



BUNDESMINISTERIUM
FÜR JUSTIZ

GRUNDRECHTE IM GERICHTLICHEN BERUFSALLTAG

Skriptum zum RiAA-Grundrechtsmodul

© 2015 BIM, BMJ, ETC, Fachgruppe Grundrechte, ÖIM

3., neu bearbeitete Auflage, Stand Jänner 2015

3., neu bearbeitete Auflage, Stand Jänner 2015

© 2015 BIM, BMJ, ETC, Fachgruppe Grundrechte, ÖIM

Im Auftrag der Vereinigung österreichischer Richterinnen und Richter, Fachgruppe Grundrechte, Museumstraße 12, 1016 Wien

Finanziert seitens des Bundesministeriums für Justiz (BMJ), Museumstraße 7, 1070 Wien

Vorwort

Ausgehend vom Befund der *Fachgruppe Grundrechte und interdisziplinärer Austausch der Vereinigung österreichischer Richterinnen und Richter* über die Unzulänglichkeit der Ausbildung der RichteramtsanwärterInnen (RiAA) im Bereich der – auch für die Richterprüfung relevanten – Grundrechte, gab das *Bundesministerium für Justiz* im Jahr 2007 den Startschuss zur Entwicklung eines Grundrechtsmoduls für die zukünftige RichterInnenausbildung in Österreich. Der Auftrag wurde im Rahmen eines Gemeinschaftsprojekts dreier Institute mit langjähriger Erfahrung im Grundrechtsbereich, dem *Europäischen Trainings- und Forschungszentrum für Menschenrechte und Demokratie* (ETC) Graz, dem *Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte* (BIM) in Wien sowie dem *Österreichischen Institut für Menschenrechte* (ÖIM) aus Salzburg, und in enger Kooperation mit Ministerium und Richtervereinigung umgesetzt.

Im Zuge des Projekts wurde zunächst die vorliegende Lernunterlage erarbeitet, die als Grundlage für die Durchführung von dreitägigen Grundrechtsseminaren dient. Diese seit April 2008 in sämtlichen Oberlandesgerichtssprengeln in Österreich organisierten Seminare basieren auf einem Tandem-Prinzip, d.h. dem Training durch jeweils eine/n Menschenrechtsexperten/Menschenrechtsexpertin gemeinsam mit einem/einer RichterIn. Die Beziehung externer ReferentInnen zu besonders grundrechtssensiblen Problemkreisen (zB Dolmetschen bei Gericht, Medienrecht, Datenschutz) und eine große Auswahl an Fallbeispielen tragen dem Anspruch Rechnung, genügend Spielraum für eine individuelle Seminargestaltung offen zu lassen. Primäres Ziel des verpflichtenden Moduls ist die Bewusstseins Schärfung künftiger RichterInnen und StaatsanwältInnen hinsichtlich potenzieller Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Positionen von Verfahrensbeteiligten aufgrund der verschiedenen richterlichen Handlungen und Entscheidungen.

Dank gilt in erster Linie der *Fachgruppe Grundrechte*, deren Anregungen und fortwährende Bemühungen das Grundrechtsmodul für RiAA ins Leben gerufen haben, sowie dem *Bundesministerium für Justiz*, durch dessen finanzielle Zuwendung die Grundrechtsausbildung auf eine sichere Basis gestellt werden konnte. Weiters danken die AutorInnen den Justizangehörigen Mag.^a *Susanne Lehr*, Dr. *Hagen Nordmeyer*, Mag.^a *Andrea Popp*, Mag. *Michael Reiter*, Mag. *Michael Schwanda*, Dr. *Andreas Sengtschmid* und Mag. *Wolfgang Wolmuth* für ihre wertvolle Mitwirkung bei der Auswahl und Bearbeitung der Fallbeispiele.

Das vorliegende Skriptum ist die dritte, neu bearbeitete Auflage der ursprünglichen Seminarunterlage und bildet den aktuellen Rechtsbestand mit 1. März 2014 ab.

Die AutorInnen

Wien/Graz/Salzburg, im März 2014

Dr.ⁱⁿ *Kerstin Buchinger*, LL.M, Dr.ⁱⁿ *Marta Hodasz*, Dr.ⁱⁿ *Julia Planitzer*, Mag.^a *Astrid Steinkellner*, ao. Univ.-Prof. Dr. *Hannes Tretter*, Dr. *Christof Tschohl* (BIM)

Mag.^a *Veronika Apostolovski*, E.MA, Mag. *Maximilian Kronawetter*, Mag.^a *Sarah Kumar*, Dr. *Klaus Starl* (ETC)

Dr. *Philip Czech*, Dr. *Eduard Christian Schöpfer*, Dr. *Stefan Kieber* (ÖIM)

INHALTSVERZEICHNIS

<u>I TEIL: DOGMATISCHE GRUNDLAGEN.....</u>	<u>1</u>
<u>1 EINLEITUNG</u>	<u>1</u>
1.1 RELEVANZ DER GRUND- UND MENSCHENRECHTE FÜR DIE JUSTIZ	1
1.2 RECHTSQUELLEN.....	2
1.2.1 ÖSTERREICH	2
1.2.2 EUROPA	3
1.2.3 VEREINTE NATIONEN	4
1.3 ÜBERBLICK UND EINTEILUNG DER GRUNDRECHTE	5
<u>2 ALLGEMEINE GRUNDRECHTSLEHREN</u>	<u>11</u>
2.1 DEMOKRATIE – GEWALTENTEILUNG – RECHTSSTAATLICHKEIT – MENSCHENRECHTE	11
2.2 UNTERSCHIED MENSCHENRECHTE - GRUNDRECHTE	12
2.3 GRUND- UND MENSCHENRECHTE ALS WERTVORSTELLUNGEN UND ORIENTIERUNGSNORMEN.....	13
2.4 GRUNDRECHTE ALS VERFASSUNGSGESETZLICH GEWÄHRLEISTETE, DURCHSETZBARE RECHTE	14
2.5 GRUNDRECHTSINTERPRETATION UND IHRE METHODEN	15
2.6 GRUNDRECHTSTRÄGERSCHAFT.....	16
2.7 WIRKUNGSEBENEN UND WIRKUNGSWEISE VON GRUNDRECHTEN	18
2.7.1 BINDUNG DER GESETZGEBUNG AN DIE GRUNDRECHTE.....	18
2.7.2 BINDUNG DER VOLLZIEHUNG AN DIE GRUNDRECHTE	19
2.7.3 FISKALGELTUNG DER GRUNDRECHTE.....	21
2.7.4 DRITTWIRKUNG VON GRUNDRECHTEN: BINDUNG VON PRIVATEN AN GRUNDRECHTE	21
2.8 UMFASSENDE STAATLICHE GEWÄHRLEISTUNGSPFLICHT (<i>RESPECT-PROTECT- FULFIL</i>)	23
2.8.1 ALLGEMEINES	23
2.8.2 PFLICHT ZUR ACHTUNG (GESETZGEBUNG UND VOLLZIEHUNG)	24
2.8.3 SCHUTZPFLICHT (GESETZGEBUNG UND VOLLZIEHUNG)	25
2.8.4 LEISTUNGSPFLICHT (GESETZGEBUNG UND VOLLZIEHUNG)	27
2.9 GRUNDRECHTSEINGRIFFE UND GRUNDRECHTSSCHRANKEN	28
2.9.1 ABSOLUTE UND UNTER EINGRIFFSVORBEHALT STEHENDE GRUNDRECHTE	28
2.9.2 FORMELLE UND MATERIELLE GRUNDRECHTSSCHRANKEN.....	28
2.9.3 GRUNDRECHTSEINGRIFF – GRUNDRECHTSVERLETZUNG.....	29
2.9.4 GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEIT (VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRINZIP)	29

<u>3</u>	<u>SCHUTZ DER GRUNDRECHTE.....</u>	<u>32</u>
3.1	GRUNDRECHTSSCHUTZ DURCH DEN VERFASSUNGSGERICHTSHOF	32
3.1.1	ALLGEMEINES	32
3.1.2	VERORDNUNGSPRÜFUNGSVERFAHREN	34
3.1.3	GESETZSPRÜFUNGSVERFAHREN.....	35
3.1.4	BESCHEIDBESCHWERDE (SONDERVERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT).....	36
3.2	GRUNDRECHTSSCHUTZ DURCH DIE ORDENTLICHE GERICHTSBARKEIT	37
3.2.1	ALLGEMEINES	37
3.2.2	GRUNDRECHTSBESCHWERDE AN DEN OGH.....	40
3.2.3	PARTEIANTRAG AUF NORMENKONTROLLE DURCH DEN VFGH	41
3.3	GRUNDRECHTSSCHUTZ DURCH ANDERE UNABHÄNGIGE KONTROLLEINRICHTUNGEN.....	44
3.3.1	ALLGEMEINES	44
3.3.2	DATENSCHUTZBEHÖRDE	45
3.3.3	RECHTSSCHUTZBEAUFTRAGTE.....	46
3.3.4	MENSCHENRECHTSBEIRAT	47
3.3.5	REFORM DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT: NEUE RECHTSLAGE SEIT 1.1.2014	48
3.3.6	VERWALTUNGSGERICHTE	49
3.3.7	BUNDESVERWALTUNGSGERICHT	50
3.3.8	GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION	51
3.4	GRUNDRECHTSSCHUTZ DURCH DEN EGMR.....	51
3.4.1	ALLGEMEINES	51
3.4.2	ÜBERSICHT ÜBER ORGANE UND VERFAHREN	54
3.4.3	STAATENBESCHWERDEVERFAHREN	55
3.4.4	INDIVIDUALBESCHWERDEVERFAHREN.....	55
3.4.5	DIE URTEILE DES EGMR.....	57
3.5	GRUNDRECHTSSCHUTZ DURCH DEN EUGH	58
3.6	ZUM VERHÄLTNIS ZWISCHEN NATIONALEM GRUNDRECHTSSCHUTZ, SCHUTZ DER GRUNDRECHTE DURCH DEN EUGH UND DEM MENSCHENRECHTSSCHUTZ DES EGMR	63
<u>II</u>	<u>TEIL: AUSGEWÄHLTE GRUNDRECHTE.....</u>	<u>69</u>
<u>4</u>	<u>PROZESSUALE RECHTE.....</u>	<u>69</u>
4.1	RECHT AUF EIN FAIRES VERFAHREN VOR EINEM UNABHÄNGIGEN UND UNPARTEIISCHEN GERICHT (ART 6 EMRK).....	70
4.1.1	ERLÄUTERUNG DES BEGRIFFS „FAIRES VERFAHREN“	70
4.1.2	DIE EINZELNEN VERFAHRENSGARANTIEN	71
4.1.3	UNABHÄNGIGKEIT BZW. UNPARTEILICHKEIT DES GERICHTS	89
4.1.4	VERFAHRENSDAUER – ENTSCHEIDUNG INNERHALB ANGEMESSENER FRIST.....	90
4.1.5	SPEZIFISCHES ZUM STRAF(PROZESS-)RECHT.....	92
4.1.6	SPEZIFISCHES ZUM ZIVIL(PROZESS-)RECHT	99

4.1.7	HERAUSFORDERUNGEN IN DER PRAXIS:	102
4.1.8	REFLEXIONSFRAGEN	104
4.2	NULLUM CRIMEN SINE LEGE, NULLA POENA SINE LEGE (ART 7 EMRK)	105
4.2.1	FALLBEISPIELE	106
	FALLBEISPIEL:	106
4.2.2	ZUSAMMENFASSUNG UND REFLEXIONSFRAGEN.....	109
4.3	DIE VERFAHRENSGARANTIEEN DER ART 2 UND 4 DES 7. ZUSATZPROTOKOLLS ZUR EMRK	109
4.3.1	RECHTSMITTEL IN STRAFSACHEN – RECHT AUF ÜBERPRÜFUNG VON STRAFURTEILEN (ART 2 7. ZP EMRK).....	109
4.3.2	DAS VERBOT DER DOPPELBESTRAFUNG UND -VERFOLGUNG (ART 4 7. ZP EMRK)	111
4.3.3	REFLEXIONSFRAGEN	116
5	<u>AUSGEWÄHLTE MATERIELLE RECHTE</u>	116
5.1	RECHT AUF FREIHEIT UND SICHERHEIT (ART 5 EMRK)	116
5.1.1	SCHUTZBEREICH UND ERLÄUTERUNG DES BEGRIFFS „FREIHEITSENTZIEHUNG“	116
5.1.2	DIE HAFTGRÜNDE DES ART 5 ABS 1 LIT A BIS F EMRK	117
5.1.3	DIE RECHTE DER FESTGENOMMENEN UND INHAFTIERTEN PERSONEN	120
5.1.4	ART 5 ABS 4 EMRK: DAS RECHT AUF EINE GERICHTLICHE HAFTKONTROLLE.....	122
5.1.5	ART 5 ABS 5 EMRK: RECHT AUF ENTSCHÄDIGUNG.....	123
5.1.6	FALLBEISPIELE (EGMR UND SONSTIGE).....	123
5.1.7	HERAUSFORDERUNGEN IN DER RECHTSPRAXIS	127
5.1.8	REFLEXIONSFRAGEN	128
5.2	RECHT AUF PRIVAT- UND FAMILIENLEBEN (ART 8 EMRK)	128
5.2.1	SCHUTZBEREICH.....	128
5.2.2	EINGRIFFSTATBESTÄNDE.....	131
5.2.3	SPEZIFISCHES IM STRAF(PROZESS-)RECHT	131
5.2.4	SPEZIFISCHES IM ZIVIL(PROZESS-)RECHT	146
5.2.5	HERAUSFORDERUNGEN IN DER RECHTSPRAXIS UND REFLEXIONSFRAGEN	150
5.3	GEDANKEN-, GEWISSENS- UND RELIGIONSFREIHEIT (ART 9 EMRK).....	151
5.3.1	SCHUTZBEREICH.....	151
5.3.2	SPEZIFISCHES IM STRAF(PROZESS-)RECHT	153
5.3.3	EINGRIFFSTATBESTÄNDE.....	154
5.3.4	FALLBEISPIEL	155
5.3.5	HERAUSFORDERUNGEN IN DER RECHTSPRAXIS	157
5.4	DIE FREIHEIT DER MEINUNGSÄUßERUNG (ART 10 EMRK).....	160
5.4.1	ALLGEMEINES	160
5.4.2	SCHUTZBEREICH DER MEINUNGSFREIHEIT	161
5.4.3	GRUNDRECHTSSCHRANKEN UND -EINGRIFFE.....	164
5.4.4	ALLGEMEINE KRITERIEN DER VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRÜFUNG.....	167
5.4.5	EINGRIFFE ZUM SCHUTZ VON EHRE UND ANSEHEN.....	171

5.4.6	EINGRIFFE ZUM SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE	175
5.4.7	EINSCHRÄNKUNGEN EXTREMER POLITISCHER ÄUßERUNGEN (<i>HATE SPEECH</i>)	181
5.4.8	FALLPRÜFUNGSSCHEMA	182
5.4.9	REFLEXIONSFRAGEN	183
5.5	RECHT AUF EIGENTUM (ART 1 1. ZP EMRK)	183
5.5.1	ERLÄUTERUNG DES RECHTSANSPRUCHS	183
5.5.2	SPEZIFISCHES IM STRAFPROZESSRECHT	186
5.5.3	SPEZIFISCHES IM ZIVILPROZESSRECHT	188
5.5.4	ZUSAMMENFASSUNG UND REFLEXIONSFRAGEN	191
6	<u>GLEICHHEITSRECHT UND DISKRIMINIERUNGSVERBOT</u>	<u>192</u>
6.1	GLEICHHEITSSATZ (ART 7 B-VG)	192
6.2	BVG „RASSENDISKRIMINIERUNG“	194
6.3	ÖSTERREICHISCHES GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ	194
6.4	DISKRIMINIERUNGSVERBOT (ART 14 EMRK)	197
6.4.1	AUSFORMUNGEN DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTES	197
6.4.2	FALLBEISPIEL	199
6.5	ALLGEMEINES GLEICHBEHANDLUNGSGEBOT (12. ZP EMRK)	202
6.6	GLEICHBERECHTIGUNG DER EHEGATTEN (ART 5 7. ZP EMRK)	202
6.7	ZUSAMMENFASSUNG	203
	<u>ANHANG</u>	<u>204</u>
7	<u>EUROPÄISCHE DATENBANKEN</u>	<u>204</u>
7.1	HUDOC – JUDIKATURDATENBANK DES EGMR	204
7.1.2	DIE SUCHMASKE	205
7.1.3	DIE EINZELNEN FILTER	206
7.1.4	DIE FORTGESCHRITTENE SUCHE („ADVANCED SEARCH“)	207
7.1.5	SORTIERUNG DER RESULTATE	209
7.1.6	DIE ANZEIGE DER SUCHERGEBNISSE	210
7.2	NEWSLETTER MENSCHENRECHTE – ONLINE-ARCHIV	211
7.2.1	INHALT DER DATENBANK	211
7.2.2	SCHNELLSUCHE	211
7.2.3	KOMPLEXE SUCHE	212
7.3	EGMR-JUDIKATUR IM RIS	215
7.4	WEITERFÜHRENDE LINKS:	216

I Teil: Dogmatische Grundlagen

1 Einleitung

1.1 Relevanz der Grund- und Menschenrechte für die Justiz

Das österreichische Rechtssystem sieht für den Schutz der Grund- und Menschenrechte zwei verschiedene Wege vor, deren Beschreitung jeweils von der zu entscheidenden Materie abhängt. Für den Bereich des Verwaltungsrechts besteht die Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit des VfGH, nämlich in Form der Bescheidbeschwerde gegen letztinstanzliche verwaltungsbehördliche Entscheidungen gem. Art 144 B-VG. Damit steht auf diesem Weg ein Rechtsmittel zur Verfügung, dessen zentrale Aufgabe der Schutz der Grundrechte ist. Demgegenüber sind sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht ausschließlich die ordentlichen Gerichte zuständig. Der Grundrechtsschutz wird hier – abgesehen von der Grundrechtsbeschwerde in Strafsachen – nicht durch eigene Verfahren bewerkstelligt, vielmehr ist er von allen Instanzen und im Rahmen aller zur Verfügung stehenden Rechtsmittel wahrzunehmen.

Ein Blick auf die Statistik zeigt, dass die Republik Österreich vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) öfter wegen Verletzung der EMRK in zivil- und strafrechtlichen als in verwaltungsrechtlichen Fällen verurteilt wurde.¹ Allerdings ist davon abzuraten, daraus voreilige Schlüsse über die Qualität des Grundrechtsschutzes durch die ordentlichen Gerichte zu ziehen. Gleichzeitig ist es Aufgabe einer kritischen Justiz, mögliche (eventuell systembedingte) Schwachstellen zu sondieren. So wird der OGH als letzte Instanz in Zivil- und Strafrechtssachen häufig mit Fragen konfrontiert, deren grundrechtliche Relevanz, falls vorhanden, nur schwer zu erkennen ist. Die Grundrechtsprobleme „verschwimmen“ so nicht selten zwischen den komplexen Fallproblemen. Dies gilt besonders im Zivilprozess, der von widerstreitenden Interessen der Prozessparteien geprägt ist. Auf solche Weise wächst die Gefahr, dass die Beeinträchtigung einer Grundrechtsposition einer bzw. eines Beteiligten übersehen oder unzureichend gewürdigt wird.

Dem Problem kann begegnet werden, indem grundrechtlich gebotene Überlegungen bzw. Abwägungen bereits in die Entscheidungsbegründungen der Unterinstanzen Eingang finden. Unabdingbare Voraussetzung dafür ist aber, dass der grundrechtliche „Spürsinn“ besonders der ErstrichterInnen entsprechend geschärft ist. Zwar wird in der Literatur zum Grund-

¹ *Tretter*, Die Grundrechte in Österreich (1998), 92. Eine Durchsicht der EGMR Urteile gegen die Republik Österreich seit Anfang 1998 zeigt, dass sich an dieser Tendenz seither nichts geändert hat.

rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte hauptsächlich der OGH in seiner Eigenschaft als „oberster Wahrer der Grundrechte“ hervorgehoben. In der Alltagspraxis liegt der Grundrechtsschutz jedoch überwiegend bereits in der Hand der Erstgerichte.

Dort haben die RichterInnen ständig Entscheidungen zu treffen, die auf die eine oder andere Weise in grundrechtlich geschützte Positionen von Verfahrensbeteiligten eingreifen. Vielfach handelt es sich dabei um Entscheidungen im Rahmen der Prozessleitung, gegen die kein abgesondertes Rechtsmittel zulässig ist, sodass eine allfällige Grundrechtsverletzung besonders schwer wiegt. So kann beispielsweise im Besitzstörungsverfahren eine einstweilige Vorkehrung, mit der eine Eigentumsbeschränkung verfügt wird, erst im Rekurs gegen den Endbeschluss bekämpft werden. Dass solche Entscheidungen in der Regel unter starkem Zeitdruck zu treffen sind, erschwert zusätzlich die Aufgabe des Grundrechtsschutzes. Umso dringender erscheint es daher, die RichterInnen bereits während ihrer Ausbildung in der Entwicklung eines grundrechtlichen Problembewusstseins zu unterstützen.

1.2 Rechtsquellen

1.2.1 Österreich

Hierzulande bildet nach wie vor das aus dem Jahre 1867 stammende „Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (StGG)“ den Kern des nationalen Grundrechtskatalogs, der im Laufe der Zeit um einige Rechte, teils auch außerhalb des Staatsgrundgesetzes, erweitert und mit der Erlassung speziellerer und detailreicherer Bundesverfassungsgesetze modernisiert wurde. Das eigentliche Herz des österreichischen Grundrechtsbestandes verkörpert allerdings die EMRK, die 1964 ausdrücklich in Verfassungsrang gehoben wurde, womit jedenfalls seit diesem Zeitpunkt die in ihr garantierten Rechte und Freiheiten als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte gelten.² Bemerkenswert ist, dass nach der jüngeren Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua) auch die von der EU-Grundrechtecharta (ausführlicher Kapitel 3.5) garantierten Rechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden können und daher im Anwendungsbereich der Grundrechtecharta einen Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle (Art 139 und Art 140 B-VG) bilden.

² Vgl *Tretter*, Die Grundrechte in Österreich (1998), 18.

1.2.2 Europa

Neben der EMRK bestehen noch weitere Übereinkommen des Europarates, zu deren Einhaltung Österreich völkerrechtlich verpflichtet ist: ua die Europäische Sozialcharta 1961 samt Zusatzprotokollen, die Konvention zum Schutz von Personen im Bereich personenbezogener automatischer Datenverarbeitung 1981 und das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten 1994. Diese wurden allerdings nicht im Verfassungsrang, sondern lediglich auf einfachgesetzlicher Ebene und mit dem Vorbehalt der Erlassung besonderer Gesetze zu ihrer Erfüllung in die österreichische Rechtsordnung übernommen. Die in diesen Übereinkommen genannten Rechte sind vor österreichischen Behörden somit nicht verfassungsgesetzlich gewährleistet und nicht unmittelbar anwendbar, genießen daher keinen Vorrang vor einfachen Gesetzen und können auch nicht vor dem VfGH oder einer anderen Instanz eingeklagt werden. Allerdings hat der Gesetzgeber dafür zu sorgen, dass die zur Verwirklichung der Übereinkommen notwendigen gesetzlichen oder auch verfassungsgesetzlichen Bestimmungen erlassen werden. Dies ist in Österreich nicht in allen Fällen und oft nicht mit der nötigen Konsequenz geschehen.³

Mit Inkrafttreten des im Dezember 2007 unterzeichneten Reformvertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 wurden die bisherigen Vertragswerke der Gemeinschaften (der vormals sogenannten „Ersten Säule“ der EU) zusammengefasst zum „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV). Dieser ergänzt nun den Vertrag über die Europäische Union (EUV), die beiden Verträge bilden damit gemeinsam die primärrechtliche Grundlage des politischen Systems der EU. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Europäische Gemeinschaft aufgelöst und all ihre Funktionen von der EU übernommen. Das EU-Recht, das in allen Mitgliedstaaten als „supranationales Recht“ Vorrang vor nationalem Recht (auch vor Verfassungsrecht) hat, enthält neben den sog. „vier Freiheiten“ (Freiheit des Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs) und dem Diskriminierungsverbot des Art 19 AEUV (ex-Art 13 EGV) keinen eigenen Katalog an, mit Grund- oder Menschenrechten vergleichbaren, individuellen Garantien. Allerdings hat der EuGH schon früh eine Rechtsprechung entwickelt, die sich an den europäischen Grundrechtsstandards orientiert, wie sie vor allem in der EMRK festgelegt sind. Aus diesem Grund wurde mit den Verträgen von Maastricht und Amsterdam in Art 6 des EU-Vertrags festgelegt, dass die Union auf den Grundsätzen der Freiheit, Demokratie, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit beruht, wie sie allen Mitgliedstaaten zu eigen sind. Ferner bekennt sich Art 6 ausdrücklich zur Achtung der Grundrechte, wie sie in der

³ Vgl *Tretter*, Die Grundrechte in Österreich (1998), 20f.

EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.⁴

Der Reformvertrag von Lissabon lässt eine wesentliche Stärkung der Grundrechte auf EU-Ebene erwarten: Die seither rechtsverbindliche EU-Grundrechtecharta⁵ (ausführlicher Kapitel 3.5) fasst in sechs Unterkapiteln sowohl bürgerliche und politische wie wirtschaftliche und soziale Rechte zusammen, die auf den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen und internationalen Veungen der Mitgliedsstaaten basieren. Ihre Einhaltung ist somit Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe und Mitgliedsländer bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts; folglich können Einzelpersonen in Zukunft ihre Grundrechte sowohl in Verfahren vor dem EuGH sowie vor den nationalen Gerichten geltend machen.⁶ Darüber hinaus eröffnet der Vertrag von Lissabon erstmals die Möglichkeit eines Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, sodass künftig die Verantwortung der EU für die Gewährleistung der Konventionsrechte unmittelbar und nicht nur über den lückenhaften Umweg der Staatenverantwortung einer Prüfung durch den EGMR zugänglich wird.⁷

1.2.3 Vereinte Nationen

Zu den menschenrechtlichen Übereinkommen auf Ebene der Vereinten Nationen zählen insbesondere folgende: das Übereinkommen zur Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung 1965, der Pakt über bürgerliche und politische Rechte 1966 samt Zusatzprotokollen, der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte 1966, das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau 1979 samt Zusatzprotokoll, das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe 1984 samt Zusatzprotokoll, das Übereinkommen über die Rechte des Kindes 1989 samt Zusatzprotokollen, das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen 2006 samt Zusatzprotokoll.

Davon wurden lediglich die Art 1 und 2 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung sowie Art 1 - 4 des Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung der Frau in Verfassungsrang gehoben,

⁴ Vgl. *Tretter*, Die Grundrechte in Österreich (1998), 19.

⁵ http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2004/c_310/c_31020041216de00410054.pdf.

⁶ Vgl. Walter Obwexer, Die Rechtsstellung Einzelner in der Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, ÖJZ 2010/13, 107.

⁷ Vgl. *Zukunft Europa: Der Reformvertrag von Lissabon*, Eine Information der Österreichischen Bundesregierung (2007), 32. S dazu auch Kapitel 3.5.

versehen mit einem Durchführungsvorbehalt (was sie nicht unmittelbar anwendbar macht). Der Grundgedanke des Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung wurde mit dem BVG zur Durchführung dieses Übereinkommens 1973 in Form eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten und individuell durchsetzbaren Verbots rassistischer Diskriminierung transformiert. Dagegen wurde als einfaches Gesetz ohne Durchführungsvorbehalt das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe 1984 in die österreichische Rechtsordnung inkorporiert. Es stellt also insoweit innerstaatlich anwendbares Recht dar, wenn auch nicht auf verfassungsrechtlicher Ebene.

Lediglich vor Organen der Vereinten Nationen können die Rechte aus dem Pakt über zivile und politische Rechte 1966 und dem Übereinkommen gegen Folter 1984 individuell eingeklagt werden.⁸

1.3 Überblick und Einteilung der Grundrechte

Grund- und Menschenrechte können nach verschiedenen Gesichtspunkten systematisiert werden:

- nach Rechten, die allen Menschen zukommen (daher auch „Menschenrechte“ genannt) und solchen, die nur Staatsangehörigen zustehen (oft als „Grundrechte“ bezeichnet);
- nach Rechten, die auf nationaler bzw. europäischer (dann meist „Grundrechte“ genannt) sowie auf internationaler Ebene („Menschenrechte“) gewährleistet werden.

Die nachstehende Einteilung orientiert sich an inhaltlichen Indikatoren: Sie versucht darzustellen, welche Rechte welchen übergeordneten Sachzusammenhängen zugewiesen werden können. Dahinter steht die Überlegung, dass manche der in den jeweiligen Kategorien erfassten Rechte einander ergänzen bzw. überschneiden, was wesentliche Hinweise für eine gesamtheitliche grundrechtliche Betrachtung eines Sachverhalts geben kann.

An erster Stelle sind die **existentiellen Rechte** zu nennen, die die Existenz des Menschen in faktischer wie rechtlicher Hinsicht schützen. Sie sind zudem „notstandsfest“, d.h. sie dürfen auch in Notstandssituationen (wie sie in Art 15 EMRK genannt sind) nicht außer Kraft gesetzt werden. Daraus resultiert eine gewisse Höherrangigkeit dieser Rechte, die in Abwägungsprozessen eine Rolle spielen kann.

⁸ Vgl. *Tretter*, Die Grundrechte in Österreich (1998), 20f.

Rechtsgrundlagen:

- Recht auf Leben - Art 2 EMRK und Art 2 Abs 1 der Charta der Grundrechte
- Verbot der Todesstrafe - Art 85 B-VG, 6. ZP EMRK und 13. ZP EMRK sowie Art 2 Abs 2 der Charta der Grundrechte
- Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung - Art 3 EMRK und Art 4 der Charta der Grundrechte
- Verbot der Sklaverei und Leibeigenschaft - Art 4 Abs 1 EMRK und Art 5 Abs 1 der Charta der Grundrechte
- Aufhebung des Untertänigkeits- und Hörigkeitsverbandes - Art 7 StGG

Die **persönlichen Freiheitsrechte und Rechte auf Freizügigkeit** beziehen sich – wie sich aus der Bezeichnung der Rechte schon ergibt – auf alle Fälle, in denen Menschen in ihrer Bewegungsfreiheit durch Inhaftierung oder Reise- oder Ortsverbote beschränkt sind.

Rechtsgrundlagen:

- Recht auf persönliche Freiheit - Art 5 EMRK und BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit 1988 und Art 6 der Charta der Grundrechte
- Grundrechtsbeschwerde-Gesetz 1992
- Verbot der Schuldhaft - Art 1 4. ZP EMRK
- Recht auf Entschädigung bei zu Unrecht verbüßter Haft - Art 3 des 7. ZP EMRK
- Rechte auf Freizügigkeit - Art 4 und 6 StGG, Art 2 - 4 4. ZP EMRK, Art 1 7. ZP EMRK sowie Art 45 der Charta der Grundrechte
- Rechte auf Verbot der Ausweisung sowie der Aus- und Durchlieferung - Art 3 4. ZP EMRK sowie §§ 12 und 44 Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz (ARHG) sowie Art 19 der Charta der Grundrechte

Die Rechte des **Privat- und Familienlebens** schützen nicht nur die klassisch-liberalen Bereiche ungestörten privaten und familiären Daseins einschließlich jeder dazu gehörenden Kommunikation und Beziehung, das Recht auf Eheschließung und Familiengründung sowie die Rechte auf Achtung der Wohnung und des Brief- und Fernmeldegeheimnisses, sondern auch das Recht auf individuelle (insbesondere auch sexuelle) Selbstbestimmung, das Recht auf Datenschutz sowie neuerdings auch verschiedene Aspekte des Lebensumfeldes (vor allem im Kontext des Umweltschutzes).

Rechtsgrundlagen:

- Recht auf Achtung des Privatlebens - Art 8 EMRK und Art 7 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Achtung des Familienlebens - Art 8 EMRK und Art 7 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Datenschutz - Art 1 Datenschutzgesetz 1978 und Art 8 EMRK sowie Art 8 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Eheschließung und Familiengründung - Art 12 EMRK und Art 9 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Achtung des Brief- und Fernmeldegeheimnisses - Art 10 und Art 10a StGG sowie Art 8 EMRK
- Recht auf Achtung der Wohnung - Gesetz zum Schutze des Hausrechtes 1862, Art 9 StGG und Art 8 EMRK

Die **geistigen Rechte** fassen alle Aspekte der „inneren Freiheit“ des Menschen, wie Gedanken-, Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie Rechte von Religionsgemeinschaften zusammen.

Rechtsgrundlagen:

- Gedanken- und Gewissensfreiheit - Art 14 und 16 StGG, Art 63 Abs 2 des Staatsvertrages von St. Germain 1919 und Art 9 EMRK sowie Art 10 Abs 1 S 1 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Zivildienstleistung - Art 9a Abs 3 B-VG und § 2 ZDG sowie Art 10 Abs 2 der Charta der Grundrechte
- Glaubens- und Religionsfreiheit - Art 14 und 16 StGG, Art 63 Abs 2 des Staatsvertrages von St. Germain 1919 und Art 9 EMRK sowie Art 10 Abs 1 der Charta der Grundrechte
- Rechte gesetzlich anerkannter Kirchen und Religionsgemeinschaften - Art 15 StGG und Art 17 Abs 4 StGG, Art 63 Abs 2 des Staatsvertrages von St. Germain 1919 sowie § 1 Abs 1 Evangelische Kirche - Gesetz

Zu den **politischen Rechten** werden alle diejenigen Rechte gezählt, die im weitesten Sinn der Partizipation des Menschen am politischen Prozess im Rahmen einer demokratischen Gesellschaft dienen. Daher zählen nicht nur die „klassischen“ politischen Rechte (wie zB das Wahlrecht ua) dazu, sondern auch die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit sowie die Vereinigungsfreiheit.

Rechtsgrundlagen:

- Recht auf freie und demokratische Wahlen - Art 23a, 26, 95 und 117 B-VG, Art 8 des Staatsvertrages von Wien 1955 sowie Art 3 des 1. ZP EMRK; im Rahmen der EU Art 39 und Art 40 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit - Art 13 StGG, Z 1 und 2 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung 1918, BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks 1974 und Art 10 EMRK sowie Art 11 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Vereinigungsfreiheit - Art 12 StGG, Z 3 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung 1918, Art 9 und 10 Staatsvertrag von Wien 1955 sowie Art 11 EMRK und Art 12 Abs 1 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Gründung und freie Betätigung politischer Parteien - § 1 Parteiengesetz 1975
- Recht auf Versammlungsfreiheit - Art 12 StGG, Z 3 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung 1918 und Art 11 EMRK sowie Art 12 Abs 1 der Charta der Grundrechte
- Verbot nationalsozialistischer Wiederbetätigung - Verbotsgesetz 1947
- Recht auf Einbringung von Petitionen - Art 11 StGG und Art 44 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Einbringung eines Volksbegehrens - Art 41 Abs 2 B-VG
- Recht auf Teilnahme an einer Volksabstimmung - Art 44 Abs 3 B-VG
- Recht auf Teilnahme an einer Volksbefragung - Art 49b B-VG
- Recht auf Zugang zu öffentlichen Ämtern - Art 3 StGG, § 25 Staatsbürgerschaftsgesetz 1985

Als **kulturelle Rechte** werden alle diejenigen Rechte verstanden, deren Ziel der freie Zugang zur Bildung sowie die Freiheit wissenschaftlicher, kultureller und künstlerischer Betätigung sind.

Rechtsgrundlagen:

- Recht auf Bildung - Art 2 1. ZP EMRK und Art 14 Abs 1 und Abs 2 der Charta der Grundrechte
- Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder zu bestimmen - Art 2 des 1. ZP EMRK und Art 14 Abs 3 der Charta der Grundrechte
- Recht zur Gründung von Erziehungs- und Unterrichtsanstalten, Recht auf Erteilung von Unterricht und Recht auf Verleihung des Öffentlichkeitsrechts - Art 17 Abs 2 und 3 StGG sowie Art 14 Abs 7 B-VG und Art 14 Abs 3 der Charta der Grundrechte
- Freiheit der Kunst - Art 17a StGG und Art 10 EMRK sowie Art 13 S 1 der Charta der Grundrechte
- Freiheit der Wissenschaft - Art 17 Abs 1 StGG und Art 10 EMRK sowie Art 13 der Charta der Grundrechte

Unter **ökonomische Rechte** fallen alle diejenigen, die den Schutz von Eigentum und Eigentumserwerb und den Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung zum Gegenstand haben.

Rechtsgrundlagen:

- Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums - Art 5 StGG und Art 1 1. ZP EMRK sowie Art 17 der Charta der Grundrechte
- Freiheit des Liegenschaftsverkehrs - Art 6 StGG
- Recht auf Erwerbsfreiheit - Art 6 StGG und Art 16 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Freiheit der Berufswahl, -ausbildung und -ausübung - Art 6 und 18 StGG sowie Art 15 der Charta der Grundrechte
- Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit - Art 4 Abs 2 und 3 EMRK sowie Art 5 Abs 2 der Charta der Grundrechte

Die **prozessualen Rechte** wiederum garantieren den fairen und effektiven Zugang zu Recht und Gerechtigkeit in rechtsstaatlich ausgebildeten Verfahren.

Rechtsgrundlagen:

- Recht auf ein faires Verfahren - Art 6 EMRK und Art 2 7. ZP EMRK sowie Art 47 der Charta der Grundrechte
- Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter - Art 83 Abs 2 B-VG und Art 47 S 1 der Charta der Grundrechte
- Recht auf eine wirksame Beschwerdemöglichkeit - Art 13 EMRK
- Grundsatz *nulla poena sine lege* - Art 7 EMRK und Art 49 Abs 1 der Charta der Grundrechte
- Grundsatz *ne bis in idem* - Art 4 7. ZP EMRK und Art 50 der Charta der Grundrechte
- Recht auf Überprüfung einer Ausweisung - Art 1 7. ZP EMRK

All diese Rechte werden über die **Gleichheitsgrundsätze und Diskriminierungsverbote** gleichförmig und diskriminierungsfrei gewährleistet, wobei spezifische Rechte für bestimmte Gruppen (zB „Rechte ethnischer Minderheiten“, aber auch die Gleichberechtigung von Frauen oder die Gleichstellung behinderter Menschen) nicht nur formale, sondern auch materielle Gleichbehandlung intendieren.

Rechtsgrundlagen:

- Allgemeiner Gleichheitsgrundsatz - Art 2 StGG und Art 7 B-VG und Art 20 der Charta der Grundrechte
- Gleichberechtigung von Frauen und Männern - Art 7 Abs 1, 2 und 3 B-VG, Art 5 7. ZP EMRK, Art 1 - 4 der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau 1979, BVG über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten 1992 sowie Art 23 der Charta der Grundrechte
- Gleichstellung von behinderten Menschen - Art 7 Abs 1 B-VG und Art 26 der Charta der Grundrechte
- Diskriminierungsverbot im Hinblick auf die Rechte der EMRK - Art 14 EMRK
- Verbot rassistischer Diskriminierung - BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung 1966, Art 1 und 2 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung 1966 sowie Art 21 Abs 1 der Charta der Grundrechte
- Allgemeiner Schutz der Minderheiten - Art 66 Abs 4, 67 und 68 des Staatsvertrages von St. Germain 1919

- Rechte der slowenischen, kroatischen und ungarischen Minderheit - Art 7 Z 2 - 4 des Staatsvertrages von Wien 1955 sowie § 7 des Minderheiten-Schulgesetzes für Kärnten 1959 und § 1 des Minderheitenschulgesetzes für das Burgenland 1994

2 Allgemeine Grundrechtslehren

2.1 Demokratie – Gewaltenteilung – Rechtsstaatlichkeit – Menschenrechte

Es ist kein Zufall, dass die Präambeln der meisten europäischen Übereinkommen zum Schutz der Grund- und Menschenrechte, zentrale Bestimmungen des EU- und EG-Vertrags und nationale Verfassungen auf den Zusammenhalt von Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechten verweisen. Die Verwirklichung dieser Prinzipien in ihrem inneren Zusammenhalt begründet letztlich die Legitimität des modernen demokratischen Verfassungsstaates genauso wie diejenige supranationaler Organisationen. So verweist die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte 1948 darauf, dass es wesentlich ist, die Menschenrechte „durch die Herrschaft des Rechts“, also durch das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, zu schützen. Und die EMRK setzt sich die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten zum Ziel, die ua „am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung“ gesichert werden können.

Zugleich schaffen die politischen Menschenrechte – über das Recht auf freie demokratische Wahlen, die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit bis hin zur Meinungs(äußerungs)freiheit – als Partizipationsrechte sowie das Gleichheitsprinzip, das in Gestalt des Gleichheitsrechts individualisiert wird, unabdingbare Voraussetzungen für lebendige und pluralistische demokratische Verhältnisse.

Schon in den ideengeschichtlichen Wurzeln der Menschenrechte und deren praktischer Umsetzung in den Verfassungen und Grundrechtskatalogen der amerikanischen Unabhängigkeitsbewegung finden sich Ansätze des notwendigen Zusammenspiels zwischen Demokratie, Gewaltenteilung, Rechtsstaat und Menschenrechten. Insbesondere das System der *checks and balances* wird dabei als Garant dafür gesehen, dass der Staat, von dem die größten Bedrohungen für die Menschenrechte ausgehen, zugleich deren Einhaltung zu gewährleisten hat.

Da sich ohne rechtsstaatliches Verfahren ein effizienter Grundrechtsschutz nicht bewirken ließe, finden sich die wesentlichen Elemente der Rechtsstaatlichkeit zugleich in den

Verfahrensgrundrechten wieder (insbesondere Art 6 EMRK). Aber auch die materiellen Grundrechte selbst entfalten nach der Dogmatik und der Rechtsprechung verfahrensrechtliche Wirkungen: Gemäß der von *Peter Häberle*⁹ erweiterten Status-Lehre *Georg Jellineks* verfügen materielle Grundrechte auch über einen *Status activus processualis*, der den Gesetzgeber verpflichtet, die für die umfassende Durchsetzbarkeit eines materiellrechtlichen Grundrechtsanspruchs notwendigen prozessualen Rechte einzuräumen. Diese Lehre spiegelt sich auch vielfach in der Rechtsprechung des EGMR zu den materiellen Rechten der EMRK wider¹⁰ und mündet vielfach in der Formulierung staatlicher Schutzpflichten die unter gewissen Umständen bis hinein in die Ebene zwischenmenschlicher Beziehungen reichen kann.¹¹

Die vielfältigen Spannungen, die zwischen Grundrechten einerseits sowie legitimen entgegenstehenden subjektiven (Grund-)Rechten und dem Allgemeininteresse andererseits bestehen, lassen sich in der Regel nur über die Berücksichtigung und Abwägung aller betroffenen Interessen ausgleichen. Diese Aufgabe kommt nicht nur im jeweiligen Einzelfall den vollziehenden Organen (Gerichten und Verwaltungsbehörden), sondern vor allem dem Gesetzgeber zu, der nach angemessenen und verhältnismäßigen Lösungen in der Normsetzung zu suchen hat. Dies wird in der Regel überzeugend und nachhaltig nur einem demokratisch legitimierten und organisierten Gesetzgeber gelingen. Daraus wird ersichtlich, wie bestimmend die Einhaltung des demokratischen Prinzips auch für die Gewährleistung und Effektivität der Grundrechte ist.

Wird eines der Elemente der Quadriga Demokratie – Gewaltenteilung – Rechtsstaatlichkeit – Menschenrechte unterminiert und beginnt zu wanken, geraten auch die anderen in Gefahr, wie sich an unzähligen Beispielen der Geschichte wie der Gegenwart belegen lässt.

2.2 Unterschied Menschenrechte - Grundrechte

Zwischen den Begriffen „Menschenrechten“ und „Grundrechten“ als zentralen wertbezogenen individuellen Rechten kann in mehrfacher Hinsicht unterschieden werden.

⁹ *Martens/Häberle/Bachof/Brohm*, Grundrechte im Leistungsstaat (1972), 86ff.

¹⁰ Siehe zB die „Britischen Fürsorgefälle“ zur Verpflichtung des Gesetzgebers, einfachgesetzlich Parteistellung einzuräumen, um dem Recht auf Achtung des Familienlebens zur Geltendmachung zu verhelfen (EGMR 8.7.1987, *W. vs Vereinigtes Königreich*; EGMR 8.7.1987, *O. vs Vereinigtes Königreich*, EGMR 8.7.1987, *R. vs Vereinigtes Königreich*).

¹¹ Vgl. zB EGMR 16.7.2013, *Mudric vs. Moldawien*, 74839/10 (Schutzpflichten in Fällen häuslicher Gewalt, Art 3 und Art 14 EMRK).

Unter „Menschenrechten“ werden demnach alle diejenigen Rechte verstanden, die *allen* Menschen im Sinne der Philosophie der Aufklärung zukommen, wonach alle Individuen angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte haben (§ 16 ABGB). Im Gegensatz dazu handelt es sich bei „Grundrechten“ um diejenigen elementaren Rechte, die von einem Staat (im Sinne des liberalen Konstitutionalismus) seinen Rechtsunterworfenen meist verfassungsrechtlich zugesichert werden. Sie können sowohl allen RechtsadressatInnen eines Staates wie auch nur Staatsangehörigen als „StaatsbürgerInnenrechte“ eingeräumt werden (in Österreich vor allem das Gleichheitsrecht, obgleich auch dieses partiell auch auf Nichtstaatsangehörige Anwendung findet).

Hingegen werden die Begriffe nach moderner Terminologie meist in Bezug auf ihren räumlichen Geltungsbereich unterschieden: „Menschenrechte“ sind demnach solche, die weltweite (vor allem die UN-Menschenrechtspakte) oder zumindest (über)kontinentale Geltung (zB die EMRK) beanspruchen, „Grundrechte“ diejenigen, die innerstaatlich garantiert sind (in Österreich das StGG 1867).

Bei der Wortwahl sollte also auf das jeweilige Verständnis geachtet bzw. dieses deutlich gemacht werden.

2.3 Grund- und Menschenrechte als Wertvorstellungen und Orientierungsnormen

Die Grund- und Menschenrechte finden ihre ideengeschichtlichen Wurzeln in der Naturrechtsphilosophie der Aufklärung. Sie haben durch ihre „moralische Faszination und revolutionäre Kraft“ (*Manfred Nowak*) die Entwicklung von Staat und Gesellschaft, aber auch der internationalen Beziehungen, nachhaltig beeinflusst. Sie stellen das einzige Wertesystem dar, das Elemente von Liberalismus, Demokratie, Gleichheit, *empowerment*, Partizipation, sozialer Gerechtigkeit, Rechtsstaatlichkeit und guter Verwaltung umfasst und den Anspruch auf universelle Geltung stellen darf (den Klima-/Umweltschutz, dessen weltweite Bedeutung in den letzten Jahren rapide gestiegen ist, den kollektiven Solidaritätsrechten zurechnend).

Im Zentrum jeder Diskussion um die Grund- und Menschenrechte, die in inhaltlicher wie verfahrensförmiger Hinsicht die grundlegenden Rechtsbeziehungen der Individuen zum Staat, aber auch zu anderen natürlichen und juristischen Personen einschließlich internationaler Organisationen regeln, steht als tragendes und konstituierendes Prinzip die Menschenwürde, auf die sich alle Grund- und Menschenrechte letztlich zurückführen lassen und die von diesen auch näher ausgeformt wird. Insoweit ist das Prinzip der Menschenwürde unabdingbar und nicht disponibel, was sich nicht zuletzt in der aktuellen Debatte um die Frage der (Un-)Zulässigkeit von Folter zeigt.

Schon der Philosophie der Aufklärung war der untrennbare Zusammenhang zwischen Freiheit und Gleichheit klar. Danach lässt sich Freiheit nur dann nachhaltig und gerecht realisieren, wenn auch alle Menschen gleichermaßen in den Genuss der Freiheit kommen. Daraus ergibt sich auch, dass die Freiheit jedes einzelnen Menschen nicht grenzenlos sein darf und kann, sie findet schon in der Freiheit der anderen ihre natürliche, gleichheitsbezogene Grenze. Umgekehrt braucht Gleichheit die Freiheit aller, um sich selbst bestimmen zu können, ohne Wertbezug bliebe Gleichheit ansonsten inhaltsleer. So betrachtet ist der Gleichheitssatz, wie er etwa im B-VG verankert ist, akzessorisch.

Grund- und Menschenrechte sind in der Regel lapidar formuliert und in hohem Maße auslegungsbedürftig, was sie politisch/ideologisch anfällig macht. So betrachtet bedarf es höchster richterlicher Integrität und Kompetenz, über die Rechtsprechung den Grund- und Menschenrechten in der Praxis Leben einzuhauchen, und entsprechende materiell- und verfahrensrechtliche Standards zu entwickeln, um mit ihrer Hilfe Bedrohungen elementarer Interessen/Rechte von Menschen gegenzusteuern und deren Verletzungen zu sanktionieren.

Grund- und Menschenrechte entfalten aber nicht nur als subjektive Gewährleistungen Bedeutung, sondern auch als objektives Recht. Dieses gibt insbesondere der staatlichen Gesetzgebung wie der Rechtssetzung internationaler Organisationen und neuerdings zunehmend auch Wirtschaftsunternehmen für deren Tätigkeit inhaltliche und verfahrensförmige Orientierungsmaßstäbe und Leitlinien.

2.4 Grundrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete, durchsetzbare Rechte

Nach Art 144 Abs 1 B-VG können diejenigen subjektiven Rechte, die verfassungsrechtlich gewährleistet sind, vor dem VfGH mittels Beschwerde gegen letztinstanzliche Bescheide von Verwaltungsbehörden geltend gemacht und durchgesetzt werden. Es sind dies vor allem die Rechte des StGG 1867, aber auch der EMRK (die von Österreich 1958 ohne Durchführungsvorbehalt ratifiziert und 1964 mit einer B-VG-Novelle ausdrücklich in Verfassungsrang gehoben wurde). Weiters gehören dazu eine Vielzahl von individuellen Grundrechten, die in Bundesverfassungsgesetzen (zB dem Gesetz zum Schutz der Persönlichen Freiheit) oder in Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen (zB Recht auf Datenschutz in § 1 DSG 2000) enthalten sind. Seit der Entscheidung des VfGH vom 14.3.2012 zu U 466/11 ua gehört im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch die EU-Grundrechtecharta zum Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle. All diese Rechte gelten als „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ iSd Art 144 B-VG und sind nicht nur vor dem VfGH unmittelbar anwendbar und individuell durchsetzbar, sondern vor *allen* Gerichten und Verwaltungsbehörden im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit.

Nicht jedes verfassungsgesetzlich eingeräumte individuelle Recht ist hingegen in materiellrechtlicher Hinsicht auch schon ein „Grundrecht“, wie es sich in den Grundrechts- und Verfassungstraditionen widerspiegelt (zB das Recht österreichischer Staatsbürgerinnen, gemäß Art 9a Abs 4 B-VG freiwillig Dienst im Bundesheer als Soldatinnen zu leisten).

