

Univ.-Ass. Dr. Magdalena Pöschl/Univ.-Ass. Dr. Arno Kahl, Innsbruck

## Die Intentionalität – ihre Bedeutung und Berechtigung in der Grundrechtsjudikatur

**Zum Inhalt:** Der im Rahmen der Grundrechtsjudikatur des VfGH relevante Begriff der Intentionalität entzieht sich einer pauschalisierenden Betrachtungsweise. Vielmehr kommt ihm je nach Art des in Rede stehenden Grundrechts eine unterschiedliche Funktion zu: Bei – wenn auch nicht allen – unter Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechten ist die Intentionalität das Kriterium für das Vorliegen eines Eingriffs, wobei es – abgesehen vom Recht auf persönliche Freiheit – lediglich einen von mehreren Gesichtspunkten darstellt, bei dessen Fehlen der Eingriffscharakter einer Maßnahme verneint wird. Bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten hingegen erfüllt die Intentionalität keine eingriffsbegrenzende, sondern die Funktion der Sicherung eines bestandfesten Kerns. Bei der Beurteilung schließlich, ob eine Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gegen das Verbot des Art 3 MRK verstößt, wertet der GH die Intentionalität als Indiz für das Vorliegen einer erniedrigenden Behandlung und damit einer Verletzung des Grundrechts.

### Inhaltsübersicht

#### I. Vorbemerkung

#### II. Intentionalität bei Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt

- A. Die sog Intentionalitäts-Judikatur
  - 1. Meinungsfreiheit
  - 2. Erwerbsfreiheit
  - 3. Persönliche Freiheit
  - 4. Andere Grundrechte
- B. Funktion und Berechtigung der Intentionalität bei Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt

#### III. Intentionalität bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten

- A. Wann ist ein Gesetz „intentional“?
  - 1. Die ältere, „reine“ Intentionalitäts-Judikatur
  - 2. Die Kunstfreiheit als Entwicklungsfeld einer differenzierten Judikatur
    - a) Die Kritik an der „reinen“ Intentionalitäts-Judikatur und der Beginn der Änderung der Rsp des VfGH
    - b) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Beurteilungsmaßstab für nicht intentionale Eingriffe
    - c) Die Übertragung der anhand der vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit entwickelten Kriterien auf andere Grundrechte dieser Art
- B. Funktion und Berechtigung der Intentionalität bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten
- C. Die Intentionalität als Maßstab für die Qualifikation einer Maßnahme als „erniedrigende Behandlung“ iSd Art 3 MRK

#### IV. Schluss

### I. Vorbemerkung<sup>1)</sup>

Ruhe, Ordnung und Anstand sind dem Gesetzgeber wertvolle Güter, und wer sie verletzt, muss mit einer verwaltungsbehördlichen Strafe rechnen: Eine Pianistin, die täglich ihre Fingerübungen absolviert, kann mit dem Vorwurf konfrontiert sein, ungebührlichen Lärm zu erregen. Ein Versammlungsteilnehmer, der sich an Sprechchören beteiligt, kann der Ordnungsstörung beschuldigt werden. Und einem Sänger, der sich mit deftigen Worten über den Leser der Kronen-Zeitung lustig macht, könnte die Verletzung des öff Anstands zur Last gelegt werden. In jedem dieser drei Fälle würde damit aber eine Handlung unter Strafe gestellt, die prima facie grundrechtlich geschützt ist, einmal durch die Kunst-, dann durch die Versammlungsfreiheit und schließlich durch das Recht auf freie Meinungsäußerung.

So ähnlich sich diese drei Fälle grundsätzlich sein mögen, so unterschiedlich wären doch die Erfolgsaussichten, wenn die Pianistin, der Versammlungsteilnehmer und der Sänger sich beim VfGH über die Verwaltungsstrafe beschwerten. In jedem dieser Fälle kann nämlich die Frage bedeutsam werden, ob die bekämpfte Strafe überhaupt eine Beeinträchtigung des Grundrechts **intendiert**. Der Stellenwert, den die Rsp dieser sog „Intentionalität“ dabei einräumt, ist jedoch von Grundrecht zu Grundrecht ebenso verschieden wie die Rechtsfolge, die mit ihr jeweils verbunden ist: Bei einem Teil der Grundrechte soll die Intentionalität nämlich konstitutiv für das Vorliegen eines Eingriffs sein; bei anderen Grundrechten reicht für einen Eingriff bereits die beschränkende Wirkung einer Maßnahme hin. Für eine dritte Gruppe von Grundrechten zeigt die Intentionalität schließlich nicht nur einen Eingriff in das jeweilige Grundrecht an, sondern unter einem auch den prominentesten, wenn auch nicht einzigen Fall ihrer Verletzung.

Die unterschiedliche Bedeutung, die der Intentionalität in der RSp zukommt, lässt es angebracht erscheinen, dieses in der Lit regelmäßig bloß im Zusammenhang mit Einzelgrundrechten am Rand erwähnte Argumentationsmuster in den Mittelpunkt einer selbstständigen Betrachtung zu rücken. Dabei soll ausgehend von der einschlägigen Rsp an die Differenzierung zwischen vorbehaltlosen und unter Vorbehalt gewährleisteten Grundrechten angeknüpft und die Be-

<sup>1)</sup> Teil II. der vorliegenden Arbeit wurde von *Magdalena Pöschl*, Teil III. von *Arno Kahl*, die übrigen Abschnitte wurden gemeinsam verfasst.

deutung dargestellt werden, in der von der Intentionalität hier und dort gesprochen wird.

## II. Intentionalität bei Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt

### A. Die sog Intentionalitäts-Judikatur

#### 1. Meinungsfreiheit<sup>2)</sup>

In der Rsp zur Meinungsfreiheit hat die Intentionalität bekanntlich eine quantitativ und qualitativ besonders wichtige Rolle gespielt. Die ältere Rsp verneinte immer wieder einen Eingriff in dieses Grundrecht mit der Begründung, die inkriminierte Maßnahme ziele nicht auf eine Beschränkung der freien Meinungsäußerung ab<sup>3)</sup>. Regelmäßig führte der VfGH dabei als zusätzliches Argument ins Treffen, dass die Meinungsfreiheit nicht „Gegenstand“ der jeweils in Betracht kommenden Maßnahme sei<sup>4)</sup>. In den 80er Jahren ging der VfGH jedoch zunächst der Sache nach<sup>5)</sup>, dann aber auch ausdrücklich<sup>6)</sup> von dieser Rsp ab. Seither beurteilt er den Eingriffscharakter verwaltungsbehördlicher Bescheide bloß nach ihren Auswirkungen auf den grundrechtlichen Schutzbereich und nicht mehr nach der Absicht, die die VerwaltungsBeh oder der Gesetzgeber mit einer Maßnahme jeweils verfolgt<sup>7)</sup>. Ob diese neue Rsp auch für faktische Amtshandlungen gilt, kann nicht mit letzter Bestimmtheit

<sup>2)</sup> Vgl dazu mwN *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982) 160ff; *derselbe*, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1982, 413 (422f); *derselbe*, Die Kommunikationsfreiheit, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 2 (1992) 393 (430ff); *derselbe*, Die Grundrechte (1999) Rz 558 FN 18.

<sup>3)</sup> ZB Slg 3837/1960, 3929/1961 (Bestrafung eines Gewerbetreibenden nach dem SonntagsruheG, weil dieser an einem Sonntag periodische Druckschriften verkauft hatte); Slg 4087/1961 (Verbot, eine Stellenanzeige in einer Tageszeitung einzuschalten); Slg 5616/1967, 5619/1967, 5663/1968 (Bestrafung des Betriebsleiters einer Tageszeitung, der ohne die hierfür erforderliche Bewilligung nach § 82 StVO auf öff Verkehrsflächen Zeitungsverkaufsständer aufstellen ließ); Slg 6186/1970 (bescheidmäßig auferlegte Entfernung zweier Reklametafeln nach § 56 der Stmk Bauordnung); s auch Slg 1829/1949, 1830/1949, 1846/1949 (beschränkte Zulassung von Jugendlichen zu einer Filmvorstellung und Prüfung eines Films auf seine Eignung für Jugendliche).

<sup>4)</sup> ZB Slg 3837/1960, 3929/1961, 5616/1967, 5619/1967, 5663/1968, 6186/1970.

<sup>5)</sup> Slg 10.700/1985 (Bestrafung eines Sängers, weil dieser „durch den Gebrauch ordinärer und unflätiger Ausdrücke ... den öffentlichen Anstand verletzt“ habe). Erste Andeutungen eines neuen Eingriffsverständnisses finden sich aber schon im Erk Slg 6615/1971, in dem der VfGH § 10 Abs 2 des Schmutz- und SchundG als Verstoß gegen das Zensurverbot qualifizierte, obwohl diese Bestimmung nach seiner Ansicht ausschließlich dem „[Schutz] der sittlichen, geistigen und gesundheitlichen Entwicklung jugendlicher Personen“ diene. Im Erk Slg 8461/1978 stellte der VfGH dann ausdrücklich fest, dass das Zensurverbot „unabhängig davon [besteht], im Zusammenhang mit welcher Materie (etwa jener des Jugendschutzes) eine Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit vom Gesetzgeber für nötig erachtet werden sollte“. Zugleich behielt der VfGH aber sein bisheriges Verständnis der Zensur ausdrücklich bei, die „alle jene präventiven behördlichen Maßnahmen [umschließt], die darauf abzielen, die Freiheit, Meinungen zu äußern und zu verbreiten oder zu empfangen, zu beseitigen oder zu schmälern“.

<sup>6)</sup> Slg 11.651/1988 (Verteilen von Flugzetteln auf der Straße ohne die hierfür erforderliche Bewilligung nach § 82 StVO) – s auch Slg 11.733/1988, anders noch Slg 5616/1967, 5619/1967, 5663/1968.

<sup>7)</sup> Der VfGH 22. 5. 1989, 89/10/0083, 0084 = ZfVB 1990/1/146, sah allerdings in einem aus Gründen der öff Sittlichkeit bestehenden Verbot bestimmter Zeitungsinserate keinen Eingriff in die Meinungsfreiheit, weil dieses Verbot nicht dazu bestimmt sei, die freie Meinungsäußerung zu unterbinden oder einzuschränken; anders aber VfSlg 12.394/1990.

gesagt werden; die – soweit ersichtlich – letzte einschlägige Entscheidung weist aber in diese Richtung<sup>8)</sup>.

#### 2. Erwerbsfreiheit<sup>9)</sup>

Wesentlich hartnäckiger als im Bereich der Meinungsfreiheit hat sich die Intentionalität als Eingriffsvoraussetzung scheinbar in der Rsp zur Erwerbsfreiheit gehalten. Dieser Eindruck entsteht jedenfalls, wenn die Lehre unter dem Titel der Intentionalität immer wieder Erk anführt, die einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit verneinen. Zweifellos tritt die Intentionalität in der Mehrzahl dieser Entscheidungen nach wie vor als Argument auf, und der VfGH verwendet darin auch das aus der älteren Rsp zur Meinungsfreiheit geläufige Argument, die Erwerbsfreiheit sei nicht „Gegenstand“ der jeweils beanstandeten Maßnahme<sup>10)</sup>. Darüber hinaus betont der GH aber stets auch, dass diese Maßnahme weder den Antritt noch die Ausübung einer bestimmten Erwerbsbetätigung untersagt, sondern diese nur „mittelbar“ bzw „faktisch“ behindert habe<sup>11)</sup>.

<sup>8)</sup> Vgl das Erk Slg 12.104/1989, in dem der VfGH die Beschlagnahme einer Druckschrift als Eingriff in die Meinungsfreiheit ansah, obwohl die beiBeh vorbrachte, das Zeitschriftenexemplar sei von dem einschreitenden Verwaltungsorgan vermutlich irrtümlich mitgenommen worden. Anders noch die Erk Slg 10.916/1986 und 11.297/1987, in denen die Behinderung eines Journalisten bei der Berichterstattung nur dann als Eingriff in die Meinungsfreiheit gewertet wurde, wenn die Polizei ihn als solchen erkannte; s auch das Erk Slg 11.101/1986, in dem der VfGH den Befehl, Plakate zu entfernen und das Verteilen von Flugzetteln einzustellen, nicht als Eingriff in die Meinungsfreiheit qualifizierte, weil die „bekämpften Amtshandlungen ... intentional nicht auf eine Einschränkung dieses Rechtes, sondern ... darauf gerichtet waren, das ordnungsstörende Verhalten des Bf. zu beenden“; zu Recht kritisch zu dieser Entscheidung *Berka*, Entscheidungsbesprechung, JBl 1987, 442 (444); s auch *denselben* in *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 2) 432.

<sup>9)</sup> Vgl dazu auch *Oberndorfer/Binder*, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Betätigung, in *Adamovich/Pernthaler* (Hrsg), *Klecatsky-FS* (1980) 667 (685f); *Korinek*, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung, in *derselbe* (Hrsg), *Wenger-FS* (1983) 243 (254f); *Potacs*, Devisenbewirtschaftung (1991) 157f; *Stolzlechner*, Verkehrsbeschränkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht, unter besonderer Berücksichtigung von Geschwindigkeitsbegrenzungen und Nachtfahrverboten, ZVR 1991, 257 (260); *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung und Verfassung (1996) 131ff.

<sup>10)</sup> ZB Slg 3404/1958 (Beschlagnahme von Teppichen eines Teppichhändlers); Slg 6898/1972 (Führerscheinenzug für einen Berufskraftfahrer); Slg 7856/1976 (Abschleppen eines vorschriftswidrig geparkten Pkw, durch das die berufliche Tätigkeit des Betroffenen behindert wurde); Slg 8309/1978, 9456/1982, 11.516/1987, 11.705/1988, 13.405/1993 (Versagung einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung); Slg 9238/1981 (Versagung einer devisenrechtlichen Bewilligung für die Einfuhr von Dentalgold); Slg 10.026/1984 (Entfernung einer Plakattafel).

