen“ fungiert, und ein rechtsstaatliches und demokratisches Defizit der österreichischen Bundesverfassung (Fehlen eines bürgerlichen Initiativrechts zur Herbeiführung von Volksabstimmungen auf sämtlichen Ebenen der österreichischen Staatlichkeit) etabliert bzw. mit jeder weiteren auf einem bestimmten Verfassungsverständnis basierenden Rechtsprechung des VfGH bestätigt, vertieft und vergrößert.

Beide Sphären, die des Rechts und die der Politik, sind angehalten – und im Rahmen der Staatlichkeit als demokratischer – verpflichtet, den Souverän als Souverän anzuerkennen. Ein Staat gilt gemeinhin dann als demokratisch, wenn das Volk (im Sinne von Demos) der souveräne Träger der Staatsgewalt ist. Mithin die verfassungsgebende Gewalt verkörpert, die die beiden aufeinander angewiesenen und miteinander konkurrierenden Sphären Recht und Politik miteinander verbindet. Wie auch Sie wissen, bildet die verfassungsgebende Gewalt die Spitze der juristischen Normen-Hierarchie. Und. Ohne Vertrauen der Bevölkerung in die Gewaltenteilung bzw. die rechtsstaatlichen Institutionen sind beide Sphären undenkbar.³

Uns ist klar, dass man lang darüber diskutieren kann, ob Rechtsstaatlichkeit per se auf lange Sicht mit Demokratie einher- oder auch übereingehen muss⁴. Wir denken in den 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind die beiden nicht voneinander zu trennen und sind in Verbindung miteinander und Bezug aufeinander zu denken (Art.2 EUV Lissabon);

Im Falle von Österreich gilt es zu bedenken, dass das Recht der demokratischen Staatlichkeit, den Anspruch demokratisch legitimiert zu sein, verfassungsrechtlich festschreibt (Art.1 B-VG), es geht vom Volk aus.

Und es liegt in der Charakteristik des demokratischen Prinzips und im Namen des eben Demokratie Genannten, dass dieses vom Volk ausgehen des Rechts teils auf direktem teils auf indirektem Wege vonstattengehen kann und soll. Und dass dem Volk die Entscheidung darüber zuzugestehen ist. Alles andere verdient weder den Namen Demokratie noch kann das an den Staat gebundene Recht den Anspruch erheben vollumfänglich demokratisch legitimiert zu sein. In der Aussage von Art 1 B-VG gehen das demokratische Prinzip und das rechtsstaatliche Prinzip der österreichischen Bundesverfassung überein.

Uns ist klar, die Rechtsprechung des VfGH tangiert eine vielschichtige Grundsatzdebatte bei der divergierende Demokratie-, Rechtsstaats- und Souveränitätsbegriffe ins Rennen geführt werden können, umso wichtiger (erscheint uns), dass die EU-Kommission in dieser Frage unmissverständlich Farbe bekennt.

³ Rechtsstaatliche Institutionen im Sinne der formellen Rechtsstaatlichkeit, die als Bindung der Staatsgewalt an bestimmte Formen ihrer Ausübung verstanden wird, konkret, in Form gewaltbeschränkender Zuständigkeit und kontrollierbarer Verfahren.

⁴ Erinnert sei an dieser Stelle z.B. an Hans Kelsens Diktum, jeder Staat sei ein Rechtsstaat.

Mit diesen drei höchstrichterlichen Rechtsprechungen, die dem Souverän kein Initiativrecht zur Herbeiführung einer Volksabstimmung zuerkennen, und mithin den Souverän nicht als solchen anerkennen, tritt eins klar zutage: Entgegen dem demokratischen Prinzip scheint es nicht zu genügen, dass gemäß Art.1 B-VG das Recht der demokratischen Republik Österreich vom Volk ausgeht, anscheinend muss auch ausdrücklich formuliert werden, *wie* es das tut. Teils unmittelbar (per Volksabstimmungen) und teils mittelbar (via Abstimmungen im Parlament und Landtag) – im Sinne des demokratischen Prinzips, das aus zwei grundlegenden Elementen besteht, dem direkt demokratischen und dem repräsentativ demokratischen, die als gleichberechtigte und einander ergänzende verstanden werden, und eben nicht als Herrschaft des einen über das andere. In demokratisch verfassten Rechtsstaaten liberalen Zuschnitts ist das Volk der Souverän.

Zu den einzelnen Bedenken

1.1 zu *erstens* - Der VfGH nimmt eine inhaltliche Neubestimmung einer verfassungsrechtlichen Bestimmung (Art. 117 Abs. 8 B-VG; unmittelbare Teilnahme) vor. Eine inhaltliche Neubestimmung ist keine Auslegung;

Ein zentrales Element des rechtsstaatlichen Prinzips der österreichischen Bundesverfassung ist die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofs für die Normenkontrolle (Art. 140 B-VG). Das hermeneutische Interpretieren von Normen ist von der inhaltlichen Neubestimmung einer Norm als spezifische Form der Normenerstellung zu unterscheiden. Des Weiteren wird zwischen einem Prüfungsmaßstab (höherrangige Rechtsnorm, Verfassung) und einem Prüfungsgegenstand (niederrangigere Rechtsnorm, Gesetze, Verordnungen) unterschieden. Ein Eingriff in den Prüfungsgegenstand⁵ liegt durchaus im Rahmen der Normprüfungskompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, aber ein Eingriff in den Prüfungsmaßstab ist nicht vorgesehen.

Bei der Normenkontrolle unterliegt die exegetische Jurisprudenz einem weiteren zentralen Element des rechtsstaatlichen Prinzips der Bundesverfassung: dem Grundsatz der Maßgeblichkeit der verfassungsrechtlichen Normen bzw. der Verfassung. In diesem Sinne sehen wir in der gegenständlichen Rechtsprechung (G 166/2020 u.a. vom 6.10.2020) eine die grundlegenden Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit verletzende Kompetenzüberschreitung des VfGH. Grundsätze wie die eben angeführten dürften auch dem Verfassungsgerichtshof nicht zur beliebigen Disposition stehen.

Mit der Rechtsprechung G166/2020 greift der Verfassungsgerichtshof in den Prüfungsmaßstab ein, per Neubestimmung der verfassungsrechtlichen Bestimmung Art. 117 Abs.8 B-VG, die der Entscheidung des VfGH vom 6.Oktober 2020 vorausgeht, wird er zum *Verfassungsgesetzgeber*. Seine Entscheidung ersetzt jene des parlamentarischen Verfassungsgesetzgebers, dadurch tritt der VfGH in dieser Entscheidung an die Stelle des parlamentarischen Verfassungsgesetzgebers und überschreitet die per Gewaltenteilung festgelegten Grenzen zwischen der ersten und der dritten Gewalt.

Bereits im Beschluss zur Normenprüfung konstatiert er eine Konkurrenz zwischen Art.117 Abs.8 B-VG (unmittelbare Teilnahme) und Art.118 Abs.5 B-VG (Weisungsbindung). Dann passiert erstaunliches. Nennen wir diese vom VfGH konstatierte Konkurrenz ein Problem. Das Problem, das

⁵ Ein Eingriff in den Prüfungsgegenstand besteht im Aufheben und Verwerfen der niederrangigeren als nicht verfassungskonform beurteilt Rechtsnorm, womit die Verfassungsgerichtsbarkeit zum negativen Gesetzgeber wird.

der VfGH erkennt (zu erkennen meint), liegt im Prüfungsmaßstab (zwei höchste und also gleichrangige Rechtsnormen als grundlegende) und nicht im Prüfungsgegenstand (niederrangigere Rechtsnorm, die auf der Grundlage der höherrangigen Rechtsnorm erstellt wird). Und das will der VfGH nicht erkennen können⁶. Er löst das Problem, indem er den Prüfungsmaßstab in genau dem problematischen Sachverhalt (unmittelbare Teilnahme) neu bestimmt, und ihn dadurch a) zugunsten der Weisungsbindung entscheidet⁷, wodurch b) dem Prüfungsgegenstand (die einfachgesetzliche Norm als niederrangigere) die Konformität entzogen wird.

Der VfGH vermeidet es tunlichst, die verfassungsrechtliche Norm Art. 117 Abs. 8 B-VG selbst als unmittelbar „konkurrierende“ in den Vordergrund treten zu lassen, denn in der vorgesehenen Konzeption und Form namens „unmittelbare Teilnahme“ verkörpert sich a) der parlamentarische *Verfassungsgesetzgeber* und b) eine mögliche Entscheidung der angeblichen Konkurrenz zugunsten der unmittelbaren Teilnahme, bei der das Gemeindevolk (Souverän) anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane entscheidet. Der Souverän entscheidet anstelle seiner politischen Stellvertretung, als für die Belange und Aufgaben der Gemeinde zuständige. Er entscheidet anstelle des Gemeinderats, dem gegenüber das je zuständige Gemeindeorgan weisungsgebunden ist. Mit dieser Weisungsbindung wird, gemäß dem Legalitätsprinzip (Art.18 Abs.1 B-VG), eine Kompetenz des Gemeinderats als oberstes Gemeindeorgan, die eine Zuständigkeit inkludiert, eingerichtet. Aber genau dieser vorgesehenen Konzeption und Charakteristik der direkt demokratischen Form „unmittelbare Teilnahme der zum Gemeinderat Wahlberechtigten“ soll durch das vom VfGH so genannte System der Gemeindegeldverwaltung, das die „Bundesverfassung als repräsentativ demokratisches eingerichtet habe“ ausgeschlossen bzw. mit ihm unvereinbar sein.

