

Rechtsordnung erlaubten Handelns möglich ist. Wo eine Stellvertretung unzulässig oder ungültig ist, ist das Unterschreiben für andere strafbar. Das führt zur Strafbarkeit in Fällen, wo es geradezu unverständlich ist⁹¹⁾. Davon abgesehen ist die Körperlichkeitstheorie aber auch wegen anderer Schwächen im Ergebnis abzulehnen.

Die Geistigkeitstheorie und die Vereinigungstheorie unterscheiden sich in den hier zu behandelnden Fragen nicht. Da aber die Vereinigungstheorie andere Problemstellungen⁹²⁾ wesentlich besser zu bewältigen vermag, ist ihr der Vorzug zu geben. Von großer Bedeutung ist, daß die Zulässigkeit oder Gültigkeit der Vertretung keine Auswirkungen auf die strafrechtliche Beurteilung hat. Für die Erfüllung des äußeren Tatbestandes

einer Urkundenfälschung ist allein das Vorliegen einer Ermächtigung entscheidend, wie dies auch in der E des OGH 15 Os 49/92 zum Ausdruck kommt.

Soweit im Tatzeitpunkt keine Ermächtigung vorlag, der Täter aber geltend macht, eine solche Ermächtigung angenommen zu haben, ist sorgfältig zu prüfen, ob der Täter eventuell bloß glaubte, im Interesse des Vertretenen zu handeln, ob er vielleicht bloß glaubte, der Vertretene werde mit der Verwendung seines Namens wohl einverstanden sein oder seine Handlungsweise nachträglich schon genehmigen. Diese Vorstellungen des Täters reichen nicht aus, um seinen Vorsatz auf Täuschung über die Identität des Ausstellers auszu-schließen.

Korrespondenz: Univ.-Doz. Dr. Klaus Schwaighofer, Institut für Strafrecht und sonstige Kriminalwissenschaften, Universität Innsbruck, Innrain 52, A-6020 Innsbruck, Österreich.

⁹¹⁾ ZB der Paketzusteller.

⁹²⁾ Erklärungen unter Zwang.

Ass.-Prof. Dr. Franz Merli, Graz

Die allgemeine Handlungsfreiheit*)

(1. Teil)

Zum rechtsstaatlichen Prinzip der österr Verfassung gehört der jeder Person zustehende, gerichtlich durchsetzbare Abwehranspruch gegen rechtswidrige Pflichten. Dieser Anspruch verleiht der allgemeinen Handlungsfreiheit subjektivrechtlichen Charakter. Mit der auf gleiche Weise geschützten Freiheit vor physischer Gewalt verbindet sich die allgemeine Handlungsfreiheit zu einem den Grundrechten vorgelagerten allgemeinen Teil der Freiheit. Zu diesem Ergebnis führt (hier) nicht rechtsphilosophische Überlegung, sondern eine Analyse auf der Grundlage der Rsp von VwGH und VfGH.

Deskriptoren: Allgemeine Handlungsfreiheit, subjektives Recht, Rechtsschutz, selbständige und un-selbständige Grundrechte, Normativität, Dulden, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechtsstaat; Art 7, 18, 83 Abs 2, Art 129a Abs 1 Z 2, Art 131, 139, 140, 144 B-VG.

I. Aufgabenstellung

Diese Arbeit verfolgt drei Ziele. Nach der Einführung einiger Grundbegriffe (Teil II) möchte ich in Teil III zunächst zeigen, daß die allgemeine Handlungsfreiheit – jedenfalls außerhalb von Sonderrechtsverhältnissen wie im öffentlichen Dienst, in Schulen oder Strafanstalten – gegen normative Beeinträchtigungen durch den Staat *subjektiven* und auch *verfassungsrechtlichen Schutz* genießt. Das mag selbstverständlich erscheinen, doch anders als in Deutschland, wo die allgemeine Handlungsfreiheit als Teil des verfassungsrechtlich verankerten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art 2 Abs 1 GG) gesehen wird und daher in der gesamten Grundrechtsliteratur eine Rolle

spielt, gibt es in Österreich keine ausdrückliche Norm dieses Inhalts¹⁾ und auch keine systematischen Äußerungen zum Thema, sondern nur Bemerkungen zu einigen seiner Aspekte im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit staatlicher Akte²⁾. Die einzige darüber hinausgehende Be-

¹⁾ So bezieht sich etwa die Gewährleistung der persönlichen Freiheit nur auf ihren körperlichen Aspekt. „jedoch nicht auf die durch ein bloßes Verbot herbeigeführten Beschränkungen der Handlungsfreiheit“, denn bei „anderer Auslegung wären die übrigen Bestimmungen des StGG. überflüssig“ (VfSlg 3104/1956 mwN), und auch das durch Art 8 MRK geschützte Privatleben ist enger als die allgemeine Handlungsfreiheit: ZB umfaßt es nicht auch die Freiheit, beim Autofahren Gurten anzulegen oder nicht (VfSlg 11.073/1986).

²⁾ Adamovich/Funk, Österreichisches Verfassungsrecht³ (1985) und Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁷ (1992) erwähnen die allgemeine Handlungsfreiheit nicht einmal.

*) Für viele Verbesserungsvorschläge zur Erstfassung des Manuskripts danke ich Bernd-Christian Funk, Monika Gimpel-Hinteregger und Peter Koller.

handlung des Themas habe ich bei *Ress* gefunden. Seine Erwägungen gipfeln in dem Satz:

„Da der Staat nur dann handeln darf, wenn und soweit das Gesetz ihn ermächtigt, bestehen im übrigen für den Bürger Freiheit und, soweit verfassungsrechtlich gewährleistet oder einfachgesetzlich gewährte Rechte vorliegen, auch Rechte“³⁾.

Damit wird aber genau das hier gestellte Problem umgangen: Daß für den Bürger Freiheit und Rechte bestehen, soweit Rechte vorliegen, kann kaum überraschen; interessant ist dagegen, ob die *Freiheit ein Recht ist*, auch wenn und soweit keine (verfassungs-)gesetzlich gewährten Rechte vorliegen.

Das zweite Ziel, dem Teil IV dieser Untersuchung gewidmet ist, besteht in der Klärung des Verhältnisses der allgemeinen Handlungsfreiheit zur „natürlichen“ Handlungsfreiheit, zu den grundrechtlich gewährleisteten speziellen Handlungsfreiheiten und zum rechtsstaatlichen Prinzip des B-VG. Damit sollen *der systematische Ort und das Gewicht der allgemeinen Handlungsfreiheit in unserer Verfassung* bestimmt werden.

Im letzten Abschnitt möchte ich dann die allgemeine Handlungsfreiheit mit dem unterwegs aufgefundenen und ebenfalls grundlegenden Recht auf Freiheit vor staatlicher Gewalt gegen die Person zu einem auf Baugesetzebene der Verfassung formulierbaren *allgemeinen Teil der Freiheit* verbinden.

Um alles das zu erreichen, bedarf es auch der Erörterung einiger anderer Punkte. Zu ihnen gehören vor allem der Charakter bestimmter unselbständiger „Huckepack“- (Grund-)Rechte wie jener auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und auf Freiheit vor willkürlicher und unsachlicher Behandlung und die Voraussetzungen von Gesetzesanfechtungen durch Private. Wenn die dabei gewonnenen Einsichten unabhängig von der Frage nach der allgemeinen Handlungsfreiheit zu einem besseren Verständnis unseres öffentlich-rechtlichen *Rechtsschutzsystems* beitragen könnten, wäre dies schließlich ebenfalls kein Unglück.

Insgesamt geht es also nicht um eine Kritik, sondern um eine bessere *Beschreibung* bestimmter Aspekte der österr Rechtsordnung: vor allem um eine auf Kohärenz zielende Rekonstruktion der Rsp von VwGH und VfGH mit Hilfe einiger elementarer analytischer Einsichten.

II. Grundbegriffe und Themenabgrenzung

Mit „*Handlungsfreiheit*“ meine ich die Möglichkeit, sich nach Belieben zu verhalten. Sie umfaßt alle denkbaren Tätigkeiten und Unterlassungen mit Ausnahme jener, die, wie zB ein Vertragsabschluß oder das Wählen, eine Rechtsordnung vor-

aussetzen⁴⁾. Diese Handlungsfreiheit ist somit rechtsordnungsunabhängig. Setzt man sie in Beziehung zu einer Rechtsordnung, hat das zweierlei Konsequenzen:

Rechtsordnungen bestehen zum Großteil aus *Geboten und Verboten*, also aus Beschränkungen der Handlungsfreiheit; ohne solche Beschränkungen könnte es gar keine Rechtsordnung geben. Ist eine Rechtsordnung hierarchisch organisiert, lassen sich auf jeder Ebene ihres Stufenbaus verschiedene weite Begriffe der Handlungsfreiheit unterscheiden: Das, was die Verfassung an Handlungsfreiheit „übrigläßt“, ist zB mehr, als was auf der Ebene unter der Gesetzgebung noch bleibt. Interessiert man sich nicht nur für den Umfang, sondern auch für die Beschränkbarkeit der Handlungsfreiheit durch Rechtsakte, muß man vom weitesten Begriff, der auch zB Mord oder Diebstahl einschließt, ausgehen.

Rechtsordnungen enthalten zweitens nicht nur Ver- und Gebote, sondern auch ausdrückliche *Erlaubnisse*: So ist es dem Bürger in Österreich entweder vorbehaltlos oder unter bestimmten Bedingungen freigestellt, seine Meinung zu äußern, an Gott zu glauben, Kraftfahrzeuge auf öffentlichen Straßen zu lenken und fremden Wald zu betreten. Die entsprechenden Normen heben bestimmte Aktivitäten aus der allgemeinen Handlungsfreiheit heraus und schaffen *spezielle* Handlungsfreiheiten. Sie finden hier keine Behandlung. Unser Thema sind jene Tätigkeiten und Unterlassungen, die die Rechtsordnung nicht ausdrücklich freistellt. Ihre Summe bildet die *allgemeine* Handlungsfreiheit. Ein Beispiel aus diesem Bereich ist die Freiheit, Tauben zu füttern, doch geht es, wie sich schnell zeigen wird, auch um Wichtigeres.

Schutz gewährt die Rechtsordnung einem Gut, indem sie jemandem gebietet, darauf Rücksicht zu nehmen. Der Schutz eines bestimmten Gutes hat oft auch Auswirkungen auf andere Güter. ZB kommen Pflichten zur Unterlassung von Umweltbeeinträchtigungen durch Emissionen auch dem Eigentum und der Gesundheit von Nachbarn zugute, und das Verbot rechtswidriger Eingriffe in die persönliche Freiheit nützt auch anderen Freiheiten, darunter jener zum Taubenfüttern. Dieser *indirekte Schutz*⁵⁾ über andere Güter bleibt hier

⁴⁾ Letztere sind nicht Freiheiten, sondern Kompetenzen: vgl zB *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (1986) 211 ff. Innerhalb der Freiheiten muß wieder unterschieden werden: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art 2 Abs 1 GG umfaßt nach der Rsp des BVerfG nicht nur den Schutz von Handlungsmöglichkeiten sondern auch von Zuständen, zB der Unbefangtheit der Kommunikation, und rechtlichen Positionen, zB jener als Personalratsmitglied (Nachweise bei *Alexy*, aaO 311). Hier interessieren die Handlungsmöglichkeiten. Nur im Zusammenhang mit ihrem Schutz gegen „faktische Amtshandlungen“ wird auch ein besonders geschützter Zustand, nämlich jener der Freiheit von physischer Gewalt, eine Rolle spielen; dazu unten bei FN 53.

⁵⁾ Vgl *Alexy*, aaO (FN 4) 208 f, zu „inhaltsgleichem Schutz“ und „protective perimeter“ (dieser Begriff stammt von *Hart*).

³⁾ *Ress*, *Das subjektive öffentliche Recht*, in: FS Antonioli (1979) 105 (119 ff; Zitat auf 120); vgl aber auch seine bei FN 37 wiedergegebene Bemerkung.

weitgehend außer Betracht. Berücksichtigt wird mit einer Ausnahme⁶⁾ nur der *direkte Schutz* der allgemeinen Handlungsfreiheit, der auch geltend gemacht werden kann, wenn kein anderes Gut betroffen ist.

„*Subjektiv geschützt*“ ist ein Gut, wenn ein an ihm interessierter Privater einen Anspruch auf Erfüllung einer Rücksichtnahmepflicht hat und wenn er ein Verfahren auslösen kann, das gegebenenfalls mit dem Auftrag der Pflichterfüllung oder wenigstens mit der nachträglichen Feststellung ihrer rechtswidrigen Unterlassung endet⁷⁾. Hat der Bürger diese Möglichkeit nicht, spricht man von (nur) „*objektivem Schutz*“. ZB schützen natur-schutzrechtliche Pflichten das Interesse an unberührter Landschaft nur objektiv, weil sie nur vom Staat geltend gemacht werden können. Dagegen wird die eigentumsrechtliche Freiheit zur Nutzung eines Grundstücks ua durch ein Betretungsverbot für andere und entsprechende Unterlassungsklagen des Eigentümers subjektiv geschützt.

Bei subjektivem Schutz haben wir es also mit drei Elementen zu tun: einem Gut, einem Anspruch auf seine Nichtbeeinträchtigung und einer verfahrensrechtlichen Kompetenz eines Privaten⁸⁾. Der gesetzliche Ausdruck „*Recht*“ kann sich nun auf jedes dieser Elemente beziehen. ZB gewährt Art 1 Abs 1 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit jedermann „das Recht auf Freiheit und Sicherheit“, das DSG beginnt mit der Überschrift „Grundrecht auf Datenschutz“ und § 63 Abs 1 AVG spricht vom „Recht auf Einbringung der Berufung“. In allen diesen Fällen sind aber jeweils die beiden anderen Elemente vorausgesetzt oder mitgedacht. Auch Lehre und Rsp verwenden den Begriff „(subjektives) Recht“ nicht einheitlich, und über seinen richtigen Gebrauch wird im Rahmen der allgemeinen Rechtslehre seit langer Zeit gestritten⁹⁾. Wenn hier von der allgemeinen Handlungsfreiheit als subjektivem Recht die Rede ist, soll damit nicht Position in dieser Auseinandersetzung bezogen, sondern nur eine aus der Grundrechtsterminologie bekannte vereinfachte Ausdrucksweise gewählt werden, die von einem Gut ausgeht, aber die beiden anderen Elemente mitumfaßt.

Freiheiten können auf verschiedene Art *beeinträchtigt* werden¹⁰⁾. Eine Möglichkeit ist die Be-

hinderung ihrer Ausübung durch *Unterlassungen*, nämlich durch die Vorenthaltung dafür notwendiger Voraussetzungen. Der Schutz gegen solche Beeinträchtigungen verlangt Leistungspflichten anderer. Soweit es dabei um Güter wie Geld oder Information geht, braucht dieser Fall nicht weiter verfolgt zu werden, da kein Zweifel besteht, daß entsprechende subjektive Leistungsansprüche nicht aus der Handlungsfreiheit selbst, sondern nur aus eigenen gesetzlichen Bestimmungen ableitbar sind. Viel schwieriger zu beantworten ist aber, ob und inwieweit den Staat in Gesetzgebung und Vollziehung die Pflicht trifft, Schutz gegen Freiheitsbeeinträchtigungen durch ein Tun Dritter zu gewähren, und ob und wie eine solche Leistungspflicht subjektiv durchsetzbar ist. Da diese Frage in Österreich nicht einmal im Bereich der verfassungsgesetzlich ausdrücklich eingeräumten Rechte geklärt ist¹¹⁾, soll sie hier auch in bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit ausgeklammert werden. Dies fällt leichter, weil ja über das strafrechtliche Nötigungsverbot zumindest ein objektiver Mindestschutz besteht.

Damit bleiben Freiheitsbeeinträchtigungen durch ein *Tun*. Zum Schutz gegen sie genügen Unterlassungspflichten; ist der Schutz subjektiviert, spricht man von Abwehrrechten. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden: die Beseitigung oder Einschränkung einer Freiheit durch die Auferlegung von Pflichten und die „tatsächliche“ Be- und Verhinderung der Freiheitsausübung. Im ersten Fall liegt eine *normative*, im zweiten eine *faktische Beeinträchtigung* vor. Natürlich haben normative Beeinträchtigungen auch faktische Wirkungen. Für die Unterscheidung kommt es daher darauf an, ob dem Betroffenen eine vorher nicht vorhandene Pflicht auferlegt oder nur ein sonstiger Nachteil zugefügt wird. Was für den einen eine normative Beeinträchtigung ist, kann für den anderen gleichzeitig eine faktische sein: Wird zB jemand zu einer Haftstrafe verurteilt, also zum Verbringen einer bestimmten Zeit in einer Anstalt verpflichtet und damit normativ beeinträchtigt, liegt darin auch eine faktische Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit seines Tennispartners. Im Hinblick auf den einzelnen Betroffenen läßt sich die Qualität der Beeinträchtigung auf diese Art eindeutig bestimmen.