<sup>11)</sup> Vgl zB die in der vorigen FN genannten Erk sowie Slg 13.175/1992 iVm 14.169/1995 (Fahrverbot), s auch das Erk 14.179/1995, demzufolge Maßnahmen des Raumplanungsrechts **grundsätzlich** nicht in die Erwerbsfreiheit eingreifen, weil durch sie regelmäßig nicht die rechtliche Zulässigkeit bestimmter beruflicher Tätigkeiten betroffen sei. Ohne ausdrückliche Berufung auf die bloß faktischen Nebenwirkungen einer staatlichen Maßnahme verneinte der VfGH einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit nur ausnahmsweise, so etwa im Erk Slg 3968/1961 betreffend § 52 Abs 2 Bewertungsg 1955. Dass eine Steuervorschrift weder den Antritt noch die Ausübung einer Erwerbstätigkeit untersagt, sondern diese „bloß“ faktisch beeinträchtigen kann, ist freilich evident und daher unausgesprochen auch als Grund für diese Entscheidung anzusehen. Sie fügt sich insofern ebenso wie das spätere Erk Slg 11.864/1988 durchaus in die sonstige Rsp des VfGH ein, die Abgabengesetzen allein wegen ihrer ausschließlich faktischen Wirkung stets die Eingriffsqualität abspricht: Slg 8512/1979, 9324/1982. Nur wenn eine Abgabe gleich einer „Erdrosselungssteuer“ die Ausübung eines bestimmten Erwerbszweigs unmöglich macht, kann sie nach Slg 3968/1961 und 11.864/1988 in die Erwerbsfreiheit eingreifen.

Dass dieses zuletzt genannte Argument nicht schon bei der Meinungsfreiheit begegnet ist, hängt mit dem unterschiedlichen Schutzbereich dieser beiden Grundrechte zusammen: Während die Meinungsfreiheit nicht nur die Äußerung und den Empfang einer Meinung schützt, sondern durch die Medienfreiheit auch die Mittel, die für diese Kommunikation notwendig sind<sup>12)</sup>, wird der Schutzbereich der Erwerbsfreiheit in der Rsp durchaus enger verstanden; er umfasst bloß den Antritt und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit, nicht aber auch die materiellen Bedingungen, die für diese Tätigkeit erforderlich sind<sup>13)</sup>. Wirkt sich eine Maßnahme daher auf eine Erwerbstätigkeit nur „faktisch“ aus, ohne sie als solche rechtlich zu restringieren, so muss ihr schon aus diesem Grund der Eingriffscharakter abgesprochen werden. Oft, aber durchaus nicht immer, verbindet der VfGH einen solchen Befund dann mit der weiteren Feststellung, die Maßnahme sei nicht intentional oder ihr Gegenstand treffe die Erwerbsfreiheit nicht<sup>14)</sup>. Vielfach hat der VfGH einen Grundrechtseingriff aber auch **nur** unter Berufung auf die faktischen Nebenwirkungen einer Maßnahme verneint, zu ihrer Zielsetzung aber keine Erwägungen angestellt<sup>15)</sup>. Soweit der GH die fehlende Intentionalität ins Treffen führt, kann sie daher bloß als unterstützendes, nicht aber als tragendes Argument gegen das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs verstanden werden. Die Intentionalität ist daher in der Rsp weder notwendige noch hinreichende Bedingung eines Eingriffs in die Erwerbsfreiheit; entscheidend ist dafür in der Praxis vielmehr die Frage, ob eine staatliche Maßnahme die rechtliche Zulässigkeit einer beruflichen Tätigkeit betrifft oder ob sie die Erwerbstätigkeit „bloß“ faktisch behindert<sup>16)</sup>.

### 3. Persönliche Freiheit<sup>17)</sup>

Das Recht auf persönliche Freiheit statuiert nach stRsp des VfGH keine allgemeine Handlungsfreiheit, vielmehr

bloß die körperliche Bewegungsfreiheit des Einzelnen, und auch diese ist nicht vor jeglicher Beschränkung geschützt, sondern nur vor qualifizierten Beeinträchtigungen durch den Staat. Anders als die bisher genannten Grundrechte setzt das Recht auf persönliche Freiheit also nicht bei einer grundsätzlich unbeschränkten Freiheitssphäre des Grundrechtsträgers an, sondern bei einer bestimmten staatlichen Handlung: Es verbietet nur die rechtswidrige **Entziehung** der Freiheit, zum einen durch den „Initialakt“ der Festnahme, dann aber auch durch die Anhaltung, die den Zustand der Freiheitsentziehung aufrechterhält<sup>18)</sup>. Dem bei den Freiheitsrechten geläufigen Problem, wann ein Grundrechtseingriff vorliegt, entspricht daher bei der persönlichen Freiheit die Frage, wann von einem Freiheitsentzug gesprochen werden kann. Wie bei den bereits genannten Grundrechten stellt der VfGH auch bei dieser Frage Intentionalitätserwägungen an, uzv vor allem dann, wenn relativ kurzfristige Freiheitsentziehungen in Rede stehen. Eine in die persönliche Freiheit eingreifende Amtshandlung liegt nach Ansicht des GH nur dann vor, wenn **„der Wille der Behörde primär auf eine solche Beschränkung gerichtet ist**, nicht jedoch dann, wenn eine andere Maßnahme den Betroffenen dazu nötigt, längere Zeit bei der Behörde zu verweilen, diese Beschränkung also die sekundäre Folge der Anwesenheitspflicht ist“<sup>19)</sup>.

Im Unterschied zu den bisher genannten Grundrechten liegt ein Eingriff in die persönliche Freiheit also nicht schon dann vor, wenn der Wille der VerwaltungsBeh überhaupt auf die Einschränkung einer grundrechtlich geschützten Handlung gerichtet ist; die behördliche Intention muss nach Ansicht des VfGH vielmehr **primär** auf eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit abzielen, um eine Freiheitsentziehung zu begründen<sup>20)</sup>. Ist eine Maßnahme nicht intentional

<sup>18)</sup> Vgl *Zeleny*, ÖJZ 1995, 562; *Kopetzki* in *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 17) 291f.

<sup>19)</sup> Slg 7298/1974 (Hervorhebung nicht im Original) uva. In diesem Sinn verneinte der VfGH die Eingriffsqualität einer Zeugeneinvernahme (Slg 1808/1949, 2861/1955, 3022/1956, 5704/1968, 9917/1984), der Verhängung eines Aufenthaltsverbots (Slg 4221/1962, 7608/1975, 8996/1980), einer Identitätsfeststellung (Slg 5280/1966, 13.428/1993), der Vornahme eines Alkotests (Slg 5295/1966, 5570/1967, 7298/1974, 8231/1977; s aber 7499/1975), der Anordnung, den Zuschauerraum eines Theaters zu verlassen (Slg 7219/1973), der Durchsuchung einer Person (Slg 7298/1974, 9384/1982, 12.792/1991; s aber Slg 15.372/1998), der Besichtigung des Innenraums eines Pkw (Slg 8327/1978, 8815/1980), einer Fahrzeugkontrolle im Zug einer Grenzabfertigung (Slg 8879/1980), der gewaltsamen Entfernung einer Person aus einem Geschäftslokal (Slg 10.378/1985), des Verbots, ein Schiff zu verlassen und an Land zu gehen (Slg 11.397/1987), einer mehrstündigen Zollamtshandlung (Slg 12.017/1989) sowie des Verbots, den Transitbereich an der Übertrittsstelle in das Landesinnere zu verlassen (Slg 12.523/1990). In einer erst vor kurzem ergangenen Entscheidung (Slg 15.465/1999) hat der VfGH allerdings im Anschluss an die Jud des EGMR zugestanden, dass das zuletzt genannte Verbot unter gewissen Umständen einer Freiheitsentziehung gleichkommen könne; dies offenbar ungeachtet der Tatsache, dass ein solches Verbot niemals primär auf die Freiheitsbeschränkung abzielt, sondern stets darauf, die Ein- oder Weiterreise eines Fremden nach Österreich zu verhindern. Dennoch betont der VfGH in dieser Entscheidung, an seiner bisherigen Rsp grundsätzlich festzuhalten. Keine Eingriffsvoraussetzung ist die Intentionalität bei Freiheitsentziehungen in Anstalten, vgl mwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht 267f.

<sup>20)</sup> Diese strengeren Anforderungen stellt der VfGH an den Grundrechtseingriff nicht bloß bei faktischen Amtshandlungen, sondern auch bei Bescheiden und generellen Normen: Primär auf eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit gerichtet ist etwa die Verpflichtung, sich in der Überprüfungsstation eines Flüchtlingslagers aufzuhalten. Die bescheidmäßige Auferlegung einer solchen Pflicht stellt daher eine Freiheitsentziehung dar; und gleichermaßen ist auch die ges Bestimmung, die eine solche freiheitsentziehende Maßnahme zulässt, an den im PersFrG hiefür aufgestellten Voraussetzungen zu messen, vgl Slg 13.300/1992 mwN.

<sup>12)</sup> Vgl *Berka*, Grundrechte Rz 544 ff.

<sup>13)</sup> Vgl näher und kritisch zu diesem engen Verständnis des Schutzbereichs mwN *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 136 ff.

<sup>14)</sup> Vgl die in FN 10 genannten Beispiele aus der Rsp.

<sup>15)</sup> Vgl die zahlreichen Beispiele aus der Jud bei *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 134 ff.

<sup>16)</sup> In **dieser** Frage tendiert die jüngere Jud zu einer großzügigeren Beurteilung, vgl dazu die Nachweise bei *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 141. Auf die Zielsetzung einer Maßnahme stellt der VfGH aber nach wie vor immer wieder ab, ohne von ihr allein allerdings einen Eingriff abhängig zu machen.

<sup>17)</sup> Vgl dazu mwN *Kopetzki*, Art 5 und 6 EMRK, in *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 207 (291 ff); *Funk/Gimpel-Hinteregger*, Der Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich, EuGRZ 1985, 1 (3 f); *Rosenmayr*, Das Recht auf persönliche Freiheit und Freizügigkeit bei der Einreise von Ausländern, EuGRZ 1988, 153 (154 f); *Laureer*, Der verfassungsrechtliche Schutz der persönlichen Freiheit nach dem Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988, in *Walter* (Hrsg), Verfassungsänderungen 1988 (1989) 27 (34 f); *Morscher*, Der Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich (1990) 55 ff; *U. Davy*, Persönliche Freiheit und verfassungsgerichtliche Kontrolle, ZfV 1992, 14 (17 ff); *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 265 ff; *Zeleny*, Zur Festnahme im allgemeinen und von „Schwarzfahrern“ im besonderen, ÖJZ 1995, 560 (562 f); *Netzer*, Zum Aufenthalt Fremder im Transit, in *Wiederin* (Hrsg), Neue Perspektiven im Ausländerrecht (1996) 149 (154 ff); *Kopetzki*, Das Recht auf persönliche Freiheit, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 3 (1997) 261 (306 ff); *Kriebaum*, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, in *Grabenwarter/Thienel* (Hrsg), Kontinuität und Wandel der EMRK (1998) 71 (81 f); *Berka*, Grundrechte Rz 397; *Kriebaum*, Folterprävention in Europa (2000) 154 f.

in diesem Sinn, dann verneint der VfGH das Vorliegen einer Freiheitsentziehung (und damit einen Eingriff in die persönliche Freiheit<sup>21)</sup>), ohne sich dabei – wie bei der Meinungs- und Erwerbsfreiheit – noch auf weitere Argumente zu stützen.

#### 4. Andere Grundrechte

Dass die Intentionalität bei manchen Grundrechten in der Rsp besonders präsent ist, bei anderen dagegen kaum je erwähnt wird, bedeutet noch nicht zwingend, dass sie dort nicht Voraussetzung eines Grundrechtseingriffs ist. Ebenso gut wäre möglich, dass die Rechtsschutzsuchenden vor dem VfGH die Verletzung dieser Grundrechte regelmäßig nur dann behaupten, wenn die Intentionalität einer Norm oder einer verwaltungsbehördlichen Maßnahme für den VfGH evident ist. Die Natur der an den VfGH herangetragenen Beschwerdefälle könnte also erklären, warum sich Intentionalitätserwägungen zu anderen als den genannten Grundrechten in der Rsp nur vereinzelt finden.

1991 war der VfGH – soweit ersichtlich – zum ersten Mal mit der Frage konfrontiert, ob die Intentionalität auch Voraussetzung für einen Eingriff in das Recht auf **Achtung des Privat- und Familienlebens** ist<sup>22)</sup>. Er erörterte diese Frage zwar nicht ausdrücklich unter dem Titel der Intentionalität, bezog dazu aber der Sache nach eindeutig Stellung: „Daß es nicht das Ziel des [Wiener VergnügungssteuerG] ist“, der Beh Einblick in das Privatleben zu verschaffen, „sondern nur die Erfüllung der Abgabepflicht überwacht werden soll, ändert am Charakter als Eingriff in die Privatsphäre nichts; es kann – allenfalls – die Maßnahme im Sinne des Art. 8 Abs. 2 MRK rechtfertigen.“ Diese klare Absage an die Intentionalität wird bloß scheinbar durch das spätere Erk Slg 15.138/1998 relativiert. Der VfGH verneint darin den Eingriffscharakter eines grundverkehrsbehördlichen Bescheids unter anderem mit der Begründung, dass dieser „intentional nicht darauf gerichtet“ sei, das in Art 8 EMRK gewährleistete Recht zu tangieren. Das tragende Argument in dieser Entscheidung war allerdings nicht die fehlende Intentionalität, sondern der Umstand, dass die vom Bf kritisierten Auswirkungen des Bescheids nicht rechtlicher, sondern bloß wirtschaftlicher Natur waren. Die Berufung auf die Intentionalität scheint in dieser Entscheidung daher ähnlich wie bei der Erwerbsfreiheit eher rhetorische Funktion zu haben, sie sollte aber wohl nicht die klare Aussage des Erk Slg 12.689/1991 revidieren.