Die Logik seiner Rechtsansicht läuft darauf hinaus, dass die Bestimmung Art. 117 Abs. 8 B-VG in ihrer vorgesehenen und per Verfassungsnovelle 1984 in die österreichische Bundesverfassung eingeführten Konzeption und Charakteristik (unmittelbare Teilnahme als entscheiden des Wahlvolks anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane; man beachte den Plural) verfassungswidrig ist, denn: das konkurriere, das widerspreche, das sei unvereinbar mit einer gleichrangigen verfassungsrechtlichen Norm (Art. 118 Abs. 5 B-VG) und der darin festgelegten Weisungsbindung des jeweils zuständigen Gemeindeorgans an den Gemeinderat, die den Gemeinderat zum obersten Gemeindeorgan auszeichne, dessen „besondere Stellung“ es jedoch ausschließe, dass er auch gegen seinen Willen an eine Entscheidung des Souveräns (Volksabstimmung) gebunden werden könne.

Der VfGH schließt daraus, dass die Norm Art. 117 Abs. 8 nicht so verstanden werden könne, wie sie vorgesehen ist, bestimmt ihr Verständnis und versucht, das bestimmende Verstehen als bereits in der Konzeption der verfassungsrechtlichen Norm Art. 117 Abs. 8 B-VG liegendes zu begründen⁸. Unsere Ausführungen kommen weiter unten genauer darauf zurück.

Wir denken, wenn diese Unvereinbarkeit wirklich gegeben wäre (tatsächlich der Fall und nicht nur je nach Verständnis und Interpretation möglich oder eben nicht), dann hätte der VfGH eine Normenkollision anzeigen müssen, statt a. ihr „Verständnis“ – entgegen dem Prinzip der Maßgeblichkeit der verfassungsrechtlichen Normen / Verfassung – zu bestimmen und b. einen

⁶ Er müsste seiner Logik zufolge den „Systemwechsel“, der nicht nur mit Art. 117 Abs. 6 B-VG (Bürgermeisterdirektwahl) vollzogen wurde, sondern eben auch - und mehr noch - mit Art. 117 Abs. 8 B-VG (unmittelbare Teilnahme) anerkennen; unsere Ausführungen kommen später darauf zurück.

⁷ Die verfassungsrechtliche Norm Art 117 Abs 8 B-VG wird „im Lichte“ der gleichrangigen Norm Art. 118 Abs. 5 B-VG und „vor dem Hintergrund“ seiner vergangenen Rechtsprechungen bestimmt, konkret: die „unmittelbare Teilnahme“ wird durch die „Weisungsbindung“ entschieden.

⁸ Entscheidung vom 6. Oktober 2020, G166-168/2020-15; S.7

Schritt weiterzugehen, nämlich aus der eigenständigen Form „unmittelbare Teilnahme“ eine Form der „Mitwirkung“ und des „Mitwirkungsrechts“ zu machen.

Denn: So ist die „unmittelbare Teilnahme“ als entkernte und vom Verfassungsgerichtshof bestimmte Form in der Bundesverfassung verankert. Als (formell und materiell) gültiger Prüfungsmaßstab, dessen Rechtsquelle aber nicht die Legislative in Form des parlamentarischen Verfassungsgesetzgebers ist, sondern die Rechtsprechung (Judikative) der Verfassungsgerichtsbarkeit, die im Falle der „unmittelbaren Teilnahme“ zum (genaugenommen weder nur negativen noch nur positiven) *Verfassungsgesetzgeber* wird.

Die Form „unmittelbare Teilnahme“ wurde entkernt und der repräsentativ demokratischen Willkür unterstellt und als solche verfassungsrechtlich in Kraft gesetzt bzw. „bestätigt“. Das ist gar nicht gut. Weil das a) weder dem demokratischen noch dem liberalen Prinzip der Bundesverfassung gerecht, und weil sich das b) über die Absicht und den Willen des parlamentarischen *Verfassungsgesetzgeber* (als die höchste Form der ersten Gewalt) hinweg setzt. Wir denken, darin liegt eine Verletzung der Gewaltenteilung, mithin des Kerns der Rechtsstaatlichkeit.

Ob er die Norm (bzw. Teile der Norm) Art. 117 Abs. 8 B-VG als verfassungswidrig aufheben hätte müssen – womit er zum „negativen *Verfassungsgesetzgeber*“ geworden wäre – möchten wir nicht beurteilen. Eine etablierte verfassungsrechtliche Norm als verfassungswidrig aufzuheben wäre – soweit uns ersichtlich – ein Präzedenzfall⁹ gewesen. Präzedenzfall, in dessen Zentrum die Frage nach der verfassungsgebenden Gewalt und der verfassungsverändernden Gewalt aufkreuzt.

An dieser schwierigen Frage ist eins klar – der Verfassungsgerichtshof (mithin die exegetische Jurisprudenz) ist weder die verfassungsgebende noch die verfassungsabändernde Gewalt; das widerspricht dem Prinzip der Gewaltenteilung – und damit dem Kern der Rechtsstaatlichkeit – fundamental.

Der VfGH greift in den Prüfungsmaßstab ein (er bildet die verfassungsrechtliche Ermöglichung und Absicherung der „unmittelbaren Teilnahme“ in der Landesgesetzgebung als Prüfungsgegenstand der Normenkontrolle) wodurch der präjudizielle Prüfungsgegenstand (landesgesetzliche Bestimmungen, die die unmittelbare Teilnahme ausgestalten) seine Konformität verliert und „verfassungswidrig“ wird.

Der VfGH bezeichnet sein Vorgehen als restriktive Auslegung. Wir werden in Folge darlegen, warum sein Agieren keine restriktive Auslegung ist, sondern ein Eingriff, der die Charakteristik der Norm verändert. Wie auch immer. Festzuhalten bleibt. Selbst wenn das Vorgehen des VfGH als „restriktive Auslegung“ klassifiziert wird: diese angeblich restriktive Auslegung verwirft die verfassungsrechtliche Norm Art.117 Abs. 8 B-VG materiell und zugleich wird sie formell bestätigt.

Wichtig. Es geht nicht um die Unvereinbarkeit einer einfachgesetzlichen Norm mit einer höherrangigen Norm, die der Verfassungsgerichtshof aufgrund dieser, nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Normen festgestellten Unvereinbarkeit aufzuheben berechtigt ist, die er somit als einfachgesetzliche verwirft bzw. destruiert, wodurch er zum negativen Gesetzgeber wird. Ja, es geht in dieser Gesetzesprüfung im Grunde nicht um die Verfassungskonformität von niederrangigeren Rechtsnormen (Landesgesetzgebung), sondern von gleichrangigen, die

⁹ Abgesehen vielleicht von einer versuchten Einschränkung der Prüfungscompetenz des VfGH in §126a Bundesvergabegesetz durch den Verfassungsgesetzgeber; er urteilte damals in eigener Sache; die entsprechende Verfassungsbestimmung wurde 2001 aufgehoben

„verfahrenskonform“ zustande gekommen sind. Die also im Sinne der formellen Rechtsstaatlichkeit gültig sind.

Es geht um deren Inhaltlichkeit (Materialität) – sie steht auf dem Spiel, sie wird vom VfGH „verhandelt“ und „überprüft“. Konkret, die „unmittelbare Teilnahme“ als zutiefst demokratische Form – soll „verfassungswidrig“ sein? Die vor dem Hintergrund seiner Rechtsprechungen (sie erfolgten allesamt *nach* der Einführung von Art. 117 Abs. 8 B-VG), wie der VfGH anmerkt, *„eine deutlichere Entsprechung im Wortlaut des Art. 117 Abs. 8 B-VG erfordern dürfte“* um *„eine bundesverfassungsgesetzliche Ermächtigung Entscheidungen des Gemeindevolks anstelle des Gemeinderats vorzusehen.“*¹⁰

Die Formulierungen, die den Begriff und die Form „unmittelbare Teilnahme“ angemessen in Worte fassen, sind unmissverständlich, klar und explizit: Entscheiden des Gemeindevahlvolks anstelle der zuständigen Gemeindeorgane; – das inkludiert den Gemeinderat.

Und eine der beiden gleichrangigen und höchsten Rechtsnormen zugunsten der gleichrangig anderen zu „bestimmen“, zu „entscheiden“, zu „verwerfen“, überschreitet die Normprüfungskompetenzen des VfGH. Die Verfassung ist der Prüfungsmaßstab, und nicht das Verständnis des VfGH, das auf einer zu weit gehenden Reduktion des demokratischen Prinzips auf ein repräsentativ demokratisches Grundprinzip als Baugesetz der Verfassung fußt.

Wie erfolgt dieser Eingriff? Wie tritt er zutage? Als was sieht ihn der VfGH?

Wie erfolgt dieser Eingriff – unscheinbar und in eine Häufung an Konjunktiven gehüllt.
Wie tritt er zutage – in einem bestimmten Verständnis der „unmittelbaren Teilnahme“.
Als was sieht ihn der VfGH – als restriktive Auslegung.

Der Reihe nach.

Art. 118 Abs. 5 B-VG *„Der Bürgermeister, die Mitglieder des Gemeindevorstands (Stadtrates, Stadtsenats) und allenfalls bestellte andere Organe der Gemeinde sind für die Erfüllung ihrer dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zugehörigen Aufgaben dem Gemeinderat verantwortlich.“*

Art. 117 Abs. 8 B-VG *„In Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde kann der Landesgesetzgeber die unmittelbare Teilnahme und Mitwirkung der zum Gemeinderat Wahlberechtigten vorsehen.“*

Festzuhalten bleibt: Der parlamentarische Verfassungsgesetzgeber versteht unter „unmittelbarer Teilnahme“ folgendes. Sie soll laut Erläuterung zur Regierungsvorlage darin bestehen, *„dass den zum Gemeinderat Wahlberechtigten (...) anstelle der an sich zuständigen Gemeindeorgane überlassen wird.“*

Zudem unterscheidet er sie von Formen der Mitwirkung. Die gesamte Textstelle im Wortlaut: *„Dabei soll die unmittelbare Teilnahme der zum Gemeinderat Wahlberechtigten darin bestehen, daß ihnen – wie dies etwa bei einer Volksabstimmung der Fall ist – in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde die Entscheidung anstelle der an sich zuständigen Gemeindeorgane überlassen wird. Dagegen erfasst der Begriff der Mitwirkung andere Formen direkter Demokratie, wie zb Volksbegehren, oder Volksbefragungen.“* (446 BlgNR 16. GP,7).

