

# Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung

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

Christoph Bezemek\*, Universität Graz

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

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

## I. Europa, die Freie

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

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

---

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

- 1 Vgl freilich etwa für Rom die (befristete) Alkoholverbots-Verordnung (Ordinanza n. 127) vom 12. 7. 2015.
- 2 Wenn es sich hier auch keineswegs um ein *Austriacum* handelt – vgl zur Diskussion der bestehenden Verbotsanordnungen in Deutschland nur *Faßbender*, Alkoholverbote durch Polizeiverordnungen: per se rechtswidrig? NVwZ 2009, 563, oder *Brückner*, Die Verfassungsmäßigkeit des § 9a SächsPolG – Grenzen abstrakt-genereller Alkoholverbote im öffentlichen Raum, LKV 2012, 202, jeweils mwN. Mit Blick auf den Stand der Judikatur vgl *Tomerius*, Teilnichtigkeit des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt, NVwZ 2015, 412.
- 3 A 17-009850/2012, Verordnung „Erweiterung der Alkoholverbotszonen im innerstädtischen Bereich“, Amtsblatt der Landeshauptstadt Graz 5/2012, 2. 5. 2012.
- 4 Dazu bereits aus rechtspolitischer Perspektive *Bezemek/Fuchs*, Alkoholverbot – Rote Linie, Roter Faden? Die Presse 6. 5. 2012.

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

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

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

## II. (K)eine Entscheidungsbesprechung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III. (Keine) Allgemeine Handlungsfreiheit (?)

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

Und darauf aufbauend müsste man sagen: „In Österreich gibt es kein Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit.“<sup>17</sup> Anders als etwa die französische Verfassungsordnung<sup>18</sup> oder auch das

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

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

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

15 VfSlg 19.662/2012: „Art 8 EMRK stellt auch die menschliche Persönlichkeit selbst in ihrer Identität, Individualität und Integrität unter Schutz. Die Selbstverwirklichung umfasst auch das Recht, einen individuellen Lebensstil zu pflegen. Art 8 EMRK ist dabei auf den Schutz der unterschiedlichen Ausdrucksformen der menschlichen Persönlichkeit gerichtet. Nicht umfasst ist allerdings eine allgemeine Handlungsfreiheit (Grabenwarter/Pabel, [Europäische Menschenrechtskonvention<sup>5</sup>, 2012], Rz 12). Nicht jedes menschliche Handeln stellt also zugleich eine von Art 8 EMRK geschützte Ausdrucksform der Persönlichkeit dar (EGMR 24.11.2009, Fälle Friend u. Countryside Alliance, Appl. 16.072/06 und 27.809/08).“ Der EGMR argumentiert im angeführten Urteil auch ein breites Verständnis „of Article 8 does not mean [...] that it protects every activity a person might seek to engage in with other human beings in order to establish and develop such relationships. It will not, for example, protect interpersonal relations of such broad and indeterminate scope that there can be no conceivable direct link between the action or inaction of a State and a person's private life (see, mutatis mutandis, *Botta v. Italy*, 24 February 1998, § 35, Reports of Judgments and Decisions 1998-I). By the same token, it cannot be said that, because an activity allows an individual to establish and develop relationships, it falls within the scope of Article 8 such that any regulation of that activity will automatically amount to an interference with that individual's private life.“ (Rz 41). Und überhaupt finde sich „nothing in the Court's established case-law which suggests that the scope of private life extends to activities which are of an essentially public nature. In this respect, the Court also considers [it to be] correct to draw a distinction between carrying out an activity for personal fulfilment and carrying out the same activity for a public purpose, where one cannot be said to be acting for personal fulfilment alone.“ (Rz 42). Vgl aus der neueren Rsp nur EGMR 12. 2. 2016, 61496/08, *Bărbulescu/Romania* Rz 35 ff.