Auch im Zusammenhang mit der **Versammlungsfreiheit** hat der VfGH Erwägungen angestellt, die sich zwar nicht ausdrücklich auf die Intentionalität beziehen, letztlich aber wohl doch das Ziel einer staatlichen Maßnahme zum Kriterium des Grundrechtseingriffs machen. So beschwerte sich ein Versammlungsteilnehmer über eine Verwaltungsstrafe, die über ihn verhängt worden war, weil er die Ordnung an einem öff Ort in Ärgernis erregender Weise gestört habe. Während der Bf in dieser Bestrafung eine Verletzung der Versammlungsfreiheit sah, verneinte der VfGH bereits das Vorliegen eines Eingriffs. Die Beh habe dem Bf nämlich mit dem ihm zur Last gelegten Verhalten „nicht [einen] Verstoß gegen das Versammlungsg zum Vorwurf gemacht und seine Bestrafung nicht auf das Versammlungsg gestützt“<sup>23)</sup>. Diese Begründung erinnert zunächst an das aus der Jud zur Meinungs-

und Erwerbsfreiheit bekannte Argument, der **Gegenstand** der inkriminierten Amtshandlung sei kein grundrechtlich geschütztes Verhalten gewesen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass das von der Beh bestrafte ordnungsstörende Verhalten im vorliegenden Fall nicht bloß „gelegentlich“ der Versammlung und ohne inneren Zusammenhang mit dieser gesetzt worden war; es war vielmehr Teil gerade jenes gemeinsamen Wirkens, das als „Versammlung“ unter dem Schutz der Verfassung steht<sup>24)</sup>. Der Bf hat also nicht auf der einen Seite an einer Versammlung teilgenommen und auf der anderen Seite die Ordnung gestört. Er hat vielmehr in ordnungsstörender Weise an einer Versammlung teilgenommen. Bestraft die Beh dieses eine Verhalten, so sanktioniert sie daher nicht bloß die Ordnungsstörung, sondern zumindest im Effekt zugleich auch die Art und Weise, in der der Bf von seiner Versammlungsfreiheit Gebrauch gemacht hat. Wenn der VfGH in dem genannten Erk gleichwohl einen Eingriff in dieses Grundrecht verneint, dann liegt dem wohl die Annahme zugrunde, dass die Beh mit der Bestrafung der Ordnungsstörung nicht eine Beschränkung der Versammlungsfreiheit bezweckt hat, ihr Bescheid also nicht intentional gegen dieses Grundrecht gerichtet war. Soweit ersichtlich, wurde dieser Gedanke allerdings in der Folgejudikatur zur Versammlungsfreiheit nicht aufrechterhalten<sup>25)</sup>.

In jüngster Vergangenheit hat der VfGH aber mit einer ganz ähnlichen Begründung auch einen Eingriff in die **Glaubens- und Gewissensfreiheit** verneint<sup>26)</sup>: Anlass dieser Entscheidung war eine Verwaltungsstrafe, die über die zwei nachmaligen Bf verhängt worden war, weil sie sich gemeinsam mit fünf anderen Personen vor dem Kriegerdenkmal eines Friedhofs aufgestellt hatten und dort für eine Zeit schweigend stehen blieben. Alle sieben Personen trugen an ihrem Körper Pappkartontafeln mit der Aufschrift „Wir ehren die Deserteure“. Die belBeh wertete dieses Verhalten als öff Versammlung, die entgegen § 2 Versammlungsg 1953 nicht angemeldet worden sei, und verhängte über die Bf eine Verwaltungsstrafe. Anders als diese sah der VfGH darin allerdings keinen Eingriff in das durch Art 14 StGG gewährleistete Recht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit; die Bestrafung der Bf sei nämlich „keineswegs deswegen [erfolgt], weil sie ihre Glaubens- und Gewissensfreiheit in Anspruch genommen haben, sondern allein deswegen, weil

<sup>24)</sup> Anders gelagert war der Sachverhalt aber in der vom VfGH bezogenen Entscheidung Slg 8159/1977; ihr lag eine Beschwerde gegen eine Verwaltungsstrafe zugrunde, die über den Bf verhängt worden war, weil er **nach** einer Versammlung (an der er nicht teilgenommen, sondern die er gestört hatte) den einschreitenden Sicherheitswachebeamten gegenüber ein ordnungsstörendes Verhalten an den Tag legte.

<sup>25)</sup> In seiner jüngeren Jud geht der GH vielmehr davon aus, dass „ein Verhalten, das an sich dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, von der Rechtsordnung erlaubt und damit gemäß § 6 VStG 1950 dann gerechtfertigt sein kann, wenn es unbedingt notwendig ist, um die Versammlung in der beabsichtigten Weise durchzuführen“ (Slg 11.866/1988, 11.904/1988; s auch *Stolzlechner*, Demonstrationsfreiheit und Straßenpolizeirecht, ZfV 1987, 389 [394]). Nun wird die Bestrafung eines solchen Verhaltens regelmäßig nicht gegen die Versammlungsfreiheit gerichtet sein, sondern davon völlig verschiedenen Interessen dienen (vgl etwa Slg 11.866/1988 [Parken eines Kfz in der Fußgängerzone] sowie Slg 11.904/1988 [Abstellen eines Lautsprecherwagens auf einem Gehsteig]). Wenn der VfGH eine solche Verwaltungsstrafe gleichwohl als Eingriff in die Versammlungsfreiheit qualifiziert, dann hat er die in Slg 8685/1979 anklingende Intentionalität als Eingriffsvoraussetzung zumindest unausgesprochen aufgegeben. AA offenbar *Mayer*, B-VG<sup>2</sup> (1997) Art 12 StGG II.1., der die Intentionalität nach wie vor als Kriterium des Eingriffs betrachtet, allerdings ohne sich dabei auf ein Erk des VfGH zu berufen.

<sup>26)</sup> Erk 4. 12. 1999 B 1518, 1519/98.

<sup>21)</sup> Vgl auch FN 28.

<sup>22)</sup> Slg 12.689/1991.

<sup>23)</sup> Slg 8685/1979.

sie eine anzeigepflichtige Versammlung nicht gehörig angezeigt haben“. Dieser Befund ändert freilich nichts daran, dass durch die Bestrafung der unterlassenen Anmeldung im Effekt auch die Inanspruchnahme der Glaubens- und Gewissensfreiheit beeinträchtigt worden sein könnte. Letztlich verneinte der GH daher wohl auch in diesem Fall einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Annahme, der Bescheid habe nicht auf eine Beschränkung des genannten Grundrechts abgezielt.

## B. Funktion und Berechtigung der Intentionalität bei Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt

Die Berufung auf die Intentionalität erfüllt bei Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt offenkundig stets den Zweck, eine Grenzlinie zu markieren zwischen Grundrechtseingriffen und solchen Rechtsakten, die ein Grundrecht allenfalls „berühren“, aber gewiss nicht verletzen können. Hinter dieser Rsp steht das verständliche Motiv, den Staat nicht für jeden auch noch so entfernten Effekt seiner Maßnahmen zur Verantwortung zu ziehen, sondern nur für Beeinträchtigungen, die zum Schutzbereich eines Grundrechts in einer gewissen Nahebeziehung stehen<sup>27)</sup>. Wie gezeigt wurde, betrifft diese Rsp nicht jedes unter Vorbehalt gewährleistete Grundrecht, und der VfGH formuliert das Erfordernis der Intentionalität auch nicht in jedem Fall gleich. Bei manchen Grundrechten wird die Ablehnung eines Eingriffs zudem nie allein mit der fehlenden Intentionalität begründet, sondern stets auch auf andere Argumente gestützt. Sieht man von diesen teilweise nicht näher begründeten Unterschieden ab, so stellt sich vor allem die Frage, ob die Intentionalität überhaupt ein taugliches Kriterium zur Begrenzung eines Grundrechtseingriffs sein kann.

Würde die „intentionale“ Maßnahme einen Rechtsakt umschreiben, dessen **einziges** Ziel die Grundrechtsbeschränkung ist, dann müsste der Intentionalität schon aus gewichtigen dogmatischen Gründen jede Eignung abgesprochen werden, Eingriffe von Nichteingriffen abzugrenzen. Denn der Verfassungsgesetzgeber gestattet Eingriffe in ein Grundrecht nur dann, wenn sie einem (mehr oder weniger eng umschriebenen) öff Interesse dienen. Niemals darf ein Grundrechtseingriff um seiner selbst willen vorgenommen werden – wäre er das, dann läge per se eine Verletzung des Grundrechts vor. Könnte eine staatliche Maßnahme daher nur dann als Grundrechtseingriff qualifiziert werden, wenn sich ihr Zweck in der Beschränkung des Grundrechts erschöpft, dann wäre jeder Eingriff zugleich eine Verletzung dieses Grundrechts. Die verfassungsrechtlich vorgegebene Unterscheidung zwischen dem (weiteren) Eingriff und der (engeren) Verletzung wäre dann aber aufgehoben<sup>28)</sup>. Ein

derartiges Intentionalitätsverständnis würde den Grundrechtsschutz in einer vom Verfassungsgesetzgeber gewiss nicht beabsichtigten Weise dramatisch reduzieren: Staatliche Maßnahmen haben nämlich regelmäßig verschiedene und nicht immer eindeutige Zielrichtungen, sie bezwecken kaum je ausschließlich die Beschränkung eines Grundrechts und könnten daher nur in den seltenen Fällen offenkundiger Willkür bekämpft werden<sup>29)</sup>.

Ein derart grundrechtsfeindliches Eingriffsverständnis liegt der Rsp des VfGH allerdings nicht zu Grunde. Wenn der GH unter Berufung auf die fehlende Intentionalität einer staatlichen Maßnahme deren Eingriffsqualität verneint, dann nicht, weil diese Maßnahme nicht ausschließlich, sondern weil sie nach seiner Ansicht überhaupt nicht auf eine Grundrechtsbeschränkung abzielt. Bei den unter Vorbehalt gewährleisteten Grundrechten ist eine Norm oder Amtshandlung nach der Rsp also nicht erst dann intentional, wenn ihr einziger Zweck die Grundrechtsbeschränkung ist, sondern schon dann, wenn sie **auch** (bzw – beim Recht auf Persönliche Freiheit – primär) auf eine solche Beschränkung abzielt<sup>30)</sup>. Dieser „größzügigere“ Begriff der Intentionalität begegnet jedenfalls nicht den oben geltend gemachten dogmatischen Bedenken: Denn er lässt Fälle zu, die als Eingriff, nicht aber als Verletzung zu qualifizieren sind, löst also das verfassungsrechtlich vorgegebene zweistufige Prüfungsschema nicht auf. Wird ein Gesetz, das neben der Erreichung anderer Ziele auch auf eine Grundrechtsbeschränkung gerichtet ist, als Eingriff angesehen, dann steht damit noch keineswegs fest, dass es das Grundrecht auch verletzt; das kann insb im Hinblick auf die sonstigen Ziele und Wirkungen der Norm durchaus zu verneinen sein. Allerdings hat

haftung und Anhaltung als Freiheitsbeschränkungen begreift, uzw unabhängig davon, ob sie rechtmäßig oder rechtswidrig sind. Mit *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler* (FN 17) 307, ist die einmal konstatierte Freiheitsentziehung aber jedenfalls als Eingriff in die persönliche Freiheit anzusehen, also auch dann, wenn sie sich als rechtmäßig erweist; aA ist anscheinend *Zeleny*, ÖJZ 1995, 563, der einer Verhaftung den Eingriffscharakter abspricht, wenn sie auf einer ges Grundlage beruht. Die von ihm bezogene Entscheidung Slg 12.340/1990 lässt diese Frage offen; sie wertet die als gesetzmäßig beurteilte Verhaftung nur nicht als Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit, verneint aber jedenfalls nicht ausdrücklich ihren Eingriffscharakter.

<sup>27)</sup> Vgl *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983, 281 (289); s auch *Morscher*, Bedrohungen der persönlichen Freiheit in Österreich, in *Österreichisches Jahrbuch für Politik* 1986 (1987) 173 (185).

<sup>30)</sup> In der Jud zum Recht auf persönliche Freiheit wird dies bereits in der Formulierung des VfGH deutlich, der Wille der Beh müsse „**primär**“ – also nicht ausschließlich – auf eine Freiheitsentziehung gerichtet sein (s aber *Zeleny*, ÖJZ 1995, 563). In der Rsp zu den anderen Grundrechten unter Vorbehalt kommt zumindest implizit zum Ausdruck, dass der VfGH für das Vorliegen eines Eingriffs nicht einen **ausschließlich** auf die Freiheitsbeschränkung bezogenen Willen verlangt. Nur unter dieser Prämisse macht die für das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit etablierte Verhältnismäßigkeitsprüfung nämlich überhaupt Sinn; läge ein Eingriff in dieses Grundrecht nur dann vor, wenn sich das Ziel einer Regelung in der Grundrechtsbeschränkung erschöpft, dann müsste jeder Eingriff so gleich als Verletzung gewertet werden. Tatsächlich hat der VfGH jedoch in zahlreichen Fällen einen Eingriff in dieses Grundrecht bejaht, seine Verletzung aber nach Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verneint. Vgl auch das Erk Slg 8461/1978, das einerseits unter dem Begriff der Zensur nur Maßnahmen versteht, die auf eine Beschränkung der Meinungsfreiheit abzielen, andererseits aber nicht ausschließt, dass eine Zensurmaßnahme auch andere Ziele, etwa den Jugendschutz, verfolgt. Eine engere Bedeutung als bei den hier maßgeblichen Grundrechten hatte die Intentionalität aber anscheinend bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten nach der frühen Jud des VfGH, vgl dazu unten III.A.1.