¹⁰ Entscheidung vom 6. Oktober 2020, G166-168/2020-15; S.7

Und der Sinn und Zweck (Telos) von Art. 117 Abs. 8 B-VG besteht laut Erläuterungen zur Regierungsvorlage in der verfassungsrechtlichen Absicherung möglicher Einrichtungen direkter Demokratie – die auch zum Teil derzeit bereits praktizierte Formen direkter Demokratie umfassen oder auch betreffen. *„Ziel dieser Bestimmung ist es, mögliche Einrichtungen und zum Teil derzeit bereits praktizierte Formen direkter Demokratie auf Gemeindeebene bundesverfassungsgesetzlich abzusichern.“* (446 BlgNR 16. GP,7)

Was tut der Eingriff? Der Eingriff legt das Verständnis des Begriffs und der Form „unmittelbare Teilnahme“ als Bestandteil der verfassungsrechtlichen Norm Art. 117 Abs. 8 B-VG fest. Und er entkernt die Form und den Begriff der unmittelbaren Teilnahme. Die dann ausschließen soll, was ihre Form und ihr Begriff vorsehen. Im Akt der Entkernung setzt er sich über die zutiefst demokratische Absicht und den Willen des parlamentarischen Verfassungsgesetzgebers hinweg.

Sie verliert ihre Eigenständigkeit, und wird der Willkür der repräsentativen Körperschaft unterstellt, sie wird um ihr zentrales und innerstes Kennzeichen – anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane entscheiden. Dieser Plural inkludiert den Gemeinderat, unter anderem weil ihm gegenüber gemäß Art. 118 Abs. 5 B-VG sämtliche Gemeindeorgane in Form einer Weisungsbindung verantwortlich sind, womit eine Kompetenz etabliert wird, die eine Zuständigkeit inkludiert.

Die „unmittelbare Teilnahme“ wird nicht nur eingeschränkt (restringiert), sondern es ist ihr Zentrum, das ausgeschlossen sein soll. Und. Sie soll nicht so verstehbar sein, wie sie vom Verfassungsgesetzgeber konzipiert und verstanden wurde. Und es soll am Begriff der „Teilnahme“ und „Mitwirkung“ selbst liegen, die ihr vorgesehene Verständnis ausschließen sollen.

„Zunächst dürfte die Aussage in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage, dass Art. 117 Abs. 8 B-VG auch eine "Entscheidung [des Volkes] anstelle der an sich zuständigen Gemeindeorgane" ermögliche, nicht so verstanden werden können, dass damit eine Volksabstimmung durchgeführt werden darf, die den Gemeinderat als oberstes Organ der Gemeindeselbstverwaltung iSd Art. 118 Abs. 5 B-VG inhaltlich auch dann bindet, wenn dieser in der Angelegenheit, auf die sich die Volksabstimmung bezieht, oder über die Durchführung der Volksabstimmung selbst keinen Beschluss gefasst hat. Diese Annahme dürfte Art. 117 Abs. 8 B-VG nicht entsprechen. Die darin verwendeten Begriffe der "Teilnahme" und "Mitwirkung" der Wahlberechtigten dürften dies ausschließen, weil sie eine zwingende Beteiligung des Gemeinderates an der Willensbildung implizieren dürften. Dafür dürfte auch die Ausgestaltung der Gemeindeselbstverwaltung als "demokratisch-parlamentarisches System" (VfSlg. 13.500/1993) sprechen, an der sich auf Grund des unverändert gebliebenen Wortlautes des Art. 118 Abs. 5 B-VG – und der sich daraus ergebenden Stellung des Gemeinderates – auch nach der Einführung des Art. 117 Abs. 8 B-VG grundsätzlich nichts geändert haben dürfte.“¹¹

Der Eingriff erfolgt unter Berufung auf Art. 118 Abs. 5 B-VG bzw. das vom VfGH so genannte repräsentativ demokratische Grundprinzip der Bundesverfassung und die vergangene Rechtsprechung des VfGH, die u.a. ein Grundkonzept der Verfassung skizziert (!)

Der VfGH schränkt das Verständnis des innersten Charakteristikums der unmittelbaren Teilnahme ein, er entkernt ihre Form (eidos), wobei die Form der unmittelbaren Teilnahme zu einer Form der Mitwirkung wird. Und einige Zeilen weiter zu einem Mitwirkungsrecht.

„Davon dürfte auch der Verfassungsgerichtshof in VfSlg. 13.500/1993 ausgegangen sein: "Diese Ermächtigung erfolgte im Hinblick auf das verfassungspolitische Anliegen der Einführung direkt-

¹¹ Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.7

demokratischer Mitwirkungsrechte des Gemeindevolkes; ihre Existenz bestätigt das eben skizzierte Grundkonzept einer repräsentativ-demokratischen Verfassung mit jeweils ausdrücklich formulierten direkt-demokratischen Elementen." ¹²

Für die „restriktive Auslegung“ – ein den Eingriff in das innerste Charakteristikum der unmittelbaren Teilnahme kaschierende Wendung – spreche auch VfSlg. 13.500/1993. In ihm wird die unmittelbare Teilnahme unter „direkt-demokratische Mitwirkungsrechte des Gemeindevolkes“ subsumiert und ein „Grundkonzept einer repräsentativ-demokratischen Verfassung mit jeweils ausdrücklich formulierten direkt-demokratischen Elementen“ skizziert, das dadurch „bestätigt“ werde. Die restriktive Auslegung werde zudem durch das vom VfGH so genannten Homogenitätsprinzip der Verfassung nahegelegt.

Auch hier: Es mag angehen, dass eine Rechtsprechung das Grundkonzept einer Verfassung aus Verständnisgründen skizziert – aber das von der Verfassungsgerichtsbarkeit entworfene Grundkonzept kann keine Begründung für ein Präjudiz sein. Auch das überschreitet die Kompetenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Normenprüfung.

Was diese Berufungen aufzeigen, ist vor allem das Verständnis des VfGH, dass er von der Verfassung in dieser Sache hat, und das auf einer zu weit gehenden Reduktion des demokratischen Prinzips beruht. Und dass weder dem demokratischen noch dem föderalen noch dem liberalen Prinzip der österreichischen Bundesverfassung gerecht wird.

Bemerkung am Rande. Es führt zu weit, hier eigens auf die Probleme der Rechtsprechung VfSlg. 16.241/2001, auf die sich der VfGH beruft, einzugehen. Die Rechtsprechung G103/00 u.a. 28. Juni 2001 wiederholt auf Gemeindeebene im Wesentlichen das, was damals auf Landesebene entschieden wurde. In gebotener Kürze, darin rekuriert der VfGH auf das von ihm so genannte „repräsentativ demokratisches Grundprinzip“ als „Systementscheidung“. Unsere Ausführungen kommen darauf zurück.

Der Eingriff prägt die unmittelbare Teilnahme in eine Mitwirkung um, und legt damit fest, was unter dem Begriff „unmittelbare Teilnahme“ fortan verstanden werden kann und was nicht.

(Es soll ausgeschlossen sein, dass er so verstanden werden kann wie er vom Verfassungsgesetzgeber konzipiert und vorgesehen war. „Entscheiden des Wahlvolks anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane“; sofern die Gemeindeorgane gegenüber dem Gemeinderat weisungsgebunden sind, ist der Gemeinderat grundsätzlich in die Zuständigkeit mit einbezogen. Oft ist das zuständige Gemeindeorgan der Gemeinderat, der für sich in Anspruch nimmt, die politische Stellvertretung des Souveräns (Gemeindevolk) zu sein (und in Vorarlberg bezeichnenderweise Gemeindevertretung genannt wird). Entscheiden des Gemeindevolks anstelle des Gemeinderats.

Dass die Stelle des Souveräns wie auch die Stelle des Gemeindeorgans dabei gemäß der formellen und materiellen Rechtsstaatlichkeit den verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Bestimmungen unterliegt ist durch das Legalitätsprinzip (Art.18 Abs. 1 B-VG) abgesichert.

Es wird dem verfassungsrechtlich verankerten Begriff „unmittelbare Teilnahme“ die ihm eigene Bestimmungskraft genommen. Er wird zum leeren Wortlaut.

Die Begriffe „Teilnahme“ und „Mitwirkung“, die in der Äußerung des VfGH eingegeben und in einen Topf geworfen werden, „dürften eine zwingende Teilnahme an der Willensbildung implizieren“. Warum sie das dürften, wird vom VfGH nicht ausgeführt. In der Entscheidung vom 6. Oktober 2020

¹² Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.7

dürfte das im Rahmen einer Betrachtung der Entstehungsgeschichte von Art. 117 Abs. 8 B-VG, die laut VfGH am Ergebnis nichts mehr ändern könne, zur Sprache kommen.

Dabei wird das vom parlamentarischen Verfassungsgesetzgeber in den Erläuterungen angeführte Beispiel für das Entscheiden des Gemeindewahlvolks anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane (wie dies etwa bei einer Volksabstimmung der Fall sei), auf „von oben“ veranlasste Volksabstimmungen nach Art. 43 und Art. 44 B-VG bezogen.

Formal: Methodischer Kurzschluss – das Beispiel ist ein Beispiel von etwas und nicht die Sache selbst. Inhaltlich: ein defizitärer Zustand wird zum Richtmaß.