Die Unterscheidung zwischen normativer und faktischer Beeinträchtigung schwimmt allerdings im „*Dulden*“, weil darunter idR die Pflicht zur Hinnahme von faktischen Beeinträchtigungen verstanden wird. „Der Duldungsbegriff gehört zu den notorisch dunklen Begriffen der allgemeinen Rechtslehre“¹²⁾, und daran wird sich auch durch diese Arbeit nicht viel ändern. Für unsere Zwecke reicht jedoch eine kleine Präzisierung. Manchmal wird mit „*Duldungspflicht*“ nur die Pflicht zur faktischen Nichthinderung fremder Aktivitäten

⁶⁾ Dazu bei FN 53.

⁷⁾ Ausgeklammert werden hier Schadenersatz- und Amtshaftungsansprüche, weil sie die allgemeine Handlungsfreiheit entweder nur indirekt über das Eigentum (bei Vermögensschäden) oder – infolge der restriktiven Haltung der österr Rechtsordnung zu immateriellen Schäden – gar nicht schützen.

⁸⁾ ZB *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe (1877/1883; Neudruck 1965) §§ 148, 157 und Anhang A; *Wellmann*, A Theory of Rights (1985) 63 ff; *Alexy*, aaO (FN 4) 194 ff.

⁹⁾ Aus neuerer Zeit dazu zB *Aicher*, Das Eigentum als subjektives Recht (1975) 13 f, 45 ff; *Wellmann*, aaO (FN 8) 63 ff; *Alexy*, aaO (FN 4) 164 ff.

¹⁰⁾ *Alexy*, aaO (FN 4) 172 ff, 195 ff.

¹¹⁾ Vgl *U. Davy*, Versammlungsschutz und Meinungsfreiheit. JAP 1990/91, 197 ff mwN.

¹²⁾ *Alexy*, aaO (FN 4) 418.

gemeint¹³); so verstandenes „Dulden“ unterscheidet sich in nichts vom normalen Unterlassen. Wenn dagegen zB davon gesprochen wird, daß jemand unter bestimmten Umständen eine Durchsuchung oder das Abschleppen seines Wagens, daß der Waldeigentümer das Betreten seines Grundes durch Spaziergänger und der Nachbar Immissionen durch eine behördlich genehmigte Anlage über das Maß des § 364 Abs 2 ABGB hinaus zu „dulden“ hat, bezeichnet der Begriff (zumindest auch) etwas anderes: nämlich die punktuelle *Beseitigung eines Abwehrrechts*. Dieses Dulden ist das Gegenstück der ausnahmsweisen und daher normierungsbedürftigen Erlaubnis, in subjektivrechtlich geschützte Rechtsgüter anderer einzugreifen. Der Akt, der den Eingriff erlaubt und damit zum Dulden verpflichtet, wirkt normativ; jener, der aufgrund der Erlaubnis gesetzt wird, dagegen faktisch. „Dulden“ in diesem Sinn setzt also den Bestand eines Anspruchs auf Unterlassung der faktischen Beeinträchtigung, somit eine subjektivrechtlich gegen faktische Beeinträchtigungen geschützte Freiheit voraus. Ob dieses „Dulden“ im folgenden berücksichtigt werden muß, hängt daher davon ab, ob die allgemeine Handlungsfreiheit gegen faktische Beeinträchtigungen geschützt ist.

Diese Frage kann sofort verneint werden. Es ist zwar möglich, die allgemeine Handlungsfreiheit gegen bestimmte, besonders schlimme Folgen ihrer faktischen Beeinträchtigung, etwa gegen Nötigungen, und spezielle Freiheiten, zB die persönliche Freiheit, gegen alle unmittelbaren faktischen Beeinträchtigungen zu schützen. Es ist aber nicht möglich, die allgemeine Handlungsfreiheit generell gegen faktische Beeinträchtigungen zu schützen: Da fast jede Tätigkeit einer Person und auch des Staates die Handlungsmöglichkeiten anderer beeinflusst, wäre dies nur um den Preis der völligen Lähmung der Gesellschaft und des Verlusts der Freiheit erreichbar. Wir können uns daher auf normative Beeinträchtigungen beschränken, und das „Dulden“ muß uns nicht beschäftigen.

Im folgenden geht es auch nur um Beeinträchtigungen durch die Hoheitsgewalt und damit um den *öffentlichrechtlichen* Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit. Aus Platzgründen beschränke ich mich dabei auf die Hoheitsverwaltung und die Gesetzgebung.

III. Die allgemeine Handlungsfreiheit als subjektives öffentliches Recht

Der Gedankengang dieses Abschnitts läßt sich in zwei Sätzen zusammenfassen: Die vorhandenen Rechtsmittelbefugnisse des Verwaltungs- und Verfassungsrechts können auch zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen sol-

che rechtswidrige Akte genutzt werden, die nur in die allgemeine Handlungsfreiheit (normativ) eingreifen. MaW: VwGH und VfGH entscheiden so, als enthielte das geschriebene Recht den Satz: „Jedermann hat das Recht, sich nach Belieben zu verhalten.“

Da ich von den Anfechtungsbefugnissen ausgehe, diese aber von der Form des angefochtenen Aktes abhängen, gliedert sich dieser Abschnitt nach den wichtigsten Handlungsformen des Hoheitsstaates. Im ersten Teil geht es um *individuelle Beeinträchtigungen* der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Bescheide und Maßnahmen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt; nach dem allgemeinen Rechtsschutz gegen solche Eingriffe, der dem VwGH obliegt, wird der besondere durch den VfGH behandelt. Der zweite Teil dieses Abschnitts ist dem verfassungsgerichtlichen Schutz gegen *gesetzliche Beschränkungen* der allgemeinen Handlungsfreiheit gewidmet.

1. Beeinträchtigungen durch Bescheide

Gegen Bescheide kann berufen, wer Partei des Verfahrens ist, also der, auf den sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, soweit er an der Sache „vermöge eines Rechtsanspruches oder rechtlichen Interesses beteiligt“ ist (§ 63 iVm § 8 AVG). Die Legitimation zur Erhebung der VwGH-Beschwerde hängt von der Möglichkeit der Verletzung von „Rechten“ ab (Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG). Lehre und Rsp deuten dies sinngemäß so, daß der Rechtsmittelwerber auf die mögliche Verletzung eines *gesetzlich eingeräumten subjektiven Rechts* oder auf eine nachteilige Beeinflussung seiner „*Rechtssphäre*“ durch den Bescheid verweisen können muß¹⁴). Das Beispiel unseres Taubenfreundes, dem mit Bescheid das Füttern verboten wird, lehrt jedoch, daß sich diese beiden Umschreibungen nicht decken müssen: Was auch immer man unter einem gesetzlich eingeräumten Recht verstehen will¹⁵), das Taubenfüttern gehört nicht dazu.

¹⁴) Vgl zB Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze I (1987) Anm 1 und 7, E 8-13, 14, 15 und 19 zu § 8 AVG; Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁵ (1991) Rz 119, 122, 516; Kobzina, Die Parteistellung im Verwaltungsverfahren und die Beschwerdelegitimation im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof, in: FS Klecatsky (1980) 431 ff; Oberndorfer, Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit (1983) 87 f; Walter/Mayer, aaO (FN 2) Rz 953.

¹⁵) Die Frage wäre eine eigene Untersuchung wert. Soweit ich sehe, lassen sich einige Standardfälle unterscheiden: 1. Im einfachsten von ihnen sagt das Gesetz ausdrücklich, daß jemand ein Recht auf Erfüllung einer behördlichen Pflicht hat (so zB § 87 SicherheitspolizeiG BGBl 1991/566 – im folgenden: SPG). 2. Weiters kann die Parteistellung einer bestimmten Person gesetzlich normiert sein, was als Indiz für ihren auch vor dem VwGH verfolgbar materiellen Anspruch auf Erfüllung der Pflicht gilt (zB VwGH ZfVB 1991/4/1706 zu § 10 LRG-K BGBl 1988/380); die Einräumung der Partei-

¹³) So zB Funk, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 240 f: kein Dulden dort, wo der Betroffene gar keine Möglichkeit hat, den Eingriff durch eigenes Handeln zu verhindern, zB beim Abhören von Telefongesprächen.

Handelt die Behörde bei Erlassung des Bescheides also rechtswidrig, kann darin keine Verletzung eines gesetzlich eingeräumten Rechts liegen. Doch selbstverständlich beeinflusst der Bescheid durch die Hinzufügung einer Pflicht die Rechtssphäre des Taubenfütterers.

Daß die Voraussetzungen der Rechtsmittelbefugnis auf zwei verschiedene Arten umschrieben werden, liegt nun daran, daß es jeweils um *andere Konstellationen* geht. Dies zeigt zB der Vergleich von zwei Entscheidungen des VwGH über behördliche Aufträge zur Beseitigung von Plakatwänden, die nicht vom Grundeigentümer aufgestellt worden waren und ihm auch nicht gehörten: Im ersten Fall, in dem der Beseitigungsauftrag nur dem Grundeigentümer erteilt wurde, sprach der VwGH dem Eigentümer der Plakatwand die Parteistellung ab¹⁶⁾. Im zweiten Fall, in dem der Beseitigungsauftrag (rechtswidrig) auch an den Eigentümer der Plakatwand erging, kam er zum gegenteiligen Schluß¹⁷⁾.

Der Grund dafür liegt auf der Hand: Der erste Bescheid verpflichtet den Plakatwandeigentümer zu nichts und nimmt ihm auch kein Recht; sein Eigentum ist „in seinem Bestande nicht unmittelbar getroffen“¹⁸⁾; die Entscheidung berührt ihn nur über die Auswirkungen der Verpflichtung eines Dritten. Der zweite Bescheid schreibt ihm dagegen ein bestimmtes Verhalten vor. Im ersten Fall geht es um eine *faktische*, im zweiten um eine *normative* Beeinträchtigung. Der VwGH umschreibt diesen Unterschied mit der Wendung, Voraussetzung für die Parteistellung sei, daß die Sachentscheidung „in die Rechtssphäre des Betroffenen überhaupt bestimmend eingreift, und weiters, daß darin eine unmittelbare, nicht bloß abgeleitete

te und mittelbare Wirkung zum Ausdruck kommt“¹⁹⁾. In jenem Erkenntnis, aus dem diese Wendung fast wortgleich übernommen ist, hatte er noch hinzugefügt: „Diese Gegenüberstellung ist unentbehrlich, weil ohne sie ein grundsätzliches und durchgreifendes Merkmal für die Unterscheidung zwischen Beteiligten und Parteien nicht gefunden werden kann“²⁰⁾.

Das ist richtig, aber auch mißverständlich. Richtig daran ist, daß sich die Rechtsstellung des nur faktisch und jene des normativ Betroffenen grundlegend unterscheiden. Ein Mißverständnis wäre es jedoch, dem nur faktisch Betroffenen Parteistellung und Beschwerdebefugnis von vornherein und generell abzusprechen. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil verschiedene Gesetze ausdrücklich das Gegenteil sagen: ZB räumt § 188 Abs 8 und 9 nÖ BauO (LGBI 8200) den Nachbarn im Bauverfahren Parteistellung und das subjektiv-öffentliche Recht auf Einhaltung der vorgesehenen Mindestabstände ein, obwohl ein näherliegender Bau (und seine Genehmigung) den Nachbarn nur faktisch beeinträchtigt²¹⁾. § 51 Abs 3 iVm § 10 Abs 1 und Abs 2 Z 2 ApothekenG (RGL 1907/5 idF BGBl 1990/362) verleiht dem Inhaber

¹⁹⁾ VwSlg 8031 A/1971.

²⁰⁾ VwSlg 2903 A/1953. Daß genau der Gegensatz normative – faktische Beeinträchtigung gemeint ist, zeigt dieser Fall deutlich: Dem Vermieter von Betriebsräumen kommt in einem Verfahren über das gewerberechtliche Fortbetriebsrecht der Witwe seines Mieters mangels unmittelbarer Wirkung des Bescheides auf das Mietverhältnis keine Parteistellung zu; anders wäre dies, wenn in der Anerkennung des Fortbetriebsrechts eine Verpflichtung des Vermieters zur Duldung der Benützung des Mietobjekts enthalten wäre.

²¹⁾ Zu einem Dulden verpflichtet ihn der Bescheid nicht, weil er ihm kein Abwehrrecht gegen nähere Bebauung wegnimmt: einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch hat der Nachbar ja nicht, und das durch die Bauordnung eingeräumte Recht auf Abstandswahrung wird durch (einen nur auf die allgemeinen Abstandsvorschriften gestützten) Bescheid nicht eingeschränkt, sondern allenfalls mißachtet. Das unterscheidet diesen Fall von jenen, in denen Nachbarn durch Bescheid iVm § 364a ABGB zB das Dulden von Immissionen über das zivilrechtlich hinzunehmende Maß hinaus aufgetragen wird, und zeigt, daß man auch bei Drittbeeinträchtigung faktisch und normativ Betroffene auseinanderhalten muß (wenn man den Ausdruck nicht für die nur faktisch Betroffenen reservieren will). Anders ist der Fall aber zu beurteilen, wenn die Baubehörde von ihrer Ermessensermächtigung in § 21 Abs 10 nÖ BauO zur Festlegung geringerer als der allgemein vorgesehenen Abstände Gebrauch macht: Insoweit schränkt der Bescheid das Recht auf Abstandswahrung ein und enthält tatsächlich eine Verpflichtung zum Dulden. Die Unterscheidung zwischen (nur) faktischer Beeinträchtigung durch Mißachtung eines Abwehrrechts und (auch) normativer Beeinträchtigung durch die Beschränkung eines Abwehrrechts ist für die Anfechtungsberechtigung jedoch unerheblich, weil der Betroffene ja ohnehin immer ein gesetzlich eingeräumtes Abwehrrecht gegen faktische Beeinträchtigungen haben muß, damit diese Konstellation überhaupt eintreten kann: Wo kein Recht ist, kann es auch keine Einschränkung geben.

stellung ist aber kein zwingendes Argument, da es auch Formalparteien gibt. 3. Schließlich kann ein Recht auf Erfüllung einer Pflicht angenommen werden, wenn die Pflichterfüllung dem Schutz eines Gutes zuordenbar ist, das anderswo ausdrücklich als „Recht“ bezeichnet wird – wie die Grundrechte – oder in vergleichbaren Fällen auf eine der beiden anderen Weisen gesetzlich eingeräumten subjektiven Schutz genießt – wie die Gesundheit (zB VwSlg 11.364 A/1984 zu § 4 Abs 7 Z 2 DKEG BGBl 1980/209 und VwSlg 12.878 A/1989 zu § 7 Abs 2 Tir StarkstromwegeG LGBI 1970/11; diese Form der Herleitung von Rechten liegt auch der Entscheidung zugrunde, welche von mehreren behördlichen Pflichten als mittels ausdrücklich eingeräumter Parteistellung eines Beteiligten subjektiviert gelten sollen, wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich bestimmt (zB im Baurecht). Im ersten Fall ist ein Nichtbeeinträchtigungsanspruch, im zweiten eine verfahrensrechtliche Position und im dritten ein Gut gesetzlich eingeräumt, und aus jeweils einem Element wird auf das Vorliegen der anderen geschlossen. Daß im zweiten und dritten Fall Wertungen eine große Rolle spielen, liegt auf der Hand.

¹⁶⁾ VwSlg 8031 A/1971; ähnlich VfSlg 8049/1977; ebenso zum umgekehrten Sachverhalt (Beseitigungsauftrag nur an den Eigentümer des störenden Objekts; keine Parteistellung des Grundeigentümers) VwSlg 12.600 A/1987.

¹⁷⁾ VwGH ZfVB 1977/4/1518, 1597.