Manche Menschenrechte wiederum, die in internationalen Übereinkommen garantiert werden, stehen in Österreich nicht im Verfassungsrang und können daher auch nicht als „Grundrechte“ bezeichnet bzw. durchgesetzt werden (zB die Rechte der UN-Menschenrechtspakte, der Europäischen Sozialcharta oder der UN-Kinderrechtskonvention).¹²

2.5 Grundrechtsinterpretation und ihre Methoden

Grundrechtsformulierungen haben traditionell eher programmatischen Charakter, ihr normativer Gehalt erschließt sich erst durch Interpretation und besonders im Wege der Rechtsfortbildung durch die dazu berufenen Gerichte (VfGH, OGH, EGMR, EUGH). Der Hauptgrund für die sprachliche Offenheit und die sehr weitläufigen Formulierungen von Grundrechten liegt in der Notwendigkeit, diese für eine Anpassung an die sich wandelnden rechtlichen und faktischen, insbesondere sozialen, aber auch wirtschaftlichen und technischen Bedingungen offen zu halten.¹³ Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Erfordernis zu, einen **effektiven Grundrechtsschutz** zu gewährleisten.

Die RichterInnen der Vorinstanzen befinden sich nun nicht selten in der Lage, eine Grundrechtsbestimmung anwenden zu müssen, ohne auf eine entsprechende Judikatur der Höchstgerichte zurückgreifen zu können. Die Grundrechtsanwendung kleidet sich dabei überwiegend in das Gewand einer **verfassungskonformen Interpretation** der Gesetze, die freilich eine Interpretation der betroffenen Grundrechte voraussetzt.

Mittlerweile kommen bei der Interpretation der Grundrechte alle juristischen Auslegungsmethoden zum Einsatz, was keineswegs selbstverständlich ist. Denn bis etwa Mitte der 1980er Jahre war die Judikatur des VfGH, ausgehend von einem sehr formalen und begriffsjuristischen Grundrechtsverständnis, fast ausschließlich an Wortlaut und historischem Sinngehalt orientiert.¹⁴ Auszugehen ist natürlich zuerst einmal vom **Wortlaut**. Abhängig von der Problemstellung steht dabei das einzelne Wort (**Verbalinterpretation** im engeren

¹² Siehe dazu auch Kapitel 2.2.

¹³ Vgl *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), 74.

¹⁴ *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), 70f; vgl dazu auch *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 37.

Sinn), die Bedeutung eines Satzes für sich (**grammatische Interpretation**) oder im gesamten Zusammenhang eines Gesetzes bzw. der gesamten **Rechtsordnung (systematische Interpretation)** im Vordergrund.¹⁵ Die letztgenannte Methode ist besonders wichtig, weil in der Justizpraxis zumeist verschiedene Grundrechtspositionen der Beteiligten einander entgegenstehen. Daher ist es im Wege der systematischen Interpretation notwendig, das Verhältnis der einzelnen Grundrechte zueinander sowie deren Stellung im System der Verfassung zu eruieren.

Aus den eingangs erwähnten Gründen wird aus dem Wortlaut allein in den wenigsten Fällen ein eindeutiges Ergebnis zu gewinnen sein. Die grammatikalische Interpretation ist um den entstehungsgeschichtlichen Hintergrund der Grundrechtsbegriffe anzureichern. So hilft die **historische Interpretation** herauszufinden, welchen Gefährdungen das auszulegende Grundrecht jedenfalls begegnen sollte.

Bei der Auslegung von Grundrechtsnormen ist darüber hinaus eine **teleologische Interpretation** nicht nur zulässig, sondern auch geboten, während dieses Instrument in Bezug auf andere verfassungsrechtliche Normen sehr zurückhaltend angewendet wird. Grundlage ist ein – sich in der neueren Judikatur des VfGH niederschlagendes – Verständnis von **Grundrechten als Prinzipien**, die gleichsam materielle Vorgaben enthalten, über welche sich auch der Gesetzgeber nicht beliebig hinwegsetzen darf. Der Begriff der „Prinzipien“ ist dabei als Aktualisierungs- und Optimierungsgebot zu verstehen: Die grundrechtlichen Gewährleistungen sind unter Berücksichtigung der verschiedenen Interessen bestmöglich und am Effizienzgebot des Art 13 EMRK und der Rechtsprechung des EGMR orientiert umzusetzen.¹⁶ In diesem Sinne mündet die teleologische Interpretationsmethode letztlich in einer richterlichen Fortentwicklung der Grundrechte und Abwägung der kollidierenden Positionen unter dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Und zwar auch dann, wenn ein berührtes Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt gewährt wird, obwohl dem Wortlaut nach hier jeder Eingriff unzulässig sein müsste.

2.6 Grundrechtsträgerschaft

Träger der Grundrechte sind in erster Linie natürliche Personen, also Menschen. Einschränkungen existieren dabei insofern, als manche Rechte im Grundrechtskatalog des StGG nur

¹⁵ *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 31.

¹⁶ *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991), insb 217ff; vgl auch *Holoubek*, Die Interpretation der Grundrechte in der jüngeren Judikatur des VfGH, in: *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg/Hg), Grund und Menschenrechte in Österreich: 70 Jahre Republik (1991), 43.

StaatsbürgerInnen gewährleistet sind. Beispielsweise werden die Liegenschaftsverkehrsfreiheit und die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG), aber auch der Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) nur StaatsbürgerInnen garantiert und daher als sog. „**StaatsbürgerInnenrechte**“ bezeichnet. Andere Rechte schützen jedoch auch schon nach dem StGG alle Menschen und werden daher als „**Jedermannsrechte**“ (nach älterer Terminologie „Menschenrechte“) bezeichnet. Beispielsweise das Eigentumsrecht (Art 5 StGG), das Hausrecht (Art 9 StGG) und die Meinungsäußerungsfreiheit (Art 13 StGG).¹⁷

Doch ist die Bedeutung dieser Unterscheidung mittlerweile aus verschiedenen Gründen eher gering. Insbesondere wurde der Kreis der Jedermannsrechte durch die EMRK ausgeweitet. Denn alle dort gewährleisteten Rechte verstehen als Grundrechtsträger jedenfalls den Menschen (vgl. Art 1 EMRK), und die EMRK geht – im Fall einer Überlagerung (auch Grundrechtsparellität genannt) – durch das **Günstigkeitsprinzip des Art 53 EMRK** dem StGG vor.

In der jüngeren Judikatur des VfGH ist außerdem die Tendenz erkennbar, die Geltung des Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG) auf Fremde zu erstrecken. Gestützt auf Art I **BVG-Rassendiskriminierung**¹⁸ wurde der Schutzbereich zunächst auf Fremde untereinander erstreckt¹⁹. Davon ausgehend gewährte die Judikatur in der Folge auch Ausländern das Recht, unsachliche Gesetzesbestimmungen sowie willkürliches Verwaltungshandeln im Hinblick auf Art 7 B-VG zu rügen²⁰. Insofern wurde der „allgemeine Gleichheitssatz zu einem Jedermannsrecht fortentwickelt“²¹. Ähnliches gilt auch für den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts. Hier wäre eine Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gegenüber UnionsbürgerInnen (bzw. MarktbürgerInnen) aus anderen Mitgliedstaaten mit dem **Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV (ex-Art 12 EGV)** nicht vereinbar.²²

Dass auch **juristische Personen** Grundrechtsschutz genießen, ist im Hinblick auf Entstehungsgeschichte und Wortlaut der Grundrechte nicht selbstverständlich. Doch ist zu bedenken, dass die juristische Person letztlich nur ein Zurechnungsobjekt von Rechtsbeziehungen natürlicher Personen ist und gleichzeitig die Ausübung mancher Grundrechte not-

¹⁷ Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009), 309.

¹⁸ Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierungen, BGBl 1973/390.

¹⁹ VfSlg 13.836/1994.

²⁰ Vgl. Berka, Die Grundrechte (1999), 499, mwN aus der jüngeren Judikatur des VfGH.

²¹ Berka, Die Grundrechte (1999), 500.

²² Vgl. dazu und insb zu den Verfahrensgrundrechten Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht (2006), 91ff.

wendiger Weise – besonders auch aus ökonomischer Sicht – in organisierter Form erfolgt. Die Grundrechtssubjektivität juristischer Personen kommt jedoch nur in Frage, sofern dies dem „Wesen“ des betreffenden Grundrechts nach möglich ist (VfSlg 7380/1974 statt vieler). Das bedeutet, dass juristischen Personen der Schutz jener Grundrechte zusteht, in denen sie verletzt werden können. Unbestritten ist dies zB für die Eigentums- und Erwerbsfreiheit, den Gleichheitsgrundsatz, aber auch bezüglich der Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit ua. Unzweifelhaft besteht dieser Schutz im Hinblick auf das Datenschutzgrundrecht, wo die einfachgesetzliche Ausgestaltung bei der Definition „Betroffener“ (§ 4 Z 3 DSGVO) ausdrücklich juristische Personen einbezieht.

2.7 Wirkungsebenen und Wirkungsweise von Grundrechten

2.7.1 Bindung der Gesetzgebung an die Grundrechte

Die Schaffung des österreichischen Grundrechtskataloges, also des StGG aus 1867, war nach den Erfahrungen des Vormärz von dem Bedürfnis geprägt, die/den Einzelne/n gegen willkürliche Übergriffe durch die hoheitliche Verwaltung zu schützen. Die Frage, ob nun auch der demokratische Gesetzgeber an diesen Grundrechtskatalog gebunden sein sollte, drängte sich zu Beginn nicht auf, war es im 19. Jhd. doch gerade die zentrale Forderung, durch die Mitwirkung der vom Volk gewählten Abgeordneten an der Gesetzgebung eben jener Freiheitsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, die durch die Grundrechte geschaffen werden sollte. Über das Vehikel der (formellen) Gesetzesvorbehalte sollte die Verwaltung gebunden werden, während dem demokratischen Gesetzgeber die Rolle des Verbündeten der Grundrechtsordnung zukam. Vor diesem Hintergrund schien die Überlegung, ob auch dieser an die Grundrechte gebunden sein soll, geradezu obsolet. Erst mit den Veränderungen der politischen und rechtlichen Verhältnisse im 20. Jhd. ging die Frage einher, ob es dem Gesetzgeber wirklich freisteht, die Freiheitsverbürgungen der Grundrechte beliebig zu beschränken, solange er sich nur der Form des Gesetzes bedient. Vor allem wurde diesem Problem erst mit der Entstehung der verfassungsgerichtlichen Gesetzesprüfungskompetenz nach Art 140 B-VG durch Einführung des B-VG 1920 praktische Relevanz zuteil.²³

Heute ist anerkannt, dass sich die Grundrechte sogar **in erster Linie an den Gesetzgeber** richten. Damit kommt den Grundrechten über das allgemeine Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG eine besondere Bedeutung zu – nämlich jene, den Gesetzgeber in den geschützten Freiheitsbereichen **auch inhaltlich** auf die Schutzrichtung der positivierten

²³ Vgl. zu dieser Entwicklung *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 313.

Grundrechtsverbürgungen **festzulegen**.²⁴ Daraus resultiert, dass auch bei Grundrechten mit bloß formellem Gesetzesvorbehalt ein Eingriff durch den Gesetzgeber nur zulässig sein kann, wenn er das „Wesen“ der Grundrechte nicht aushöhlt und darüber hinaus **verhältnismäßig** ist. Für die Justiz ist diese Grundrechtsbindung des Gesetzgebers in mehrfacher Hinsicht eine wichtige Prämisse, bedeutet sie doch, dass jedes anzuwendende Gesetz immer auch am Maßstab der Grundrechte zu messen ist und diesem bei der Auslegung insbesondere kein verfassungswidriger (grundrechtswidriger) Inhalt unterstellt werden darf, um seinem Telos auch im Einzelfall zur Geltung zu verhelfen. Daraus erfließen auch gewisse Grundrechtswirkungen für Private untereinander, dazu jedoch später. Aber selbst eine verfassungs- bzw. grundrechtskonforme Interpretation kennt Grenzen - besonders, wenn das Ergebnis im Gesetzeswortlaut keine Deckung mehr findet (*contra legem*). Bei Analogieschluss oder teleologischer Interpretation muss genau beobachtet werden, ob überhaupt noch ein zulässiger Auslegungsakt vorliegt oder die (zugegeben fließende) Grenze zur freien richterlichen Rechtsfortbildung bereits überschritten wurde. Im Zweifel sollte das Gericht (2. Instanz und OGH) bei grundrechtlichen Bedenken gegen eine Norm daher ein Gesetzesprüfungsverfahren gem Art 89 Abs 2 B-VG beim VfGH beantragen. In der – nach Art 89 B-VG nicht vorlageberechtigten – ersten Instanz besteht zumindest die Möglichkeit, entsprechende Bedenken gegen eine präjudizielle Rechtsgrundlage in der Urteilsbegründung zu äußern und eine Vorlage durch die Instanz anzuregen.²⁵

2.7.2 Bindung der Vollziehung an die Grundrechte

Die Bindung der **Verwaltungsbehörden** zeigt sich in der Entstehungsgeschichte der Grundrechte als deren primäre Wirkungsrichtung, um der Regierungsgewalt Zügel anzulegen. Sie ergibt sich klar aus dem System des B-VG, insbesondere aus dem Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG. Freilich wird die Wirkung der Grundrechte großteils durch das Dazwischentreten des einfachen Gesetzes mediatisiert. Schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich dort, wo sich die Verwaltung atypischer Handlungsformen bedient oder die Besorgung

²⁴ *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung (Teil II), ÖZW 1995, 108.

²⁵ Beispielsweise wurden in diversen Zivilverfahren, bei denen die Systemnutzungsentgelte-Verordnung 2012 auf Basis des ELWOG 2010 anzuwenden waren, wiederholt Bedenken gegen die Verordnung aus der ersten Instanz qua Urteilsbegründung herangetragen, bis das OLG Wien (neben anderen) einen Verordnungsprüfungsantrag an den VfGH stellte (letztlich abgewiesen, siehe VfGH 12.10.2012, V 22/12 ua.).

staatlicher Verwaltungsaufgaben auf privatrechtsförmige Rechtsträger übertragen und damit „ausgelagert“ wurde.²⁶

Hingegen wurde die Grundrechtsbindung der Gerichtsbarkeit bei Entstehen des B-VG 1920 vorausgesetzt und in Art 18 nicht eigens erwähnt. Dafür fasst das B-VG im dritten Hauptstück unter „Vollziehung des Bundes“ einerseits die Verwaltung (Art 60 ff) und andererseits die **Gerichtsbarkeit** (Art 82 ff) zusammen. Weil die **Rechtsprechung Ausübung von Staatsgewalt** ist, sind daher auch die Gerichte an die Gesetze und damit ebenso an die Grundrechte gebunden.²⁷ Ein solides Verständnis davon, auf welche Weise sich diese Grundrechtsbindung auswirkt, fordert die Unterscheidung der **Wirkungsebenen**:

Im Vordergrund der richterlichen Praxis steht die Ebene des **gerichtlichen Verfahrens**. Vor allem die Vorgaben der Verfahrensgrundrechte sind hier streng und wo notwendig auch unmittelbar zu beachten. Sowohl im straf- als auch im zivilrechtlichen Verfahren spielen aber nicht nur Verfahrensgrundrechte wie zB Art 6 EMRK eine wichtige Rolle. Vielmehr stellen alltägliche Verfahrenshandlungen oft einen Eingriff in verschiedenste Grundrechte der Beteiligten dar. Darüber hinaus implizieren die materiellen Rechte der EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR immer auch eine prozessrechtliche Komponente, auf Grund derer das Gericht allenfalls Verfahrensmaßnahmen zu setzen hat, die im innerstaatlichen Prozessrecht nicht (ausdrücklich) vorgesehen sind, um dem materiellen Anspruch vollinhaltlich zur Durchsetzbarkeit zu verhelfen.²⁸ Die richterlichen Sensoren für grundrechtssensible Verfahrenshandlungen zu schärfen ist eine der zentralen Aufgaben des vorliegenden Skriptums sowie des dazu gehörigen Seminars im Rahmen der österreichischen RichterInnenausbildung.

Auf der **materiellrechtlichen Ebene** sind die Grundrechte für den **Inhalt der gerichtlichen Entscheidung** von Bedeutung. Allerdings steht hier die Frage im Scheinwerferlicht, inwieweit und in welcher Weise einem Grundrecht für den konkreten Fall überhaupt normative Geltung zukommt. Kaum problematisch ist dies im Justizstrafrecht. Dass zB der Grundgedanke des B-VG zum Schutz der persönlichen Freiheit, die Freiheitsentziehung immer als *ultima ratio* zu sehen, auf die Strafbemessung „durchwirkt“, wirft keine allzu schwierigen rechtstheoretischen und -dogmatischen Grundsatzfragen auf, zumal hier bereits die einfachen Gesetze deutlicher auf diese Anforderungen zugemessen sind. Weniger ein-

²⁶ Siehe dazu Kapitel 2.7.3. Näher dazu *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung (Teil I), ÖZW 1995, 1.

²⁷ *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000), 210, mwN.

²⁸ Siehe dazu Kapitel 4, Einleitung.

fach erscheint die Geltungsfrage im materiellen Zivilrecht. Hier geht es um die sog. „Drittwirkung“ von Grundrechten, die im übernächsten Unterkapitel kurz behandelt werden soll.

2.7.3 Fiskalgeltung der Grundrechte

Heute sind sich Lehre und Rechtsprechung darin einig, dass Grundrechte den Staat auch dann binden, wenn er nicht hoheitlich handelt, sich also bei der **Besorgung öffentlicher Aufgaben** der Formen des Privatrechts bedient. Dies firmiert unter dem Schlagwort „**Fiskalgeltung**“. Die Judikatur prüft durch **funktionelle Betrachtungsweise**, ob eine spezifisch staatliche Macht vorliegt oder nicht.²⁹ Beispielsweise unterliegt ein öffentliches Verkehrsunternehmen zwar hinsichtlich seiner Beförderungspflichten der Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes, nicht aber bei der erwerbswirtschaftlichen Vergabe von Werbeflächen.³⁰ Zur Anwendung gelangt diese Figur häufig bei der privatrechtsförmigen Subventionsverwaltung sowie bei privatrechtsförmigen Unternehmen, die einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zurechenbar sind, insbesondere im Zusammenhang mit Fragen zu Monopolstellung und Kontrahierungszwang. Dem Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) kommt dabei eine zentrale Bedeutung zu.

2.7.4 Drittwirkung von Grundrechten: Bindung von Privaten an Grundrechte

Ebenso spannend wie umstritten ist die Frage, ob und in welcher Weise Grundrechte auch eine Wirkung auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse der BürgerInnen (und ebenso juristischer Personen) untereinander entfalten. Dabei wird hier eine weite Drittwirkungsbegriff zugrunde gelegt, der **sowohl vertragliche als auch deliktische Rechtsbeziehungen** umfasst.³¹ Für die richterliche Praxis erscheint es wenig sinnvoll, die dogmatische Debatte über die sog. „**Drittwirkung**“ von Grundrechten nachzuzeichnen. Vielmehr soll ein kurzer Leitfaden durch das teilweise unübersichtliche Dickicht der verschiedenen Argumentationen geboten werden.

Die Ausgestaltung der Grundrechtsordnung erfolgt im demokratischen Rechtsstaat gerade durch die (einfachen) Gesetze. Für die überwiegende Zahl der Fälle mit Drittwirkungsfragen bieten diese dem Gericht daher eine ausreichende Handhabe, um (teilweise

²⁹ *Holoubek*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33.

³⁰ 4 Ob 146/93.

³¹ Zu den dogmatischen Konsequenzen der Miteinbeziehung des deliktischen Bereichs s *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997), 271; va resultiert daraus, dass nicht jedes „Drittwirkungsproblem“ zu einer Kollision mit der Privatautonomie führt.

gegenläufige) Grundrechtspositionen der Beteiligten entsprechend zu berücksichtigen. Weil aber besonders im Zivilrecht häufig interpretationsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln zur Anwendung gelangen, eröffnet sich hier für die RichterInnen der Spielraum, im Wege der verfassungs- bzw. grundrechtskonformen Interpretation Auslegungen und Abwägungen vorzunehmen. Dafür stehen freilich vor allem im Zivilrecht auch die Instrumente der Analogie und der teleologischen Reduktion zur Verfügung, soweit es Rechtsnatur und Systematik der konkret anzuwendenden Gesetze erlauben. Wegen der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers und der Gerichtsbarkeit ist eine solche Vorgehensweise nicht nur zulässig, sondern verfassungsrechtlich sogar geboten.

Beispielsweise nimmt der OGH an, dass die Bestimmung des § 16 ABGB „zum Schutz der Selbstbestimmung überall dort herangezogen (wird), wo faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität diesem Fremdbestimmung über andere ermöglicht“³². Daraus leitete er die Bindung eines privaten Dorfgasthauses an den Gleichheitsgrundsatz und einen Kontrahierungszwang ab. Das **Spannungsverhältnis zur Privatautonomie** – die nach herrschender Auffassung, ua aus der Eigentumsgarantie ableitbar, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützt ist – lässt sich in einer Abwägung der entgegenstehenden grundrechtlich geschützten Interessen unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit auflösen, sofern dieser Vorgang in der Entscheidung entsprechend nachvollziehbar ist. Zwar tritt vor allem in der älteren Rechtsprechung des OGH zur Sittenwidrigkeit des § 879 ABGB oft nicht deutlich zutage, dass mit dieser Klausel Grundrechtspositionen geschützt werden, wenn er sich auf die „obersten Rechtsgrundsätze“³³ oder auf das „Rechtsgefühl aller billig und gerecht denkenden“³⁴ beruft. In der Sache spielt es aber keine Rolle, mit welchem Etikett der Grundrechtsschutz versehen wird. Lediglich für die systematische Nachvollziehbarkeit wäre eine eindeutigere Bezugnahme grundsätzlich wünschenswert, zumal jede Abwägung durch Inhalt und Schutzbereich der betroffenen Grundrechte determiniert ist. Weil der Grundrechtsschutz auf horizontaler Ebene hier durch Gesetz und Gesetzesanwendung mediatisiert ist, wird dies in der Lehre als **mittelbare Drittwirkung** bezeichnet.

Demgegenüber würde eine **unmittelbare Drittwirkung** bedeuten, dass ein Privatrechtssubjekt gegenüber einem anderen einen Anspruch (bzw. die Abwehr eines Anspruchs) unmittelbar aus einer Grundrechtsbestimmung ableiten könnte, weil die anzuwendenden privatrechtlichen Normen selbst für diesen Anspruch keine Anhaltspunkte bieten. Eine solche Wirkung wird von Lehre und Praxis überwiegend abgelehnt. Die unmittelbare Drittwir-

³² 1 Ob 554/86.

³³ ZB 6 Ob 322/65.

³⁴ ZB 8 Ob 271/65.

kung eines Grundrechts kann vom Verfassungsgesetzgeber aber ausdrücklich angeordnet sein. Die österreichische Rechtsordnung enthält eine solche Konstruktion nur im § 1 Abs 5 Datenschutzgesetz (DSG), der im Verfassungsrang steht. Datenschutzverletzungen durch private Rechtsträger sind gemäß dieser Bestimmung ausdrücklich „auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen“.

Beim Einsatz von Analogie oder teleologischer Reduktion erscheinen die Übergänge zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung aber fließend. Deren Zulässigkeit hängt deshalb davon ab, ob dem Wesen nach noch ein Akt der (systematischen) Interpretation oder vielmehr bereits unmittelbare Grundrechtsanwendung durch freie richterliche Rechtsfortbildung vorliegt, was anhand der Entscheidungsgründe zu beurteilen ist. Für den letztgenannten Fall bleibt dann die Frage, ob nicht die anzuwendenden Privatrechtsnormen wegen ihres mangelnden Grundrechtsschutzes uU verfassungswidrig sind, weil der Gesetzgeber eine ihn treffende Schutz- bzw. Ausgestaltungspflicht nicht ausreichend erfüllt hat. Die 2. Instanz und der OGH haben bei diesbezüglichen Bedenken einen Aufhebungsantrag an den VfGH zu stellen (Art 89 Abs 2 B-VG).

2.8 Umfassende staatliche Gewährleistungspflicht (*respect–protect–fulfil*)

2.8.1 Allgemeines

Von ihrer ursprünglichen Konzeption des liberalen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts her gesehen waren und sind die Grundrechte so genannte „Abwehrrechte“, dh sie räumen den Individuen einen Freiraum gegenüber dem Staat ein und verbieten diesem, verletzend in die jeweilige Freiheitssphäre einzugreifen (gemäß der Status-Lehre Georg Jellineks handelt es sich dabei um den so genannten *status negativus*). In Verbund mit politischen Partizipationsrechten (wie insbesondere dem Wahlrecht), die den grundrechtlichen *status activus* im Sinne Jellineks begründen, sprechen wir in diesem Zusammenhang auch von der „ersten Generation“ oder auch „ersten Dimension“ der Grundrechte. Armut, soziale Ausbeutung und Verelendung führten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zur Formulierung und Herausbildung sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte, deren Zielrichtung die Übernahme von Leistungen des Staates gegenüber dem berechtigten Individuum war und ist. Insofern handelt es sich um die so genannte „zweite Generation“ oder „zweite Dimension“ der Grundrechte (*status positivus* im Sinne der Jellinekschen Status-Lehre).

Mit der Annahme der Unteilbarkeit und Interdependenz aller Menschenrechte hat sich schließlich auch die Einsicht einer umfassenden Verpflichtung der Staaten zu Achtung

(*respect*), Schutz (*protect*) und Gewährleistung (*fulfil*) der Grundrechte durchgesetzt.³⁵ Genauer betrachtet fallen heute angesichts dieser umfassenden staatlichen Verpflichtung erste und zweite Dimension (Abwehr- bzw. Leistungsdimension) zusammen, weil in der Regel jedes Grundrecht den Staat sowohl zu seiner Respektierung als auch zu bestimmten Leistungen (insbesondere Maßnahmen zum Schutz des Grundrechts vor Eingriffen Dritter) verpflichtet. Dies schließt materiellrechtliche wie prozessrechtliche Vorkehrungen ein.³⁶

2.8.2 Pflicht zur Achtung (Gesetzgebung und Vollziehung)

Die *obligation to respect* bedeutet, dass der Staat (sei es durch Gesetzgebung oder Vollziehung) Eingriffe in grundrechtliche Positionen weitestgehend zu unterlassen hat, sofern diese nicht aufgrund von Gesetzesvorbehalten oder Eingriffsermächtigungen ausnahmsweise gestattet sind. Ungerechtfertigte Eingriffe stellen eine Verletzung des jeweiligen Grundrechts dar.

Die Beispiele hierfür sind vielfältig: So folgt aus dem Verbot des willkürlichen Freiheitsentzugs die staatliche Verpflichtung, einen zwangsweisen Eingriff nur als *ultima ratio* und unter strikten Kautelen vorzunehmen, aus dem Folterverbot die Pflicht zur Unterlassung jeder menschenunwürdigen Behandlung, aus dem Wahlrecht die Pflicht, bestimmte Personen nicht willkürlich davon auszunehmen, etc.

Im Zuge des in den letzten Jahren zunehmenden „Trends“ hin zu Ausgliederungen und Privatisierungen (Stichwort: „Privatisierung der Staatsmacht bzw. öffentlicher Aufgaben“) bleiben immer mehr grundrechtssensible Bereiche dem „freien Markt“ überlassen (zB Bildung und Gesundheit, Sicherheits- und Gefängnisverwaltung u dgl). Weil der Staat in diesen Bereichen nicht mehr selbst, sondern durch ausgegliederte Rechtsträger handelt, sind grundrechtssensible Handlungen keine „staatlichen Eingriffe“ im klassischen Sinn. Folglich greift dann auch die primär staatliche Pflicht zur Achtung der Menschenrechte ins Leere; die Gefahr von Grundrechtsverletzungen durch Private nimmt zu. Demgegenüber tritt sodann eine verstärkte staatliche Verpflichtung zum Schutz und zur Gewährleistung der einschlägigen grundrechtlichen Positionen, insbesondere durch entsprechende einfachgesetzliche Regelung des ausgegliederten Bereichs.³⁷

³⁵ Vgl. Nowak, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem (2002), 62.

³⁶ Sog. *status activus processualis*; siehe dazu Kapitel 2.8.4.

³⁷ Siehe dazu das nachfolgende Kapitel 2.8.3.

2.8.3 Schutzpflicht (Gesetzgebung und Vollziehung)

Diese Verpflichtung bezieht sich ebenfalls auf den Schutz vor Eingriffen, allerdings nicht vor Eingriffen durch den Staat selbst, sondern vor solchen durch Dritte. Das macht die *obligation to protect* zu einer positiven Leistungspflicht des Staates, der Menschenrechtsverletzungen durch Private verhindern muss. Wie weit die Schutzpflicht reicht, ist – trotz ihrer grundsätzlichen Anerkennung – in Lehre und Praxis nach wie vor umstritten. Die Wahl der Mittel liegt im (weit reichenden) staatlichen Ermessensspielraum, wodurch dem Staat die Wahl offen steht, ob er seiner Schutzverpflichtung mittels legislativen, exekutiven oder verfahrensmäßigen Maßnahmen nachkommen möchte. In bestimmten Fällen verlangt die EMRK jedoch ausdrücklich nach strafgesetzlichen Vorkehrungen zum Grundrechtsschutz (zB Art 2 EMRK, Schutz des Lebens vor Angriffen Dritter).³⁸

Primär ist der Gesetzgeber verpflichtet, den Schutz der Grund- und Menschenrechte durch entsprechende Ausgestaltung der (einfachgesetzlichen) Rechtslage zu gewährleisten. Aber auch Untersuchungs- und Informationspflichten können im Sinne eines effektiven Schutzes geboten sein. Wird diesen Pflichten nicht oder nur unzureichend nachgekommen, steht dies grundsätzlich einem (aktiven) Eingriff gleich. Das bedeutet insbesondere, dass die Republik Österreich auch wegen einer „Grundrechtsverletzung durch Unterlassung“ vom EGMR verurteilt werden kann.³⁹

Schwieriger stellt sich die Lage freilich im innerstaatlichen Recht dar: Der VfGH kann Gesetzesbestimmungen nur aufheben, nicht aber erlassen (er ist nach *Hans Kelsen* sog. „negativer Gesetzgeber“)⁴⁰. Die Untätigkeit des Gesetzgebers kann vor dem VfGH grundsätzlich nicht angefochten werden; gegebenenfalls steht ihm die Option offen, begünstigende Regelungen als gleichheitswidrig aufzuheben, um derart den Gesetzgeber zu einer Anpassung *pro libertate* zugunsten aller zu zwingen.

Davon zu unterscheiden sind diejenigen Schutzpflichten, welche die Vollziehung – also auch die Gerichtsbarkeit – betreffen. In erster Linie bedeutet dies, die bestehenden Gesetze so anzuwenden, dass grundrechtliche Positionen aller Beteiligten einen entsprechen-

³⁸ Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 127 Rz 8.

³⁹ Ob eine Grundrechtsverletzung durch Nichterfüllung einer Schutzpflicht stattgefunden hat, wird im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der einander die Nachteile für die/den Betroffenen durch die Unterlassung sowie die Nachteile des Staates bei Ergreifen positiver Maßnahmen gegenübergestellt werden, geprüft. Bspw hat der EGMR in *Guerra u.a. vs Italien* (Urteil v. 19.2.1998) eine Verletzung von Art 8 EMRK darin erkannt, dass den Anwohnern einer vom Staat als „hochriskant“ eingestuft Fabrik die nötigen Informationen über Risiken und Notfallverfahren vorenthalten worden waren. Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 129ff Rz 10, 12.

⁴⁰ Siehe dazu Kapitel 3.1.1.

den ausgewogenen Schutz erfahren, vor allem also im Wege der verfassungs-(grundrechts)konformen Interpretation. Wenn die Gesetze hierfür keine Handhabe bieten, hat der Gesetzgeber bereits seine ihm treffenden Schutzpflichten verletzt. Gleichzeitig taucht die Frage der sog. „Horizontalwirkung“ (auch „Drittwirkung“)⁴¹ auf. Das dem Ursprungsgedanken der Menschenrechte eigene Verständnis, dass die Grundrechte sowohl auf vertikaler (Staat – Privat) als auch auf horizontaler Ebene (unter Privaten) wirksam sind, ging im liberalen Staatsrechtsdenken des 19. Jahrhunderts verloren, tritt jedoch im Rahmen der Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes nun wieder deutlicher zu Tage. Ein prägnantes Beispiel ist der Gewaltschutz in Familien, der – anfangs als Eingriff in den privaten Bereich abgelehnt – seit den 1990er Jahren in zunehmendem Maße der grundrechtlichen Schutzverpflichtung der Staaten zugerechnet wird.⁴²

Damit seitens der Gerichte ein gebotener Grundrechtsschutz aktiv verwirklicht werden könnte, der im Gesetz keine Deckung mehr findet, wäre in den meisten Fällen die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten erforderlich. Diese wird von der herrschenden Auffassung aber durchwegs abgelehnt, es sei denn, eine unmittelbare Drittwirkung wird ausdrücklich konstatiert (das betrifft in Österreich nur das Recht auf Datenschutz gem § 1 DSGVO 2000). Um dem grundrechtlichen Schutzauftrag tatsächlich zu entsprechen, bleibt daher für die RichterInnen als einzige Alternative, die Überprüfung des anzuwendenden Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit gem. Art 89 Abs 2 B-VG vor dem VfGH zu beantragen. Dies wird aber in der Regel nur dann möglich sein, wenn die Grundrechtswidrigkeit ihren Sitz in einer bestehenden gesetzlichen Regelung hat, da, wie oben erwähnt, die bloße „gesetzgeberische Unterlassung“ auch von einem zur Antragstellung berechtigten Gericht nicht beanstandet werden kann.

Differenzierter ist die Palette der Möglichkeiten im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Die unionsrechtlichen Prinzipien der unmittelbaren Anwendbarkeit⁴³ und des Vorrangs des Unionsrechts⁴⁴ können dazu führen, dass eine gesetzliche Bestimmung vom Gericht unangewendet bleiben muss, wenn ansonsten Rechte der im Primärrecht verankerten EU-Grundrechtecharta verletzt würden. Wenn eine Auslegungsfrage der EU-Grundrechtecharta besteht, kann (bzw. in letzter Instanz: muss) das Gericht ein Vorabent-

⁴¹ Siehe auch Kapitel 2.7.4.

⁴² Vgl. Nowak, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem (2002), 64ff; vgl. aus der jüngeren Judikatur EGMR 16.7.2013, Mudric gg Moldawien, 74839/10 (Schutzpflichten Art 3 und 14 EMRK).

⁴³ EuGH 05.02.1963, RS 26/62, *Van Gend en Loos*.

⁴⁴ Ursprünglich: Vorrang des Gemeinschaftsrechts, siehe EuGH 15.07.1964, RS 6/64, *Costa v. ENEL*.

scheidungsverfahren (Art 267 AEUV) beim EuGH einleiten. Seit der Entscheidung des VfGH vom 14.3.2012 zu U 466/11 ua besteht hier jedoch unter bestimmten Umständen eine Parallelität, weil nun die Unionsgrundrechte auch zum Prüfmaßstab des VfGH für innerstaatliche Normen zählen. Das bedeutet, wenn fraglich ist, ob eine innerstaatliche Norm der EU-Grundrechtecharta entspricht, könnte dies sowohl in ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH münden, als auch ein „innerstaatliche Vorlage“ an den VfGH nach Art 89 Abs. 2 B-VG auslösen. Ob diese Doppelgleisigkeit in der Praxis Schwierigkeiten macht, ist bislang nicht untersucht.

2.8.4 Leistungspflicht (Gesetzgebung und Vollziehung)

Der Pflicht zur (Gewähr-)Leistung (*obligation to fulfil*) zufolge hat der Staat durch hinreichende Maßnahmen in den Bereichen der Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit sowie *de facto* sicherzustellen, dass die Grundrechte möglichst umfassend verwirklicht werden.⁴⁵ Dazu bedarf es ihrer gesetzmäßigen Ausgestaltung sowie der Schaffung bzw. zumindest rechtlichen Determinierung der tatsächlichen staatlichen oder privaten Strukturen zu ihrer Umsetzung. Die diesbezüglichen Verpflichtungen reichen also von der Pflicht zur Sicherstellung der Teilhabe an staatlichen Leistungen und Einrichtungen über Untersuchungspflichten bis zur prozeduralen (ie organisatorischen und verfahrensrechtlichen) Gewährleistung der Grundrechte. Somit sind alle Fälle erfasst, die den Staat zum Handeln bzw. Aufrechterhalten eines bestimmten Zustandes verpflichten, von der soeben behandelten Schutzpflicht abgesehen.⁴⁶

Der Begriff „Teilhaberechte“ umfasst neben weiten Teilen der Verfahrensgrundrechte und diesbezüglichen Garantien für den Straf- und Zivilprozess (zB Zugang zu einem Gericht, Verfahrenshilfe, Dolmetsch, wirksame Beschwerde, Entschädigungsanspruch bei Fehlurteilen, etc.) auch das Recht auf Bildung oder das Wahlrecht. Darüber hinaus bestehen prozedurale Gewährleistungsverpflichtungen auch im Hinblick auf den Genuss der materiellen (Freiheits-)Rechte, dh der Staat hat effektive Organisationsstrukturen und wirkungsvolle Verfahren zur Prävention, Beendigung oder aber Folgenbeseitigung bei Grundrechtseingriffen vorzusehen. Im Unterschied zu den erstgenannten Justizgarantien, die sich im reinen „Selbstzweck“ erschöpfen, entspringt also auch den materiellen Bestimmungen der EMRK

⁴⁵ Vgl *Nowak*, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem (2002), 62ff.

⁴⁶ Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 125 Rz 2.

ein gewisser verfahrensrechtlicher Grundrechtsgehalt, dessen Gewährleistung dem Staat obliegt (sog. *status activus processualis*).⁴⁷

2.9 Grundrechtseingriffe und Grundrechtsschranken

2.9.1 Absolute und unter Eingriffsvorbehalt stehende Grundrechte

Wenn man die Formulierung und Ausgestaltung der Grund- und Menschenrechte betrachtet, so fällt nicht nur auf, dass diese teilweise sehr lapidar ausfallen, sondern auch, dass sie entweder unter einem Eingriffsvorbehalt stehen oder nicht. Soweit „lediglich“ das Schutzgut, der Grundrechtstatbestand, ausgeführt ist, sprechen wir von so genannten „absolut“ formulierten Grund- oder Menschenrechten (zB das Verbot von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe des Art 3 EMRK). Dem stehen Rechte gegenüber, die ausdrücklich unter bestimmten Voraussetzungen Eingriffe in das Grund- oder Menschenrecht erlauben (zB die Eigentumsfreiheit des Art 5 StGG oder die Meinungsfreiheit des Art 10 EMRK).

2.9.2 Formelle und materielle Grundrechtsschranken

Soweit der Eingriffsvorbehalt auf formellen Kriterien basiert, liegt eine formelle Grundrechtsschranke vor. Am bedeutsamsten ist der Gesetzesvorbehalt, der alleine auf das Vorliegen eines Gesetzes im formellen Sinn abstellt (siehe zB den nicht näher determinierten Gesetzesvorbehalt des Art 5 StGG). Freilich muss das entsprechende Gesetz allen Anforderungen des Art 18 B-VG im Hinblick auf Transparenz, Vorhersehbarkeit und Determinierungsgrad genügen. Von einem „qualifizierten Gesetzesvorbehalt“ ist dann die Rede, wenn weitere formelle Kriterien für den Grundrechtseingriff aufgestellt werden (zB die Einhaltung bestimmter Fristen oder das Vorliegen eines richterlichen Befehls = RichterInnenvorbehalt).

Hinsichtlich des Gesetzesbegriffes ist daran zu erinnern, dass der von der EMRK in der deutschen Übersetzung verwendete Gesetzesbegriff nicht mit dem unserer Verfassung identisch ist. Während der Gesetzesbegriff des B-VG Rechtsakte des demokratisch legitimierten Gesetzgebers meint, so genügt es nach der EMRK, wenn bestimmte Anforderungen hinsichtlich Kundmachung, Determinierungsgrad und Vorhersehbarkeit (durchaus ähnlich der Rechtsprechung des VfGH zu Art 18 B-VG) erfüllt sind.

⁴⁷ Siehe auch Kapitel 2.1. ZB EGMR 24.2.1995, *McMichael vs Vereinigtes Königreich*; vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 126f Rz 3, 5.

Werden hingegen die Bedingungen näher ausgeführt, unter denen – etwa im Hinblick auf Ziele und Abwägungskriterien – Gesetzgebung oder Vollziehung zulässig in ein Grund- oder Menschenrecht eingreifen dürfen, so sprechen wir von materiellen Grundrechtsschranken oder materiellen Gesetzesvorbehalten, wie sie insbesondere der EMRK in den Art 8-11 zueigen sind. Diese Zielvorgaben (zB „zur Sicherung der Rechte und Freiheiten anderer“) und Abwägungskriterien für Grundrechtseingriffe („wie sie in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sind“) waren und sind für die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wesentlich und begründen so genannte „Schranken-Schranken“, mit denen einer allfälligen Willkür des Gesetzgebers oder dem Machtmissbrauch einer parlamentarischen Gesetzgebungsmehrheit begegnet werden soll.

2.9.3 Grundrechtseingriff – Grundrechtsverletzung

Zu unterscheiden ist zwischen zulässigen Eingriffen (Beschränkungen von Grundrechten) und unzulässigen Eingriffen, die in den Eingriffsvorbehalten keine Deckung finden und sich daher als Grundrechtsverletzungen manifestieren.

2.9.4 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Verhältnismäßigkeitsprinzip)

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird vom EGMR als Strukturelement der EMRK verstanden, das zwar aus den Eingriffstatbeständen der Art 8-11 EMRK heraus entwickelt wurde, diese aber wie ein roter Faden durchzieht und für alle ihre Rechte Geltung beanspruchen kann. Der Grundsatz gibt Auskunft darüber, unter welchen Voraussetzungen und wie die gewährleisteten Rechte beschränkt werden dürfen. Seine Anwendung ist unabdingbar, einerseits um der gewährleisteten Freiheit Raum und Sicherheit zu belassen, andererseits entgegenstehende Rechte und Interessen in erforderlichem oder notwendigem Umfang berücksichtigen zu können. Dabei spielen schwer definierbare Maßstäbe einer „demokratischen Gesellschaft“, die von Pluralismus und Toleranz geprägt ist, eine entscheidende Rolle. Mit zu bedenken ist ebenso, dass die EMRK ein „lebendiges Rechtsinstrument“ ist, das „im Lichte der gegenwärtigen Verhältnisse“⁴⁸ zu interpretieren ist und einen zeitgemäßen und effektiven Schutz vor Menschenrechtsverletzungen und Bedrohungen der Menschenrechte bezweckt.

⁴⁸ Vgl. die „living instrument“-Formel des EGMR in der Entscheidung EGMR 25.04.1978, *Tyler vs Vereinigtes Königreich*.

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert folgende methodisch sorgfältige strukturierte Prüfungs- und Abwägungsschritte:

- **Schutzbereich**

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, der Schutzbereich welches (bzw. welcher) Grundrechte im vorliegenden Sachverhalt berührt ist.

- **Gesetzeserfordernis**

Es folgt die Frage, ob der vorgesehene Eingriff in das jeweilige Recht gesetzlich (im materiellen Sinn) vorgesehen bzw. gedeckt ist. Nur ein Eingriff, der demokratisch und rechtsstaatlich ausreichend legitimiert ist, kann grundsätzliche Zulässigkeit für sich beanspruchen.

- **Legitimer Zweck**

Der gesetzlich vorgesehene Eingriff muss in einem der in dem jeweiligen Konventions- oder Grundrecht vorgesehenen und als zulässig erkannten Ziele seine Deckung finden.

- **Geeignetheit des eingesetzten Mittels**

Die staatliche Maßnahme (Gesetz oder individueller Rechtsakt), mit der das in Rede stehende Konventions- oder Grundrecht beschränkt wird, muss grundsätzlich geeignet sein, das angestrebte und als legitim erkannte Ziel auch zu erreichen.

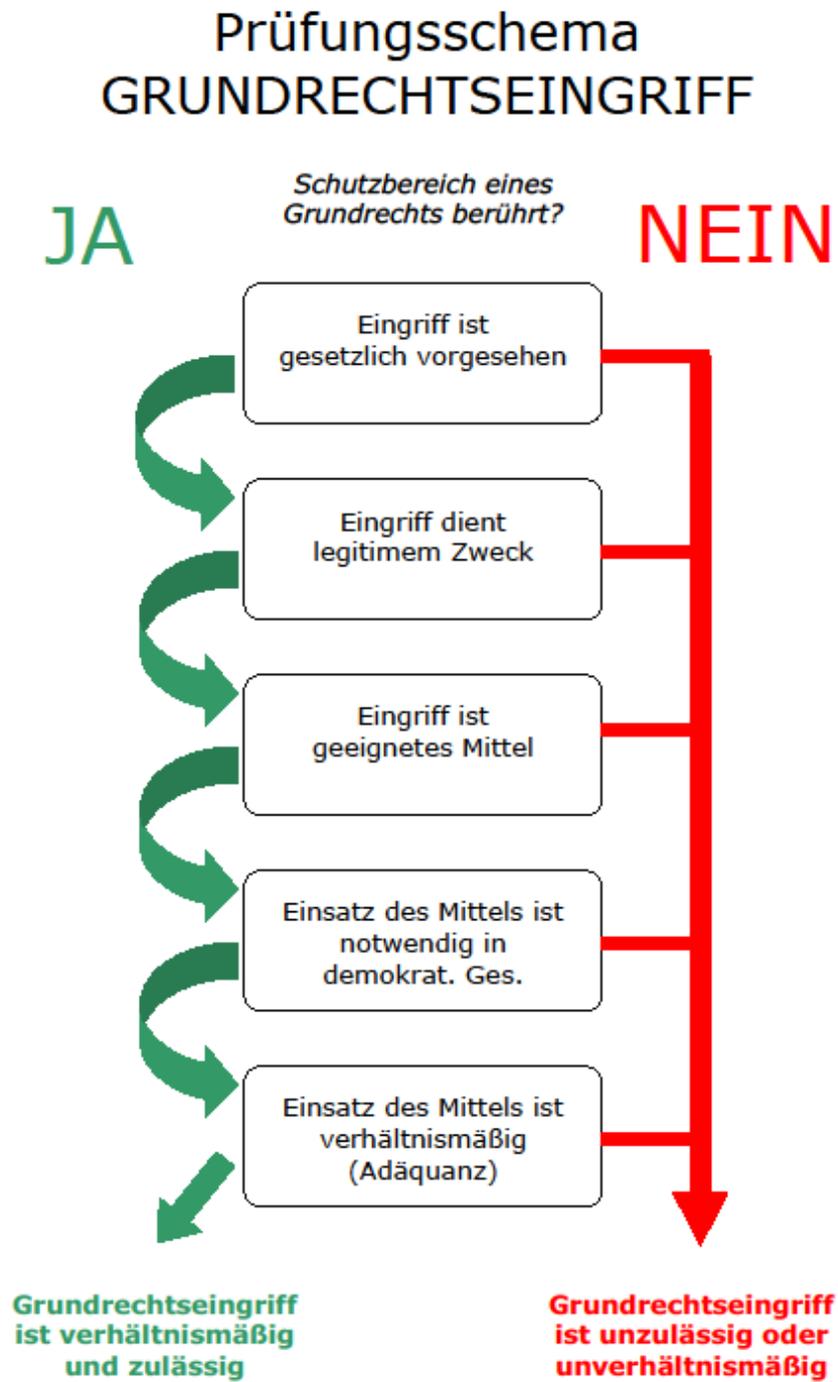
- **Notwendigkeit bzw. Erforderlichkeit des Mittels zur Erreichung des Zwecks (Einsatz des „gelindesten Mittels“, necessity-test)**

Anschließend ist die Frage zu stellen, ob die Maßnahme zur Erreichung des legitimen Zwecks auch unbedingt „erforderlich“ oder „notwendig“ war. Der EGMR fordert in diesem Zusammenhang in seiner Rechtsprechung das Vorliegen eines „dringenden sozialen Bedürfnisses“. Erweist sich bei der Überprüfung der Maßnahme, dass es gelindere zweckentsprechende Mittel zur Erreichung des Zieles gegeben hätte, liegt eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor.

- **Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Adäquanz)**

Selbst der Einsatz des gelindesten Mittels kann sich dann als unverhältnismäßig erweisen, wenn bei Abwägung der dem Grundrecht entgegenstehenden individuellen oder öffentlichen Interessen mit den Folgen des Grundrechtseingriffs ein deutliches Missverhältnis offenbar wird (wenn etwa „mit Kanonen auf Spatzen geschossen wird“). Sehr oft zeigt sich dabei auch die Schwierigkeit, letztlich nicht Vergleichbares gegeneinander abwägen zu müssen (zB Leben gegen Eigentum).

Die folgende Abbildung veranschaulicht die einzelnen Prüfungsschritte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Eingriffen in Grundrechte.



3 Schutz der Grundrechte

3.1 Grundrechtsschutz durch den Verfassungsgerichtshof

3.1.1 Allgemeines

Zu den statistisch wichtigsten Aufgaben des VfGH zählt seine unter dem Oberbegriff „**Normenkontrolle**“ zusammengefasste Kompetenz zur Prüfung von Gesetzen, Verordnungen, Wiederverlautbarungen, Staatsverträgen u. dgl. auf ihre Übereinstimmung mit übergeordneten Normen. Am praktisch bedeutsamsten sind die Überprüfung der Verfassungskonformität von Gesetzen (Art 140 B-VG) und der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen (Art 139 B-VG), in weiterer Folge als Rechtmäßigkeit von Normen bezeichnet.⁴⁹

Die ordentlichen Gerichte, der VwGH, die Landesverwaltungsgerichte, das Bundesverwaltungsgericht sowie das Bundesfinanzgericht sind zur Anrufung des VfGH verpflichtet, so in einem Verfahren Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer anzuwendenden generellen Norm aufkommen.⁵⁰ Dessen ungeachtet werden die meisten Prüfungsverfahren vom VfGH selbst von Amts wegen eingeleitet, wenn er im Zuge der Prüfung einer Beschwerde nach Art 144 B-VG (ie Bescheidbeschwerde)⁵¹ allfällige Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Normen hegt. In beiden Fällen sind die Parteien des Anlassverfahrens auch Beteiligte im Normprüfungsverfahren; sie können einen solchen Antrag des Gerichts aber nicht erzwingen, sondern lediglich anregen.⁵² Ebenso wenig ist es ihnen möglich, den Gegenstand des Verfahrens durch eigenes Vorbringen einzuschränken oder auszuweiten.

Die Kontrollbefugnis des VfGH ist explizit auf solche Bestimmungen beschränkt, die in einem anhängigen Rechtsstreit anzuwenden wären (Präjudizialität als Voraussetzung für eine „**konkrete Normprüfung**“) oder deren Überprüfung von dazu befugten Organen oder Personen losgelöst von einem konkreten Anlassfall beantragt wurde (Anfechtungslegitimation als Voraussetzung für eine „**abstrakte Normprüfung**“). Grund dafür ist die mit der

⁴⁹ Vgl dazu *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 461ff; *Stolzlechner*, Einführung in das Öffentliche Recht (2007), 200ff; *Machacek* (Hg), Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und vor dem Verwaltungsgerichtshof (2004), 93ff.

⁵⁰ Art 135Abs 4 B-VG ordnet ausdrücklich die Geltung des Art 89 B-VG für die Verwaltungsgerichte und den Verwaltungsgerichtshof an.

⁵¹ Siehe Kapitel 3.1.4.

⁵² Wenn das (antragsverpflichtete) Gericht die Bedenken der Partei nicht teilt und somit ein entsprechender Normprüfungsantrag unterbleibt, begründet dies nicht subsidiär die Möglichkeit, einen Individualantrag beim VfGH einzubringen (s. dazu Kap. 3.1.4 ganz unten). Vgl *Bezemek*, Der Subsidiarantrag, JRP 2007 (303), 304.