Der VfGH greift dabei auf die Stellungnahme des Verfassungsdiensts des Bundeskanzleramts zurück, die ebenfalls versucht, die Bedeutung des Begriffs „anstelle“ zu schmälern. Auch der Wille des parlamentarischen Bundesgesetzgebers bleibt davon nicht verschont. Er wird als uneinheitliche dargestellt – gerade so, als läge das nicht im Charakter der demokratischen Debatte, in der dann aber eben ein Beschluss gefasst wird, der als Manifestation des gremialen Willens gilt und gehandhabt wird.¹³ Und ob Wille und Verständnis des höchstrichterlichen Gremiums so homogen sind, wie es die Entscheidung suggeriert, muss dahin gestellt bleiben. Um das beantworten zu können, fehlt es an Transparenz. Hinweis am Rande. Dieses Fehlen der Transparenz ist übrigens per Verfassungsgerichtshofgesetz abgesichert.

Zum methodologischen Kurzschluss: Der VfGH schränkt das angeführte Beispiel für unmittelbare Teilnahme des Gemeindewahlvolks, bei der dieses anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane entscheidet, auf den Typus „vom Nationalrat veranlasste Volksabstimmung“ ein. Aus dem solcherart bestimmten und in der Äußerung zur Regierungsvorlage angeführten Beispiel, soll das Maß für die gesamte Äußerung werden. Mit anderen Worten: Aus dem im Sinne des VfGH interpretierten Beispiel für unmittelbare Teilnahme soll das Maß für unmittelbare Teilnahme werden. Beispiele dienen der Veranschaulichung und sind ein Mittel zum Zweck. Eine Logik, in der das Mittel zum Maß für den Zweck wird, ist inkonsistent. Sie verdreht den Sachverhalt, der im Satz ausgedrückt wird, und auf den sich die Satzaussage bezieht, um zu einem wunschgemäßen Maß zu kommen. Das ist methodologisch entschieden zurückzuweisen.

Und es ist aus einem zweiten ebenso gewichtigen Grund zurückzuweisen. Der in demokratischer Hinsicht defizitäre Zustand, den die vom VfGH aufgelisteten Beispiele, die, da überwiegend von oben veranlasst, „von diesem Verständnis geprägt“ seien, aufweisen, wird zum (Richt-)Maß erhoben.¹⁴

Das vom Verfassungsgesetzgeber vorgesehene Entscheiden des einen „anstelle“ des anderen muss dem Verständnis des VfGH eines repräsentativ demokratischen Grundprinzips als Baugesetz der Verfassung zufolge, nach Möglichkeit entkräftet werden. Ansonsten seine Argumentation vollends haltlos wird. Die Stelle hat es in sich. Sie ist ausgestattet. Und als ausgestattete mit Absicht erstellt. Aber in demokratisch verfassten Rechtsstaaten liberalen Zuschnitts ist die Stelle des einen immer nur die Stellvertretung des anderen. Ja, mit diesen drei Rechtsprechungen irrt der VfGH in mehr als einem Grundsatz.

Der VfGH meint, dem Begriff „anstelle“ sei keine weitreichende Bedeutung beizumessen. Sie muss ihm nicht beigemessen werden, ein Begriff (Terminus) gilt als bedeutendes Wort und verbindliche sprachliche Form. Die Bedeutung des Begriffs „anstelle“ ist eindeutig und weitreichend, sie ist mit und durch die begriffliche Konzeption der „unmittelbaren Teilnahme“ festumrissen. Näher auf die Stellensemantik, auf der sämtliche Formen nicht nur der Repräsentation, sondern auch der

¹³ Vgl. Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.34f

¹⁴ Vgl. Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.58

Staatsrechtslehre basieren, einzugehen, würde den Rahmen dieser Zeilen sprengen. (Kleines kurzes Gedicht: ste sta stad, stadt statt staat, stätte sieben, cite poliert:) Zurück zum Vorgehen des VfGH.

Aus dem methodisch unzulässigen Vorgehen das Beispiel an die Stelle der Sache zu setzen, wofür sie Beispiel sein soll, zieht der VfGH folgende Schlussfolgerung: Der Begriff „anstelle“ ließe sich „demzufolge“ so verstehen, dass „dem Volk die Möglichkeit zur letztgültigen Entscheidung eingeräumt werden kann“. Nein, der Begriff „anstelle des ansonsten zuständigen Gemeindeorgans entscheiden“ (im Anlassfall Ludesch der Gemeinderat als oberstes Gemeindeorgan) lässt sich nicht „demzufolge so verstehen“, sondern an und für sich so, wie er sprachlich ausgedrückt wird, und wie es sein Ausdruck besagt.

Dass „dem Volk die Möglichkeit zur letztgültigen Entscheidung eingeräumt ist“, „da es anstelle des zuständigen Gemeinderats entscheidet“. Die (letztgültige) Entscheidungsmacht ist durch den Begriff „anstelle“ eingeräumt. Das ist, was der Begriff „anstelle der zuständigen Gemeindeorgane entscheiden“ bestimmt, besagt und bedeutet.

Auch wenn es dem VfGH offenbar nicht passt. Weil die Stelle und mit ihr der Stellenwert eben auch des obersten Gemeindeorgans betroffen sind.

Und aus dem Begriff „anstelle“ kann – ohne weiteres – abgeleitet werden, was der VfGH in Abrede stellt, „dass auch Fälle erfasst sein sollten, in denen das Gemeindevolk eine Volksabstimmung einleitet, die eine eigene Willensbildung des sonst zuständigen Gemeindeorgans ausschließt und dieses zur Erlassung eines Rechtsakts mit einem bestimmten Inhalt verpflichtet.“¹⁵

Der Stelle und der Stellung des *zuständigen* Gemeindeorgans, wohnt unter anderem auch die Entscheidungshoheit über das Veranlassen einer Volksabstimmung inne.

Und das Wahlvolk trifft die demokratische Entscheidung anstelle der Willensbildung mithin des Willens des legislativ befugten Organs als dem zuständigen.

Es nimmt in dieser Entscheidung – und eben ausschließlich dieser – die Stelle des Gemeindeorgans ein. Anstelle des zuständigen Organs im Rahmen der geregelten Zuständigkeit, verstanden als Kompetenz, demokratisch zu entscheiden. Und demzufolge kann es auch über das Veranlassen einer Volksabstimmung über eine Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde entscheiden (Denn ein solches Verfahren einzuleiten, liegt in der Zuständigkeit/Kompetenz der politischen Stellvertretung des Gemeindevolks).

Unter Einhaltung der Regularien, souverän. Also auch unabhängig davon, ob die repräsentative Körperschaft das will oder auch nicht, ob ihr das genehm ist oder auch nicht.

Und abgesehen davon, dass das eine *demokratische* Selbstverständlichkeit darstellt, liegt das in der Logik der Sache „anstelle der zuständigen Gemeindeorgane (das inkludiert den Gemeinderat als zuständigen) entscheiden“ begründet.¹⁶

¹⁵ Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.58

¹⁶ Dass die Volksabstimmung von zum Gemeinderat Wahlberechtigten über eine Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zugleich der Inbegriff und Prototyp einer solchen Angelegenheit (im Sinne einer Zuständigkeit und Aufgabe) ist, liegt in der Charakteristik des Demokratie genannten begründet. Demokratie, verstanden als politische und rechtliche Gemeinschaft, heißt, über eigene Angelegenheiten selbst bestimmen können. Und wie dieses bestimmen vonstattengeht, kann eben nicht über den Demos hinweg bestimmt (entscheiden im Sinne von bestimmen) werden. Das wäre Demokratie ohne Demos – von dem das Recht der demokratischen „öffentlichen Sache“ (res publica) ausgeht. Und selbst der Demos kann das nicht ein für alle Mal (letztgültig) bestimmen, denn jene, die ihn formen (und als Souverän konstatieren) sind sterblich und sterben.

Das der VfGH das grundlegende rechtsstaatliche und demokratische Defizit, das im Fehlen eines bürgerlichen Initiativrechts auf sämtlichen Ebenen der österreichischen Staatlichkeit liegt, nicht erkennen kann (erkennen zu können

Kaum anders verhält es sich mit dem vom VfGH favorisierten Willen des legislativ befugten Organs – denn es ist davon auszugehen, dass in einem demokratischen Gremium eine demokratische Entscheidungsfindung im Sinne einer politischen Willensbildung statthat, mithin, dass dem Entscheiden ein (politisches) Wollen vorausgeht, aus dem heraus entschieden wird. Politischer Wille und Entscheidung des Gremiums bedingen einander. Der politische Wille ist die Voraussetzung und das Ziel der Entscheidung als demokratischer und die Entscheidung ist der Ausdruck des politischen Willens. Er äußert sich in Form einer Entscheidung. Das ist unzertrennlich bzw. nur mit Gewalt trennbar. Und er wird, unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben, in einen Rechtsakt umgesetzt. Wo soll das Problem liegen – im Willen des zuständigen Gemeindeorgans, das als Gemeinderat in der Verantwortung des Gemeindevolks steht... oder im vom VfGH so genannten repräsentativ demokratischen System – als was genau?

Die Aussage des Wortlauts „unmittelbare Teilnahme“ in Art. 117 Abs. 8 B-VG ist eindeutig und eigentlich unmissverständlich. Unmittelbare Teilnahme heißt, dass dem Wahlvolk die Entscheidung anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane überlassen wird. Und „anstelle“ der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane entscheiden, heißt letztlich auch darüber entscheiden zu können, ob eine Volksabstimmung über einen bestimmten Sachverhalt im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde durchgeführt wird oder nicht. Denn der Gemeinderat ist – wie eben auch der Nationalrat – ermächtigt, eine solche zu veranlassen. Sie wohnt der „Stelle“ respektive dem „Status“ (Stellenwert) dieser politischen Gremien konstitutiv inne.

Und es ist die demokratische Logik und Charakteristik – das Volk ist der Souverän – die den Ausgang der Frage nach der Ermächtigung beim Demos lokalisiert.