¹⁸⁾ VwSlg 8031 A/1971.

einer bestehenden öffentlichen Apotheke das Recht, unter bestimmten Umständen zum Schutz seiner wirtschaftlichen Existenz gegen eine neue Konzessionserteilung an einen anderen zu berufen²²⁾. Das zeigt, daß Parteistellung und Beschwerdeberechtigung des faktisch Betroffenen nicht generell ausgeschlossen, aber vom Vorhandensein eines *besonderen, idR²³⁾ gesetzlich eingeräumten Rechts* auf Abwehr der Beeinträchtigung abhängig sind; auch ein nur faktisch Betroffener kann „in Rechten“ betroffen sein. Daß der VwGH in unserem ersten Beispielfall die Parteistellung des Plakatwandeigentümers verneinte, liegt also nur daran, daß er ein solches Recht nicht finden konnte²⁴⁾. Für faktische Beeinträchtigungen gilt also die erste der beiden eingangs genannten Umschreibungen: Rechtsmittelbefugte ist nur, wer auf ein besonderes Abwehrrecht verweisen kann. Ganz anders steht es mit *normativen Beeinträchtigungen*. Hier paßt die Formel von der „Rechtssphäre“. Versteht man darunter die Summe der Pflichten und Rechte einer Person, dann wird sie eben durch jene Auferlegung von Pflichten oder Aberkennung von Rechten (sowie durch ihre verbindliche Feststellung) beeinflußt. Mindestens eine Person, auf die das zutrifft, muß es bei jedem Bescheid geben, sonst wäre er keiner²⁵⁾. Mit der

²²⁾ Außerdem gibt es auch entsprechende Entscheidungen des VwGH in Fällen, in denen die Gesetzeslage nicht so klar war: ZB anerkannte er in Slg 7682 A/1969 die Parteistellung und Beschwerdebefugnis der Ehefrau in einem von der Lebensgefährtin ihres Mannes angestregtem Verfahren zur bescheidmäßigen Änderung ihres Namens in jenen des Ehemannes, weil durch die Annahme desselben Namens durch die Lebensgefährtin ihr (in § 92 ABGB aF normiertes) Recht, den Namen ihres Mannes zu führen, „berührt“ sei.

²³⁾ „IdR“ bedeutet: immer dann, wenn es um faktische Auswirkungen von staatlichen Geboten und Erlaubnissen geht, die für Dritte normiert werden; zu einer Ausnahme bei direkten faktischen Beeinträchtigungen durch personenbezogenen staatlichen Zwang unten bei FN 53.

²⁴⁾ Genauer gesagt: Daß er keinen Anhaltspunkt und Grund für einen, dem Schutz des vertraglichen Nutzungsrechtes dienenden öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch fand. Für dieses Ergebnis spricht jedenfalls die Möglichkeit anderweitigen Rechtsschutzes: Der Plakatwandeigentümer kann seine Ansprüche wahren, indem er die Unterlassung der Bekämpfung des Bescheides durch den Grundeigentümer als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht vor den ordentlichen Gerichten geltend macht; so VfSlg 8049/1977. Doch nur auf die Argumentationsweise, nicht aber auf das Ergebnis dieser Entscheidung (und der vorher zitierten) kommt es hier an, und auch der Frage nach dem Verhältnis zivilrechtlicher Positionen und öffentlich-rechtlicher Abwehrrechte kann hier nicht nachgegangen werden.

²⁵⁾ Parteistellung des Adressaten und Bescheidqualität sind nicht trennbar; „in jedem dieser Begriffe ist sohin zugleich auch der jeweils andere mitgedacht“: Ringhofer, aaO (FN 14) Anm 1 zu § 8 AVG. Dieser Satz stimmt natürlich, ist aber nach dem Gesagten zu präzisieren: Bescheide können nur Akte sein, die wenigstens eine bestimmte Person normativ betreffen (für Maßnahmen gilt dies übrigens nicht; vgl unten nach FN 47 ff). Adressat

„Rechtssphäre“-Formel läßt sich begründen, warum „die Beschwerdelegitimation der Adressaten eines belastenden Bescheides selbstverständlich ist“²⁶⁾ und warum der VwGH der Ansicht der belangten Behörde im unseren zweiten Plakatwandeigentümerfall entgegenhielt: „Vielmehr ist jedermann, gegen den sich ein pflichtbegründender Verwaltungsakt richtet, in dem betreffenden Verwaltungsverfahren Partei und zur Erhebung von Rechtsmitteln einschließlich der Beschwerde an den VwGH legitimiert“²⁷⁾.

Trotzdem verschleiert die Rede von der Rechtssphäre mehr als sie erklärt. Für eine Beeinflussung der Rechtssphäre reicht die Auferlegung einer Pflicht. Damit wird aber genau jene Frage umgangen, auf die es ankommt: Worin liegt und welcher Art ist das „Recht“ des Betroffenen, dessen mögliche Verletzung nach § 8 AVG und nach Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG Voraussetzung für die Rechtsmittelbefugnis ist?

In vielen vergleichbaren Fällen – etwa bei Beschwerden gegen Ladungsbescheide nach § 19 AVG²⁸⁾ und Einberufungsbefehle²⁹⁾ – stellt der VwGH diese Frage nicht. In einigen, darunter unserem zweiten Plakatwandeigentümerfall, äußerte er sich jedoch dazu: Parteistellungsbegründend ist schlicht „das Recht [. . .], zur Beseitigung der Plakatwand nur unter den in § 73 Abs. 2 der Steiermärkischen Bauordnung 1960 umschriebenen Voraussetzungen [. . .] verhalten zu werden“³⁰⁾.

In einem anderen Fall spricht er davon, „daß der Verpflichtete einen subjektiv-öffentlichen Rechtsanspruch darauf hat, daß gegen ihn nicht auf Grund einer nach dem Inhalt des Gesetzes unanwendbaren Norm vorgegangen wird“³¹⁾, und wieder in einem anderen Zusammenhang nennt er „negative Rechtsansprüche, das heißt Ansprüche auf Unterlassung bestimmter Verwaltungsakte“³²⁾.

Die Pflicht der Behörden zur Unterlassung bestimmter Verwaltungsakte ergibt sich, sofern spezielle Verwaltungsvorschriften vorhanden sind, aus diesen iVm Art 18 B-VG, ansonsten nur aus Art 18 B-VG. Diese Bestimmung gewährt aber für sich selbst genommen keine Rechte³³⁾: Auf ihre Einhaltung hat ein Privater nur soweit An-

eines Bescheides (wie auch einer Maßnahme) kann jedoch auch ein Dritter sein, der nur faktisch, aber eben „in Rechten“ betroffen ist.

²⁶⁾ Oberndorfer, aaO (FN 14) 87.

²⁷⁾ VwGH ZfVB 1977/4/1518, 1597; ähnlich VwSlg 8031 A/1971: „Partei ist in Verfahren, welche der Erlassung pflichtbegründender individueller Verwaltungsakte dienen [. . .], jedenfalls derjenige, dem die Verpflichtung auferlegt werden soll.“ Vgl auch VfSlg 8049/1977: Partei ist die Person, die durch einen baupolizeilichen Auftrag „zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen verpflichtet wird“.

²⁸⁾ ZB VwSlg 1982 A/1951; 12.772 A/1988.

²⁹⁾ ZB VwSlg 12.646 A/1988; 12.943 A/1989.

³⁰⁾ VwGH 8. 3. 1977, 1379/75.

³¹⁾ VwSlg 8455 A/1973.

³²⁾ VwSlg 8031 A/1971.

³³⁾ ZB Ress, aaO (FN 3) 109 mwN; VfSlg 10.439/1985.

spruch, als sie dem Schutz seiner unabhängig von Art 18 B-VG bestehenden Rechte dient³⁴). Wenn dieser Anspruch in unseren Beispielfällen bejaht wurde, kann das nur bedeuten, daß „die Freiheit des Einzelnen, nur das tun zu müssen, was die Gesetze vorsehen“³⁵), als allgemeines (subjektives) *Recht* betrachtet, genauer: mangels entsprechender Bestimmung als Recht *vorausgesetzt* wird. Erst unter dieser Prämisse können aus Unterlassungspflichten der Verwaltung Abwehrrechte von Privaten zugunsten ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit werden.

Als *Fromont* in einem rechtsvergleichenden Beitrag über die Verwaltungsgerichtsbarkeit schrieb, in Österreich seien die Verwaltungsgerichte ausschließlich mit dem Schutz einer besonderen Kategorie von Rechten, nämlich der subjektiv-öffentlichen, betraut, veranlaßte dies die Herausgeber des Sammelbandes zur Anmerkung, daneben könne allerdings auch die Verletzung in Rechten durch die Auferlegung rechtlich nicht gedeckter Pflichten geltend gemacht werden³⁶). Ganz zu Recht bemerkt *Ress* dazu: „Welche Rechte sind dies, wenn nicht das subjektiv-öffentliche, von gesetzlich nicht gedeckten Pflichten freigehalten zu werden? Dieser allgemeine Freiheitsraum des Bürgers ist auch ein subjektives öffentliches Recht“³⁷).

2. Beeinträchtigungen durch Maßnahmen unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt

Während die Lehre dies nun für Bescheide offenbar für so selbstverständlich hielt, daß sie bislang kaum ein Wort darüber verlor, schenkte sie dem

subjektivrechtlichen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz gegen Maßnahmen mehr Aufmerksamkeit. Auslöser dafür war *Berchtold*, der über die Legitimation zur Erhebung der von der B-VG-Nov 1975 (BGBl 302) eingeführten Maßnahmenbeschwerde vor dem VwGH wegen Verletzung von „Rechten“³⁸) sagte: „Es muß sich aber um Eingriffe in ausdrücklich von der Rechtsordnung zugestandene Rechte handeln, nicht bloß um Eingriffe in eine rechtlich nicht geregelte Freiheitssphäre“³⁹).

Ähnlich äußerte sich *Szirba*, indem er die Anfechtbarkeit zB von Personendurchsuchungen mangels betroffenen subjektiven Rechts bezweifelte, doch ließ er immerhin die Möglichkeit offen, „das Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechts anzunehmen, dessen Inhalt etwa wie folgt zu definieren wäre: Nicht ohne gesetzliche Grundlage von der Behörde behelligt zu werden“⁴⁰).

Berchtolds Bemerkung fand sich bald darauf wortgleich als obiter dictum in einer E des VwGH wieder⁴¹); und sie führte natürlich zu Widerspruch: Einmütig wurde darauf hingewiesen, daß „sich subjektive Rechte auch daraus ergeben können, daß die Rechtsordnung eine Grundlage für bestimmte Eingriffe *nicht* enthält“, daß „entsprechende Reaktions-, Beseitigungs- oder Abwendungsansprüche aus dem allgemeinen individuellen Freiheitsstatus abzuleiten“ seien, daß „der einzelne ein *subjektives Recht auf Unterlassen von Eingriffen* geltend machen“ könne und „das aus dem Rechtssystem des B-VG ableitbare Recht [habe], nur das an rechtlicher Bindung akzeptieren zu müssen, was das Gesetz vorsieht“⁴²). Die Auffassung von der „rechtlich nicht geregelten Freiheitssphäre“ sei „ein Widerspruch in sich, weil jedermann einen Abwehranspruch, sohin ein subjektives öffentliches Recht dahin besitzt, daß die Verwaltung ohne gehörige Rechtsgrundlage ihm gegenüber keine Verwaltungsmaßnahmen

³⁴) Man könnte aber durchaus sagen, daß Art 18 B-VG ein „bedingtes“ subjektives Recht oder ein „Huckepackrecht“ verleiht (zu vergleichbaren Fällen unten bei FN 67, 93 und 111). Dem Einwand von *Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich (1971) 155, daß dann jede Rechtswidrigkeit vor dem VfGH geltend gemacht werden könnte und die VwGH-Beschwerde überflüssig wäre, kann entgegengehalten werden, daß hier wie bei anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten bereits eine Aufgabenteilung nach der Schwere des Verstoßes besteht: Wie der VfGH zB beim Eigentum oder bei der Erwerbsfreiheit nur Verletzungen durch „denkumögliche“ Gesetzesanwendung wahrnimmt, beschränkt er sich hier auf Gesetzlosigkeit und überläßt den Rest dem VwGH; idS schon *Stradal*, Das Recht auf gesetzmäßige Verwaltung, JBl 1948, 418 ff (422). Diese Rsp läuft zwar unter dem Titel „Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter“, würde aber vom Text der Bestimmungen her besser unter Art 18 B-VG passen, wie auch *Schäffer* selbst (aaO 159) bemerkt. Zu den Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen Gesetzlosigkeit und Gesetzwidrigkeit *Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in: FS Walter (1991) 463 ff (473).

³⁵) *Walter/Mayer*, aaO (FN 14) Rz 122.

³⁶) *Fromont*, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Frankreich und Italien, in: *Lehne/Loebenstein/Schimetschek* (Hrsg), Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (1976) 127 ff (132; Anm der Hrsg in FN 8a).

³⁷) *Ress*, Verwaltungsakt, Verordnung und subjektives Recht, in: FS Winkler (1989) 71 ff (77 FN 17).

³⁸) So nunmehr nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG (idF BGBl 1988/685) die Voraussetzung für Beschwerden vor dem UVS.

³⁹) *Berchtold*, Welche entscheidenden und für die Allgemeinheit besonders bedeutsamen Neuerungen haben die Bundes-Verfassungsgesetz-Novellen BGBl 1974/444 und BGBl 1975/302 gebracht? (Vortragsbericht). JBl 1976, 476 ff (476).

⁴⁰) *Szirba*, Zur Anfechtbarkeit faktischer Amtshandlungen, ÖVA 1976, 2 ff (5).

⁴¹) VwSlg 9745 A/1979; ebenso VwGH ZfVB 1987/4/1682 und 1728; in beiden Fällen fand der VwGH aber ein „ausdrücklich von der Rechtsordnung zugestandenes Recht“.

⁴²) In der Reihenfolge der Zitate (Hervorhebungen im Original): *Funk*, Die „Anwendung unmittelbarer (verwaltungs)behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt“ im Lichte neuerer Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, in: FS Hellbling (1981) 175 ff (203 FN 43); *Oberndorfer*, aaO (FN 14) 73; *Funk*, Von der „faktischen Amtshandlung“ zum „verfahrensfreien Verwaltungsakt“, ZfV 1987, 620 ff (627); *Mayer*, aaO (FN 34) 475.

setzt“⁴³); sie sei „vom Ergebnis her geradezu grotesk“ und beruhe „auf einer erschreckenden Unkenntnis und Fehleinschätzung fundamentaler Elemente der Rechtsstaatlichkeit“⁴⁴).

Um diese Kontroverse besser beurteilen zu können, müssen auch bei Maßnahmen normative und faktische Beeinträchtigungen auseinandergelassen werden. Das scheint keine Kunst zu sein, weil diese Unterscheidung im Begriffspaar „Befehl und Zwang“ schon angelegt ist. Ganz so einfach ist die Sache aber nicht.

a) Befehle und physische Gewalt gegen Personen

Von Sanktionsdrohungen begleitete maßnahmenförmige *Befehle* (zB „Bleiben Sie stehen!“, „Fahren Sie von hier weg!“ oder „Geben Sie die Autoschlüssel her!“) bewirken immer eine *normative* Beeinträchtigung des Adressaten, und daher steht seine Beschwerdelegitimation außer Zweifel⁴⁵). Nach einem „Recht“ iSd Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG muß auch hier nicht lange gesucht werden. Ob jemand sein Auto an einer bestimmten Stelle abstellen oder weiterfahren durfte, ob er es gekauft, geliehen oder gestohlen hat, kann zwar eine Rolle für die Rechtmäßigkeit des Befehls und seine Anfechtbarkeit aus anderen Titeln spielen. Unabhängig davon hat der Betroffene aber wie bei Bescheiden Anspruch darauf, *nicht rechtswidrig verpflichtet zu werden*, und dieses Recht legitimiert ihn jedenfalls zur Beschwerde⁴⁶). Was dahinter

steht, ist wiederum die allgemeine Handlungsfreiheit.

Während Befehle eine einheitliche Gruppe bilden, sind *Zwangsmaßnahmen* vielfältiger. Zunächst soll es jedoch nur um ihre einfachste Form gehen: die Ausübung *physischer Gewalt gegen Personen*. Darunter fallen zB das Festhalten, Fesseln, Abführen, Wegtragen, Prügeln, Vertreiben von Menschen mit Tränengas oder Wasserwerfern; das Hinausdrängen eines Störers aus einem Raum, nicht aber das Versperren der Tür, wenn er noch oder schon draußen ist; das Entwinden von Autoschlüsseln oder von Transparenten aus den Händen alkoholisierter Fahrer oder mißliebiger Demonstranten, nicht aber die Wegnahme solcher Sachen in einem Moment der Unaufmerksamkeit ihrer Besitzer, kurz: gewaltsame Handlungen an oder mit dem Körper des Betroffenen, die daher nicht auch in seiner Abwesenheit gesetzt werden könnten. Personenbezogene Gewalt dient idR wie ein entsprechender Befehl dazu, ein bestimmtes, als rechtswidrig betrachtetes Tun oder Unterlassen zu verhindern oder zu beenden, also das Verhalten einer Person zu lenken. Doch anders als Befehle bewirkt sie nur *faktische* Beeinträchtigungen⁴⁷).

