



Das schlaue Lernsystem

Lamiss Khakzadeh

elements

Verfassungsrecht

VERLAG
ÖSTERREICH

Mit vielen
digitalen Extras

Lamiss Khakzadeh

elements

Verfassungsrecht

2022

Lehrbuch

Leseprobe

■ VERLAG
■ ÖSTERREICH

Univ.-Prof. Dr. Lamiss Khakzadeh

Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung der Autorin oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

© 2022 Verlag Österreich GmbH, Wien

www.verlagoesterreich.at

Gedruckt in Österreich

Satz: büro mn, 33613 Bielefeld, Deutschland

Druck: print + marketing, 3420 Kritzensdorf, Österreich

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

Mit 26 Abbildungen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISSN 2309-5733

ISBN 978-3-7046-8924-5 Verlag Österreich

7.2.2 (Prüf-)Struktur von Freiheitsrechten

7.2.2.1 Schutzbereich und Eingriff

Alle Freiheitsrechte haben einen sog **Schutzbereich**. Das ist jener Bereich, der vor willkürlichen staatlichen Eingriffen geschützt ist. Eine Maßnahme, die die Ausübung dieser Freiheit unmöglich macht oder beschränkt wird als **Eingriff** bezeichnet. Er wird bei den verschiedenen Grundrechten jeweils unterschiedlich weit oder eng gezogen. Ein Eingriff allein ist aber idR noch nicht unzulässig, vielmehr muss in einem weiteren Schritt geprüft werden, ob der Eingriff **gerechtfertigt** ist (bejahendenfalls bleibt es beim bloßen Grundrechtseingriff) oder nicht (dann sprechen wir von einer Grundrechtsverletzung). Prüft man die Rechtfertigung eines Eingriffs, so muss stets unterschieden werden, auf welcher staatlichen Ebene er stattfindet: Erfolgt der Eingriff durch ein Gesetz oder einen Akt der Vollziehung?

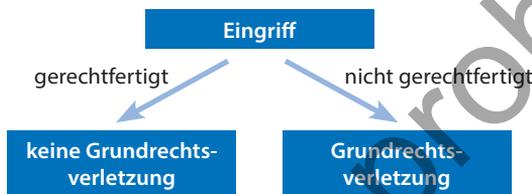


Abb 23. Rechtfertigung eines Eingriffs

7.2.2.2 Rechtfertigung: Eingriffe durch die Gesetzgebung

Wie gezeigt war es ein Grundanliegen der Grundrechte, den Einzelnen vor willkürlichen staatlichen Eingriffen zu schützen. Schon aus diesem Grund normieren Grundrechte typischerweise einen sogenannten Gesetzesvorbehalt: Eingriffe in das Grundrecht bedürfen einer gesetzlichen Grundlage (sind also dem Gesetz vorbehalten). Je nachdem, ob ein Grundrecht einen solchen Gesetzesvorbehalt normiert und wie er ausgestaltet ist, lassen sich verschiedene Typen unterscheiden, die hier zunächst überblicksweise und dann im Einzelnen dargestellt werden:

- **Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt**
 - **Eingriffsvorbehalt**
 - formelle Gesetzesvorbehalte
 - materielle Gesetzesvorbehalte
 - **Ausgestaltungsvorbehalt**

Gesetzesvorbehalte

- **Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt**

- immanente Schranken
- ungeschriebene Gesetzesvorbehalte
- absolut gewährleistete Grundrechte

7.2.2.2.1 Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt

7.2.2.2.1.1 Eingriffsvorbehalt

Ein Eingriffsvorbehalt ist die häufigste Form eines Gesetzesvorbehalts: Er normiert, unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber einen Eingriff in das Grundrecht vorsehen darf. Dabei sind zwei Arten zu unterscheiden:

- **Formeller Gesetzesvorbehalt**

Bei Grundrechten unter formellem Gesetzesvorbehalt ist die **Voraussetzung** für einen Grundrechtseingriff das **Gesetz**. Inhaltliche – also materielle – Kriterien werden im Grundrecht keine normiert.