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

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

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

deutsche Grundgesetz, nach dessen Art 2 *sub titulo* „Allgemeine Handlungsfreiheit“ das Taubenfüttern,<sup>19</sup> das Reiten im Walde<sup>20</sup> und auch der Drogenkonsum<sup>21</sup> *prima facie* verfassungsrechtlichen Schutz genießen,<sup>22</sup> enthält die österreichische Bundesverfassung eben kein ausdrückliches Recht, „sich nach eigenem Belieben zu verhalten“,<sup>23</sup> was insgesamt kein bloßer Partikularismus der österreichischen Rechtsordnung im Verhältnis zur deutschen oder zur französischen ist, sondern Ausdruck der Idiosynkrasien, die eigenständige Rechtsordnungen auszeichnen, auch wenn sie in Anbetracht zahlreicher evidenter Gemeinsamkeiten mit anderen erst bei hintergründiger Betrachtung zu Tage treten.<sup>24</sup>

#### IV. Defizienz qua Differenz?

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

*Franz Merli* hat sich vor über 20 Jahren dieser Frage angenommen<sup>28</sup> und vielleicht bietet der Ausgangsfall einen guten Anlass, diese Diskussion aus verfassungsrechtlicher Perspektive erneut aufzunehmen; wenn auch mit Hilfe thesenhafter Zuspitzungen, die in ihrem vordergründigen Widerstreit eine dialektische Entfaltung des Themas ermöglichen sollen.

### V. Thesen

#### A. Subtraktion

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

19 BVerfGE 54, 143.

20 BVerfGE 80, 137.

21 BVerfGE 90, 145.

22 Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36): „Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne“. Vgl insb auch BVerfGE 80, 137 (152): „Geschützt ist damit jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“. Vgl für die neuere Rsp etwa BVerfGE 128, 193. Näher zu Struktur der Allgemeinen Handlungsfreiheit *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1994) 309 ff. Für einen aktuellen dogmatischen Abriss vgl nur *Dreier* in *Dreier* (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar I<sup>3</sup> (2013) Art 2 I.

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

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

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

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

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

28 *Merli*, JBl 1994, 233.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

34 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*<sup>2</sup> (1960) 45.

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

36 *Schmitt*, *Verfassungslehre*<sup>9</sup> (2003) 166.

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

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

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

40 *Alexy*, *Theorie* 203.

41 Vgl insgesamt *Kelsen*, *Rechtslehre*<sup>2</sup> 43.

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

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

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

## B. Legalität

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

Das ist aber nicht insgesamt auf die Legalitätsvorgaben der österreichischen Bundesverfassung umzulegen: nicht nur, weil ihre freiheitsrechtlichen Bestandteile ja schon historisch betrachtet vielfach (auch) als spartenspezifische Sonderlegalitätsverbürgungen erschaffen wurden.<sup>48</sup> Vor allem deshalb, weil ja im Bereich des Strafrechts mit Art 7 EMRK ein umfassender Legalitätsvorbehalt<sup>49</sup> subjektiv-rechtlich ausgeformt und mit diesem „Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt“<sup>50</sup> „eine grundlegende Norm des Freiheitsschutzes“ positiviert ist;<sup>51</sup> aber eines Freiheitsschutzes, der dem „Schweigen des Gesetzes“, konkret des Strafgesetzes, zwar der Vollziehung gegenüber einer Stimme (und damit Gewicht) verleiht,<sup>52</sup> im Verhältnis zum Gesetzgeber aber nur Vorgaben hinsichtlich des „Wie“, nicht aber des „Inwieweit“ bereithält: Dem Gesetzgeber gegenüber bergen Gewährleistungen die, wie *nulla poena sine lege*, unter der Legalitätsthese firmieren, nur Anordnungen hinsichtlich der Ausgestaltung der von ihm erlassenen Vorschriften, schaffen Barrieren, was ihre zeitliche Extension anlangt, fordern ein Maß zureichender Bestimmtheit und dergleichen.<sup>53</sup> Sie halten indes material keine negative Kompetenznorm<sup>54</sup> und

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

45 *Kelsen*, Rechtslehre<sup>2</sup> 45.