Wenn Zwangsmaßnahmen nur faktisch wirken, ist nach den bisher gewonnenen Einsichten zu erwarten, daß sie nicht einfach als Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern nur unter Berufung auf *besondere Rechte* bekämpft werden können. Als solche Rechte auf Abwehr faktischer Beeinträchtigungen bieten sich zunächst zB jene gesetzlich eingeräumten auf Leben, persönliche Freiheit, Privatleben oder auf Unterlassung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung an⁴⁸). Eine zentrale Rolle spielt neben ihnen aber auch das Waffengebrauchsg (1969⁴⁹): Er verpflichtet die Exekutivorgane, Waffen und auch Körperkraft⁵⁰) nur zu bestimmten Zwecken, idR erst nach Erteilung und Nichtbefolgung eines Befehls und jedenfalls nur in angemessenem Maß anzuwenden. Daß die betroffenen Bürger auch einen Anspruch auf Einhaltung dieser Pflichten haben, leuchtet ein, soweit sie dem Schutz der genannten Rechte dienen. Nicht so selbstverständlich ist dies jedoch dann, wenn keines dieser Rechte, sondern nur die allgemeine Handlungsfreiheit berührt wird.

Der Rsp scheint das keine Sorgen zu bereiten. Der VfGH entschied immer wieder, daß die An-

⁴³) Oberndorfer, Handlungsformen der Verwaltung und Rechtsschutz aus österreichischer Sicht, in: *Ress, Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahren und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit* (1989) 39 ff (52).

⁴⁴) Mayer, aaO (FN 34), 473; Funk, aaO (FN 42) 627; vgl auch B. Davy, Neuerungen im österreichischen Sicherheitspolizeirecht, ZfV 1991, 373 ff (384).

⁴⁵) Nach der Judikatur gilt dies nicht für Befehle, deren Nichtbefolgung nur ein Verwaltungsstrafverfahren, nicht aber unmittelbaren Zwang nach sich zieht, zB die Aufforderung zur Vornahme eines Alkotests; ihre Rechtmäßigkeit könne ohnehin im Rahmen des Strafverfahrens überprüft werden: zB VfSlg 9013/1981. Die Lehre wendet dagegen ein, daß der VfGH hier die Zumutbarkeit des Umwegs über ein Verwaltungsstrafverfahren bejaht, während er sie bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Feststellungsbescheiden und Individualanträgen verneint: zB Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 283; dort auch zur Abgrenzung (normativer) Befehle von (nichtverpflichtenden) Aufforderungen, „Einladungen“ und Hinweisen.

⁴⁶) E des VwGH, die dies bestätigen (oder widerlegen), habe ich nicht gefunden; Fälle, die in diese Richtung weisen, finden sich aber in der Rsp des VfGH; dazu unten bei FN 74 ff. Ausdrücklich normiert wurde dieses Prinzip für den Bereich der Sicherheitsverwaltung durch die §§ 87 f SPG: Demnach hat jedermann einen Anspruch darauf, daß die Sicherheitsorgane ihm gegenüber gesetzmäßig vorgehen, und kann dieses Recht mittels Beschwerde vor dem UVS geltend machen, auch wenn, wie zB beim Verlangen eines Ausweises oder der Wegweisung von einem Ort, nur die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen ist. Gerade weil dies gesetzlich normiert ist, scheidet es als Beweis für meine These aus: Nach ihr müßte dies ja auch ohne gesetzliche Verankerung gelten.

⁴⁷) Zur sog „Normativität“ von Zwangsmaßnahmen Merli, „Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, ZfV 1993, 251 ff mwN.

⁴⁸) Vgl zB B. Davy, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht (1990) 214; ausdrücklich Schäffer, aaO (FN 34) 157: „Manche Grundrechte sind begrifflich so gefaßt, daß sie auch faktische Eingriffe ausschließen wollen, und es wäre begriffsjuristische Konstruktion, solchen Eingriffen erst einen normativen Sinn – etwa eine allgemeine vorläufige Duldungspflicht – zu unterlegen, um sie zum Anfechtungsobjekt zu qualifizieren.“

⁴⁹) BGBl 149; vgl nunmehr auch § 50 SPG.

⁵⁰) Vgl zB VfSlg 10.321/1985.

wendung von Gewalt oder Körperkraft, wenn Grundrechte nicht verletzt sind, „möglicher Gegenstand der Überprüfung durch den VwGH“ sei⁵¹⁾), und dieser behandelte wie selbstverständlich zB die Beschwerde einer gewaltsam aus einem Lokal entfernten Person, obwohl sie kein Nutzungsrecht an den Räumlichkeiten hatte⁵²⁾. Da Maßnahmen nur anfechtbar sind, wenn durch sie ein Recht verletzt werden kann, wirkt diese Rsp auf den ersten Blick wie ein Beleg für die Rechtsqualität der allgemeinen Handlungsfreiheit. Treffender scheint mir aber eine andere Sicht. Was in diesen Entscheidungen zum Ausdruck kommt, ist die Anerkennung eines von der Handlungsfreiheit unabhängigen, ihr aber gleichursprünglichen selbständigen Anspruchs: des jedermann zustehenden, gegen den Staat gerichteten *Rechts auf Unterlassung der Ausübung gesetzwidriger physischer Gewalt gegen seine Person*⁵³⁾. Das auf solche Weise geschützte Gut ist ein bestimmter *Zustand*: eben die Freiheit vor physischer Gewalt. Für diese Lösung spricht, daß nur sie die Beschwerdelegitimation von Personen begründen kann, die zum Zeitpunkt der Gewaltausübung zB bewußtlos oder gefesselt und daher gar nicht handlungsfähig waren.

Das Recht auf Freiheit vor physischer Gewalt schützt nun auch die allgemeine Handlungsfreiheit. Dieser Schutz wirkt zwar nur indirekt, ist aber umfassend, solange wir es nur mit physischer Gewalt gegen Personen zu tun haben. Maßnahmen beschränken sich aber nicht auf personenbezogene physische Gewalt.

b) Andere Maßnahmen

Das zeigen schon so einfache Beispiele wie das Abschleppen eines Autos, und das wird auch an der Rsp deutlich, die etwa auch das Ausschneiden von Teilen einer von einem Untersuchungshäftling abonnierten Zeitung durch die Justizwache⁵⁴⁾, die Streichung aus dem Wählerverzeichnis⁵⁵⁾, die Verwertung beschlagnahmter Sachen ohne Verfallsanordnung⁵⁶⁾ oder die Durchführung militärischer Übungen auf einem Privatgrundstück ohne Zustimmung des Eigentümers⁵⁷⁾ als Maßnahmen qualifiziert⁵⁸⁾. Solche Maßnahmen können zwar

ebenfalls *normativ* wirken. Die Streichung aus dem Wählerverzeichnis oder die Abnahme des Führerscheins machen nicht die Ausübung eines Rechts faktisch unmöglich, sondern sie *beseitigen* es durch Entzug einer *rechtlichen* Voraussetzung für seine Ausübung. Dies unterscheidet sie von der Nichtzulassung zur Wahlhandlung durch den Wahlleiter und vom Abschleppen eines Autos. Aber diese normative Wirkung kann immer nur ein *gesetzlich eingeräumtes* Recht betreffen, denn nur ein solches, nicht aber die allgemeine Handlungsfreiheit, kann an rechtliche Voraussetzungen gebunden werden. Wenn die Rechtsordnung die Ausübung einer Tätigkeit an Voraussetzungen bindet, ist dies entweder ein Zeichen dafür, daß diese Tätigkeit keine unabhängig von der Rechtsordnung ausübbar Freiheit, sondern eine durch die Rechtsordnung erst geschaffene Kompetenz⁵⁹⁾ ist (wie das Wahlrecht), oder daß diese Tätigkeit aus der allgemeinen Handlungsfreiheit herausgehoben und zu einem gesetzlich eingeräumten speziellen Freiheitsrecht gemacht wurde (wie beim Autofahren auf öffentlichen Straßen). Und nur die Möglichkeit der Verletzung dieser Kompetenz oder dieses speziellen Freiheitsrechts, nicht aber der allgemeinen Handlungsfreiheit, begründet dann die Beschwerdebefugnis.

Im Regelfall wirken diese sonstigen Maßnahmen jedoch *faktisch*. Gegen faktische Beeinträchtigungen können nur *besondere* Rechte vorgebracht werden. Das Recht auf Freiheit von personenbezogener Gewalt scheidet aus, weil es sich bei diesen anderen Maßnahmen eben nicht um Gewalt gegen Personen handelt. In unseren Beispielen kommt vor allem das Recht auf Schutz des Eigentums in Betracht, soweit es sich um Einwirkungen auf Sachen handelt. Die allgemeine Handlungsfreiheit hilft hier jedoch nicht weiter: Wem zB der Zugang zu einem Ort vor der Nase versperrt wird, müßte ein Betretungsrecht nachweisen, um Beschwerde erheben zu können. Der Fahrer eines herrenlosen Wagens könnte sich nicht wehren, wenn dieser abgeschleppt wird; sogar das Beschwerderecht des Eigentümers selbst hängt davon ab, daß er das Nutzungsrecht am Auto nicht einem anderen – zB einem Leasingnehmer – übertragen hat⁶⁰⁾.

c) Zwischenergebnis

Die eingangs⁶¹⁾ zitierten Stellungnahmen für und gegen die Notwendigkeit der Berufung auf gesetzlich eingeräumte Rechte als Voraussetzung für Maßnahmenbeschwerden sind somit ungenau: Unser Taubenfreund ist auch ohne gesetzlich eingeräumtes Recht jedenfalls beschwerdelegitimiert, wenn ihm ein Organ das Füttern unter Zwangsandrohung ver- oder gebietet, wenn er also *normativ* beeinträchtigt ist. Bei *faktischen* Beeinträchtigun-

⁵¹⁾ Zitat aus VfSlg 9385/1982; ähnlich zB 8654/1979.

⁵²⁾ VwSlg 12:547 A/1987; zuvor VfSlg 10.378/1985.

⁵³⁾ Ob man hier allerdings von einem „gesetzlich eingeräumten“ Recht sprechen kann, bezweifle ich. Es ist auch schwer vorstellbar, daß seine Existenz und Reichweite von der Geltung und vom Geltungsbereich des vergleichsweise „zufälligen“ Waffengebrauchsg abhängig sind. Es dürfte sich dabei vielmehr wie bei der allgemeinen Handlungsfreiheit selbst (dazu unten Teil IV) um ein im Rechtsstaatsprinzip *vorausgesetztes* Recht handeln: um ein ganz grundsätzliches „Noli me tangere!“

⁵⁴⁾ VfSlg 4948/1965.

⁵⁵⁾ VfSlg 8867/1980.

⁵⁶⁾ VfSlg 1542/1947.

⁵⁷⁾ VfSlg 10.409/1985.

⁵⁸⁾ Weitere Fälle und Gegenbeispiele bei *Funk*, aaO (FN 42) 627 FN 60; zum dahinterstehenden Maßnahmenbegriff *Merli*, aaO (FN 47).

⁵⁹⁾ Vgl oben bei FN 4.

⁶⁰⁾ VwSlg 10.984 A/1983.

⁶¹⁾ Bei FN 38 ff.

gen ist dagegen zu unterscheiden: Gegen die Erzwangung eines entsprechenden Verhaltens mit physischer Gewalt gegen seine Person kann er das Recht geltend machen, keiner solchen Gewalt unterworfen zu werden; gegen das Wegnehmen des Futters kann er sich wegen einer Verletzung seines gesetzlich eingeräumten Rechts auf Eigentum beschweren. Er kann sich aber nicht wehren, wenn das Verwaltungsorgan die Tauben ver-

scheucht oder vergiftet. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist somit gegen personenbezogene physische Gewalt nur indirekt und gegen andere faktische Beeinträchtigungen gar nicht geschützt. Gegen rechtswidrige normative Beeinträchtigungen besteht dagegen ein umfassender Abwehranspruch; insoweit ist die allgemeine Handlungsfreiheit ein subjektives *Recht*.

(Schluß folgt!)

Aus den Vereinen

Wiener Juristische Gesellschaft
(Sitzung vom 20. Oktober 1993)

Aktuelle Fragen der Bodenordnung in Österreich

Vortrag, gehalten von Herrn o. Univ. Prof. Dr. **Heinz Peter Rill**, Wien.

Herr RA Univ. Prof. Dr. Dr. Walter *Barfuß* eröffnete die Sitzung und betraute in der Folge Herrn RA Dr. Guido *Kucsko* mit dem Vorsitz.

Der Vortragende führte im wesentlichen aus:

1992 wurden „Regelungen, die [. . .] den Verkehr mit bebauten oder zur Bebauung bestimmten Grundstücken verwaltungsbehördlichen Beschränkungen unterwerfen, einschließlich des Rechtserwerbs von Todes wegen durch Personen, die nicht zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören“. Landessache in Gesetzgebung und Vollziehung. Unter den zur Bebauung bestimmten Grundstücken iSv Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG sind – in der Sprache der Raumordnungsgesetze der Länder ausgedrückt – Baulandgrundstücke, Sonder- und Vorbehaltsflächen mit Baulandfunktion und individuell-konkret zur Verbauung gewidmete Flächen zu verstehen. Bebaute Grundstücke sind tatsächlich bebaute Grundstücke, die widmungswidrig bebaut sind oder aufgrund einer Baulandwidmung errichtet wurden, aber sich dank einer Umwidmung nunmehr im Grünland befinden und folglich nur mehr in ihrem Bestand gesichert sind. Die Länder sollen mit der neuen Kompetenz in die Lage versetzt werden, spekulativer Bodenhortung und dem Überhandnehmen von Zweitwohnungen entgegenwirken zu können. Die Länder werden aber nicht zur Einführung von Eintritts- und Vorkaufsrechten und Enteignungsermächtigungen oder eines Baugrundpreisrechts ermächtigt.