<sup>27)</sup> Vgl dazu zB *Holoubek*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990) 68f; *derselbe*, Bauelemente eines grundrechtlichen Argumentationsschemas: Schutzbereich – Eingriff – Schranken, in *Grabenwarter* ua (Hrsg), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft (1994) 61 (75); *Potacs*, Grundrechtsschutz für motorisierten Individualverkehr in Österreich? ZfV 1994, 553 (554f); *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung 133; *Holoubek*, Der Grundrechtseingriff, DVBl 1997, 1031 (1035).

<sup>28)</sup> Vgl auch *Berka*, JBl 1987, 444; *derselbe* in *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 2) 430ff; ihm folgend *Rosenmayr*, EuGRZ 1988 (FN 17) 154; s auch *Kopetzki*, Unterbringungsrecht 266f; *Laurer* in *Walter* (FN 17) 35, bezeichnet die Eingriffsumschreibung des VfGH als „Zirkeldefinition“. Wie *Zeleny*, ÖJZ 1995, 563, zutreffend festgestellt hat, liegt das beschriebene zweistufige Prüfungsschema auch dem PersFrG zugrunde, das Ver-

auch die solcherart bestimmte Intentionalität eine Reduktion des Grundrechtsschutzes zur Folge<sup>31</sup>): Staatliche Maßnahmen, die sich belastend auf die Grundrechtssphäre **auswirken**, können dann nämlich nur deshalb nicht am betroffenen Grundrecht gemessen werden, weil ihre negativen Effekte vom Gesetzgeber oder der vollziehenden VerwaltungsBeh nicht beabsichtigt waren. Dem Rechtsunterworfenen ist es aber aus begreiflichen Gründen durchaus gleichgültig, ob die objektiv belastenden Auswirkungen eines Rechtsakts vom Staat auch subjektiv intendiert waren. Es macht seine Lage nicht besser, dass der Gesetzgeber seine Rechtssphäre tatsächlich beschränkt, dies aber nicht gewollt hat. Im Gegenteil, dass dem Staat die nachteiligen Wirkungen seines Handelns nicht einmal bewusst sind, kann subjektiv sogar noch belastender sein als eine Maßnahme, deren nachteilige Effekte bedacht, wohl erwogen und letztendlich in Kauf genommen worden sind. Um ein besonders drastisches Beispiel zu nennen, sei an jenen Häftling erinnert, der in den 70er Jahren 18 Tage lang in einem Vorarlberger Gemeindegewächshaus **vergessen** worden ist<sup>32</sup>). Der Wille der Beh konnte auf Grund ihrer eklatanten Nachlässigkeit in diesem Fall gerade nicht auf eine Beschränkung der Freiheit des Inhaftierten gerichtet sein; und doch sollte kein Zweifel daran bestehen, dass diese Anhaltung ein (rechtswidriger) Eingriff in die persönliche Freiheit war<sup>33</sup>). Wird für einen Grundrechtseingriff aber ein entsprechender Wille des Gesetzgebers oder der VerwaltungsBeh verlangt, so versagt der Schutz des Grundrechts – konsequent zu Ende gedacht – gegenüber dem qualifiziert unfähigen Organ, obwohl er gerade hier in besonderer Weise zum Einsatz kommen sollte; zumindest theoretisch ermöglicht dies aber auch dem an das Grundrecht gebundenen Verwaltungsorgan, durch die bloße Behauptung mangelnder Intention den Grundrechtsschutz abzuschneiden<sup>34</sup>).

Nicht nur Erwägungen des Rechtsschutzes sprechen aber dagegen, das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs von der Intentionalität abhängig zu machen. Hinter der Forderung nach der Absichtlichkeit eines Eingriffs steht nämlich anscheinend die Vorstellung, den Staat bzw die für ihn handelnden Organe müsse **eine Art Verschulden** treffen, damit die von ihnen gesetzten Rechtsakte vom VfGH beseitigt werden können. Anders als der zivilrechtliche Schadenersatzanspruch, die Amtshaftung und auch der Strafanspruch des Staates dienen die Grundrechte aber nicht als Sanktion gegen böswilliges Verhalten, sondern als Schutz für den Rechtsunterworfenen, der vom Verschulden unabhängig ist<sup>35</sup>). Dieser Schutz greift nach Art 139 Abs 6 und 140 Abs 7 B-VG auch dann, wenn die Beh nach bestem Wissen und Gewissen entschieden, aber eine rechtswidrige generelle

Norm angewendet hat, die vom VfGH im Rahmen inzidenter Normenkontrolle aus dem Rechtsbestand beseitigt wurde. Dass auch der (gute) Wille des Gesetzgebers nicht für sein Werk stehen kann, wird vom VfGH zudem im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz seit langem anerkannt. In Abkehr von seiner früheren Rsp, nach der das „Bemühen“ des Gesetzgebers die Gleichheitswidrigkeit einer Regelung ausschließen sollte<sup>36</sup>), vertritt der VfGH in nunmehr stRsp, dass „[für] die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes **nicht die Motive** des Gesetzgebers ausschlaggebend [sind]; es kommt hiebei vielmehr **nur auf das objektive Ergebnis** des Gesetzgebungsverfahrens an“<sup>37</sup>). Dass der GH dies nur im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz so deutlich ausgesprochen hat, mag an der besonderen Struktur dieses Grundrechts liegen. Anders als die Freiheits- und Verfahrensrechte hat die Gleichheit vor dem Gesetz keinen abgrenzbaren „Schutzbereich“, in den durch eine staatliche Maßnahme eingegriffen werden könnte<sup>38</sup>); dementsprechend besteht hier auch kein Bedürfnis, die Fälle eines Grundrechtseingriffs durch besondere Anforderungen zu beschränken. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass dieses bei anderen Grundrechten bestehende Bedürfnis durch das Kriterium der Intentionalität zufriedenstellend erfüllt werden kann, dies insb, wenn man bedenkt, dass der GH auf die objektiven Auswirkungen einer Norm nicht nur bei der Gleichheitsprüfung Bedacht nimmt. Auch die bei vielen anderen Grundrechten maßgebliche Verhältnismäßigkeit einer als Eingriff qualifizierten Norm beurteilt der VfGH selbstverständlich nicht nur nach den Motiven des Gesetzgebers; ob eine Norm geeignet und erforderlich zur Zielerreichung ist, hängt vielmehr ausschließlich von ihren objektiven Wirkungen ab. Wenn aber die – von der Intention des Gesetzgebers unabhängigen – Effekte einer Regelung sogar ihre Untauglichkeit oder mangelnde Erforderlichkeit und damit ihre Grundrechtswidrigkeit nachweisen können, dann ist nicht einzusehen, warum die objektiven Wirkungen einer Regelung nicht einmal in der Lage sein sollten, einen Grundrechtseingriff zu begründen<sup>39</sup>).

Auch wenn man also unter einem intentionalen Rechtsakt eine Norm oder Verwaltungshandlung versteht, die neben anderen Zielen auch eine Grundrechtsbeschränkung bezweckt, kann die Intentionalität nicht als geeignetes Kriterium zur Eingriffsbegrenzung angesehen werden: Sie führt zunächst zu einer dem Verfassungsgesetzgeber nicht zuzurechnenden Einschränkung des Rechtsschutzes, dann scheint sie aber auch der Funktion der Grundrechte nicht ausreichend Rechnung zu tragen; schließlich erzeugt dieses Kriterium Wertungswidersprüche, weil es an die (weitere) Eingriffs-

<sup>31</sup>) Kritisch daher schon *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung, Bd 2 (1978) 258 f.

<sup>32</sup>) Vgl OGH 20. 5. 1981, JBl 1982, 263.

<sup>33</sup>) Siehe auch *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler* (FN 17) 307, der betont, dass auch ein irrümlicher Freiheitsentzug ein Freiheitsentzug iSd PersFrG ist; vgl allerdings *Zeleny*, ÖJZ 1995, 562, der jedenfalls zufällige Freiheitsentziehungen aus dem Schutzbereich des Rechts auf persönliche Freiheit ausklammern will. Im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit hat der VfGH bereits anerkannt, dass auch die irrümliche Beschlagnahme einer Druckschrift als Grundrechtseingriff anzusehen ist: Slg 12.104/1989.

<sup>34</sup>) Auf das Missbrauchspotential der Intentionalität als Eingriffskriterium weist auch *Netzer in Wiederin* (FN 17) 155, hin.

<sup>35</sup>) Vgl auch *Berka*, Medienfreiheit 162; *B. Davy*, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht (1990) 211; *Kopetzki in Machacek/Pahr/Stadler* (FN 17) 307.

<sup>36</sup>) Slg 6438/1971; s auch 3355/1958, 4205/1962.

<sup>37</sup>) Slg 10.365/1985 (Hervorhebungen nicht im Original), s auch Slg 5251/1966, 8004/1977, 8457/1978, 9287/1981, 9579/1982, 10.090/1984, 14.868/1997. Auf die Bedeutung dieser Jud für den gegebenen Zusammenhang weist auch *Morscher*, Persönliche Freiheit 56f, hin; s dazu auch *denselben*, Das Abgabenrecht als Lenkungsinstrument der Gesellschaft und Wirtschaft und seine Schranken in den Grundrechten, Verhandlungen des 8. ÖJT 1982, Bd I 1 Teil B, 94, 126. Auch im Bereich der Vollziehung verlangt der VfGH für eine Gleichheitsverletzung kein intentionales Vorgehen der Beh. Das absichtliche Zufügen von Unrecht verletzt dieses Grundrecht zwar auch; viel häufiger ist aber die vom VfGH ebenfalls als gleichheitswidrig qualifizierte „objektive Willkür“, die keine böse Absicht der Beh voraussetzt, vgl zB die Judikaturnachweise bei *Berka*, Grundrechte Rz 984f.

<sup>38</sup>) Vgl auch *Pöschl*, Über Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JBl 1997, 413 (426).

<sup>39</sup>) In diesem Sinn wohl auch *Berka*, Medienfreiheit 162.

ebene zT strengere Anforderungen stellt als an die engere Ebene der Grundrechtsverletzung.

In vielen Erk des VfGH klingt neben der Intentionalität im beschriebenen Sinn noch ein weiterer eingriffsbegrenzender Gedanke an, der zwar regelmäßig im Zusammenhang mit der Intentionalität geäußert wird, von ihr aber genau genommen zu unterscheiden ist. So hat der GH Grundrechtseingriffe unter anderem mit dem Argument verneint, eine Norm habe „nicht eine **Regelung** der Meinungsfreiheit zum **Gegenstand**“<sup>40)</sup> bzw das „**Objekt der Amtshandlung**“ sei „nicht die Erwerbsbetätigung des Beschwerdeführers“<sup>41)</sup>. Mit diesem Kriterium stellt der VfGH zur Bestimmung eines Grundrechtseingriffs nicht auf die Absicht des Gesetzgebers oder der Beh ab, sondern auf die objektiven Sachverhalte, an die eine Norm oder ein Verwaltungsakt konkret anknüpft. In **Verbindung** mit dem Erfordernis der Intentionalität verlangt dieses Kriterium für einen Grundrechtseingriff wohl, dass der Gesetzgeber bzw die VerwaltungsBeh die Grundrechtsbeschränkung als Mittel einsetzt, um ein davon verschiedenes Ziel zu erreichen. So verstanden „zielt“ diese Maßnahme nämlich zum einen auf die Grundrechtsbeschränkung ab und macht sie zum anderen zum Gegenstand der Regelung oder des Verwaltungshandelns. Bei näherer Betrachtung dürfte aber auch dieses Kriterium nicht zu einer befriedigenden Eingriffsbegrenzung führen: Streng genommen müsste nämlich ein auf ein Grundrecht bezogener Regelungsgegenstand schon dann verneint werden, wenn einer Norm auch nur ein einziger Sachverhalt subsumiert werden kann, der nicht als Grundrechtsausübung zu qualifizieren ist. Dass dieser eine Sachverhalt unter die betreffende Norm fällt, wäre nämlich der Beweis dafür, dass der Tatbestand dieser Regelung nicht an die Grundrechtsausübung anknüpft, sondern an andere Sachverhaltsmerkmale, mögen diese auch typischerweise im Zusammenhang mit der Grundrechtsausübung zum Tragen kommen. Letztlich hinge der Grundrechtsschutz dann vom legislativen Zufall oder auch vom „Geschick“ des Gesetzgebers ab, der es in der Hand hätte, durch eine entsprechende Formulierung des Tatbestands einen Grundrechtseingriff zu vereiteln.