Art 5 StGG: „Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, *welche das Gesetz bestimmt.*“

Art 6 StGG: „Jeder Staatsbürger kann an jedem Orte des Staatsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen, Liegenschaften jeder Art erwerben und über dieselben frei verfügen, sowie *unter den gesetzlichen Bedingungen* jeden Erwerbszweig ausüben.“

Formelle Gesetzesvorbehalte finden sich häufig in älteren Grundrechtsgarantien des StGG. Dem Anliegen, Grundrechtseingriffe vorhersehbar zu machen, wird damit Rechnung getragen. Da das Grundrecht aber keine inhaltlichen Schranken enthält, besteht die Gefahr, dass es durch den Gesetzgeber inhaltlich ausgehöhlt werden könne. Aus diesem Grund hat der VfGH in seiner älteren Rsp zunächst ausgesprochen, dass gesetzliche Eingriffe nicht den „Wesensgehalt“ des Grundrechts berühren dürfen. Mittlerweile hat er auch für Grundrechte unter formellem Gesetzesvorbehalt **gewisse inhaltliche (materielle) Voraussetzungen** für einen Grundrechtseingriff herausgearbeitet:



Ein Eingriff in ein Grundrecht unter formellem Gesetzesvorbehalt ist zulässig, wenn der Eingriff

- gesetzlich vorgesehen
- im öffentlichen Interesse gelegen und
- verhältnismäßig ist (s dazu gleich).

• **Materieller Gesetzesvorbehalt**

Materielle Gesetzesvorbehalte sind gewissermaßen eine Weiterentwicklung der formellen Gesetzesvorbehalte. Auch hier ist Voraussetzung für einen Grundrechtseingriff ein **Gesetz**, außerdem werden aber in der Grundrechtsnorm **inhaltliche Kriterien** für einen gesetzlichen Eingriff in das Grundrecht normiert. Materielle Gesetzesvorbehalte finden sich häufig in der EMRK.

Art 8 Abs 2 EMRK legt konkret und abschließend fest, welche Ziele mit einem Grundrechtseingriff verfolgt werden dürfen (zB der „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“).



Ein Eingriff in ein Grundrecht unter materiellem Gesetzesvorbehalt ist zulässig, wenn der Eingriff

- gesetzlich vorgesehen
- eines der im Gesetzesvorbehalt genannten Ziele verfolgt und
- notwendig (= verhältnismäßig) ist (s dazu gleich).



Die bisherigen Ausführungen machen deutlich: Grundrechte unter formellem und materiellem Gesetzesvorbehalt unterscheiden sich mittlerweile (nur) in den zulässigen Eingriffszielen. Während bei Ersteren *jedes* öffentliche Interesse einen Grundrechtseingriff legitimieren kann, ist das bei Zweiteren nur bei *bestimmten* öffentlichen Interessen möglich.

Unterschiede

Bisweilen wird noch ein weiterer Typus eines Gesetzesvorbehalts unterschieden: Man kann von **qualifizierten Gesetzesvorbehalten** sprechen, wenn über die gesetzliche Grundlage hinaus noch weitere Bedingungen für einen Grundrechtseingriff erfüllt sein müssen. So verlangt etwa § 1 HausrechtsG für Hausdurchsuchungen einen richterlichen Befehl (s S 252).



• **Die Verhältnismäßigkeitsprüfung**

Wird die Rechtfertigung eines gesetzlichen Eingriffs geprüft, so ist – wie gezeigt – ein Kriterium die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht aus mehreren Prüfschritten:

- Ist die Maßnahme (der Grundrechtseingriff) **geeignet**, um ein legitimes Ziel zu verfolgen?
Der Gesetzgeber hat hier einen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum: Dass es auch andere geeignete Maßnahmen gibt, schadet nicht.