Zum bundesverfassungsrechtlichen Bedingungsrahmen tritt künftighin das EWR-Recht hinzu, das den rechtspolitischen Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers nicht unerheblich begrenzt. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt ausländischen EWR-Bürgern das Recht, in Österreich für ihre Berufsausübung so wie Inländer eine Wohnung zu mieten oder eine Eigentumswohnung zu kaufen, aber auch ein Wohnhaus oder ein mit einem Wohnhaus bebaubares Grundstück zu erwerben. Im Lichte der Rsp des EuGH ist ferner davon auszugehen, daß ausländische EWR-Bürger, die zur unselbständigen Erwerbsausübung in einem EWR-Staat Wohnsitz genommen haben, gleich wie Inländer Freizeitwohnsitze erwerben können. Die bloße Aufnahme der Erwerbstätigkeit vermittelt mE diese Befugnis noch nicht. Auch muß ein in Österreich als Arbeitnehmer ansässiger Bürger eines anderen EWR-Staates bei Erwerb eines

weder der Berufsausübung noch Freizeit Zwecken dienenden Immobiliarsbesitzes den Österreichern nicht gleichgestellt werden. Für die *Niederlassungsfreiheit* gilt das zur Arbeitnehmerfreizügigkeit Gesagte mutatis mutandis. Zur Ausübung der *Dienstleistungsfreiheit* ist eine Wohnsitznahme nur in besonderen Ausnahmefällen erforderlich. Nur wenn so ein Fall vorliegt, ist zur Deckung dieses Bedarfs Inländergleichbehandlung zu gewähren. Ein Recht auf Wohnsitznahme für Freizeit Zwecke oder auf Erwerb sonstigen Immobiliarsbesitzes ist aus der Dienstleistungsfreiheit nicht ableitbar. Die *Aufenthaltsrichtlinie für Studenten* garantiert diesen kein Recht auf Immobiliärerwerb. *Pensionisten* und „Playboys“ hingegen dürfen für ihre Wohnzwecke auch beim Erwerb von Eigentumswohnungen und Grundstücken nicht schlechter als Inländer gestellt werden. Dieses Recht bezieht sich aber kraft ausdrücklicher Anordnung *nicht* auf den Erwerb von Zweitwohnungen. Ebenso wenig besteht für Pensionisten und „Playboys“ ein Recht auf Inländerbehandlung beim sonstigen Immobiliärerwerb. Last not least ist die – nunmehr uneingeschränkt wirkende – *Kapitalverkehrsfreiheit* in den Blick zu nehmen. Denn diese stellt den Angelpunkt einer Liberalisierung des Immobilienmarkts dar, welche die durch die anderen Freiheiten und durch die Aufenthaltsrichtlinien garantierten Befugnisse in den Schatten stellt. Art 40 EWRA bestimmt: „Im Rahmen dieses Abkommens unterliegt der Kapitalverkehr in bezug auf Berechtigte, die in den EG-Mitgliedstaaten oder den EFTA-Staaten ansässig sind, keinen Beschränkungen und keiner Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnortes der Parteien oder des Anlegeortes [. . .]“. Danach unterliegen die grenzüberschreitenden finanziellen Transaktionen keinen Beschränkungen. Für die diesen Transaktionen zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte – hier für die Immobiliengeschäfte – ist im Hinblick auf den 2. Halbsatz in Art 40 EWRA, der die Aufhebung von Diskriminierungen hinsichtlich Staatsbürgerschaft, Wohnort oder Anlagenort anordnet, Inländergleichbehandlung geboten. Trotz des in Art 40 hergestellten Zusammenhangs zu den grenzüberschreitenden Investitionen wird man dem 2. Halbsatz aber auch die Bedeutung beizumessen haben, daß der inländische Kapitalmarkt diskriminierungsfrei zu regeln ist, sodaß auch im Inland ansässige ausländische EG-Bürger wie Inländer zu behandeln sind. Folgt man dieser Auffassung, dann hat der in der Literatur kritisierte offizielle österr Standpunkt zur Übergangsregelung betreffend den Immobiliärerwerb durch Ausländer im Anhang XII des EWRA gute Gründe für sich. Wenn nämlich Art 40 ein Diskriminierungsverbot für den inländischen Kapitalmarkt ent-

Ass.-Prof. Dr. Franz Merli, Graz

Die allgemeine Handlungsfreiheit

(2. Teil)

3. Verfassungsgerichtlicher Schutz gegen individuelle Beeinträchtigungen der allgemeinen Handlungsfreiheit

Die Beschwerde vor dem VfGH setzt nach Art 144 Abs 1 B-VG 1. Alternative die Behauptung der Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte voraus. Die Notwendigkeit der Geltendmachung *spezieller* Freiheitsrechte scheint also den Schutz gegen bescheidmäßige Beeinträchtigungen der *allgemeinen* Handlungsfreiheit auszuschließen. Einen „Ansatzpunkt für eine allgemeine verfassungsrechtlich gesicherte Handlungsfreiheit“ sieht *Ress* aber in der extensiven Judikatur des VfGH zum *Grundrecht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter*⁶²⁾, weil der VfGH

dieses Recht ua dann als verletzt erachtet, „wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt“⁶³⁾ und damit gesetzlos handelt. Einen weiteren solchen Ansatzpunkt könnte man im *Willkürverbot des Gleichheitssatzes* erblicken, das ua dann mißachtet wird, „wenn der angefochtene Bescheid wegen gehäuften Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch steht“⁶⁴⁾. Um festzustellen, ob und inwieweit es hier wirklich um die allgemeine Handlungsfreiheit geht, müssen diese Rechte zunächst von anderen grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen unterschieden werden.

FN 16, der den Rechtsschutz gegen gesetzlose Eingriffe als „verfassungsgesetzlich gewährleistetes Persönlichkeitsrecht“ bezeichnet.

⁶²⁾ *Ress*, aaO (FN 3) 120, unter Verweis auf *Schäffer*, aaO (FN 34) 159; ähnlich *B. Davy*, aaO (FN 48) 207

⁶³⁾ ZB VfSlg 9696/1983.

⁶⁴⁾ ZB VfSlg 10.337/1985.

Wird in einer Beschwerde nach Art 144 B-VG die Verletzung eines solchen anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts (zB auf Schutz des Eigentums oder der persönlichen Freiheit) geltend gemacht, bildet diese Behauptung den Ausgangspunkt für die Beurteilung der Betroffenheit des Beschwerdeführers und damit der Zulässigkeit seines Antrags. Bei den Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und auf Willkürfreiheit ist dies jedoch anders: Die Behauptung der Unzuständigkeit oder willkürlichen Verhaltens der Behörde allein reicht zu dieser Beurteilung nicht aus, weil auf ihrer Grundlage die Betroffenheit des Beschwerdeführers nicht feststellbar ist. Das wird erst dann möglich, wenn man andere Rechte des Beschwerdeführers ins Auge faßt, in die die Behörde möglicherweise eingegriffen hat. Die genannten Grundrechte richten sich nicht auf Unterlassung von gesetzlosem und willkürlichem Verwaltungshandeln schlechthin, sondern auf Unterlassung gesetzloser und willkürlicher Eingriffe *in andere Rechte*⁶⁵). Jede zulässige Beschwerde wegen Verletzung der Rechte auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter oder auf Willkürfreiheit setzt daher die mögliche Verletzung anderer Rechte des Beschwerdeführers voraus: Eine gesetzlose oder willkürliche Baugenehmigung kann der Nachbar nur deshalb bekämpfen, weil sie in seine Rechte aus der Bauordnung eingreift; gegen eine naturschutzrechtliche Bewilligung könnte er sich jedoch mangels von Rechten auch dann nicht wehren, wenn sie willkürlich oder gesetzlos erteilt wurde⁶⁶). Die Rechte auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und auf Willkürfreiheit sind also nur unselbständige oder „Huckepackrechte“⁶⁷).

⁶⁵) Auch der VfGH betrachtet Eingriffe ohne gesetzliche Grundlage meist als Verletzung des jeweiligen inhaltlichen Freiheitsrechtes selbst: zB für das Eigentum VfSlg 10.482/1985; für die Erwerbsfreiheit VfSlg 10.413/1985; für die persönliche Freiheit VfSlg 7679/1975. Es gibt aber auch Gegenbeispiele, etwa die Qualifizierung von gesetzlosen Eingriffen in die persönliche Freiheit (VfSlg 4/1921, 5/1921, 15/1921, 76/1921) oder in das Eigentum (VfSlg 11.073/1986 – Versagung einer grundverkehrsbehördlichen Zustimmung) als Verletzungen des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter.

⁶⁶) Vgl VwGH ZfVB 1982/1/99 zu einer maßnahmenförmigen Probenziehung und Beschlagnahme: „Daß [dieser Akt] ohne Rechtsgrundlage erfolgt ist, vermag für sich allein der Beschwerde allerdings noch nicht zum angestrebten Erfolg zu verhelfen“. Zusätzlich erforderlich war der Nachweis, daß sich die betroffenen Sachen im Eigentum des Beschwerdeführers befanden. Da dies nicht von vornherein verneint werden konnte (eine Verletzung des Eigentums also möglich war), wurde die Beschwerde nicht zurück-, sondern abgewiesen.

⁶⁷) Dies läßt sich auch mit der aus dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren bekannten Unterscheidung von „Beschwerdepunkt“ und „Beschwerdegrund“ (vgl § 28 Abs 1 Z 4 und 5 VwGG und VwSlg 11.525 A/1984 – verstärkter Senat) erklären: Beschwerdepunkt ist ein Recht des Beschwerdeführers auf Erfüllung einer behördlichen Nichtbeeinträchtigungspflicht, Beschwerdegrund die

Daraus folgt, daß diese Rechte *allein* auch die allgemeine Handlungsfreiheit nicht schützen können. Das ist nur dann möglich, wenn diese selbst ein Recht ist, das dann iVm den genannten Grundrechten die Beschwerdebefugnis begründet. Wenden wir uns also jenen anderen Rechten zu, auf die die genannten Grundrechte „aufgepackt“ werden können.

Die Rsp zeigt zunächst, daß als solche andere Rechte durchaus nicht nur verfassungsgesetzlich gewährleistete, sondern auch einfachgesetzlich eingeräumte in Betracht kommen⁶⁸): ZB entschied der VfGH meritorisch über eine behauptete Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetz-

Rechtswidrigkeit des behördlichen Handelns, also die Mißachtung dieser Pflicht. Im Verfahren nach Art 144 Abs 1, 1. Alternative B-VG gilt nichts anderes, auch wenn Beschwerdepunkt und -grund nicht eigens anzuführen sind (vgl § 82 VfGG) und die Unterscheidung daher erst in die Rsp hineingelesen werden muß: Gesetzloses Handeln der Behörde ist wie Willkür nur eine qualifizierte Rechtswidrigkeit und damit ein Beschwerdegrund. Als Beschwerdepunkt taugt das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter genauso wenig wie das Recht auf Willkürfreiheit. Diese Rechte entsprechen wohl dem, was *Alexy*, aaO (FN 4) 263, „formelle Positionen“ nennt; *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik (1977) 23, spricht in vergleichbaren Fällen von einer nur „modalen Ausrichtung“ des Schutzes; *Aichlreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht (1988) II 1316 FN 192, bemerkt zum Gleichheitssatz, daß er „kein sozusagen in sich selbst ruhendes Recht gewährleistet“.

⁶⁸) Die Beschwerdepunkte können also vor VwGH und VfGH durchaus dieselben sein. Was die Beschwerden vor den beiden Gerichtshöfen unterscheidet, sind dagegen die Voraussetzungen für ihren Erfolg: Während vor dem VwGH ein (zutreffender) einfachgesetzlicher Beschwerdegrund ausreicht, muß er vor dem VfGH verfassungsrechtliche Qualifikation aufweisen. Vereinfacht gesagt, ist dies dann der Fall, wenn eine grobe Pflichtwidrigkeit der Verwaltung vorliegt: als gesetzloses statt nur gesetzwidrigem Handeln, Willkür statt einfacher Rechtswidrigkeit oder „denk unmögliche“ sowie verfassungswidrige statt einfach falscher Gesetzesauslegung (daß bei bestimmten Grundrechten – zB der Vereins- und Versammlungsfreiheit – jede Rechtswidrigkeit als qualifizierte betrachtet wird, ist eine Ausnahme). Genaugenommen geht es vor dem VfGH nicht (nur) um die Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte, sondern um eine verfassungsrechtlich verpönte Verletzung irgendwelcher Rechte. Bei der Beurteilung der *Anfechtungsberechtigung* kann die Qualifikation des Beschwerdepunktes aber, weil erst im Rahmen der meritorischen Prüfung feststellbar, keine Rolle spielen; vgl VfSlg 5583/1967: Für die Legitimation zur Beschwerdeführung kommt es nur darauf an, „daß der Beschwerdeführer durch den bekämpften Bescheid in irgendeinem subjektiven Recht – es muß dies kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes sein – verletzt worden sein kann“. Die Begründung dafür findet sich in VfSlg 3084/1956: „Die gegenteilige Ansicht müßte dazu führen, daß der Verfassungsgerichtshof nie in die Lage käme, die Beschwerde im Sinne des Art. 144 Abs. 2 B-VG an den Verwaltungsgerichtshof abzutreten, wenn sich ergibt, daß zwar kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, wohl aber möglicherweise ein durch einfaches Gesetz geschütztes Recht verletzt worden ist“.

lichen Richter durch die Abberufung aus einer Kammerfunktion⁶⁹⁾, obwohl er zuvor ausgesprochen hatte, daß das Verbleiben darin kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht sei⁷⁰⁾. Wenn es also nicht auf die *verfassungsgesetzliche* Gewährleistung ankommt, bleibt die Frage, ob das Recht (einfach)gesetzlich gewährleistet sein muß.

Auch hier muß wieder zwischen faktischen und normativen Beeinträchtigungen unterschieden werden. Für *faktische Beeinträchtigungen* gilt dies in der Tat: ZB hat der Gesellschafter kein Anfechtungsrecht gegen einen Bescheid, mit dem der Kommanditgesellschaft die Genehmigung von Erwerb und Besitz von Suchtgiften verweigert wird⁷¹⁾. Und wer während einer Zollkontrolle nicht mit seiner Begleiterin sprechen konnte, weil ihr die Anwesenheit verboten wurde, kann sich auch nicht beschweren⁷²⁾. Die Begründung, daß sich diese Verwaltungsakte nicht gegen die Beschwerdeführer richteten, läßt sich so verstehen, daß die Beschwerdeführer durch die Zufügung tatsächlicher Nachteile eben nicht in einem gesetzlich gewährleisteten Recht betroffen waren; die Behauptung der Gesetzlosigkeit des Aktes oder seiner Willkür kann dieses Recht nicht ersetzen. Gibt es dagegen so ein Recht, legitimiert es auch (faktisch) Drittbetroffene zur Beschwerde: so den Eigentümer eines LKW gegen die Erteilung des Befehls an den Lenker, den LKW abzustellen und am Wochenende nicht weiterzubenutzen⁷³⁾.

Bei *normativen* Beeinträchtigungen ist dies jedoch anders: ZB hält der VfGH Beschwerden gegen Ladungsbescheide wie selbstverständlich für zulässig⁷⁴⁾. Vor Wegfall seiner Zuständigkeit zur Prüfung von Maßnahmen durch die Einführung der UVS entschied er in der Sache auch etwa über die Beschwerden von Personen, die durch maßnahmenförmige Befehle zum Wegfahren aus einer Einfahrt⁷⁵⁾ oder zum Anhalten mit ihrem Auto⁷⁶⁾ aufgefordert wurden. Zwar hatten die Beschwerdeführer in allen diesen Fällen (auch) andere verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte als jene auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und Willkürfreiheit geltend gemacht. Doch der VfGH ging entweder gar nicht auf die Frage ein, ob diese anderen Rechte überhaupt berührt sein konnten, obwohl dies alles andere als auf der

Hand lag⁷⁷⁾, oder er entschied in der Sache, obwohl er – unabhängig von den Umständen des Einzelfalles und nur auf Überlegungen zu den Wirkungen des jeweiligen Typs von Verwaltungsakt gestützt – explizit ausschloß, daß die anderen ins Treffen geführten Rechte verletzt sein konnten⁷⁸⁾. Wenn man nun nicht unterstellen will, daß die Beschwerdelegitimation von der Geltendmachung eines offensichtlich nicht in Frage kommenden Rechts abhängig ist, bleibt als solches in diesen Fällen nur jenes auf *Freiheit von der jeweils auferlegten Pflicht*, also die allgemeine Handlungsfreiheit; diese genügt aber auch, da es um normative Beeinträchtigungen ging⁷⁹⁾.

⁷⁷⁾ VfSlg 5746/1968: Behauptet wurde eine Verletzung der persönlichen Freiheit durch einen Ladungsbescheid; dies ist jedoch nach der stRsp des VfGH, wonach Bewegungsbehinderungen als Folge von nicht auf Freiheitsentzug gerichteten behördlichen Maßnahmen keine Freiheitsbeschränkungen darstellen (zB VfSlg 8327/1978), bei Ladungen auszuschließen. VfSlg 9013/1981: behauptete Verletzung der persönlichen Freiheit und Freizügigkeit durch einen Befehl zum Anhalten mit dem Auto; zur persönlichen Freiheit s o; zur Freizügigkeit vgl VfSlg 7361/1974. VfSlg 4217/1962: Eigentumseingriff durch einen Befehl an den Mieter einer Wohnung, mit seinem Auto aus der (auf Privatgrund gelegenen) Einfahrt zum Parkplatz einer Wohnhausanlage wegzufahren. Hier wäre immerhin ein Eingriff in das Recht auf Benützung der Einfahrt und des Autos denkbar (vgl dazu unten FN 79 zu VfSlg 8327/1978). Wenn man aber darauf abstellte, hätte die Beschwerde weder zulässig noch (wegen Unzuständigkeit der Straßenaufsicht für Flächen ohne öffentlichen Verkehr) erfolgreich sein können, wenn der Betroffene nur Gast in der Wohnung gewesen wäre und das Auto ausgeliehen hätte oder wenn er nur zum Weggehen statt Wegfahren aufgefordert worden wäre – ein merkwürdiges Ergebnis. In anderen Fällen, in denen der VfGH Maßnahmen wegen Gesetzlosigkeit für rechtswidrig erklärte, ohne auf die anderen vorgebrachten Rechte einzugehen, wäre ihre Berührung immerhin möglich gewesen und wurde vom VfGH vielleicht als selbstverständlich vorausgesetzt: VfSlg 7516/1975: Verletzung von Eigentums- und Erwerbsfreiheit eines Werbeunternehmens durch Auftrag zur Beseitigung eines Fesselballons mit Reklameaufschriften; VfSlg 10.531/1985: Verletzung der Vereinsfreiheit des Arbeiter-Samariter-Bundes durch Befehl zur Einstellung von Blutdruckmessungen und zur Schließung eines Informationsstandes (hier deutet der VfGH allerdings einen Eingriff in das Eigentum des Vereins am Blutdruckmeßgerät an). Zur Umwegkonstruktion über das Eigentum vgl unten in FN 115 und bei FN 116. Nach der hier vertretenen These kommt es darauf gar nicht an.