An dieser Stelle gilt es zudem folgendes zu bedenken: Der VfGH ist gemäß Art.140 B.-VG i.V.m. Art 1 B-VG verpflichtet, die Gesetze auf ihre *demokratische* Rechtmäßigkeit zu prüfen. Hier auszuführen, was das im Grunde bedeutet, würde den Rahmen unseres Schreibens sprengen.

Auch darin, dass dem Souverän jede Möglichkeit verwehrt wird, über diesen Grundsatz des VfGH, der mit dieser Rechtsprechung in das System der Gemeindegeldverwaltung eingebaut wird, demokratisch und souverän zu entscheiden, liegt ein rechtsstaatliches Defizit.

Grundsatz des VfGH? Eine Variante könnte so lauten: Der Souverän kann eine demokratische Willensbildung nicht gegen den Willen der repräsentativen Körperschaft herbeiführen und die

meint), verwundert. Wir finden, er müsste diesen Mangel nicht nur erkennen, und (als dem Erkennen von tatsachenbasierter Wahrheit verpflichtetes) infolgedessen anerkennen, sondern er müsste diesen erheblichen Mangel aufzeigen und den parlamentarischen Verfassungsgesetzgeber mit einem gewissen Nachdruck dazu anhalten, den Missstand zeitnah zu beheben. Seine Aufgabe besteht gemäß Art. 140 B-VG i.V.m Art.1 B-VG darin, Gesetze auf ihre demokratische Rechtmäßigkeit hin - formell und materiell - zu prüfen, und sofern er ein demokratisches und rechtsstaatliches Defizit der Bundesverfassung feststellt, dafür nach Maßgabe seiner Kompetenzen als Verfassungsgerichtsbarkeit Sorge tragen, dass der Missstand behoben wird.

Folgendes gilt es im Grundsatz zu bedenken, in einem demokratisch verfassten Rechtsstaat liberalen Zuschnitts verkörpert das bürgerliche Initiativrecht zur Herbeiführung einer verbindlichen Volksabstimmung nie nur ein starkes demokratisches Werkzeug, sondern eben auch ein Rechtsmittel.

Falls strittig sein sollte, dass die Volksabstimmung und ihre von der Gemeinde und den zuständigen Gemeindeorganen besorgte Durchführung eine Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde ist, kann dem verfassungsrechtlich gesehen folgendes entgegeng gehalten werden. Art. 118 B-VG befasst sich mit dem eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde. Abs. 1 bestimmt den Bereich als einen vom Bund und vom Land an die Gemeinde übertragenen; Abs. 2 legt fest, was er neben den in Art. 116 Abs. 2 angeführten Angelegenheiten umfasst, was unter dem juristischen Begriff verstanden wird: Alle Angelegenheiten, die im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der in der Gemeinde verkörperten öffentlichen Gemeinschaft gelegen und geeignet sind, durch die Gemeinschaft innerhalb ihrer örtlichen Grenzen besorgt zu werden. Die Gesetze haben sie ausdrücklich zu bezeichnen. Abs. 3 zählt sie demzufolge auf. Relevant ist die Formulierung unter Punkt 1: „Regelung der inneren Einrichtungen zur Besorgung der Gemeindeaufgaben“. Zum Verständnis der Gemeinde als einer vom Zentralstaat mit legislativen Befugnissen ausgestatteten Verwaltungseinheit (Gemeindegeldverwaltung), das in Art. 118 B-VG seinen Ausdruck findet, wäre viel anzumerken.

demokratische Willensbildung des Souveräns kann nur dann an die Stelle der Willensbildung der repräsentativen Körperschaft treten, wenn ebendiese Körperschaft das will. Das wird durch das System der Gemeindeselbstverwaltung, das die Verfassung als repräsentativ demokratisches eingerichtet hat, ausgeschlossen.

Das sich hier abzeichnende Problem kann grob vereinfacht auf folgende Haltung zurückgeführt werden. Zwar geht das Recht der demokratischen Republik vom Volk aus, aber aus dem Gesamtzusammenhang der Bundesverfassung ergibt sich, dass ausschließlich repräsentative Körperschaften für die Gesetzgebung zuständig sein (sollen) dürfen (können). Zu dieser Haltung wäre unendlich viel anzumerken.

*

Einen zweiten, den Eingriff kaschierenden „Auslegungsstrang“ des VfGH gilt es in Betracht zu ziehen und zu bedenken.

Es wird dem verfassungsrechtlich verankerten Begriff „unmittelbare Teilnahme“ die ihm eigene Bestimmungskraft genommen. Dabei wird der Eingriff in eine studienwerte Wolke aus Konjunktiven gehüllt. Und „als restriktive Auslegung“ kaschiert.¹⁷

Das aufzuzeigen ist deshalb wichtig, weil das von einem bestimmten Verständnis grundierte Tun des VfGH ihn davon abhält, den von ihm so genannten und konstatierten Systemwechsel, der sich durch die Einführung von Art. 117 Abs. 6 (Bürgermeisterdirektwahl) – und Abs. 8 (Entscheiden des Wahlvolks anstelle der an sich zuständigen Gemeindeorgane, mithin des obersten Gemeindeorgans als zuständigem) – in die Bundesverfassung vollzogen hat, vollumfänglich zu erkennen und infolgedessen anzuerkennen.

Vorausgeschickt sei, dass der VfGH die Bundesverfassung insgesamt als Ergebnis einer Systementscheidung auffasst. Diese Auffassung, die der Reduktion des demokratischen Prinzips auf ein vom VfGH so genanntes repräsentativ demokratisches Grundprinzip als Baugesetz der Verfassung zugrunde liegt, ist, gelinde gesagt, ein gewaltiger Hemmschuh für die demokratische Entwicklung der österreichischen Gesellschaft bzw. für die weitere Herausbildung eines bürgerlichen und sich verantwortlich fühlenden demokratischen Lebens in Österreich.

Und sie verkennt, dass es in der Sache der Demokratie keine grundsätzliche Systementscheidung und schon gar keine definitive bzw. letztgültige zugunsten des repräsentativ demokratischen Elements geben kann. Näher darauf einzugehen würde den Rahmen dieses Schreibens sprengen. Die Folgen dieser Auffassung markieren ein gravierendes Problem. Wie auch immer, von dieser angeblichen Systementscheidung her, wird der Gedanke eines Systemwechsels, den der VfGH äußert (VfSlg.15.302 /1998), überhaupt erst verständlich.

Dieser Systemwechsel wird im Prüfungsbeschluss vom Februar 2020 nicht eigens erwähnt. Im Gegenteil, dort wird so getan, als habe die Einführung von Art.117 Abs. 8 B-VG nichts geändert – da sich am Wortlaut von Art 118. Abs.5 B-VG (!) nichts geändert habe. Und die Einführung des Art. 117 Abs.8 B-VG wird ungerührt ein weiteres Mal unter Bestätigung des in VfSlg.13.500 /1993 vom VfGH skizzierten Grundkonzepts der Verfassung(!) subsumiert.

Die Argumentation der Vorarlberger Landesregierung zur Verteidigung der Landesgesetzgebung, die eine unmittelbare Teilnahme von zum Gemeinderat Wahlberechtigten vorbildlich ausgestaltet,

¹⁷ Vgl. Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.7

bringt den vom VfGH so genannten Systemwechsel (VfSlg 15.302/1998) ausdrücklich ins Spiel. Der VfGH negiert ihn für Art. 117 Abs. 8 B-VG unter Verweis auf die Bürgermeisterdirektwahl (Art. 117 Abs.6 B-VG) als Eingriff ins repräsentativ-demokratische System der Gemeindegelbstverwaltung. Und meint, dass „demgegenüber Art.117 Abs.8 keine Aussage zu direkt-demokratischen Einrichtungen enthält.“¹⁸ Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung lasse sich somit nicht ableiten, wie weit solche Einrichtungen, die grundsätzlich von der bloßen Meinungserhebung bis hin zu einer Entscheidungsbefugnis des Gemeindevolks in hoheitlichen Angelegenheiten reichen könnten, in das repräsentativ demokratische System der Gemeindegelbstverwaltung eingreifen dürften.

Der im Wortlaut „unmittelbare Teilnahme“ verkörperte Begriff „unmittelbare Teilnahme“ besagt als innerstes Charakteristikum der grundlegenden direkt demokratischen Form „unmittelbare Teilnahme“: Entscheiden des Wahlvolks anstelle der zuständigen Gemeindeorgane; Ein in einer Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde (Art.118 Abs. 1 bis 3 B-VG) anstelle des zuständigen Gemeindeorgans entscheiden bedingt logischerweise, dass die Entscheidung des Wahlvolks an die Stelle des zuständigen Gemeindeorgans tritt und dort die Entscheidung des ansonsten zuständigen Gemeindeorgans ersetzt. Das ist der Eingriff ins sog. repräsentativ demokratische System der Gemeindegelbstverwaltung, den der Wortlaut der verfassungsrechtlichen Bestimmung aussagt, sofern der Wortlaut als sprachliche Form zustande kommt. Und das ist, wozu sie als verfassungsrechtliche Bestimmung befugt.

Rekapitulation: Einerseits wird dem verfassungsrechtlich verankerten Begriff „unmittelbare Teilnahme“ die ihm eigene Bestimmungskraft genommen. Die Form „unmittelbare Teilnahme“ wird um ihr innerstes Charakteristikum gebracht, sie wird entkernt und zu einer Form der Mitwirkung gemacht. Das soll unter Mithilfe der Begriffe „Teilnahme“ und „Mitwirkung“ geschehen (*sie* dürften ausschließen, was der Begriff „unmittelbare Teilnahme“ festlegt).