Dazu kommt schließlich noch ein systematisches Argument: Ein Gesetz, das weder seinem sachlichen noch seinem persönlichen Anwendungsbereich nach den Schutzbereich eines Grundrechts betrifft, wird zutreffend als (quantitativ) **allgemeines** Gesetz bezeichnet, weil es nicht nur das grundrechtlich geschützte, sondern auch jedes andere Verhalten zum Gegenstand hat<sup>42)</sup>. So adressiert etwa das landesges regelmäßig statuierte Verbot, den öff Anstand zu verletzen, nicht bloß denjenigen, der eine Meinung äußert, oder denjenigen, der an einer Versammlung teilnimmt, und ebenso wenig nur denjenigen, der für sein Gewerbe in anstößiger Weise die Werbetrommel rührt. Dieses Verbot betrifft überhaupt jeden, der in welcher Weise immer den öff Anstand verletzt, und ist insofern ein allgemeines Gesetz. Wird diesem Gesetz nun aber unter Berufung auf seine Allgemeinheit die Eingriffsqualität abgesprochen, dann schwingt dabei zumindest unausgesprochen als Begründung mit, dass dieses Gesetz denjenigen, der eine grundrechtlich geschützte Tätig-

keit ausübt, **gleich und keineswegs strenger** behandelt als alle anderen Rechtsunterworfenen. Dieses suggestive Argument macht sich freilich bloß den Umstand zu Nutze, dass jede Gleichbehandlung prima facie die Vermutung der Unbedenklichkeit für sich hat<sup>43)</sup>. Außer Acht gelassen wird dabei jedoch, dass gerade bei einem allgemeinen Gesetz aus gleichheitsrechtlicher Sicht ohne weiteres zu fragen wäre, ob es denn sachlich zu rechtfertigen ist, dass der Gesetzgeber eine grundrechtlich geschützte Tätigkeit gleich streng behandelt wie eine Tätigkeit, die diesen Schutz nicht genießt, und ob – gerade im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz – nicht schon eine in der Verfassung manifeste Wertung dafür spräche, die grundrechtlich relevante Handlung weniger streng zu behandeln als eine Tätigkeit, die die Verfassung nicht unter ihren Schutz gestellt hat. Genau auf diese, hier bloß gleichheitsrechtlich formulierte Frage läuft aber auch die Prüfung am Maßstab jedes Freiheitsrechts hinaus<sup>44)</sup>: Existieren sachliche Gründe, öff Interessen, die es rechtfertigen können, diesen Sachverhalt so (und nicht anders, also weniger streng) zu behandeln? Kann eine solche Frage aber unter dem Titel des Gleichheitssatzes ohne weiteres gestellt und beantwortet werden, dann erscheint es ganz und gar unverständlich, warum sie nicht auch an jenes Freiheitsrecht herangetragen werden können soll, aus dem die gleichheitsrechtliche Prüfung ihr Argumentationssubstrat bezieht.

Die genannten Argumente sprechen zunächst vorwiegend dagegen, den Gegenstand einer **generellen** Norm zum Eingriffskriterium zu erheben. Bei individuellen Normen besteht die oben beschriebene Gefahr der legislativen Verschleierung naturgemäß nicht. Dass ein Verwaltungsakt eine Rechtsfolge nicht an einen abstrakt umschriebenen, sondern an einen ganz **konkreten** Sachverhalt knüpft, bedeutet aber nicht, dass die Bestimmung dieses Sachverhalts vor Manipulationen gänzlich gefeit wäre. Insb besteht die Gefahr, dass ein und derselbe Lebenssachverhalt künstlich aufgesplittert und die Amtshandlung bloß auf jenen Aspekt dieses Sachverhalts bezogen wird, der von der Grundrechtsausübung scheinbar unabhängig ist: So erscheint es prima facie durchaus plausibel, eine Verwaltungsstrafe wegen ordnungsstörenden Verhaltens nicht als Eingriff in die Versammlungsfreiheit zu werten, weil sie dem Bestraften ja nicht die Teilnahme an einer Versammlung, sondern bloß die Störung der öff Ordnung zum Vorwurf macht<sup>45)</sup>. Hat die Ordnungstörung aber gerade im Zug der Versammlung stattgefunden, war sie also ein – wenn auch überschießender – Ausdruck des gemeinsamen Wirkens, das eine Versammlung ausmacht, dann kann sie von der Teilnahme an dieser Versammlung nicht getrennt werden, mag auch nur sie der Grund für die Verwaltungsstrafe und insofern auch das Objekt der Amtshandlung gewesen sein<sup>46)</sup>.

<sup>43)</sup> Mag diese Vermutung auch gleichheitsrechtlich nicht begründet sein, vgl mwN Pöschl, JBl 1997, 425 FN 123.

<sup>44)</sup> Pöschl, JBl 1997, 429 ff.

<sup>45)</sup> Vgl das oben II.A.4. (FN 23) erwähnte Erk Slg 8685/1979.

<sup>46)</sup> Ebenso kann die Bestrafung wegen eines anstößigen Liedes nicht darauf reduziert werden, dass nur das anstößige Verhalten, nicht aber die im Lied enthaltene Meinungsäußerung bestraft worden sei. Mit dieser Bestrafung wird vielmehr die Art, in der eine Meinung geäußert wird, pönalisiert. Aus diesem Grund hat der VfGH in Slg 10.700/1985 völlig zutreffend angenommen, dass eine solche Strafe in die Meinungsfreiheit eingreift. In gleicher Weise hat er die Bestrafung einer Klavierspielerin wegen Ruhestörung als Eingriff in die Kunstfreiheit qualifiziert, und in der Verteidigung der Beh, sie habe nicht das Klavierspielen „als solches“, sondern nur die Ruhestörung bestrafen wollen, keine ausreichende Berücksichtigung der **Art** der Lärmerregung gesehen: Slg 11.567/1987.

<sup>40)</sup> ZB Slg 3837/1960 (Hervorhebung nicht im Original); s auch Slg 3929/1961.

<sup>41)</sup> ZB Slg 3404/1958 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>42)</sup> Vgl mwN Schulev-Steindl, Wirtschaftslenkung 137 ff; vgl zu dem schillernden Begriff des allgemeinen Gesetzes generell Berka, Das allgemeine Gesetz als Schranke der grundrechtlichen Freiheit, in Schäffer/Berka/Stolzlechner/Werndl (Hrsg), *KoJa-FS* (1998) 221 ff.

In Ansehung dieser Argumente muss die Intentionalität daher ebenso wie der Regelungsgegenstand bzw das Objekt einer Amtshandlung als Kriterium zur Eingriffsbegrenzung abgelehnt werden. Mit der hL ist festzuhalten, dass die Frage, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt oder nicht, ausschließlich nach objektiven Kriterien, insb nach den **Auswirkungen** einer staatlichen Maßnahme auf den Grundrechtsbereich zu beurteilen ist<sup>47)</sup>. Auch die Lehre erkennt allerdings die Notwendigkeit an, die Zurechnung derartiger Wirkungen an den Staat zu begrenzen. Einigkeit besteht zunächst darüber, dass eine staatliche Tätigkeit jedenfalls dann als Eingriff anzusehen ist, wenn sie nachteilige **rechtliche** Auswirkungen auf den Schutzbereich eines Grundrechts hat<sup>48)</sup>. Schwierigkeiten bereitet aber die Frage, ob und bejahendfalls unter welchen Voraussetzungen bloß **faktische** Beeinträchtigungen einen Grundrechtseingriff begründen können. Die Lehre spricht derartigen Wirkungen nicht von vornherein jede Eingriffsqualität ab<sup>49)</sup>, überwiegend fordert sie aber für das Vorliegen eines sog „mittelbaren“ Grundrechtseingriffs neben der faktischen Beeinträchtigung noch weitere Gründe, die eine Zurechnung an den Staat rechtfertigen, etwa die besondere Intensität der Beeinträchtigung<sup>50)</sup>, ihre Vorhersehbarkeit, einen spezifischen Schutzzweck des einschlägigen Grundrechts oder die Kürze der Kausalkette zwischen der hoheitlichen Maßnahme und der Wirkung für den Betroffenen<sup>51)</sup>. Nach manchen Autoren kann auch die Intentionalität einer Maßnahme für einen Eingriff sprechen<sup>52)</sup>. Sie ist dann zwar eines von mehreren und keinesfalls ein unverzichtbares Kriterium des Grundrechtseingriffs. UE gelten aber die Gründe, die oben gegen die Intentionalität als Eingriffsvoraussetzung geltend gemacht wurden, unabhängig davon, ob eine rechtliche oder eine bloß faktische Auswirkung staatlicher Tätigkeiten in Rede steht<sup>53)</sup>. Hinzu kommt, dass mit den genann-

ten Kriterien der Intensität und Vorhersehbarkeit einer Beeinträchtigung, des Schutzbereichs und der Länge der Kausalkette ein sinnvolles und zweckmäßiges Instrumentarium für die Eingriffsbegrenzung zur Verfügung steht. Ihre Anwendung hätte in vielen der oben beschriebenen Fälle aus der Rsp die Ablehnung eines Grundrechtseingriffs begründen können, ohne dass ein Rekurs auf die Intentionalität erforderlich gewesen wäre. Soweit der VfGH die fehlende Intentionalität allerdings nur als eines von mehreren und nicht als tragendes Argument anführt, um einen Grundrechtseingriff zu verneinen, verliert die Kritik an der sog „Intentionalitäts-Judikatur“ notwendig an Schärfe. Soweit ein Grundrechtseingriff aber allein an der fehlenden Intentionalität scheitert, müssen die dargelegten Bedenken uneingeschränkt aufrechterhalten werden.

### III. Intentionalität bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten

#### A. Wann ist ein Gesetz „intentional“?

##### 1. Die ältere, „reine“ Intentionalitäts-Judikatur

Im Mittelpunkt der Entwicklung der Intentionalitäts-Judikatur zu vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten steht die weit zurückreichende Rsp des VfGH zur Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre (Art 17 Abs 1 StGG)<sup>54)</sup>. Aus der Tatsache, dass dieses Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt gewährt wird, folgert der VfGH in seiner früheren Rsp, dass „[d]as Grundrecht des Art 17 StGG ... ein absolutes [ist], es kann daher durch kein einfaches Gesetz und durch keinen Verwaltungsakt eingeschränkt werden. Anders als bei Grundrechten, die den Gesetzesvorbehalt enthalten, muß daher ein Verwaltungsakt, der auf die Sphäre dieses Grundrechts einzuwirken geeignet ist, in vollem Umfang dahin geprüft werden, ob er nach Zweck und Inhalt mit dem Art 17 StGG in Einklang steht.“<sup>55)</sup> Daraus zog der GH in seiner älteren Rsp den Schluss, dass er in einem solchen Fall zu untersuchen habe, ob die Beh eine **inhaltlich richtige** Entscheidung gefällt hat<sup>56)</sup>. Die bloße Überprüfung, ob sich die Beh bei der Bescheiderlassung im Bereich der Denkmöglichkeit bewegt hat, erachtete der VfGH als nicht hinreichend.

Aus diesen Feststellungen des GH ist jedoch nicht abzuleiten, dass das Grundrecht auf Wissenschaftsfreiheit zulässigerweise überhaupt nicht beschränkt werden kann und demgemäß eine schrankenlos gewährleistete Grundrechtsposition einräumt<sup>57)</sup>. Die Besonderheit, die die ältere Rsp zu

<sup>47)</sup> Vgl mwN *Holoubek*, Rundfunkfreiheit 67 ff; *B. Davy*, Gefahrenabwehr 210 ff; *Thienel*, Anklageprinzip und Zeugnisentschlagungsrecht (1991) 41 f. Beim Recht auf persönliche Freiheit müssen dazu noch weitere Merkmale treten, weil dieses Grundrecht wie erwähnt nicht vor jeglicher, sondern nur vor der als Verhaftung oder Anhaltung qualifizierten Freiheitsbeschränkung schützt, vgl zu diesen Merkmalen näher *Kopetzki* in *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 17) 291 ff, der freilich ebd, 309, zu Recht darauf hinweist, dass sich ohne die Bezugnahme auf die erkennbare „Teleologie der Maßnahme“ oft nicht beurteilen lässt, ob ein Freiheitsentzug vorliegt. Maßgeblich ist dabei aber nicht, ob der Wille der Beh primär auf eine Freiheitsentziehung gerichtet ist, sondern ob er den von der Amtshandlung Betroffenen zum „Dableiben“ zwingt, sodass er den Ort des Geschehens nicht ungehindert von äußerem Zwang verlassen könnte; vgl dazu auch *U. Davy*, ZfV 1992, 18; *dieselbe*, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht II (1996) 225 ff.

<sup>48)</sup> *Holoubek*, Rundfunkfreiheit (FN 27) 67; *B. Davy*, Gefahrenabwehr 210 ff; *Potacs*, ZfV 1994 (FN 27) 554.

<sup>49)</sup> *Holoubek*, Rundfunkfreiheit 67; *Potacs*, ZfV 1994, 554; *B. Davy*, Gefahrenabwehr 214; *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe (1998) 157 f; s auch *Holoubek*, DVBl 1997, 1035.

<sup>50)</sup> Dieses Kriterium hat auch der VfGH als relevant erkannt, vgl die bereits genannten Erk Slg 3968/1961 und 11.864/1988, denen zufolge eine „Erdrosselungssteuer“ als Eingriff in die Erwerbsfreiheit anzusehen ist, obwohl sie die Inanspruchnahme dieses Grundrechts bloß faktisch beeinträchtigt; s auch Slg 8984/1980 sowie 9721/1983.

<sup>51)</sup> *Holoubek*, Rundfunkfreiheit 68 f; *Potacs*, ZfV 1994, 554; *Kneihls*, Sterbehilfe 158; s auch exemplarisch für die deutsche Lehre *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte (1970); *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, DVBl 1988, 373; *Schwabe*, Nochmals: „Der ‚mittelbare‘ Grundrechtseingriff“, DVBl 1988, 1055.

<sup>52)</sup> *Holoubek*, Rundfunkfreiheit 69; *Potacs*, ZfV 1994, 554; *Kneihls*, Sterbehilfe 158.

<sup>53)</sup> S auch *B. Davy*, Gefahrenabwehr 213 f, der die Intentionalität auch bei faktischen Wirkungen als Eingriffskriterium ablehnt.

<sup>54)</sup> Das durch Art 17 StGG gewährleistete Recht auf Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre umfasst das Recht unbehinderter wissenschaftlicher Forschung und das Recht der freien Lehre der Wissenschaft (Slg 1969/1950, 2706/1954, 3068/1956). Niemand darf wegen der Aufstellung eines wissenschaftlichen Lehrsatzes gerichtlich oder behördlich verfolgt werden (Slg 2823/1955). Zum Wissenschafts- bzw Forschungsbegriff vgl *Potacs*, Wissenschaftsfreiheit und Grundrecht auf Datenschutz, ZfV 1986, 6 ff; *Wielinger*, Die Freiheit der Wissenschaft, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 2 (1992) 175 (183 f). Vgl auch Slg 3068/1956, 3191/1957. Zur älteren VfGH-Judikatur vgl *Wielinger*, Die Freiheit der Wissenschaft in Österreich, EuGRZ 1982, 289 ff.