⁷⁸⁾ VfSlg 7700/1975; 7668/1972: keine Verletzung des Eigentums und des Rechts auf Beiziehung eines Rechtsbeistandes (Art 6 Abs 3 lit c MRK) durch Ladungsbescheide; VfSlg 7872/1976: keine Verletzung der Religions-, Glaubens-, Gewissens- und Vereinsfreiheit und der Freizügigkeit durch einen Ladungsbescheid: Das „bedarf keiner weiteren Erörterung“.

⁷⁹⁾ Ein gutes Beispiel zum Unterschied von normativen und (nur) faktischen Beeinträchtigungen bietet VfSlg 8327/1978: Dem Beschwerdeführer wurde befohlen, mit seinem Auto in den Hof eines Polizeigebäudes einzufahren, und dann das Wegfahren durch Schließen des Tores unmöglich gemacht. Der VfGH sah darin ohne Differen-

⁶⁹⁾ VfSlg 2776/1954.

⁷⁰⁾ VfSlg 2740/1954. Ebenso prüfte er die Abnahme von Führerscheinen auf Willkür, obwohl ihr Besitz weder durch das Eigentum noch durch andere Grundrechte geschützt wird, als Beschwerdepunkt also nur das einfachgesetzliche Recht zum Lenken eines Kraftfahrzeugs auf öffentlichen Straßen dienen kann: zB VfSlg 7091/1973; 7428/1974; 8671/1979; dazu *Funk*, aaO (FN 42) 203 f.

⁷¹⁾ VfSlg 8149/1977.

⁷²⁾ VfSlg 12.017/1989.

⁷³⁾ VfSlg 8689/1979.

⁷⁴⁾ ZB VfSlg 5746/1968; 7700/1975; 7868/1976; 7872/1976.

⁷⁵⁾ VfSlg 4217/1962.

⁷⁶⁾ VfSlg 9013/1981.

MaW: Wie die des VfGH läßt sich auch die Rsp des VfGH mit der Voraussetzung erklären, daß die allgemeine Handlungsfreiheit ein *subjektives Recht* ist. Wie der VfGH schützt es auch der VfGH, beschränkt sich aber auf grobe Verletzungen. Unser Taubenfreund hat also die Wahl: Wird ihm das Füttern mit Bescheid verboten, kann er seine Handlungsfreiheit vor dem VfGH oder im den Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter oder auf Willkürfreiheit vor dem VfGH geltend machen.

4. Beeinträchtigungen durch Gesetze

Gesetze können von Privaten beim VfGH entweder direkt durch Individualantrag oder indirekt über eine Anregung der Partei und einen ihr entsprechenden Antrag des OGH, eines Gerichts zweiter Instanz, eines UVS oder des VfGH sowie über eine in einem anderen verfassungsgerichtlichen Verfahren eingebrachte Anregung zur amtswegigen Prüfung bekämpft werden (Art 140 Abs 1 B-VG). Der wichtigste Fall für letztere Möglichkeit ist die Anfechtung von Bescheiden wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes nach Art 144 Abs 1, 2. Alternative B-VG. Sowohl hier als auch beim Individualantrag ist Voraussetzung für die Anfechtung die Behauptung des Beschwerdeführers, in „seinen Rechten“ verletzt zu sein.

Walter meint, daß es sich dabei um *verfassungsgesetzlich* gewährleistete Rechte handeln muß: „Denn ein G kann begrifflich keine sich aus einem G ergebenden Rechte ‚verletzen‘; es kann sie aberkennen, einschränken, erweitern, aber nicht ‚verletzen‘“⁶⁰.

Die Mehrheit der Lehre teilt diesen Standpunkt jedoch nicht⁶¹). Dafür werden der Text der Verfassung, teleologische Gründe und vor allem folgende Überlegung ins Treffen geführt: Art 140 B-VG unterscheidet, was den Prüfungsmaßstab anbelangt, nicht danach, wer den Antrag gestellt hat: Relevant sei in allen Fällen, wie auch der VfGH selbst entschied, „ausnahmslos jede Verfassungswidrig-

zierung einen (gesetzlosen) Eingriff in das Eigentum des Beschwerdeführers am Auto. ME muß unterschieden werden: Der Befehl zum Einfahren in den Hof ist eine normative Beeinträchtigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, gegen die vom Adressaten Beschwerde erhoben werden kann, auch wenn er keine privatrechtliche Verfügungsbefugnis am Auto hat. Die Beschwerdebefugnis gegen das Einsperren der Autos kommt dagegen, weil es eine faktische Beeinträchtigung ist, nur dem Verfügungsberechtigten zu.

⁶⁰) Walter, Probleme der Individualbeschwerde gegen Gesetze und Verordnungen, ÖJZ 1978, 175 ff (177); im selben Sinn Walter, Die Neuregelung der Verordnungs- und Gesetzesprüfung, in: Mayer/Rill/Funk/Walter, Neuere im Verfassungsrecht (1976) 79 ff (92); 97 f zu Art 144 B-VG; Walter/Mayer, aaO (FN 2) Rz 1161 (Rz 1207 zu Art 144 B-VG); zustimmend Aichlreiter, aaO (FN 67) II 1311.

⁶¹) ZB Funk, Anm zu VfGH ÖZW 1977, 55 (58); Ringhofer, Über Grundrechte und deren Durchsetzung im innerstaatlichen Recht, in: FS Hellbling (1981) 343 ff (362); Adamovich/Funk, aaO (FN 2) 344.

keit“⁶²). Der VfGH habe daher das Gesetz auch auf Antrag eines Privaten nicht nur dann aufzuheben, wenn es dessen verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt, sondern auch, wenn es nur gegen „objektives“ Verfassungsrecht verstößt. Das bedeute aber nichts anderes, als daß Art 140 B-VG „im Rahmen der Zulässigkeit der Individualanfechtung ein neues, allumfassendes subjektives Recht geschaffen hat, nämlich das *Recht auf Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung* schlechthin“⁶³).

Walter/Mayer bringen dagegen vor, dies sei eine *systemwidrige Annahme*, weil sie nur für Individualanträge gelte⁶⁴). Wie Aichlreiter gezeigt hat⁶⁵), trifft der Einwand jedoch nicht zu, weil dieses Recht weder erst durch die Regelung des Individualantrags geschaffen wurde noch auch auf dieses Verfahren beschränkt ist: Da auch in einem auf Antrag des VfGH, eines UVS, eines anderen Gerichts oder in einem amtswegig eingeleiteten Gesetzprüfungsverfahren „jede Verfassungswidrigkeit“ der präjudiziellen Norm zu ihrer Aufhebung führen muß, andererseits die Antragstellung oder Einleitung des Verfahrens zwar „mediatisiert“, aber eben eine Pflicht der jeweiligen Instanzen ist⁶⁶), besteht auch in diesen Fällen ein Recht des Betroffenen auf vollständige Verfassungsmäßigkeit der Gesetze; nur der Weg der Geltendmachung dieses Anspruchs ist ein jeweils anderer. ZB hat daher jemand, der zu einer Verwaltungsstrafe verurteilt wurde, im Rahmen einer Bescheidbeschwerde das Recht auf Aufhebung der gesetzlichen Grundlage der Bestrafung (des Verbots, gegen das er gehandelt hat), auch wenn dieses nur kompetenzwidrig ist⁶⁷). Und ebenso hat jemand aus einem gerichtlichen Strafverfahren heraus über die Pflicht des Gerichts zur entsprechenden Antragstellung ein Recht auf Aufhebung einer verfassungswidrig unbestimmten Strafnorm⁶⁸). Systemwidrig wäre daher gerade das Gegenteil: wenn dies im Rahmen eines Individualantrages nicht gälte.

Im übrigen ist diese „Subjektivierung“ sog „objektiven“ Verfassungsrechts naheliegend, wenn man an entsprechende Regelungen für den

⁶²) VfSlg 8009/1977.

⁶³) Ringhofer, aaO (FN 81) 363 (Hervorhebung im Original).

⁶⁴) Walter/Mayer, aaO (FN 2) Rz 1161.

⁶⁵) Aichlreiter, aaO (FN 67) II 1312 ff.

⁶⁶) Vgl dazu auch Ringhofer, aaO (FN 81) 366 f. Die Tatsache, daß die jeweilige Instanz der Anregung zur Stellung eines Gesetzprüfungsantrags nicht blind zu folgen hat, sondern die vorgebrachten Bedenken gegen das Gesetz zunächst selbst beurteilt, ändert daran nichts Wesentliches: Auch bei anderen Rechtsmitteln wird oft vor ihrer Zulassung eine Beurteilung der Möglichkeit der Beschwerdebehauptung vorgenommen – so auch vom VfGH selbst bei Bescheidbeschwerden nach Art 144 Abs 1, 1. Alternative B-VG (zB VfSlg 5712/1968).

⁶⁷) Vgl zB VfSlg 10.292/1984.

⁶⁸) Vgl zB VfGH JBl 1992, 372 zu § 320 StGB (Neutralitätsgefährdung); in diesem Fall war die Norm dem VfGH allerdings bestimmt genug.

Vollzugsbereich denkt: Das Recht auf kompetenzmäßige Gesetze entspricht nur dem auf Verwaltungsakte durch die zuständige Behörde; das Recht auf gehörige Kundmachung von Gesetzen ist ein Spiegelbild des Rechts auf Verkündung oder Zustellung von Bescheiden; das Recht auf ausreichend bestimmte Gesetze findet seine Entsprechung im Recht auf Bestimmtheit des Bescheidspruches, und vermutlich lassen sich noch weitere Parallelen finden. Die Gemeinsamkeit liegt im *freiheitsschützenden* Charakter der jeweiligen Pflichten der Verwaltung und des Gesetzgebers⁸⁹⁾. Insoweit liegt in der Prüfung von Gesetzen auf jede Verfassungswidrigkeit keine Inkonsequenz. Die eigentliche Besonderheit, die sie nach sich zieht, ist eine andere: die Prüfung von Gesetzen auch an den Grundrechten Dritter⁹⁰⁾. Dies ist nicht mehr mit Freiheitsschutz im Anlaßfall, sondern nur mehr mit einer für die Normenkontrolle spezifischen Verbindung subjektiver und objektiver Elemente zu erklären.

Doch mit einer Klärung des *Prüfungsmaßstabes* für Gesetze ist die Frage nach ihrer *Anfechtbarkeit* noch nicht beantwortet. Auch wenn Art 140 B-VG das „allumfassende“ Recht auf Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen verleiht, tut er es nur im Rahmen der Zulässigkeit eines Prüfungsantrags. Die Zulässigkeit von Anträgen nach Art 140 und 144 B-VG hängt wiederum von der Behauptung der Verletzung in einem *Recht* ab. Als solches Recht kann aber nicht jenes durch Art 140 B-VG selbst gewährte auf Verfassungsmäßigkeit der Gesetze dienen, denn „eine Rechtsvorschrift, die an bestehenden Rechte anknüpft (arg: ‚ihre Rechte‘), würde so zu einer solche Rechte erzeugenden Norm“⁹¹⁾.

⁸⁹⁾ Vgl dazu *Alexy*, aaO (FN 4) 346 ff, 353 ff.

⁹⁰⁾ Davon geht der VfGH aus: In seiner E JUS-EXTRA 1992/2/725 zum Frauennachtarbeitsverbot erklärte er, er habe im aus Anlaß einer Beschwerde eines Dienstgebers gegen einen Verwaltungsstrafbescheid eingeleiteten Verfahren zum selben Thema (VfSlg 11.774/1988) die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes „keineswegs – wie die Anträge meinen – nur ‚aus der Sicht des Dienstgebers‘ beurteilt. Er war vielmehr bereits in dieser Entscheidung gehalten, die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit unter dem Blickwinkel einer möglichen Diskriminierung der Frau umfassend zu prüfen“. Und in VfSlg 11.774/1988 heißt es auch ausdrücklich, der Dienstgeber wäre, wenn das Nachtarbeitsverbot für Frauen gleichheitswidrig wäre, „jedenfalls wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in seinen Rechten, und zwar im Hinblick auf die verhängte Geldstrafe insbesondere auch im Recht auf Unversehrtheit des Eigentums verletzt“. In seiner E JBl 1991, 781 hob der VfGH aus Anlaß einer Bescheidbeschwerde eines Videothekbesitzers Steuervorschriften für das Anmieten von Videocassetten auf, weil die Aufzeichnungspflichten des *Vermieters* einen unzulässigen Eingriff in das Recht auf Privatleben der *Mieter* bewirkten. – Lehnt man die Prüfung an Grundrechten anderer ab, müßte man dies konsequenterweise in allen Verfahren zur konkreten Normenkontrolle tun.

⁹¹⁾ *Walter*, Probleme (FN 80) 177; sinngemäß gleich *Aichlreiter*, aaO (FN 67) II 1316. Mit diesem Argument haben sich *Walters* Gegner, soweit ich sehe, nicht ausein-

Dieser Einwand macht klar, daß das Recht auf Verfassungsmäßigkeit der Gesetze *kein selbständiges* sein kann – und hier liegt der Schlüssel zum Verständnis der Anfechtungsberechtigung. Wie bei den Rechten auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter, auf Willkürfreiheit und – wenn man will – auf Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁹²⁾ handelt es sich auch beim Recht auf Verfassungsmäßigkeit der Gesetze um ein „*Huckepackrecht*“, das nur in Verbindung mit einem *anderen* Recht geltend gemacht werden kann⁹³⁾. Erst dieses andere Recht ermöglicht die Feststellung der Betroffenheit, erst dieses andere Recht vermittelt die Anfechtungslegitimation, und genau die Behauptung der Verletzung eines solchen anderen Rechts verlangt die Verfassung für Individualanträge nach Art 140 und Beschwerden nach Art 144 Abs 1, 2. Alternative B-VG.

Daß sie es nur in diesen beiden Bestimmungen tut, ist leicht erklärbar: Es sind die beiden einzigen Fälle der konkreten Normenkontrolle auf Betreiben von Privatpersonen, in denen die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes *nicht aus einem bereits anhängigen Verfahren heraus* geltend gemacht wird. Wo aber ein solches Verfahren anhängig ist (wie vor dem VwGH, einem UVS, einem Gericht oder aufgrund einer anderen Bestimmung als Art 144 Abs 1, 2. Alternative B-VG vor dem VfGH), dort wurde bereits geklärt, daß derjenige, der die Anfechtung betreibt, in seinen Rechten betroffen ist, denn andernfalls wäre er ja gar nicht Partei des jeweiligen Verfahrens geworden. Die Verknüpfung des im Anlaßverfahren betroffenen Rechts mit dem angefochtenen Gesetz wird über das Erfordernis der Präjudizialität hergestellt.

Gerade der Vergleich mit der Gesetzesanfechtung aus anhängigen Verfahren heraus zeigt nun aber, daß das Recht, dessen Verletzung zu behaupten ist, *kein verfassungsgesetzlich gewährleistet* sein muß. Stellt etwa der VwGH auf Betreiben des Beschwerdeführers einen Gesetzprüfungsantrag, dient dies zur Klärung der Frage, ob die vom VwGH anzuwendenden gesetzlichen Vorschriften über die Rechte des Beschwerdeführers verfassungskonform sind. Sinn der Normenkontrolle ist also (zumindest primär) der Schutz dieser Rechte gegen verfassungswidrige Beeinträchtigungen durch den Gesetzgeber. Vor dem VwGH werden aber idR einfachgesetzliche Rechte verhandelt, und vor den ordentlichen Gerichten ist es nicht anders. Wenn also die Anfechtung aus anhängigen Verfahren heraus zugunsten einfachge-

andergesetzt. Es zeigt auch, daß VfSlg 8009/1977 nicht als Beleg für ihre These taugt. In dieser E äußert sich der VfGH nur zum Prüfungsmaßstab, nicht aber zum Rang des Rechts, dessen Verletzung behauptet werden muß, zumal es in diesem Fall ohnehin um ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, nämlich das Eigentum an Wald ging. Zu besseren Belegen vgl FN 96 f.