Aufhebung von Gesetzen verbundene – politisch wie rechtspraktisch bedeutsame – Wirkung seiner Rechtsprechung als Korrektiv der parlamentarischen Gesetzgebung (VfGH als „negativer Gesetzgeber“ und „Hüter der Verfassung“)⁵³. In der Praxis ist die Normenkontrolle in konkreten Fällen von größerer Bedeutung als die abstrakte Prüfung, welche auch nur gegen geltende, nicht gegen bereits außer Kraft getretene Gesetze und Verordnungen zulässig ist, die nur aufgrund ihrer Anwendung in einem Anlassfallverfahren (ie konkrete Normprüfung) Gegenstand des Verfahrens vor dem VfGH sein können.

Die Aufhebung verfassungs- bzw. gesetzwidriger Normen kann auch im Wege eines **Individualantrages** von Einzelpersonen begehrt werden, die einen unmittelbaren und aktuellen Eingriff in ihre Rechtsposition sowie die sog. „Umwegsunzumutbarkeit“ (wenn die Erlangung eines Bescheides oder Urteils zur Geltendmachung der Rechtswidrigkeit nicht zumutbar ist) darlegen können. Aufgrund dieser zT recht strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen fällt ein großer Teil von Individualanträgen aber der Zurückweisung durch den VfGH zum Opfer.

Stellt der VfGH fest, dass ein Gesetz oder eine Verordnung den übergeordneten Normen nicht entspricht, hat er die Bestimmung mit Wirkung *erga omnes* aufzuheben. Das Aufhebungserkenntnis bzw. die Feststellung des VfGH, dass eine generelle, bereits außer Kraft getretene Norm rechtswidrig war, wirkt grundsätzlich nur für die Zukunft (Wirkung *ex nunc* oder *pro futuro*). Auf Fälle, die sich vor dem Wirksamwerden der Entscheidung ereignet haben, entfaltet die Aufhebung also keine rückwirkende Kraft, es sei denn, der VfGH ordnet eine solche ausdrücklich an. Davon ausgenommen sind die Anlassfälle des Gesetzesprüfungsverfahrens, für die jedenfalls Rückwirkung gilt. Diese Konstellation ist ein verfassungspolitischer Mittelweg zwischen der Rechtsrichtigkeit einer- und der Rechtssicherheit andererseits. Letzterer kommt insofern der Vorrang zu, als auf den normierten Rechtsbestand solange vertraut werden darf, bis der VfGH bzw. der Gesetzgeber korrigierend eingreift.⁵⁴

Als **Prüfungsmaßstab** ist die innerstaatliche Rechtsordnung heranzuziehen; es ist grundsätzlich nicht die Aufgabe des VfGH, staatliche Normen auf ihre Übereinstimmung mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht zu prüfen. Eine Ausnahme bildet nach der Judikatur des VfGH (14.3.2012, U 466/11 ua) die EU-Grundrechtecharta, welche im Anwendungsbereich des Unionsrechts Prüfmaßstab für die Normenkontrolle des VfGH ist. Dies

⁵³ Siehe auch Kapitel 2.8.3.

⁵⁴ Allerdings wirft diese Lösung Fragen im Hinblick auf deren Vereinbarkeit mit dem Gebot einer wirksamen Beschwerdemöglichkeit iSd Art 13 EMRK iVm dem Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK auf.

liegt allein in der Kompetenz des EuGH, dem bei Zweifeln im Hinblick auf Auslegung oder Gültigkeit gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen ist.

Der **Prozessgegenstand** wird durch das Aufhebungsbegehren der Antragstellerin / des Antragstellers festgelegt. Der VfGH ist in seinem Prüfungsverfahren auf die im Antrag vorgebrachten rechtlichen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Norm beschränkt und hat nur festzustellen, ob die bekämpfte Bestimmung aus den dargelegten Gründen rechtswidrig ist. Es kann dabei jede Rechtswidrigkeit geltend gemacht werden, unabhängig von ihrer jeweiligen Bedeutung im Anlassfall. Essentiell ist aber die korrekte Abgrenzung der angefochtenen Bestimmung (begehrte Aufhebung eines Wortes, einer Wortfolge, eines oder mehrerer Absätze, Paragraphen oder der Bestimmung insgesamt), sodass einerseits nicht mehr, andererseits aber auch nicht weniger aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als zur Beseitigung der Gesetz- bzw. Verfassungswidrigkeit nötig ist. Einer drohenden Zurückweisung eines Antrags durch den VfGH wegen fehlerhafter Bezeichnung der/des die Rechtswidrigkeit verursachenden Norm/Normenteils kann mittels Eventualbegehren neben dem Hauptbegehren begegnet werden.

3.1.2 Verordnungsprüfungsverfahren⁵⁵

Unter dem Begriff „Verordnung“ (VO) gem. Art 139 B-VG versteht man alle von einer Verwaltungsbehörde erlassenen Rechtsvorschriften, die sich an einen generellen AdressatInnenkreis richten. Prüfungsgegenstand kann daher jeder Vollzugsakt sein, der organisatorisch einer Bundes- oder Landesbehörde zuzuordnen ist, mithin auch von Gemeinden, Sonderverwaltungskörpern oder beliebigen Unternehmen erlassene Verordnungen. Im Rahmen der Verordnungsprüfung sind alle höherrangigen Rechtsvorschriften, das sind die (einfachen) Bundes- oder Landesgesetze sowie höherrangige VO, als Maßstab anzulegen.⁵⁶

Sofern die Prüfung nicht vom VfGH amtswegig veranlasst wird, sind alle ordentlichen Gerichte und der VwGH im Anlassfall, dh bei Zweifeln an der Gesetzkonformität einer in einem konkreten Verfahren anzuwendenden VO, antragslegitimiert („Gerichtsantrag“) sowie jede/r Einzelne im Rahmen ihres/seines Individualantragsrechts. Verwaltungsbehörden sind grundsätzlich nicht anfechtungsbefugt, sondern an die geltenden VO gebun-

⁵⁵ Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 463f; *Stolzlechner*, Einführung in das Öffentliche Recht (2007), 200ff.

⁵⁶ ZB die „Straßenverkehrszeichenverordnung“ in Relation zu durch Straßenverkehrszeichen kundgemachten VO..

den.⁵⁷ Tauchen in einem Verwaltungsverfahren Zweifel an der Gesetzmäßigkeit der zugrunde liegenden VO auf und wird eine Verordnungsprüfung gewünscht, müssen die Parteien grundsätzlich den Weg durch alle Instanzen beschreiten und danach Bescheidbeschwerde bei VwGH oder VfGH erheben.

Ein aufhebendes Erkenntnis des VfGH hat sich grundsätzlich an den im Antrag bzw. bei amtswegiger Prüfung an den im Einleitungsbeschluss festgelegten Umfang zu halten. Ausnahmsweise ist die gesamte VO aufzuheben, wenn diese in gesetzwidriger Weise kundgemacht, von einer unzuständigen Behörde oder überhaupt ohne entsprechende gesetzliche Grundlage erlassen wurde.

3.1.3 Gesetzesprüfungsverfahren⁵⁸

Dem Verfahren nach Art 140 B-VG unterliegen alle Bundes- oder Landesgesetze (dazu zählen auch die jeweiligen Verfassungsgesetze der Länder). Prüfungsmaßstab ist bei Bundesgesetzen somit die Bundesverfassung, bei Gesetzen auf Landesebene zusätzlich die entsprechende Landesverfassung. Verfassungsrechtliche Bestimmungen werden auf ihre Übereinstimmung mit den Grundprinzipien der Bundesverfassung⁵⁹ dahingehend überprüft, ob im Falle eines Widerspruchs die Verfassungsbestimmung auf dem verfassungsrechtlich vorgezeichneten Weg, nämlich mit Volksabstimmung, zustande gekommen ist.

Ein Gesetzesprüfungsverfahren kann auf verschiedene Weise eingeleitet werden: im Fall der Präjudizialität des Gesetzes in einem anhängigen Verfahren vom VfGH von Amts wegen oder durch Gerichtsantrag von VwGH, OGH, den in zweiter Instanz berufenen Gerichten, Landesverwaltungsgerichten, Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht; unter den gleichen Voraussetzungen wie bei der Verordnungsprüfung besteht auch die Möglichkeit, einen Individualantrag beim VfGH einzubringen.⁶⁰

⁵⁷ Wichtige Ausnahmen bestehen im Antragsrecht der Bundesregierung hinsichtlich VO einer Landesbehörde bzw. umgekehrt („Regierungsantrag“), weiters der Volksanwaltschaft sowie allfälliger Landesvolksanwaltschaften. Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 466..

⁵⁸ Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 464ff; *Stolzlechner*, Einführung in das Öffentliche Recht (2007), 204ff.

⁵⁹ Ie Demokratisches, Bundesstaatliches, Republikanisches, Rechtsstaatliches, Gewaltenteilendes bzw. Liberales Prinzip. Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 54ff.

⁶⁰ Anfechtungsbefugt sind außerdem die Bundesregierung hinsichtlich Landesgesetzen und umgekehrt („Regierungsantrag“), ein Drittel der Nationalrats- oder Bundesratsmitglieder wegen BundesG sowie ein Drittel der Mitglieder eines Landtages hinsichtlich LandesG („Fraktionsantrag“, „Drittelantrag“). Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 466, 471ff.

Wiederum ist das angefochtene G vom VfGH nur insoweit aufzuheben, als dies beantragt oder mit Beschluss festgelegt wurde. Es ist jedenfalls dann zur Gänze aufzuheben, wenn das G nicht vom zuständigen Rechtsetzungsorgan erlassen oder aber in verfassungswidriger Weise kundgemacht wurde (dies gilt auch für Verfassungsgesetze).

3.1.4 Bescheidbeschwerde (Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit)⁶¹

Nach Art 144 B-VG kann der VfGH gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes anrufen werden, wenn die/der BeschwerdeführerIn (Bf) einen Verstoß gegen ihre/seine verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte oder eine Rechtsverletzung aufgrund der Anwendung einer gesetzwidrigen VO oder eines verfassungswidrigen G durch den Bescheid behauptet. Auch eine Grundrechtsverletzung durch die rechtswidrige unmittelbare Anwendung von Gemeinschaftsrecht kann hiermit geltend gemacht werden.

Diese auch als „Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit“ bezeichnete Zuständigkeit des VfGH stellt eine seiner bedeutsamsten Kompetenzen dar und besteht auch nach Einrichtung der Verwaltungsgerichte durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012⁶² weiter im Sinne einer „Urteilsbeschwerde“⁶³. Der Unterschied zur „herkömmlichen“ Verwaltungsgerichtsbarkeit liegt im vom VfGH anzulegenden Prüfungsmaßstab der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte (ie der Grund- und Freiheitsrechte) bei der Überprüfung individueller Verwaltungsakte. Die Behauptung der/des Bf legt den rechtlichen Maßstab für die Bescheidprüfung fest, das konkret für verletzt befundene Recht muss dagegen nicht benannt werden; eine Fehlbenennung schadet folglich nicht, der VfGH prüft nämlich von sich aus, welche Norm verletzt wurde.

Die Entscheidung des VfGH lautet entweder auf Aufhebung des rechtswidrigen Bescheides bzw. auf Zurück- oder Abweisung der Beschwerde. Die *ex tunc*-Wirkung eines Aufhebungserkenntnisses verpflichtet die Behörde, einen der Rechtsanschauung des VfGH entsprechenden Ersatzbescheid zu erlassen und den rechtmäßigen Zustand insgesamt wiederherzustellen („Folgenbeseitigungsanspruch“ der/des Bf). Bei Abweisung oder Ablehnung der Beschwerde hat der VfGH diese auf Antrag des/der Bf an den VwGH abzutreten, der den Bescheid auf seine Übereinstimmung mit einfachgesetzlichen Bestimmungen hin überprüft („Abtretungsantrag“).

⁶¹ Vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht⁸ (2009), 486ff; Stolzlechner, Einführung in das Öffentliche Recht (2007), 209ff.

⁶² BGBl I 2012/51.

⁶³ Harald Eberhard, Änderungen des Rechtsschutzsystems durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 173.

In Anlehnung an die Bescheidbeschwerde sowie an das allgemeine Individualantragsrecht nach Art 139 und 140 B-VG wurde in der Diskussion im Österreich-Konvent zum B-VG Entwurf die Möglichkeit einer sog. „**Gesetzesbeschwerde**“ (ehem „Subsidiarantrag“)⁶⁴ der Partei eines letztinstanzlichen Gerichtsverfahrens, deren Anregung zur Stellung eines Normprüfungsantrag durch das Gericht nicht entsprochen wurde, überlegt. Diese systematische Weiterentwicklung des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes, die zum Ausgleich des vernehmlichen Ungleichgewichts zwischen der Verwaltung, deren letztinstanzliche Rechtsakte vor dem VfGH anfechtbar sind, und der ordentlichen Gerichtsbarkeit, deren Instanzenzug jedenfalls vor dem OGH endet, beigetragen hätte, hat aber schließlich nicht Eingang in den Endbericht des Konvents gefunden.⁶⁵

3.2 Grundrechtsschutz durch die ordentliche Gerichtsbarkeit

3.2.1 Allgemeines

Im Österreich-Konvent⁶⁶, der von 30. Juni 2003 bis 31. Jänner 2005 über eine grundlegende Staats- und Verfassungsreform beraten hat, wurde über die eben erwähnte „Gesetzesbeschwerde“ hinaus auch der Vorschlag diskutiert, eine sog. „Urteilsbeschwerde“ an den VfGH einzurichten. Dies würde bedeuten, dass gegen eine letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung die Anrufung des VfGH wegen einer behaupteten Grundrechtsverletzung möglich wäre, was aktuell nur gegen Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte (Art 144 B-VG) zulässig ist. Dieser Vorschlag wurde im Konvent mehrheitlich abgelehnt.⁶⁷

Es ist eine bewusste Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers, den **Grundrechtsschutz im Bereich der Zivil- und Straferichtsbarkeit den ordentlichen Gerichten zu übertragen**. Im Rahmen der im Zivil- und Strafprozessrecht vorgesehenen Rechtsmittel sind Grundrechtsverletzungen ebenso aufzugreifen wie „einfache“ Gesetzesverletzungen, weil dabei grundsätzlich eine **umfassende Beurteilung der Rechtmäßigkeit** richterlicher

⁶⁴ Nicht zu verwechseln mit dem ebenso diskutierten, jedoch abgelehnten Vorschlag einer „Urteilsbeschwerde“ (auch „Verfassungsbeschwerde“). Vgl. *Scherthanner*, Die „Tante Jolesch“ und der Österreich-Konvent, RZ 2005, 154 Rz 7. (S dazu auch Kap. 3.2.1).

⁶⁵ Vgl. Endbericht des Österreich-Konvents vom 31.01.2005, 1/ENDB-K, 206ff; *Bezemek*, Der Subsidiarantrag, JRP 2007 (303), 305ff.

⁶⁶ Genauere Informationen unter www.konvent.gv.at.

⁶⁷ S dazu *Scherthanner*, Die „Tante Jolesch“ und der Österreich-Konvent, RZ 2005, 154, der als Richter des BG Josefstadt von seinen Erfahrungen im Konventsausschuss 9 berichtet.

Entscheidungen vorzunehmen ist.⁶⁸ Soweit Verwaltungsorgane in Befolgung einer Anordnung des Staatsanwalts tätig werden – insbesondere bei Hausdurchsuchungen oder Verhaftungen – greift diesbezüglich der Rechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte und nicht durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.⁶⁹ Doch auch im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit bleibt die alleinige Befugnis beim VfGH, über die Verfassungskonformität einer präjudiziellen Norm zu entscheiden. Hierzu bestimmt **Art 89 Abs 2 B-VG**, dass der **OGH** oder ein zur Entscheidung **in zweiter Instanz zuständiges Gericht** beim VfGH einen Antrag auf Gesetzesaufhebung zu stellen hat, wenn es **Bedenken gegen die Anwendung eines Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit** hat.⁷⁰ Die verfassungsrechtliche Beurteilung des Gerichts beschränkt sich auf die Frage, ob Bedenken vorliegen und eröffnet damit einen weiten Spielraum. Liegen solche aber vor, so ist das Gericht vom Wortlaut der Verfassungsbestimmung her zur Antragstellung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet.⁷¹

Gegen eine letztinstanzliche Gerichtsentscheidung kann unter Behauptung der Verletzung eines durch die EMRK gewährleisteten subjektiven Rechts der **EGMR** angerufen werden. Doch auch wenn der Gerichtshof eine Konventionsverletzung feststellt, vermag dies nicht die Rechtskraft der Entscheidung zu durchbrechen. Rechtstechnisch handelt es sich nämlich um ein Feststellungsurteil, in dem allenfalls die Republik Österreich zur Zahlung einer „gerechten Entschädigung“ (Art 41 EMRK) an die Partei verurteilt werden kann. Die innerstaatliche Umsetzung hat jedoch nach nationalem Recht zu erfolgen. Während im Zivilprozessrecht keine ausdrückliche Bestimmung für diesen Zweck existiert, sieht **§ 363a StPO** eine **Erneuerung des Strafverfahrens** vor. Eine solche ist von der betroffenen Partei zu beantragen, die Entscheidung darüber liegt beim OGH.

Eine deutliche Erweiterung dieses Rechtsschutzweges hat der OGH in einer Entscheidung vom 1.8.2007 zu 13 Os 135/06m eröffnet: Demnach bedarf es nicht zwingend eines Erkenntnisses des EGMR als Voraussetzung für eine Erneuerung des Strafverfahrens. Vielmehr **kann auch eine vom Obersten Gerichtshof selbst** – anlässlich eines Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens – **festgestellte Verletzung der EMRK** oder eines ihrer

⁶⁸ *Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), 185f.

⁶⁹ Anderes gilt nur, wenn die betreffende Handlung der Polizei offensichtlich keine Deckung in der staatsanwaltlichen Anordnung findet. Dann nämlich ist diese als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- oder Zwangsgewalt (AuvBZ) zu qualifizieren und daher mittels Maßnahmenbeschwerde gem. § 88 SPG beim unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) und in der Folge beim VfGH zu bekämpfen.

⁷⁰ Siehe dazu Kapitel 3.1.3.

⁷¹ *Mayer*, Kurzkomentar B-VG (2007), Art 89 B-VG, 323f mwN.

Zusatzprotokolle durch eine Entscheidung oder Verfügung eines untergeordneten Strafgerichtes **zur Erneuerung des Strafverfahrens führen**. Begründet wird dies mit dem Argument, seit Einführung der §§ 363a bis 363c StPO durch das StRÄG 1996 habe sich die Rechtsprechung des EGMR zu Verfahrensgarantien signifikant verändert. Dadurch sei eine „nachträgliche planwidrige Lücke“ entstanden. Das Gebot einer **wirksamen Beschwerde gem. Art 13 EMRK** gegen eine (behauptete) Verletzung der EMRK erfordere eine Schließung dieser Lücke. In diesem Zusammenhang verweist der Oberste Gerichtshof ausdrücklich darauf, dass er verfassungsgemäß die oberste Instanz in Strafrechtssachen (Art 92 Abs 1 B-VG) und daher selbst zu dieser Lückenschließung befugt sei. Eine mögliche Alternative dazu wäre ein Prüfungsantrag des OGH an den VfGH gem. Art 89 Abs 2 B-VG gewesen. Allerdings ist zu bedenken, dass solch eine Vorgehensweise für die in ihren Grundrechten (möglicherweise) verletzte Person eine erhebliche Verzögerung und damit jedenfalls ein Rechtsschutzdefizit gegenüber der Lösung des OGH bedeutet hätte. Die Judikatur ist mittlerweile gefestigt⁷² und auch per Rechtssatz verankert (RS0122228). Ausdrücklich klargestellt hat der OGH, dass über 363a StPO nicht die Verhängung und der Vollzug von Freiheitsstrafen wegen gerichtlich strafbarer Handlungen bekämpft werden kann.⁷³ §1 Abs 2 GRBG (siehe sogleich) schließt für diesen Fall eine Grundrechtsbeschwerde an den OGH aus, weshalb offenkundig für diese Fälle kein besonderes Rechtsschutzinstrument vorgesehen ist und daher auch nicht über §363a StPO konstruiert werden kann.

In Analogie zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Art 34 und 35 EMRK fordert der OGH seit Begründung dieser Judikatur, dass der Antrag auf Erneuerung innerhalb einer *Frist von 6 Monaten* ab der endgültigen strafgerichtlichen Entscheidung gestellt werden muss. In der Folgeentscheidung vom 23.10.2007 zu 11 Os 132/06f ergänzte er, dass auch das Erfordernis der *Ausschöpfung des Instanzenzugs* sinngemäß gelte. Auch diese Rechtsprechung ist gefestigt (RS0122737)⁷⁴. Die verfassungskonforme Auslegung von Tatbeständen des materiellen Strafrechts muss daher zuvor mit Rechts- oder Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 oder Z 10, § 468 Abs 1 Z 4, § 489 Abs 1 zweiter Satz StPO) geltend gemacht worden sein. Steht die Verfassungsmäßigkeit einer Norm als solcher in Frage, hat die/der Angeklagte bei der Urteilsanfechtung auf die Verfassungswidrigkeit hinzuweisen, um so das Rechtsmittelgericht zu einem Vorlageantrag an den VfGH nach Art 89 Abs 2 B-VG zu

⁷² ZB 15Os117/07f, 14Os60/08t, 11Os119/09y, 15Os8/10f, 12 Os 158/12w, 11 Os 92/13h, 15 Os 52/12d.

⁷³ Vgl. 13Os144/09i.

⁷⁴ ZB 14Os138/07m, 12Os125/08m, 11Os106/09m, 11Os108/09f.

veranlassen. Diese „Rügeobliegenheit“ ist eine Voraussetzung, damit der nunmehr erweiterte Rechtsweg des Erneuerungsantrags beschriftet werden darf.

Mit der Eröffnung dieses Rechtsschutzweges entsteht die Frage, ob ein solcher Antrag nach § 363a StPO damit auch zur Voraussetzung für die Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges für den Fall einer Beschwerde an den EGMR wird. Da es sich dabei im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung um einen grundsätzlich aussichtsreichen und damit im Sinne der EGMR Zulässigkeitsjudikatur effektiven Rechtsbehelf handelt, ist davon auszugehen, dass diese Möglichkeit auch ausgeschöpft werden muss.⁷⁵

Die EU-Grundrechtecharta ist seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 Teil des Primärrechts.⁷⁶ Wenn sich daher im Anwendungsbereich des Unionsrechts grundrechtliche Auslegungsfragen eröffnen, obliegt die verbindliche Auslegung dem EuGH. Alle nationalen Gerichte können – letztinstanzliche Gerichte müssen (Vorlagepflicht) – dann ein Ersuchen um **Vorabentscheidung gem. Art 267 AEUV** an den **EuGH** richten. Durch den Vertrag von Lissabon ist die Zuständigkeit des EuGH auch auf Rechtsakte ausgedehnt, die im Bereich der Judiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen und polizeilichen Zusammenarbeit (Art 82ff AEUV, ehemals „dritte Säule“ der EU) erlassen wurden. Bei Sachverhalten im Anwendungsbereich des Unionsrechts müssen daher nunmehr auch Strafgerichte die Auslegungshoheit des EuGH berücksichtigen.⁷⁷ Das bedeutet allerdings keine Befugnis des EuGH zur Überprüfung strafgerichtlicher Entscheidungen (Art 276 AEUV).

3.2.2 Grundrechtsbeschwerde an den OGH

Eingriffe in das **Grundrecht auf persönliche Freiheit** (PersFrG, Art 5 EMRK) können seit 1.1.1993 nach Erschöpfung des Instanzenzuges mit Grundrechtsbeschwerde beim OGH von jeder Person bekämpft werden, die behauptet, durch eine strafgerichtliche Entscheidung oder Verfügung in diesem Grundrecht verletzt worden zu sein. Durch das Grundrechtsbeschwerdegesetz (GRBG) ist **vor allem eine gerichtliche Kontrolle der Untersuchungshaft** sichergestellt, während die Grundrechtsbeschwerde gegen die Verhängung oder den Vollzug von Freiheitsstrafen oder vorbeugenden Maßnahmen ausdrücklich ausgeschlossen ist. Der Beschwerde kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Dieses Rechtsschutzinstru-

⁷⁵ Vgl. die Argumentation mwN in: Rieder, Die Erneuerung des Strafverfahrens ohne vorheriges Erkenntnis des EGMR. Zur Entscheidung des OGH vom 1. 8. 2007, 13 Os 135/06m, JBl 2008, 23.

⁷⁶ Siehe dazu Kap. 1.2.2.

⁷⁷ Vgl. dazu Obwexer, Die Rechtsstellung Einzelner in der Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, ÖJZ 2010/13, 107; jedoch ohne ausdrücklichen Bezug auf die „Vorlage“ durch Strafgerichte.

ment eröffnet dem OGH die Kompetenz zur Nachprüfung sämtlicher Haftvoraussetzungen – insbesondere des dringenden Tatverdachts – sowie der Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs 1 GRBG) des Freiheitseingriffes im Anlassfall.

Den Prozessgegenstand bildet nicht die Haft selbst, vielmehr die vom OLG getroffene Entscheidung über die Haft.⁷⁸ Der OGH prüft in einem ersten Schritt auf Basis der vom OLG angeführten bestimmten Tatsachen, ob der Schluss auf ein ausgewogenes Verhältnis zur Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe vertretbar war. Dies bedeutet gleichzeitig einen **hohen Begründungsstandard in Haftsachen**, der die Gerichte veranlasst, jedes erhebliche Beweisergebnis auch ganz konkret in den Entscheidungsgründen anzusprechen und zu würdigen.⁷⁹

Unabhängig von dieser Frage nach der Verhältnismäßigkeit prüft der OGH zusätzlich in einem zweiten Schritt, ob die Gerichte alles ihnen Mögliche zur Abkürzung der Haft unternommen haben, und zwar nach Maßgabe eigener Beweiswürdigung⁸⁰. Eine ins Gewicht fallende Säumigkeit in Haftsachen ist demnach auch ohne Verletzung der Verhältnismäßigkeit (§ 173 Abs 1 zweiter Satz StPO) grundrechtswidrig und führt dazu, dass das Höchstgericht einer Grundrechtsbeschwerde allein deshalb stattgibt.⁸¹ Diese bemerkenswerte Judikatur wurde bisher⁸² auf § 193 Abs 1 StPO (alte Fassung) gestützt, welcher ein besonderes Beschleunigungsgebot für Haftsachen normierte, und findet nunmehr im **allgemeinen Beschleunigungsgebot** des **§ 9 StPO neu** deutlichen Rückhalt.

3.2.3 Parteiantrag auf Normenkontrolle durch den VfGH

Die B-VG-Novelle BGBl. I Nr. 114/2013 dehnt ab 1. Jänner 2015 die Möglichkeit aus, die **Prüfung von Verordnungen, Kundmachungen über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), von Gesetzen und Staatsverträgen beim Verfassungsgerichtshof** zu beantragen. Zum einen wird dann **jedes ordentliche Gericht** (also auch das in erster Instanz tätige) einen Antrag auf Aufhebung einer generellen Norm beim VfGH zu stellen haben, wenn es etwa gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit oder gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hat (Art 89 Abs. 2 B-VG). Zum anderen können unter bestimm-

⁷⁸ 13 Os 48/06t, EvBl 2006, 609 = RZ 2007 EÜ24 = AnwBl 2007, 338.

⁷⁹ Ratz, Grundrechte in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2006, 318.

⁸⁰ Vgl Ratz, Zur Bedeutung von Nichtigkeitsgründen im Grundrechtsbeschwerdeverfahren, ÖJZ 2005, 419.

⁸¹ ZB 14 Os 106/07f und jedenfalls stRsp; vgl RIS-Justiz RS0120790.

⁸² Dh bis zum Inkrafttreten der neuen StPO am 1.1.2008.

ten Voraussetzungen auch **Personen, die Partei einer von einem ordentlichen Gericht entschiedenen Rechtssache sind**, einen derartigen Antrag an den VfGH stellen.

Mit dem Bundesgesetz, mit dem das Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz und die Strafprozeßordnung 1975 geändert werden, BGBl. I Nr. 92/2014, wird der **„Parteiantrag auf Normenkontrolle durch den VfGH“** einfach-gesetzlich umgesetzt. Die Voraussetzungen und Wirkungen einer Antragstellung sind in den maßgeblichen Verfassungsnormen (insbesondere Art. 139 Abs. 1 Z 4, Abs. 1a und Abs. 7 sowie Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. d, Abs. 1a und Abs. 8 B-VG in der ab 1.1.2015 geltenden Fassung) sowie in den neuen §§ 57a, 62a VfGG geregelt.

Ein „Parteiantrag auf Normenkontrolle“ kann von einer Person erhoben werden, die als **Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache rechtzeitig ein zulässiges Rechtsmittel erhebt und wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren Rechten verletzt** zu sein behauptet. Der Antrag ist unmittelbar beim VfGH einzubringen. Dieser hat daraufhin das Gericht erster Instanz unverzüglich von der Antragstellung zu verständigen.

Ein Parteiantrag auf Normenkontrolle soll schon von Verfassung wegen nur von einer Person gestellt werden können, die wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm *in ihren Rechten* verletzt zu sein behauptet. Folglich sind Verwaltungsorgane, Organe der Gerichtsbarkeit, die Staatsanwaltschaft oder die Finanzstrafbehörde nicht antragslegitimiert, wohl aber etwa belangte Verbände nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, weil diesen ex lege die Rechte des Beschuldigten zukommen, oder der gesetzliche Vertreter eines jugendlichen Beschuldigten.

Das **Rechtsmittelgericht** soll bis zur Verkündung bzw Zustellung des Erk des VfGH nur solche Handlungen vornehmen oder Anordnungen und Entscheidungen treffen, die durch das Erk nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten (vgl §§ 57a Abs 6, 62a Abs 6 VfGG).

Ungeachtet dessen soll das Gericht über die **Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des Rechtsmittels** entscheiden. Von einer rechtskräftigen Zurückweisung des Rechtsmittels als verspätet oder sonst unzulässig sowie von einer Zurücknahme des Rechtsmittels hat das Gericht den Verfassungsgerichtshof unverzüglich in Kenntnis zu setzen, weil das Vorliegen eines Rechtsmittels Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof ist.

Für das zivilgerichtliche Verfahren ist in § 528b Abs. 2 zweiter Satz ZPO überdies angeordnet, dass solche Handlungen, Anordnungen oder Entscheidungen, die die vorläufige Verbindlichkeit, Rechtsgestaltungswirkung oder Vollstreckbarkeit einer Entscheidung betreffen, nicht unter die Einschränkung der gerichtlichen Entscheidungsbefugnisse fallen und

demnach vom **Erst- bzw. Rechtsmittelgericht ungeachtet der Antragstellung** vorgenommen oder getroffen werden können.

Das bedeutet, dass etwa ein Beschluss nach § 524 Abs. 2 ZPO auf einstweilige Hemmung des Verfahrens gefasst werden kann. Auch über ein Rechtsmittel gegen eine die beantragte einstweilige Hemmung verweigernde Entscheidung kann abgesprochen werden. Ebenso können gerichtliche Handlungen, Anordnungen und Entscheidungen in Bezug auf die Ausführung des angefochtenen, die Sache erledigenden Beschlusses oder dessen Vollstreckung vorgenommen oder getroffen werden, wenn – entsprechend dem Regelfall in der ZPO – dem Rekurs keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 524 Abs. 1 erster Satz ZPO). Gleiches gilt auch für sonstige gesetzliche Anordnungen, nach denen die Erhebung eines Rechtsmittels nicht den Eintritt der (vorläufigen) Verbindlichkeit, Rechtsgestaltungswirkung oder Vollstreckbarkeit hemmt (wie etwa gemäß § 61 ASGG).

Im **Verfahren außer Streitsachen** kommt § 528b ZPO sinngemäß zur Anwendung (§ 80a Abs. 1 AußStrG). Die Regelung, wonach Handlungen, Anordnungen oder Entscheidungen, die die vorläufige Verbindlichkeit, Rechtsgestaltungswirkung oder Vollstreckbarkeit einer Entscheidung betreffen, nicht unter die Einschränkung der gerichtlichen Entscheidungsbefugnisse fallen (§ 528b Abs. 2 zweiter Satz ZPO iVm § 80a Abs. 1 AußStrG), hat für das außerstreitige Verfahren zur Konsequenz, dass Entscheidungen nach § 44 Abs. 1 AußStrG sowohl vom Erstgericht als auch vom Rechtsmittelgericht ungeachtet der Stellung eines Antrags auf Normenkontrolle getroffen werden können. Auch steht ein anhängiges Normenprüfungsverfahren Handlungen, Anordnungen oder Entscheidungen im Zusammenhang mit einer allfälligen Vollstreckung der (im Anlassverfahren für die Normenprüfung ergangenen und mit Rechtsmittel bekämpften) erstinstanzlichen Entscheidung aufgrund eines Beschlusses nach § 44 Abs. 1 AußStrG oder aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Regelung (vgl. etwa § 107 Abs. 2 dritter Satz AußStrG) nicht entgegen.

Eine weitere Ausnahme von der eingeschränkten Entscheidungsbefugnis der Gerichte nach Einbringung eines Parteiantrags auf Normenkontrolle beim VfGH bildet die Regelung des **§ 80a Abs. 2 AußStrG**. Dieser zufolge hat das Gericht zweiter Instanz in dem bei ihm anhängigen Verfahren über pflegschaftsgerichtliche Entscheidungen nach § 283 ABGB sowie nach den §§ 28, 29 und 38 UbG und nach den §§ 16, 17 HeimAufG auch im Fall der Einbringung eines Parteiantrags zu entscheiden. Erst danach sollen die Wirkungen der Antragstellung auf Normenkontrolle auf diese Verfahren eintreten. Dadurch soll erreicht werden, dass in diesen sensiblen Verfahrensmaterien ohne Verzögerung durch das Normenkontrollverfahren vor dem VfGH eine Überprüfung der erstgerichtlichen Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht erreicht werden kann.

Nach Einlangen des **Erk des VfGH** soll das Verfahren unverzüglich von Amts wegen – unter Berücksichtigung der durch die Entscheidung des VfGH geschaffenen Rechtslage – vor dem Rechtsmittelgericht fortgesetzt werden.

Gemäß Art 139 Abs. 1a erster Satz und Art 140 Abs. 1a erster Satz B-VG kann die Stellung eines Antrages auf Gesetzes- bzw. Verordnungsprüfung durch Bundesgesetz für unzulässig erklärt werden, wenn dies zur Sicherung des Zwecks des Verfahrens vor dem ordentlichen Gericht erforderlich ist. Gestützt auf diese verfassungsgesetzlichen Ermächtigung ist gemäß den §§ 57a Abs. 1 und 62a Abs. 1 VfGG die **Stellung eines Parteiantrages auf Normenkontrolle** in den darin genannten zivil- und strafgerichtlichen Verfahren - somit in Kindesentführungsverfahren, Besitzstörungsverfahren, Beweissicherungsverfahren, Verfahren gemäß § 37 Abs. 1 MRG, § 52 Abs. 1 WEG 2002, § 22 Abs. 1 WGG, bestandrechtlichen Kündigungs- und Räumungsverfahren, Verfahren betreffend mittlere Vorkehrungen gemäß § 180 NO, Unterhaltsvorschussverfahren, Insolvenzverfahren, Exekutionsverfahren und Verfahren betreffend einstweilige Verfügungen nach den Bestimmungen der EO sowie in Verfahren der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, insbesondere Auslieferung, Übergabe, Rechtshilfe, gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung - nicht zulässig.

Die Aufnahme einer derartigen Ausnahme für das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren ist nicht erforderlich; dies ergibt sich aus der Bezugnahme der Art 139 Abs 1 Z 4 und 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG auf „eine von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedene Rechtssache“.

3.3 Grundrechtsschutz durch andere unabhängige Kontrolleinrichtungen

3.3.1 Allgemeines

Grundrechtsschutz wird in Österreich nicht nur durch Gerichte und Höchstgerichte gewährleistet, sondern auch durch eine Vielzahl von spezialisierten Einrichtungen wahrgenommen. Die Kinder- und Jugendanwaltschaft, die Patienten-anwaltschaft, die Gleichbehandlungs-anwaltschaft, der Behindertenanwalt, die Volksanwaltschaft, die Naturschutz- und Umwelt-anwaltschaften, die Datenschutzbehörde, die Bundesheer-Beschwerdekommission ua sind Einrichtungen, die durch Beratung und Unterstützung oder durch die Ausübung von Kontrollbefugnissen Rechtsschutz gewährleisten bzw. Menschen bei der Durchsetzung ihrer Rechte unterstützen.

Im Folgenden werden ausgewählte unabhängige Einrichtungen, denen bestimmte Kontroll- und/oder Entscheidungsbefugnisse zukommen, kurz beschrieben.

3.3.2 Datenschutzbehörde⁸³

Die **Datenschutzbehörde (DSB)** trat im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle⁸⁴ am 1.1.2014 an die Stelle der früheren Datenschutzkommission (DSK) und ist nun in erster Instanz die nationale Datenschutz-Kontrollstelle im Sinne des Art 28 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG und neben dem Datenschutzrat eines der im Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000)⁸⁵ angeführten Kontrollorgane.⁸⁶ Die Einrichtung, Organisation sowie der Rechtsschutz gegen Bescheide der neuen Datenschutzbehörde ist durch die §§ 36 bis 40a DSG 2000 (nF) geregelt. Der Aufgabenbereich der neuen Behörde entspricht dem der DSK, deren Bescheide können künftig beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Die DSB nimmt ihre Aufgaben in völliger **Unabhängigkeit** und **Weisungsfreiheit** wahr.⁸⁷ Der DSB steht nach § 36 DSG 2000 ein Leiter und ein Stellvertreter des Leiters vor, die vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt werden.⁸⁸ Die Befugnisse der DSB reichen von der **Prüfung von Datenanwendungen** (u.a. durch das Datenverarbeitungsregister, das bei der DSB eingerichtet ist) über **Kontrollbefugnisse** bis hin zu **Aufgaben als Stammzahlenregisterbehörde** im Bereich des E-Government.⁸⁹ Im klassischen Individualbeschwerdeverfahren erkennt die DSB gemäß § 31 DSG 2000 mit verbindlicher Wirkung der Entscheidung über behauptete Verletzungen bestimmter subjektiver Rechte (Recht auf Geheimhaltung, Auskunftserteilung, Richtigstellung und Löschung). Entscheidungen in Auskunftssachen trifft die DSB sowohl hinsichtlich des öffentlichen als auch des privaten Bereiches. Die **Entscheidungen ergehen in Bescheidform**, wobei eine Beschwerdemöglichkeit an den **Bundesverwaltungsgericht** ausdrücklich vorgesehen ist.⁹⁰ Gegen dessen Entscheidung wiederum steht auch der Rechtszug an den **VfGH** gemäß Art 144 B-

⁸³ Vgl dazu allgemein: <http://www.dsb.gv.at>; für die Neuerungen vgl. Bachl, Auflösung (fast) aller Sonderbehörden, SPRW 2013 VuV A, 55 (59ff).

⁸⁴ 2012, BGBl I 2012/51.

⁸⁵ Vgl BGBl I 165/1999, in Kraft seit 1.1.2000.

⁸⁶ Beide Organe wurden bereits auf Basis des ursprünglichen Datenschutzgesetzes (BGBl I 565/1978) eingerichtet.

⁸⁷ Vgl § 37 Abs 1 DSG 2000.

⁸⁸ Mit Entschließung des Bundespräsidenten vom 10. Dezember 2013 wurde Dr. Andrea Jelinek zur ersten Leiterin der Datenschutzbehörde und Dr. Matthias Schmidl als stellvertretender Leiter auf fünf Jahre bestellt, siehe MR 2013, 309, Datenschutzbehörde neu.

⁸⁹ Vgl <http://www.stammzahlenregister.gv.at/>.

⁹⁰ Vgl § 39 DSG 2000.

VG und nach den allgemeinen Voraussetzungen des Art 133 B-VG auch an den VwGH⁹¹ offen.

3.3.3 Rechtsschutzbeauftragte

Verdeckte Ermittlungen durch technisch unterstützte Überwachung (Lausch- und Spähangriffe), Observation und Scheinkauf sowie automationsunterstützten Datenabgleich (Rasterfahndungen) sind Maßnahmen, mit denen insbesondere Bedrohungen wie der organisierten Kriminalität oder dem Terrorismus entgegengewirkt werden soll. Gleichzeitig stellen diese Maßnahmen zum Teil weitreichende Grundrechtseingriffe dar, die ohne Wissen der betroffenen Person(en) gesetzt werden. Da die Betroffenen sich *de lege lata* nicht mit den herkömmlichen Rechtsschutzmöglichkeiten zur Wehr setzen können, wurde Ende der 1990er Jahre die Institution des unabhängigen und weisungsfreien Rechtsschutzbeauftragten (RSB) geschaffen. Der/dem Rechtsschutzbeauftragten obliegt die Wahr(nehm)ung der Rechte der betroffenen Personen, indem sie/er insbesondere die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffes prüft. Hierzu kann sich die/der Rechtsschutzbeauftragte verschiedener Kontroll-, Antrags-, Informations- und Beschwerderechte bedienen.⁹²

Derzeit ist ein/e RSB gemäß der Strafprozessordnung (StPO) im BMJ, gemäß dem Sicherheitspolizeigesetz (SPG) im BMI und gemäß dem Militärbefugnisgesetz (MBG) im BMLV verankert. Die relevanten Bestimmungen finden sich in den §§ 146, 147 StPO, in den §§ 91a, 91b, 91c, 91d SPG und im § 57 MBG.

Gem. § 147 Abs 1 StPO unterliegen der Kontrolle der/des RSB im BMJ die Anordnung, Genehmigung und Durchführung

- einer verdeckten Ermittlung nach § 131 Abs 2,
- des Abschlusses eines Scheingeschäfts nach § 132,
- einer Auskunft über Vorratsdaten nach § 135 Abs. 2a,
- einer optischen oder akustischen Überwachung von Personen nach § 136 Abs 1 Z 3,
- eines automationsunterstützten Datenabgleichs nach § 141 StPO sowie

⁹¹ Zur nicht trivialen Frage der Anrufbarkeit des VwGH gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte siehe detailliert Eberhard, Änderungen des Rechtsschutzsystems durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 157 (173ff).

⁹² *Bundesministerium für Inneres* (Hg), *Der Rechtsschutzbeauftragte* (2004); *Vogl*, *Der Rechtsschutzbeauftragte in Österreich* (2004).

- besonderer Ermittlungsmaßnahmen gegen BerufsheimnisträgerInnen nach § 144 Abs 3 StPO.

Die Kanzleigeschäfte der/des RSB im BMJ werden gem. § 146 Abs 5 StPO von der Geschäftsstelle des OGH wahrgenommen. Die/der Rechtsschutzbeauftragte sowie die erforderliche Anzahl von StellvertreterInnen werden von der/dem BundesministerIn für Justiz auf gemeinsamen Vorschlag der Präsidentin / des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes, der/des Vorsitzenden der Volksanwaltschaft und der Präsidentin / des Präsidenten des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages für die Dauer von drei Jahren bestellt (§ 146 Abs 1 StPO).

3.3.4 Menschenrechtsbeirat

Die Umsetzung des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe 1984 (OPCAT), das für Österreich 2013 in Kraft trat, erforderte die Einrichtung eines unabhängigen nationalen Präventionsmechanismus (NPM). Dieser soll Menschen, die sich an Orten der Freiheitsentziehung befinden, wirksam vor Folter und erniedrigender Behandlung schützen. Seit 1. Juli 2012 hat die Volksanwaltschaft die Aufgaben des NPM bei gleichzeitigem Entfall des früheren im Bundesministerium für Inneres angesiedelten Menschenrechtsbeirats (MRB) übernommen.⁹³ Die Aufgaben des NPM (Art 148a Abs 3 B-VG, § 11 Abs 1 VAG) umfassen drei Bereiche: (1) Besuch und Überprüfung von Orten einer staatlichen oder staatlich legitimierten Freiheitsentziehung (zB. Justizanstalten, Alten- und Pflegeheime),⁹⁴ (2) Beobachtung und begleitende Überprüfung der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (zB. bei Demonstrationen oder Polizeirazzien) und (3) Besuch und Überprüfung von Einrichtungen für Personen mit Behinderungen (zB. Wohngemeinschaften für Personen mit Behinderungen).⁹⁵ Zur Umsetzung dieser Aufgaben hat die Volksanwaltschaft Kommissionen eingerichtet und diese mit den Aufgaben betraut. Die Kommission führen regelmäßig und unangekündigt die Besuche, Überprüfungen und Be-

⁹³ *Vogl*, Der neue Menschenrechtsbeirat bei der Volksanwaltschaft, 680 und 684, s http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/62o8h/Beitrag%20Vogl_Stolzlechner.pdf.

⁹⁴ Die Überprüfung umfasst Orte, an denen Personen „auf Grund einer Entscheidung einer Behörde oder auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis die Freiheit entzogen ist oder entzogen werden kann“ (vgl. Art. 4 OPCAT). S dazu *Volksanwaltschaft*, Bericht der Volksanwaltschaft an den Nationalrat und an den Bundesrat 2012, 37 und *Kucsko-Stadlmayer*, Die Volksanwaltschaft als ‘Nationaler Präventionsmechanismus’, ÖJZ 2013, 916.

⁹⁵ *Kucsko-Stadlmayer*, Die Volksanwaltschaft als ‘Nationaler Präventionsmechanismus’, ÖJZ 2013, 916.

obachtungen durch. Bundesweit gibt es insgesamt sechs Kommissionen mit 42 Mitgliedern, die diese Aufgabe nebenberuflich ausüben.⁹⁶ Zur Beratung hat die Volksanwaltschaft einen Menschenrechtsbeirat (MRB) eingerichtet (Art 148h Abs 3 B-VG). Die Mitglieder sind in ihrer Tätigkeit weisungsfrei und sollen die Volksanwaltschaft durch Fachwissen unterstützen und Empfehlungen erarbeiten.

3.3.5 Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit:⁹⁷ Neue Rechtslage seit 1.1.2014

Die ehemaligen weisungsfreien Sonderbehörden wie Datenschutzkommission, UVS u.a. gehören seit 1. Jänner 2014 der Vergangenheit an, denn das bisherige System des Verwaltungsrechtsschutzes hat eine einschneidende Reform hinter sich: Die nach jahrelangen Vorarbeiten am 15. Februar 2010 in die Begutachtungsphase gegangene **Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012** sieht die Einführung einer zweistufigen Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen vor. Statt der UVS gibt es neun Verwaltungsgerichte in den Bundesländern, auf Bundesebene gibt es nun weitere zwei Verwaltungsgerichte erster Instanz, die die Zuständigkeiten von Bundesvergabeamt, Bundesumweltsenat, Datenschutzkommission etc. einerseits („Verwaltungsgericht des Bundes“), sowie des unabhängigen Finanzsenates andererseits („Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen“) übernehmen. Im Gegenzug wird Art 133 Z 4 B-VG abgeschafft und somit rund 120 weisungsfrei gestellte Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag aufgelöst.

Als erklärte Ziele der Reform nennt bereits der Ministerialentwurf zur Novelle die Entlastung des VwGH sowie Kosteneinsparungsgründe. Ersteres wird durch ein umfassendes meritorisches Entscheidungsrecht der erstinstanzlichen Verwaltungsgerichte sichergestellt. Gegen ihre Entscheidungen kann Beschwerde beim VwGH erhoben werden, der aber eine weitreichende Ablehnungskompetenz genießt. Die so erzielte Entlastung des VwGH birgt eine erhebliche Gefahr für den Rechtsschutz, was auch für entsprechende Kritik am Gesetzesentwurf gesorgt hat. Gleichzeitig ist das tatsächliche Einsparungspotenzial fragwürdig, zumal die zu schaffenden Verwaltungsgerichte mehr Ressourcen vereinnahmen werden, als die bestehenden flexiblen Sonderbehörden. Der drohende Verlust jahrzehntelang erworbenen Know-hows zu materienspezifischen Besonderheiten wird durch mögliche Fachsenate, die Mitwirkung fachkundiger Laienrichtern sowie die Erlassung von Sonderverfahrensrecht abgefedert. Ein zusätzlicher Kritikpunkt betrifft den massiven Eingriff in

⁹⁶ S <http://volksanwaltschaft.gv.at/menschenrechte/kommissionen/zusammensetzung> .

⁹⁷ Vgl Ministerialentwurf des Bundeskanzleramtes 129/ME 24. GP, http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/ME/ME_00129/pmh.shtml.

das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden durch die geplante Zulassung eines Instanzenzuges aus der Gemeinde hinaus zu den Verwaltungsgerichten.⁹⁸

3.3.6 Verwaltungsgerichte

Durch die oben dargestellte Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle wurden auch die Unabhängigen Verwaltungssenaten (UVS) abgeschafft und deren Zuständigkeiten auf die Landesverwaltungsgerichte und das Bundesverwaltungsgericht übertragen. Personen, die behaupten, durch die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt worden zu sein, können gemäß § 88 SPG bei den Landesverwaltungsgerichten eine Beschwerde einbringen (Maßnahmenbeschwerde). Wird eine Verletzung der Richtlinien für das Einschreiten der Organe (Richtlinien-Verordnung)⁹⁹ behauptet, kann ebenfalls eine Beschwerde (sog. Richtlinienbeschwerde) an das Landesverwaltungsgericht gerichtet werden. Die Richtlinien-Verordnung enthält ua Regelungen zum Umgang mit Personen, die von einer Amtshandlung betroffen sind, und Bestimmungen zur Achtung der Menschenwürde. Die Landesverwaltungsgerichte entscheiden über die Rechtmäßigkeit des Handelns der einschreitenden Organe (Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG). Nur am Rande sei erwähnt, dass einer Person, die sich während eines Ermittlungsverfahrens von der Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei in einem subjektiven Recht verletzt fühlt, sei es, weil ihr die Ausübung eines Rechtes nach der StPO verweigert wurde oder eine StPO-widrige Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme angeordnet bzw. durchgeführt wurde, eine gerichtliche Einspruchsmöglichkeit zusteht (siehe § 106 StPO).

Die Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) als „Vorgängerbehörden“ der Landesverwaltungsgerichte wurden im Rahmen der B-VG-Novelle 1988 geschaffen, um eine EMRK-konforme Vollziehung des Verwaltungsrechts – insbesondere im Hinblick auf Eingriffe in die persönliche Freiheit und das Strafverfahren – sicherzustellen. Die UVS waren weisungsfreie Verwaltungsbehörden der Länder, deren Entscheidungen der Überprüfung durch den VwGH und VfGH unterlagen. Neben der Entscheidung über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt kam den UVS die Funktion einer

⁹⁸ S auch die kritische Betrachtung der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2010, <http://www.richtervereinigung.at/content/view/419/41/>.

⁹⁹ Verordnung des Bundesministers für Inneres, mit der Richtlinien für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes erlassen werden (Richtlinien-Verordnung - RLV), BGBl II 266/1993.