Prüfschritte

- Ist die Regelung zur Erreichung des Ziels **erforderlich**?
Der Gesetzgeber muss das gelindeste zum Ziel führende Mittel wählen. MaW: Es darf nur in so weit in die grundrechtliche Sphäre eingegriffen werden, als dies auch notwendig ist, um das öffentliche Ziel zu erreichen.
- Ist der Eingriff **adäquat** (verhältnismäßig ieS)?
Hier nimmt der VfGH eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Rechtfertigungsgründe vor: Je intensiver der Grundrechtseingriff ist, desto gewichtiger müssen die Rechtfertigungsgründe sein.



Bisweilen prüft der VfGH noch weiter, ob ein Grundrechtseingriff „auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist“ (s zB VfSlg 20.144/2017). Damit stellt der VfGH darauf ab, ob eine Regelung insgesamt sachlich ist, tatsächlich aber sind derartige Überlegungen ohne weiteres vom formalen Prüfschritt der „Adäquanz“ erfasst.



Dass ein Eingriff verhältnismäßig sein muss, kommt in den Gesetzesvorbehalten durch die Formulierung zum Ausdruck, wonach ein Eingriff „notwendig“ sein muss. Anders gewendet: „Notwendig“ ist nur ein verhältnismäßiger Eingriff.



In VfSlg 20.151/2017 prüft der VfGH die Verfassungskonformität eines Verbots des Versandhandels mit E-Zigaretten und Liquids, das einen Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit bewirkt. Dieses Verbot verfolgt ein **legitimes Ziel**, nämlich ua Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse durch die Verringerung ihrer Attraktivität nachhaltig zu reduzieren und es dient außerdem dem Jugendschutz. Zur Verfolgung dieses Ziels ist das Verbot **geeignet**, denn es trägt dazu bei, die allgemeine Verfügbarkeit von E-Zigaretten sowie den erleichterten Zugang und damit auch die Attraktivität zu reduzieren. Außerdem eignet es sich zum Jugendschutz, weil der Zugang zu diesen Produkten im Einzelhandel leichter kontrollierbar ist. Auch stehen – wiewohl der VfGH darauf nicht explizit eingeht – keine **gelingenderen Maßnahmen** zur Verfolgung des Ziels zur Verfügung. Schließlich ist das Verbot **adäquat**: Die Ziele, die der Gesetzgeber damit verfolgt – der Gesundheits- und Jugendschutz – sind von ganz erheblichem Gewicht. Sie sind gewichtiger als die Schwere des Grundrechtseingriffs, zumal Händler ihre Produkte ja im Einzelhandel vertreiben können.

In VfSlg 20.002/2015 hatte der VfGH Bestimmungen zu überprüfen, wonach E-Zigaretten und Liquids ausschließlich in Tabaktrafiken (und nicht im sonstigen Einzelhandel) verkauft werden durften. Auch für diese Regelung brachte der Gesetzgeber gesundheits- und jugendschutzpolitische Gründe und damit **legitime Ziele** vor. Die Maßnahme war auch – zumindest teilweise – zur Zielerreichung **geeignet**, sie war aber **nicht erforderlich**: Wenn nämlich mit dem Verbot ua die Einhaltung der Jugendschutzbestimmun-

gen sichergestellt werden soll, so könnte dies nicht nur durch Trafikanten, sondern auch durch Fachhändler sichergestellt werden. Der Gesetzgeber könnte gegebenenfalls die Instrumente der Aufsicht über die Fachhändler verschärfen: Dies wäre gegenüber dem Grundrechtseingriff eine gelindere Maßnahme als das Verkaufsverbot.

In den Gesetzesvorbehalten der Art 8 bis 11 EMRK wird explizit auf die „**demokratische Gesellschaft**“ Bezug genommen. Wenngleich es dafür keine abschließende Definition gibt, so hat eine demokratische Gesellschaft doch – dies lässt sich aus der Rsp des EGMR ableiten – verschiedene Merkmale: Sie ist pluralistisch, lässt Raum für unterschiedliche Meinungen und Religionen, schützt ihre Minderheiten und ist tolerant, weil auch solche Meinungen Raum finden, die andere verstören oder schockieren. All dies berücksichtigt der EGMR, wenn er die Schwere eines Grundrechtseingriffs oder die Wichtigkeit des Eingriffsziels beurteilt.