⁹²⁾ Vgl dazu oben bei FN 67 und 34.

⁹³⁾ So auch zum analogen Fall des Rechts auf Gesetzmäßigkeit von Verordnungen *Aichlreiter*, aaO (FN 67) II 1316.

setzlicher Rechte möglich ist, warum sollte dies nicht auch für die anderen Anfechtungsarten gelten, die als subsidiäre Rechtsbehelfe genau für Fälle geschaffen wurden, in denen ein solches Verfahren nicht stattfinden kann oder unzumutbar wäre (beim Individualantrag) oder in denen die Alternative zu umständlich wäre (nämlich die Bescheidbeschwerde beim VfGH, wenn es nur um die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Grundlage geht, gegenüber der VfGH-Beschwerde nach Art 144 B-VG)? Würde man auf verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten bestehen, hätte dies zur Folge, daß ein Gesetzprüfungsantrag zum Schutz anderer Rechte zwar aus einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren heraus zum Erfolg führen könnte, die Bescheidbeschwerde nach Art 144 Abs 1, 2. Alternative B-VG aber unzulässig wäre. Ich sehe keinen Grund für derartige Unterscheidungen.

Hält man sich diese systematischen Argumente vor Augen, wird deutlich, daß *Walters* Einwand auf einer Mißdeutung des Begriffs der „Verletzung“ eines Rechts beruht. Verwendet man „verletzt“ wie *Walter*, wäre eine Anfechtung nach Art 140 und 144 B-VG in der Tat nur zulässig, wenn es um ein von anderen verfassungsgesetzlichen Bestimmungen gewährlestetes Recht ginge, denn nur ein solches kann nach Inkrafttreten des möglicherweise verfassungswidrigen Gesetzes überhaupt noch existieren⁹⁴). Was jedoch in Art 140 und 144 B-VG mit der „Verletzung“ eines Rechts gemeint ist, ist gerade auch das, was *Walter* ausschließt: die verfassungswidrige *Aberkennung oder Einschränkung* eines Rechts. „Verletzt“ iSd B-VG kann auch jenes einfachgesetzliche Recht sein, das bestehen *würde*, wenn es das verfassungswidrige Gesetz nicht gäbe.

Dies findet eine Bestätigung nicht nur in Formulierungen⁹⁵), sondern auch im Inhalt einiger Erk des VfGH: So entschied er etwa anlässlich von Bescheidbeschwerden über die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Kürzung von Politikerpensionen⁹⁶) und über einen Individualantrag gegen das gesetzliche Erlöschen einer Beileihung als Fleischuntersuchungstierarzt⁹⁷), also über die gesetzliche Einschränkung und Beseitigung einfachgesetzlicher Rechte⁹⁸).

⁹⁴) Da Prüfungsmaßstab und Anfechtungsbefugnis auseinanderfallen können, wäre allerdings selbst dann noch nicht ausgemacht, daß der VfGH anlässlich einer solchen Anfechtung das Gesetz nicht auch wegen eines Verstoßes gegen „objektives“ Verfassungsrecht aufheben könnte; genau idS *Aichlreiter*; aaO (FN 67) II 1316 f.

⁹⁵) ZB bemerkt der VfGH in Slg 11.860/1988 zur Antragslegitimation einer Gesellschaft, ihr sei etwas verboten worden, „wozu sie an sich berechtigt wäre“.

⁹⁶) VfSlg 11.308, 11.309/1987.

⁹⁷) VfGH JUS-EXTRA 1990/2/342.

⁹⁸) Noch weiter ging der VfGH in der E ZVR 1992/135: Hier prüfte er im Rahmen einer Bescheidbeschwerde die Verfassungskonformität des Radfahrverbotes auf Forststraßen (§ 33 Abs 3 ForstG), also die Frage, ob ein gesetzlich eingeräumtes Recht (die – das Radfahren nicht umfassende – Betretungsfreiheit des Waldes nach § 33

Die Beschwerdebefugnis nach Art 144 Abs 1, 2. Alternative und die Antragslegitimation nach Art 140 B-VG setzen sich somit aus zwei Elementen zusammen: der Behauptung der *Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes* und der Behauptung, daß dieses Gesetz oder ein auf seiner Grundlage erlassener Bescheid ein nicht aus Art 140 B-VG ableitbares verfassungsgesetzlich gewährlestetes Recht des Anfechtenden verletzt (im *Walterschen* Sinne) *oder ein anderes Recht beseitigt oder beschränkt* habe⁹⁹). Bleibt die Frage, ob das „andere Recht“ vor Inkrafttreten des möglicherweise verfassungswidrigen Gesetzes zumindest einfachgesetzlich gewährleistet gewesen sein muß.

Auch hier kommt es wieder auf die Unterscheidung zwischen faktischen und normativen Beeinträchtigungen an. Zur Zulässigkeit von Individualanträgen gibt es Äußerungen des VfGH, die eine Anfechtung durch *faktisch Betroffene* überhaupt auszuschließen scheinen. So erklärte er im Leiterkenntnis VfSlg 8009/1977, „daß derjenige, für den das Gesetz bloß faktische Wirkungen zeitigt, zur Anfechtung nicht berechtigt ist. Grundlegende Voraussetzung der Antragslegitimation ist vielmehr, daß das Gesetz die Rechtssphäre der betreffenden Person berührt, daß es in deren Rechtssphäre eingreift und diese – im Falle seiner Verfassungswidrigkeit – verletzt. Anfechtungsberechtigt ist also von vornherein nur ein Rechtsträger, an oder gegen den sich das anzufechtende Gesetz wendet, der diesem gegenüber Normadressat ist.“

Dem entspricht auch die Zurückweisung vieler Anträge auf Gesetz- oder Verordnungsprüfung wegen nur „wirtschaftlicher“ Betroffenheit des Einschreiters¹⁰⁰). Doch die Formel des VfGH beruht auf der Vorstellung, daß faktische Wirkungen nicht in die Rechtssphäre eingreifen können, und diese Vorstellung hat sich schon in anderem Zusammenhang als unrichtig erwiesen¹⁰¹). Wenn an sich jemand ein gesetzlich eingeräumtes Recht auf Unterlassung einer bestimmten faktischen Beeinträchtigung hat, dann ist er durch diese eben „in Rechten“ betroffen und in seiner Rechtssphäre berührt. Daß auch der VfGH diese Möglichkeit entgegen seiner allgemeinen Formel nicht ausschließt, ergibt sich schon aus der Begründung einiger der genannten Zurückweisungsentscheidungen¹⁰²), aber auch aus anderen Fällen von Ge-

Abs 1 ForstG) von Verfassungs wegen nicht hätte weiter gehen müssen. Zur Rolle, die der Gleichheitssatz in allen diesen Fällen spielt, vgl unten bei FN 111.

⁹⁹) Anders als bei Art 144 Abs 1, 1. Alternative B-VG (dazu oben FN 67) ist dem Text der Art 144 Abs 1, 2. Alternative und 140 Abs 1 B-VG eine Trennung von Beschwerdepunkt und Beschwerdegrund zu entnehmen: Beschwerdepunkt ist die Verletzung (Aberkennung, Beschränkung) eines Rechts durch ein Gesetz oder durch einen Bescheid, Beschwerdegrund jede Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, das die Verletzung unmittelbar oder als Grundlage des Bescheids bewirkt.

¹⁰⁰) ZB VfSlg 8670/1979, 9876/1983.

¹⁰¹) Vgl oben bei FN 21 ff.

¹⁰²) ZB begründete der VfGH in Slg 8670/1979 die Zurückweisung des Antrags einer Konditoreihinhaberin auf

setzes- oder Verordnungsprüfungen. ZB erklärte der VfGH einen Individualantrag der ÖBB gegen eine Verordnung für zulässig, mit der durch Fahrverbote die einzige für Tankwagen mögliche Zufahrt zu ihrem Flüssiggasumschlagplatz gesperrt wurde: „Die ÖBB sind seit Erlassung der angefochtenen Verordnung daran gehindert, erfüllbare Verträge über den erwähnten Weitertransport mit Tankwageneigentümern abzuschließen oder mit ihren eigenen Fahrzeugen das Flüssiggas zu befördern. [...] Durch die Verordnung wird sohin in die Rechtssphäre der ÖBB eingegriffen“¹⁰³).

Soweit die eigenen Tankwagen betroffen sind, liegt natürlich eine normative Beeinträchtigung der ÖBB vor. Bei den fremden (um die es hauptsächlich ging) ist dies jedoch nicht so sicher. Die Argumentation des VfGH scheint darauf hinauszulaufen, daß den ÖBB die Kompetenz zum Abschluß bestimmter Verträge genommen wurde. Dies wäre eine normative Beeinträchtigung, und normative Beeinträchtigungen dieser Art erklären zB die Zulässigkeit von Individualanträgen von Dienstnehmerinnen gegen ein nur an den Dienstgeber gerichtetes Verbot der Beschäftigung von Frauen während der Nacht¹⁰⁴). Aber anders als beim Nachtarbeitsverbot ist im Fall der ÖBB die Verhinderung von bestimmten Verträgen nicht Zweck, sondern nur Nebeneffekt der angefochtenen Norm. Verbotswidrige Verträge wären auch nicht (teil-)nichtig, sondern eben nur unerfüllbar. Genau darin liegt aber der Unterschied zwischen normativer und (nur) faktischer Beeinträchtigung¹⁰⁵). Die Anfechtungsberechtigung der ÖBB kann sich daher, soweit fremde Tankwagen betroffen sind, nur aus einem der Erwerbsfreiheit entspringenden Recht gegen existenzbedrohende faktische Wirkungen von Maßnahmen dieser Art ergeben¹⁰⁶). Ein Individualantrag auf Aufhebung von Gesetzen durch nur faktisch Betroffene ist also nicht von vornherein ausgeschlossen, aber von

Aufhebung von Parkbeschränkungen in der Nähe ihres Betriebes so: „Weder das Eigentums- noch ein sonstiges Recht der Antragstellerin in bezug auf den Standort ihres Gewerbebetriebes, noch eine gewerberechtliche oder die Stellung von Anliegern regelnde Vorschrift räumen ihr eine Rechtsposition ein, die durch die verordneten Halte- und Parkverbote oder Fahrtrichtungsgebote berührt werden. Keine Vorschrift gibt ihr einen Anspruch darauf, daß Straßenbenützer in der Nähe ihres Standortes parken oder halten können.“

¹⁰³) VfSlg 8984/1980; dazu *Bernegger*, ÖZW 1982, 27 ff.

¹⁰⁴) VfGH JUS-EXTRA 1992/2/725.

¹⁰⁵) Deswegen sind auch Hausmänner und -frauen durch ausschließlich an die Unternehmer gerichtete Ladenschlußvorschriften nur faktisch betroffen; vgl dazu *Walter*, Neuregelung (FN 80) 87. Die Qualifizierung dieser Art von Beeinträchtigung als „normativ“ würde auch dazu führen, daß fast jedes an Dritte gerichtete Ver- oder Gebot von potentiellen Vertragspartnern anfechtbar wäre. Vgl in diesem Zusammenhang auch die oben (bei FN 16 ff) geschilderten Fälle.

¹⁰⁶) Nimmt man ein solches Recht an, erfordert dies allerdings eine Neubewertung vieler Fälle von „nur wirtschaftlicher“ Betroffenheit.

der Berufung auf *gesetzlich eingeräumte Rechte* abhängig¹⁰⁷).

Bei Beschwerden faktisch Betroffener nach Art 144 Abs 1, 2. Alternative geht es um die verfassungswidrige Aberkennung oder Beschränkung eines für den Bescheid präjudiziellen Rechts auf faktische Nichtbeeinträchtigung, also um eine *faktische* Beeinträchtigung, die über eine normative herbeigeführt wurde. Da das Recht gegen diese faktische Beeinträchtigung nicht einfach vorausgesetzt werden kann, muß es auch hier *gesetzlich eingeräumt* gewesen sein.

Bei *normativen Beeinträchtigungen* trifft dies jedoch nicht zu. Dies anhand der Rsp des VfGH zu zeigen, ist nicht ganz einfach, weil Gesetze, die nur die allgemeine Handlungsfreiheit beschränken, meist über eine Beschwerde gegen Strafbescheide angefochten werden und es dann immer auch um die durch den Bescheid berührten Rechte (meist Eigentum und persönliche Freiheit) geht; man muß sich hier daher Alternativszenarien ausdenken. Ein Beispiel dafür bietet VfSlg 11.917/1988, eine E zur Gurtenanlegepflicht. Der VfGH leitete zwar keine Gesetzprüfungsverfahren ein, beurteilte aber die Regelung bereits im Bescheidprüfungsverfahren auf ihre Verfassungskonformität im Hinblick auf Art 5, 6 und 8 MRK sowie auf den Gleichheitssatz. Wäre die Beschwerde statt gegen einen Strafbescheid gegen einen Feststellungsbescheid über das Nichtvorliegen von Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Gurtenanlegepflicht (vgl Art III Abs 4, 3. KFG-Nov) erhoben worden, hätten die Art 5 und 6 MRK, die sich ja nur auf die Bestrafung beziehen, keine Rolle spielen können. Zum Recht auf Privatleben (Art 8 MRK) zitierte der VfGH nur eine Entscheidung der EKMR, wonach die Gurtenanlegepflicht „in keiner Weise“ in dieses Recht eingreift. Damit blieb der Gleichheitssatz.

Der *Gleichheitssatz* bindet den Gesetzgeber in zweierlei Hinsicht: Er verbietet Diskriminierungen und „unsachliche“ Gesetze¹⁰⁸). Nur um zweites ging es in unserem Fall¹⁰⁹). *Novak* hat in einer

¹⁰⁷) Ein Beispiel dafür wäre wohl die Anfechtung eines an Lehrer gerichteten Verbots, slowenisch zu sprechen, durch schulpflichtige Angehörige der Minderheit wegen Verletzung ihres Rechts auf Erteilung von Elementarunterricht in ihrer Sprache (Art 7 Z 2 Staatsvertrag von Wien); vgl VfSlg 12.132/1989, wo ein Individualantrag auf Aufhebung einer Bestimmung des MinderheitenschulG für Kärnten über das Ausmaß des Slowenisch-Unterrichts nur daran scheiterte, daß sie noch durch eine Lehrplanverordnung konkretisiert wurde und daher nicht unmittelbar wirkte.

¹⁰⁸) Ob man das Sachlichkeitsgebot wie der VfGH dem Gleichheitssatz entnimmt oder besser als übergeordneten Grundsatz betrachtet, spielt hier keine Rolle. Ein Argument für letzteres ergibt sich daraus, daß Ausländer sich nicht auf den Gleichheitssatz berufen können. Der Sinn dieser Beschränkung besteht aber nur in der Ermöglichung der Diskriminierung von Ausländern gegenüber Österreichern; ihre unsachliche Behandlung soll damit nicht gegen Anfechtungen immunisiert werden.

¹⁰⁹) Der Beschwerdevorwurf bestand im wesentlichen darin, daß der Gesetzgeber die Selbstgefährdung durch

Bemerkung dazu das Sachlichkeitsprinzip als „Ersatz für die in der österr Grundrechtsordnung fehlende allgemeine Handlungsfreiheit“ bezeichnet¹¹⁰). Das ist eine scharfsinnige Beschreibung der Rsp, nicht aber des Sachlichkeitsgebotes. Denn für das Sachlichkeitsgebot gilt wiederum das, was schon für das Willkürverbot und andere Vorschriften¹¹¹) festgestellt wurde: Es vermittelt nur ein unselbständiges „Huckepackrecht“. Anfechtungslegitimierend ist daher nur die Behauptung eines unsachlichen Eingriffs in ein *anderes* Recht. Als solches anderes Recht kam hier aber nur die Freiheit, keine Gurten anzulegen, oder, wie der VfGH im Leitsatz des Erk sagte, die „Dispositionsfreiheit“ in Frage. MaW: Das „verletzte“ Recht iSd Art 140 und 144 B-VG kann durchaus auch die gesetzlich nicht eingeräumte *allgemeine Handlungsfreiheit* sein¹¹²).