Berufungsbehörde im Verwaltungsstrafverfahren zu (ex Art 129a B-VG).¹⁰⁰ Mit der Einführung der Verwaltungsgerichte erster Instanz ist nun der nächste logische Schritt in der Entwicklung eines der EMRK und der EU-Grundrechtecharta entsprechenden Rechtsschutzsystems im Bereich der Verwaltung getan.¹⁰¹

3.3.7 Bundesverwaltungsgericht

Das mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle neu geschaffene Verwaltungsgericht des Bundes erkennt in den Angelegenheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung, also in jenem Bereich, in denen unmittelbar eigene Bundesbehörden eingerichtet sind. Für die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem Bundesverwaltungsgericht und den Verwaltungsgerichten der Länder enthält die verfassungsrechtliche Vorgabe eine Generalklausel mit dem Inhalt einer grundsätzlichen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte der Länder mit taxativen Ausnahmen für das Bundesverwaltungsgericht (Art 131 Abs 1 B-VG).¹⁰² Seit 1. Jänner 2014 ist das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) für die Durchführung von erstinstanzlichen asyl- und fremdenrechtlichen Verfahren zuständig.¹⁰³ Gleichzeitig hat das Bundesverwaltungsgericht die bisherige Berufungsinstanz in Asylverfahren, den Asylgerichtshof (AsylGH), abgelöst. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide des BFA (§ 7 BFA-VG). Als Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts steht die Revision an den VfGH zur Verfügung. Zulässig ist die Revision dann, wenn sie uA von der Lösung einer grundsätzlichen Rechtsfrage abhängt.¹⁰⁴ Erkenntnisse und Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts wiederum sind im Wege einer Beschwerde an den VfGH anfechtbar.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Die näheren Regelungen fanden sich in Gesetzen der Bundesländer; vgl. zur alten Rechtslage *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (2007), 441ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 277ff; *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht (1996), 241ff.

¹⁰¹ So auch Eberhard, Änderungen des Rechtsschutzsystems durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 157 (177).

¹⁰² Grois, Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, AnwBl 2013, 426 (428).

¹⁰³ S § 3 BFA-VG. Dem BFA obliegt gem § 3 Abs 2 Z 1 BFA-VG ‚die Zuerkennung und die Aberkennung des Status des Asylberechtigten und des subsidiär Schutzberechtigten an Fremde in Österreich gemäß dem AsylG 2005‘.

¹⁰⁴ Schrefler-König, Die Neustrukturierung der Fremdenrechtsbehörden: Schaffung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 224-225.

¹⁰⁵ *Kucsko-Stadlmayer*, Wesentliche Neuerungen im Verfassungsrecht 2014, <http://www.kucsko-stadlmayer.at/docs/Neuerungen%20Vf%202014.pdf>.

3.3.8 Gleichbehandlungskommission

Die Gleichbehandlungskommission (GBK) prüft einerseits, ob in Einzelfällen eine Diskriminierung unter Privaten vorliegt und erstellt andererseits Gutachten zu allgemeinen Fragen, die Diskriminierungen iSd Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG) berühren (§§ 11 -12 GBK/GAW-Gesetz, siehe Kap 6.3). Die Kommission besteht derzeit entsprechend der Systematik des GlBG aus drei Senaten,¹⁰⁶ die sich aus jeweils einer oder einem Vorsitzenden und sechs VertreterInnen ausgewählter Ministerien und sozialpartnerschaftlichen Organisationen zusammensetzen (§ 2 GBK/GAW-Gesetz). Die Vorsitzenden der Senate üben ihre Tätigkeit hauptamtlich aus und sind in ihrer Tätigkeit weisungsfrei, selbständig und unabhängig. Die weiteren Mitglieder üben ihre Tätigkeit ehrenamtlich aus (§ 10 Abs 1 und 1a GBK/GAW-Gesetz). Die GBK ist im Bundesministerium für Bildung und Frauen, Sektion für Frauenangelegenheiten und Gleichstellung, angesiedelt. Die Gutachten bzw. die Einzelfallprüfungsergebnisse sind rechtlich nicht verbindlich und unterliegen keiner Kontrolle einer übergeordneten Instanz. In einem an das GBK-Verfahren anschließenden gerichtlichen Verfahren sind das Zivil- oder Arbeits- und Sozialgericht nicht an das Gutachten oder Einzelfallprüfungsergebnis der GBK gebunden, müssen aber ein davon abweichendes Urteil begründen (§ 61 GlBG). Anonymisierte Gutachten und Einzelfallprüfungsergebnisse sind auf der Homepage des Bundesministeriums für Bildung und Frauen abrufbar.

3.4 Grundrechtsschutz durch den EGMR¹⁰⁷

3.4.1 Allgemeines

Nicht zuletzt aufgrund der **Rechtsstellung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Österreich im Verfassungsrang** kommt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Hinblick auf den Grundrechtsschutz schon seit seiner Errichtung im Jahre 1959 enorme Bedeutung zu. Im System der EMRK

¹⁰⁶ Senat I ist zuständig für die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt (Teil I GlBG); Senat II ist zuständig für die Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung (Teil II GlBG); Senat III ist zuständig für Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen (Teil III GlBG).

¹⁰⁷ Vgl dazu allgemein: *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 38ff; *Nowak*, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem (2002), 177ff.

haben sowohl Einzelpersonen (und Personengruppen) als auch Staaten das Recht, sich wegen behaupteter Rechtsverletzungen durch einen Mitgliedsstaat nach Straßburg zu wenden.

Das **Rechtsschutzsystem der EMRK** hat sich stufenweise entwickelt. Das ursprünglich noch komplexer ausgestaltete Verfahren vor den Straßburger Instanzen (EGMR und Europäische Kommission für Menschenrechte¹⁰⁸) wurde durch mehrere Zusatzprotokolle wiederholt reformiert. Am 1. Juni 2010 ist, mit mehrjähriger Verzögerung aufgrund der Ratifikationsverweigerung Russlands, endlich das **14. Zusatzprotokoll (ZP) zur EMRK** in Kraft getreten. Dies war im Hinblick auf die Bewältigung der rasant steigenden Zahl an Beschwerden dringend notwendig. Die Reform hat im Wesentlichen eine **Straffung und Vereinfachung des Verfahrens** gebracht. Die wesentlichen **Neuerungen** betreffen die Zulässigkeitsprüfung, die nunmehr durch **Einzelrichter** anstatt wie bisher durch einen Drei-Richter-Ausschuss erfolgt, die Kriterien hierfür (die/der BeschwerdeführerIn muss etwa durch die Konventionsverletzung einen **erheblichen Nachteil** erlitten haben)¹⁰⁹, den Umgang mit **Wiederholungsfällen** (in Fällen „gefestigter Rechtsprechung“ kann ein Dreier-Ausschuss anstelle der bisherigen Kammer aus sieben Richtern entscheiden) sowie das **Klagerecht** des Ministerkomitees gegen Staaten, die mit der Umsetzung der Urteile des EGMR säumig sind. Die Amtsperiode der Richter des EGMR beträgt ab jetzt neun statt wie bisher sechs Jahre, dafür entfällt die Verlängerungsmöglichkeit. Ein sehr zentraler Aspekt ist das neu eingeführte **Beitrittsrecht der Europäischen Union zur EMRK**, das es in Zukunft ermöglichen wird, dass Einzelne sich gegen Menschenrechtsverletzungen durch EU-Organen vor dem EGMR zur Wehr setzen können.¹¹⁰

Organisation des Gerichtshofs nach dem 14. ZP:

- Einzelrichter – Ausschuss (3) – Kammer (7) – Große Kammer (17)
- hauptamtliche Richterinnen und Richter, Bestellung für 9 Jahre
- vereinfachte Behandlung von Wiederholungsfällen durch Ausschuss bei gefestigter Rsp.
- Klagemöglichkeit gegen Staaten bei Nicht-Umsetzung der Urteile des EGMR

¹⁰⁸ Die Europäische Kommission für Menschenrechte wurde im Jahre 1954 errichtet und war bis zum Jahre 1999 operativ.

¹⁰⁹ Im Gegensatz zu den überwiegend sehr begrüßenswerten Neuerungen stellt dieser Aspekt eine Beschneidung des Individualrechtsschutzes durch den EGMR dar und ist deshalb aus grundrechtlicher Sicht ein Rückschritt.

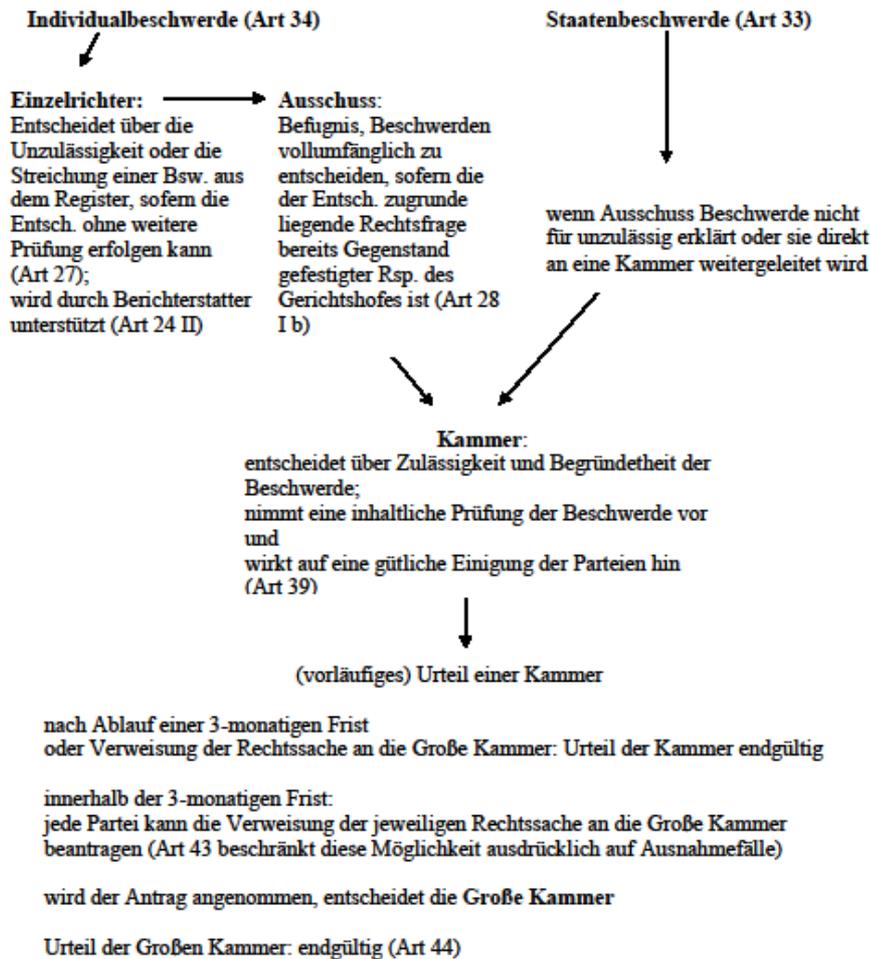
¹¹⁰ S dazu Kapitel 3.6.

Tatsächlich werden durch die Umstrukturierungen infolge des 14. ZP erhebliche Verbesserungen des Rechtsschutzsystems erwartet. Das Verfahren selbst wird vereinfacht und beschleunigt, die Anzahl der erledigten Beschwerden steigt dadurch und die Möglichkeit der rascheren Abwicklung von Wiederholungsfällen (engl. repetitive cases), die zumeist auf strukturellen Gegebenheiten oder Problemen in den Mitgliedstaaten beruhen, werden gemeinsam mit der Option des Ministerkomitees, gegen „umsetzungsaule“ Staaten mit erneuter Klage vorzugehen, die längst nötige Effektivitäts- und Effizienzsteigerung des Systems bewirken. Dennoch ist der EGMR – vor allem durch eine enorme Anzahl von Beschwerden aus den neuen Mitgliedstaaten des Europarates wie zB Russland – nach wie vor stark überlastet. Im Rahmen der Ministerkonferenz in Interlaken (18./19. Februar 2010) wurden deshalb von den RepräsentantInnen der 47 Mitgliedstaaten eine gemeinsame Deklaration und ein Aktionsplan verabschiedet, die das nachhaltige Engagement der Staaten zur Sicherung des langfristigen Bestehens des EGMR festschreibt. Die Reformbestrebungen des ‚Interlaken-Prozesses‘ wurden bisher in zwei Nachfolgekonferenzen (Izmir 2011 und Brighton 2012) weiterverfolgt. Als Ergebnis der Konferenzen können das 15. Zusatzprotokoll und das 16. Zusatzprotokoll aus 2013 gesehen werden.¹¹¹

¹¹¹ Das 15. Zusatzprotokoll sieht uA vor, dass die Frist zur Einreichung einer Beschwerde an den EGMR von 6 Monaten auf 4 Monate verkürzt wird. Das 16. Zusatzprotokoll ermöglicht letztinstanzlichen Gerichten sich in einem anhängigen Fall an den EGMR mit Fragen zur Auslegung der EMRK zu wenden. Dieses Zusatzprotokoll ergänzt den Text der EMRK und ändert diesen nicht ab und tritt daher nach Ratifikation durch 10 Mitgliedsstaaten in Kraft. Beide Zusatzprotokolle sind noch nicht in Kraft getreten.

3.4.2 Übersicht über Organe und Verfahren¹¹²

- Art 27: der Gerichtshof tagt in Form von:
- Einzelrichtern
 - Ausschüssen (3 RichterInnen)
 - Kammern (7 RichterInnen)
 - einer Großen Kammer (17 RichterInnen)



¹¹² Stand 14. Zusatzprotokoll.

3.4.3 Staatenbeschwerdeverfahren

Die **Staatenbeschwerde**, geregelt in Art 33 EMRK, ist seit Inkrafttreten der EMRK für alle Mitgliedstaaten obligatorisch. Dennoch haben bislang nur sehr wenige Staaten von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, andere Staaten wegen einer behaupteten Menschenrechtsverletzung vor den EGMR zu bringen. Der Großteil der eingebrachten Beschwerden betrifft bilaterale Konflikte. Ein Staat kann im Interesse des allgemeinen Menschenrechtsschutzes auftreten. Die Beschwerde ist ein objektiver Rechtsbehelf und kann mit einer *actio popularis*¹¹³ verglichen werden. Ein Beispiel dafür ist die Beschwerde Dänemarks, Norwegens, Schwedens und der Niederlande gegen das griechische Obristenregime (EKMR 24.1.1968/31.5.1968).

Zusätzlich kann dem Staat die Rolle eines Interessenwalters seiner eigenen StaatsbürgerInnen zukommen. Die Staatenbeschwerde wirkt dann wie eine Individualbeschwerde. Als Beispiel dient die Beschwerde Dänemarks gegen die Türkei bezüglich der Geltendmachung einer Verletzung von Art 3 EMRK wg. Folter eines dänischen Staatsbürgers, der in der Türkei inhaftiert war (EGMR 8.6.1999 und 5.4.2000).

Hinsichtlich des Verfahrens zur Behandlung von Staatenbeschwerden wird auf die entsprechenden Ausführungen zum Individualbeschwerdeverfahren (unten 3.4.4) verwiesen.

3.4.4 Individualbeschwerdeverfahren

Die Möglichkeit der Erhebung einer **Individualbeschwerde** (Art 34 EMRK) ist die weitaus bedeutendere Form der Rechtsdurchsetzung vor dem EGMR, die nicht zuletzt auch für den Erfolg des Europarates im Rahmen des europäischen Menschenrechtsschutzes verantwortlich ist. Erst seit dem Inkrafttreten des 11. ZP im Jahre 1998 ist die Einräumung eines Individualbeschwerderechts für alle Staaten obligatorisch.¹¹⁴ Aktiv beschwerdelegitimiert ist jede natürliche Person, nicht-staatliche Organisation (NGO) oder Personengruppe, die behauptet, durch ein Tun bzw. Unterlassen eines Mitgliedstaates in einem EMRK-Recht oder einem Recht, das in einem der ZP zur EMRK verankert ist, verletzt worden zu sein. Die Beschwerde richtet sich immer gegen einen Mitgliedstaat der EMRK.

¹¹³ Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 50.

¹¹⁴ Eine Möglichkeit der Abgabe von Erklärungen und Vorbehalten im Hinblick auf den Umfang des Beschwerderechts besteht allerdings nach wie vor – vgl. Art 56 und 57 EMRK.

Prozessvoraussetzungen nach Art 34 und 35 Abs 1 EMRK:

- Partei- und Prozessfähigkeit der Beschwerdeführerin / des Beschwerdeführers
- Opfereigenschaft (BeschwerdeführerIn muss betroffen und beschwert sein)
- Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (subsidiärer Charakter des EGMR-Verfahrens) - außer, wenn nicht effektiv oder von vornherein aussichtslos
- Wahrung der Beschwerdefrist (innerhalb von 6 Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung)

Zulässigkeitsvoraussetzungen nach Art 35 Abs 2 und 3 EMRK:

Gründe, aus denen eine Beschwerde für unzulässig erklärt werden kann:

- Unvereinbarkeit der Beschwerde mit der Konvention (Eine Beschwerde kann persönlich (*ratione personae*), örtlich (*loci*), zeitlich (*temporis*) und sachlich (*materiae*) mit der EMRK unvereinbar sein.)
- Offensichtliche Unbegründetheit der Beschwerde (zB wenn nicht der geringste Anschein einer Verletzung erkennbar ist)
- Missbrauch des Beschwerderechts (zB querulante Eingaben, bewusst falsche oder irreführende Behauptungen)
- Anonymität der Beschwerde (zB die Identität des Beschwerdeführers ist nicht feststellbar;)
- Res iudicata – die Beschwerde stimmt im Wesentlichen mit einer bereits vom EGMR geprüften Beschwerde überein
- Fehlen eines erheblichen Nachteils (durch das 14. ZP eingefügtes, neues Zulässigkeitskriterium; zB nur geringe finanzielle Auswirkungen auf die/den BeschwerdeführerIn)

Wird die Beschwerde für zulässig erklärt, so beginnt der EGMR die **inhaltliche Prüfung der Beschwerde**. Der Gerichtshof übernimmt in der Regel die Tatsachenfeststellungen und Beweiswürdigung der nationalen Gerichte, kann aber auch selbst Ermittlungen und Beweiserhebungen durchführen. Der EGMR kann den Staaten auch **vorläufige Maßnahmen** empfehlen, zB von einer Auslieferung oder Abschiebung von AsylwerberInnen abzusehen, bis der EGMR über die behauptete Konventionsverletzung entschieden hat. Das **Verfahren** selbst ist grundsätzlich **kontradiktorisch und öffentlich**. Der Gerichtshof unternimmt zunächst den **Versuch einer gütlichen Einigung** (*friendly settlement*). Kommt eine solche nicht zustande, entscheidet der Gerichtshof in der Sache. Die **Amtssprachen** des Verfah-

rens sind Englisch und Französisch. Die Beschwerde (sowie alle Schriftstücke bis zur Zulässigkeitsklärung) kann in der jeweiligen Sprache des Mitgliedstaates eingebracht werden. Danach müssen Schriftsätze in einer der beiden Amtssprachen eingebracht werden. Das Verfahren vor dem EGMR ist kostenlos. Im Falle einer Verletzung kann dem Staat auch der Ersatz der Anwaltskosten auferlegt werden.

3.4.5 Die Urteile des EGMR

Art 46 EMRK verpflichtet die Mitgliedstaaten, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des EGMR zu befolgen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung wird vom Ministerkomitee des Europarates überwacht. Allerdings ist der EGMR kein Rechtsmittelgericht, d.h., er kann nationale Urteile oder Bescheide nicht aufheben, sondern erlässt ein **Feststellungsurteil** (Feststellung der Verletzung von in der EMRK oder ihren ZP enthaltenen Rechten) oder ein **Leistungsurteil**, in dem der betreffende Staat zu einer Wiedergutmachungszahlung („**gerechte Entschädigung**“ – vgl Art 41 EMRK) verpflichtet wird. Im Falle eines Leistungsurteils wird vom EGMR eine konkrete Summe festgesetzt, die sowohl materiellen als auch immateriellen Schadenersatz sowie Reise- und Anwaltskosten umfassen kann.

Obleich nur in den bereits erwähnten Leistungsurteilen eine konkrete staatliche Maßnahme auferlegt wird, ist der Staat auch verpflichtet, in Reaktion auf ein Feststellungsurteil die notwendigen Schritte in die Wege zu leiten, um seiner konventionsrechtlichen Verpflichtung nachzukommen. Diesbezüglich lässt der Gerichtshof zumeist allerdings einen beträchtlichen **Ermessensspielraum** offen. Erst in seiner jüngeren Rechtsprechung konkretisiert der EGMR teilweise, welcherlei Maßnahmen geeignet sind, um der jeweils aus dem Urteil resultierenden **Umsetzungsverpflichtung** ausreichend nachzukommen.¹¹⁵

Die drei möglichen **Dimensionen der Umsetzung** sind:

- die sofortige Beendigung der Konventionsverletzung;
- die Wiedergutmachung (einschließlich der ersatzweisen Entschädigungszahlung);
- die gegen eine Wiederholung der Konventionsverletzung ergriffenen Vorkehrungen.

Je nach Einzelfall treffen die Staaten:

¹¹⁵ Vgl zB die EGMR-Fälle *Assanidze vs Georgia*, *Broniowski vs Poland* und *Ilaşcu and others vs Moldova and Russia*.

- Individuelle Maßnahmen (zB Rückerstattung von Eigentum; Wiederaufnahme eines Verfahrens; Freilassung eines zu Unrecht Inhaftierten; im Falle der Verletzung des Folterverbots: strafrechtliche Verfolgung des Folterers; Löschung von rechtswidrig gesammelte Daten, usw)
- Generelle Maßnahmen: gesetzliche bzw. administrative Maßnahmen, die die Wiederholung von Rechtsverletzungen verhindern sollen

Die Urteilsumsetzung wird seitens des Europarates von einem politischen Organ, dem **Ministerkomitee**, überwacht (Art 46 Abs 2 EMRK). In diesem Verfahren ist nur der verurteilte Staat Partei und nicht der obsiegende Beschwerdeführer. Mit dem Inkrafttreten des 14. ZP eröffnen sich für das Ministerkomitee weitergehende Möglichkeiten als früher: So kann der Gerichtshof im Hinblick auf die Interpretation eines Urteils angerufen werden, wenn das Ministerkomitee diesbezüglich Schwierigkeiten bei der Umsetzung erkennt; in Ausnahmefällen kann das Ministerkomitee mit Zweidrittelmehrheit entscheiden, ein Verfahren wegen Nichtumsetzung eines Urteils durch einen Staat bei der Großen Kammer des EGMR anhängig zu machen.

3.5 Grundrechtsschutz durch den EuGH

Die Europäische Union war ursprünglich als reine Wirtschaftsorganisation konzipiert; weder im EU- noch im EG-Vertrag waren ursprünglich Grundrechte verankert, sieht man von den grundrechtsähnlichen Bestimmungen und den 4 Grundfreiheiten ab.¹¹⁶ Aufgrund der ständigen Rechtsprechung des EuGH gehört jedoch die Garantie von Grundrechten mittlerweile zum gesicherten Bestand des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Im Jahre 1969 stellte der EuGH erstmals fest: „[...] fundamental human rights are enshrined in the general principles of Community law and protected by the Court”.¹¹⁷ Den gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsstandard gründete der EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten sowie auf die EMRK.¹¹⁸ Die Rechtsprechung des EuGH floss mit dem Vertrag von Maastricht 1992 in das Primärrecht ein und findet sich heute im Wesentlichen in Art 6 Abs 2 EUV wieder.¹¹⁹

¹¹⁶ Siehe dazu Kapitel 1.2.2.

¹¹⁷ EuGH 12.11.1969, RS 29/69, *Stauder*.

¹¹⁸ EuGH 17.12.1970, RS 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

¹¹⁹ Art 6 Abs 2 EUV: „Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ge-

Die im Jahre 2000 auf dem Gipfel von Nizza proklamierte EU-Grundrechtecharta¹²⁰ stellt eine Kodifikation des bestehenden europäischen Standards an Grund- und Freiheitsrechten, wie er in der EMRK und in der Europäischen Sozialcharta zum Ausdruck kommt, dar. Neu sind jedoch die Verankerung des Rechts auf Asyl oder das Recht auf gute Verwaltung. Sie war beinahe 10 Jahre lang rechtlich nicht verbindlich, wurde jedoch von Generalanwälten des EuGH wiederholt als Bezugspunkt herangezogen. Erst mit der Ratifizierung des EU-Reformvertrages durch alle Mitgliedsstaaten – auf diesen einigten sich die Staats- und Regierungschefs in Lissabon im Oktober 2007 – wurde die Charta Teil des Primärrechts der EU und somit seit 1.12.2009 rechtlich verbindlich.

Der Rechtsschutz durch den EuGH beschränkt sich auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts, hierbei sind sowohl Handlungen bzw. Rechtsakte der EU-Organe als auch Maßnahmen der Mitgliedstaaten erfasst. Im letzteren Fall liegt ein hinreichender Zusammenhang zum Gemeinschaftsrecht vor, wenn ein Mitgliedstaat Gemeinschaftsrecht anwendet oder dieses in nationales Recht umsetzt. Ein hypothetischer Gemeinschaftsbezug reicht für die Überprüfung von Grundrechtseingriffen durch den EuGH nicht aus.¹²¹). Insbesondere sind auch Auslegungsfragen zur Tragweite der EU-Grundrechtecharta von der unionsrechtlichen Auslegungshoheit des EuGH erfasst und dürfen nicht dazu führen, dass unionsrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen, wie zB der europäische Haftbefehl, durch Berufung auf unterschiedliche nationale Grundrechtsstandards unterwandert werden.¹²² Die Grenze bildet der Anwendungsbereich des Unionsrechts, weil „die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen, aber nicht außerhalb derselben Anwendung finden“¹²³ und die möglicherweise angeführten Bestimmungen der Charta als solche keine neue Zuständigkeit begründen können¹²⁴. In der RS Fransson¹²⁵ hat der EuGH überdies klargestellt, dass die Anwendbarkeit des Unionsrechts immer auch die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte umfasst. Diese Klarstellung war deshalb wichtig, weil Artikel 51 EU-Grundrechtecharta deren An-

währleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“

¹²⁰ S http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/oj/2004/c_310/c_31020041216de00410054.pdf.

¹²¹ EuGH 29.05.1997 RS C-368/95, *Kremzow*.

¹²² So ausdrücklich der EuGH 26.2.2013, C-399/11 (Melloni) zur Frage der Überprüfung der rechtsstaatlichen Standards bei einer Auslieferung aufgrund eines europäischen Haftbefehls, der auf einer Verurteilung in Abwesenheit in einem anderen Mitgliedstaat beruht.

¹²³ EuGH 26.2.2013, C-617/10 (Åkerberg Fransson), RZ 19.

¹²⁴ AaO RZ 22, vgl. in diesem Sinne EuGH, Beschluss vom 12.7.2012, C-466/11 (Currà u. a.).

¹²⁵ EuGH 26.2.2013, C-617/10 (Åkerberg Fransson).

wendungsbereich auf die „Durchführung“ des Rechts der Union beschränkt und die unterschiedliche Formulierung im Gegensatz zum „Anwendungsbereich“ des Unionsrechts hier Zweifel weckte, die nun ausgeräumt sind. Damit wird auch die Abgrenzung, in welchen Konstellationen das Unionsrecht anwendbar sein soll, im Sinne der „ERT-Rechtsprechung“ des EuGH¹²⁶ auf die EU-Grundrechtecharta übertragen.

Unter den verschiedenen „Klageverfahren“ vor dem EuGH¹²⁷ kommt dem **Vorabentscheidungsverfahren** besondere Bedeutung zu. Wenn nationale Gerichte bei der Auslegung des anzuwendenden Gemeinschaftsrechts (auch im Hinblick auf die Grundrechtskonformität des Gemeinschaftsrechts mit der EMRK)¹²⁸ Zweifelsfragen haben, können diese – in Verfahren vor letztinstanzlichen Gerichten müssen diese – dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt werden (Art 267 AEUV). Die grundlegendsten Entscheidungen des EuGH (unmittelbare Anwendbarkeit¹²⁹ und Vorrang des Gemeinschaftsrechts¹³⁰) sind aufgrund von Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte ergangen, dh nationale RichterInnen haben wesentlich an der Ausgestaltung der EU mitgewirkt, indem sie die „richtigen“ Fragen gestellt haben.

Vorabentscheidungsverfahren dienen in erster Linie der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts. Darüber hinaus kommt dem Vorabentscheidungsverfahren auch im Hinblick auf die Gewährung von Individualrechtsschutz eine wichtige Bedeutung zu, da auf diesem Wege Gemeinschaftsrechtsakte einer Gültigkeitsprüfung unterzogen werden können, die ansonsten wegen der fehlenden Klagslegitimation von Einzelpersonen grundsätzlich nicht anfechtbar sind. Eine Ausnahme hiervon gewährt die Nichtigkeitsklage gem. Art 263 AEUV. Diese Bestimmung normiert eine aktive Klagslegitimation für natürliche und juristische Personen mit dem Ziel der Nichtigkeitsklärung von verbindlichen Rechtsakte der EU-Organen, wenn diese ein eigenes und besonderes Rechtsschutzinteresse haben.

Dem Wortlaut nach liegt ein solches vor bei

- direkt an diese Personen gerichteten Entscheidungen,
- Entscheidungen, die an eine andere Person gerichtet sind, aber diese Personen unmittelbar und individuell betreffen,

¹²⁶ EuGH 18.6.1991, C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925.

¹²⁷ S hierzu im Detail: *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007), 200ff.

¹²⁸ S Kapitel 3.6.

¹²⁹ EuGH 05.02.1963, RS 26/62, *Van Gend en Loos*.

¹³⁰ EuGH 15.07.1964, RS 6/64, *Costa v. ENEL*.

- Verordnungen, die sie unmittelbar und individuell betreffen.

Unmittelbar betroffen und damit anfechtungsbefugt sind Unions- bzw. MarktbürgerInnen dann, wenn ein Rechtsakt ohne Dazwischentreten weiterer Maßnahmen für sie wirksam geworden ist; bei Verordnungen wegen ihres an sich rein normativen Charakters daher nur dann, wenn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer Umstände, welche die Betroffenen aus dem Kreis aller übrigen Personen herausheben, faktisch eine ähnliche Individualisierung erfolgt wie bei Entscheidungen.¹³¹ Wegen der Subsidiarität zum Vorabentscheidungsverfahren ist dieser Rechtsbehelf durchaus mit dem innerstaatlichen Individualantrag an den VfGH gem. Art 140 B-VG vergleichbar.

¹³¹ Dazu ausführlich *Fischer/Köck/Karollus*, Europarecht⁴ (2002), 679 ff.

Übersicht Vorabentscheidungsverfahren

Rechtsgrundlagen:

Art 263 AEUV, Art 103, 104 Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes (VOEuGH)

Verfahrenseinleitung durch nationales Gericht

- ✓ fakultativ durch jedes nichtletztinstanzliche Gericht;
- ✓ obligatorisch durch jedes letztinstanzliche Gericht

Mögliche Drittbeteiligte:

Kommission, Rat, Europäisches Parlament, Mitgliedstaaten

Verfahrensart:

Nicht kontradiktorisches Antragsverfahren (aus der Sicht der/des nationalen RichterIn ein Zwischenverfahren)

Verfahrensgegenstand ist/sind Vorlagefrage(n) betreffend:

- ✓ Auslegung des anzuwendenden Gemeinschaftsrechts (auch im Hinblick auf die Grundrechtskonformität des Gemeinschaftsrechts mit der EMRK) oder
- ✓ Feststellung der Gültigkeit eines sekundären Gemeinschaftsrechtsaktes (bspw. Verordnung oder Richtlinie) mit dem Primärrecht (EU- oder AEU-Vertrag).

Achtung! EuGH entscheidet nur über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, nicht aber über die Auslegung des nationalen Rechts sowie über die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht. Entsprechend sind die Fragen zu formulieren (zB.: Ist Art ... AEUV so auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass....?)

Fristen:

Sind nicht zu beachten, aber der Vorlagebeschluss sollte vorzugsweise erst ergehen, nachdem der Sachverhalt hinreichend aufgeklärt ist; die Instanz spielt dabei keine Rolle.

Sonstige Verfahrensvoraussetzungen:

- ✓ Hinreichende Schilderung des nationalen Rechtsstreits und der Entscheidungserheblichkeit der Vorlage.
- ✓ Nationale/r RichterIn muss Zweifel an der richtigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts haben, außer dieser ist offenkundig.

Verfahrensablauf:

Einmalige schriftsatzähnliche Äußerung aller Beteiligten; mündliche Verhandlung, wenn ein/e Beteiligte/r dies beantragt (Art 104 Abs 4 VOGH); Schlussanträge der/des zuständigen Generalanwältin/Generalanwalts.

Verfahrensbeendigung:

Durch Urteil, in welchem die Vorlagefrage(n) beantwortet wird/werden; ggf. Feststellung der Ungültigkeit eines sekundären Gemeinschaftsrechtsaktes.

Bindungswirkung der Entscheidung:

- bei Auslegung: verbindliche Entscheidung für das Vorlagegericht und alle späteren Instanzen, also Bindungswirkung *inter partes* und *ex tunc* (mit Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung); darüber hinaus starke Präjudizwirkung für alle anderen Gerichte;
- bei Feststellung der (Un-)Gültigkeit des Sekundärrechts: verbindliche Entscheidung *inter omnes* und *ex tunc* (mit Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung).

Sonstiges:

Es gibt keine Rechtsmittel gegen das Urteil des EuGH, der Kostenausspruch bleibt dem vorlegenden Gericht vorbehalten; Gerichtskosten werden keine erhoben. Das nationale Gericht sollte seine Endentscheidung an den EuGH übersenden.

Quellen: *Hakenberg/Stix-Hackl*, Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (1996), 52 f; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007), 226ff.

3.6 Zum Verhältnis zwischen nationalem Grundrechtsschutz, Schutz der Grundrechte durch den EuGH und dem Menschenrechtsschutz des EGMR

Da das EU/EG-Recht vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon keinen eigenen Grundrechtskatalog enthielt, blieb es dem EuGH vorbehalten, in seiner Rechtsprechung einen an der EMRK und den nationalen Grundrechtsordnungen orientierten Grundrechtsschutz zu entwickeln, der jedoch nicht annähernd das durch den EGMR gebotene Rechtsschutzniveau erreicht, vor allem, weil der EuGH weitaus weniger rechtsschutzfreundlich agiert. Diese Rechtsprechung fand dann Eingang in Art 6 Abs 2 EU-Vertrag, der die Union zur Achtung der Grundrechte verpflichtet, „wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.

Daraus folgt zum einen, dass die EMRK (in der sich auch die gemeinsamen Grundrechtsstandards der EU-Mitgliedstaaten widerspiegeln) bei der Setzung von Sekundärrecht und dessen innerstaatlicher Durchführung zwingend zu beachten ist. Mit dem Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon am 1.12.2009 wurde nun die EU-Grundrechtecharta (GRC) aus dem Jahr 2000 primärrechtlich verankert, womit auch sie für alle EU-Organe und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union gilt. Da mit diesem Vertrag auch die Säulenarchitektur der EU gefallen ist, folgt daraus, dass in Zukunft alle generellen und individuellen Rechtsakte des Sekundärrechts neben der EMRK auch an den Rechten der Charta gemessen werden müssen, wobei dem EuGH überragende Bedeutung zukommt. Schon bisher galt dies im Hinblick auf die EMRK für die gesamte „erste Säule“ (das EG-Recht), sowie für diejenigen Bereiche der „dritten Säule“ (der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres), in denen es im Sinne des Titels VI des EU-Vertrags zu einem koordinierten Vorgehen der Mitgliedstaaten (Art 34) kommt (in Gestalt von Übereinkommen) oder der Rat Maßnahmen ergreift (Gemeinsame Standpunkte, Rahmenbeschlüsse, Beschlüsse) und dem EuGH eine diesbezügliche Überprüfungscompetenz eingeräumt wird (Art 35 und 46). Die Mitgliedstaaten wiederum haben seit dem Zeitpunkt der Rechtsverbindlichkeit der Charta dafür zu sorgen, dass sie bei der Durchführung des Rechts der Union (also vor allem bei der Anwendung von Verordnungen und der Durchführung von Richtlinien) die Rechte der Charta achten, sich an ihre Grundsätze halten und deren Anwendung im Rahmen ihrer Zuständigkeiten fördern.

Durch den Umstand, dass in der Regel – siehe das Beispiel Österreich – nationale Rechtsvorschriften, die Richtlinien durchführen, nicht nur am Primärrecht der Union, sondern auch am jeweiligen nationalen Grundrechtskatalog zu messen sind, ergibt sich, dass die nationale Grundrechtsordnung den Standard der Charta (und damit auch der EMRK)

nicht unterschreiten darf. Auch ist zu erwarten, dass die nationalen Verfassungsgerichte bei der Auslegung paralleler nationaler Grundrechtsbestimmungen auf die Charta Bezug nehmen werden. Die Charta hindert hingegen nicht die Gewährleistung weiterführender Rechte durch die Mitgliedstaaten. Zu beachten ist dabei nur, dass es zu Grundrechtskonkurrenzen kommen kann, die unter Berücksichtigung der Günstigkeitsklausel des Art 53 GRC aufzulösen wären.

Bereits vor ihrer Rechtsverbindlichkeit wurde die Charta vom EuGH und EuG als Rechtserkenntnisquelle herangezogen. Nachdem die Rechte der Charta nunmehr als primärrechtliche Bestimmungen einklagbar sind, so kommen vorrangig diejenigen Verfahren zu ihrer Durchsetzung zum Zuge, die schon bisher eingeschlagen werden konnten, um grundrechtliche Fragen vor dem EuGH klären zu lassen. Es sind dies Nichtigkeitsklagen nach Art 263 AEUV (ex Art 230 EG-Vertrag) gegen Rechtsakte der Institutionen, die Personen individuell und unmittelbar treffen, sowie Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV (ex Art 234 EG-Vertrag), gerichtet vor allem gegen Implementierungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten. Da Individualbeschwerden vom EuGH nur unter äußerst restriktiven Voraussetzungen zugelassen werden, liegt es vor allem in der Hand der Gerichte, über Vorabentscheidungsverfahren Grundrechtsprüfungen zu initiieren.

Eine Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von EMRK und Charta gibt die zentrale Bestimmung des Art 52 der Charta über die „Tragweite der garantierten Rechte“. Soweit die Charta Rechte enthält, die denen der Konvention „entsprechen“, so sollen sie im Sinne des Abs 3 dieses Artikels die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der Konvention verliehen werden. Jedoch geht die Charta im Hinblick auf die Einschränkung der Rechte rechtstechnisch einen anderen Weg: Art 52 Abs 1 sieht vor, dass jede Einschränkung der Ausübung aller in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und deren „Wesensgehalt“ achten muss. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur erfolgen, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden, Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer entsprechen. Dies hat wohl auch für diejenigen Rechte zu gelten, in denen auf die Ausgestaltungsmöglichkeit einzelstaatlicher Gesetze verwiesen wird.¹³²

Die erwähnten Bestimmungen des Art 52 scheinen zueinander auf den ersten Blick in einem Widerspruch zu stehen. Tatsächlich lässt sich der vermeintliche Widerspruch aber

¹³² ZB hinsichtlich des Rechts, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen (Art II-9), des Rechts auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen (Art II-10) oder der unternehmerischen Freiheit (Art II-16).

durch eine systematische Interpretation auflösen: So erweist sich Art 52 Abs 3, der den der EMRK entsprechenden Rechten der Charta diejenige Bedeutung zumisst, wie sie den Konventionsrechten verliehen wird, als *lex specialis* zu Art 52 Abs 1 und geht daher diesem vor. Dies gilt aber nicht nur im Hinblick auf den Schutzbereich des jeweiligen Rechts, sondern desgleichen für dessen Einschränkbarkeit, es liegt demnach eine „Schranken-Schranke“ vor. Die den Konventionsrechten entsprechenden Rechte der Charta müssen daher grundsätzlich unter strenger Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR interpretiert werden, auf deren notwendige Berücksichtigung ja auch in der Präambel der Charta hingewiesen wird. Dieses Ergebnis mag überraschen, scheint doch die Union damit auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu verzichten und den EGMR im Hinblick auf dessen Interpretation der EMRK als oberste europäische Instanz in Menschenrechtsfragen anzuerkennen.

Diesem „Günstigkeitsprinzip“ steht ein weiteres gegenüber, um die Anwendung anderer Rechte sicherzustellen, die einen weitergehenden Schutz als die Rechte der Charta bieten. Nach Art 53 („Schutzniveau“) darf keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden, die durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie durch internationale Übereinkommen, insbesondere die EMRK, aber auch durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden. Kryptisch wirkt Art 52 Abs 4, der bestimmt, dass – soweit die Charta Grundrechte anerkennt, „wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“ – diese „im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt“ werden müssen.¹³³ Setzen wir voraus, dass schon die EMRK im Kern gemeinsame Grundrechtsüberlieferungen als Bestandteile der Verfassungsüberlieferungen widerspiegelt (siehe auch Art 6 Abs 2 EU-Vertrag), so sehen wir auch hier die EMRK als Wertemaßstab für die Anwendung und Auslegung der Charta.

Aus all dem folgt, dass Art 52 alle EMRK-Rechte im Verständnis der Rechtsprechung des EGMR implizit zum Bestandteil der Charta macht, unbeschadet der Möglichkeit eines darüber hinausgehenden Schutzes durch eine weiterführende, das Potential von Charta-Bestimmungen auslotende Interpretation derselben. Das bedeutet eine nicht unerhebliche Änderung der bisherigen Situation: Die EMRK wird über die Charta nunmehr zu einem verbindlichen Mindeststandard des Menschenrechtsschutzes in der Union, mithin „von einer Rechtserkenntnisquelle“ zu einer indirekten Rechtsquelle. Dies kommt einer Aufwertung der EMRK – und damit auch der Rechtsprechung des EGMR – innerhalb des Rechts der EU gleich.

¹³³ Dazu *Zuleeg*, Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte – Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte, in: EuGRZ 2000, 511ff.

Seitdem die EU sich zu einer politischen Gemeinschaft entwickelt hat und mehr und mehr hoch grundrechtssensible Bereiche regelt, stehen der EGMR und EuGH in einer Art konkurrierendem Wettbewerb, wovon vor allem die Gerichtshöfe beider Organisationen betroffen sind. Schon in der Vergangenheit kam es gelegentlich zu widersprechenden Entscheidungen,¹³⁴ mit dem Inkrafttreten der Charta sind weitere zu erwarten. Grundsätzlich ist der EuGH aber bereit und bemüht, der Rechtsprechung des EGMR zu folgen und der EGMR die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Der EGMR hat diesbezüglich eine Art „Solange“-Rechtsprechung¹³⁵ entwickelt, nämlich nicht einzuschreiten, solange die Menschenrechte innerhalb der EU einen der EMRK äquivalenten Schutz erfahren.¹³⁶ Diese Rechtsprechung fand mittlerweile im Jahr 2005 einen Höhepunkt in dem Urteil des EGMR im Fall *Bosphorus Hava Yolları Turizm*¹³⁷, nach dem trotz des Fehlens eines unbeschränkten individuellen Zugangs zum EuGH das Unionsrecht (damals: Gemeinschaftsrecht) nach Meinung des EGMR über einen mit der EMRK vergleichbaren grundrechtlichen Schutz verfügt. Dies aus folgenden Gründen: Gemeinschaftsorgane und Mitgliedsstaaten können wegen Grundrechtsverletzungen Klagen an den EuGH erheben, für den die Beachtung der Grundrechte, gemessen am Maßstab der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR, zu einer Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Aktes des Unionsrechts geworden ist. Außerdem können Individuen im Falle einer Verletzung des Unionsrechts Staatshaftungsklagen vor dem EuGH erheben und sich an die innerstaatlichen Gerichte wenden. Der EuGH wiederum hält die Kontrolle über die Anwendung des Unionsrechts – einschließlich dessen Grundrechtsgarantien – durch die innerstaatlichen Gerichte im Wege von Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV (ex Art 234 EGV) aufrecht. Anderes gilt jedoch, sollten auf unionsrechtlicher Ebene Rechtsschutzdefizite bestehen, weil Eingriffe in Konventionsrechte durch EU-Rechtsakte vor dem EuGH nicht geltend gemacht werden können

¹³⁴ So zB die Urteile des EuGH in den Fällen *Hoechst*, EuGH 21.9.1989, Rs 46/87 und 227/88, Slg 1989, 2859, *Orkem*, EuGH 18.10.1989, Rs 374/87, Slg 1989, 3283 und *ERT*, EuGH 18.6.1991, Rs C-260/89, Slg I-2925 im Vergleich zu den entsprechenden Urteilen des EGMR in den Fällen EGMR 16.12.1992, *Niemitz vs Germany*, EGMR 25.2.1993, *Funke vs France* und EGMR, 24.11.1993, *Informationsverein Lentia and others vs Austria*. S dazu *Busch*, V.M.W. (Fn 5), 128 ff und *Alber*, Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung – Zu den Beziehungen zwischen EuGH und EGMR, in: EuGRZ 2000, 503ff.

¹³⁵ In Anlehnung an den mittlerweile berühmt gewordenen „*Solange II-Beschluss*“ des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 22.10.1986, BVerfGE 73, 339, im Hinblick auf die Grundrechtsprechung des EuGH.

¹³⁶ S die Unzulässigkeitsentscheidung der Kommission im Fall *Melchers* (EKMR 9.2.1990, *M. & Co. vs Germany*) sowie das Urteil des Gerichtshofs im Fall EGMR 18.2.1999, *Waite and Kennedy vs Germany*.

¹³⁷ EGMR 30.6.2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi vs Ireland*, va Z 35 ff.

oder ein deutlich ungenügender Rechtsschutz besteht.¹³⁸ Fazit ist, dass die EU-Staaten für das Handeln von supranationalen Organisationen, denen sie angehören, aus konventionsrechtlicher Perspektive verantwortlich sind.

Die vom EGMR in der Bosphorus Entscheidung entwickelte „Solange-Rechtsprechung“ mit der Formulierung einer widerlegbaren Vermutung, wonach die EU einen äquivalenten Grundrechtsschutz bietet, wurde zuletzt vom EGMR am 18.6.2013 in der Rechtssache Povse gg Österreich¹³⁹ bestätigt und mit etwas mehr Details ausgeführt, wobei im Ergebnis auch in diesem Fall ein ausreichender Grundrechtsschutz auf EU Ebene angenommen wurde.

Für die gerichtliche Praxis am bedeutsamsten ist zusammenfassend, dass letztinstanzliche Entscheidungen, die auf EU-Recht gegründet sind, selbst dann vor dem EGMR angefochten werden können, wenn dem innerstaatlichen Verfahren eine Entscheidung des EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren vorangegangen ist. In jedem Fall sollte von den RichterInnen auf eine grundrechtskonforme Auslegung des angewendeten Rechts geachtet werden. Wobei vor allem zwischen Fällen zu unterscheiden ist, in denen eine EU-Verordnung zur Anwendung kommt, und solchen, die sich auf ein innerstaatliches Gesetz stützen, das in Durchführung einer EU-Richtlinie erlassen wurde:

Im ersten Fall darf/muss eine grundrechtskonforme Interpretation des anzuwendenden Rechts nur aufgrund der EMRK in der Rechtsprechung des EGMR (über Art 6 EU-Vertrag) bzw. der EU-Grundrechtecharta erfolgen. Im zweiten Fall ist zusätzlich eine Auslegung anhand des österreichischen Grundrechtskataloges im Sinne der Rechtsprechung des VfGH und OGH vorzunehmen, wobei bei unterschiedlichen Ergebnissen stets dem Grundsatz *pro libertate* (dem Günstigkeitsprinzip) zu folgen ist. In jedem Beschwerdefall gegen eine solche letztinstanzliche Entscheidung kann der EGMR feststellen, dass auf EU-Recht gegründete nationale Entscheidungen die EMRK verletzen.¹⁴⁰ So gesehen ist und bleibt er der oberste Hüter der Menschenrechte in Europa.

Das am 1. Juni 2010 in Kraft getretene 14. Zusatzprotokoll zur EMRK sieht in Art 17 erstmals die Beitrittsmöglichkeit der Europäischen Union zur EMRK vor. Der Vertrag von Lissabon legte in Entsprechung dessen fest, dass die EU der Konvention beitreten soll. Die

¹³⁸ Ansatzweise EGMR 10.3.2004, *Senator Lines GmbH vs Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom*.

¹³⁹ EGMR 18.6.2013, *Povse gg Österreich*, Bsw 3890/11 NL 2013,232.

¹⁴⁰ Wie zB EGMR 18.2.1999, *Matthews vs United Kingdom*.

konkreten Beitrittsmodalitäten müssten aber erst in einem separaten Protokoll zur EMRK bzw. einem Beitrittsvertrag ausgestaltet werden. Auch sind nicht automatisch alle Zusatzprotokolle zur EMRK umfasst, die Union entscheidet unabhängig von der Beitrittsentscheidung, ob bzw. welchen ZP sie unterworfen sein möchte. Ab dem Zeitpunkt eines Beitritts hat jede/r Einzelne ein Beschwerderecht im Hinblick auf Verletzungen seiner durch die EMRK (und allenfalls ausgewählte ZP) gewährleisteten Rechte durch die Institutionen und Organe der EU. Dadurch würde sich die bestehende Lücke im individuellen Rechtsschutz vis-à-vis von EU-Handlungen endlich schließen.¹⁴¹

¹⁴¹ Vgl. EU accession to the European Convention on Human Rights, http://www.coe.int/t/dc/files/themes/eu_and_coe/default_EN.asp.

II. Teil: Ausgewählte Grundrechte

4 Prozessuale Rechte

Das staatliche Rechtsdurchsetzungsmonopol ist *conditio sine qua non* für einen funktionierenden Rechtsstaat. Dahinter steht die Idee, den innerhalb der Gesellschaft unterschiedlich verteilten – wirtschaftlichen wie physischen – Machtpositionen der Menschen und damit einem realen Ungleichgewicht Grenzen zu setzen. Das Ziel ist, durch rechtsstaatliche Verfahren allfällige Schief lagen auszugleichen, um so nicht nur theoretisch, sondern *auch tatsächlich die gleiche Freiheit aller* zu garantieren. Indem der Staat entsprechende Verfahren zur Verfügung stellt, soll der „soziale Frieden“ gewahrt werden.

Auf diesem Verständnis basieren die Verfahrensordnungen des österreichischen Rechtssystems. Es war gerade *Franz Klein*, der geistige Vater der österreichischen Zivilprozessordnung 1895, der – entgegen der herrschenden Auffassung seiner Zeit – den Zivilprozess als staatliche Wohlfahrtsaufgabe begriff und nicht nur die einzelnen privaten Positionen im Vordergrund sah. Die daraus resultierende ZPO 1895 wurde zu Recht als erstes **Prozessmodell des sozialen Rechtsstaats** bezeichnet, dessen wesentliche Grundlagen auch heute noch – trotz zahlreicher Novellierungen – anerkannt und unbestritten sind. Diese Überlegung gilt um nichts weniger für den Strafprozess. Sowohl die Funktion der Generalprävention als auch jene der Spezialprävention zielen schließlich darauf ab, die Freiräume aller Menschen gleichermaßen zu garantieren. Die richterliche Tätigkeit ist damit immer eine gegenüber der Gesellschaft erbrachte Dienstleistung, welche die Verwirklichung der Freiheitsidee unserer Grundrechtsordnung im Kern trägt.

Die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der RichterInnen sowie deren Entscheidungs- und Ermessensspielräume (insbesondere die freie Beweiswürdigung) fordern im Gegenzug aber klare und überprüfbare Verfahrensvorgaben, um die Rechtsstaatlichkeit und damit die Legitimation des staatlichen Gewaltmonopols zu wahren. Ob eine gerichtliche Entscheidung Grundrechte verletzt oder nicht, lässt sich meist nur bei Betrachtung des gesamten Verfahrens, insbesondere der Begründung beurteilen und ergibt sich nur selten aus dem *Verfahrensergebnis* allein. Denn natürlich sind Prozessvorschriften nicht Selbstzweck, sie dienen stets der Umsetzung materieller Rechtspositionen. Daher entsteht der volle Bedeutungsgehalt von Verfahrensgarantien erst aus der Relation zu jenen subjektiven Rechten, deren Durchsetzung das Verfahren bewirken soll.