Und erfolgt unter Berufung auf die gleichrangige Rechtsnorm Art.118 Abs.5 B-VG. (Verantwortlichkeit in Form einer Weisungsbindung der zuständigen Gemeindeorgane gegenüber dem Gemeinderat). Wobei der VfGH eine Konkurrenz und Unvereinbarkeit sieht, die der VfGH durch die Neubestimmung – die als restriktive Auslegung bezeichnet wird – der Rechtsnorm Art. 117 Abs. 8 B-VG (unmittelbaren Teilnahme bei der das Gemeindevolk anstelle der zuständigen Gemeindeorgane, mithin des Gemeinderats, entscheidet)

„Die Verbindlichkeit einer Volksabstimmung für das jeweils zuständige Gemeindeorgan dürfte mit der Weisungsbindung dieses Organs an den Gemeinderat gemäß Art. 118 Abs. 5 B-VG konkurrieren.“ Der Gemeinderat fällt unter „Entscheiden des Wahlvolks anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane; per Weisungsbindung wird eine letztgültige Entscheidungshoheit als Kompetenz etabliert, die gemäß dem rechtsstaatlichen Legalitätsprinzip der Bundesverfassung (Art.18 Abs.1 B-VG) eine Zuständigkeit inkludiert.

Worauf eine eigentümliche Verknüpfung der Weisungsbindung mit dem Willen des Gemeinderats angedeutet wird. Sie hält Fragen bereit: Was genau konkurriert denn da, mit was genau – der Wille des Souveräns mit dem Willen seiner politischen Stellvertretung, oder die Weisungsbindung ... an den demokratischen Willen ...?

*Art. 117 Abs. 8 B-VG dürfte daher auch keine Grundlage dafür geschaffen haben, dass Rechtsakte, die in die Zuständigkeit eines dem Gemeinderat gegenüber weisungsgebundenen Gemeindeorgans fallen, auch gegen den Willen dieses Organs bzw. des Gemeinderates einer bindenden Volksabstimmung unterzogen werden können.“*¹⁹

¹⁸ Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.55

¹⁹ Entscheidung vom 6. Oktober 2020 S.8;

Noch einmal: Anstelle des zuständigen Gemeindeorgans (mithin des Gemeinderats) entscheiden, das als repräsentatives dem Gemeindevolk in der Verantwortung steht, konkurriert nicht mit der Weisungsbindung sämtlicher Gemeindeorgane an den Gemeinderat, an dessen Stelle die demokratische und als solche politische Entscheidung des Souveräns in einer Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde steht, sondern mit der Auffassung des VfGH vom repräsentativ demokratischen System als.

Und andererseits, soll es die „besondere Stellung“ des Gemeinderats „jedoch jedenfalls“ ausschließen Art. 117 Abs 8 B-VG so zu verstehen (...) – wie ihn der Verfassungsgesetzgeber vorgesehen hat. Unmittelbare Teilnahme, bei der die Entscheidung des Wahlvolks anstelle jener der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane tritt. Zuständige Gemeindeorgane: Das inkludiert den Gemeinderat als zuständigen.

Indem das Verständnis des Begriffs „unmittelbare Teilnahme“ bestimmt wird, und dadurch, wie nebenbei, auch die Form entkernt wird, werden der Begriff und die Form „unmittelbare Teilnahme“ zu einer Form der Mitwirkung und des Mitwirkungsrechts. Das souveräne Entscheiden der unmittelbaren Teilnahme in einer bestimmten Angelegenheit im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde wird (ex negativo) dem Willen der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane unterstellt. Indem die unmittelbare Teilnahme ihre selbstständige und verbindliche Entscheidungsmacht verliert, wird sie zu einer Form der Mitwirkung und des Mitwirkungsrechts. Sie wird zahnlos. Der VfGH liefert ein Schulbeispiel dafür, wie per bestimmendem Verstehen eine Form manipuliert wird bzw. wie das bestimmt wird, was ein Begriff erfassen darf und als definierten und definitiv erfassten Begriffsgegenstand umfasst. Womit angedeutet vorliegt, worin das Tun dieses Verstehens besteht. (Nicht nur legt es die verfassungsrechtliche Grundlage für ein bestimmtes politisches Handeln als vorgesehenes fest, sondern es agiert auch rechts- und demokratiepolitisch, denn sein Tun signalisiert über das Festlegen dessen, wie die unmittelbare Teilnahme zu verstehen ist, und worin sie fortan – de facto und de jure – bestehen kann, hinaus, eben auch ein es soll so bleiben, zumal die Entscheidung ein Präjudiz darstellt, das „den Absichten des Bundesverfassungsgesetzgebers diametral entgegensteht.“)

Der VfGH setzt sich über den Telos der verfassungsrechtlichen Norm Art. 117 Abs.8 B-VG – in dem sich der Wille des Verfassungsgesetzgebers äußert und der darin besteht „*mögliche Einrichtungen und zum Teil derzeit bereits praktizierte Formen direkter Demokratie auf Gemeindeebene bundesverfassungsgesetzlich abzusichern*“, etwas, das der VfGH geflissentlich übersieht, er fokussiert ausschließlich (!) auf die bestehenden Formen, die er zudem einengen will; auch dazu wäre viel zu sagen – hinweg. Selbst wenn sein Vorgehen als eine vom Gesamtzusammenhang der Rechtsnorm her erfolgende „restriktive Auslegung“ klassifiziert wird, muss eine solche die teleologische Auslegung der Rechtsnorm angemessen berücksichtigen.

Hingegen ist der VfGH der Ansicht, dass an seiner Rechtsmeinung auch eine Betrachtung der Entstehungsgeschichte von Art. 117 Abs.8 B-VG nichts mehr ändere.

Nach der Entkernung der Form und des Begriffs der „unmittelbaren Teilnahme“ ist sie beliebig handhabbar. Sie werden de facto leer und de jure im Sinne des vom VfGH skizzierten Grundkonzepts einer repräsentativ demokratischen Verfassung samt definitiver Systementscheidung und repräsentativ demokratischem Grundprinzip als Baugesetz der Verfassung und auf die Willkür von

repräsentativ demokratischen Körperschaften angewiesenen direkt demokratischen Formen und einem repräsentativ demokratischen System der Gemeindeselbstverwaltung, das ausschließt, den Gemeinderat auch gegen seinen Willen durch eine Volksabstimmung an eine bestimmte Entscheidung des Souveräns zu binden usw. usw. gültig.

Mit anderen Worten. Das Verständnis des VfGH wird zur „Rechtsquelle“ von Art.117 Abs. 8 B-VG und nicht der parlamentarische Verfassungsgesetzgeber.

Es entbehrt mitnichten einer gewissen Ironie, dass der VfGH mit dieser im Rahmen der österreichischen Rechtshierarchie unantastbaren Rechtsprechung, unter Berufung auf das repräsentativ-demokratische System, das die Verfassung eingerichtet habe, gleichsam genau das tut, was das repräsentativ demokratische System der Rechtsansicht des VfGH zufolge ausschließt: die repräsentativen Körperschaften gegen ihren Willen an eine Entscheidung binden. Die unmittelbare Teilnahme der Rechtsprechung bei der sie anstelle der *parlamentarischen* Verfassungsgesetzgebung entscheidet?

Dieser Eingriff in die verfassungsrechtliche Bestimmung Art.117 Abs.8 B-VG ist auch ein Eingriff in den Prüfungsmaßstab für die rangniederen Rechtsnormen, die der VfGH im Rahmen seiner Gesetzesprüfung auf ihre Verfassungskonformität hin kontrolliert.

Und die entkernte unmittelbare Teilnahme in Art. 117 Abs.8 B-VG entzieht der Landesgesetzgebung die verfassungsrechtliche Grundlage – die in ihr vorbildlich ausgestaltete „unmittelbare Teilnahme“ wird für verfassungswidrig erklärt, und es wird die Herstellung des Rechtszustands verlangt. Etwas überspitzt: Der manipulierte Prüfungsmaßstab erkennt den Prüfungsgegenstand anhand der Manipulationen, die im Prüfungsmaßstab aus dem Hintergrund der Rechtsprechungen VfSlg.16.241/2001(unter ausdrücklichem Verweis auf VfSlg.13.500/1993) u.a.m. vorgenommen wurden und als hermeneutische Auslegungsakte deklariert werden. Das demokratische und rechtsstaatliche Defizit der österreichischen Bundesverfassung wird dadurch erheblich verstärkt.

Neben der möglichen Kompetenzüberschreitung möchten wir an dieser Stelle dezidiert auf ein grundlegendes rechtsstaatliches Defizit der österreichischen Bundesverfassung hinweisen. Fehlen eines bürgerlichen Initiativrechts zur Herbeiführung einer Volksabstimmung auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene. Es wird dem Souverän kein Rechtsmittel (Initiativrecht) gewährt, dagegen vorzugehen.

Fabelhafter Witz am Rande Dialog zwischen zwei Makrelen.

Wer kontrolliert die Festlandssockelkommission? Na, die Internationale Meeresbodenbehörde!

Die mit Sitz in Kingston, Jamaika? Richtig.

1.2 zu zweitens - Der VfGH lässt die Frage nach der Verantwortung beim obersten (Gemeinde) Organ enden

Seine Neubestimmung der Form und des Begriffs „unmittelbare Teilnahme“ begründet der VfGH mit der „Verantwortlichkeit sämtlicher Gemeindeorgane gegenüber dem Gemeinderat“ (Art. 118 Abs. 5 B-VG) wodurch dieser zum obersten Gemeindeorgan werde, dessen besondere Stellung es jedenfalls ausschließe auch gegen seinen Willen an einen Rechtsakt gebunden zu werden, der das Ergebnis einer Entscheidung des Souveräns (Volksabstimmung) umsetzt.

Auf die demokratische Unhaltbarkeit dieser Argumentation (Begründung) kommen wir zurück.

Wir denken, es ist ein gravierendes Versäumnis der VfGH Entscheidung mit keinem Wort auf die besondere Verantwortung des Gemeinderats bzw. auf die besondere Verantwortung der repräsentativ demokratischen Legislative bzw. auf die besondere Verantwortung des Rechts einzugehen.