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

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

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

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

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

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

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

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

54 *Kelsen*, Rechtslehre<sup>2</sup> 145.

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

### C. Liberalität

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

### D. Suffizienz

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

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

#### 1. Addition

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

55 *Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte<sup>4</sup> (1927) 8.

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

57 Vgl oben III.

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

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

60 Vgl dazu insb *Alexy*, Theorie 326 ff; sowie für den aktuellen Stand der deutschen Diskussion *Dreier* in *Dreier*, GG I<sup>3</sup> Art 2 I Rz 61.

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

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

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

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

## 2. Akkreszenz

Die zweite Hilfsthese („Akkreszenzthese“) verstärkt die erste: Denn nicht nur sind die Grundrechtskataloge, die für die österreichische Rechtsordnung Geltung beanspruchen, und die sie flankierenden Einzelgewährleistungen zahlreich und mehrfach verschränkt: Der vielfach verschränkte Grundrechtsbestand expandiert.<sup>67</sup> Die großzügige judikative Handhabung der Einzelgewährleistungen im Dialog zwischen Straßburg, Wien und Luxemburg, gepaart mit einem evolutiven Interpretationsverständnis,<sup>68</sup> bewirkt eine beständige Erweiterung der grundrechtlichen Freiheitssphären.<sup>69</sup> Allein die anekdotische Evidenz dafür ist umfassend:<sup>70</sup> Da kommt ein „Recht auf Vergessen-werden“ auf;<sup>71</sup> da fällt nackt zu wandern unter den Schutz freier Meinungsäußerung,<sup>72</sup> der gesunde Nachschlaf dem Recht auf Achtung des Privatelebens<sup>73</sup> sowie die bloße Androhung von Folter dem Folterverbot.<sup>74</sup>

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

64 Vgl nur den Überblick bei *Schäffer*, die Entwicklung der Grundrechte, in *Merten ea* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1<sup>2</sup> (2014) Rz 45 ff.

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

66 Vgl nur VfSlg 16.584/2002 mwN.

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

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

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

70 Vgl zum Folgenden näher die Diskussion bei *Richter*, EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz<sup>1</sup> (2013), 444 (479 ff).

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

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

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

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

75 VfSlg 19.942/2014.

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

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

### E. Obsoleszenz

Es ist damit durchaus plausibel zu argumentieren, dass sich der freiheitsrechtliche Bestand auf eine Gewährleistungsdichte zubewegt, die in der Tat nur noch *de minimis* Fälle<sup>79</sup> vernachlässigt. Und doch befriedigt dieser Befund nicht. Nicht nur, weil ja die Expansion selbst das augenscheinlichste Anzeichen von Schutzdefiziten sein könnte, die die Judikatur vermeint kompensieren zu müssen,<sup>80</sup> sondern weil der Befund bei näherer Betrachtung ein bloß empirischer ist und kein dogmatischer sein kann: Sollen sich die distinkten Freiheitssphären, die in den Einzelgewährleistungen verbrieft sind, nicht in der Allgemeinen Handlungsfreiheit verlieren, nennen wir das die „Obsoleszenzthese“, soll also die Expansion nicht ihre Eltern fressen, gilt es, auch der VfGH betont das der Sache nach in seiner Rechtsprechung,<sup>81</sup> die Ausdehnung der distinkten Freiheitssphären hin zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit als asymptotisch zu akzeptieren.