Die Grundrechtsdogmatik reflektiert diesen Zusammenhang mit der Figur des *status activus processualis*, wonach die materiellrechtliche Seite von Grundrechten erst durch entsprechende Verfahren zum Durchbruch gelangen kann, ein **effektiver Grundrechtsschutz** also erst einer **prozessualen Grundrechtskonkretisierung** bedarf.

4.1 Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht (Art 6 EMRK)

4.1.1 Erläuterung des Begriffs „faires Verfahren“

Der Anspruch auf ein faires Verfahren gilt als Kern der Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 EMRK. Ziel ist die Gewährleistung eines Verfahrens, in dem die Parteien unter im Wesentlichen gleichartigen Bedingungen ihren Standpunkt vertreten können. Dazu gehören Teilgewährleistungen wie der Grundsatz der Waffengleichheit,¹⁴² der Anspruch auf rechtliches Gehör,¹⁴³ das Recht des Angeklagten auf persönliche Teilnahme an der Verhandlung¹⁴⁴, das Recht auf Akteneinsicht¹⁴⁵ sowie das Recht auf Begründung von gerichtlichen

¹⁴² Für Österreich s EGMR 20.3.2008, *Bartenbach vs Österreich*, NL 2008, 78; ÖJZ 2008, 503 (Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK aufgrund fehlender Gelegenheit für die Beschwerdeführer, zu den Gegenschriften des UVS Stellung zu nehmen) und EGMR 4.4.2013, *C. B. vs Österreich*, ÖJZ 2013, 893 (keine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit wegen Weigerung des Gerichts, den privaten Sachverständigen als Sachverständigen oder als Zeugen zuzulassen). Zur (fehlenden) Neutralität des Sachverständigen im Sinne von Art 6 EMRK s die eingehenden Erörterungen des OGH vom 23.1.2014, 12 Os 90/13x. Vgl *Birklbauer*, Privatsachverständige und Waffengleichheit – oder: Wie ernst ist es dem OGH mit dem Grundrechtsschutz? Eine Anmerkung zu OGH 13 Os 131/12g, JSt 2013, 163 und *Mayer/Haidenhofer*, Der Sachverständige als Gehilfe des Staatsanwalts im Strafprozess, AnwBl 2014, 100, wonach die Bestellung von als „Zeugen der Anklage“ zu qualifizierende Sachverständige (vgl § 126 Abs 4 letzter Satz StPO) gegen den Grundsatz der Waffengleichheit gemäß Art 6 Abs 1 EMRK verstoße).

¹⁴³ S EGMR 6.2.2001, *Beer vs Österreich* (NL 2001, 25; ÖJZ 2001, 516) und EGMR 15.7.2010, *Mladoschovitz vs Österreich*, NL 2010, 230. In beiden Fällen ging es um das fehlende rechtliche Gehör im Rekursverfahren.

¹⁴⁴ S OGH 27.8.2009, 13 Os 39/09y, ZÖR 2010, 433 (Ausschluss der Angeklagten von der Hauptverhandlung wegen Nichtablegung des Gesichtsschleiers). Vgl dazu ausführlich *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 204ff und *Morscher/Christ*, Grundrecht auf öffentliche Verhandlung gem. Art. 6 EMRK, EuGRZ 2010, 272. S auch EGMR 19.2.1996, *Botten vs Norwegen*, NL 1996, 80; ÖJZ 1996, 675. In EGMR 12.5.2010, *Kammerer vs Österreich*, NL 2010, 150 hat der EGMR jedoch festgehalten, dass die strafrechtlichen Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK differenziert zu gewähren seien – und zwar je nach Art der konkreten Materie und des Ausmaßes des mit einer Beschuldigung einhergehenden Stigmas. Dies gelte auch bezüglich der Frage der notwendigen Anwesenheit des Beschuldigten bei der Verhandlung. Im vorliegenden Fall war der Beschwerdeführer in einer „banalen“ Verwaltungsstrafsache (Versäumung von vom Kraftfahrzeuggesetz vorgeschriebenen regelmäßigen Sicherheitskontrollen) von der Verhandlung vor dem UVS verständigt worden, der in der Folge eine Vertagung wegen inzwischen eingetretener Krankheit des Beschuldigten ablehnte. In der Verhandlung war der Beschwerdeführer jedoch durch seinen Anwalt vertreten, es wurden keine Zeugen einvernommen und die verhängte Verwaltungsstrafe war geringfügig. Der EGMR erblickte in der Verhandlung in Abwesenheit daher keine Verletzung von Art 6 Abs 1 und 3 lit c EMRK. Vgl dazu ausführlich *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 204ff. S auch EGMR 19.2.1996, *Botten vs Norwegen*, NL 1996, 80; ÖJZ 1996, 675.

¹⁴⁵ Vgl dazu EGMR 14.10.2010, *Kugler vs Österreich*, ÖJZ 2011, 378, wonach bei der Frage der Gewährung von Akteneinsicht den Erfordernissen der Effektivität und der Verfahrensökonomie große Bedeutung zukomme. Ein Gericht darf einen Antrag auf Akteneinsicht daher ablehnen, wenn dieser beispielsweise **nicht zielführend** ist.

Entscheidungen. Daneben werden im Strafverfahren auch jene Rechte der/des Angeklagten als Ausdruck des Fairnessgebots angesehen, die einerseits in Art 6 Abs 2 und Abs 3 EMRK verankert sind und andererseits in der Rechtsprechung entwickelt wurden (wie der Grundsatz des *nemo tenetur se ipsum accusare*).¹⁴⁶

4.1.2 Die einzelnen Verfahrensgarantien

Tribunalqualität iSd EMRK

Fällt eine Angelegenheit in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK, dann hat der einzelne Antragsteller Anspruch auf eine Entscheidung durch ein unabhängiges, auf dem Gesetz beruhendes und unparteiisches Gericht. Der EMRK liegt ein materieller Begriff des Gerichts zugrunde, für den sich – den Termini der authentischen Sprachfassungen folgend – der Begriff „Tribunal“ herausgebildet hat.¹⁴⁷ Dieser materielle Begriff des Gerichts führt dazu, dass dieser nicht unbedingt mit dem (formellen) Gerichts begriff des nationalen Rechts (in Österreich: B-VG) übereinstimmen muss.¹⁴⁸ Demgemäß garantiert Art 6 EMRK den Zugang zu und die Entscheidung durch ein Tribunal zur Wahrung der Garantien des Art 6 EMRK. Letzteres muss nicht in allen Instanzen vorliegen; es ist ausreichend, wenn zumindest in der letzten Instanz ein Tribunal entscheidet. Für das Strafverfahren gilt anderes: Art 2 des 7. ZP EMRK ordnet ein zweistufiges gerichtliches Verfahren an.

Ein Tribunal nach Art 6 EMRK muss auf dem Gesetz beruhen, unabhängig und unparteiisch sein und eine umfassende Überprüfung der Sach- und Rechtsfragen gewährleisten. Nur ein tatsächlich unabhängiges Organ wird den Erfordernissen von Art 6 EMRK gerecht, d.h. die Unabhängigkeit muss sowohl gegenüber den anderen Staatsgewalten als auch gegenüber den Verfahrensparteien bestehen. So sind zB personelle Verflechtungen mit der Exekutive oder aber Weisungsgewalt durch andere Behörden mit Art 6 EMRK unvereinbar. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit müssen Mitglieder eines Tribunals feste Amtsperioden haben und das Gericht muss zur vollen und wirksamen Überprüfung der Sach- und Rechtsfragen berufen sein.

In Österreich erfüllen jedenfalls die ordentlichen Gerichte die Voraussetzungen des Tribunalbegriffs iSd Art 6 EMRK. Durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012

¹⁴⁶ Siehe dazu näher *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 420ff, *Reiter*, Das Recht zu schweigen und sich nicht selbst beschuldigen zu müssen gemäß Art 6 EMRK („Nemo tenetur se ipsum accusare“), RZ 2010, 103 und OGH 21.8.2013, 15 Os 15/13i, ÖJZ 2013, 1092Menschenrechtskonvention (2012), 456ff.

¹⁴⁷ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 91.

¹⁴⁸ Vgl EGMR 16.7.1971, Ringeisen, JBl 1972, 488.

und die Einrichtung der Verwaltungsgerichte als Behörden mit Tribunalqualität ist dies nun auch für das Verwaltungsverfahren gegeben.

Recht auf Zugang zu einem Gericht

Das Recht auf Zugang zu einem Gericht steht im Zentrum der Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK. Art 6 Abs 1 EMRK gewährleistet ein subjektives Recht auf Entscheidung durch ein Gericht über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage oder über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen. Dieses Recht darf nicht nur „illusorisch“ und theoretisch sein, sondern muss faktisch effektiv gewährleistet sein, dh die Staaten müssen ein Rechtsschutzsystem einrichten, welches der/dem Einzelnen den Zugang zu Gericht ermöglicht. Jedoch ist dieser Zugang zu einem Gericht auch innerhalb des Schutzbereichs des Art 6 Abs 1 EMRK nicht absolut gewährleistet. Beschränkungen stehen unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit; sie sind zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und eine vernünftige Verhältnismäßigkeit zwischen den Mitteln und dem Ziel besteht. Solche Beschränkungen können zB vorgesehen werden, um missbräuchliche und wiederholte Klagen zu vermeiden. Ebenso stellen Fristen, der Anwaltszwang uä Regelungen zulässige, vom EGMR als verhältnismäßig beurteilte, Beschränkungen dar.

Waffengleichheit

Dieser Grundsatz gilt als wesentliches Element des *fair trial*-Prinzips. Der Gleichbehandlungsgedanke ist mit dem Diskriminierungsverbot in Art 14 EMRK zu vergleichen.

Die Waffengleichheit verlangt im Strafverfahren die gleichmäßige Ausstattung des Angeklagten (bzw. seiner Verteidigung) und der Anklagebehörde mit prozessualen Rechten. Insbesondere folgt daraus die Notwendigkeit eines kontradiktorischen Verfahrens. Nach Ansicht des EGMR gilt dieser Grundsatz so weit, dass jede Äußerung einer Verfahrenspartei, die auf „eine gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache [...] oder aber in der Haftprüfungsverhandlung abzielt“, der anderen Partei zuzustellen ist und gleichzeitig die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden muss.¹⁴⁹ Der EGMR (und auch schon die EKMR) hatte wiederholt die Einhaltung des Grundsatzes der Waffengleichheit im Rechtsmittelverfahren zu überprüfen. So wurde zB eine nichtöffentliche Berufungsverhandlung, die zu einer *reformatio in peius* führen und an der nur die Anklagebehörde, nicht jedoch die Verteidigung teilnehmen konnte, als mit Art 6 EMRK unvereinbar angesehen. Auch die langjährige österreichische Verfahrenspraxis des sog. *Croquis* – einer Stellungnahme der Generalprokuratur zu der vom/von der Angeklagten eingebrachten Nichtigkeitsbeschwerde, über die diese/r nicht in jedem Fall informiert wurde – widerspricht laut EGMR dem

¹⁴⁹ Schroll, WK-StPO (2013), § 24 Rz 4

Grundsatz der Waffengleichheit. Dem trägt nun die Strafprozessordnung Rechnung, die in § 24 StPO die Zustellung einer solchen Stellungnahme an den „gegnerischen Beteiligten zur Äußerung“ durch das Rechtsmittelgericht anordnet.

Der Grundsatz der Waffengleichheit gilt ebenso für das Zivilverfahren, dh jede Partei muss die Möglichkeit haben, ihre eigenen Ansprüche vorzubringen und Beweise vorzulegen, unter Bedingungen, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner darstellen.

Recht auf Gehör und ein öffentliches mündliches Verfahren

Art 6 EMRK stipuliert grundsätzlich die Öffentlichkeit des Verfahrens. Dieses Gebot umfasst zwei Abschnitte des Verfahrens, nämlich die mündliche Verhandlung und die Verkündung des Urteils. Die Öffentlichkeit nach Art 6 EMRK ist umfassend zu verstehen, sie gilt nicht nur für die Parteien, sondern für „jedermann“ (sog. Volksöffentlichkeit). Das Gebot der mündlichen Verhandlung unterliegt zwei wesentlichen Beschränkungen: Zum einen kann zwar eine mündliche Verhandlung stattfinden, aber die Öffentlichkeit ausgeschlossen sein, zum anderen kann die Öffentlichkeit des Verfahrens von vornherein ausgeschlossen sein und eine mündliche Verhandlung unterbleiben.

Art 6 Abs 1 S 2 enthält eine Reihe von Tatbeständen für den Ausschluss der Öffentlichkeit, jedoch ohne Vorbehalt des Gesetzes.¹⁵⁰ Damit sind diese Ausschlussstatbestände unmittelbar anwendbar. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass der Gesetzgeber dennoch Regelungen treffen darf. Die Öffentlichkeit des Verfahrens kann in vielerlei Arten beschränkt werden. In personeller Hinsicht können „die Presse und die Öffentlichkeit“ ausgeschlossen werden, im Hinblick auf den Gegenstand des Verfahrens kann die Öffentlichkeit für das gesamte oder für Teile des Verfahrens ausgeschlossen werden. Art 6 Abs 1 S 2 sieht einen vollständigen oder einen partiellen Ausschluss der Öffentlichkeit vor. Der Ausschluss der Öffentlichkeit muss jedenfalls dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

Nach dem Wortlaut des Art 6 Abs 1 EMRK ist der Ausschluss der Öffentlichkeit in Bezug auf die Verkündung des Urteils auf keinen Fall zulässig. Allerdings hat der EGMR dies teleologisch auf einen Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils reduziert, um dem

¹⁵⁰ Im Unterschied zu Art 8-11 EMRK bedarf es keiner gesetzlichen Regelung, um die Zulässigkeit der Beschränkung der Öffentlichkeit durch nationale Gerichte zu begründen.

Standard in den Vertragsstaaten zu entsprechen.¹⁵¹ Der Schutz der Privatsphäre erfordert allenfalls eine Anonymisierung der Entscheidung.

Die Zulässigkeit des Öffentlichkeitsausschlusses muss in 4 Schritten geprüft werden:

- 1) Es muss eines der in Art 6 Abs 1 S 2 EMRK genannten Ziele verfolgt werden;
- 2) der Öffentlichkeitsausschluss muss diesem Ziel dienen (Eignung);
- 3) es muss ein angemessenes Verhältnis zwischen den Gründen für den Ausschluss und dem Interesse an der Öffentlichkeit der Verhandlung bestehen; und
- 4) es muss die Erforderlichkeit des Ausschlusses bewertet werden.

Art 6 Abs 1 S 2 EMRK enthält drei verschiedene Fallgruppen für den Ausschluss der Öffentlichkeit, nämlich

- allgemeine Ausschlussgründe: zB das Interesse der Moral, die öffentliche Ordnung und die nationale Sicherheit;
- prozessbezogene Gründe: hierunter fallen zB Bedenken aufgrund des Jugendschutzes oder der Schutz des Privatlebens;
- Ausschlussgründe zugunsten der Rechtspflege: dieser Tatbestand umfasst unter anderem die Wahrung der Ordnung im Verhandlungssaal.

Dolmetschung

Art 6 Abs 3 EMRK zählt in demonstrativer Weise die Rechte der Parteien im Strafprozess auf. Der Rsp des EGMR folgend bilden diese einen integralen Bestandteil des *fair trial*-Grundsatzes nach Abs 1 der Bestimmung. Die Beiziehung einer Dolmetscherin / eines Dolmetschers ist in lit e leg cit als subjektives Recht formuliert. Zweck dieser Vorschrift ist es, fremdsprachige Parteien vor prozessualen Nachteilen zu schützen, die sich aus der mangelnden Sprachkenntnis ergeben können. Hierbei kommt es nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern nur auf die Sprachkenntnis an. Die Beiziehung einer Dolmetscherin / eines Dolmetschers hat immer dann zu erfolgen, wenn die/der Angeklagte die Gerichtssprache

¹⁵¹ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008), 357Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 442.

nicht versteht oder sich nicht ausdrücken kann; die Sprachkenntnis der Verteidigerin / des Verteidigers ist nicht von Relevanz und ersetzt nicht die Beziehung einer Dolmetscherin / eines Dolmetschers. Es ist Sache des Gerichts zu entscheiden, ob die Voraussetzungen von Art 6 Abs 3 lit e EMRK vorliegen und ob ein/e DolmetscherIn beizuziehen ist.

Der Halbsatz „wenn der Angeklagte die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht“ ist so zu begreifen, dass dies nur die Voraussetzungen für die Beistandsleistung der Dolmetscherin / des Dolmetschers regelt, nicht jedoch den Umfang einer kostenlosen Beziehung, wie der EGMR in *Luedicke, Belkacem und Koc* klargestellt hat.¹⁵² Auch die bei Gesprächen mit einer/einem WahlverteidigerIn entstandenen DolmetscherInnenkosten sind im Fall einer Verurteilung nicht zu ersetzen. Dabei ist es egal ob die/der DolmetscherIn vom Gericht oder von der Verteidigung bestellt wurde, maßgeblich ist nur, ob die Voraussetzungen nach Abs 3 lit e vorliegen. Die Unentgeltlichkeit der lit e ist somit eine endgültige, dh es dürfen von der / vom Angeklagten nach der Verurteilung keine Kosten zurückgefordert werden.

Eine schriftliche Übersetzung ist durch Art 6 Abs 3 lit e EMRK nicht ausdrücklich vorgesehen, und dem EGMR folgend müssen auch nicht alle schriftlichen Beweismittel übersetzt werden; es kommt nur darauf an, dass die/der Angeklagte versteht, was ihr/ihm vorgeworfen wird.¹⁵³ Bei Urteilen ist dem Erfordernis des Art 6 Genüge getan, wenn die Hauptverhandlung mitsamt der Urteilsverkündung in Anwesenheit der/des Angeklagten und unter Mitwirkung einer Dolmetscherin / eines Dolmetschers durchgeführt wird. Richtigerweise müssten auch die Urteile übersetzt werden, da diese der einzige Anhaltspunkt für Anfechtungen im Instanzenzug sind.¹⁵⁴ Dem ist durch die Dolmetschrichtlinie der EU entsprochen worden.

Gemäß Art 8 Abs 1 B-VG ist die Staatssprache und somit die Gerichtssprache in Österreich Deutsch, § 15 Volksgruppengesetz ermöglicht eine Verhandlungsführung auf Antrag aber auch in einer der anerkannten Volksgruppensprachen (Abs 1). Nach Abs 2 kann eine verfahrensbeteiligte Partei die Verhandlungsführung sowohl auf deutsch als auch in der jeweiligen Volksgruppensprache beantragen. Sofern das Organ der Sprache nicht mächtig ist, ist ein/e DolmetscherIn zu bestellen (Abs 3), im Falle der ausreichenden Sprachkenntnis

¹⁵² EGMR 28.11.1978, Serie A 29.

¹⁵³ Vgl der EGMR im Fall *Kamisinski*, Urteil v. 12.12.1989, Serie A 168, Z 74; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008), 367 Rz 118.

¹⁵⁴ *Kühne*, Art 6, in: *Karl*, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention mit einschlägigen Texten und Dokumenten (2009), 239.

des Organs kann gem. Abs 4 auch ausschließlich in der Sprache der Volksgruppe verhandelt werden, die Protokollführung hat aber jedenfalls in beiden Sprachen zu erfolgen.

Art 5 und 6 EMRK bestimmen als Verfahrensgarantien, dass festgenommenen oder beschuldigten Personen ein Recht auf Information in einer ihnen verständlichen Sprache zukommt; das muss nicht notwendigerweise die Muttersprache sein, sondern kann, sofern sie (im Fall Österreichs) der deutschen Sprache hinreichend kundig sind, auch die Amts- oder allenfalls eine dritte Sprache sein.

Die Strafprozessordnung regelt in § 56 die sog. Übersetzungshilfe: Nach Abs 1 hat die/der Beschuldigte, „der die Verfahrenssprache nicht spricht oder versteht“, das Recht auf Übersetzungshilfe. Diese ist, soweit im Interesse der Rechtspflege, durch die Beistellung einer Dolmetscherin / eines Dolmetschers zu leisten. Durch die Umsetzung der EU-Richtlinie 2010/64/EU (Dolmetschrichtlinie) wurde § 56 (1) erweitert, nunmehr besteht, „sofern dies zur Wahrung der Verteidigungsrechte und eines fairen Verfahrens erforderlich ist“, das Recht auf schriftliche Übersetzung der wesentlichen Aktenstücke (zB nach Abs 3 Anordnung und gerichtliche Bewilligung der Festnahme, Beschluss auf Verhängung der Untersuchungshaft, die Anklage sowie die Ausfertigung des noch nicht rechtskräftigen Urteils). Gemäß Abs 4 sind der/dem Beschuldigten auf Verlangen hin weitere konkret zu bezeichnende Aktenstücke schriftlich zu übersetzen, wenn die Erforderlichkeit im Sinne des Abs. 1 begründet wird oder offenkundig ist.

Für gehörlose oder stumme Beschuldigte normieren § 56 Abs 7 StPO sowie § 73a ZPO ausdrücklich das Recht auf Dolmetschung in Gebärdensprache. § 126 Abs 1 StPO sieht vor, dass DolmetscherInnen im Rahmen der erwähnten Übersetzungshilfe zu bestellen sind, wenn eine Person vernommen wird, die der Verfahrenssprache nicht kundig ist, oder wenn für die Ermittlungen wesentliche Schriftstücke in die Verfahrenssprache zu übersetzen sind.

Folgende Aspekte sollten (weiter) bedacht werden, wenn DolmetscherInnen zum Einsatz kommen:

- Grundsätzlich sollten fachlich qualifizierte Personen als DolmetscherInnen bestellt werden (gerichtlich beeidete und zertifizierte DolmetscherInnen, Personen, die über eine universitäre Ausbildung im Dolmetschen verfügen).¹⁵⁵ Falls dies nicht möglich ist und sprachkundige Personen ohne Dolmetscherausbildung beauftragt werden, sollte beson-

¹⁵⁵ Es besteht ein Bestimmungsvorrang der in das Verzeichnis der gerichtlich beeideten und zertifizierten DolmetscherInnen eingetragenen über die nicht eingetragenen DolmetscherInnen. Für den Strafprozess ist dies ausdrücklich in § 126 Abs 2 StPO normiert, während die ZPO keine solche Anordnung kennt.

deres Augenmerk auf deren Qualifikationen und den beruflichen wie persönlichen Hintergrund gelegt werden. Auch wenn DolmetscherInnen von Dritten (SprachdienstleisterInnen) vermittelt werden, sollte ihre Qualifikation erfragt werden.

- Für manche Sprachen lassen sich bisweilen keine qualifizierten oder sprachkundigen DolmetscherInnen finden. In solchen Fällen werden Gespräche mit den befragten Personen nicht in ihrer Muttersprache, sondern in einer anderen ihnen bekannten Sprache geführt (zB TschetschInnen geben auf Russisch Auskunft, KurdInnen auf Türkisch). Für DolmetscherInnen bringen derartige Situationen die Schwierigkeit mit sich, dass die Sprachkompetenz der angehörten Personen in dieser Sprache möglicherweise nicht sehr hoch ist und sich auf informell erworbene, rudimentäre, formelhafte Wendungen beschränkt, wodurch es leicht zu Missverständnissen kommen kann. Erfolgt also das gedolmetschte Gespräch in einer anderen als der Muttersprache der befragten Person, sollte besondere Aufmerksamkeit auf die Kohärenz und Schlüssigkeit der Aussagen gelegt werden. Falls die DolmetscherInnen die von der fremdsprachigen Partei verwendete Sprachvariante (Dialekt) nicht verstehen, müssen sie dies dem Gericht mitteilen. Grundsätzlich sollte vor Prozessbeginn festgestellt werden, ob die fremdsprachige Partei und die/der DolmetscherIn einander verstehen. In Betracht kommt auch die Beziehung nicht ausgebildeter LaiendolmetscherInnen, deren sprachliche und fachliche Kompetenz allerdings nicht überprüft werden kann. Zweisprachigkeit allein ist aber keine hinreichende Voraussetzung für das Dolmetschen.

- Ein weiterer Aspekt, der in Gesprächssituationen mit fremdsprachigen Parteien berücksichtigt werden sollte, ist, dass auch das Geschlecht, das Alter, die Konfessionszugehörigkeit oder die ethnische Zugehörigkeit der DolmetscherInnen Einfluss auf die Gesprächssituation nehmen können. Für Personen, die Eingriffe in ihre sexuelle Selbstbestimmung (zB Vergewaltigung) erlitten haben, sollten u.U. DolmetscherInnen desselben Geschlechts beigelegt werden. Umgekehrt könnte auch explizit ein/e DolmetscherIn des anderen Geschlechts erwünscht sein (sexuell missbrauchte Männer ersuchen u.U. um die Bestellung einer Dolmetscherin) – zur Förderung des Gesprächserfolgs sollte derartigen Wünschen Rechnung getragen werden. Auch die ethnische Zugehörigkeit der DolmetscherInnen kann unerwünschte Auswirkungen auf das Gesprächsereignis haben, wenn beispielsweise nicht bekannt ist, dass DolmetscherIn und KlientIn aus verschiedenen Ethnien stammen, zwischen denen Spannungen herrschen; oder wenn sie unterschiedlichen religiösen oder politischen Gruppierungen angehören und ideologisch mo-

tivierte Ressentiments Einfluss auf das Verhalten der GesprächsteilnehmerInnen nehmen. (Laien-)DolmetscherInnen aus derselben Ethnie wie die fremdsprachige Partei erwecken mitunter auch Bedenken im Hinblick auf Vertraulichkeit und Stillschweigen, weshalb gewisse Tatsachen aus Scheu eventuell ungesagt bleiben. Nach Möglichkeit sollten keine DolmetscherInnen beauftragt werden, deren ethnische Herkunft oder politische Überzeugung nicht geeignet ist, das für Dolmetschsituationen nötige Vertrauen zwischen den Gesprächsparteien zu schaffen.

- DolmetscherInnen können u.U. auch befangen sein, wenn sie etwa mit einer der Gesprächsparteien verwandt, verschwägert, befreundet oder sonst bekannt sind. Falls wichtige Gründe vorliegen, die die Unbefangenheit der DolmetscherInnen in Zweifel ziehen (zB Naheverhältnis zu Behörden des Heimatlandes der fremdsprachigen Partei im Fall von AsylwerberInnen oder Flüchtlingen; ihre ethnische Herkunft oder politische Gesinnung erweckt Misstrauen bei der fremdsprachigen Partei), sollte besser ein/e andere/r DolmetscherIn zum Einsatz kommen (§ 126 Abs 4 StPO).
- Professionelle DolmetscherInnen bereiten sich auf Dolmetscheinsätze vor (Erarbeitung der Terminologie in beiden Sprachen, Erwerb von Hintergrundinformationen, die für ein besseres Verständnis nötig sind). Zu diesem Zweck kann es hilfreich für DolmetscherInnen sein, wenn sie zur Vorbereitung Einsicht in prozessrelevante Akten erhalten. Sollten DolmetscherInnen als Sachverständige eingesetzt werden, was beispielsweise zur Stimmerkennung aus Abhörprotokollen notwendig sein kann, sollte ihre DolmetscherInnentätigkeit klar von ihrer Sachverständigentätigkeit abgegrenzt werden.¹⁵⁶

Beweisaufnahme und Beweiswürdigung (Sonderfall der Beweiserlangung durch Lockspitzel)

Die Aufstellung gesetzlicher Regelungen über die Zulassung von Beweismitteln bleibt in erster Linie den Konventionsstaaten vorbehalten.¹⁵⁷ Die Frage der Beweislast, der Verwert-

¹⁵⁶ Siehe den Bericht zur Tagung der *Fachgruppe Grundrechte* zu diesem Thema in *Scheiber*, RZ 2006, 262.

¹⁵⁷ Zur Frage der Verwertung missbräuchlich erlangter Beweise siehe *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 207ff und etwa EGMR 12.5.2000, *Khan vs Vereinigtes Königreich*, NL 2000, 99. Letzterer hob hervor, dass die EMRK die Zulassung rechtswidrig erlangter Beweise (hier: Tonbandaufnahme von einer Telefonüberwachung) im Strafverfahren nicht ausdrücklich verbiete.

barkeit von Beweismitteln und deren Erheblichkeit und Beweiswert bestimmt sich nach innerstaatlichem Recht.¹⁵⁸ Die Aufgabe des EGMR liegt ausschließlich darin festzustellen, ob Beweisaufnahme und Beweiswürdigung vom Gericht in einer Weise vorgenommen wurden, welche das gesamte Strafverfahren als unfair erscheinen lassen.¹⁵⁹ Die Beweisaufnahme hat kontradiktorisch¹⁶⁰ zu erfolgen. Es sind daher grundsätzlich alle Beweise in Gegenwart der/des Angeklagten zu erheben, sodass die Verteidigung Gelegenheit hat, unmittelbare Einwendungen zu erheben, Fragen zu stellen, Mängel des Beweismittels geltend zu machen, etc.¹⁶¹ Eine Verurteilung nur auf der Basis von Indizienbeweisen verstößt nicht allein deshalb gegen Art 6 EMRK.¹⁶²

Die Konvention schließt nicht von vornherein den Rückgriff auf Quellen wie anonyme InformantInnen¹⁶³ und verdeckte ErmittlerInnen¹⁶⁴ im Stadium strafrechtlicher Ermitt-

¹⁵⁸ Vgl. Peukert in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 207. S. etwa EGMR 23.9.2008, *Grayson und Barnham vs Vereinigtes Königreich*, NL 2008, 266, wonach die im britischen Recht vorgesehene Beweislastumkehr in Bezug auf Drogenhandel (der/die Angeklagte hat die Beweislast dafür zu tragen, dass seine Vermögenssituation nicht durch Drogenhandel zustande kam) das Recht auf ein faires Verfahren nicht verletzt habe.

¹⁵⁹ Siehe etwa EKMR 18.10.1995, *Demel vs Österreich* (ZE), NL 1996, 19 sowie EGMR 27.2.2001, *Lucà vs Italien*, NL 2001, 55. Zur Frage der Zulassung von im Widerspruch zu Art 3 EMRK erlangten Beweisen siehe EGMR 1.6.2010, *Gäffen vs Deutschland* (GK), NL 2010, 173: Der EGMR stellte in diesem Fall mit 11:6 Stimmen keine Verletzung von Art 6 Abs 1 und Abs 3 EMRK fest, da die Fairness eines Strafverfahrens und der effektive Schutz der absoluten Garantie des Art 3 EMRK nur dann auf dem Spiel stünden, wenn die Verletzung von Art 3 EMRK einen Einfluss auf die Verurteilung des Angeklagten sowie auf das Strafmaß haben würde. Da die Verteidigungsrechte und das Recht des Beschwerdeführers, sich nicht selbst zu bezichtigen, gewahrt worden wären, habe das Verfahren als Ganzes (noch) als fair betrachtet werden müssen.

¹⁶⁰ S. auch den Beitrag von *Schwaighofer*, Notwendige Verteidigung bei kontradiktorischen Vernehmungen?, AnwBl 2005, 456, der kritisiert, dass der OGH in stRsp mit dem Hinweis auf das Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung die Auffassung vertrete, dass für kontradiktorische Vernehmungen keine notwendige Verteidigung bestehe.

¹⁶¹ Vgl. die Nachweise bei Peukert in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 208 Rz 166f und EGMR 20.2.1996, *Vermeulen vs Belgien*, NL 1996, 42; ÖJZ 1996, 673 (zur verfahrensrechtlichen Stellung von Generalanwälten im belgischen Recht).

¹⁶² Peukert in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 213 Rz 181.

¹⁶³ Die Einvernahme anonymer Zeugen ist unter drei Voraussetzungen zulässig: es muss gute Gründe für die Anonymität des Zeugen geben, ferner kommt es darauf an, ob seine Aussage das einzige oder das ausschlaggebende Beweismittel für eine Verurteilung ist, und – wenn ja – muss es schließlich ausgleichende Maßnahmen zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens geben. Der EGMR bejahte in seiner Zulässigkeitsentscheidung vom 10.4.2012 im Fall *Ellis und Simms vs Vereinigtes Königreich* die Zulässigkeit einer anonymen Zeugenaussage im Zusammenhang mit einem Bandenkrieg, weil der Zeuge um sein Leben fürchten musste und zudem ausreichende prozessuale Vorkehrungen für ein faires Verfahren bestanden hatten (vgl. *Thienel*, Rechtsprechung des EGMR 2012 (2), ÖJZ 2013, 718 [725]).

¹⁶⁴ Vgl. etwa OGH 18.2.2004, 13 Os 153/03 (Umgehung des bedingten Verlesungsverbots nach § 252 Abs 1 StPO durch die in der Hauptverhandlung erfolgte Vernehmung eines Polizeibeamten als sog.

lungen, und wenn die Besonderheit der Straftat dies rechtfertigt, aus.¹⁶⁵ Nach Auffassung des EGMR kann das öffentliche Interesse nicht den Gebrauch von Beweismitteln rechtfertigen, die als Ergebnis polizeilicher Provokation gewonnen wurden.¹⁶⁶ Er hat die Frage allerdings offen gelassen, ob der Einsatz eines *agent provocateur* mit der Konvention überhaupt vereinbar ist.¹⁶⁷ Nach dem Urteil der Großen Kammer vom 5.2.2008 im Fall *Ramanauskas vs Litauen*, NL 2008, 21, dürfte aber geklärt sein, dass der Gerichtshof einen solchen unter bestimmten Voraussetzungen zulässt. Die spätere Verwendung der Quellen bzw. Aussagen von anonymen Informanten durch die Gerichte ist allerdings nur dann zulässig, wenn angemessene und ausreichende Garantien gegen Missbrauch bestehen – wie insbesondere ein klares und vorhersehbares Verfahren für die Genehmigung, Durchführung und Überwachung der fraglichen Ermittlungsmethoden. Von einer Fairness des Strafverfahrens kann grundsätzlich dann nicht mehr die Rede sein, wenn die/der Angeklagte von einem *agent provocateur* zu einer Straftat, die sie/er sonst nie begangen hätte, angestiftet wurde und dessen Aussagen im Strafverfahren zu ihrem/seinem Nachteil verwertet werden.¹⁶⁸ Dasselbe gilt, wenn die nationalen Gerichte ihre Entscheidungen ausschließlich bzw. hauptsächlich auf belastende Aussagen eines Lockspitzels gründen und der/dem Angeklagten keine Gelegenheit zu seiner Befragung geben.¹⁶⁹

Verhörsperson über die ihm gegenüber getätigten Angaben eines namentlich nicht bekannt gegebenen verdeckten Ermittlers des BMI).

¹⁶⁵ Siehe dazu *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 210 Rz 174, *Fuchs*, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 495 und *Sinn*, Videovernehmung im Strafverfahren und Chancengleichheit im Lichte der EMRK – Die Vernehmung anonymer Zeugen bei optischer und akustischer Verfremdung in: *Esser/Harich/Lohse/Sinn* (Hg), Die Bedeutung der EMRK für die nationale Rechtsordnung. Strafrecht – Zivilrecht – Öffentliches Recht (2004), 11 sowie bspw. EGMR 20.11.1989, *Kostovski vs die Niederlande*, ÖJZ 1990, 312; EGMR 26.3.1996, *Doorson vs die Niederlande*, NL 1996, 82; ÖJZ 1996, 715 und EGMR 23.4.1997, *Van Mechelen ua vs die Niederlande*, NL 1997, 91; ÖJZ 1998, 274.

¹⁶⁶ EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro vs Portugal*, EuGRZ 1999, 660 Z 36, ÖJZ 1999, 434.

¹⁶⁷ In ihrer Zulässigkeitsentscheidung vom 28.6.1995 im Fall *Müller vs Österreich* (NL 1995, 181) hat sich die damalige EKMR sich jedenfalls der Argumentation der österreichischen Gerichte, wonach das Verhalten von „Lockspitzeln“ keine unzulässige Anstiftung sei, wenn eine Person bereits willens sei, Verbrechen einer bestimmten Kategorie zu begehen, ausdrücklich angeschlossen.

¹⁶⁸ Vgl die zitierten Urteile *Teixeira de Castro vs Portugal* und *Ramanauskas vs Litauen*, ferner EGMR 29.9.2009, *Constantin und Stoian vs Rumänien*, NL 2009, 282 (Anstiftung zur Begehung einer Straftat durch die Polizei).

¹⁶⁹ So geschehen im Fall *Lüdi vs die Schweiz*, NL 1992/5, 17; EuGRZ 1992, 300; ÖJZ 1992, 843; EGMR 15.6.1992, NL 1992/5, 17. Zu einem anderem Ergebnis kam der Gerichtshof im Fall *Bykov vs Russland* vom 10.3.2009 (GK), NL 2009, 77 – hier mit der Begründung, dass der Beschwerdeführer die verdeckte Ermittlung und jedes einzelne dadurch erlangte Beweisstück im Verfahren vor dem Gericht erster Instanz und in seinen Rechtsmittelausführungen habe anfechten können und die umstrittene Aufzeichnung eines Gesprächs mit einem verdeckten Ermittler nicht der einzige Beweis gewesen war, auf den sich das innerstaatliche Gericht bei seiner Verurteilung stützte. Der EGMR stellte fest, dass der

Fälle vor den innerstaatlichen Gerichten:**Fallbeispiel:**

Sachverhalt: Mit Urteil des LG für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 26.8.2004 wurden Silvia St und Michael W wegen der gewerbsmäßigen Ein- und Ausfuhr bzw. des Verkaufs von Suchtgiften der Verbrechen nach § 28 Abs 2 zweiter und dritter Fall sowie Abs 3 erster Fall Suchtmittelgesetz für schuldig erkannt. Dagegen erhoben sie Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung an den OGH.

Rechtsausführungen: W behauptet, die erfolgte Anstiftung zum Ankauf von 224,6 g Kokain durch einen verdeckten Ermittler stelle eine „den staatlichen Strafanspruch aufhebende“ Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK dar, weil ein faires Verfahren von vornherein ausgeschlossen gewesen sei.

Die Provokation durch einen Lockspitzel ist gesetzlich untersagt (§ 25 [alt] StPO).¹⁷⁰ Von einer solchen kann aber nur die Rede sein, wenn ein/e OrganwarterIn des Staates auf ein kriminelles Verhalten im Sinne einer über das bloße Erforschen desselben hinausgehenden Bestimmung Einfluss genommen hat. Dies ist dann nicht gegeben, wenn W die in Rede stehende strafbare Handlung ihrer Art nach auch ohne Intervention des verdeckten Ermittlers begangen hätte, also zum Schmuggel und Inverkehrsetzen großer Mengen Suchtgiften grundsätzlich bereit war und auch ohne Einschreiten des verdeckten Ermittlers in einschlägiger Weise delinquent geworden wäre.¹⁷¹

Den Feststellungen des Schöffengerichts zufolge lernte W über Vermittlung eines Bekannten einen verdeckten Ermittler kennen, dem er Ecstasy zum Kauf anbot, wobei dieser entgegnete, dass er lediglich am Kauf von Kokain Interesse hätte. Da W wusste, dass seine Lieferantin Silvia St auch über die Möglichkeit verfügte, ihm Kokain zum gewinnbringenden Weiterverkauf zu verschaffen, bot er diesem 500 g Kokain zum Kauf an. Daraus folgt, dass somit unmissverständlich von einer von der Intervention des Ermittlers unabhängigen Bereitschaft zur Tatbegehung durch W auszugehen ist, die bloß hinsichtlich der Art der

Prozess in seiner Gesamtheit fair war – obwohl die entgegen den gesetzlichen Bestimmungen erfolgte Beweiserlangung das Recht des Beschwerdeführers auf Achtung seines Privatlebens gemäß Art 8 EMRK verletzt hatte. Vgl auch EGMR 28.7.2009, *Lee Davies vs Belgien*, NL 2009, 225. Auch hier stellte der Gerichtshof keine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK fest, da der Beschwerdeführer über die Möglichkeit verfügte, die Beweise in drei Instanzen anzufechten und sich gegen ihre Verwendung zur Wehr zu setzen.

¹⁷⁰ Vgl nunmehr § 5 Abs 3 StPO: Danach ist es unzulässig, Beschuldigte oder andere Personen zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat zu verleiten oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken.

¹⁷¹ Vgl OGH 8.5.2003, 12 Os 21/03.

Droge eine Modifizierung erfuhr. Im Übrigen verbietet Art 6 EMRK nicht, dass die/der Angeklagte im Fall des gesetzlichen Nachweises ihrer/seiner Schuld (Art 6 Abs 2 EMRK) selbst im Fall einer einer/einem staatlichen OrganwalterIn zurechenbaren Tatprovokation dennoch für die Tat verurteilt wird. Aus einem solchen Konventionsverstoß ist nämlich kein materieller Strafflosigkeitsgrund für die provozierte Straftat abzuleiten.¹⁷²

Der auch für strafbare Handlungen nach dem Suchtmittelgesetz geltende Allgemeine Teil des StGB lenkt den Blick der Richterin / des Richters bei der Strafbemessung nicht nur auf das Handeln der Täterin / des Täters bei der Tat, sondern vielmehr ausdrücklich auch auf davon losgelöste Umstände, nicht zuletzt solche, welche bloß das Strafverfahren betreffen. Zwei der im § 34 StGB genannten besonderen Milderungsgründe belohnen ein bestimmtes, damit im Zusammenhang stehendes Verhalten der Täterin / des Täters (§ 34 Abs 1 Z 16 und 17 StGB), ein weiterer bezweckt einen gerechten Ausgleich für eine im Sinn des Art 6 Abs 1 EMRK unangemessene Verfahrensdauer (§ 34 Abs 2 StGB).

Der einfache Gesetzgeber lässt demnach die Kooperation der Täterin / des Täters beim gesetzlichen Nachweis ihrer/seiner Schuld als mildernd gelten und sucht, einen Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK lediglich – aber immerhin – durch einen besonderen Milderungsgrund zu kompensieren. Mit Blick auf die bloß demonstrative Aufzählung besonderer Milderungsgründe in § 34 StGB soll offenbar durch das Verfahren selbst nicht auszugleichenden Verletzungen von Verfahrensgrundrechten im Rahmen der Strafbemessung Rechnung getragen werden. So gesehen kann das Vorliegen einer Tatprovokation durch OrganwalterInnen des Staates bei der Sanktionsfindung angemessen in Rechnung gestellt und ein gerechter Ausgleich dafür gefunden werden, dass die/der Angeklagte das – dessen ungeachtet – verpönte Verhalten ohne diese Einflussnahme nicht gesetzt hätte. Die Nichtigkeitsbeschwerden waren daher zu verwerfen. Da von einer Tatprovokation nicht die Rede sein kann, kommt der Einsatz des verdeckten Ermittlers den Angeklagten nicht als mildernd zugute. Zu der in der Berufung des W und der St beantragten Herabsetzung bzw. Neubemessung der verhängten Strafen sah sich der OGH daher nicht veranlasst.¹⁷³

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Mit Urteil des LG Salzburg als Schöffengericht wurde F. G. mehrerer Verbrechen nach dem Suchtmittelgesetz für schuldig erkannt. Es wurde ihm unter anderem zur Last gelegt, am 4.8.2007 ca 3.470 Gramm

¹⁷² Vgl OGH 23.5.2002, 15 Os 30/02 (unter Verweis auf EvBl 2000/118).

¹⁷³ OGH 11.1.2005, 11 Os 126/04, NL 2005, 97.

Heroin an die verdeckten Ermittler des BKA Wien „Mario“ und „Sieg“ verkauft zu haben. Der Genannte erhob daraufhin gegen das Urteil Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO, in der er die Unvereinbarkeit der Tatprovokation mit der StPO rügte.

Rechtsausführungen: Im vorliegenden Fall nahm das Schöffengericht einen Milderungsgrund an, indem es das „grenzwertige Vorgehen der verdeckten Ermittler“ zu Gunsten des Angeklagten entsprechend berücksichtigte.

Die Rsp des EGMR lässt zur Frage der Zulässigkeit staatlich veranlasster Tatprovokation folgende Prinzipien erkennen: Der Einsatz von verdeckten Ermittlern und Lockspitzeln im Ermittlungsverfahren ist mit der Konvention grundsätzlich vereinbar¹⁷⁴ und verletzt als solcher noch nicht die Bestimmung des Art 6 Abs 1 EMRK.¹⁷⁵ Liegt eine dem Staat zurechenbare Anstiftung zu einer strafbaren Handlung vor, so ist diese unzulässig, wenn nicht bewiesen werden kann, dass die Tat auch ohne die Intervention der staatlichen Ermittlungsbehörden begangen worden wäre. Der EGMR stellt also bei der Prüfung der Zulässigkeit der Tatprovokation darauf ab, ob die Begehung der Straftat von den staatlichen Verfolgungsbehörden gravierend beeinflusst wurde.¹⁷⁶ Beim Einsatz besonderer Ermittlungsmethoden ist ferner ausreichender Rechtsschutz zu gewähren und hat sich der Einsatz im Rahmen gewisser Grenzen zu halten. Das Verfahren muss an sich fair bleiben und es müssen angemessene und ausreichende Garantien gegen Missbräuche bestehen – wie insbesondere ein klares und vorhersehbares Verfahren für die Genehmigung, Durchführung und Überwachung der fraglichen Ermittlungsmethoden. Art 6 Abs 1 EMRK wird nur dann entsprochen, wenn der Beschwerdeführer eine konkrete Möglichkeit hatte, im Strafverfahren die staatlich veranlasste Anstiftung vorzubringen.

Zur Frage der rechtlichen Einordnung unzulässiger staatlich veranlasster Tatprovokation liegt eine gefestigte Rechtsprechung des OGH vor. Demnach hindert Art 6 EMRK nicht, dass der Angeklagte im Fall des gesetzlichen Nachweises seiner Schuld (Art 6 Abs 2 EMRK) selbst im Fall einer einem staatlichen Organwarter zurechenbaren Tatprovokation dennoch für die Tat verurteilt wird. Denn aus diesem Konventionsverstoß ist weder ein materieller Strafflosigkeitsgrund noch ein Verfolgungshindernis für die provozierte Straftat abzuleiten. Allerdings muss dem Vorliegen einer Tatprovokation

¹⁷⁴ Siehe EGMR 9.6.1998, *Teixeira de Castro vs Portugal*, EuGRZ 1999, 660; ÖJZ 1999, 434.

¹⁷⁵ Vgl EGMR 5.2.2008, *Ramanauskas vs Litauen*, NL 2008, 21.

¹⁷⁶ Siehe EKMR 28.6.1995, *René Müller vs Österreich*, NL 1995, 181.

bei der Sanktionsfindung angemessen Rechnung getragen und ein gerechter Ausgleich dafür gefunden werden, dass der Angeklagte das verpönte Verhalten ohne diese Einflussnahme nicht gesetzt hätte.¹⁷⁷ Dabei ist – mit Blick auf die Beseitigung der Opfer-eigenschaft aus Art 34 EMRK – die Berücksichtigung einer solchen Tatprovokation durch eine ausdrückliche und messbare Strafmilderung zum Ausdruck zu bringen. Unzulässige Tatprovokationen können demnach auch noch im Berufungsverfahren geltend gemacht werden und darauf abzielende Beweisanträge sind auch noch in diesem Verfahrensstadium zulässig.¹⁷⁸

Die Literatur ist bezüglich der rechtlichen Folgen einer unzulässigen Tatprovokation uneinig. Ein Teil stimmt der Ansicht des OGH zu. Ein anderer Teil geht davon aus, dass die unzulässige Tatprovokation ein Verfolgungshindernis,¹⁷⁹ ein die Schuldfrage betreffendes Beweisverwertungsverbot¹⁸⁰ oder einen materiellen Strafflosigkeitsgrund¹⁸¹ darstellt. Die Rechtsprechung in Deutschland kommt zu dem gleichen Ergebnis wie die österreichische. Sie sieht eine Tatprovokation für unzulässig an, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person in einer dem Staat zuzurechnenden Weise zu einer Straftat verleitet wird. Dieser Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK ist in den Urteilsgründen festzustellen und bei der Festsetzung der Rechtsfolgen zu kompensieren. Die unzulässige Tatprovokation führt daher weder zu einem Verfahrenshindernis noch zu einem Beweisverbot, sondern ist im Rahmen der Strafzumessung als besonderer Strafmilderungsgrund geltend zu machen. Die Strafmilderung wird dabei als gerechte Entschädigung (Art 41 EMRK) des betroffenen Angeklagten für die erlittene Verletzung des Art 6 Abs 1 EMRK angesehen.¹⁸²

Die Strafprozessreform 2004 führt zu keiner anderen Beurteilung. Das Strafprozessreformgesetz, BGBl I Nr 19/2004, hat einerseits die Regelung des § 25 StPO aF nahezu wortgleich in das neue Recht übernommen (§ 5 Abs 3 StPO) und andererseits erstmals die zulässige verdeckte Ermittlung und das Scheingeschäft in der StPO normiert (§§ 131 f StPO). Nach § 5 Abs 3 StPO ist eine Tatprovokation jedenfalls unzulässig, wenn durch sie der Beschuldigte oder eine andere Person zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer Straftat verleitet wird. Verstöße der Strafverfolgungsbehörde

¹⁷⁷ Grundlegend OGH 11.1.2005, 11 Os 126/04, NL 2005, 97, ZÖR 2006, 676.

¹⁷⁸ Siehe OGH 8.8.2007, 15 Os 72/07p, JBl 2007, 810.

¹⁷⁹ *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2007, 139 (140).

¹⁸⁰ *Ambos*, Zur Reform des strafprozessualen Vorverfahrens in Österreich, ÖJZ 2003, 661 (667f).

¹⁸¹ *Fuchs*, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 495 (497f).

¹⁸² Vgl BGH 18.11.1999, 1 StR 221/99, 21 BGHSt 45, 321.

gegen diese Vorschrift sind den Gesetzesmaterialien zufolge – soweit sie nicht strafrechtlich relevant sind – in erster Linie dienst- und disziplinarrechtlich zu ahnden. Als Konsequenz für die in unzulässiger Weise zur Tat veranlasste Person kommt allerdings nicht Straffreiheit, sondern nur Strafmilderung in Betracht. Mit den neuen Vorschriften über die verdeckte Ermittlung (§ 131 StPO) und das Scheingeschäft (§ 132 StPO) wurde eine Anpassung an die Vorgaben der Rsp des EGMR unter gleichzeitiger Ermöglichung der genannten Ermittlungsmethoden intendiert.¹⁸³ Sie dienen dem Ziel, zulässige von unzulässigen Ermittlungsmaßnahmen abzugrenzen, sagen aber nichts über die Folgen unzulässiger – dem Staat zuzurechnender – Tatprovokation aus.

Demnach ist ein Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK durch eine unzulässige, dem Staat zurechenbare Tatprovokation zwar ausdrücklich im Urteil festzustellen, führt aber nicht zur Straffreiheit des Täters, sondern ist nach Art 34 EMRK durch eine ausdrückliche und messbare Strafmilderung auszugleichen. Die auf die unzulässige Tatprovokation entfallende Strafreduktion ist demnach in den Strafbemessungsgründen zu benennen und zu beziffern. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.¹⁸⁴

Anmerkung: Nach der Rechtsprechung des EGMR ist es mit der Konvention nicht vereinbar, wenn der verdeckt Ermittlende im Rahmen seines Einsatzes nicht nur mögliches strafrechtlich relevantes Verhalten eines Verdächtigen untersucht, sondern eine Straftat veranlasst, die ohne sein Eingreifen nicht verübt worden wäre („agent provocateur“). In einem solchen Fall der Tatprovokation verstößt sowohl der Einsatz des verdeckten Ermittlers als auch die Verwertung der aus diesem Einsatz gewonnenen Erkenntnisse im nachfolgenden Strafverfahren gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens.¹⁸⁵

Fallbeispiel:

Sachverhalt: In der Strafsache gegen Claudia L. wegen falscher Beweisaussage nach § 289 StGB sowie gegen Mag. Michael G. (Beschwerdeführer) wegen Bestimmungstäterschaft fasste das BG Innsbruck am 5.4.2006 den Beschluss auf Ausscheidung des Verfahrens gegen Claudia L. und übermittelte den Akt dem Bezirksanwalt beim BG Innsbruck. Dem Beschwerdeführer wurde dieser Beschluss nicht zugestellt. Am 4.10.2006

¹⁸³ Vgl auch *Flora*, Das Scheingeschäft, die Tatprovokation und das faire Verfahren nach Art 6 EMRK, *juridikum* 2009, 120.