7.2.2.2.1.2 Ausgestaltungsvorbehalt

Ausgestaltungsvorbehalte finden sich nur vereinzelt. Sie ermächtigen den Gesetzgeber dazu, ein Grundrecht näher auszugestalten.

Das wichtigste Beispiel normiert Art 12 StGG, wonach die Ausübung des Vereins- und Versammlungsrechts „durch besondere Gesetze geregelt“ wird.



Der praktische Unterschied zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsvorbehalten ist gering: Auch mit der Ausgestaltung eines Grundrechts geht regelmäßig eine Einschränkung des Grundrechts einher. Die Unterscheidung hatte aber lange Zeit gewichtige Konsequenzen für die Prüfbefugnis des VfGH: Er nahm bei Grundrechten unter Ausgestaltungsvorbehalt eine sog Feinprüfung vor. Auch diese Rsp muss mittlerweile aber relativiert werden (s dazu S 266), womit die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Ausgestaltungsvorbehalten weiter an Bedeutung verloren hat.

Relativierung der Unterschiede

7.2.2.2.2 Grundrechte ohne Gesetzesvorbehalt

Manche Grundrechte stehen unter keinem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt. Sie lassen sich in drei Gruppen unterscheiden:

drei Gruppen

7.2.2.2.2.1 Immanente Schranken

Zwar beinhalten manche Grundrechte keinen Gesetzesvorbehalt, das bedeutet dennoch nicht zwangsläufig, dass sie auch absolut gewährleistet sind. Sie können nämlich sog immanenten Schranken unterlie-

gen, die sich **aus der gesamten Rechtsordnung** ergeben. Dann sind solche Beschränkungen zulässig, die sich aus der Rechtsordnung gewissermaßen als Nebeneffekt ergeben, solange sie **verhältnismäßig** sind. Verboten sind hingegen sog **intentionale Beschränkungen**, also Beschränkungen, die gerade darauf abzielen, ein Grundrecht zu beschränken. Auf diese Weise grenzt das Kriterium der Intentionalität die zulässigen (und verhältnismäßigen) von den unzulässigen Eingriffen ab.

Grundrechte mit immanenten Schranken sind zB die Freiheit der Wissenschaft (Art 17 StGG) und der Kunst (Art 17a StGG).



Eine Architektin muss sich bei der Verwirklichung ihrer Projekte an die Vorgaben des Baurechts halten. Das kann die Freiheit der Kunst beschränken, ist aber von den immanenten Schranken gedeckt: Die Rechtsordnung enthält Bestimmungen, um jene Gefahren zu vermeiden, die von baulichen Anlagen ausgehen. Auf diese Weise werden der Grundrechtsausübung immanente Schranken gesetzt.

7.2.2.2.2 Ungeschriebene Gesetzesvorbehalte

Bei manchen – formal vorbehaltlos gewährleisteten – Grundrechten wird ein **Gesetzesvorbehalt aus vergleichbaren Grundrechten** abgeleitet.



Die Liegenschaftsfreiheit gem Art 6 StGG steht in engem systematischem Zusammenhang mit der Eigentumsfreiheit (Art 5 StGG) und der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG). Wegen dieses engen systematischen und inhaltlichen Zusammenhangs werden die dafür geltenden (geschriebenen) Gesetzesvorbehalte sinngemäß auf die Liegenschaftsfreiheit angewendet.

7.2.2.2.3 Absolut gewährleistete Grundrechte

Manche Grundrechte normieren keinen Gesetzesvorbehalt und sind auch tatsächlich absolut gewährleistet: Hier gibt es keinen Grund, der einen Eingriff in das Grundrecht legitimieren könnte. Damit **entfällt** bei der Grundrechtsprüfung die **Rechtfertigungsebene**: Jeder Grundrechtseingriff ist als Verletzung zu qualifizieren. Wenig überraschend sind manche Fundamentalgarantien absolut gewährleistet: Art 3 EMRK, Art 4 Abs 1 EMRK, Art 85 B-VG oder Art 5 BVG Kinderrechte.