<sup>55)</sup> Slg 3565/1959.

<sup>56)</sup> Slg 3565/1959, 4732/1964.

<sup>57)</sup> So aber der unumschränkte Schutz durch die Art 3 und 4 MRK. Vgl zu Art 3 MRK ausführlich *Holoubek*, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte – System oder Schrankenwarr (1997) 28 ff (36 f).

Art 17 StGG charakterisiert, liegt nämlich im engen Verständnis des Grundrechtseingriffs. Nach der damaligen Ansicht des VfGH war eine Maßnahme nur dann als Eingriff in die Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre zu qualifizieren, wenn sie „[spezifisch], **intentional auf die Einengung dieser Freiheit [gerichtet]**“<sup>58)</sup> bzw wenn sie „**nur deshalb**“ gesetzt wird, „**um** den Beschwerdeführer in seiner wissenschaftlichen Tätigkeit **zu behindern**“<sup>59)</sup>. Verfassungswidrig wäre daher ein Gesetz, das in die dienstrechtliche Stellung der Hochschullehrer „**eingriffe, um** die Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre **zu beeinträchtigen**; z. B. also um eine wissenschaftliche Lehrmeinung, dauernd oder auch nur vorübergehend, zu unterdrücken“<sup>60)</sup>. Waren die wissenschaftliche Forschung und ihre Lehre aber Beschränkungen unterworfen, die aus „allgemeinen Gründen“ entsprangen, zB strafges oder eben auch dienstrechtlicher Natur, kam nach der älteren Rsp ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit nicht in Betracht<sup>61)</sup>. In grundsätzlich gleicher Weise nahm der VfGH auch bei der (ebenfalls vorbehaltlos gewährleisteten) Freizügigkeit der Person und des Vermögens (Art 4 StGG) einen Eingriff nur an, wenn eine Maßnahme auf die Verkürzung dieses Grundrechts gerichtet war. Besonders scharf formulierte der VfGH die Voraussetzungen der Intentionalität im Erk Slg 2595/1953, demzufolge eine Verkehrsbeschränkung im Sinn dieses Grundrechts nur dann vorliege, „wenn Grund und Zweck ihrer Einführung die Beschränkung des Verkehrs von einem Ort zum andern bildet, sich also darin der Zweck der Regelung **erschöpft**“<sup>62)</sup>. War eine Beschränkung der Freizügigkeit also nicht **ausschließlich** um der Beschränkung willen vorgenommen worden, dann sollte Art 4 StGG offenbar überhaupt nicht berührt sein<sup>63)</sup>.

<sup>58)</sup> Slg 8136/1977 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>59)</sup> Slg 6974/1973 (Hervorhebung nicht im Original).

<sup>60)</sup> Hervorhebung nicht im Original. Der VfGH hatte in Slg 3565/1959 über die Zulässigkeit der Versetzung eines Universitätsprofessors in den dauernden Ruhestand wegen psychischer Unfähigkeit, seinen Dienstpflichten nachzukommen, zu entscheiden. Hinsichtlich der Frage nach der Intentionalität der entsprechenden dienstrechtlichen Regelung führte der GH aus: „Ein Gesetz hingegen, das sicherstellen will, daß nur körperlich und geistig fähige Personen das Hochschullehramt versehen, entspricht einem das gesamte Dienstrecht beherrschenden Grundsatz, dessen Anwendung auf Hochschullehrer gerade wegen ihrer qualifizierten, bedeutungsvollen und verantwortungsvollen Stellung keinem berechtigten Zweifel unterworfen sein kann. Das Grundrecht der Freiheit der Wissenschaft und ihrer Lehre wird durch eine solche Regelung nicht berührt“ (vgl auch Slg 4732/1964).

<sup>61)</sup> Vgl Slg 1777/1949, wo der VfGH über eine Beschwerde über eine angebliche Verletzung der Freiheit der Wissenschaft zu entscheiden hatte: „Schwierigkeiten, die der wissenschaftlichen Forschung und ihrer Lehre gemacht werden, können zwar nur dann als eine verfassungswidrige Beeinträchtigung angesehen werden, wenn sie nicht aus allgemeinen Gründen z. B. strafgesetzlicher Natur entspringen, aber die unrichtige Auslegung eines Gesetzes oder einer Verordnung, die – wie hier von der Beschwerde geltend gemacht wird – zu einer Beeinträchtigung in der Ausübung der wissenschaftlichen Lehre führt, ohne daß Gründe der vorgedachten Art vorliegen würden, müßte allerdings als eine Verletzung dieses Grundrechtes betrachtet werden.“ Eine Beeinträchtigung ohne „allgemeine Gründe“ wäre eben eine intentionale Beschränkung. Vgl Hauser, Wissenschaftsfreiheit und universitäre Studiengestaltung, ÖJZ 1996, 97 (99).

<sup>62)</sup> Hervorhebung nicht im Original.

<sup>63)</sup> In der Folgejudikatur unterstellt der VfGH Art 4 StGG einem ungeschriebenen allgemeinen Gesetzesvorbehalt und gewährt die dort erwähnten Freizügigkeiten **im Rahmen der Rechtsordnung**. Die grundrechtlichen Garantien des Art 4 StGG erscheinen so in Anbetracht seines Wortlauts zwar nach wie vor erheblich reduziert. Dass der VfGH nach dieser neueren Rsp die Grenze der Eingriffsmöglichkeit des einfachen Gesetzgeber im Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes erblickt (vgl Slg

Das in diesem Erk, aber auch in den oben zit Formulierungen zur Wissenschaftsfreiheit anklingende Verständnis der Intentionalität scheint strikter zu sein als die Bedeutung, die die Intentionalität bei den unter Vorbehalt gewährleisteten Grundrechten hat. Während der VfGH nämlich, wie gezeigt, bei den zuletzt genannten Grundrechten die Intentionalität bereits dann bejaht, wenn eine Maßnahme **auch** auf eine Grundrechtsbeschränkung gerichtet ist (sei es auch nur, weil sie die Grundrechtsbeschränkung als **Mittel** zur Erreichung eines davon verschiedenen Zieles einsetzt), scheint ein (intentionaler) Eingriff in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte nach der älteren Jud nur dann vorzuliegen, wenn eine Maßnahme **ausschließlich** auf die Grundrechtsbeschränkung abzielt<sup>64)</sup>. Ein derart unterschiedliches Intentionalitätsverständnis könnte jedenfalls erklären, dass der VfGH auch in seiner älteren Jud Gesetze und Verwaltungsakte immer wieder als – intentionale – Eingriffe in ein unter Vorbehalt gewährlestetes Grundrecht angesehen, aber **noch nie** eine Maßnahme im Zusammenhang mit einem vorbehaltlosen Grundrecht als intentional qualifiziert hat. Der wirklich entscheidende Unterschied zwischen diesen beiden Grundrechtstypen liegt freilich nicht im Begriff der Intentionalität, sondern in der **Rechtsfolge**, die mit ihrem Vorliegen verbunden ist: Anders als bei Grundrechten unter Vorbehalt begründete die intentionale Maßnahme bei vorbehaltlosen Grundrechten nicht bloß einen Eingriff, der auf seine Rechtskonformität erst näher zu untersuchen war; mit dem Befund der Intentionalität war vielmehr in einem auch die **Verletzung** des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts festgestellt. In diesem Sinn war das Grundrecht also absolut, ein zulässiger Eingriff durch den einfachen Gesetzgeber ausgeschlossen. Einschränkungen aber, die sich auf der Grundlage allgemeiner Gesetze („allgemeiner Gründe“) ergaben, waren – auch wenn sie sich auf die Grundrechtsposition beschränkend auswirkten<sup>65)</sup> – niemals grundrechtswidrig. Das Grundrecht musste nach dieser älteren Jud dem allgemeinen einfachen Gesetz weichen<sup>66)</sup>.

3447/1958, 7379/1974, 7686/1975), führt aber zumindest im Vergleich zur älteren Intentionalitäts-Rsp zu einer Stärkung des Art 4 StGG.

<sup>64)</sup> Dementsprechend unterschiedlich wäre dann auch der mit der Intentionalität jeweils korrespondierende Begriff des „allgemeinen Gesetzes“. Da eine Maßnahme bei Grundrechten unter Vorbehalt bereits dann intentional ist, wenn sie die Grundrechtsbeschränkung als Mittel zur Erreichung eines anderen Ziels einsetzt, wenn sie also entweder in personeller oder in sachlicher Hinsicht an dieses Grundrecht anknüpft, ist ein Gesetz „allgemein“, wenn es weder den Grundrechtsträger adressiert noch eine vom Schutzbereich erfasste Tätigkeit zum Gegenstand hat (persönliche oder sachliche Allgemeinheit). Demgegenüber wäre ein Gesetz in Bezug auf vorbehaltlose Grundrechte bereits dann „allgemein“, wenn es ein (von der Grundrechtsbeschränkung verschiedenes), auf „allgemeinen Gründen“ beruhendes und daher wohl im Allgemeininteresse gelegenes Ziel verfolgt (materielle Allgemeinheit). Vgl zu den verschiedenen Bedeutungen des „allgemeinen Gesetzes“ mwN Berka in Koja-FS 221 ff, der zu Recht darauf hingewiesen hat, dass die Intentionalität in dem beschriebenen engen Sinn den Grundrechtsschutz praktisch leer laufen ließe. Eine Maßnahme, deren **einziges** Ziel die Grundrechtsbeschränkung ist, wäre nämlich ohnedies als gleichheitswidriger Willkürakt zu qualifizieren (Berka aaO 239). Die jüngere Rsp fasst die Voraussetzungen der Intentionalität jedenfalls auch bei vorbehaltlosen Grundrechten nicht mehr so strikt, vgl dazu va das Erk Slg 11.737/1988 sowie unten FN 80.

<sup>65)</sup> Thienel, Anklageprinzip 40.

<sup>66)</sup> Daher ablehnend ua *Pernthaler*, Raumordnung 258f; *derselbe*, Die Universitätsautonomie im Spannungsfeld von Wissenschaftsfreiheit, Bildungsanstalt und Forschungsunternehmen, in *Strasser* (Hrsg), Organisations-, europa- und immaterialgüterrechtliche Probleme der Universitäten (1992) 1 (6f). Vgl auch *Thienel*, Anklageprinzip 40 mwN.

## 2. Die Kunstfreiheit als Entwicklungsfeld einer differenzierteren Judikatur

### a) Die Kritik an der „reinen“ Intentionalitäts-Judikatur und der Beginn der Änderung der Rsp des VfGH

Gegen die dargestellte ältere Jud des VfGH zu vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten sprechen gewichtige Gründe. Nicht nur, dass sich die Zielrichtung (Intention) staatlicher Akte nur selten eindeutig ermitteln lässt; auch die Konsequenz, dass die einschlägigen Grundrechte mangels Intentionalität – unabhängig von den grundrechtlichen Auswirkungen – hinter jedem allgemeinen Gesetz zurückstehen müssen, ist nicht befriedigend. Dazu kommt, dass der Begriff des allgemeinen Gesetzes mehrdeutig erscheint<sup>67</sup>). Da die ausschließliche Anknüpfung an das Kriterium der Intentionalität nicht ausreichend sei, wurde insb von *Berka* für die Bestimmung eines „bestandsfesten Kerns“ vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte<sup>68</sup>) ein **Gesamturteil** gefordert, in das neben der **Zielrichtung** eines Gesetzes auch der **Gegenstand der Beschränkung**, ihre **Auswirkungen** auf den geschützten Bereich und die **Intensität und Begleitumstände einer Beeinträchtigung** sowie ihre **soziale Relevanz** einzubeziehen seien<sup>69</sup>).

Zumindest teilweise Berücksichtigung fand diese berechtigte Kritik zunächst aber nicht im Bereich jenes Grundrechts, an dem sich die Intentionalitäts-Judikatur zu vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten über weite Strecken entwickelt hatte, der Wissenschaftsfreiheit (Art 17 Abs 1 StGG), sondern eines 1982 neu in den Grundrechtskatalog eingefügten, ebenfalls ohne Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechts, der Freiheit der Kunst (Art 17a StGG)<sup>70</sup>).

In seinem ersten Erk zur Kunstfreiheit<sup>71</sup>) hatte der VfGH einen Fall zu beurteilen, in dem ein Künstler ein Bauwerk ohne die dafür erforderliche baurechtliche Bewilligung errichtet hatte. Der Künstler brachte vor, die Tatsache, dass es sich bei dem Bauwerk um ein Kunstwerk handle, verhindere es, dasselbe an baupolizeilichen Normen zu messen. Dieser Auffassung folgte der VfGH nicht. Der GH ließ in seinem Erk offen, ob ein Kunstwerk vorlag<sup>72</sup>), betonte aber im Anschluss an die Jud zur Wis-

senschaftsfreiheit und unter Berufung auf den Bericht des Verfassungsausschusses zu Art 17a StGG, dass auch der Künstler an die **allgemeinen Gesetze** gebunden und insofern nicht privilegiert sei. Unter einem allgemeinen Gesetz verstand der GH „eine dem geschützten Bereich vergleichsweise fernstehende Verhaltensnorm“. Die Pflicht auch eines Künstlers, die allgemeinen Gesetze wie zB das Verbot der Benützung fremden Eigentums oder der unnötigen Erregung störenden Lärms, die Pflicht zur Anzeige von Versammlungen oder zur Entrichtung einer Abgabe für öff Veranstaltungen zu achten, bedeutet nach Ansicht des VfGH keine Beschränkung im Recht auf Freiheit der Kunst. Sie begründet als solche keinen Eingriff in das Grundrecht. Soweit bestätigte der GH die Judikaturlinie zur Wissenschaftsfreiheit auch für das neu geschaffene Grundrecht der Kunstfreiheit. Im zit Erk ging der VfGH aber noch einen Schritt weiter und gab zu erkennen, dass er auf die in der Lit laut gewordene Kritik zu seiner älteren „reinen“ Intentionalitäts-Judikatur zu vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten zu reagieren bereit war. Er stellte ausdrücklich fest, dass die **Kriterien**, nach denen eine Baubewilligung (also eine Bewilligung nach einem allgemeinen Gesetz) zu erteilen bzw zu versagen ist, nach Zielsetzung oder **Auswirkung** mit dem Recht auf Freiheit der Kunst in Konflikt geraten können. Neben dem intentionalen Gesetz, das in das Grundrecht eingreift und es in einem auch verletzt (ohne, dass eine nähere Prüfung nötig wäre), gibt es jetzt nach Ansicht des GH also auch andere, das Grundrecht nicht automatisch verletzende Eingriffe, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen sind. Die Intentionalität wirkt damit nicht mehr eingriffsbeschränkend, sondern hat nun ausschließlich die Funktion, einen abwägungsfesten Grundrechtskern zu sichern, der nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers steht. Im Anlassfall jedoch hielt der VfGH eine Auseinandersetzung mit der Frage, wann eine Konfliktsituation zwischen den Auswirkungen und dem Grundrecht eintreten würde, für entbehrlich, weil es sich im konkreten Fall um das Schicksal eines konsenslos errichteten Bauwerks handelte<sup>73</sup>).