¹⁸⁴ OGH 23.7.2008, 13 Os 73/08x, NL 2008, 302; ZÖR 2009, 483.

¹⁸⁵ Siehe *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 422 f.

sprach das BG Innsbruck Claudia L. rechtskräftig frei. Mit Urteil vom 29.11.2006 erkannte letzteres Mag. Michael G. im Sinne der Anklage schuldig. Seiner dagegen erhobenen Berufung gab das LG Innsbruck am 4.5.2007 statt und verwies die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Mit Urteil des BG Innsbruck vom 16.10.2007 wurde der Genannte neuerlich schuldig gesprochen. Das LG Innsbruck gab seiner Berufung wegen Nichtigkeit und Schuld am 18.4.2008 keine Folge. Gegen beide Urteile richtet sich der Antrag des Verurteilten auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß § 363a Abs 1 StPO.

Rechtsausführungen: Der Beschwerdeführer behauptet eine Verletzung des § 43 Abs 1 Z 3 StPO,¹⁸⁶ da Mag. F. als vorsitzender Richter des LG Innsbruck in einem gesondert geführten Verfahren tätig war, in dem auch Claudia L. als Zeugin befragt sowie Ergebnisse einer Telefonüberwachung verlesen wurden. In der Folge habe der besagte Richter als Mitglied des Rechtsmittelsenats des LG Innsbruck an der Entscheidung vom 18.4.2008 mitgewirkt.

Der Umstand, dass Beweisergebnisse aus dem Verfahren des LG Innsbruck zum einen aufgrund des in § 140 Abs 1 Z 4 StPO statuierten Verwertungsverbots, zum anderen infolge einer Aussageverweigerung der Claudia L. nicht verwertbar, Mag. F. aber dennoch bekannt waren, spricht für sich allein nicht gegen dessen Unvoreingenommenheit im Berufungsverfahren. Abgesehen davon lagen Ausschlussgründe iSd § 43 StPO schon deshalb nicht vor, weil diese auf einen Bezug zur selben Straftat bzw. zum selben Verfahren (Sache) abstellen, sodass auch die Mitwirkung eines Richters in einem gesondert geführten Verfahren gegen Mittäter keine Ausschließung begründet. Gleiches gilt auch für den Bereich des Rechtsmittelverfahrens (vgl § 43 Abs 3 StPO). Ein Verstoß gegen Art 6 Abs 1 EMRK liegt demnach nicht vor.

Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers bewirkten weder die Ausscheidung des Verfahrens gegen Claudia L. noch seine gesonderte Führung einen Verstoß gegen das in Art 6 Abs 3 lit d EMRK verbriefte Recht des Angeklagten, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, da Claudia L. im ersten Rechtsgang des Verfahrens gegen Mag. Michael G. ohnehin als Zeugin vernommen wurde und es dem Angeklagten freistand, sie zu befragen. Im zweiten – zum rechtskräftigen Schuld-

¹⁸⁶ Danach ist ein Richter vom gesamten Verfahren ausgeschlossen, wenn andere Gründe – nämlich nicht die in § 43 Abs 1 Z 1 und 2 StPO bezeichneten – vorliegen, die geeignet sind, seine volle Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit in Zweifel zu ziehen.

spruch führenden – Rechtsgang entschlug sich Claudia L. der Aussage. Ihre früheren – den Angeklagten belastenden – Angaben wurden vom BG Innsbruck in seinem Urteil vom 16.10.2007 ohnehin nicht verwertet.

Ebenso wenig dringt der Beschwerdeführer mit der Geltendmachung unangemessen langer Verfahrensdauer durch. Richtig ist zwar, dass eine unnötige Verzögerung dadurch bewirkt wurde, dass das BG Innsbruck nach Vertagung der Hauptverhandlung vom 23.3.2006 zwecks Vernehmung einer Zeugin das Verfahren gegen Claudia L. ausschied und im Verfahren gegen den Beschwerdeführer erst nach rechtskräftigem Freispruch der Genannten durch die am 13.10.2006 vorgenommene Anberaumung der Hauptverhandlung für den 29.11.2006 wieder tätig wurde. Eine Antragstellung nach § 363a StPO vor Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR ist aber in analoger Anwendung des Art 35 Abs 1 EMRK nur dann zulässig, wenn die Opfereigenschaft gemäß Art 34 EMRK fortbesteht, der innerstaatliche Instanzenzug ausgeschöpft und eine sechsmonatige Frist nach Ergehen der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung eingehalten wurde.

Liegt eine rasche Erledigung einer gegen den Antragsteller erhobenen Anklage unabhängig vom Ausgang des Verfahrens schon deshalb im Interesse des Angeklagten (Beschuldigten), weil dadurch der ihn belastende Schwebezustand beendet wird, ist bei Untätigkeit des zur Entscheidung berufenen Erstgerichts die Einbringung eines Fristsetzungsantrags nach § 91 GOG zu verlangen. Da der Antragsteller dies unterlassen hat, dringt er auch mit seiner auf § 363a StPO gestützten Forderung nach Berücksichtigung des Milderungsgrundes unverhältnismäßig langer Verfahrensdauer nach § 34 Abs 2 StGB nicht durch.

Schließlich vermag der Antragsteller eine Verletzung des Art 6 Abs 2 EMRK nicht dadurch aufzuzeigen, dass er die Beweiswürdigung der Tatrichter, die den Schuldspruch im vorliegenden Fall aktenkonform unter anderem auf die Aussagen mehrerer Zeugen sowie die Ergebnisse des Verwaltungsstrafverfahrens stützten, nach Art einer Schuldberufung kritisiert. Der Antrag war daher in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen.¹⁸⁷

¹⁸⁷ OGH 15.1.2009, 12 Os 125/08m, NL 2009, 120.

Begründung von Urteilen

Art 6 EMRK verpflichtet die nationalen Gerichte, ihre Urteile zu begründen.¹⁸⁸ Dies darf aber nicht als Pflicht zur detaillierten Beantwortung aller vorgebrachten Einwände verstanden werden. Der Umfang der Begründungspflicht hängt vom Gegenstand der Entscheidung ab. Bei Ermessensentscheidungen besteht eine höhere Begründungspflicht.¹⁸⁹ Es ist nicht Aufgabe des EGMR zu prüfen, ob Einwände in angemessener Weise berücksichtigt wurden. Ein Rechtsmittelgericht kann sich demnach in einer abweisenden Entscheidung auch einfach nur der Ansicht der Unterinstanz anschließen, die freilich ausreichend begründet sein muss.¹⁹⁰ Rechtsmittelgerichte müssen ihre endgültigen Entscheidungen in der Regel nicht eingehend begründen.¹⁹¹ Weicht ein Höchstgericht allerdings von seiner ständigen Rechtsprechung ab, so muss es in der Urteilsbegründung ausreichende Gründe darlegen, um dies zu rechtfertigen.¹⁹²

¹⁸⁸ Siehe dazu ausführlich *Trechsel*, Human rights in Criminal Proceedings (2005), 104 ff. Zur Begründungspflicht des Staatsanwalts (hier: betreffend die Entscheidung, einen Freispruch nicht beim Kassationsgericht zu bekämpfen) vgl. EGMR 20.3.2009, *Gorou vs Griechenland* (Nr. 2), NL 2009, 89. Art. 6 EMRK schließt eine Verurteilung durch Laienrichter ohne Begründung nicht aus. Es müssen jedoch ausreichende verfahrensrechtliche Sicherheiten vorhanden sein, um die Gefahr von Willkür zu verhindern und es dem Beschuldigten zu ermöglichen, die Gründe für seine Verurteilung zu verstehen (s. EGMR 16.11.2010, *Taxquet vs Belgien*, [Große Kammer], NL 2010, 350). In seinem jüngsten Urteil zu dieser Thematik hat der EGMR im Fall *Agnelet vs Frankreich* vom 10.1.2013 (NL 2013, 20) festgehalten, dass das Urteil eines Geschworenengerichts im Berufungsverfahren zu begründen sei, sodass der Angeklagte die Gründe für seine Verurteilung verstehen kann. Dies gelte umso mehr, wenn die den Geschworenen gestellten Fragen knapp und unspezifisch formuliert sind, das Urteil aus Mangel an Beweisen auf Vermutungen beruht und der Angeklagte in erster Instanz freigesprochen wurde (vgl. dazu *Moos*, Die Begründung der Geschworenengerichtsurteile, JBl 2010, 73; *Lewisch*, Zur Diskussion über die Geschworenengerichtsbarkeit: Abschaffen – Umformen – Beibehalten?, AnwBl 2010, 216; *Reindl-Krauskopf*, Argumente gegen die Geschworenengerichtsbarkeit, AnwBl 2010, 224; *Rueprecht*, EGMR stellt Geschworenengericht nicht in Frage, JSt 2010, 200; (vgl. ;; *Pilnacek*, Zur Bedeutung der Taxquet-Entscheidung des EGMR für das österreichische Geschworenverfahren. Bemerkungen zu OGH 25.5.2011, 15 Os 162/10b, JBl 2012, 228) Der OGH hat sich in Anlehnung an das Urteil des EGMR im Fall *Taxquet vs Belgien* mit der Verfassungskonformität des geschworenengerichtlichen Verfahrens auseinander gesetzt und eine Anrufung des VfGH gemäß Art 89 Abs 2 zweiter Satz B-VG mit der Begründung abgelehnt, das österreichische geschworenengerichtliche Verfahren würde sich in wesentlichen Punkten vom belgischen unterscheiden (OGH 7.6.2011, 12 Os 48/11t, ÖJZ 2011, 830).).

¹⁸⁹ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 425 f.; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren. MRK und IPBPR (2005), 328.

¹⁹⁰ Vgl. etwa EGMR 21.1.1999, *Garcia Ruiz vs Spanien*, NL 1999, 12.

¹⁹¹ Vgl. *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 214 Rz 183.

¹⁹² S. EGMR 14.1.2010, *Atanasovski vs Mazedonien*, NL 2010, 32.

Schweigerecht und Verbot des Zwangs zur Selbstbeziehung¹⁹³

Hohe praktische Relevanz unter den Garantien der/des Angeklagten hat das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu beschuldigen.¹⁹⁴ Obzwar in Art 6 Abs 1 EMRK nicht ausdrücklich erwähnt, wird der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* vom EGMR zum Kernbereich eines fairen Verfahrens gerechnet. Die Brücke dazu bildet der enge Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung, die der Gerichtshof stets hervorhebt.¹⁹⁵ Daher darf die Strafverfolgungsbehörde nicht auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwangs- oder Druckmittel gegen die/den Beschuldigten ohne deren/dessen Willen erlangt wurden. Wenn das erkennende Gericht nachteilige Schlüsse aus dem Schweigen der/des Beschuldigten zieht, muss dies nicht unbedingt zu einer Verletzung des Schweigerechts führen,¹⁹⁶ was aber eine behutsame Prüfung im Einzelfall erfordert.

4.1.3 Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit des Gerichts

Die Unabhängigkeit eines Gerichts ist unter anderem aufgrund der Art und Weise der Ernennung der Mitglieder und ihrer Amtsdauer, des Bestands von Garantien gegen äußere Beeinflussungen sowie aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes zu beurteilen. Die RichterInnen müssen weisungsfrei und während der Dauer ihrer Amtszeit faktisch unabsetzbar sein, ferner dürfen sie keiner Rechenschaftspflicht unterliegen.¹⁹⁷ Entscheidend sind die tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände in den einzelnen Verfahrensstadien des

¹⁹³ Ausführlicher *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 456Menschenrechtskonvention⁴ (2009), ff.

¹⁹⁴ Als einschlägige Urteile seien EGMR 8.2.1996, *John Murray vs Vereinigtes Königreich*, NL 1996, 40, EuGRZ 1996, 587; ÖJZ 1996, 627 (s auch die Anmerkung von *Kühne*, Anwaltlicher Beistand und das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafverfahren, EuGRZ 1996, 571) und EGMR 5.11.2002, *Allan vs Vereinigtes Königreich*, NL 2002, 254; ÖJZ 2004, 196 genannt.

¹⁹⁵ Zum Sonderfall der (Beweiswürdigung bei verweigerter) Lenkeraskunft s EGMR 8.4.2004, *Weh vs Österreich*, NL 2004, 85; EGMR 3.5.2005, *Silvia Fischbach-Mavromatis vs Österreich*, NL 2005, 115; EGMR 29.6.2007, *O'Halloran und Francis vs Vereinigtes Königreich*, NL 2007, 150; EGMR 10.1.2008, *Lückhof und Spanner vs Österreich*, NL 2008, 8; ÖJZ 2008, 375; EGMR 18.3.2010, *Krumpholz vs Österreich*, NL 2010, 99, VfGH 22.9.2011, B 1369/10, ZÖR 2012, 744 sowie *Czech*, Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR in Österreich, in: *Karl/Czech* (Hg), Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen. Aktuelle Entwicklungen in Verfahren und Rechtsprechung (2007), 65 (78ff).

¹⁹⁶ S aber EGMR 2.5.2000, *Condrón vs Vereinigtes Königreich*, NL 2000, 95, wonach die Belehrung der Geschworenen durch den Richter dahingehend, dass es ihnen freistehen würde, das Schweigen der Beschwerdeführer bei der polizeilichen Befragung als nachteilig zu werten, eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren darstelle. Ähnlich auch EGMR 8.10.2002, *Beckles vs Vereinigtes Königreich*, NL 2002, 206; ÖJZ 2004, 67.

¹⁹⁷ Siehe *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 404Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 406.

jeweiligen Einzelfalls. Um feststellen zu können, ob die/der entscheidende RichterIn in einem bestimmten Fall voreingenommen war, ist ihr/sein Verhältnis zu der betreffenden Partei im Gerichtsverfahren zu untersuchen (sog. **subjektive Unparteilichkeit**).¹⁹⁸

Im Rahmen der **objektiven Unparteilichkeit** ist zu überprüfen, ob die interne Organisation eines Gerichts bzw. die Funktionen, die ein/e RichterIn in einem Verfahren innehatte, Zweifel an ihrer/seiner Unparteilichkeit begründen. Dabei kommt auch dem äußeren Erscheinungsbild eine gewisse Bedeutung zu.¹⁹⁹ Im Strafverfahren soll vor allem verhindert werden, dass ein/e RichterIn mit einer Angelegenheit befasst wird, zu der sie/er sich bereits vor dem Hauptverfahren eine abschließende Meinung gebildet hat.²⁰⁰ Probleme stellen sich insbesondere dann, wenn RichterInnen mit einer Sache mehrfach und in unterschiedlicher Funktion befasst sind.²⁰¹

4.1.4 Verfahrensdauer – Entscheidung innerhalb angemessener Frist

Art 6 Abs 1 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten zu einer zügigen Verfahrensführung, wobei keine konkreten Zeitgrenzen vorgesehen sind, deren Überschreitung automatisch eine Konventionsverletzung darstellen würde. Diese Garantie ist einerseits ein Bestandteil des gerichtlichen Rechtsschutzes, andererseits steht diese aber in einem Spannungsverhältnis zu

¹⁹⁸ S EGMR 5.2.2009, *Olujić vs Kroatien*, NL 2009, 34 (öffentliche Äußerung eines Mitglieds des staatlichen Gerichtsrats über ein gegen den ehemaligen Präsidenten des kroatischen Obersten Gerichtshofs eingeleitetes Disziplinarverfahren). S auch ganz allgemein *Steinfatt*, Die Unparteilichkeit des Richters in Europa im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (2012).

¹⁹⁹ Vgl die Beiträge von *Zagler*, Befangenheit bei urteilsmäßiger Vorverurteilung, ÖJZ 2007, 728 und von *Lässig*, Das Wesen der Befangenheit und deren Verhältnis zu richterlichem Handeln, ÖJZ 2007, 772.

²⁰⁰ Insofern nicht ganz unbedenklich EGMR 25.2.1997, *Gregory vs Vereinigtes Königreich*, NL 1997, 53; ÖJZ 1998, 194 (behauptete rassistische Voreingenommenheit von Geschworenen). S auch EGMR 21.9.2010, *Szypus vs Vereinigtes Königreich*, NL 2010, 292 (Zweistündige Anwesenheit eines im Straffall ermittelnden Kriminalbeamten, der Videobeweise vorführte, bei den Geschworenen).

²⁰¹ Vgl *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 227 Rz 218. Siehe etwa EGMR 22.2.1996, *Bulut vs Österreich*, NL 1996, 44; ÖJZ 1996, 430 (die Teilnahme des Untersuchungsrichters an der Hauptverhandlung wurde vom EGMR unter den gegebenen Umständen als unbedenklich eingestuft), EGMR 10.6.1996, *Thomann vs die Schweiz*, NL 1996, 110; ÖJZ 1996, 874 (die zweimalige Teilnahme von Richtern an der erstinstanzlichen Verhandlung [nach Zurückverweisung der Sache] in ein und demselben Strafverfahren wurde als konventionskonform angesehen, da die Richter bei der Neuverhandlung in keiner Weise an ihre frühere Entscheidung [Abwesenheitsurteil] gebunden waren und EGMR 7.8.1996, *Ferrantelli und Santangelo vs Italien*, NL 1996, 131; ÖJZ 1997, 151 (Verurteilung der Beschwerdeführer unter Vorsitz eines Richters, der bereits an der rechtmäßigen Verurteilung eines Mittäters in einem getrennten Verfahren mitgewirkt hatte).

den anderen Bestimmungen zum fairen Verfahren, ein Mehr an Verfahrensrechten führt tendenziell zu einer längeren Verfahrensdauer.²⁰²

Zur Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer, womit der EGMR am häufigsten beschäftigt ist, prüft der Gerichtshof regelmäßig den Umfang und die Schwierigkeit (Komplexität) des Falles, seine Behandlung durch die nationalen Behörden und Gerichte, das Verhalten der Beschwerdeführerin / des Beschwerdeführers sowie die Bedeutung des Verfahrens für die/den Betroffene/n.²⁰³ In Strafverfahren wird eine besondere Bedeutung des Ausgangs des Verfahrens bei Inhaftierung der/des Bf, in Zivilverfahren bei familienrechtlichen Angelegenheiten oder bei Verfahren mit Auswirkungen auf den Lebensunterhalt der/des Betroffenen angenommen.²⁰⁴

Eine überlange Verfahrensdauer muss als Strafmilderungsgrund berücksichtigt werden.²⁰⁵ Der EGMR verlangt eine genaue Aufschlüsselung, in welchem Maß sich die Verzögerung quantitativ auf die Strafreduktion auswirkt.²⁰⁶ Wenn diese fehlt, bleibt die Verletzung des Rechts auf eine zügige Verfahrensführung bestehen (selbst wenn eine Berücksichtigung erfolgte, weil diese dann nicht nachvollziehbar ist – vgl. das einschlägige Fallbeispiel im Anschluss).²⁰⁷

²⁰² S *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 427f.

²⁰³ Dazu näher *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 238 ff und *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 427f. Menschenrechtskonvention⁴ (2009), ff. Einen guten Überblick bieten *Edel*, *The length of civil and criminal proceedings in the case-law of the European Court of Human Rights* (2007) und *Kreutzer*, *Säumnis. Rechtsschutz gegen überlange Verfahren* (2010).

²⁰⁴ Dazu näher *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar (2009), 238ff/1996, 267ff und *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 427ff/Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 428ff.

²⁰⁵ Für Österreich s § 34 Abs 2 StGB, wonach es ein Milderungsgrund ist, wenn das gegen die/den TäterIn geführte Verfahren aus einem nicht von ihr/ihm oder ihrem/seinem Verteidiger/in zu vertretenen Grund unverhältnismäßig lange gedauert hat. S das einschlägige VfGH-Erkenntnis vom 30.9.2004, B 742/04, NL 2005, 46.

²⁰⁶ Vgl EGMR 6.5.2008, *Dietmar Karg vs Österreich* (ZE), NL 2008, 131. Da der UVS die überlange Dauer eines gegen den Beschwerdeführer abgeführten Verwaltungsstrafverfahrens ausdrücklich anerkannt und die Verwaltungsstrafe aufgrund dieses mildernden Umstands auf 50 % der Mindeststrafe herabsetzte, konnte letzterer angesichts von den innerstaatlichen Behörden geleisteter Wiedergutmachung nicht länger behaupten, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein. Hingegen kam der EGMR in den Fällen *Ommer vs Deutschland (Nr 1)* und *Ommer vs Deutschland (Nr 2)*, jeweils vom 13.11.2008 (NL 2008, 334; NL 2008, 337) zu dem Ergebnis, dass der Beschwerdeführer seinen Status als Opfer eines Verstoßes gegen den Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer nicht verloren hatte, da ihm keine Entschädigung für die unverhältnismäßig lange Dauer zweier Strafverfahren (das eine hatte mit Freispruch, das andere mit der Einstellung des Verfahrens geendet) geleistet wurde.

²⁰⁷ S insb EGMR 10.11.2005, *Dzelili vs Deutschland*, NL 2005, 279. Sieht das innerstaatliche Recht Entschädigung für überlange Verfahrensdauer vor, muss dieses natürlich auch innerhalb angemessener Frist abgewickelt werden. Ist dies nicht der Fall, ist der/dem betroffenen BeschwerdeführerIn eine höhe-

In seinem Grundsatzurteil im Fall *Kudla vs Polen*²⁰⁸ hat der EGMR eine Verletzung von Art 13 EMRK (Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz) festgestellt, da dem Beschwerdeführer nach innerstaatlichem Recht ein Rechtsmittel gegen unangemessen lange Verfahrensverzögerungen seitens der Justiz nicht zur Verfügung stand.²⁰⁹ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Staaten gemäß der EMRK verpflichtet sind, ihre Gerichtsbarkeit so zu organisieren, dass Verfahren innerhalb eines vernünftigen Zeitrahmens abgeschlossen werden können.²¹⁰ In mehreren Urteilen gegen Österreich hat der EGMR eine Verletzung von Art 13 EMRK festgestellt, weil gegen Verfahrensverzögerungen vor dem VwGH kein effektives Rechtsmittel zur Verfügung stand.²¹¹

4.1.5 Spezifisches zum Straf(prozess-)recht

Die besonderen Garantien der/des Angeklagten:

- Art 6 Abs 2 EMRK: Unschuldsvermutung²¹²

re Entschädigungssumme zuzusprechen, um die zusätzliche Verzögerung auszugleichen und ihn nicht ein zweites Mal zu schädigen (vgl EGMR 24.9.2009, *Sartory vs Frankreich*, NL 2009, 280).

²⁰⁸ EGMR 26.10.2000, NL 2000, 219; ÖJZ 2001, 908; EuGRZ 2004, 484. S auch den Beitrag von *Vospernik*, Das Verhältnis zwischen Art 13 und Art 6 EMRK – Absorption oder „Apfel und Birne“? Unter besonderer Berücksichtigung der jüngsten Judikaturänderung des EGMR, ÖJZ 2001, 361.

²⁰⁹ S etwa EGMR 8.6.2006, *Sürmeli vs Deutschland*, NL 2006, 135; EuGRZ 2007, 255. S auch EGMR 26.7.2007, *Stempfer vs Österreich*, NL 2007, 199 und EGMR 26.7.2007, *Vitzthum vs Österreich*, NL 2007, 202. Beide Fälle betrafen das Fehlen eines Rechtsbehelfs gegen Verfahrensverzögerungen vor VwGH und VfGH). Anmerkung: Ein Fristsetzungsantrag gemäß § 91 GOG stellt grundsätzlich einen wirksamen Rechtsbehelf im Sinne des Art 13 EMRK dar, bei behaupteter Untätigkeit der Justiz ist davon stets Gebrauch zu machen (vgl EGMR 1.2.2005, *Ecker vs Österreich*, NL 2005, 113). Siehe dazu *Czech*, Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR zu Österreich, in: *Karl/Czech* (Hg), Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen. Aktuelle Entwicklungen in Verfahren und Rechtsprechung (2007), 65 (76ff).

²¹⁰ S OGH 3.4.2012, 14 Os 12/12i, ÖJZ 2012, 564 (demnach sind Rechtsbehelfe gegen Verletzungen des Gebots angemessener Verfahrensdauer dann wirksam im Sinne des Art 13 EMRK, wenn sie den behaupteten Verstoß oder dessen Fortsetzung verhindern, dadurch das Verfahren also präventiv beschleunigt wird, oder wenn sie (nachfolgend) angemessene Wiedergutmachung für eine bereits erfolgte Verletzung gewähren). Vgl auch das Standardwerk von *Kreutzer*, Säumnis – Rechtsschutz gegen überlange Verfahren (2010) und *Grabenwarter/Pabel* in: *Grote/Marauhn* (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 694f. S auch EGMR 2.9.2010, *Rumpf vs Deutschland*, NL 2010, 275 (erstes Piloturteil des EGMR gegen Deutschland wegen überlanger Verfahrensdauer vor den Gerichten als systemisches Problem). Vgl *Grabenwarter/Pabel* in: *Grote/Marauhn* (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 694f.

²¹¹ Vgl EGMR 26.7.2007, *Schutte vs Österreich*, NL 2007, 197; EGMR 26.7.2007, *Stempfer vs Österreich*, NL 2007, 199 und EGMR 26.7.2007, *Vitzthum vs Österreich*, NL 2007, 202.

²¹² Dazu ausführlich *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 458ff; Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 458ff.

Die Unschuldsvermutung gilt bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld, welcher nur dann geführt ist, wenn ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nach einem fairen Verfahren von der Schuld der/des Angeklagten überzeugt ist. Die Unschuldsvermutung richtet sich primär an die Mitglieder des erkennenden Gerichts und führt zur Verteilung der Beweislast: Es soll verhindert werden, dass die RichterInnen mit der vorgefassten Meinung in ein Verfahren gehen, die/der Angeklagte habe die Tat begangen.²¹³ Die Beweislast liegt grundsätzlich bei der Anklage, Zweifel haben sich stets zugunsten der/des Angeklagten auszuwirken (*in dubio pro reo*).²¹⁴ Darüber hinaus will Art 6 Abs 2 EMRK verhindern, dass OrganwalterInnen von Gerichten oder anderen staatlichen Behörden (einschließlich der gesetzgebenden Organe) im Vorfeld und während eines Strafverfahrens Äußerungen tätigen, welche die Schuldfrage präjudizieren.²¹⁵ Polizei- und Anklagebehörden unternehmen bei der Information der Öffentlichkeit insbesondere über spektakuläre Fälle regelmäßig eine Gratwanderung.²¹⁶ Ob die Unschuldsvermutung dann noch gewahrt ist, hängt vornehmlich von der Wortwahl im Einzelfall ab.²¹⁷

²¹³ S EGMR 15.5.2008, *Orr vs Norwegen*, NL 2008, 140 (Verletzung der Unschuldsvermutung durch implizite Infragestellung eines Freispruchs (hier: wegen eines Sexualdelikts) im von der Geschädigten eingeleiteten Schadenersatzverfahren. Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung liegt bereits dann vor, wenn ein Gericht seinem Empfinden darüber Ausdruck verleiht, eine Verurteilung des Angeklagten wäre lediglich aus Gründen des Eintritts der Verjährung unterblieben (EGMR 30.3.2010, *Poncelet vs Belgien*, NL 2010, 107). Entscheidend für die Beurteilung einer behaupteten Verletzung des Art 6 Abs 2 EMRK ist nicht die exakte Wortwahl, sondern der Sinngehalt der in Rede stehenden Formulierungen (vgl OGH 12.5.2009, 14 Os 25/09x, ZÖR 2010, 409 [behauptete Verletzung der Unschuldsvermutung durch Entscheidungsbegründung im Einstellungsbeschluss]). Keine Verletzung der Unschuldsvermutung liegt vor, wenn eine Entschädigung nach der Aufhebung der strafrechtlichen Verurteilung „wegen rechtlicher Unsicherheit“ verweigert wird, die gesetzlich festgelegten Kriterien für den Zuspruch einer Entschädigung im Fall eines Fehlurteils die Unschuld der freigesprochenen Person jedoch gleichzeitig nicht in Frage stellen (vgl EGMR 12.7.2013, *Allen vs Vereinigtes Königreich*, NL 2013, 257).

²¹⁴ Äußerungen des Gerichts zu einem Freispruch der Geschworenen mangels an Beweisen in der Weise, dass damit weder der Verdacht gegen die/den BeschwerdeführerIn ausgeräumt noch ihre/seine Unschuld zumindest wahrscheinlich sei, sind demnach unvereinbar mit dem Grundsatz der Unschuldsvermutung (s EGMR 21.3.2000, *Asan Rushiti vs Österreich*, NL 2000, 55; ÖJZ 2001, 155).

²¹⁵ Vgl EGMR 20.3.2001, *Telfner vs Österreich*, NL 2001, 57; ÖJZ 2001, 613

²¹⁶ Von staatlichen Stellen öffentlich abgegebene Erklärungen, die dahingehend interpretiert werden können, die Schuld des Beschuldigten sei bereits erweisen, verletzen regelmäßig die Unschuldsvermutung gemäß Art 6 Abs 2 EMRK (s EGMR 22.4.2010, *Fatullayev vs Aserbaidshan*, NL 2010, 119).

²¹⁷ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 461. Auch Äußerungen des Zweifels seitens der Behörden über die Unschuld eines *in dubio* freigesprochenen Angeklagten sind nicht akzeptabel (s EGMR 13.7.2010, *Tendam vs Spanien*, NL 2010, 227 [Verweigerung einer Haftentschädigung trotz Freispruchs]). *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 461 Rz 129.

Im zivilgerichtlichen Verfahren kann die Unschuldsvermutung etwa dann verletzt sein, wenn die Zivilgerichte undifferenziert Ausführungen zur Schuld des Betroffenen aus einem wegen Verjährung eingestellten Strafverfahren übernehmen.²¹⁸

▪ Art 6 Abs 3 lit a bis lit e EMRK: rechtsstaatlicher Mindeststandard

Art 6 Abs 3 EMRK enthält eine demonstrative Aufzählung von Rechten der/des Angeklagten, die besonderer Ausdruck der Garantie eines fairen Verfahrens sind und der effektiven Gewährleistung der Verteidigungsrechte dienen sollen.²¹⁹ Dazu gehören das Recht auf Information über Art und Grund der Beschuldigung (Unterrichtung über die Anklage – Art 6 Abs 3 lit a EMRK),²²⁰ das Recht auf ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung (Art 6 Abs 3 lit b EMRK),²²¹ das Recht, sich selbst zu verteidigen bzw. auf Inanspruchnahme einer Verteidigerin / eines Verteidigers eigener Wahl oder einer/eines unentgeltlichen Pflichtverteidigerin/Pflichtverteidigers (Art 6 Abs 3 lit c EMRK),^{222, 223} das

²¹⁸ S EGMR 4.6.2013, *Teodor vs Rumänien*, NL 2013, 172.

²¹⁹ Besonderes Gewicht kommt der Zulassung von Beweisen im Strafverfahren zu. Zwar steht den nationalen Gerichten in diesem Bereich ein Ermessensspielraum zu, für den Fall aber, dass sie den Antrag eines Angeklagten auf Zulassung eines Beweismittels oder eines Zeugen zurückweisen, muss diese Entscheidung ordnungsgemäß begründet werden, um ein faires Verfahren und die Waffengleichheit zu garantieren (vgl EGMR 4.4.2013, *C. B. vs Österreich*, NL 2013, 119 [Nichtzulassung eines privaten Sachverständigengutachtens]). S auch *Pühringer*, Die Sicherung der wirksamen Verteidigung. Verteidigerfehler in der Judikatur des EGMR und des OGH, RZ 2009, 230.

²²⁰ S etwa EGMR 25.7.2000, *Mattoccia vs Italien*, NL 2000, 146 und EGMR 18.10.2006, *Hermi vs Italien* (GK), NL 2006, 248. Vgl auch OGH 28.9.2010, 14 Os 108/10d, ÖJZ 2010, 1080 (keine Überspannung der Informationspflicht gegenüber Beschuldigtem). Demnach ist beim Umfang der Informationspflicht auf den Verfahrensstand abzustellen und zu berücksichtigen, dass eine Information über alle Einzelheiten in der Regel zu Beginn des Ermittlungsverfahrens kaum möglich ist.

²²¹ Vgl VfGH 16.3.2000, G 151/99 u.a., NL 2000, 75 (Aufhebung der – nicht erstreckbaren – vierwöchigen Frist zur Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden wegen Verstoßes gegen Art 6 Abs 3 lit b EMRK). S auch OGH 6.10.2009, 14 Os 95/09s, NL 2009, 380. Demnach ist aus Art 6 Abs 1 und Abs 3 lit b EMRK bloß das Recht des Beschuldigten auf Akteneinsicht, nicht aber auf Ausfolgung einer Aktenkopie oder gar eines Beweisgegenstands abzuleiten. Die den Beschuldigten einseitig belastende Anordnung des ausnahmslosen Ausschlusses, Kopien von Bild- und Tonaufnahmen zu erhalten, widerspricht jedoch dem Gebot der Waffengleichheit (s VfGH 13.12.2012, G 137/11 [Aufhebung der Wendung „bezieht sich jedoch nicht auf Ton- oder Bildaufnahmen (und)“ in § 52 Abs 1 StPO idF BGBl I 2009/52 wegen Verstoßes gegen das Fairnessgebot des Art 6 EMRK]).

²²² Vgl etwa EGMR 8.2.2000, *Cooke vs Österreich*, NL 2000, 26; ÖJZ 2000, 775; EGMR 3.10.2000, *Pobornikoff vs Österreich*, NL 2000, 189; ÖJZ 2001, 232 (danach ist ein/e verhaftete/r Angeklagte/r im Berufungsverfahren vor dem OGH dann vorzuführen, wenn ihre/seine Anwesenheit im Interesse der Rechtspflege geboten erscheint); EGMR 8.11.2012, *Neziraj vs Deutschland*, NL 2012, 371 (danach darf das Gericht im Hinblick auf das Recht des Angeklagten, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen, unentschuldigte Abwesenheit in der Berufungsverhandlung nicht durch Nichtanhörung seines Anwalts ahnden) und EGMR 31.1.2002, *Lanz vs Österreich*, NL 2002, 19; ÖJZ 2002, 433 (konventionswidrige Überwachung der Kontakte zwischen Verteidiger und Mandanten während der Untersuchungshaft); EGMR 27.11.2008, *Salduz vs Türkei* (GK), NL 2008, 348 (Verweigerung eines Anwalts bei polizeilicher Vernehmung verletzt Art 6 Abs 1 iVm Abs 3 lit c EMRK). S auch das grundlegende Erkenntnis

Recht auf die Benennung und Befragung von BelastungszeugInnen bzw. auf die Ladung und Vernehmung von EntlastungszeugInnen (sog. Waffengleichheit im Zeugenbeweis – Art 6 Abs 3 lit d EMRK)²²⁴ und schließlich das Recht auf den kostenlosen Beistand einer Dolmetscherin / eines Dolmetschers im gesamten Strafverfahren (Art 6 Abs 3 lit e EMRK).²²⁵

Ein besonderes Problem stellt die Änderung,²²⁶ Überschreitung²²⁷ und Ausdehnung der Anklage dar, die den EGMR bereits mehrfach beschäftigt hat. In derartigen Fällen ist

VwGH 17.9.2002, Zl. 2000/01/0325, NL 2003, 43 (Anspruch auf Rechtsbeistand bei Vernehmungen durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes), ferner VfGH 13.3.2008, B 1065/07, NL 2008, 177 (demnach vermag die Kommunikation eines Schubhäftlings mit seinem Rechtsbeistand nur über eine Glastrennwand den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Art 6 Abs 3 lit b und c EMRK) an eine ungehinderte und vertrauliche akustische Verständigung zwischen Rechtsbeistand und Mandanten nicht zu genügen. Vgl auch *Murschetz*, Das Recht auf Verteidigerbeistand während der (ersten) Einvernahme, ÖJZ 2010, 650; *Stuefer*, Pishchalnikov v Russland. Sind Gesetz und Rechtspraxis zur Beiziehung der Verteidigung bei der ersten polizeilichen Einvernahme der festgenommenen Person EMRK-konform?, JSt 2011, 214 und *Soyer*, „Nicht ohne meinen Anwalt“ oder „Informed Waiver“. Schumann/Bruckmüller/Soyer: Pre-trial Emergency Defence, Projektergebnisse, AnwBl 2012, 118.

²²³ Ein besonderer Fall ist das Fehlen einer ordnungsgemäßen Pflichtverteidigung. Da die Gerichte nicht berechtigt sind, die Tätigkeit eines bestellten Verteidigers dahingehend zu überwachen, ob er sein Amt richtig und zweckmäßig ausübt, sind sie nur dann zum Einschreiten verpflichtet, wenn ein Fehlverhalten offensichtlich ist oder die nationalen Behörden von dieser Nachlässigkeit sonst Kenntnis erlangt haben (vgl. VwGH 25.4.2006, 2002/06/0100, ZÖR 2007, 626 und OGH 25.1.2011, 12 Os 182/10x, 12 Ns 91/10v, ÖJZ 2011, 370).

²²⁴ S etwa EGMR 27.2.2001, *Lucà vs Italien*, NL 2001, 55 (Verurteilung anhand von Aussagen eines Mittäters ohne vorherige Gelegenheit zu seiner Befragung durch die Verteidigung); EGMR 5.12.2002, *Craxi vs Italien*, NL 2002, 272; EGMR 27.5.2004, *Yavuz vs Österreich*, NL 2004, 126; ÖJZ 2005, 156 sowie EGMR 19.6.2007, *W. S. vs Polen*, NL 2007, 142 (Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes ohne Befragung des Opfers); EGMR 19.7.2012, *Hümmer vs Deutschland* (Zeugeneinvernahme in Abwesenheit des Angeklagten), NL 2012, 252; EGMR 19.7.2012, *Sievert vs Deutschland*, NL 2012, 255. Ist die Aussage eines Zeugen, der in der Verhandlung nicht befragt werden kann, der alleinige oder entscheidende Beweis gegen einen Angeklagten, so zieht deren Zulassung als Beweis nicht automatisch eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK nach sich. Ob das Verfahren insgesamt noch als fair betrachtet werden kann, hängt dann davon ab, ob ausreichende Faktoren vorhanden sind, die die mit der Zulassung der Aussage einhergehende Einschränkung der Verteidigungsrechte ausgleichen (so EGMR 15.12.2011, *Al-Khawaja und Tahery vs Vereinigtes Königreich*, NL 2011, 375 [Verlesung der vor der Polizei gemachten Aussagen von Zeugen, die Opfer eines Sexualdelikts gewesen waren, in der Schwurgerichtsverhandlung]). S auch EGMR 10.5.2012, *Aigner vs Österreich*, ÖJZ 2012, 871 (bei Aussageentschlagung des Hauptzeugen in der Hauptverhandlung dürfen die im Vorverfahren gemachten Angaben dem Urteil ohne Verletzung der Verteidigungsrechte zugrunde gelegt werden, wenn sie durch flankierende Beweise erhärtet sind). Zu den grundrechtlichen Grenzen der Verlesungserlaubnis nach § 252 Abs 1 Z 1 StPO s OGH 15.12.2011, 13 Os 135/11, ÖJZ 2012, 320.).

²²⁵ S bspw. EGMR 24.9.2002, *Cuscani vs Vereinigtes Königreich*, NL 2002, 197 (Durchführung einer Strafverhandlung gegen einen Ausländer ohne Beiziehung eines Dolmetschers) und OGH 11.12.2012, 11 Os 139/12v u.a., ÖJZ 2013, 326 (Übersetzungshilfe für Rechtsmittelerklärung grundrechtlich geboten). S auch *Weratschnig*, Die RL über die Rechte auf Dolmetschleistungen und auf Übersetzungen – Ein erster Schritt zu Mindeststandards im Strafverfahren, JSt 2010, 140).

²²⁶ S etwa OGH 14.11.2006, 14 Os 84/06v, ZÖR 2007, 624 (geringfügige Abweichung von der Anklage) und OGH 16.11.2010, 11 Os 56/10k u.a., ÖJZ 2011, 179 (Überraschungsverbot).

der/dem Betroffenen grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, widrigenfalls eine Verletzung von Art 6 Abs 3 lit a und b EMRK in Verbindung mit Art 6 Abs 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) vorliegt.²²⁸

Fallbeispiel

Sachverhalt: Am 19.2.2002 wurde der Beschwerdeführer vom LG Salzburg als Schöffengericht wegen teils verwirklichter und teils versuchter Abgabenhinterziehung nach § 33 FinStrG zu einer Geldstrafe in der Höhe von € 300.000,- verurteilt. Bei der Strafbemessung wurde neben dem vor der Tatbegehung und auch seither an den Tag gelegten Wohlverhalten des Beschwerdeführers sowie der inzwischen erfolgten Bezahlung der hinterzogenen Abgaben auch die Dauer des Verfahrens berücksichtigt. Wie das LG Salzburg festhielt, waren die Dauer des Verfahrens und die sonstigen Milderungsgründe auch ausschlaggebend für die bedingte Nachsicht eines Teils der Strafe. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel blieben alle erfolglos.

Rechtsausführungen: Der Beschwerdeführer behauptete Verletzungen von Art 6 Abs 1 EMRK (hier: Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer) und von Art 13 EMRK (Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz).

Zur behaupteten Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK: Der relevante Zeitraum begann, als der Beschwerdeführer am 27.12.1989 über den gegen ihn bestehenden Verdacht in Kenntnis gesetzt wurde und endete mit der Abweisung seiner Berufung am 19.8.2004. Das Verfahren dauerte somit 14 Jahre und ca. acht Monate. Im vorliegenden Fall hat das LG Salzburg zwar ausgesprochen, dass es die Verfahrensdauer bei der Strafbemessung berücksichtigt habe, aus dem Urteil geht aber nicht hervor, wie hoch diese Strafmilderung tatsächlich ausfiel. Die Verfahrensdauer wurde neben vier weiteren Milderungsgründen berücksichtigt. Auch wenn die verhängte Strafe am unteren Ende des Strafrahmens angesiedelt

²²⁷ Vgl dazu näher OGH 14.1.2010, 13 Os 36/09g, ÖJZ 2010, 325 (mangelnde Information über veränderte rechtliche Beurteilung des angeklagten Sachverhalts verletzt Verteidigungsgrundrecht).

²²⁸ S insb EGMR 25.3.1999, *Pélissier und Sassi vs Frankreich*, NL 1999, 66; EuGRZ 1999, 323; ÖJZ 1999, 905; EGMR 20.4.2006, *I. H. ua vs Österreich*, NL 2006, 95; ÖJZ 2006, 865; OGH 14.11.2006, 14 Os 84/06v, NL 2007, 49. Laut EGMR 5.3.2013, *Varela Geis vs Spanien*, NL 2013, 83 (Änderung der Anklage im Berufungsverfahren ohne Information des Angeklagten) muss jede/r Beschuldigte rechtzeitig und umfassend über den Inhalt und die rechtliche Grundlage seiner Anklage und auch über deren Abänderung informiert werden, damit er genügend Zeit hat, seine Verteidigung effektiv vorzubereiten. S auch OGH 24.5.2011, 14 Os 33/11a, ÖJZ 2011, 783 (Vertagung der Verhandlung bei Anklageausdehnung nicht zwingend) sowie *Czech*, Die aktuelle Rechtsprechung des EGMR zu Österreich, in: *Karl/Czech* (Hg), Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen. Aktuelle Entwicklungen in Verfahren und Rechtsprechung (2007), 65 (82ff).

war, geht aus der Urteilsbegründung nicht klar hervor, dass die Verfahrensdauer der entscheidende Milderungsgrund war. Der Einfluss der überlangen Verfahrensdauer auf die erfolgte Strafmilderung war nicht nachvollziehbar und quantifizierbar. Dem Beschwerdeführer wurde somit nicht in ausdrücklicher und messbarer Weise Wiedergutmachung für die behauptete Verletzung des Rechts auf angemessene Verfahrensdauer geleistet. Er konnte daher weiterhin behaupten, Opfer einer Konventionsverletzung im Sinne von Art 34 EMRK zu sein.

Der EGMR berücksichtigt wohl die Komplexität des Falles, lässt dies alleine jedoch nicht zur Rechtfertigung der übermäßigen Verfahrensdauer genügen. Der Beschwerdeführer hat selbst zur Dauer des Gerichtsverfahrens beigetragen, indem er die Entscheidung bekämpft hat, sein Verfahren von jenem gegen andere Angeklagte zu trennen. Was das Verhalten der Behörden und Gerichte betrifft, stellte der EGMR fest, dass der Fall über sechs Jahre lang vor den ermittelnden Verwaltungsbehörden anhängig war, nämlich von 27.12.1989 bis 15.3.1994 vor dem Finanzamt und von 15.3. bis 4.5.1994 sowie erneut von 30.4.1996 bis 13.1.1998 vor der Staatsanwaltschaft. Es wurde keine ausreichende Erklärung für diese Zeitspanne vorgebracht. Überdies wurde der Fall, als er schon bei Gericht anhängig war, von Ende 2000 bis Februar 2002 nicht behandelt. Angesichts dieser Verzögerungen und der Gesamtdauer des Verfahrens stellte der GH eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK fest (einstimmig).

Zur behaupteten Verletzung von Art 13 EMRK: Laut gefestigter Rechtsprechung des EGMR ist der Fristsetzungsantrag gemäß § 91 GOG grundsätzlich ein wirksamer Rechtsbehelf, von dem in Bezug auf Beschwerden gegen die überlange Dauer von Zivilverfahren Gebrauch gemacht werden muss und den der Beschwerdeführer während des Verfahrens vor dem LG Salzburg stellen hätte können. Die vom EGMR festgestellte Verletzung von Art 6 EMRK ist jedoch vor allem auf die Verzögerungen durch das Finanzamt und die Staatsanwaltschaft zurückzuführen. Zur Beschleunigung des Verfahrens vor diesen Behörden stand dem Beschwerdeführer kein Rechtsbehelf zur Verfügung. Auch eine Aufsichtsbeschwerde nach § 37 Staatsanwaltschaftsgesetz kann nicht als wirksame Beschwerde angesehen werden, da sie der/dem Betroffenen kein subjektives Recht auf Ausübung von Aufsichtsrechten einräumt und der Person, von der die Aufsichtsbeschwerde eingebracht wird, keine Parteistellung in diesem Verfahren zukommt. Dem Beschwerdeführer stand somit kein wirksames Rechtsmittel gegen die Verfahrensverzögerungen zur Verfügung, weshalb eine Verletzung von Art 13 EMRK vorlag (einstimmig).²²⁹

²²⁹ EGMR 22.2.2007, *Donner vs Österreich*, NL 2007, 34.

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Der Beschwerdeführer wurde wegen Einbruchdiebstahls zu einer dreijährigen Freiheitsstrafe verurteilt. In seiner Beschwerde vor dem EGMR behauptete er eine Verletzung von Art 6 Abs 3 lit d EMRK, weil er ausschließlich auf der Grundlage der vor Gendarmeriebeamten gemachten Angaben von zwei anonymen Zeuginnen verurteilt worden war, die vom LG Innsbruck nicht vernommen wurden und an die er keine Fragen stellen konnte.

Rechtsausführungen: Im vorliegenden Fall wurden die beiden Zeuginnen nur im Ermittlungsstadium von den Gendarmeriebeamten vernommen, welche später vor Gericht eine Aussage über die bei dieser Vernehmung gemachten Angaben ablegten. Sie wurden weder vom Gericht selbst vernommen, noch wurden sie durch eine/n U-RichterIn befragt. In ähnlicher Weise fand die Identifizierung des Beschwerdeführers während einer „verdeckten Gegenüberstellung“ mit den beiden Zeuginnen statt. Im Ergebnis hatten weder der Beschwerdeführer noch sein Verteidiger trotz wiederholter Anträge jemals Gelegenheit, die Zeuginnen zu befragen, deren Beweisangaben in ihrer Abwesenheit aufgenommen und vom Gericht verwertet wurden. Zwar hätte der Beschwerdeführer schriftliche Fragen an die Frauen richten können, falls er dies in der Hauptverhandlung beantragt hätte. Diese Möglichkeiten können jedoch keineswegs das Recht ersetzen, BelastungszeugInnen direkt vor dem erkennenden Gericht zu befragen. Aufgrund der nicht erwiesenen Identität der Zeuginnen war es der Verteidigung unmöglich, die Verlässlichkeit ihrer Aussagen zu überprüfen bzw. ihre Glaubwürdigkeit in Zweifel zu ziehen. Dies gilt auch für das erkennende Gericht, dem die Identität der beiden Frauen ebenfalls nicht bekannt war.

Im vorliegenden Fall wurde die tatsächliche Begehung der Straftat von niemandem beobachtet. Die Angaben der beiden anonymen Zeuginnen und die von ihnen vorgenommene Identifizierung des Beschwerdeführers waren die einzigen Beweismittel, die auf dessen Anwesenheit am Tatort hinwiesen – eine Frage, die während der Ermittlungen und bei der Hauptverhandlung eine zentrale Rolle spielte. Der Schuldspruch des erkennenden Gerichts stützte sich weitgehend auf diese Beweise. Unter diesen Umständen bewirkte deren Verwertung eine solche Einschränkung der Verteidigungsrechte, dass von einem fairen Verfahren nicht mehr die Rede sein kann. Verletzung von Art 6 Abs 3 lit d EMRK (einstimmig).²³⁰

²³⁰ EGMR 27.9.1990, *Windisch vs Österreich*, ÖJZ 1991, 25.

4.1.6 Spezifisches zum Zivil(prozess-)recht

Begriffserklärung

Art 6 Abs 1 EMRK garantiert ein faires, öffentliches und zügiges Verfahren. Die Absätze 2 und 3 finden nur auf das Strafverfahren Anwendung, weshalb in diesem Abschnitt nur Absatz 1 behandelt wird.

Die Rechte aus Abs 1 stehen „jedermann“ zu, dessen Sache über „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ vor Gericht zu entscheiden ist. „Jedermann“ umfasst natürliche und juristische Personen, InländerInnen, AusländerInnen und Staatenlose. ZeugInnen, Sachverständige und VerteidigerInnen können sich nach der Rechtsprechung jedoch nicht auf Art 6 EMRK berufen.

Bezüglich des sachlichen Geltungsbereichs gilt Art 6 Abs 1 EMRK nur für Verfahren vor Gerichten der Vertragsstaaten, in denen über „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ oder über die Stichhaltigkeit einer „strafrechtlichen Anklage“ zu entscheiden ist.²³¹

In Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen („civil rights and obligations“) setzt Art 6 Abs 1 EMRK voraus, dass

- ein aus innerstaatlichem Recht abzuleitender materieller Rechtsanspruch in Frage steht,
- ein echter Streit namhafter Natur vorliegt, und
- der Anspruch zivilrechtlicher Natur ist.²³²

Der Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen ist nach der Rechtsprechung des EGMR konventionsautonom auszulegen. Ob ein Rechtsanspruch als zivilrechtlich nach Art 6 EMRK anzusehen ist, bestimmt sich nicht allein nach dem Recht des betroffenen Mitgliedstaates, es sind vielmehr Ziel und Zweck der EMRK, mitunter auch durch Vergleich zu den nationalen Rechtssystemen der übrigen Vertragsstaaten, zu berücksichtigen. In der Rechtsprechung des EGMR lassen sich zum Anwendungsbereich des Art 6 im Wesentlichen Fälle, in denen die Entscheidungen Auswirkungen auf Zivilrechtspositionen haben (va auf das Eigentum und vertragliche Rechtsbeziehungen im Schutzbereich der Berufs- und Erwerbsfreiheit), zweitens Fälle, in denen eine Zuordnung durch Abwägung zwi-

²³¹ Peukert, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar (1996), 157 Rz 5.