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

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

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

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

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

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

## F. Supplierung

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

Soweit sie aber das gleichheitsrechtliche Instrumentarium gegen den Gesetzgeber richtet, könnten zunächst übersehen werden, wie wirkmächtig es zur Bewältigung der hier aufgeworfenen Probleme auf Vollziehungsebene eingesetzt werden kann: Mit Blick auf „Subtraktions-“, und „Legalitäts-“these“ können die verbliebenen losen Enden in der gleichheitsrechtlichen Dogmatik verknüpft werden. Denn es mag zwar zutreffen, dass, wie *Kelsen* und *Alexy* in seltener Einmütigkeit betonen, „[d]as Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit [...] nur [fordert], was ohnehin gilt, wenn Rechtsnormen gelten“,<sup>83</sup> weil es letztlich „nur statuiert, daß Normen normgemäß anzuwenden sind.“<sup>84</sup> Doch wird die Freiheit, als „Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“, wie sie *Jellinek* ausweist,<sup>85</sup> positivrechtlich erst über den Gleichheitssatz bewehrt, der den Legalitätsanspruch der negativ determinierten Freiheitssphäre des Individuums subjektiv-rechtlich übersetzt:<sup>86</sup> Eine Rechtsordnung, die Gleichheit *vor dem Gesetz* sicherzustellen trachtet, muss das Gesetz selbst als unbedingte Richtschnur des Handelns ihrer Organe begreifen<sup>87</sup> und damit Willkür als „Auflehnung gegen die Idee des Rechts“<sup>88</sup> unterbinden.<sup>89</sup> Ähnlichkeiten zwischen dieser grundlegenden Anforderung und dem Kern der gleichheitsrechtlichen Prüfungsformel des VfGH<sup>90</sup> sind damit keineswegs zufällig ...

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

## G. Egalität

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

82 *Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht (1988), JBl 1992, 477 (482); vgl idS auch etwa *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 142, *Potacs*, Grundrechtsschutz für motorisierten Individualverkehr in Österreich? ZfV 1994, 553 (555), oder *Storr*, ZfV 2009, 532; vgl auch *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang (2004) 51 f; *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten ea* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1<sup>2</sup> (2014) § 14 Rz 38 spricht allgemein von einem „Substitut für Freiheitsrechte“.

83 *Alexy*, Theorie 358.

84 *Kelsen*, Rechtslehre<sup>2</sup> 146.

85 *Jellinek*, System 103.

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

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

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

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

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

91 Wie auch die folgende Terminologie angelehnt an *Heidegger*, Sein und Zeit<sup>19</sup> (Nachdruck 2006) § 39.

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

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

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

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

## VI. Allgemeine Handlungsfreiheit als Gleichberechtigung im Lebensentwurf

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

93 *Pöschl*, Gleichheit insb 458 ff.

94 *Heidegger*, Sein und Zeit<sup>19</sup> (Nachdruck 2006) §§ 9–13.

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

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

97 *Heidegger*, Sein<sup>19</sup> § 27.

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

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

100 Vgl nur *Pöschl*, Gleichheit 584 mwN.

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

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

103 *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 367.

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

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

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

Der Gleichheitssatz greift damit als „Auffanggrundrecht“<sup>110</sup> gerade in Konstellationen, in denen nicht gesichert ist, ob den Anforderungen an eine qualifizierte Persönlichkeitsentfaltung Genüge getan wird;<sup>111</sup> eben in der „Mannigfaltigkeit der Situationen“<sup>112</sup>, auf die sich das Individuum hin entwirft: darunter die (öffentliche)<sup>113</sup> Ausübung der Prostitution,<sup>114</sup> Mountainbiking,<sup>115</sup> Windsurfen<sup>116</sup> oder das Autofahren ohne Sicherheitsgurt;<sup>117</sup> samt und sonders Aktivitäten, deren Einschränkung durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber, gleich der der Bettelei,<sup>118</sup> in der Rechtsprechung des VfGH an den Sachlichkeitsanforderungen des Gleichheitssatzes gemessen wurde.

---

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

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

108 *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 366 f.

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

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

111 Vgl oben I.

112 *Humboldt*, Ideen 22.

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

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

115 VfSlg 12.998/1992.

116 VfGH 22.11.2012, V 120/11.

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

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

## VII. Weil sie letztinstanzlich entscheiden ...

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

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

---

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

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