Nur weil die allgemeine Handlungsfreiheit ein Recht ist, konnte also die behauptete Unsachlichkeit der gesetzlichen Regelung vom Betroffenen zum Verfahrensthema gemacht werden. Ist das Sachlichkeitsgebot aber einmal Gegenstand des Verfahrens, entfaltet es starke Wirkungen: Der VfGH prüfte, ob die Schaffung der Gurtenanlegepflicht einem gerechtfertigten Ziel diene, ob sie zu seiner Erreichung geeignet war und ob sie „nach ihrer Art und Intensität“ den Verpflichteten zumutbar belastete¹¹³). Das bedeutet, daß jedermann ein Recht darauf hat, daß gesetzliche Einschränkungen auch nur seiner allgemeinen Handlungsfreiheit einen *guten Grund* haben sowie *verhältnismäßig* sind.

Nach dem bisher Gesagten ist dies aber nur ein Spezialfall eines umfassenderen Schutzes der allgemeinen Handlungsfreiheit: Wenn die allgemei-

gurtenfreies Fahren verbiete, während er sie sonst erlaube.

¹¹⁰) *Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht, JBI 1992, 477 ff (483).

¹¹¹) Oben bei FN 34, 67 und 93.

¹¹²) Das gilt natürlich auch für Verordnungsanfechtungen nach Art 139 und über Art 144 B-VG. *Walter*, Neuregelung (FN 80) bemerkt dazu: „Daß eine Person in ihren Rechten verletzt wird, wird dahin zu verstehen sein, daß subjektive Rechte (auf Grund des Gesetzes oder der Verfassung) der Person bestehen, in die durch die Verordnung eingegriffen wird.“ Dieser Satz ist nur dann richtig, wenn man die allgemeine Handlungsfreiheit als Recht „auf Grund der Verfassung“ sieht, was *Walter* wohl nicht gemeint hat. Ein Beispiel bildet die Aufhebung einer Geschwindigkeitsbeschränkung wegen der gesetzlich nicht gedeckten Beseitigung der „Freiheit der Wahl der Fahrgeschwindigkeit“ (VfSlg 7253/1975, allerdings aus Anlaß einer Beschwerde gegen einen Strafbescheid).

¹¹³) VfSlg 11.917/1988: Alle Fragen wurden bejaht. Den Zweck der Norm sah der VfGH nicht nur im Selbstschutz des Verpflichteten, sondern auch im Schutz von Beifahrern und in der Verringerung der Folgekosten von Verkehrsunfällen mit Personenschäden; auf den „Paternalismus“-Vorwurf des Beschwerdeführers ging er daher nicht ein. Die sonst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit geprüfte Erforderlichkeit der Einschränkung behandelte der VfGH nicht.

ne Handlungsfreiheit ein Recht ist, dessen behauptete Verletzung zur Anfechtung von Gesetzen legitimiert, und wenn der VfGH zulässigerweise angefochtene Gesetze wegen jeder Verfassungswidrigkeit aufzuheben hat, dann muß die allgemeine Handlungsfreiheit nicht nur gegen unsachliche, sondern überhaupt gegen *alle* Eingriffe durch verfassungswidrige Gesetze oder durch Verordnungen und Verwaltungsakte auf ihrer Grundlage geschützt sein. In diese Richtung deutet der bereits erwähnte Fall einer Maßnahmenbeschwerde gegen einen Befehl zur Entfernung eines Fesselballons¹¹⁴). Die Beschwerdeführerin behauptete unter anderem, daß die Eingriffsermächtigungen, falls anwendbar, kompetenzwidrig seien. Der VfGH leitete zwar kein Gesetzprüfungsverfahren ein, weil er diese Bedenken nicht teilte; anderenfalls wäre er aber dazu verpflichtet gewesen. Als verletztes Recht bot sich die Erwerbsfreiheit an, weil es sich um ein Werbeunternehmen handelte. Aber sollte jemand, der einen Ballon nur zum Vergnügen steigen läßt, nur deshalb nicht beschwerdebefugt sein¹¹⁵)?

In Slg 9762/1983 erklärte der VfGH den Individualantrag gegen eine ortspolizeiliche Verordnung, die den Betrieb von Modellflugzeugen verbot, für zulässig. Als Anfechtungsgrund war die Unzuständigkeit der Gemeinde zu ihrer Erlassung vorgebracht worden. Die rechtliche Betroffenheit eines der Antragsteller sah der VfGH darin, daß dieser als Mitglied eines Vereins zur Benützung von dessen auf einem gepachteten Grundstück betriebenen Modellflugplatz berechtigt sei. Auch diese Konstruktion eines über die Mitgliedschaft und den Pachtvertrag vermittelten Nutzungsrechtes an Grund und Boden wirkt etwas verkrampft. Käme es wirklich auf sie an, wäre ein Nichtmitglied nicht antragsbefugt. Warum soll sich aber ein Modellflieger, dem Modellfliegen verboten wird, nicht einfach deshalb wehren können? Wenn die allgemeine Handlungsfreiheit iVm dem Gleichheitssatz ein Recht ist, warum soll sie dann keines sein, wenn andere Bedenken gegen das Gesetz bestehen, wo doch jede Verfassungswidrigkeit beachtlich ist?

Läßt man diese Fälle Revue passieren, wird ein Muster erkennbar: Der VfGH löst die Frage der Anfechtungslegitimation „richtig“, aber gestützt auf das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes, dessen Unselbständigkeit ihm nicht bewußt wird,

¹¹⁴) VfSlg 7516/1974; vgl oben FN 77.

¹¹⁵) Allerdings könnte man immer noch einwenden, daß es dann zB um das Nutzungsrecht am Ballon oder die durch das LFG gesetzlich eingeräumte Freiheit der Benützung des Luftraums gehe. Das erste Argument wirkt aber wie ein Ausweichmanöver: Was gilt, wenn der Ballon nur prekaristisch genutzt wird oder herrenlos ist? Ist das Verbot von Messerstechereien oder bewaffneten Raubüberfällen auch eine Eigentumsbeschränkung? Das zweite Argument setzt voraus, daß die Freiheit der Luftbenützung mehr ist als die allgemeine Handlungsfreiheit, was eine eigene Untersuchung erfordern würde.

oder – wie schon bei den Beschwerden gegen individuelle Akte beobachtet¹¹⁶⁾ – mit Hilfe eines angestrengt weiten Begriffs der Eigentumsbeschränkung, was in alternativen Konstellationen Probleme bereiten würde. ME lassen sich die angeführten Entscheidungen besser begründen, wenn man die *subjektivrechtliche Qualität der allgemeinen Handlungsfreiheit* auch im verfassungsrechtlichen Bereich voraussetzt. IVm dem „Huckepackrecht“ auf Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung folgt daraus, daß jedermann ein Recht auf Unterlassung der Auferlegung von Pflichten durch verfassungswidrige Gesetze hat, das er unter den jeweiligen Voraussetzungen entweder direkt über einen Individualantrag nach Art 140 oder indirekt, vor allem über eine Bescheidbeschwerde nach Art 144 Abs 1, 2. Alternative B-VG geltend machen kann – oder einfacher: Jedermann (auch unser Taubenfreund) hat das *Recht, nur verfassungsmäßigen Pflichten unterworfen zu werden.*

IV. Das Verhältnis der allgemeinen Handlungsfreiheit zur „natürlichen“ Freiheit, zu den Freiheitsgrundrechten und zum rechtsstaatlichen Prinzip

Fassen wir zusammen: Die allgemeine Handlungsfreiheit genießt keinen allgemeinen Schutz gegen faktische Beeinträchtigungen, seien sie rechtswidrig oder nicht. Gegen rechtswidrige normative Beeinträchtigungen bestehen dagegen sowohl auf Vollziehungs- als auch auf Gesetzgebungsebene subjektive Unterlassungsansprüche. Rechtmäßig ist ein Eingriff nur, wenn er durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgt und wenn dieses Gesetz in jeder Hinsicht verfassungskonform ist, vor allem einem sachlichen Zweck dient und nur geeignete und verhältnismäßige Mittel zu seiner Erreichung vorsieht. Der Anspruch des in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit Betroffenen auf rechtmäßiges Handeln von Verwaltung und Gesetzgebung beruht aber erst auf der von unserer Rechtsordnung gemachten *Voraussetzung*, daß die allgemeine Handlungsfreiheit ein *Recht* ist, denn erst unter dieser Voraussetzung greifen die an „Rechte“ anknüpfenden Vorschriften über die Anfechtungsbefugnis in den einschlägigen Verfahren¹¹⁷⁾.

Der Rechtsschutz ist es nun, der verbietet, die Handlungsfreiheit nur als „natürliche“ zu betrachten. Die Rede von ihrer „Natürlichkeit“ ist schon unabhängig davon problematisch, denn die Handlungsfreiheit beruht ab dem Zeitpunkt, wo der „Naturzustand“ durch eine Rechtsordnung abgelöst wurde, nur mehr auf deren vorausgesetzter

oder ausdrücklicher Norm, daß alles, was nicht verboten wurde, erlaubt ist. Diese Norm ist aber theoretisch kein notwendiger Inhalt einer Rechtsordnung. Immerhin aber dürfte sie praktisch kaum vermeidbar sein, und mir sind auch keine Rechtsordnungen bekannt, die ohne sie ausgekommen wären. Der eigentliche Unterschied zwischen freiheitlichen und anderen Rechtsordnungen besteht daher nicht darin, sondern im *Rechtscharakter* der Handlungsfreiheit. Dieser ist aber alles andere als „natürlich“.

Die allgemeine Handlungsfreiheit ist nun der Rest, der nach Abzug der durch die Rechtsordnung eingeräumten speziellen, vor allem der verfassungsgesetzlichen Handlungsfreiheiten bleibt. Entfällt eine spezielle Freiheit, gehen die durch sie geschützten Handlungen und Unterlassungen wieder in der allgemeinen Handlungsfreiheit auf. Wenn zB die (verfassungs-)gesetzlichen Vorschriften zum Schutz der Meinungsfreiheit gestrichen würden, bliebe immer noch der Schutz, den die allgemeine Handlungsfreiheit bietet – und dies ist kein geringer: Die geschilderten Anforderungen an Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit lesen sich ja wie Auszüge aus der klassischen Grundrechtsdogmatik¹¹⁸⁾. Wozu, könnte man fragen, brauchen wir dann noch *Grundrechte*?

Darauf gibt es mehrere Antworten¹¹⁹⁾. Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit dürfen nur zu einem sachlichen Zweck erfolgen. Während jedoch bei der allgemeinen Handlungsfreiheit alle sachlichen Zwecke in Frage kommen, erlauben materielle Gesetzesvorbehalte bei Grundrechten nur die Berücksichtigung bestimmter von ihnen. Zweitens ist der Schutz von Grundrechten selbst ein guter und gewichtiger Grund, um die allgemeine Handlungsfreiheit einzuschränken. Weiters muß die allgemeine, genauer: die jeweils betroffene konkrete Handlungsfreiheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit dem angestrebten Zweck abgewogen werden. Welches Gewicht aber hat sie? Grundrechte haben hier drittens die Funktion, spezielle Handlungsmöglichkeiten als besonders wertvoll herauszuheben und damit die Abwägung zu steuern. Viertens machen sie Abwägungen in manchen Fällen unnötig: Der Sklaverei oder unmenschlicher Behandlung darf eben niemand unterworfen werden; basta. Und fünftens schützen sie auch vor faktischen Beeinträchtigungen wie erniedrigender Behandlung, Einsperren, der Wegnahme von Eigentum, dem Erschießen von Hunden und anderem. Grundrechte sind also trotz eines weitreichenden Schutzes der allgemeinen Handlungsfreiheit keineswegs überflüssig: Was sie leisten, ist „*Flankenschutz*“ gegen *faktische Beeinträchtigungen*, eine *Vorentscheidung der Wertungen* und in

¹¹⁶⁾ Oben FN 77.

¹¹⁷⁾ Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und das Willkürverbot sind dagegen aus grundsätzlicher Sicht unerheblich: Sie beeinflussen zwar die Verteilung des Rechtsschutzes zwischen VfGH und VwGH, nicht aber den Umfang des Rechtsschutzes selbst.

¹¹⁸⁾ Vgl die Grundrechtsformeln des VfGH bei Machacek, Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof² (1992) 85 ff.

¹¹⁹⁾ Vgl zB Alexy, aaO (FN 4) 313 ff, 340 ff, 351 ff.

einem gewissen Maß die *Ersetzung von Prinzipien durch Regeln*.

Die allgemeine Handlungsfreiheit ist daher nur die zweite Rückzugslinie. Zu klären bleibt, wie stark sie befestigt ist. Welcher Rang im Stufenbau der Rechtsordnung kommt der Voraussetzung ihrer Rechtsqualität zu? Man kann dies von zwei Seiten betrachten. Für die Auslösung der geschilderten Rechtsschutzeffekte reicht ein als *lex generalis* zu verstehender einfachgesetzlicher Satz aus, der beliebiges Verhalten als „Recht“ bezeichnet. Anderes gilt jedoch, wenn man in Derogationszusammenhängen denkt und sich fragt, welchen Rang eine Norm mit dem Inhalt „Die allgemeine Handlungsfreiheit ist kein Recht“ haben müßte, um zu bestehen.

Das ist wiederum davon abhängig, welche Wirkung dieser Satz hätte, genauer: ob diese als Gesamtänderung der Verfassung zu betrachten wäre. Geht man vom vorhandenen verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem aus, wäre diese Wirkung wohl nicht so dramatisch, denn auch die Beseitigung ihres Rechtscharakters würde die allgemeine Handlungsfreiheit dem Staat nicht völlig schutzlos preisgeben; sie wäre immer noch indirekt, also über andere Rechte subjektiv geschützt. Der Betroffene könnte dann zwar nicht mehr die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkende Verbote selbst, aber immerhin noch die wegen ihrer Übertretung verhängten *Sanktionen* als Eingriff in seine Rechte auf Eigentum und persönliche Freiheit bekämpfen.

Dieser indirekte Schutz setzt nun aber neben der Rechtsqualität von Eigentum und persönlicher Freiheit sowie dem Legalitätsprinzip und den allgemeinen Rechtsschutzgarantien voraus, daß der Betroffene im Zuge der Bekämpfung der Sanktionen eine Prüfung der ihnen zugrundeliegenden Ge- und Verbote auch an *objektivem* Verfassungsrecht, vor allem am Sachlichkeitsgebot, veranlassen kann – konkret: daß der wegen Taubenfütterns Bestrafte direkt oder indirekt ein Verfahren in Gang setzen kann, in dem die Rechtmäßigkeit des Fütterungsverbotens von einem Gericht unabhängig davon zu prüfen ist, ob nun das Füttern

ein Recht ist oder nicht, und das bei einem negativen Ausgang dieser Prüfung zu einer Beseitigung der Strafe führt.

Wenn jedoch beides nicht zuträfe, also weder die allgemeine Handlungsfreiheit ein Recht wäre noch der Maßstab konkreter Normenkontrolle das objektive Verfassungsrecht einschlösse, dann hätten wir es in der Tat mit einer Gesamtänderung der Verfassung zu tun. Denn dann wären auch grundlegende und unverhältnismäßige Eingriffe in jede gesetzlich nicht ausdrücklich geschützte Freiheit möglich, ohne daß sich die Betroffenen wehren könnten. Eine der beiden freiheitsschützenden Voraussetzungen muß daher als Grundprinzip unserer Verfassung betrachtet werden. Vergleicht man sie, wird man wohl nicht für die teilweise unstrittene und eher „technische“ Objektivität der konkreten Normenkontrolle, sondern für den Rechtscharakter der allgemeinen Handlungsfreiheit plädieren. Die Rechtsqualität der allgemeinen Handlungsfreiheit wird also in einem „Baugesetz“ unserer Verfassung vorausgesetzt: Sie ist Teil des rechtsstaatlichen Prinzips des B-VG.

V. Ergebnis: Der allgemeine Teil der Freiheit

Verbindet man nun die allgemeine Handlungsfreiheit mit dem Recht auf ein gewaltfreies Leben und den zu ihrem Schutz unabdingbaren Elementen, ergibt sich der staatsgerichtete *allgemeine Teil der Freiheit*, der sich auf Baugesetzebene der Verfassung etwa so formulieren läßt:

„Jedermann hat das Recht, sich nach Belieben zu verhalten und keiner physischen Gewalt gegen seine Person unterworfen zu werden. Diese Rechte dürfen eingeschränkt, aber nicht beseitigt werden. Einschränkungen sind nur durch Gesetze oder aufgrund von Gesetzen zulässig. Sie müssen sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein, und sie unterliegen gerichtlicher Kontrolle auf Betreiben der Betroffenen.“

Korrespondenz: Ass.-Prof. Dr. Franz Merli, Institut für Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre, Universität Graz, Elisabethstraße 27, A-8010 Graz, Österreich.