²³² Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 89.

schen privat- und öffentlich-rechtlichen Aspekten einer Streitigkeit gewonnen wird (zB Streitigkeiten im Recht der Sozialversicherung, welche als Verlängerung bzw. Ersatz des vertraglichen Arbeitsentgeltes nach dem EGMR den Charakter des zivilrechtlichen Vertrags teilen), und schließlich Fälle, in denen auf die vermögenswerte Natur des streitgegenständlichen Rechts abgestellt wird. Nicht zu den zivilrechtlichen Verfahren iSv Art 6 EMRK zählen solche, die in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten typischerweise dem Kernbereich des öffentlichen Rechts zuzuordnen sind.²³³

Zahlreiche Angelegenheiten, die nach österreichischem Recht in die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden fallen, sind als *civil rights* iSd Art 6 EMRK zu qualifizieren.²³⁴ Der VfGH hat eine differenzierende Auslegung des Art 6 EMRK entwickelt. Er unterscheidet zwischen einem Kernbereich („traditionelle Ziviljustiz“, dh Rechtsbeziehungen, bei denen es um das Verhältnis zwischen BürgerInnen geht, zB Jagd- und Wildschäden,²³⁵ Zustimmung zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines nach dem BehinderteneinstellungsG begünstigten Arbeitnehmers,²³⁶ etc.), und einem Randbereich (Auseinandersetzungen, deren Ausgang bloße Auswirkungen auf Zivilrechtspositionen hat, zB Erteilung einer Baubewilligung²³⁷ oder Entzug einer Apothekenkonzession²³⁸). Im Kernbereich muss nach dem VfGH ein mit voller Kognitionsbefugnis ausgestattetes Tribunal entscheiden, während im Randbereich die nachprüfende Kontrolle durch zB den VwGH als ausreichend angesehen wird.²³⁹

Die Verfahrensgarantie des Art 6 (1) EMRK erschöpft sich nicht in den Vorgaben, *wie* ein faires Verfahren auszusehen hat, sondern bestimmt vielmehr, *dass* es ein solches überhaupt geben muss. Dem staatlichen Rechtsdurchsetzungsmonopol steht damit der subjektive Anspruch auf Verfahrens- bzw. Rechtsschutzgewährung gegenüber. Darüber hinaus trifft die Staaten auch die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die/der Einzelne von ihrem/seinem Recht auf Zugang zum Gericht auch tatsächlich Gebrauch machen kann. Dieser Anspruch unterliegt jedoch inhärenten Beschränkungen, beispielsweise den gesetzlichen Regelungen über die

²³³ Zum Begriff der „zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen“ siehe *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 330 ff.

²³⁴ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 89 f; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 335.

²³⁵ VfSlg. 11646/1988.

²³⁶ VfSlg. 12933/1991.

²³⁷ VfSlg. 11500/1987.

²³⁸ VfSlg. 11937/1988.

²³⁹ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 90 f.

Prozessfähigkeit minderjähriger oder geistig erkrankter Personen.²⁴⁰ Art 6 Abs 1 EMRK gewährt zwar keinen Anspruch auf Prozesskostenhilfe, jedoch muss der Staat dafür sorgen, dass der/dem Einzelnen der Zugang zu Gericht nicht aus wirtschaftlichen Gründen unmöglich ist.²⁴¹

Art 6 EMRK begründet keinen Anspruch auf ein Rechtsmittel gegen eine erstinstanzliche Entscheidung, ebenso wenig setzt er voraus, dass ein *bestimmtes* Gericht zugänglich sein muss, welchem die Kompetenz zukommt, Bestimmungen abzuändern oder aufzuheben.²⁴²

Fallbeispiel:

Das folgende Fallbeispiel soll die spezielle Problematik im Zusammenhang mit Waffengleichheit und Akteneinsicht erörtern:

Sachverhalt: In einem Pflugschaftsverfahren legt die Mutter im Zuge der Verlegung ihres Wohnsitzes nach Spanien eine Bestätigung ihres Arbeitgebers vor. Sie ersucht das Gericht, den Namen des Arbeitgebers dem Vater nicht bekannt zu geben, weil sie befürchte, er werde dort – wie auch bereits gegenüber anderen Personen – falsche Angaben über ihren Gesundheitszustand machen. Die Arbeitsbestätigung wird einjournalisiert, jedoch in der Folge von der Akteneinsicht ausgenommen. Der Vater beantragt im Zuge eines Antrags auf Verhängung einer Beugestrafe gegen die Mutter wegen angeblicher Besuchsrechtsverweigerung, die Beschränkung der Akteneinsicht aufzuheben, weil sich die Mutter etwa die Hälfte der Zeit in Österreich aufhalte und die Kinder währenddessen offensichtlich von der Schwester in Spanien betreut würden.

Innerstaatliche Rechtslage: Nach stRsp sind auf die Akteneinsicht im Außerstreitverfahren die Bestimmungen des § 219 ZPO und des § 170 GeO sinngemäß anzuwenden. Beschränkungen dieses Rechts sind nur in den von § 219 ZPO normierten Ausnahmefällen (Urteilsentwürfe, Beratungsprotokolle etc.) sowie auf Grund sondergesetzlicher Regelungen, wie etwa des DSG, zulässig.²⁴³

²⁴⁰ Vgl. Peukert, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar (1996), 201 Rz 59.

²⁴¹ Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 355 ff. Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 413 ff. Zum Recht auf Zugang zu einem Gericht siehe auch oben, 4.1.2.

²⁴² EGMR 21.02.1986, *James u.a vs United Kingdom*, EuGRZ 1988, 341.

²⁴³ RdW 1999, 79.

Lösung des OGH (1 Ob 109/02i): Im Spannungsverhältnis zu dem durch Art 6 EMRK geschützten Grundrecht des *fair trial* bedarf es – wie dies auch in dem ebenfalls auf Art 8 EMRK Bezug nehmenden § 1 DSG vorgesehen ist – einer Interessensabwägung, die im Allgemeinen nur zu einer Beschränkung der Akteneinsicht in sehr geringem Umfang führen kann.²⁴⁴ Der hier zu beurteilende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass von der Akteneinsicht lediglich die Arbeitsbestätigung des Dienstgebers der Mutter ausgenommen ist, deren auf Art 8 EMRK gegründeter Schutz wohl dann gegenüber dem Grundsatz eines fairen Verfahrens zurücktreten müsste, wenn die Urkunde für das Verfahren relevante strittige Tatsachen beträfe.²⁴⁵ Dies ist aber gerade nicht der Fall, wenn – wie hier – keinerlei Hinweise dafür vorliegen, dass der Name und die Anschrift des Dienstgebers der Mutter für die Beurteilung des Kindeswohls erforderlich wären.

4.1.7 Herausforderungen in der Praxis:

Im Folgenden werden zwei interessante und für das Zivilverfahren relevante Spezialprobleme diskutiert:

▪ Öffentlichkeit der Verhandlung im Sorgerechtsverfahren

Art 6 EMRK sieht ausdrücklich den Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens vor. Dadurch, dass das Verfahrensgeschehen „sichtbar“ gemacht wird, trägt die Gewährleistung der Öffentlichkeit zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens bei. Vor allem in erster Instanz ist der Grundsatz der Öffentlichkeit verbindlich, und eine öffentliche, mündliche Verhandlung darf ohne Zustimmung der Parteien nicht nur mit der Begründung verweigert werden, dass zB eine Klage offensichtlich unbegründet ist.²⁴⁶ Die Öffentlichkeitsgarantie des Art 6 ist umfassend, sie garantiert nicht bloß den Parteien und den Beteiligten, sondern „jedermann“ die Zugänglichkeit der Verhandlung (sog. Volksöffentlichkeit).

In Sorgerechts- bzw. Sorgerechtsverfahren hat der EGMR die Anwendbarkeit von Art 6 EMRK festgestellt.²⁴⁷

Art 6 Abs 1 Satz 2 EMRK enthält einen Katalog von Tatbeständen für den Ausschluss der Öffentlichkeit, unter anderem auch den Schutz von Jugendlichen oder des Privatlebens

²⁴⁴ Vgl RdW 1999, 79.

²⁴⁵ Vgl EGMR 16.12.1992, ÖJZ 1993/25 [MRK].

²⁴⁶ Vgl Peukert, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar (1996), 244 Rz 177.

²⁴⁷ EGMR 21.9.2006, *Moser vs Österreich*.

der Prozessparteien. Art 6 Abs 1 Satz 2 sieht sowohl einen partiellen als auch einen vollständigen Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren vor. Der Schutz von verfahrensbeteiligten Jugendlichen kann den Ausschluss der Öffentlichkeit aus Gründen erfordern, die über den Schutz des Privatlebens hinausgehen und mit diesem nichts zu tun haben.²⁴⁸ In Bezug auf Jugendliche ist insbesondere zu bedenken, dass diese in höherem Ausmaß als Erwachsene einem psychischen Druck ausgesetzt sein können, wenn sie vor einem großen Publikum aussagen müssen.²⁴⁹

Der Ausschluss der Öffentlichkeit²⁵⁰ muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wie er sich allgemein in der Rechtsprechung zu Art 8 bis 11 EMRK herausgebildet hat,²⁵¹ dh, es muss eines der im Art 6 Abs 1 S 2 genannten Ziele verfolgt werden, der Ausschluss der Öffentlichkeit muss diesem Ziel tatsächlich dienen (Eignung), es muss ein angemessenes Verhältnis zwischen den Gründen für den Ausschluss einerseits und dem Interesse an der öffentlichen Verhandlung andererseits bestehen, und der Ausschluss muss erforderlich sein. Auch hier ist auf den Ermessensspielraum der Mitgliedsstaaten (*margin of appreciation*) hinzuweisen.

- Zustellung des Urteils an die Nebenintervenientin / den Nebenintervenienten

Fallbeispiel

Sachverhalt: Der Kläger begehrt vom Beklagten die Sanierungskosten für den Keller, den der Beklagte hergestellt hat. Der Beklagte verkündet dem Elektriker den Streit, der dem Verfahren auf der Seite des Beklagten als einfacher Nebenintervenient beitrifft. Das Erstgericht gibt der Klage statt. Das Urteil wird dem Nebenintervenienten aber erst einige Tage später als dem Kläger und dem Beklagten zugestellt.

²⁴⁸ Vgl zB die Anforderungen der UN-Konvention über die Rechte des Kindes.

²⁴⁹ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 373Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 432 ff.

²⁵⁰ Maßnahmen zum Ausschluss der Öffentlichkeit bilden gleichzeitig einen Eingriff in die unter Art 10 garantierte Informationsfreiheit; Art 6 Abs 1 S 2 ist insoweit *lex specialis* zu Art 10 Abs 2. Als unmittelbar anwendbarer Eingriffsvorbehalt erfüllt er, soweit die EMRK in das innerstaatliche Recht inkorporiert wurde, gleichzeitig das dort enthaltene Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage. Siehe *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 370.

²⁵¹ ZB EGMR 16.12.1997, *Camenzind vs Switzerland*.

Lösung: Das Berufungsgericht weist die Berufung des Nebenintervenienten als verspätet zurück. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und Art 6 Abs 1 EMRK judizierte der OGH²⁵², dass eine ergangene Entscheidung dem einfachen Nebenintervenienten zugestellt werden muss und die Rechtsmittelfrist erst mit dieser Zustellung zu laufen beginnt.

Die Bindungswirkung für den einfachen Nebenintervenienten veranlasste den OGH, von seiner bisherigen Rsp abzugehen und die Stellung der einfachen Nebenintervenientin / des einfachen Nebenintervenienten aufzuwerten. Eine solche Wirkung verlangt deren/dessen unbeschränktes rechtliches Gehör. Das aus Art 6 Abs 1 EMRK resultierende Gebot der Wahrung des rechtlichen Gehörs aller Parteien gebietet, die einfache Nebenintervenientin / den einfachen Nebenintervenienten der/dem streitgenössischen Nebenintervenientin / Nebenintervenienten gleichzustellen. Falls die/der NebenintervenientIn die Zustellung an die Hauptpartei erst später zur Kenntnis nimmt, wäre die Rechtsmittelfrist für sie/ihn verkürzt, wenn diese mit der Zustellung an die Hauptpartei zu laufen beginnt. Das würde dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs und damit einem fairen Verfahren nach Art 6 Abs 1 EMRK widersprechen. Die Verfahrensgrundrechte erfordern deshalb, dass die Entscheidung auch der Nebenintervenientin / dem Nebenintervenienten zugestellt wird und die Rechtsmittelfrist erst mit dieser Zustellung zu laufen beginnt.

4.1.8 Reflexionsfragen

- Diskutieren Sie mögliche Grenzfälle der „zivilrechtlichen Ansprüche“ im österreichischen Recht.
- Ist der Anwaltszwang in Verbindung mit der vorgesehenen Wertgrenze im Zivilprozess im Hinblick auf Art 6 EMRK verhältnismäßig?
- Charakterisieren Sie das Recht auf ein faires Verfahren.
- Enthält die EMRK Vorgaben hinsichtlich Beweisaufnahme und -würdigung?
- In welchem Bereich des innerstaatlichen Rechts spielt das Schweigerecht eine Rolle? Schildern Sie österreichische Fälle in Straßburg.
- Wann ist Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit des Gerichts nicht mehr gegeben?
- Welche verfahrensrechtlichen Garantien enthält Art 6 EMRK?

²⁵² OGH 13.12.2002, 1 Ob 145/02h, JBl 2003, 315.

- Kommt einer Änderung bzw. Ausdehnung der Anklage Relevanz nach der EMRK zu?
- Was bedeutet „rechtsstaatlicher Mindeststandard“ im Sinne des Art 6 Abs 3 EMRK?
- Was für einen Standpunkt nimmt der EGMR zu der Verwertung von anonymen Zeugenaussagen und zum Sonderfall der Beweiserlangung durch Lockspitzel ein?

4.2 *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (Art 7 EMRK)²⁵³

Art 7 EMRK enthält wesentliche rechtsstaatliche Prinzipien für das materielle Strafrecht. Dazu gehören die ausreichende Bestimmtheit von Strafnormen (*nullum crimen sine lege*) – ein Gebot, das sich an den Gesetzgeber richtet – und das Verbot der rückwirkenden Anwendung von Strafgesetzen (*nulla poena sine lege*) durch die Strafgerichte. Neben dem Rückwirkungsverbot enthält Art 7 EMRK also auch ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für gesetzliche Straftatbestände (sog. Bestimmtheitsgrundsatz). Nur ein hinreichend klar und präzise formuliertes Gesetz kann einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen.²⁵⁴ Die Strafvorschriften müssen erkennen lassen, welche Handlungen strafbar sind, ferner müssen sie zugänglich sein und der/dem BürgerIn eine genaue Vorstellung der an sie/ihn gestellten Verhaltenserwartung vermitteln, sodass sie/er die Folgen ihres/seines Handelns mit einem ausreichenden Maß an Sicherheit vorhersehen kann.²⁵⁵ Die vom EGMR angewendeten Kriterien der Zugänglichkeit, Klarheit und Vorhersehbarkeit von gesetzlichen

²⁵³ Vgl den ausführlichen Überblick zu Art 7 EMRK bei *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht. Kommentar (2006), und die dort angegebene Judikatur bzw. Literatur.

²⁵⁴ Vgl EGMR 19.9.2008, *Korbely vs Ungarn* (GK), NI 2008, 262 (im Jahr 2001 erfolgte Verurteilung wegen Begehen/Begehung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit wegen Tötung eines Aufständischen im Zuge des Ungarn-Aufstands 1956); EGMR 21.6.2011, *Ludmila Polednová vs Tschechien* (ZE), NL 2011, 203; EGMR 22.1.2013, *Camilleri vs Malta*, NL 2013, 27. S auch VfGH 1.10.2009, G 127/08, ZÖR 2010, 416 (behauptete Unbestimmtheit einer Regelung des Tabakgesetzes betreffend den Nichtraucherschutz)).

²⁵⁵ Vgl etwa EGMR 30.3.2004, *Radio France vs Frankreich*, NL 2004, 76; EGMR 29.3.2006, *Achour vs Frankreich* (Große Kammer), NL 2006, 81; EGMR 25.6.2009, *Liivik vs Estland*, NL 2009, 167; EGMR 10.7.2012, *Del Rio Prada vs Spanien*, NL 2012, 240 (rückwirkende Haftverlängerung aufgrund geänderter Auslegung des Strafrechts). Demnach muss die Dauer einer verhängten Strafe von der/dem Betroffenen aus dem Gesetzestext in Verbindung mit der begleitenden auslegenden Rechtsprechung ausreichend vorhersehbar sein. Verletzung von Art 7 EMRK bestätigt durch die Große Kammer (EGMR 21.10.2013, NL 2013, 358). Demnach kann das Abweichen eines Gerichts von seiner bisherigen Rechtsprechung nur dann als vorhersehbar angesehen werden, wenn es auf eine erkennbare Weiterentwicklung der Auslegung des jeweiligen Gesetzes zurückzuführen ist.

Regelungen schließen die Verwendung generalisierender Kategorien, vager Rechtsbegriffe und gesetzlicher Vermutungen jedoch nicht gänzlich aus, solange ein Tatbestand noch eindeutig unter die jeweilige Strafbestimmung subsumiert werden kann.²⁵⁶

Aus dem Bestimmtheitsgebot leitet sich für die Strafjustiz das Verbot extensiver Auslegung von Straftatbeständen und der Analogiebildung zu Lasten der/des Angeklagten ab. Da der EGMR die Auslegung innerstaatlichen Rechts und die Beweiswürdigung in erster Linie den nationalen Gerichten überlässt, prüft er bei der Frage der Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die Gerichte stets, ob die gefundene Auslegung nachvollziehbar und die angeführten Gründe überzeugend waren.²⁵⁷

Entsprechendes gilt für den Strafraumen: Gemäß Art 7 Abs 1 Satz 2 EMRK darf „keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden“, womit auch die rückwirkende Verhängung einer höheren Strafe unzulässig ist (sog. Verbot der rückwirkenden Strafverschärfung).²⁵⁸ Besondere Bedeutung kommt Art 7 EMRK im Rahmen des sog. „Günstigkeitsvergleichs“ im Strafrecht zu, wonach jene Bestimmung Anwendung findet, die „in ihrer Gesamtauswirkung“²⁵⁹ für die/den TäterIn vorteilhafter ist.²⁶⁰ Folglich sind Strafgesetze auf Taten, die erst nach ihrem Inkrafttreten begangen wurden, (rückwirkend) anzuwenden, wenn die zum Begehungszeitpunkt geltende Rechtslage für die/den TäterIn nicht günstiger war.²⁶¹

4.2.1 Fallbeispiele

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Der Beschwerdeführer war 1999 wegen zwischen April 1993 und Oktober 1995 begangener Steuerhinterziehung nach § 148-1 (7) des estnischen Strafgesetzbuches (StGB), in Kraft getreten am 13.1.1995, und wegen mangel-

²⁵⁶ Vgl EGMR 6.10.2011, *Soros vs Frankreich*, NL 2011, 294 (strafrechtliche Verurteilung wegen eines Insidergeschäfts) sowie *Kadelbach*, in: *Grote/Marauhn* (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 732.

²⁵⁷ Vgl *Kadelbach*, in: *Grote/Marauhn* (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 733.

²⁵⁸ Siehe *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 471 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 402 bzw. *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 274 Rz 7 sowie EGMR 15.12.2009, *Gurguchiani vs Spanien*, NL 2009, 362; EGMR 17.12.2009, *M. vs Deutschland*, NL 2009, 371; EuGRZ 2010, 25.

²⁵⁹ Vgl § 61 StGB, BGBl Nr 60/1974.

²⁶⁰ Grundlegend EGMR 17.9.2009 (GK), *Scoppola vs Italien* (Nr. 2), NL 2009, 260.

²⁶¹ Vgl auch Art 1 § 4 FinStrG, BGBl 129/1958 zuletzt geändert durch BGBl Nr 335/1975.

hafter Buchhaltung nach § 148-4 StGB, in Kraft getreten am 20.7.1993, zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt worden. Vor dem EGMR brachte der Bf vor, seine Verurteilung habe auf der rückwirkenden Anwendung eines Strafgesetzes beruht.

Rechtsausführungen: Im vorliegenden Fall war zu prüfen, ob die Handlungen des Bf zum Zeitpunkt ihrer Begehung vom innerstaatlichen Recht als Straftaten definiert, und ob die Bestimmungen zugänglich und vorhersehbar waren.

Der EGMR stellte fest, dass Steuerhinterziehung schon vor dem 13.1.1995 – also auch zwischen 1993 und 1994, als der Bf einen Teil der ihm vorgeworfenen Handlungen tätigte – eine Straftat dargestellt hatte. Gemäß der damals geltenden Rechtslage setzte die strafrechtliche Verurteilung der Person jedoch einen früheren Schuldspruch in einem Verwaltungsverfahren wegen eines ähnlichen Delikts voraus. Mit der erst 1995 in Kraft getretenen Fassung des § 148-1 StGB wurde auf diese Voraussetzung verzichtet. Betreffend den Vorwurf der mangelhaften Buchführung war der Bf zwar ebenso schon vor 1993 zur ordnungsgemäßen Buchhaltung verpflichtet gewesen, eine Verletzung der Vorschriften wurde aber erst mit Inkrafttreten des § 148-4 StGB im Juli 1993 für strafbar erklärt.

Die innerstaatlichen Gerichte beurteilten die Taten des Bf als ein bis Oktober 1995 anhaltendes Dauerdelikt, weshalb auch das Verhalten in der Zeit vor Inkrafttreten der genannten (neuen) Bestimmungen daran gemessen wurde. Die 1993 bzw. 1995 in Kraft getretenen Gesetze wurden somit seitens der estnischen Gerichte rückwirkend auf ein Verhalten angewendet, welches zuvor keine Strafbarkeit begründet hatte. Da der Bf in den Jahren 1993 und 1994 angesichts der damals geltenden Rechtslage auch nicht davon ausgehen konnte, Gefahr einer strafrechtlichen Verurteilung zu laufen, liegt eine Verletzung von Art 7 Abs 1 EMRK (einstimmig) vor.²⁶²

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Mit Bescheid des UVS Tirol vom 16.12.2003 wurde die Berufung des Lenkers eines Sattelkraftfahrzeuges gegen ein Straferkenntnis der BH Innsbruck, mit dem gem. § 23 Abs 2 Güterbeförderungsgesetz 1995 (GütbefG)²⁶³ ei-

²⁶² EGMR 10.2.2004, *Puhk vs Estland*, NL 2004, 21. S auch EGMR 9.2.1995, *Welch vs das Vereinigte Königreich*, NL 1995, 82; ÖJZ 1995, 511.

²⁶³ BGBl Nr 593/1995 zuletzt geändert durch BGBl I Nr 23/2006. Danach ist, wer als Lenker § 6 Abs 1, 3, 4 oder § 9 Abs 2 GütbefG zuwiderhandelt oder unmittelbar anwendbare Vorschriften der Europäischen Union über den Güterverkehr auf der Straße verletzt, mit einer Geldstrafe bis zu 10 000 S (alte Fassung) zu bestrafen.

ne Geldstrafe für eine ökopunktepflichtige Transitfahrt durch Österreich ohne entsprechende Entrichtung der Ökopunkte verhängt worden war, als unbegründet abgewiesen. Vor dem VfGH brachte der Beschwerdeführer vor, § 23 Abs 2 GütbefG verstoße gegen Art 18 B-VG und Art 7 EMRK, weil es sich bei der Verweisung in Ziffer 5 auf „unmittelbar anwendbare Vorschriften der Europäischen Union über den Güterverkehr auf der Straße“ um eine unzulässige Pauschalverweisung handle, die so unbestimmt sei, dass es nicht einmal einem mit dem Güterverkehrsrecht befassten Juristen, geschweige denn dem Bf als Kraftfahrer möglich sei, mit Sicherheit zu entscheiden, welche gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen von dieser Verweisung erfasst sein sollen.

Rechtsausführungen: Bei § 23 Abs 2 GütbefG handelt es sich um eine sog. Blankettstrafnorm. Der VfGH hat in stRsp den gesetzestechnischen Vorgang der äußeren Trennung von Tatbild und Strafdrohung, wie er für derartige Normen kennzeichnend ist, als verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet. Er hat es freilich auch hier als unerlässlich angesehen, dass der Tatbestand durch das Gesetz mit genügender Klarheit als Verbotsnorm und damit als strafbar erkennbar ist; dass ferner der Unrechtsgehalt einer Unterlassung eindeutig ist, sofern die Strafbarkeit im Zuwiderhandeln gegen eine Gebotsnorm liegt, und dass schließlich der Tatbestand von solcher Deutlichkeit sein muss, dass „jedermann“ ihn als solchen zu verstehen vermag. Es darf also aufgrund von Blankettstrafnormen ein unerlaubtes und somit strafbares Verhalten nur dann und insoweit angenommen werden, als von der Normadressatin / vom Normadressaten die Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten so eindeutig eingesehen werden kann, dass jeder berechtigte Zweifel über den Inhalt ihres/seines pflichtgemäßen Verhaltens ausgeschlossen ist.

Bei den in § 23 Abs 2 GütbefG angesprochenen unmittelbar anwendbaren Vorschriften der Europäischen Union handelt es sich entweder um Vorschriften des Primärrechts oder um Verordnungsbestimmungen, die bereits gemäß Art 249 EG in Österreich unmittelbar gelten.²⁶⁴ Das unter Strafe gestellte Verhalten ist im Hinblick auf die Verpflichtung der NormadressatInnen (LenkerInnen von Lastkraftwagen), sich über die für ihre Berufsausübung geltenden innerstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften Kenntnis zu verschaffen, hinreichend bestimmt; die Strafsanktion richtet sich (lediglich) gegen Verstöße, die den Güterverkehr auf der Straße betreffen. Somit kann nur ein Verstoß gegen ordnungsgemäß kundgemachtes (ABl. der Europäischen Union), unmittelbar anwendbares Gemein-

²⁶⁴ Nicht hingegen um Richtlinien, deren unmittelbare Anwendbarkeit bzw. Art und Ausmaß der Verdrängung innerstaatlichen Rechts im Einzelfall zweifelhaft sein können.

schaftsrecht auf dem Gebiet des Güterverkehrs zu einer Bestrafung nach § 23 Abs 2 GüterbefG führen. Zu diesen Vorschriften zählen die Regelungen in Protokoll Nr 9 zu den EU-Beitrittsakten über den Straßen- und Schienenverkehr sowie den kombinierten Verkehr in Österreich sowie die VO (EG) Nr 3298/94 über ein System von Ökopunkten für Lastkraftwagen im Transit durch Österreich idF der VO (EG) Nr 2012/2000.

Bei dieser Sachlage mag es aus der Sicht der NormadressatInnen vielleicht wünschenswert sein, die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Ge- oder Verbote exakter zu bezeichnen, verfassungsrechtlich (Art 18 B-VG) geboten ist dies jedoch nicht. Die Beschwerde war daher abzuweisen.²⁶⁵

4.2.2 Zusammenfassung und Reflexionsfragen

Die geringe Zahl an Verurteilungen von Konventionsstaaten unter Art 7 EMRK zeigt, dass die darin verankerten Grundsätze innerstaatlich gut abgesichert sind (Vgl für Österreich § 1 StGB [Keine Strafe ohne Gesetz], § 61 StGB und Art 1 § 4 Abs 2 FinStrG [„Günstigkeitsvergleich“]). Art 7 EMRK hat die österreichischen Höchstgerichte daher bislang nicht allzu oft beschäftigt, zu Verurteilungen Österreichs unter Art 7 EMRK ist es bis dato noch gar nicht gekommen.

Reflexionsfragen:

- Welche Garantien umfasst die Bestimmung des Art 7 EMRK?
- Welche Kriterien wendet der EGMR bei der Prüfung der Einhaltung des Rückwirkungsverbots an?

4.3 Die Verfahrensgarantien der Art 2 und 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK

4.3.1 Rechtsmittel in Strafsachen – Recht auf Überprüfung von Strafurteilen (Art 2 7. ZP EMRK)

Die Garantien des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK ergänzen diejenigen der Konvention und der übrigen ZP um einige bedeutsame Bestimmungen für den Bereich des Verfahrensrechts. Insbesondere hervorzuheben ist Art 2 7. ZP EMRK, der derjenigen/demjenigen, die/der von einem Gericht wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist, das Recht auf Über-

²⁶⁵ VfGH 4.3.2005, B 249/04, ZÖR 2006, 679. Vgl auch VfGH 24.6.1999, B 191/99, NL 1999, 144.

prüfung des Urteils durch ein übergeordnetes Gericht einräumt; eine Garantie, die aus Art 6 (Zugang zu Gericht) bzw. Art 13 (wirksame Beschwerde) EMRK nicht abgeleitet werden kann.²⁶⁶

Bedingung für die Anwendbarkeit der Konventionsbestimmung ist, dass die/der Betroffene aufgrund einer „strafbaren Handlung“ verurteilt worden ist, wobei der Strafrechtsbegriff von Art 6 EMRK anzulegen ist, der auch Disziplinar- und Verwaltungsverfahren erfasst.²⁶⁷ Zumal auch das Vorliegen einer Verurteilung vorausgesetzt wird, ist Art 2 7. ZP EMRK auf Verfahren, in denen die/der Betroffene aus Mangel an Beweisen bzw. eines Schuldnachweises nicht verurteilt wurde, nicht anwendbar. Den Vertragsstaaten verbleibt ein weiter Ermessensspielraum, was die Regelung des Umfangs der Nachprüfung angeht. Dies bedeutet, dass die Nachprüfung durch eine höhere Instanz auf Rechtsfragen beschränkt sein und eine Zurückweisung aufgrund nur summarischer Prüfung erfolgen kann. Hinsichtlich der Beschränkbarkeit des Rechts kann die Einlegung eines Rechtsmittels von einer Zulässigkeitsprüfung abhängig gemacht werden.²⁶⁸

Nach Absatz 2 Art 2 7. ZP EMRK kann eine Überprüfung in Ausnahmefällen überhaupt unterbleiben, nämlich in Bagatellsachen (gemessen an der gesetzlichen Strafdrohung), in Verfahren, die schon in erster Instanz von einem Höchstgericht geführt wurden, und in Fällen, die zu einer zweitinstanzlichen Verurteilung aufgrund eines Rechtsmittels gegen den Freispruch in erster Instanz geführt haben.²⁶⁹

Fallbeispiel:

²⁶⁶ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 476 ff. Menschenrechtskonvention⁴ (2009), ; s ausführlicher bei *Trechsel*, Das Verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, Festschrift Ermacora (1988), 360ff; s auch VfGH 16.3.2000, G 151/99 ua, NL 2000, 75 (als unzureichend erachtete vierwöchige Frist zur Ausführung von Nichtigkeitsbeschwerden, ausdrückliche Bezugnahme auf Art 2 7. ZP EMRK); weiters VfGH 29.6.2001, G 108/01, NL 2001, 169 (Aufhebung des dritten Satzes von § 480 [alt] StPO wegen unzulässiger Rechtsmitteleinschränkung im Falle der Wiederaufnahme eines bezirksgerichtlichen Strafverfahrens).

²⁶⁷ Vgl. *Trechsel*, Das Verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, Festschrift Ermacora (1988), 202, der darauf verweist, dass die ehemaligen Konventionsorgane (EKMR und EGMR) Art 6 EMRK nicht nur auf Übertretungen, sondern auch auf Ordnungswidrigkeiten und Disziplinarstrafen angewandt haben.

²⁶⁸ Vgl. *Frowein* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 708 Rz 2; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 477 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), f.; EGMR 25.7.2002, *Papon vs Frankreich*, NL 2002, 159 (Verlustigerklärung eines Rechtsmittels an das Höchstgericht).

²⁶⁹ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 478 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), ; *Frowein* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 708 Rz 4.

Sachverhalt: In einem Verwaltungsstrafverfahren wurde der Beschwerdeführer wegen Verstoßes gegen § 31 Abs 2 lit k und lit p des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes zu einer Geldstrafe verurteilt. Nach erfolgloser Beschwerde an den UVS Oberösterreich wandte sich der Bf an den VwGH, der das Erkenntnis wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften (hier: Nichtladung eines vom Bf benannten Zeugen) aufhob, eine Behandlung der Beschwerde hinsichtlich des Ausspruchs über die Schuld und der sonstigen rechtlichen Würdigung jedoch mit dem Hinweis auf § 33a VwGG²⁷⁰ ablehnte. Vor dem EGMR behauptete der Bf, die Ablehnung der Behandlung eines Teils seiner Beschwerde durch den VwGH habe Art 2 7. ZP EMRK verletzt.

Rechtsausführungen: Der EGMR hielt fest, dass Entscheidungen des VwGH gemäß § 33a VwGG solchen über die Zulässigerklärung von Rechtsmitteln gleichgehalten werden können. Im vorliegenden Fall hatte der VwGH entschieden, auf Teile der Beschwerde nicht einzugehen, die unterschiedliche rechtliche Punkte betrafen. Von einer willkürlichen Interpretation oder Anwendung dieser Verfahrensbestimmung konnte entgegen den Ausführungen des Bf daher keine Rede sein, Art 2 7. ZP EMRK wurde somit nicht verletzt (mehrstimmig).²⁷¹

4.3.2 Das Verbot der Doppelbestrafung und -verfolgung (Art 4 7. ZP EMRK)²⁷²

Art 4 7. ZP EMRK enthält den das Prinzip *ne bis in idem*, wonach niemand wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafver-

²⁷⁰ Danach kann der VwGH die Behandlung einer Beschwerde gegen einen Bescheid eines unabhängigen Verwaltungssenates oder des Bundesvergabeamtes durch Beschluss ablehnen, wenn die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil sie von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird, in Verwaltungsstrafsachen außerdem nur dann, wenn eine Geldstrafe von höchstens 750 Euro verhängt wurde.

²⁷¹ Vgl EGMR 31.8.1999, *Adolf Hubner vs Österreich* (Zulässigkeitsentscheidung).

²⁷² S zu dieser Thematik ganz allgemein *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ion⁴ (2012), 471; Menschenrechtskonvention⁴ (2009), ff., *Trechsel*, Das Verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, Festschrift Ermacora (1988), 381 ff; *Kadelbach* in Grote/Marauhn (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 1541ff. und *Ackermann*, Artikel 6 EMRK und Artikel 4 des 7. Zusatzprotokolls; insbesondere die Garantie *ne bis in idem*, in Thüerer, EMRK: Neuere Entwicklungen (2005), 31. S auch VwGH 19.12.2006, 2006/06/0037, ZÖR 2006, 664 (behauptete Doppelbestrafung im Strafvollzug).

fahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden darf.²⁷³ Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 ist nun auch Art 50 GRC zu beachten. Demnach darf niemand wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.²⁷⁴

Dieser „Sperrwirkung“ vorausgesetzt ist also ein durch rechtskräftiges Urteil oder Freispruch abgeschlossenes strafrechtliches Verfahren. Ferner kommt die Garantie nur in dem Falle zur Anwendung, wo auf eine erste strafrechtliche Sanktion iSd Konvention eine zweite desselben Charakters folgen soll. Es ist wiederum vom Strafrechtsbegriff der Art 6 und 7 EMRK auszugehen²⁷⁵, womit auch die von den österreichischen Verwaltungsbehörden verhängten Verwaltungsstrafen erfasst sind. Dagegen ist zB bei disziplinarrechtlichen Maßnahmen nicht von einer strafrechtlichen Sanktion gem. Art 4 7. ZP EMRK auszugehen.²⁷⁶

Die Tatsache, dass zur Verfolgung strafbarer Handlungen nach der österreichischen Rechtsordnung sowohl die Verwaltungsbehörden als auch die Gerichte berufen sind, hat in der Vergangenheit zu Konflikten mit Art 4 7. ZP EMRK geführt (s dazu weiter unten).²⁷⁷

Im Fall *Sergey Zolotukhin vs Russland*²⁷⁸ hat der EGMR einen neuen Ansatz zur Identität strafbarer Handlungen gewählt. Bis dato hatte er verschiedene Ansätze hinsichtlich der Frage, ob die strafbaren Handlungen, wegen derer eine Beschwerdeführerin/ein Beschwerdeführer strafrechtlich verfolgt wurde. Aus Gründen der Rechtssicherheit nahm er eine harmonisierte Interpretation des Begriffs *dieselbe Straftat* iSv Art 4 7. Prot. EMRK (das *idem*-Element des *ne bis in idem*-Grundsatzes) vor. Diese Bestimmung sei nunmehr so zu verstehen, dass sie die Verfolgung oder Anklage einer

²⁷³ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ion⁴ (201209), 472403 Rz 146141.

²⁷⁴ S. EuGH 26.2.2013, *Åklagare vs Hans Åkerberg Fransson*, Rs. C-617/10, NL 2013, 58 (Vorabentscheidungsersuchen betreffend die Auslegung des Grundsatzes *ne bis in idem* im Unionsrecht).

²⁷⁵ Zum Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ s. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 392ff; Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 337ff.

²⁷⁶ Da Disziplinarverfahren gegen Beamte nicht zu den Strafverfahren im Sinne der EMRK zählen, fallen sie auch nicht in den Anwendungsbereich von Art 4 7. ZP EMRK (so VfGH 3.12.2009, B 1008/07, NL 2010, 67. Vgl. auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 472; Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Rz 147; vgl. zu disziplinarrechtl. Verfahren oben, unter Art 2 7. ZP EMRK).

²⁷⁷ S. dazu *Thienel/Hauenschild*, Verfassungsrechtliches „ne bis in idem“ und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren, JBl 2004, 69 bzw. 153 (168).

²⁷⁸ EGMR 10.2.2009 (GK), NL 2009, 37.

zweiten „strafbaren Handlung“²⁷⁹ verbietet, wenn diese auf identischen Tatsachen oder auf Tatsachen beruht, die im Wesentlichen dieselben sind.²⁸⁰ Ob es sich um *dieselbe* Tat handelt, richtet sich nach der neueren Auffassung des EGMR daher nicht nach der rechtlichen Qualifikation, es ist allein auf die **Fakten** abzustellen.²⁸¹

Ist bei zwei straf- bzw verwaltungsstrafdeliktsspezifischen Sachverhalten kein gemeinsames wesentliches Element vorhanden, so liegt keine Doppelbestrafung im Sinne der aktuellen Rechtsprechung des EGMR vor.²⁸²

Die Garantie des Art 4 7 ZP EMRK sieht keinen Vorbehalt vor. Eine Ausnahme zugunsten eines neuerlichen Verfahrens in derselben Sache enthält jedoch Absatz 2: Danach ist die Wiederaufnahme eines Verfahrens dann zulässig, wenn „neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das frühere Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist“²⁸³. Die Ausgestaltung von Wiederaufnahmetatbeständen in den nationalen Rechtsordnungen wird dadurch eingeschränkt.²⁸⁴

Der Schutz vor Doppelbestrafung und -verfolgung bezieht sich nur auf Handlungen „desselben“ Staats. Ein Freispruch in einem Staat schützt dagegen nicht vor erneuter Verfolgung von Taten im Ausland, die auf derselben Tatsachengrundlage beruhen. Im Bereich der Europäischen Union ist diesbezüglich das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) aus dem Jahr 1990 von besonderer Bedeutung. Art 54 SDÜ²⁸⁵ verbietet die mehrfache Bestrafung derselben Tat, wenn die Strafe vollstreckt wurde, gerade vollstreckt wird

²⁷⁹ Im vorliegenden Fall stellte sich die Frage, ob die über den Beschwerdeführer verhängte Verwaltungsstrafe im Ausmaß von drei Tagen Haft strafrechtlicher Natur war, was der EGMR in Anwendung der im Fall *Engel ua vs Niederlande* (EGMR 8.6.1976, EuGRZ 1976, 221) entwickelten Prinzipien (rechtliche Klassifikation der Straftat im innerstaatlichen Recht, Art der Straftat, Schweregrad der drohenden Strafe) bejahte.

²⁸⁰ In seinem Beschluss vom 2.7.2009, B 559/08, NL 2009, 311, hat der VfGH den Ansatz des EGMR übernommen, im gegenständlichen Fall jedoch keine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots festgestellt, da der Beschwerdeführer wegen verschiedener Straftatbestände verfolgt bzw. verurteilt wurde, die sich in ihren wesentlichen Elementen unterschieden. Ähnlich auch VfGH 16.12.2010, B 343/10, ZÖR 2011, 552.

²⁸¹ So *Thienel*, Rechtsprechung des EGMR 2010 (3), ÖJZ 2011, 450 (457).

²⁸² Vgl OGH 18.10.2011, 12 Os 95/11d, ZÖR 2012, 790.

²⁸³ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 476 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 406 Rz 151.

²⁸⁴ Vgl dazu EGMR 20.7.2004, *Nikitin vs Russland*, NL 2007, 190 (Überprüfung eines rechtskräftigen Freispruchs).

²⁸⁵ Diese Bestimmung lautet: „Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“

oder nicht mehr vollstreckt wird, schafft also ein Verfahrenshindernis.²⁸⁶ Der Tatbegriff des SDÜ ist ebenso wie jener nach Art 4 7. ZP EMRK nicht im Sinne des materiellen Strafrechts, sondern als tatsächlicher Vorgang zu verstehen, auf den sich die Maßnahmen der Strafverfolgungs- und Justizbehörden beziehen.²⁸⁷ Im Hinblick auf die Auslegung von Art 54 SDÜ bestehen im Einzelnen noch eine Reihe von Unklarheiten, die sich vor allem aus den unterschiedlichen Strafprozessordnungen der Mitgliedstaaten ergeben.²⁸⁸ Eine für die Mitgliedstaaten verbindliche Interpretation von Art 54 SDÜ obliegt letztlich dem EuGH.²⁸⁹

²⁸⁶ Vgl. *Kadelbach*, in: *Grote/Marauhn* (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 1551ff. Zu dieser Thematik s. insbesondere *Mansdörfer*, Das Prinzip des *ne bis in idem* im europäischen Strafrecht (2004); s. auch EuGH 11.2.2003, Strafverfahren gegen Hüseyin Gözütok und gegen Klaus Brügge, C-187/01 und C-385/01, NL 2003, 36.

²⁸⁷ Vgl. *Kadelbach*, in: *Grote/Marauhn* (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 1553.

²⁸⁸ S OGH 17.9.2013, 11 Os 73/13i, NL 2013, 380 (Art 54 SDÜ kann der Entsprechung eines ausländischen Rechtshilfeersuchens entgegenstehen).

²⁸⁹ Einen guten Überblick zu der Thematik bietet *Jagla*, Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen *ne bis in idem* im Rahmen der Europäischen Union. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der Artikel 54 ff. Schengener Durchführungsübereinkommen (2007).

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Infolge eines unter Alkoholeinfluss verursachten Verkehrsunfalls verhängte die BH St. Pölten gegen den Beschwerdeführer eine Geldstrafe nach § 5 Abs 1 iVm § 99 Abs 1 lit a StVO wegen Trunkenheit am Steuer. Das LG St. Pölten verurteilte den Bf in Folge wegen fahrlässiger Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen nach § 81 Abs 1 Z 2 StGB zu einer Freiheitsstrafe (rechtskräftig).

Rechtsausführungen: Zweck von Art 4 7. ZP EMRK ist es, die Wiederholung von Strafverfahren zu verbieten, die bereits durch eine endgültige Entscheidung abgeschlossen sind. Die Frage, ob das Prinzip *ne bis in idem* verletzt wurde, betrifft das Verhältnis zweier strafbarer Handlungen zueinander und ist nicht von der zeitlichen Abfolge der verschiedenen Verfahren abhängig.²⁹⁰ Der Bf wurde auf Grundlage einer (einzelnen) Tat zweimal vor Gericht gestellt und verurteilt, da sich die wesentlichen Elemente der Verwaltungsübertretung nach § 5 Abs 1 iVm § 99 Abs 1 lit a StVO nicht von den besonderen Umständen nach § 81 Abs 1 Z 2 StGB unterscheiden.

Zwar hat sich die Rechtslage in Österreich durch ein Erkenntnis des VfGH vom 5.12.1996²⁹¹ inzwischen insoweit verändert, als die Verwaltungsübertretung des Fahrens unter dem Einfluss von Alkohol dann nicht mehr verfolgt wird, wenn auch die besonderen Umstände von § 81 Z 2 StGB vorliegen, zur fraglichen Zeit wurde der Bf jedoch wegen beider Delikte belangt, weshalb der EGMR eine Konventionsverletzung gemäß Art 4 7. ZP EMRK feststellt (einstimmig).²⁹²

²⁹⁰ Vgl dazu die Entscheidung des EGMR in der Sache *Gradinger vs Österreich*, EGMR 23.10.1995, NL 1995, 195; ÖJZ 1995, 954; JBl 1995, 577.

²⁹¹ Verfassungswidrigkeit des ausdrücklichen Ausschlusses einer gegenüber strafgerichtlicher Verfolgung nur subsidiären verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung wegen Lenkens eines Kraftfahrzeuges in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gemäß der StVO 1960 infolge eines Verstoßes gegen das Doppelbestrafungsverbot des Art 4 des 7. ZP EMRK (G 9/96 u.a., VfGH Slg. 14696). Weitere Hinweise auf einschlägige Erkenntnisse des VfGH bei *Thienel/Hauenschild*, Verfassungsrechtliches „ne bis in idem“ und seine Auswirkung auf das Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsstrafverfahren, JBl 2004, 77f.

²⁹² EGMR 29.5.2001, *Franz Fischer vs Österreich*, NL 2001, 112; ÖJZ 2001, 657. S auch EGMR 6.6.2002, *Sailer vs Österreich*, NL 2002, 105. Einem Antrag des Beschwerdeführers auf Erneuerung des Strafverfahrens gemäß 363a StPO wurde stattgegeben (vgl OGH 5.8.2003, 11 Os 167/02, NL 2003, 334). Anmerkung: In letzter Zeit ist es zu keinen Verurteilungen Österreichs unter Art 4 7. ZP EMRK gekommen. Vgl EGMR 30.9.2004, *Veronika Falkner vs Österreich*, NL 2004, 223 (Zulässigkeitsentscheidung); EGMR 7.12.2006, *Hauser-Sporn vs Österreich*, NL 2006, 305; ÖJZ 2007, 511; EGMR 26.7.2007, *Schutte vs Österreich*, NL 2007, 197; EGMR 26.7.2007, *Stempfer vs Österreich*, NL 2007, 199. Sie betrafen – ähnlich wie die Fälle *Gradinger* und *Fischer* – die Frage einer Doppelbestrafung im Straf- und Verwaltungsstrafverfahren. S auch OGH 27.5.2004, 12 Os 26/04, NL 2004, 204.

4.3.3 Reflexionsfragen

- Worin lag die Ursache von Verurteilungen Österreichs durch den EGMR nach Art 4 7. ZP EMRK?
- Welche Ausnahme vom Grundsatz des *ne bis in idem* sieht Art 4 Abs 2 7. ZP EMRK vor?

5 Ausgewählte materielle Rechte

5.1 Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art 5 EMRK)²⁹³

5.1.1 Schutzbereich und Erläuterung des Begriffs „Freiheitsentziehung“

In Österreich ist das Recht auf Freiheit nicht nur im Rahmen von Art 5 EMRK, sondern auch im eigens erlassenen Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit²⁹⁴ geregelt.

Art 5 Abs 1 EMRK will vor willkürlicher Festnahme und Haft durch den Staat schützen, indem darin die Voraussetzungen (innerstaatliche Rechtsgrundlage, gesetzmäßiges Verfahren, Haftgründe des Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK) definiert werden, unter denen eine Freiheitsentziehung²⁹⁵ zulässig ist. Die Absätze 2 bis 5 enthalten besondere Verfahrensgarantien im Zusammenhang mit Freiheitsentziehungen und die Garantie der richterlichen Kontrolle des Freiheitsentzugs. Schutzgut des Art 5 EMRK ist die persönliche Freiheit der/des Einzelnen.²⁹⁶ Abgrenzungsfragen treten im Verhältnis zu Art 2 des 4. ZP. EMRK

²⁹³ Zum Recht auf persönliche Freiheit s ganz allgemein *Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), 223ff.

²⁹⁴ BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit 1988, BGBl Nr 1988/684.

²⁹⁵ Auch eine kurzfristige Anhaltung von 45 Minuten stellt eine Freiheitsentziehung dar, wenn der Betroffene unter Androhung von Gewalt am Verlassen eines Ortes gehindert wird (s EGMR 21.6.2011, *Shimovolos vs Russland*). Die kurzfristige Anhaltung eines Flugreisenden zwecks Vornahme eines Sicherheitschecks stellt hingegen keine Freiheitsentziehung dar (vgl EGMR 15.10.2013, *Adil Soltan Oglu Gahramanov vs Aserbaidshan*, NL 2013, 397). Nicht ganz unproblematisch ist die Rechtsansicht des EGMR in *Austin u.a. vs Vereinigtes Königreich* vom 15.3.2012 (NL 2012, 80), wonach die von der britischen Polizei vorgenommene Einkesselung von Demonstranten auf dem Oxford Circus für fünfeinhalb bzw. sieben Stunden unter den besonderen Umständen des Falls keine Freiheitsentziehung dargestellt habe (vgl das Sondervotum von Richterin Tulkens und der Richter Spielmann und Garlicki dazu).

²⁹⁶ *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 74f; *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵⁴ (2012), 189 Rz. 2Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 163f.

(Recht auf Freizügigkeit) auf, der jedoch nicht auf Freiheitsentziehungen im Allgemeinen, sondern lediglich auf Beschränkungen der Bewegungsfreiheit abzielt.²⁹⁷

5.1.2 Die Haftgründe des Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK

In Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK werden jene Tatbestände abschließend aufgezählt, nach denen eine Freiheitsentziehung materiell rechtmäßig und demnach zulässig ist:

Art 5 Abs 1 lit a EMRK: Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht

Dieser Tatbestand betrifft den Fall der Inhaftierung infolge gerichtlicher Verurteilung. Er setzt voraus, dass die/der Betroffene wegen der Begehung eines Delikts, sei es straf- oder disziplinarrechtlicher Natur, in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht schuldig gesprochen und zu einer Haftstrafe verurteilt worden ist, wobei die Rechtskraft des Urteils keine Voraussetzung darstellt.²⁹⁸ Die Haft muss jedenfalls auf der Verurteilung beruhen. Es muss also ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen Verurteilung und Freiheitsentzug bestehen.²⁹⁹

Art 5 Abs 1 lit b EMRK: Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung eines rechtmäßigen Gerichtsbeschlusses oder zur Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung:

Diese Vorschrift spielt vor allem im Zusammenhang mit der Anordnung einer Beugehaft eine Rolle.³⁰⁰ Laut der Rechtsprechung des EGMR ist eine Freiheitsentziehung nach Art 5 Abs 1 lit b EMRK nur in solchen Fällen zulässig, in denen das Gesetz es gestattet, jemanden in Haft zu behalten, um sie/ihn zur Erfüllung einer spezifischen und konkreten Pflicht anzuhalten, der sie/er bislang nicht nachgekommen ist (etwa im Falle einer Verletzung der Wehrpflicht oder der Pflicht zum zivilen Ersatzdienst bzw. infolge einer gesetzwidrigen Verweigerung der Identitätsfeststellung).³⁰¹

²⁹⁷ Art 2 Abs 3 4. ZP EMRK erlaubt Einschränkungen der Freizügigkeit, die unter anderem zum Schutz der öffentlichen Ordnung notwendig sind (vgl den obigen Fall *Austin u.a. vs Vereinigtes Königreich*).