Sie stehen jenen in der Verantwortung – die sie repräsentieren. Darauf näher einzugehen würde den Rahmen unseres Schreibens sprengen. Hier nur soviel, sofern die Bürger*Innen merken, dass diese Verantwortung nicht wahrgenommen wird, verlieren sie das Vertrauen.

Die Vorgabe der verfassungsrechtlichen Bestimmung Art.117 Abs. 8 B-VG in Sachen „unmittelbare Teilnahme“: die Entscheidung des Souveräns entscheidet anstelle der zuständigen Organe, mithin des Gemeinderats als zuständiges oberstes Organ. Das hat der parlamentarische Verfassungsgesetzgeber entschieden und in der Verfassung festgeschrieben.

Wir denken, der VfGH hat sich an die Vorgabe der verfassungsrechtlichen Normen zu halten. Er konstruiert stattdessen eine Unvereinbarkeit (Konkurrenz und Widersprüchlichkeit) einer Entscheidung des Gemeindevolks (Volksabstimmung, die den Willen des Souveräns manifestiert) mit einer auf die Weisungsbindung reduzierten Verantwortung von zuständigen Gemeindeorganen, mithin dem Gemeinderat, der das Gemeindevolk repräsentiert, der es vertritt, dessen oberster Stellvertreter er ist.

Nachdem er die verfassungsrechtliche Vorgabe der unmittelbaren Teilnahme „restriktiv ausgelegt“ hat, schließt er die in der Landesgesetzgebung ausgestaltete „unmittelbare Teilnahme“ (als Modell) mit dem von ihm so genannten repräsentativ demokratischen System der Gemeindegeldverwaltung kurz und „entscheidet“: das Modell widerspricht dem System.

Und die landesgesetzliche Grundlage dieses Modells (das der verfassungsrechtlichen Vorgabe entspricht) „darf“ und „kann“ im Rahmen seiner Normprüfungskompetenzen als Prüfung einer niederrangigeren Norm (Gesetzesprüfung) aufgehoben werden.

Mit anderen Worten – mit dieser Rechtsprechung vollzieht der VfGH die „Systementscheidung“ auf Gemeindeebene. Wir finden, er irrt grundsätzlich, er sitzt einem Trugschluss über das demokratische Prinzip auf. Das demokratische Prinzip der Verfassung kennt keine Systementscheidung zwischen seinen beiden grundlegenden Elementen, und es obliegt auch nicht dem VfGH eine solche auf sämtlichen Ebenen der österreichischen Staatlichkeit zu etablieren und per „restriktiver Auslegung“ nachgerade in Stein zu meißeln. Abgesehen davon, auch die Verfassung unterliegt einem Wandel der Zeit.

Entscheidung des Souveräns „versus“ repräsentativ-demokratisches System? Das soll und kann es nicht sein!

Man soll sich nicht täuschen. Der VfGH „entscheidet“ primär zwischen zwei gleichrangigen Verfassungsbestimmungen und nicht (bzw. erst sekundär) zwischen einem Modell, das durch die Landesgesetzgebung erstellt wird, und dem von ihm so genannten repräsentativ demokratischen System der Gemeindegeldverwaltung, das laut VfGH durch die Verfassung erstellt wird.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Entscheidung des VfGH vom 6.10.2020 dem föderalistischen Prinzip der Bundesverfassung nicht gerecht wird. Sie verfehlt den Gedanken der Subsidiarität in allem.

1.3 zu drittens - Der VfGH reduziert das demokratische Prinzip auf ein von ihm so genanntes repräsentativ demokratisches Grundprinzip als Baugesetz der Bundesverfassung.

Nach der Entkernung der „unmittelbaren Teilnahme“ und ihrer Umwandlung in eine Form der Mitwirkung und ein Mitwirkungsrecht auf Verfassungsebene hält der VfGH – auszugsweise – folgendes fest:

„Das Vorarlberger Gemeindegesetz sieht vor, dass Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches der Gemeinde durch eine Volksabstimmung (Abstimmung der Stimmberechtigten der Gemeinde) entschieden werden können. Eine solche Volksabstimmung ist etwa dann abzuhalten, wenn eine bestimmte Mindestanzahl der Stimmberechtigten der Gemeinde dies verlangt. Nach dem Landes-Volksabstimmungsgesetz ersetzt eine derartige Entscheidung des Volkes die Entscheidung des sonst zuständigen Gemeindeorganes.

Der VfGH hat entschieden, dass ein solches Modell der Volksabstimmung dem repräsentativ-demokratischen System der Gemeindeselbstverwaltung widerspricht.

Die Bundesverfassung hat die Gemeindeselbstverwaltung als repräsentativ-demokratisches System eingerichtet. Im Mittelpunkt dieses Systems steht der Gemeinderat, der vom Gemeindevolk gewählt wird und dem alle anderen Gemeindeorgane für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde verantwortlich sind. Zwar hat der VfGH keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen verbindliche Gemeindevolksabstimmungen, denen eine Willensbildung des Gemeinderates zugrunde liegt – entweder indem der Gemeinderat die Volksabstimmung selbst einleitet oder indem er ihr Ergebnis für verbindlich erklärt. Das repräsentativ-demokratische System der Gemeindeselbstverwaltung schließt es jedoch aus, den Gemeinderat auch gegen seinen Willen durch eine Volksabstimmung an eine bestimmte Entscheidung zu binden.“²⁰

Für ein demokratisches Verständnis von politischen Prozessen ist Folgendes nicht nachvollziehbar.

Erstens: Dass ein demokratisches Gremium nur dann an eine demokratische Mehrheitsentscheidung gebunden werden kann, wenn dieses demokratische Gremium die demokratische Findung der Mehrheitsentscheidung initiiert, sprich: zulässt und veranlasst.

Zweitens: Dass eine Volksabstimmung nur dann stattfinden kann, wenn es der repräsentativ demokratischen Körperschaft genehm ist und sie das will.

Drittens: Dass jene, die das Wahlvolk (Demos) vertreten, nur dann an eine bestimmte demokratisch zustande gekommene Entscheidung des Demos gebunden werden können, wenn sie damit einverstanden sind.

²⁰ Diese Auswahl entspricht jener, die der eingangs zitierte Rechtswissenschaftler Mathias Eller für den Blog des Instituts für Föderalismus Innsbruck getroffen hat.

Für ein rechtsstaatliches Verständnis von politischen Prozessen ist das aus den folgenden Gründen nicht nachvollziehbar.

Erstens: Weil dieser Konstruktion des Verfassungsgerichtshofs Art. 1 B-VG entgegensteht. Sie beruht auf einer zu weit gehenden Reduktion des demokratischen Prinzips. Diese Reduktion auf ein repräsentativ demokratisches Grundprinzip, das als Systementscheidung die Herrschaft des repräsentativ demokratischen Elements über das direkt demokratische Element per System fixiert, verkennt die demokratische Sache. Gemäß Art. 140 B-VG i.V.m Art. 1 B-VG besteht die Aufgabe des VfGH darin, die Gesetze auf ihre *demokratische* Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.

Zweitens: Weil in demokratisch verfassten Rechtsstaaten liberalen Zuschnitts der Demos der Souverän ist. Diese Rechtsprechung verwehrt dem Souverän die Anerkennung als Souverän.

Drittens: Weil das Fehlen eines bürgerlichen Initiativrechts zur Herbeiführung von Volksabstimmungen über eigene Angelegenheiten der politischen und rechtlichen Gemeinschaft auf sämtlichen Ebenen der österreichischen Staatlichkeit, nicht nur ein gravierendes demokratisches, sondern auch ein rechtsstaatliches Defizit anzeigt.

Exkurs - Das demokratische Prinzip besteht aus *zwei* grundlegenden Elementen, dem direkt demokratischen und dem repräsentativ demokratischen. Wir denken die beiden als (zumindest) gleichberechtigte und einander ergänzende Formen, und nicht als Herrschaft des einen über das andere.

Wir finden, die Rechtsherrschaft bzw. die Rechtsetzung und Rechtsprechung muss in dieser genuin demokratischen Angelegenheit der unmittelbaren Teilnahme dem demokratischen Prinzip gerecht werden. Ansonsten ihre Rechtmäßigkeit – als legitime – auf dem Spiel steht.

Auch und vor allem auch in Österreich als demokratischer Republik, deren Recht vom Volk ausgeht; Gemäß dem demokratischen Prinzip – teils unmittelbar (Volksabstimmung mit legislativen Befugnissen) und teils unmittelbar (Abstimmungen in repräsentativen Gremien mit legislativen Befugnissen).

Über all das, worüber repräsentative Gremien abstimmen können, können auch Volksabstimmungen entscheiden. Die in legislative Akte umgesetzten Entscheidungen müssen verfassungskonform sein und mit vertraglichen insbesondere völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates vereinbar.

Und da in einem demokratisch verfassten Rechtsstaat liberalen Zuschnitts der Demos auch der Souverän ist, wohnt ihm auch die verfassungsgebende und verfassungsverändernde Gewalt inne, die er in Form von Volksabstimmungen über verfassungsrechtliche Normen ausüben kann.

Es mag aufschlussreich sein, an dieser schweifenden Stelle kurz auf zwei Aspekte der Geschichte von Art.44 B-VG einzugehen. Die Geschichte der „obligatorischen Volksabstimmungen über die Gesamtänderung der Bundesverfassung“ (Art. 44 Abs. 3 B-VG) beginnt mit dem „Gesetz über die Volksvertretung“ vom 14. März 1919. Mittels ihm wurde der konstituierenden Nationalversammlung aufgetragen, in der endgültigen Verfassung „Verfassungsänderungen der Volksabstimmung zu

unterwerfen (Verfassungsreferendum).“²¹ Die Vorgabe, alle Verfassungsänderungen einer Volksabstimmung zu unterwerfen wurde allerdings mit Art. 44 Abs.3 B-VG nicht umgesetzt. Stattdessen wurde ein nachgerade mythischer Begriff namens „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ geschaffen, der sich auf die Änderung bzw. Abschaffung von Grundprinzipien der Verfassung (sog. Baugesetzen) bezieht. Und die unter anderem auch deshalb formuliert wurden, um präzisieren zu können, worin eine „Gesamtänderung“ besteht.