### b) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Beurteilungsmaßstab für nicht intentionale Eingriffe

Wie nun im Fall eines Konflikts zwischen der Kunstfreiheit und einem allgemeinen Gesetz („Zielsetzung bzw Auswirkung“) vorzugehen war, entschied der VfGH in seinem zweiten Erk zur Kunstfreiheit<sup>74</sup>). Eine Konzertpianistin war bestraft worden, weil sie durch ihr wiederholtes Klavierspielen am späten Vormittag ungebührlicherweise störenden Lärm erregt haben soll. Der GH knüpfte an sein Erk zum „Bauordnungsfall“ an und wiederholte die dort gemachten Ausführungen zur Bindung auch der Künstler an die allgemeinen Gesetze. Da die dem Anlassfall zu Grunde liegende Strafnorm<sup>75</sup>) nicht intentional auf die Beschränkung der Kunstfreiheit, sondern vielmehr auf die Sicherstellung eines geordneten Zusammenlebens (Vermeidung von ungebührlicherweise störender Lärmerregung) gerichtet war, stellte sie nach Ansicht des VfGH ein allgemeines Gesetz dar, das je-

<sup>67</sup>) Diese Kritik wurde va von *Berka*, JBl 1983, 289, und in der Folge von *Lebitsch*, Probleme präventiver Veranstaltungspolizei im Lichte der Kunstfreiheit, ÖJZ 1984, 477 (480), ventiliert.

<sup>68</sup>) Die Garantie eines „bestandsfesten Kerns“ – also eines Bereichs, der der Disposition des einfachen Gesetzgebers absolut entzogen ist, – ist den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten eigen und unterscheidet sie von den unter Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechtspositionen.

<sup>69</sup>) *Berka*, JBl 1983, 289; *derselbe* in *Koja-FS* 240.

<sup>70</sup>) BGBl 1982/262. Die inhaltliche Nahebeziehung beider Grundrechte zueinander erwähnen schon die Mat zu Art 17a StGG (AB 978 BlgNR 15. GP, 1). Zur Entstehungsgeschichte vgl *Neisser*, Die verfassungsrechtliche Garantie der Kunstfreiheit, ÖJZ 1983, 1 ff.

<sup>71</sup>) Slg 10.401/1985.

<sup>72</sup>) Zum offenen Kunstbegriff und zum daraus resultierenden Widerspruch, dass der Staat Kunst zwar schützen, aber nicht definieren soll, vgl *Mayerhofer*, Die Freiheit der Kunst vor strafrechtlichen Eingriffen, ÖJZ 1984, 197; *Mandler*, Probleme der Kunstfreiheitsgarantie des Art 17a StGG, JBl 1986, 21 (23 ff); *Berka*, Kunst im Konflikt mit dem Recht – Mit rechtsdogmatischen Anmerkungen versehene Notizen zu einem spannungsreichen Verhältnis, in *Nowak/Steurer/Tretter* (Hrsg), *Ermacora-FS* (1988) 361 (368 ff); *Holoubek/Neisser*, Die Freiheit der Kunst, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 2 (1992) 195 (204 f); *Mitteregger*, Ansätze zu einer Positivierung des Kunstbegriffs der österreichischen Verfassung, JBl 1995, 284 ff.

<sup>73</sup>) Kritisch dazu *Holoubek*, Die Freiheit der Kunst aus grundrechtsdogmatischer Sicht und die Rechtsprechung des VfGH zu Art 17a StGG, ZfV 1989, 1 und 116 (117).

<sup>74</sup>) Slg 11.567/1987.

<sup>75</sup>) Art VIII EGVG.

doch nach seinen **Auswirkungen** mit der Kunstfreiheit in Konflikt geraten könne. Der GH macht in dieser Entscheidung also – wie im vorhergehenden Erk angedeutet – das Vorliegen eines **Eingriffs nicht von der Intentionalität der Regelung abhängig**.

An dieser Stelle nun forderte der VfGH eine dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechende<sup>76)</sup> **Abwägung** zwischen der durch Art 17a StGG eingeräumten künstlerischen Freiheit und jenen Rechtsgütern, zu deren Schutz die (allgemeine) Strafnorm bestand (Ruhebedürfnis der Nachbarn). Im konkreten Fall war der bloße Hinweis der StrafBeh, dass nicht das Klavierspielen als solches untersagt werden sollte, sondern dass es an der Klavierspielerin läge, durch entsprechende Maßnahmen (Isolierung des Übungsraums) eine Belästigung der Nachbarn hintanzuhalten, bei gleichzeitigem Abstellen primär auf die Intensität der Lärmerregung nicht ausreichend. Mit einem solchen Vorgehen schenkte die Beh nach Ansicht des GH der **Art** der Lärmerregung nicht genügend Beachtung<sup>77)</sup>.

c) Die Übertragung der anhand der vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit entwickelten Kriterien auf andere Grundrechte dieser Art

Dass es nicht immer von vornherein eindeutig ist, ob einen Grundrechtsbereich beschränkende ges Regelung intentional ist oder ob es sich bei ihr um ein – am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu messendes – allgemeines Gesetz handelt, zeigt ein Erk des VfGH zur Kunstfreiheit aus dem Jahr 1988<sup>78)</sup>, das auch zu einer Gesetzesaufhebung führte<sup>79)</sup>. Der GH hegte Bedenken gegen eine Regelung, die die Ausübung einer künstlerischen Tätigkeit (im Anlassfall die eines Opersängers) in der Form einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit von einer Bewilligung nach dem AusländerbeschäftigungsgG abhängig machte, weil im Zug des Bewilligungsverfahrens auf Belange der Kunstfreiheit nicht Bedacht zu nehmen war bzw nicht Bedacht genommen werden konnte. Im Prüfungsbeschluss war der VfGH (noch) der Meinung, es habe den Anschein, dass eine solche Regelung Art 17a StGG „direkt und geradezu intentional“ widerspräche. Der VfGH hatte im selben Prüfungsbeschluss allerdings auch Zweifel an der Verfassungskonformität des AusländerbeschäftigungsgG für den Fall angemeldet, dass dieses als allgemeines Gesetz zu qualifizieren sei. Eine in diesem Fall erforderliche Güterabwägung schien dem GH auf Grund der zu prüfenden Regelungen nämlich nicht möglich.

Im Gesetzesprüfungsverfahren folgte der VfGH der Auffassung der BReg, dass rechtspolitische Zielsetzung des AusländerbeschäftigungsgG nicht die Beschränkung der Kunst, sondern der Schutz des inländischen Arbeitsmarkts vor dem Einströmen ausländischer Arbeitskräfte sei. Die Beschränkung der Kunstfreiheit war somit nicht das Ergeb-

nis einer entsprechenden spezifischen Zielsetzung des Gesetzes, sondern lediglich eine „reflexartige Nebenwirkung“ der Norm<sup>80)</sup>. In Anknüpfung an die bisherige Jud zur Kunstfreiheit blieb zu untersuchen, ob das zu prüfende Regelungssystem des AusländerbeschäftigungsgG als „allgemeines Gesetz“ zum Schutz eines anderen Rechtsguts geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ieS war, was der GH im Ergebnis mangels Raum für eine Abwägung im Bewilligungsverfahren verneinte<sup>81)</sup>.

Mit dem „Opersänger-Erkenntnis“<sup>82)</sup> übertrug der VfGH nach eigener Aussage seine am Grundrecht der Kunstfreiheit weiterentwickelte und verfeinerte Rsp zu vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten auf andere Grundrechte dieser Art<sup>83)</sup>, zB auf die durch Art 6 StGG garantierte Freiheit der Niederlassung und des Aufenthalts<sup>84)</sup>. Diese sind somit innerhalb der Schranken verhältnismäßiger allgemeiner Gesetze garantiert, wobei der ohne Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechtsposition bei der Abwägung nicht nur ebenfalls verfassungsges gewährleistete Positionen, sondern auch einfachges geschützte Interessen gegenüberzustellen sind<sup>85)</sup>. Intentionale Eingriffe sind jedenfalls unzulässig. Da diese aber in einer

<sup>80)</sup> Maßgeblich für die Annahme eines „allgemeinen Gesetzes“ war für den GH dabei, dass der „Gegenstand der Bewilligung nicht die künstlerische Tätigkeit als solche sei und daß die Bewilligungspflicht nicht deshalb vorgesehen sei, weil ein ausländischer Künstler künstlerisch tätig ist, sondern weil er als Fremder in Österreich unselbstständig tätig zu werden beabsichtigt. Der Bundesregierung ist Recht zu geben, wenn sie ausführt, daß die damit bewirkte Beschränkung nicht Ergebnis einer spezifischen Zielsetzung des Gesetzes, sondern lediglich eine reflexartige Nebenwirkung eines keineswegs auf Künstler beschränkten allgemeinen Gesetzes darstellt.“ Der VfGH hat die Intentionalität also im Hinblick auf ihre sachliche (Gegenstand der Bewilligung) und personelle (keineswegs auf Künstler beschränkt) Allgemeinheit verneint und insofern gleich beurteilt wie die Intentionalität bei Grundrechten unter Vorbehalt, s auch FN 64.

<sup>81)</sup> Im konkreten Fall war der bemerkenswerte Effekt der Kunstfreiheit als Menschenrecht, dass eine Beschränkung der Betätigung ausländischer Künstler in Österreich beseitigt wurde und österreichische Künstler insofern auf Grund der nationalen Grundrechtsvorschrift des Art 17a StGG einen Nachteil (vermehrter Wettbewerb unter Künstlern) erlitten. Vgl *Spielbüchler*, Grundrechte und ihre Folgen – Am Beispiel der Freiheit der Kunst, in *Machacek/Kostelka/Martinek* (Hrsg), *Rosenzweig-FS* (1988) 525 (552).

<sup>82)</sup> Erwähnenswert ist ein jüngst erlassenes Erk 4. 12. 1999, B 1518/98, B 1519/98. Der GH zählt darin das VersammlungsgG 1953 – so wie schon in seinem ersten Erk zur Kunstfreiheit (Slg 10.401/1985) – zu den allgemeinen Gesetzen und somit zum ordnungspolizeilichen Rahmen, an den auch Künstler gebunden sind. Dass daher ein Schaffen (konkret: schweigendes Stehen mehrerer Personen vor einem Kriegerdenkmal mit am Körper getragenen Pappkartontafeln mit der Aufschrift „Wir ehren die Deserteure“) „allein schon wegen seines künstlerischen Charakters von den ordnungspolizeilichen Vorschriften des VersammlungsgG 1953 ausgenommen sei, kann der Verfassungsgerichtshof nicht finden, zumal die im VersammlungsgG 1953 vorgesehene Anmeldung einer Versammlung dem Grundrecht der Freiheit der Kunst **weder intentional noch im Hinblick auf ihre Auswirkung widerspricht**“ (Hervorhebung nicht im Original). Auch wenn der GH im zit Erk die Prüfung des Eingriffs überspringt und gleich auf die Frage der Verletzung eingeht, bestätigt er mit dem zit Erk seine bisherige Judikaturlinie zur Kunstfreiheit.

<sup>83)</sup> Slg 13.978/1994; 14.485/1996. Zum aus Art 90 Abs 2 B-VG resultierenden Grundrecht des Verbots des Zwangs zur Selbstbeschuldigung vgl ausführlich *Thienel*, Anklageprinzip (FN 47).

<sup>84)</sup> Vgl Slg 14.679/1996.

<sup>85)</sup> Vgl *Berka*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Art. 17a StGG in der Rechtsprechung der österreichischen Gerichte, in *Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission* (Hrsg), *Kunst und Recht im In- und Ausland*, 19 (34); ausführlich *Holoubek/Neisser* in *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 72) 223 ff mwN.

<sup>76)</sup> Vgl AB 978 BlgNR 15. GP, 2. Vgl Slg 14.923/1997.

<sup>77)</sup> Im konkreten Anlassfall (Slg 11.567/1987) war der VfGH nicht gezwungen, nähere Hinweise zu geben, **wie** die betroffenen Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen gewesen wären, weil die StrafBeh den Aspekten der Kunstfreiheit überhaupt keine Beachtung geschenkt hatte und der Bescheid somit jedenfalls aufzuheben war.

<sup>78)</sup> Slg 11.737/1988.

<sup>79)</sup> Eine verfassungskonforme Interpretation des entsprechenden Gesetzes erschien dem GH – im Gegensatz zum „Konzertpianistin-Fall“ – nicht möglich. Vgl *Pollak*, Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs (1991) 118.

freiheitlichen Demokratie ohnehin die Ausnahme darstellen, liegt der Schwerpunkt in der Praxis auf der Prüfung allgemeiner Gesetze<sup>86</sup>).