Und. Der VfGH hat 2005 entschieden, dass aus Art. 44 Abs. 3 B-VG nur ein Recht abgeleitet kann, an einer veranlassten Volksabstimmung teilzunehmen, aber keines sie zu veranlassen. Da kein Rechtsanspruch auf die Durchführung einer „verpflichtenden Volksabstimmung“ besteht, kann ihre Durchführung auch nicht „erzungen“ werden. (VfGH G62/05, VfSlg.17.588/2005). Weil dem Souverän kein Rechtsmittel (Initiativrecht) gewährt wird, die Durchführung einer „verpflichtenden Volksabstimmung“ auch dann erwirken zu können, wenn sie von der Mehrheit der repräsentativ demokratischen Körperschaft (Parlament) zu Unrecht nicht veranlasst wird, zeigt sich ein rechtsstaatliches Defizit.

Vielleicht wird es jetzt auf eine (verpflichtende) Volksabstimmung ankommen, um das bürgerliche Recht auf Herbeiführung einer Volksabstimmung – im Grunde eine demokratische Selbstverständlichkeit – in eigenen Angelegenheiten der politischen und rechtlichen Gemeinschaft auf sämtlichen Ebenen der österreichischen Staatlichkeit zu verankern.

Wie auch immer es kommen wird. Wir möchten wissen, was die Haltung und die Position der EU-Kommission und insbesondere der beiden Ressorts in dieser Sache ist. Es geht um das rechtsstaatliche und demokratische Selbstverständnis der österreichischen Gesellschaft als Teil der europäischen.

Prosaischer. Das Urteil vom 6ten Oktober 2020 nimmt den Bürgerinnen und Bürgern ein zutiefst demokratisches und bewährtes Recht. Es entzieht dem bürgerlichen Initiativrecht zur Herbeiführung einer Volksabstimmung von zum Gemeinderat Wahlberechtigten die landesgesetzliche Rechtsgrundlage. Der VfGH begründet sein Urteil damit, dass eine repräsentative Körperschaft (Gemeinderat) nicht gegen ihren Willen an eine demokratische Entscheidung des Souveräns (Volksabstimmung) gebunden werden könne. Das werde durch das repräsentativ-demokratische System der Gemeindeselbstverwaltung ausgeschlossen. Er ist der Rechtsmeinung, dass dadurch letztlich das von ihm so genannte repräsentativ-demokratische Grundprinzip der Verfassung verletzt werde. Aber: Dieser Begründung steht das demokratische Prinzip entgegen, verkörpert in Art 1. B-VG, der besagt, dass das Recht der demokratischen Republik vom Volk ausgeht, und sie steht im Widerspruch zur in Art. 117 Abs. 8 B-VG festgeschriebenen „unmittelbaren Teilnahme“, bei der, gemäß dem parlamentarischen Verfassungsgesetzgeber, das Wahlvolk anstelle der ansonsten zuständigen Gemeindeorgane, mithin des Gemeinderats als zuständiges Organ, entscheidet.

Wir denken, das Beste wäre, der VfGH würde sein Urteil revidieren und die Gesamtheit seiner Rechtsprechung, die auf der zu weit gehenden Reduktion des demokratischen Prinzips auf ein repräsentativ demokratisches Grundprinzip als Baugesetz der Verfassung beruht (u.a. G103/00 u.a. 28 Juni 2001, G62/05 u.a. 18 Juni 2002, G166/2020 u.a. 6 Oktober 2020), überdenken und in ein zukunftsfähiges Verständnis von Demokratie bzw. des demokratisch verfassten Rechtsstaates liberalen Zuschnitts überführen.

²¹ Art.1 Abs.2 des Gesetzes vom 14.März 1919 über die Volksvertretung, StGBI. 179/1919

Eins, in dem die beiden grundlegenden Elemente des demokratischen Prinzips an sich, das direkt demokratische und das repräsentativ demokratische, als gleichberechtigt komplementäre gesehen werden, die einander in der Verantwortung stehen und zu einer Kooperation auf Augenhöhe angehalten sind.

Eins, das dem Artikel 1 der Bundesverfassung, der besagt, dass das Recht der demokratischen Republik Österreich vom Volk ausgeht, gerecht wird, und damit auch anerkennt, dass demokratische Entscheidungen des Souveräns Gesetzeskraft erlangen können. Und die Bedingungen, unter denen das im Rahmen eines demokratisch verfassten Rechtsstaates liberalen Zuschnitts möglich ist, die gleichen sind, die für die repräsentativ demokratische Gesetzgebung gelten. Eins also, dass den Souverän als Souverän anerkennt, mithin, dass demokratische Entscheidungen des Souveräns auch gegen den Willen der repräsentativen Körperschaften selbstverständlich möglich sind, sprich: zugelassen und gewollt. Nicht mehr und nicht weniger.

Eins, das zudem die feste Basis dafür bildet, die Verfassungsgerichtsbarkeit von sich aus tätig werden zu lassen. Dass sie, unter Berufung auf Art. 140 B-VG, der i.V.m. Art.1 B-VG den VfGH verpflichtet die demokratische Rechtmäßigkeit von Gesetzen zu prüfen, den parlamentarischen Verfassungsgesetzgeber zur vollumfänglichen Erfüllung der Aufgabe auffordert, die sich aus Art. 1 B-VG ergibt²², das direkt demokratische Element als ausdrücklich gleichberechtigtes zu verankern. Sprich: Unmittelbare Teilnahme der Wahlberechtigten a. zur Gemeindevertretung b. zum Landtag und c. zum Nationalrat, die ein bürgerliches Initiativrecht zur Herbeiführung von Volksabstimmungen über eigene Angelegenheiten der politischen und rechtlichen Gemeinschaft inkludiert. Und somit das Wie des in der grundgesetzlichen Bestimmung Art. 1 B-VG *formulierten* unmissverständlich und *gemäß* dem demokratischen Prinzip, das sich in ihm verkörpert, verdeutlicht.

Es ist (in unsren Augen) unverständlich, dass das in Art.1 B-VG verkörperte demokratische und rechtsstaatliche Prinzip anscheinend nicht ausreichen, um die demokratische Selbstverständlichkeit von gleichberechtigten und einander ergänzenden Elementen des demokratischen Prinzips, das aus Formen des direkt demokratischen Elements und Formen des repräsentativ demokratischen Elements besteht, verfassungsrechtlich abzusichern.

Also: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus, teils unmittelbar durch Abstimmungen des Souveräns und teils mittelbar durch Abstimmungen der repräsentativen Körperschaften“ anstelle von „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom repräsentativ demokratischen System aus, in dem gesetzgebende Körperschaften von politischen Parteien beschiedt werden, deren Vertreter von Stimmberechtigten gewählt werden.“

²² Sie ist im demokratischen Prinzip enthalten, sie ergibt sich aus seiner Charakteristik und seinem Namen, es gibt sie vor, und sie lässt sich in der Sache aus ihm ableiten.

2. Verankerung der „unmittelbaren Teilnahme“ in der Europäischen Menschenrechts-konvention

Noch kurz – aber vordringlich! – zur materiellen Rechtsstaatlichkeit, die sich u.a. in Form des liberalen Prinzips in der österreichischen Bundesverfassung verkörpert. Gegen die angeführte höchstrichterliche Rechtsprechung rechtlich vorzugehen liegt nicht in unserem Interesse. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist bereits überlastet und die Sache würde sich über Jahre hinziehen. Aber wir möchten der EU-Kommission eine, nun ja, Seltsamkeit zu bedenken geben.

Die „unmittelbare Teilnahme“ ist auch ein Menschenrecht, und zwar ein genuin demokratisches.

Art. 21 AEMR (1948) *„Jeder hat das Recht an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten seines Landes unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter mitzuwirken.“*

Art.25 IPbpR (1966) *„Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit ohne Unterschied nach den in Art. 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen a) an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch gewählte Vertreter teilzunehmen; b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äußerung des Wahlberechtigten gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden; c) unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben.“*

Österreich ist dem Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) beigetreten, er wurde 1978 ratifiziert (BGBl. Nr. 591 /1978). In Art. 2 Abs.1 verpflichten sich die Vertragsstaaten, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten, und sie allen in seinem Gebiet befindlichen Personen und seiner Jurisdiktion unterstehenden Personen ohne Unterschied (...) zu gewähren. Zudem hat der Nationalrat per Ratifizierung beschlossen, diesen Staatsvertrag im Sinne von Art. 50 Abs. 2 B-VG durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen.

Seltsam – auch bei den zwei sprachlichen Fassungen des genuin demokratischen Menschenrechts kann ein eigentümlich unentschiedenes Oszillieren zwischen Teilnehmen und Mitwirken bemerkt werden. Wobei noch etwas anderes auffallen kann, denn was bei der Übersetzung der allgemein deklarierten Menschenrechte (AEMR) und ihrer Justiziabilität (IPbpR) in die europäische Menschenrechtskonvention (EMRK; sie hat in Österreich Verfassungsrang inne) und ihre Zusatzprotokolle vergessen wurde, ist – soweit uns ersichtlich – das unmittelbare Teilnehmen. Die (sich auf demokratische Traditionen und Werte berufende) europäische Menschenrechtskonvention kennt nur ein Menschenrecht auf freie und geheime Wahl (Zusatzprotokoll1. Art.3; 1952). Wie diesen – gewiss nur versehentlichen – Missstand beheben? Und die „unmittelbare Teilnahme“ per Zusatzprotokoll in der Europäischen Menschenrechtskonvention ausdrücklich zu verankern?

Initiative Ludesch, Februar 2021