Die dargestellte Jud verpflichtet den **einfachen Gesetzgeber** im Zusammenhang mit dem Eingriff in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, nur Normen zu erlassen, die nicht intentional sind. Allgemeine Gesetze müssen der Vollziehung genügend Spielraum lassen, bei ihren Entscheidungen auf die Erfordernisse der jeweiligen verfassungsgeschützten Positionen Rücksicht zu nehmen und die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen<sup>87</sup>). Die **Vollziehung** trifft die Pflicht, allgemeine Gesetze in verfassungskonformer Interpretation im Sinn der gebotenen Güterabwägung auszulegen<sup>88</sup>).

## B. Funktion und Berechtigung der Intentionalität bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten

Nach der älteren „reinen“ Intentionalitäts-Judikatur galt eine Maßnahme dann als **intentional**, wenn sie **spezifisch** und wohl auch **ausschließlich** auf die Einengung der gewährleisteten Freiheit gerichtet war. Die tatsächlichen Auswirkungen einer ges Regelung auf die vorbehaltlos gewährleistete Grundrechtsposition konnten für sich genommen keinen Grundrechtseingriff begründen. Nicht die Beschränkung der Grundrechtsposition an sich, sondern die Frage, ob sie und nur sie **intendiert** war, war nach diesem Verständnis ausschlaggebendes Kriterium bei der Frage nach einem Grundrechtseingriff. Lag eine im geschilderten Sinn intentionale Maßnahme vor, war mit dem Eingriff zugleich auch eine Verletzung der vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechtsposition verbunden. Die fehlende Berücksichtigung der Auswirkung einer beschränkenden Regelung auf die Grundrechtsposition änderte nichts am wesentlichen Ergebnis dieser Jud: Sie führte dazu, dass vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte einen – wenn auch minimalen – Schutzbereich hatten, der bestandsfest, also für den einfachen Gesetzgeber unangreifbar war<sup>89</sup>).

Beginnend mit der Rsp zur Kunstfreiheit anerkannte der GH die Möglichkeit eines Eingriffs in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte auch durch **allgemeine Gesetze**, die eben nicht auf die Beschränkung der jeweiligen Grundrechtsposition abzielten. Allgemeine Gesetze können seitdem insb auf Grund ihrer **Auswirkungen** mit „absoluten“ Grundrechten in Konflikt geraten. Um in einem solchen Fall festzustellen, ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt, muss eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden. Mit der Feststellung eines Eingriffs ist bei einem allgemeinen Gesetz somit noch nichts zur Frage der Grundrechtsverletzung gesagt. Das Kriterium der Intentionalität wirkt damit nicht mehr eingriffsbegrenzend, sondern erfüllt die Funktion, einen bestandsfesten Kern der Grundrechtspositi-

on zu sichern und trägt so dem strukturellen Unterschied zwischen vorbehaltlos und unter Vorbehalt gewährleisteten Grundrechten Rechnung.

## C. Die Intentionalität als Maßstab für die Qualifikation einer Maßnahme als „erniedrigende Behandlung“ iSd Art 3 MRK

Neben den Funktionen, die der Intentionalität bei manchen unter Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechten (Abgrenzung des Eingriffs von bloßen „Berührungen“ des Grundrechts) einerseits und bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten (Sicherung eines bestandsfesten Kerns) andererseits zukommt, erfüllt sie in der Jud des VfGH bei der Qualifikation einer Maßnahme der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt<sup>90</sup>) als erniedrigende Behandlung iSd Art 3 MRK noch eine weitere Funktion.

Bei der Beantwortung der Frage, ob polizeiliche Zwangsmaßnahmen gegen Art 3 MRK verstoßen, steht nach der Rsp des VfGH die Verhältnismäßigkeit der Amtshandlung im Mittelpunkt<sup>91</sup>). Als Richtschnur dient dem GH dabei das Waffengebrauchsg. Liegt eine Maßnahme im Rahmen dieses Gesetzes und des sich daraus ergebenden Gebots des möglichst schonenden Vorgehens, kann Art 3 MRK nach Ansicht des VfGH niemals verletzt sein<sup>92</sup>). Umgekehrt steht im Fall des Überschreitens des durch das genannte Gesetz vorgegebenen Rahmens jedoch noch nicht fest, dass die Maßnahme gegen Art 3 MRK verstößt. Vielmehr verletzen physische Zwangsakte – auch wenn sie nicht Maß haltend sind – das Verbot der erniedrigenden Behandlung erst dann, wenn „qualifizierend hinzutritt, daß ihnen eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Mißachtung des Betroffenen als Person zu eigen ist“<sup>93</sup>). An dieser Stelle bringt der GH das Kriterium der Intentionalität ins Spiel. Eine „gröbliche Missachtung“ liegt nämlich nach der Rsp des VfGH **insb** dann vor, wenn der Waffengebrauch bzw die Anwendung von Körperkraft **intentional** gegen die Menschenwürde und nicht auf den Zweck der Amtshandlung gerichtet ist<sup>94</sup>). Der GH sieht das Kriterium der Intentionalität im Rahmen des Art 3 MRK mithin als **Indiz** für die Qualifikation einer Maßnahme als grundrechtsverletzende, erniedrigende Behandlung<sup>95</sup>). Dass der GH die Intentionalität im

<sup>90</sup>) Vgl dazu die zahlreichen Erk zu Art 3 MRK im Zusammenhang mit der Räumung der von Demonstranten besetzten Stopfenreuther Au (Kraftwerk Hainburg); zB 11.170/1986; 11.228/1987; 11.328/1987; 11.329/1987; 11.421/1987; s auch *Funk*, Rechtsprobleme des Polizeieinsatzes in der Hainburger Au, ZfV 1985, 373.

<sup>91</sup>) Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit stellt der VfGH auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls (zB das Verhalten der betroffenen Person) ab, sodass es sich ergeben kann, dass ein und dieselbe Maßnahme einmal als gegen Art 3 MRK verstoßend, ein anderes Mal als grundrechtskonform angesehen wird. Vgl dazu Slg 8146/1977; *Rosenmayr*, Artikel 3 MRK, in *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 139 (157).

<sup>92</sup>) ZB Slg 10.427/1985 mit Hinweis auf weitere Erk.

<sup>93</sup>) ZB Slg 8654/1979, 9385/1982, 10.546/1985, 11.206/1987, 11.422/1987, 11.692/1988, 11.809/1988, 12.596/1991, 12.603/1991, 13.837/1994.

<sup>94</sup>) *Zellenberg*, Der grundrechtliche Schutz vor Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 3 (1997) 441 (477).

<sup>95</sup>) Vgl Slg 11.423/1987, wo der GH feststellt, dass ein Schlag mit einem Gummiknüppel auf den Kopf „nicht dem Zweck der Amtshand-

<sup>86</sup>) Die Möglichkeit einer Beschränkung gesetzesvorbehaltloser Grundrechte durch allgemeine Gesetze erklärt sich durch die Annahme „immanenter Grundrechtsschranken“. Die daraus resultierende Bindung zB der Künstler und Wissenschaftler an die allgemeine Rechtsordnung ist schon im jeweiligen Grundrecht mitenthalten und versteht sich insofern von selbst. So VfSlg 13.978/1994. Weiters VfSlg 11.737/1988, 14.486/1996.

<sup>87</sup>) Dies war im „Opernsänger-Erkenntnis“ nicht der Fall, weshalb ein Teil des Ausländerbeschäftigungsg vom VfGH aufgehoben wurde.

<sup>88</sup>) Vgl dazu das Klavierspielerin-Erkenntnis.

<sup>89</sup>) *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991) 271f; *Mayer*, Das Schulkreuz und die Grundrechte, JRP 1995, 222 (225).

geschilderten Sinn als hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung bei der Qualifikation einer Maßnahme als die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Missachtung als Person erachtet, ergibt sich daraus, dass er in mehreren Fällen auf Grund der Unverhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme eine Verletzung des Art 3 MRK festgestellt hat, obwohl die polizeiliche Maßnahme auf den Zweck der Amtshandlung (Auflösung einer Versammlung) und nicht auf die Beeinträchtigung der Menschenwürde gerichtet war<sup>96</sup>). Grundsätzlich können somit sämtliche Erscheinungsformen staatlicher körperlicher Gewalt gegen einzelne Personen – unabhängig von der Intention der einschreitenden Organe – Art 3 MRK verletzen<sup>97</sup>).

Aus dem Dargestellten ergibt sich, dass das Kriterium der Intentionalität nach der Rsp des VfGH im Rahmen des vorbehaltlos gewährleisteten „absoluten“ Art 3 MRK eine von den in diesem Beitrag bisher erörterten Bedeutungen unterschiedliche, dritte Funktion erfüllt. Anders als bei unter Gesetzesvorbehalt gewährleisteten Grundrechten begrenzt die Intentionalität hier den Grundrechtsschutz nicht. Ihre Aufgabe ist nicht, die Verantwortung des Staats auf bestimmte, mit dem Schutzbereich des Grundrechts in einer gewissen Nahebeziehung stehende Beeinträchtigungen der Grundrechtspositionen zu beschränken. Auch sichert sie – wie dies bei den meisten anderen vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten der Fall ist – keinen bestandsfesten Kern in dem Sinn, dass Maßnahmen, die auf eine Grundrechtsbeschränkung abzielen, Art 3 MRK automatisch und zwingend immer zugleich auch verletzen würden, ohne dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen wäre. Im Gegenteil erstreckt sich der Schutz des Art 3 MRK eben gerade nicht nur auf Handlungen, die mit der Intention gesetzt werden, jemanden im Sinn der zitierten Gesetzesstelle zu erniedrigen. In der Rsp des GH zu Art 3 MRK ist die Intentionalität vielmehr bloßes **Indiz** dafür, dass eine physische Zwangsmaßnahme gegen eine Person nicht nur nicht Maß haltend, sondern darüber hinaus auch qualifiziert erniedrigend ist, was in der Folge erst zu einer Verletzung des

lung, nämlich der Auflösung der Versammlung“, diene, und in der Folge ausführt, dass der Schlag „unter diesen Umständen nur als in Mißhandlungsabsicht erfolgt gewertet werden [kann], wobei mit dieser Handlung eine die Menschenwürde beeinträchtigende gröbliche Mißachtung des Bf. als Person zum Ausdruck kam“. Ähnlich auch Slg 11.328/1987. Zum entgegengesetzten Fall Slg 10.916/1986; 11.095/1986. Zum Kriterium der Intentionalität im Zusammenhang mit dem Begriff der Folter vgl *Zellenberg* in *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 94) 464 f.

<sup>96</sup>) Vgl Slg 11.170/1986, 11.228/1987, 11.421/1987.

<sup>97</sup>) Zur grundrechtsdogmatischen Struktur des Art 3 MRK (immanenter Gesetzesvorbehalt oder „absoluter“ Schutzzweck und Verhältnismäßigkeitsprüfung als Tatbestandsinterpretation) vgl *Holoubek*, Struktur 31 ff.

Grundrechts führt. Auch ein nicht-intentionaler Akt kann aber, wenn er trotz fehlender Intentionalität eine erniedrigende Behandlung darstellt, Art 3 MRK verletzen.

## IV. Schluss

Eine nähere Betrachtung der einschlägigen Rsp des VfGH zeigt, dass der Begriff der „Intentionalitäts-Judikatur“ im besten Fall eine pauschalierende Sammelbezeichnung für eine Fülle von Entscheidungen sein kann, die sich im Einzelnen maßgeblich voneinander unterscheiden. Ihr gemeinsamer Nenner liegt zweifellos in der Annahme, dass die Zielsetzung einer staatlichen Maßnahme für deren Grundrechtskonformität von Bedeutung sein kann. Die Intentionalität wird aber von Grundrecht zu Grundrecht unterschiedlich umschrieben und sie erfüllt auch keineswegs in jedem Fall dieselbe Funktion.

Bei Grundrechten, die unter (**ausdrücklichem**) **Gesetzesvorbehalt** gewährleistet sind, wird die Intentionalität – wenn überhaupt – als Kriterium für das Vorliegen eines **Eingriffs** herangezogen. An ihrem Fehlen allein scheitert nach der Rsp aber nur ein Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit. Bei den anderen Grundrechten hat der VfGH die Intentionalität als Eingriffsvoraussetzung entweder überhaupt aufgegeben oder er zieht sie nur mehr als unterstützendes, nicht aber als tragendes Argument heran, wenn er einer staatlichen Maßnahme den Eingriffscharakter abspricht.

Für Grundrechte, die unter einem **ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt** gewährleistet sind, erfüllt die Intentionalität keine eingriffsbegrenzende Funktion, sie begründet vielmehr den gravierendsten, aber keineswegs einzigen Fall der **Grundrechtsverletzung** und sichert den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten auf diese Weise auch einen bestandsfesten Kernbereich.

Eine dritte Funktion hat die Intentionalität schließlich für das **absolut gewährleistete** Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung (Art 3 MRK): Hier ist die Intentionalität weder Eingriffsvoraussetzung noch bewirkt sie automatisch eine Verletzung dieses Grundrechts; sie **indiziert diese Verletzung** aber, legt also die Vermutung nahe, dass im konkreten Fall tatsächlich eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung stattgefunden hat.

Hält man die dargestellten Bedeutungen der Intentionalität und ihr jeweiliges „Einsatzgebiet“ auseinander, so erweist sich die mitunter pauschal geäußerte Kritik an der sog „Intentionalitäts-Judikatur“ nur noch im Hinblick auf die Rsp zum Recht auf persönliche Freiheit als berechtigt, die einen Eingriff in dieses Grundrecht weiterhin vom Willen des jeweils einschreitenden Verwaltungsorgans abhängig macht.