²⁹⁸ Peukert in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 92 Rz 38.

²⁹⁹ Vgl EGMR 28.5.2002, *Stafford vs Vereinigtes Königreich*, NL 2002, 102.

³⁰⁰ S. zuletzt EGMR 22.11.2007, *Voskuil vs die Niederlande* (Haft zur Erzwingung der Offenlegung journalistischer Quellen).

³⁰¹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 197 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 170 Rz 13f.

Art 5 Abs 1 lit c EMRK: Freiheitsentziehung zwecks Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde bei hinreichendem Tatverdacht, zur Vermeidung einer strafbaren Handlung oder Flucht nach Begehung einer solchen:

Art 5 Abs 1 lit c EMRK betrifft den Fall der Präventiv- bzw. Untersuchungshaft zur Sicherung einer strafrechtlichen Untersuchung.³⁰² In der Konvention ausdrücklich genannt werden die Haftgründe des hinreichenden Tatverdachts, der Tatbegehungsgefahr und der Fluchtgefahr, wobei auch im Bereich des innerstaatlichen Rechts genannte zusätzliche Haftgründe wie Verdunkelungsgefahr und Wiederholungsgefahr erheblich sein können.³⁰³

Nach Auffassung des EGMR genügt es nicht, dass die verhaftende Behörde in gutem Glauben handelt und die ehrliche Überzeugung hat, die/den Betroffenen verdächtigen zu müssen. Vielmehr muss ihre Entscheidung auf konkrete Tatsachen gestützt sein, die ausreichen, eine/n objektive/n BeobachterIn davon zu überzeugen, dass die/der Verdächtige das in Frage stehende Delikt begangen haben könnte.³⁰⁴ Für die Annahme eines hinreichenden Tatverdachts ist es nicht erforderlich, dass der Sachverhalt schon vollständig aufgeklärt ist³⁰⁵ oder dass zum Zeitpunkt der Verbringung in Polizeigewahrsam hinreichende Beweise für eine Anklageerhebung vorhanden sind.³⁰⁶ Eine Festnahme ist daher grundsätzlich zulässig, wenn sie dem Ziel der Feststellung der Identität der/des Verdächtigen sowie der Prüfung der gegen sie/ihn erhobenen Vorwürfe dient.³⁰⁷

Anderes gilt für die Untersuchungshaft, deren Anordnung und Vollzug vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht sein muss. Sie wird nur zu rechtfertigen sein, soweit ein dringender, auf konkrete Anhaltspunkte gestützter Tatverdacht besteht und das legitime Strafverfolgungsinteresse des Staates nicht auf andere Weise gesichert werden

³⁰² Zur Rechtmäßigkeit einer Präventivhaft s näher EGMR 1.12.2011, *Schwabe und M. G. vs Deutschland*, NL 2011, 367. Demnach muss eine Anhaltung notwendig sein, um eine Person an der Begehung einer ausreichend konkreten und spezifischen Straftat zu hindern. Eine Freiheitsentziehung zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung iSd. Art 5 Abs 1 lit b 2. Alternative EMRK setzt voraus, dass der betreffenden Person die konkrete Handlung, die sie zu unterlassen hat, bekannt ist und sie keinen Willen gezeigt hat, sich dementsprechend zu verhalten (vgl. EGMR 7.3.2013, *Ostendorf vs Deutschland*, NL 2013, 86 [über einen Hooligan-Anführer verhängter präventiver Polizeigewahrsam]).

³⁰³ So *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 100 Rz 62.

³⁰⁴ *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK Kommentar³ (2009), 101 Rz 64.

³⁰⁵ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 199 Rz.17Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 171ff.

³⁰⁶ Siehe EGMR 29.11.1988, *Brogan und andere vs Vereinigtes Königreich*, A/145-B.

³⁰⁷ Siehe EGMR 27.11.1997, *K.-F. vs Deutschland*, EuGRZ 1998, 129.

kann.³⁰⁸ Stammen die belastenden Informationen nur aus einer, womöglich eher unverlässlichen Quelle, müssen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft die Anschuldigungen durch zusätzliche Beweise erhärtet werden.

Art 5 Abs 1 lit d EMRK: rechtmäßige Haft von Minderjährigen zum Zwecke überwachter Erziehung oder der Vorführung vor die zuständige Behörde:

Unter dem Begriff „überwachte Erziehung“ sind sowohl Maßnahmen der Fürsorge als auch solche des Jugendstrafrechts zu verstehen. Eine Vorführung vor die zuständige Behörde kommt etwa dann in Betracht, wenn Jugendliche dem schädlichen Einfluss ihrer Umwelt entzogen werden sollen (zB im Fall von prekären Familienverhältnissen).

Art 5 Abs 1 lit e EMRK: Freiheitsentziehung an Personen mit ansteckenden Krankheiten, psychisch Erkrankten, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und LandstreicherInnen:

Dieser Tatbestand, der in der Rechtsprechung des EGMR bisher keine nennenswerte Rolle gespielt hat,³⁰⁹ eröffnet die Möglichkeit der Freiheitsentziehung etwa zur Umsetzung von Quarantänemaßnahmen und in Bezug auf Personengruppen mit spezifischen Eigenschaften, über deren Vorliegen Beweis (insbesondere in Form eines ärztlichen Gutachtens) geführt werden muss.^{310, 311}

Art 5 Abs 1 lit f EMRK: Freiheitsentziehung zum Zwecke der Verhinderung des unberechtigten Eindringens in das Staatsgebiet bzw. der Ausweisung und der Auslieferung:

Anders als bei Art 5 Abs 1 lit c EMRK, der das Vorliegen eines Tatverdachts verlangt, kommt es bei dieser Bestimmung allein darauf an, ob ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren anhängig ist. Ob die jeweilige Entscheidung über die Ausweisung bzw. Auslieferung rechtmäßig ist, ist für die Anwendung von Art 5 Abs 1 lit f EMRK irrelevant,³¹²

³⁰⁸ Vgl Dörr, in: Grote/Marauhn (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 625.

³⁰⁹ S immerhin EGMR 4.4.2000, *Witold Litwa vs Polen*, NL 2000, 59 (danach. Danach ist Art 5 Abs 1 lit e EMRK auch auf bloß alkoholisierte Personen anwendbar, sofern sie eine Gefahr für sich selbst und die Öffentlichkeit darstellen); *Haidn vs Deutschland*, 13.1.2011, NL 2011, 15 (danach ist Voraussetzung für einen rechtmäßigen Freiheitsentzug, dass von den Gerichten anhand einer objektiven medizinischen Expertise festgestellt wurde, dass eine Person einwandfrei als geisteskrank einzustufen ist) und EGMR 17.1.2012, *Stanev vs Bulgarien*, NL 2012, 23.

³¹⁰ S EGMR 21.10.2010, *Grosskopf vs Deutschland*, NL 2010, 311; EGMR 24.11.2011, *O. H. vs Deutschland*, NL 2011, 360; EGMR 24.11.2011, *Schönbrod vs Deutschland*, NL 2011, 363; EGMR 19.9.2013, *H. W. vs Deutschland*, NL 2013, 324; EGMR 28.11.2013, *Glien vs Deutschland*, NL 2013, 436.

³¹¹ Siehe *Nowak/Krisper*, Der österreichische Maßnahmenvollzug und das Recht auf persönliche Freiheit, EuGRZ 2013, 645.

³¹² Die Rechtmäßigkeit des Ausweisungs- und Auslieferungsverfahrens richtet sich nach Art 1 7. ZP EMRK (Verfahrensrechtliche Schutzvorschriften in Bezug auf die Ausweisung von AusländerInnen).

jedoch ist stets das Gesamtziel des Art 5 EMRK im Auge zu behalten, nämlich der Schutz der/des Einzelnen vor willkürlichem Freiheitsentzug.³¹³,³¹⁴ Eine Verletzung von Art 5 Abs 1 lit f EMRK wurde etwa im Fall von sich in der Transitzone eines Flughafens aufhaltenden AsylwerberInnen bejaht, deren Anhaltebedingungen keinerlei rechtlicher Kontrolle unterlagen und denen der Zugang zu rechtlicher, humanitärer und sozialer Betreuung verwehrt wurde.³¹⁵

5.1.3 Die Rechte der festgenommenen und inhaftierten Personen

Art 5 Abs 2 EMRK: Recht auf Information:

Diese Bestimmung garantiert jeder festgenommenen Person das Recht, in möglichst kurzer Frist und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe ihrer Festnahme und über die gegen sie erhobenen Anschuldigungen unterrichtet zu werden. Sie gilt entgegen ihrem Wortlaut nicht nur für die Festnahme, sondern für alle in Art 5 Abs 1 EMRK vorgesehenen Formen der Freiheitsentziehung.

Mit der Information soll der/dem Angehaltenen die Möglichkeit gegeben werden, effektiven Rechtsschutz gemäß Art 5 Abs 4 EMRK zu erlangen.³¹⁶ Die Unterrichtung über die Haftgründe muss „innerhalb möglichst kurzer Zeit“ – idR binnen 24 Stunden – erfolgen.

³¹³ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 204Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Rz 25. S EGMR 29.1.2008, *Saadi vs Vereinigtes Königreich* (GK), NL 2008, 18 sowie EGMR 2.10.2008, *Rusu vs Österreich*, NL 2008, 276; ÖJZ 2009, 426. Der Fall betraf die Fragen der fehlenden Information (Art 5 Abs 2 EMRK) von nach Art 5 Abs 1 lit f EMRK festgenommenen Personen über die Gründe für ihre Festnahme und die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde an den UVS sowie die Willkür des Freiheitsentzugs unter den gegebenen Umständen (die Behörden hatten die besondere Situation der Beschwerdeführerin [der lediglich ihr Pass auf der Heimfahrt nach Rumänien gestohlen worden war und die nach Österreich ohne gültiges Reisedokument und Existenzmittel eingereist war] verkannt, die sich erheblich von jener einer Asylwerberin/eines Asylwerbers oder illegalen Einwanderin/Einwanderers unterschied. Diesen Ansatz hat der EGMR im Fall *Raza vs Bulgarien* vom 11.2.2010, NL 2010, 49, bekräftigt (Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit aufgrund zweieinhalbjähriger Anhaltung eines Fremden in Schubhaft, obwohl seine Abschiebung mangels Reisedokumenten nicht möglich war).

³¹⁴ Allerdings gilt bei der Auslieferungshaft ein anderer Prüfungsmaßstab als bei der U-Haft, da das Gericht bei ersterer keine eigenen Sachverhaltsannahmen zu treffen hat (vgl OGH 16.2.2012, 13 Os 15/12y, ÖJZ 2012, 468).

³¹⁵ EGMR 25.6.1996, *Amuur vs Frankreich*, EuGRZ 1996, 577; ÖJZ 1996, 956. Vgl auch EGMR 27.11.2003, *Shamsa vs Polen*, NL 2003, 314; EGMR 12.10.2006, *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga vs Belgien*, NL 2006, 244; EGMR 24.1.2008, *Riad und Idiab vs Belgien*, NL 2008, 14; EGMR 19.1.2010, *Muskhadzhijeva ua vs Belgien*, NL 2010, 34 (Anhaltung von Kindern in einem Transitzentrum). S die Anmerkung von *Kokott*, Zur Rechtsstellung von Asylbewerbern in Transitzonen, EuGRZ 1996, 569 sowie VfGH 11.3.1999, B 1159/98 u.a., NL 1999, 111 und OGH 15.3.2005, 1 Ob 250/04b, ZÖR 2006, 662 (Anhaltung im Sondertransitbereich des Flughafens Wien/Schwechat)..

³¹⁶ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 205Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Rz 27.

Hierbei sind stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.³¹⁷ Werden Entscheidungen getroffen, durch die die Fortdauer der Haft aus einem anderen als dem ursprünglich angegebenen Haftgrund angeordnet bzw. gerechtfertigt wird, so ist die betroffene Person entsprechend zu informieren, um ihre Verteidigung auf die neue Sachlage einstellen zu können.³¹⁸

Art 5 Abs 3 EMRK: Recht auf unverzügliche Vorführung vor eine/n RichterIn oder richterliche/n Beamtin/Beamten; Recht auf Aburteilung innerhalb angemessener Frist oder auf Haftentlassung:³¹⁹

Art 5 Abs 3 EMRK enthält zwei Verfahrensgarantien: Zum einen die unverzügliche Vorführung von festgenommenen und inhaftierten Personen vor eine/n RichterIn, zum anderen die Durchführung eines zügigen Verfahrens – verbunden mit der raschen Erlangung eines Urteils bzw. der Freilassung noch während des Verfahrens, wenn keine vernünftigen Gründe für eine weitere Freiheitsentziehung vorliegen. Nach der Rechtsprechung des EGMR verlangt das Erfordernis der Unverzüglichkeit keine sofortige, sondern eine „alsbaldige“ Vorführung. Diese ist in der Regel gegeben, wenn eine Frist von 24 bis 48 Stunden nicht überschritten wird.³²⁰ Welche Haftdauer angemessen ist, hängt von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab.³²¹ Das Fortbestehen eines „hinreichenden“ Tatverdachts ist Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft, ist über einen längeren Zeitraum hinweg allerdings nicht als Begründung ausreichend. Vielmehr muss dann geprüft werden, ob zusätzliche Haftgründe gegeben sind.³²² Die österreichische Rechtslage indes sieht einen maximalen Zeitraum von bis zu 96 Stunden vor, der ab dem

³¹⁷ Vgl *ibid*, 173.

³¹⁸ Vgl OGH 29.7.2005, 14 Os 76/05s, NL 2005, 259.

³¹⁹ Vgl dazu generell *Reindl*, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention. Der Schutz der persönlichen Freiheit und die Haft im Strafverfahren (1997), 114ff.

³²⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 207Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Rz 29. S auch EGMR 15.3.2007, *Kaiser vs die Schweiz*, NL 2007, 80. S auch OGH 19.6.2007, 11 Os 127/06w, ZÖR 2008, 657.

³²¹ Vgl etwa EGMR 26.1.1993, *W. vs die Schweiz*, NL 1993/2, 17; EuGRZ 1993, 384; ÖJZ 1993, 562, wonach eine vierjährige Untersuchungshaft in einem Fall weit verzweigter Wirtschaftskriminalität noch mit Art 5 Abs 3 EMRK vereinbar sei. S das Sondervotum von Richter Pettiti, EuGRZ 1993, 387f, in dem dieser darauf hinwies, dass die Untersuchungshaft weder die Unschuldsvermutung unterlaufen noch die Strafverbüßung vorwegnehmen dürfe. Im den internationalen Terrorismus betreffenden Fall *Chraidi vs Deutschland* (EGMR 26.10.2006, NL 2006, 257; EuGRZ 2006, 648) wurde eine fünfeinhalbjährige Untersuchungshaft noch für angemessen befunden.

³²² S etwa EGMR 23.9.1998, *I. A. vs Frankreich*, NL 1998, 192; EGMR 9.11.1999, *Debboub vs Frankreich*, NL 1999, 195; EGMR 25.1.2007, *Hesse vs Österreich*, NL 2007, 25.

Zeitpunkt der Festnahme bis zu einer richterlichen Einvernahme vergehen kann, und verlangt das Vorliegen eines „dringenden“ Tatverdachts sowie eines Haftgrundes.

Sofern ausreichende Haftgründe vorliegen, prüft der EGMR des Weiteren, ob die nationalen Behörden das Verfahren mit der erforderlichen Sorgfalt betrieben haben. Dabei ist stets zu beachten, dass Untersuchungshäftlinge einen Anspruch auf vorrangige und beschleunigte Bearbeitung ihres Falles haben. Überdies ist auf die Möglichkeit der Freilassung gegen Kautions (Art 5 Abs 3 letzter Satz EMRK) Bedacht zu nehmen, von der die Behörden Gebrauch machen müssen, wenn – neben dem Tatverdacht – als Grund für die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft lediglich Fluchtgefahr gegeben ist.³²³

5.1.4 Art 5 Abs 4 EMRK: Das Recht auf eine gerichtliche Haftkontrolle

Das Recht auf richterliche Haftprüfung gemäß Art 5 Abs 4 EMRK gilt für sämtliche in Art 5 Abs 1 EMRK vorgesehenen Formen der Haft, unabhängig davon, ob die Freiheitsentziehung rechtmäßig vorgenommen wurde. Zwar überlässt es Art 5 Abs 4 EMRK den Konventionsstaaten, die Einzelheiten (Form, Fristen) im Hinblick auf die Haftkontrolle zu regeln, jedoch muss ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet sein.³²⁴ Die auf Antrag der/des Betroffenen durchzuführende Haftprüfung hat innerhalb möglichst kurzer Frist und danach in regelmäßigen Abständen zu erfolgen. Der EGMR stellt diesbezüglich jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ab. Zu den Mindestanforderungen an ein Haftprüfungsverfahren gehört die Gewährleistung bestimmter Verfahrensgarantien gemäß Art 6 EMRK, etwa der Grundsätze der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs.³²⁵ Es besteht ein Anspruch auf Rechtsvertretung und Gewährung von Akteneinsicht.³²⁶ Betroffene müssen die Gelegenheit haben, alle Argumente vorzubringen, die ihrer Auffassung nach die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs in Frage stellen. Ein mehrstufiges Haftprüfungsverfahren

³²³ S EGMR 21.12.2000, *Jabłoński vs Polen*, NL 2001, 17; EGMR 28.9.2010, *Mangouras vs Spanien*, NL 2010, 302 (hohe Kautions für Freilassung im Einzelfall [hier: Ökokatastrophe] im Einzelfall gerechtfertigt). Vgl auch *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 125 Rz 121 sowie *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 210 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Rz 3332..

³²⁴ *Renzikowski*, in: *Karl* (Hg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1994), 127.

³²⁵ S etwa EGMR 9.1.2001, *Kawka vs Polen*, NL 2001, 21; EGMR 31.1.2002, *Lanz vs Österreich*, NL 2002, 19; ÖJZ 2002, 433.

³²⁶ S EGMR 13.12.2007, *Mooren vs Deutschland*, NL 2007, 324. Demnach ist die Waffengleichheit nicht gewährleistet, wenn dem Verteidiger der Zugang zu jenen Dokumenten in den Ermittlungsakten verweigert wird, die wesentlich für eine wirksame Anfechtung der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung seines Mandanten sind. Das Urteil wurde von der Großen Kammer am 9.7.2009 (NL 2009, 205) bestätigt.

wird iRd Art 5 Abs 4 nicht garantiert, wohl aber eine wiederholte Haftprüfung, sofern neue Umstände die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzugs in Frage stellen.³²⁷

5.1.5 Art 5 Abs 5 EMRK: Recht auf Entschädigung

Diese Bestimmung sieht eine Entschädigung für konventionswidrige Haft vor. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ist Art 5 Abs 5 EMRK dann verletzt, wenn die/der Geschädigte trotz festgestellter Konventionswidrigkeit der Haft keinen durchsetzbaren Anspruch auf Entschädigung hat. Art 5 Abs 5 EMRK verbietet es den Vertragsstaaten allerdings nicht, Entschädigung für Untersuchungshaft nur dann zuzusprechen, wenn die/der Betroffene die Nachteile, die aus einer Verletzung von Art 5 Abs 1 – 4 EMRK resultieren, auch beweisen kann.³²⁸ Für jene Vertragsstaaten, die die Konvention in ihre innerstaatliche Rechtsordnung übernommen haben, bildet Art 5 Abs 5 EMRK die unmittelbare Grundlage für den Anspruch auf Entschädigung.³²⁹

5.1.6 Fallbeispiele (EGMR und sonstige)

Sachverhalt: Der Beschwerdeführer, ein türkischer Staatsangehöriger, wurde am 7.4.1988 an der Grenze zu Deutschland unter dem Verdacht der Urkundenfälschung und der Bildung einer terroristischen Vereinigung festgenommen. Am darauf folgenden Tag wurde über ihn die Untersuchungshaft verhängt. Er wurde vor dem und während des Verfahrens gegen ihn und 17 weitere Mitglieder der PKK in Untersuchungshaft gehalten. Das Verfahren dauerte vom 24.10.1989 bis zum 7.3.1994 und endete mit einer Verurteilung des Beschwerdeführers zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren.

Rechtsausführungen: Der Beschwerdeführer behauptet eine Verletzung von Art 5 Abs 3 EMRK (hier: Recht auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist oder auf Haftentlassung).

³²⁷ *Renzikowski*, in: *Karl* (Hg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1994), 147.

³²⁸ So EGMR 10.5.2011, *Włoch vs Polen* (Nr 2), NL 2011, 140.

³²⁹ *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 137 Rz 148 bzw. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 214 Rz 38. Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 184f. Im Fall *D. G. vs Irland* (EGMR 16.5.2002, NL 2002, 97) wurde bspw. eine Verletzung von Art 5 Abs 5 EMRK festgestellt, weil das irische Recht keinen Anspruch auf Schadenersatz für unrechtmäßige Haft vorsah.

Der Beschwerdeführer befand sich von 8.4.1988 bis 7.3.1994 in Untersuchungshaft. Es obliegt in erster Linie den nationalen Gerichten, darüber zu wachen, dass in einem bestimmten Fall die Dauer der Untersuchungshaft einer Person ein angemessenes Maß nicht überschreitet. Zu diesem Zweck müssen die Gerichte sämtliche Umstände abwägen, die für oder gegen die Notwendigkeit sprechen können, im öffentlichen Interesse und unter Beachtung der Unschuldsvermutung eine gerechtfertigte Ausnahme vom Grundsatz der Achtung der persönlichen Freiheit zu machen. Der Fortbestand von plausiblen Verdachtsgründen gegenüber einer verhafteten Person ist nach Ansicht des EGMR eine *conditio sine qua non* für die Aufrechterhaltung der Haft, genügt aber nach Ablauf einer gewissen Zeit nicht mehr. Der EGMR muss dann feststellen, ob andere Gründe, auf die sich die Gerichte gestützt haben, den Freiheitsentzug weiterhin rechtfertigen. Wenn solche Gründe relevant und ausreichend sind, prüft der EGMR, ob die zuständigen nationalen Behörden bei der Durchführung des Verfahrens mit besonderer Zügigkeit vorgegangen sind.

Hinsichtlich der Schwere der dem Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall vorgeworfenen Taten und der Fortdauer schwerer Verdachtsmomente stellte der EGMR fest, dass die Gerichte die Verlängerung der Untersuchungshaft lediglich mit der Fortdauer des Verdachts des Delikts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung begründet haben. Im Übrigen deckt sich die Dauer der Untersuchungshaft beinahe mit jener der über den Beschwerdeführer tatsächlich verhängten Freiheitsstrafe.

Was die Fluchtgefahr betrifft, stellte der EGMR fest, dass die zuständigen Gerichte berechtigterweise an die Fortdauer eines solchen Risikos glauben konnten. Dies wäre durch die ausländische Staatsangehörigkeit des Beschwerdeführers, das Fehlen von personellen und häuslichen Bindungen in Deutschland und seine häufigen Wohnungswechsel im Mittleren Osten bzw. in Frankreich begründet.

Der EGMR verkannte nicht, dass das Recht eines verhafteten Beschuldigten auf besonders zügige Verfahrensführung nicht den Bemühungen der Gerichte schaden darf, ihre Aufgaben mit der notwendigen Sorgfalt zu besorgen. Der EGMR stellte fest, dass die Dauer der bekämpften Haft nicht durch die Komplexität des Verfahrens, die Anzahl der darin verwickelten Personen oder das Verhalten der Verteidigung gerechtfertigt werden kann. Um mit der Konvention in Einklang zu sein, hätte die Dauer des Freiheitsentzugs des Beschwerdeführers auf überzeugende Art und Weise gerechtfertigt werden müssen. Die Begründungen der deutschen Gerichte waren nicht ausreichend, um die Untersuchungshaft in

der Länge von fünf Jahren und elf Monaten zu rechtfertigen. Der EGMR erkannte daher auf eine Verletzung von Art 5 Abs 3 EMRK (einstimmig).³³⁰

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Im Zuge einer Verkehrskontrolle findet die Polizei im Pkw des A. Einbruchswerkzeug sowie diverse Gegenstände, die möglicherweise von einem Einbruchsdiebstahl herrühren und verhaftet diesen. A. gibt bei seiner ersten Befragung an, das Werkzeug habe er bei „Baumax“ für diverse Umbauarbeiten, die übrigen Gegenstände auf einem Flohmarkt gekauft. 40 Stunden nach der Festnahme verständigt die Polizei den Journalstaatsanwalt von der Verwahrungshaft.

Lösung: Die Verhängung der Verwahrungshaft ist bei Betretungen auf frischer Tat grundsätzlich zulässig (§ 170 Abs 1 Z 1 StPO). Gemäß § 172 Abs 3 StPO ist der Beschuldigte innerhalb von 48 Stunden nach der Festnahme in das gerichtliche Gefangenenhaus einzuliefern, was im vorliegenden Fall noch nicht erfolgt ist.

Zum hinreichenden Tatverdacht führte der EGMR in seinem Urteil im Fall *O'Hara vs Vereinigtes Königreich*³³¹ aus, dass Voraussetzung für eine Festnahme die Existenz von Fakten oder Informationen sein müsse, die es einer/einem objektiven BeobachterIn glaubhaft machen würden, dass die betroffene Person die Straftat begangen haben könnte. Er hielt fest, dass das Vorliegen eines gewissen Verdachts für eine Festnahme ausreicht. Zweck des Entzugs der persönlichen Freiheit sei es, diesen Verdacht zu erhärten oder auszuräumen. Umgelegt auf den vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass die Festnahme im Sinne von Art 5 Abs 1 lit c EMRK rechtmäßig erfolgte. Gemäß der Rechtsprechung des EGMR muss die in Art 5 Abs 3 EMRK vorgesehene richterliche Haftkontrolle unverzüglich erfolgen, um ungerechtfertigte Eingriffe in die persönliche Freiheit so gering wie möglich zu halten.³³² In diesem Lichte gesehen verstößt die Verständigung des Journalstaatsanwalts erst 40 Stunden nach erfolgter Festnahme gegen Art 5 Abs 3 EMRK, da der Betroffene diesfalls nicht mehr rechtzeitig (laut der Rechtsprechung des EGMR hat eine Vorführung in der Regel innerhalb von 48 Stunden stattzufinden) einem Richter vorgeführt werden konnte.

³³⁰ EGMR 5.7.2001, *Erdem vs Deutschland*, NL 2001, 144; EuGRZ 2001, 391.

³³¹ EGMR 16.10.2001, NL 2001, 205.

³³² Vgl etwa EGMR 3.10.2006, *McKay vs Vereinigtes Königreich*, NL 2006, 234.

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Der unbescholtene schwedische Staatsangehörige A wird nach Begehung zweier Ladendiebstähle (Gesamtschaden ca € 30,-) von der Polizei betreten und über Anordnung der Staatsanwaltschaft in das gerichtliche Gefängnis eingeliefert. Am nächsten Tag stellt die Staatsanwaltschaft beim zuständigen Untersuchungsrichter die Anträge auf Einleitung der Voruntersuchung wegen §§ 127, 130, 1. Fall, 15 StGB und Verhängung der Untersuchungshaft gemäß § 173 Abs 2 Z. 1 und 3 lit b StPO.

Lösung: Hier stellt sich das Problem der Fluchtgefahr nach Begehung eines geringfügigen Delikts. Art 1 und 2 PersFrG regeln die Tatbestände zulässigen Freiheitsentzugs. Grundsätzlich gilt, dass der Entzug der persönlichen Freiheit nur als *ultima ratio* vorgenommen werden darf (vgl das in Art 1 Abs 3 PersFrG verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip).³³³

Die Verhängung der Untersuchungshaft setzt dringenden Tatverdacht und das Vorliegen eines Haftgrundes voraus. Sie muss ferner notwendig und verhältnismäßig sein (Vgl § 173 Abs 1 StPO). Im Zuge einer Prüfung des Vorliegens von Haftgründen müssen die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden. Der Umstand, dass die/der mutmaßliche TäterIn kein/e österreichische/r Staatsangehörige/r ist, lässt nicht von vornherein auf eine Fluchtgefahr schließen. Diesbezüglich ist zu prüfen, inwieweit die betreffende Person sozial integriert ist, etwa ob sie/er beispielsweise über einen festen Wohnsitz im Inland verfügt und einer geregelten Arbeit nachgeht. Außerdem handelt es sich im vorliegenden Fall um ein geringfügiges Diebstahlsdelikt (eventuell Entwendung im Sinne von § 141 StGB). Es ist daher äußerst fraglich, ob in diesem Fall eine Verhängung der Untersuchungshaft notwendig bzw. verhältnismäßig wäre oder ob gelindere Mittel (§ 173 Abs 5 StPO) ausreichen würden um die Sicherung der strafrechtlichen Untersuchung zu sichern.³³⁴

Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR sind für die Feststellung und Wertung des Tatverdachts in erster Linie die innerstaatlichen Behörden zuständig. Der EGMR beschränkt sich insofern auf eine Willkürkontrolle. Seine Vorgaben sind nicht so streng wie die von den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten verlangten.³³⁵ Für den Gerichtshof genügt bereits das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts für die Verhängung der Unter-

³³³ S. dazu näher *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 53ff.

³³⁴ Vgl *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007), 102 f.

³³⁵ *Reindl*, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention. Der Schutz der persönlichen Freiheit und die Haft im Strafverfahren (1997), 73.

suchungshaft (die österreichische Rechtsordnung spricht von „dringendem Tatverdacht“ und verlangt das Vorliegen von Haftgründen gemäß § 173 Abs 2 StPO). Da sich der EGMR bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft regelmäßig auf die Vorgaben des innerstaatlichen Rechts stützt, hätte er in solch einem Fall zu prüfen, ob die innerstaatlichen Gerichte das Vorliegen eines Haftgrundes (oder mehrerer Haftgründe) ausreichend begründet haben.³³⁶ Im gegenständlichen Fall wäre die Annahme des Vorliegens einer Fluchtgefahr aus den genannten Gründen und nach Art 5 Abs 1 lit c EMRK unverhältnismäßig.

5.1.7 Herausforderungen in der Rechtspraxis

Die derzeitigen österreichischen Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Untersuchungshaft können in mehrfacher Hinsicht als problematisch erachtet werden. So können etwa bis zu 96 Stunden vergehen, bis eine festgenommene Person der/dem zuständigen RichterIn vorgeführt wird (Vgl §§ 172 Abs 1 und 3 iVm § 174 Abs 1 StPO). Eine derartige Praxis steht mit dem in Art 5 Abs 3 EMRK verankerten Anspruch auf unverzügliche Vorführung vor eine/n RichterIn im Widerspruch, wobei zu beachten ist, dass es sich bei den in der StPO angegebenen Fristen um Maximalfristen handelt, die nur in begründeten Fällen ausgeschöpft werden dürfen.³³⁷ § 177 StPO sieht vor, dass sämtliche am Strafverfahren beteiligten Behörden verpflichtet sind, darauf hinzuwirken, dass die Haft so kurz wie möglich dauere und dass die Ermittlungen von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei mit Nachdruck und unter besonderer Beschleunigung zu führen sind. Diese Bestimmung ist daher von Gericht und Staatsanwaltschaft in Übereinstimmung mit Art 5 Abs 3 EMRK und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EGMR auszulegen, um konventionswidrige Verzögerungen zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist auch auf die ständige Rechtsprechung des OGH zum Beschleunigungsgebot in Haftsachen zu verweisen, wonach die Gerichte alles ihnen Mögliche zur Abkürzung der Haft zu unternehmen haben.³³⁸

Ein weiteres Problem könnte sich im Zusammenhang mit einer Beschränkung der Akteneinsicht ergeben. Gemäß § 51 Abs 2 StPO kann die Akteneinsicht der/des Beschuldigten unter bestimmten Umständen eingeschränkt werden. Hierbei ist zu beachten, dass dabei

³³⁶ S *Trechsel*, Human Rights in Criminal Proceedings (2005), 425f.

³³⁷ Vgl die Kritik von *Bertel*, in: *Soyer* (Hg.), Strafverteidigung – Realität und Vision (2003), 10. S dazu auch *Bertel/Venier*, Das neue Strafprozessrecht (2007), 97.

³³⁸ Vgl etwa OGH 19.3.2007, 15 Os 24/07d.

nicht gegen die Art 5 Abs 4 EMRK zugrunde liegenden kontradiktorischen Prinzipien, vor allem im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit, verstoßen wird.³³⁹

5.1.8 Reflexionsfragen

- Unter welchen Umständen ist die Verhängung der Untersuchungshaft nach Art 5 Abs 1 lit c EMRK gerechtfertigt?
- Wann liegen nach EGMR die Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung vor?
- Gibt es unterschiedliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verhängung der Untersuchungshaft nach innerstaatlichem Recht und der EMRK? Welche Haftgründe müssen jeweils vorliegen?
- Wann ist eine Festnahme zulässig, wann die Verhängung der Untersuchungshaft?
- Welche Kriterien sind bei der Frage der Angemessenheit der Haftdauer zu berücksichtigen?
- Worauf haben Untersuchungshäftlinge mit Rücksicht auf die Behandlung ihres Falles Anspruch?
- Wie ist der Rechtsschutz bei der Untersuchungshaft gestaltet?

5.2 Recht auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK)

5.2.1 Schutzbereich

Art 8 EMRK enthält die Garantie des Schutzes der Privatsphäre. Er gewährleistet einen Anspruch auf Achtung des Privatlebens, des Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs. Diese Bereiche lassen sich nicht klar voneinander abgrenzen, sondern weisen Überschneidungen auf.³⁴⁰

Art 8 EMRK schützt das Privatleben – im Gegensatz zu Art 9 (Unverletzlichkeit des Hausrechts) und 10 (Brief- und Fernmeldegeheimnis) StGG und dem „Gesetz vom 27. Ok-

³³⁹ *Reindl*, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention. Der Schutz der persönlichen Freiheit und die Haft im Strafverfahren (1997), 249.

³⁴⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 226.

tober 1862 zum Schutze des Hausrechtes³⁴¹ – umfassend und sichert der/dem Einzelnen einen Bereich, innerhalb dessen sie/er ihre/seine Persönlichkeit frei entfalten kann.³⁴² Zu diesem geschützten Bereich gehören jedenfalls die Verfügung über den eigenen Körper, das Sexualverhalten bzw. die sexuelle Orientierung³⁴³ und die körperliche und geistige Empfindlichkeit (Gesundheitszustand), das private Tun, die Kontakte mit engen Bezugspersonen und die persönliche Identität.³⁴⁴ Der Anspruch auf Achtung des Privatlebens wird jedoch in dem Maße automatisch gemindert, in dem die/der Einzelne ihr/sein Privatleben mit dem öffentlichen Leben in Verbindung bringt.³⁴⁵ Wenn die/der Einzelne mit ihren/seinen Handlungen in die Öffentlichkeit tritt, etwa bei freiwilligen Erklärungen im Gerichtssaal, verlässt sie/er ihre/seine Privatsphäre.³⁴⁶

Die Definition des Begriffes „Privatleben“ ist breit gefasst. Der EGMR hielt bereits ausdrücklich fest, dass das Privatleben nicht nur den höchstpersönlichen Lebensbereich umfasst, sondern auch die Beziehung zu anderen Menschen. Auch berufliche Aktivitäten werden zum Privatleben nach Art 8 EMRK gerechnet.³⁴⁷ Die Identität eines Menschen und das Recht der/des Einzelnen auf Achtung der sexuellen Selbstbestimmung gehören ebenfalls zum geschützten Bereich des Privatlebens, sodass etwa eine geschlechtskorrigierend operierte transsexuelle Person für den Bereich des Personenstandsrechts als Angehörige/r desjenigen Geschlechts anzusehen ist, das ihrem äußeren Erscheinungsbild entspricht. Ebenso sind die Gewährleistung der Privatsphäre (als Abwehrrecht gegen die staatliche Erforschung derselben), die individuelle Kommunikation mit anderen, der Schutz der Ehre einer Person sowie die freie Gestaltung der Lebensführung, welche etwa den Schutz des besonderen Lebensstils von Minderheiten sowie allgemein die Achtung der zwischenmenschlichen Beziehungen umfasst, vom Begriff des Privatlebens erfasst.³⁴⁸

³⁴¹ RGBI 1862/88. Das Gesetz, das im Verfassungsrang steht, sieht vor, dass eine Hausdurchsuchung nur aufgrund eines mit Gründen versehenen richterlichen Befehls unternommen werden darf. Lediglich bei Gefahr im Verzug kann auch ohne richterlichen Befehl eine Hausdurchsuchung angeordnet werden.

³⁴² EGMR 12.7.1977, *Brüggemann u Scheuten vs Deutschland*.

³⁴³ EGMR 22.10.1981, *Dudgeon vs United Kingdom*, EuGRZ 1983, 488.

³⁴⁴ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 70.

³⁴⁵ *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 70.

³⁴⁶ *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar (1996), 340 Rz 5.

³⁴⁷ EGMR 16.12.1992, *Niemietz vs Deutschland*, EuGRZ 1993, 65.

³⁴⁸ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 199 Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 229 ff.

Art 8 EMRK schützt weiters das Familienleben, d.h. das Zusammenleben in der Familie. Der Begriff des Familienlebens ist nicht auf Familien beschränkt, die sich auf Heirat gründen. Der EGMR unterscheidet nicht zwischen einer „ehelichen“ und einer „nichtehelichen“ Familie, sondern stellt auf ein tatsächlich bestehendes Familienleben ab. Für die Feststellung, ob es sich im Einzelfall um eine familiäre Beziehung iSv Art 8 handelt, stützt er sich auf tatsächliche Anhaltspunkte, wie das gemeinsame Wohnen, die Art und die Länge der Beziehung sowie das Interesse und die Bindung der Partner aneinander.³⁴⁹ Auch die Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern und andere *de facto*-Beziehungen, etwa zu nahen Verwandten, zu denen eine tatsächliche Bindung besteht, sind vom Schutzbereich des Art 8 umfasst. Art 8 Abs 1 EMRK fordert vom Staat, nicht nur Eingriffe in das Privat- und Familienleben zu unterlassen, sondern auch mittels Gesetzen, Rechtsprechung und Verwaltung den Schutz dieser Rechte sicherzustellen. 2013 entschied die Große Kammer des EGMR im Fall *X vs Österreich*³⁵⁰, dass die damals geltende Fassung des § 182 (2) ABGB zur Stiefkindadoption einem lesbischen Paar gegenüber diskriminierend sei und eine Verletzung von Art. 14 iVm Art. 8 EMRK bedinge. Der EGMR bestätigte in diesem Urteil, dass der Ermessensspielraum des Staates gering ist, wenn es um Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung geht.³⁵¹

Art 8 EMRK gewährleistet außerdem das Recht auf Achtung der Wohnung, das auch wohnungsnaher Gebäude und Gebäudeteile (zB Garagen, Keller, Terrassen, Dachböden), Flächen im Freien (zB Innenhöfe und Gärten), aber auch Wohnwagen und Hausboote umfasst, sowie das Recht auf Achtung des fernmeldeverkehrs („correspondence“), dessen Schutzbereich nicht nur schriftliche Mitteilungen, sondern auch Telefongespräche und die Kommunikation per E-Mail umfasst. Schutzzweck der Korrespondenzfreiheit ist der Schutz nicht-öffentlicher Mitteilungen von einer Person zu einer anderen vor Eingriffen des Staates.³⁵²

Auch die Charta der Grundrechte der EU enthält in Art. 7 eine Bestimmung zum Schutz des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Kommunikation. Hierbei

³⁴⁹ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 204 Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 238 ff.

³⁵⁰ EGMR, *X vs. Österreich*, 19.2.2013, ApplNr. 19010/07.

³⁵¹ Das Rechtskomitee Lambda führt weiters seit Jahren eine Klagsoffensive gegen Diskriminierungen aufgrund des eingetragene Partnerschaft-Gesetzes, nähere Informationen hierzu und zu anderen Fällen von Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung finden sich auf der Homepage <http://www.rklambda.at/News/index.htm>.

³⁵² Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 207 ff Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 2240 f.

handelt es sich um eine fast wörtliche Übernahme der EMRK-Bestimmung, lediglich der Begriff „Korrespondenz“ wurde durch die modernere „Kommunikation“ ersetzt. Zusätzlich gibt es in Art. 8 GRC ein eigenständiges Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten.³⁵³

5.2.2 Eingriffstatbestände

Eingriffe in den Schutzbereich des Art 8 Abs 1 sind nur nach den in Art 8 Abs 2 EMRK normierten Vorgaben zulässig. Die Eingriffe müssen gesetzlich vorgesehen und zur Erreichung eines öffentlichen Ziels in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, dh verhältnismäßig sein. Legitime Ziele sind etwa die nationale und öffentliche Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl eines Landes, die Aufrechterhaltung der Ordnung, der Schutz der Gesundheit oder der Rechte und Freiheiten anderer. Das Verbot jeglicher homosexueller Handlungen etwa kann nicht unter Hinweis auf den Schutz der öffentlichen Moral gerechtfertigt werden. Zum Schutz der Rechte anderer können sexuelle Handlungen unter Strafe gestellt werden, die bei minderjährigen oder einwilligungsunfähigen oder solchen Personen, die nicht eingewilligt haben, vorgenommen werden.³⁵⁴ Auch können Eingriffe in die physische oder psychische Unversehrtheit nur insoweit zulässig sein, als dafür ein wichtiges Interesse iSd Art 8 Abs 2 EMRK vorliegt.³⁵⁵ Geheime Überwachungsmaßnahmen etwa, auch in der Öffentlichkeit, sind allgemein als Eingriff in die Privatsphäre zu qualifizieren und können ebenfalls nur nach Abs 2 gerechtfertigt werden.³⁵⁶ Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des innerstaatlichen Rechts sind in jenen Fällen besonders hoch, in denen es sich um geheime staatliche Maßnahmen handelt (dies gilt insbesondere für das geheime Sammeln u Speichern von Daten).³⁵⁷

5.2.3 Spezifisches im Straf(prozess-)recht

Durchsuchung von Wohnungen

Unter „Wohnung“ ist jede Räumlichkeit zu verstehen, der eine gewisse Privatsphäre anhaftet. Art 8 EMRK gewährt Schutz gegen jede Art von Eindringen oder Verweilen in einer

³⁵³ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 227

³⁵⁴ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 214; *Menschenrechtskonvention⁵* (2012), 241 ff.

³⁵⁵ Vgl. VwGH 30.9.1997, JBl 1998, 461.

³⁵⁶ *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar (1996), 340 Rz 6.

³⁵⁷ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 246 f, EGMR etwa in *Khan vs. Großbritannien*, Nr. 35394/97.

solchen Wohnung gegen den Willen der Wohnungsinhaberin / des Wohnungsinhabers.³⁵⁸ Spätestens seit dem Urteil des EGMR im Fall *Niemietz vs Deutschland*³⁵⁹ ist nunmehr geklärt, dass auch geschäftlich genutzte Räumlichkeiten in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung der Wohnung fallen. Für die Durchsuchung von Wohnungen gelten die in Art 8 Abs 2 EMRK verankerten Eingriffsvorbehalte. Demnach müssen Eingriffe in Art 8 EMRK gesetzlich vorgesehen sein, einem der in Art 8 Abs 2 EMRK angeführten legitimen Ziele (hier: der Aufklärung bzw. Verhinderung von strafbaren Handlungen) dienen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Der Begriff der Notwendigkeit setzt voraus, dass der Eingriff einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht und insbesondere im Bezug auf das legitime Ziel verhältnismäßig ist. Grundsätzlich muss bei allen in den Schutzbereich von Art 8 Abs 1 EMRK fallenden Eingriffen eine Rechtsgüterabwägung vorgenommen werden.³⁶⁰ Wenn bei Hausdurchsuchungen Dokumente in Augenschein genommen werden, die als Briefverkehr zu werten sind, stellt dies etwa einen Eingriff in die Korrespondenzfreiheit dar.³⁶¹

Zentralen Ansatzpunkt jeder Prüfung des EGMR bildet die Frage, ob das Verhältnismäßigkeitsprinzip eingehalten wurde, also ob die betreffende Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen war, um den Eingriff rechtfertigen zu können.³⁶² Daneben prüft der Gerichtshof regelmäßig, ob die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Vollzugspraktiken angemessene und wirksame Sicherungen gegen Missbrauch bieten. Die Anordnung der Durchsuchung der Wohnung durch eine/n RichterIn stellt in diesem Zusammenhang ein wesentliches Element der Absicherung des Verfahrens dar. Umgekehrt überprüft der EGMR dort besonders aufmerksam die Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung, wo es an einem Richtervorbehalt fehlt.³⁶³

Zur Feststellung, ob die angegriffene Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war, stellt der EGMR auf die Art und Weise der Erteilung und den Inhalt der Durchsuchungsanordnung sowie auf deren Vollzug ab. Grundsätzlich hat sich jeder Eingriff

³⁵⁸ Siehe *Wildhaber/Breitenmoser*, in: *Karl* (Hg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1994), 163.

³⁵⁹ EGMR 16.12.1992, NL 1993/1/17; EuGRZ 1993, 65; ÖJZ 1993, 389.

³⁶⁰ Siehe dazu Kapitel 0. Vgl *Wildhaber/Breitenmoser*, in: *Karl* (Hg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1994), 11.

³⁶¹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 245 Rz. 31 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 214.

³⁶² Vgl dazu näher *Wildhaber/Breitenmoser*, in: *Karl* (Hg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (1994), 245ff.

³⁶³ Siehe EGMR 16.4.2002, *Stés Colas vs Frankreich*, NL 2002, 88.

in die von Art 8 EMRK garantierten Rechte auf ein vernünftiges Maß zu beschränken. Strengere Anforderungen an das Verfahren werden etwa bei der Durchsuchung von Anwaltskanzleien gestellt, da dies Auswirkungen auf eine ordnungsgemäße Rechtspflege und damit auf die Garantien des Art 6 EMRK haben könnte.³⁶⁴

Beschlagnahme von Gegenständen

Die im Zuge einer Hausdurchsuchung vorgenommene Beschlagnahme³⁶⁵ von Gegenständen wird vom EGMR nicht getrennt beurteilt. Er prüft dabei stets, ob die Beschlagnahme in Beachtung der im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Garantien erfolgte. Der EGMR musste sich bisher kaum mit im Gefolge von Hausdurchsuchungen durchgeführten Beschlagnahmen befassen.³⁶⁶

Telefonüberwachung

Abhörmaßnahmen beschäftigten den EGMR bereits wiederholt. Gemäß seiner ständigen Rechtsprechung stellen das Abhören und andere Formen der Überwachung von Telefongesprächen einen schwerwiegenden Eingriff in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Privatsphäre dar.³⁶⁷

Die konventionsrechtlichen Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des innerstaatlichen Rechts sind bei behördlichen Überwachungsmaßnahmen daher besonders hoch. So muss das innerstaatliche Recht Kategorien von Personen festlegen, deren Telefone durch gerichtliche Anordnung abgehört werden dürfen, die Natur

³⁶⁴ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 256Menschenrechtskonvention⁴ (2009), Rz 4546, hier mit dem Hinweis auf den oben zitierten Fall *Niemietz*. Trotz richterlicher Anordnung sah der EGMR die Durchsuchung einer deutschen Anwaltskanzlei als unverhältnismäßig an, da die Durchsuchung nicht ausreichend eingegrenzt war und keine speziellen Sicherungen für die Durchsuchung von Anwaltskanzleien vorhanden waren. Die Durchsuchung sämtlicher Dateien einer Anwaltskanzlei muss überdies durch besondere Gründe gerechtfertigt sein, die im Hausdurchsuchungsbefehl genannt werden müssen (vgl. EGMR 3.7.2012, *Robathin vs Österreich*, NL 2012, 229; ÖJZ 2012, 1103). S. auch OGH 3.5.2011, 12 Os 127/10h, ÖJZ 2011, 608 (Voraussetzungen für Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei). Ähnlich hoch sind die Anforderungen auch bei JournalistInnen, wobei hier der Schutz journalistischer Quellen im Vordergrund steht (vgl. EGMR 25.2.2003, *Roemen und Schmit vs Luxemburg*, NL 2003, 74).

³⁶⁵ S. (für Österreich) dazu *Zerbes*, Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen, ÖJZ 2012, 845 und *Stuefer*, Anwaltsprivileg, Durchsuchung und Beschlagnahme im Strafverfahren, JSt 2011, 134.

³⁶⁶ S. EGMR 14.3.2013, *Bernh Larsen Holding AS u.a. vs Norwegen*, NL 2013, 103 (von Unternehmen im Zuge einer Steuerprüfung geduldete "Beschlagnahme" einer Server-Sicherungskopie). Vgl. S. *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings (2005), 557ff.

³⁶⁷ Vgl. EGMR 25.3.1998, *Kopp vs die Schweiz*, NL 1998, 73; ÖJZ 2010, 524; EGMR 30.7.1998, *Valenzuela Contreras vs Spanien*, NL 1998, 146; ÖJZ 1999, 510; EGMR 16.2.2000, *Amann vs die Schweiz*, NL 2000, 50; ÖJZ 2001, 71; *M. M. vs die Niederlande*, NL 2003, 86; EGMR 17.7.2003, *Craxi (Nr. 2) vs Italien*, NL 2003, 211.

der Straftaten bestimmen, die zur Anordnung solcher Maßnahmen führen können, eine zeitliche Begrenzung dieser Maßnahmen vorsehen, das Verfahren zur Erstellung des Berichts über die abgehörten Gespräche regeln und die Umstände nennen, unter denen Aufzeichnungen gelöscht werden können oder müssen.³⁶⁸

Ein – wenn auch weniger intensiver – Eingriff in das Recht der anrufenden als auch der angerufenen TeilnehmerInnen ist dann gegeben, wenn sich die Überwachung nur auf die „äußeren Gesprächsdaten“ bezieht, das heißt auf die von einem privaten Telefonapparat aus gewählten Nummern, den Zeitpunkt und die Dauer der Gespräche.³⁶⁹

Fallbeispiel: Hausdurchsuchung

Sachverhalt: Der Erstbeschwerdeführer ist Rechtsanwalt und Eigentümer bzw. Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin, der Bicos-Beteiligungsgesellschaft, die wiederum alleinige Eigentümerin der Novamed GmbH ist. Beide Gesellschaften haben ihren Sitz in den Räumlichkeiten der Kanzlei des Erstbeschwerdeführers. Am 30.8.2000 erließ das LG Salzburg aufgrund eines Rechtshilfeersuchens der Staatsanwaltschaft Neapel wegen Verdachts des illegalen Medikamentenhandels einen Durchsuchungsbefehl für den Sitz der Zweitbeschwerdeführerin und der Novamed GmbH. Darin wurde die Beschlagnahme aller Geschäftsunterlagen angeordnet, die Kontakte zu den Verdächtigen enthüllten. Am 10.10.2000 wurde die Kanzlei des Erstbeschwerdeführers von Beamten der Wirtschaftspolizei und Datensicherungsexperten des Innenministeriums nach Akten, die Novamed oder Bicos betrafen, durchsucht. Alle Dokumente wurden vor ihrer Beschlagnahme bzw. Versiegelung dem Erstbeschwerdeführer sowie dem anwesenden Vertreter der Rechtsanwaltskammer gezeigt und in einem Protokoll aufgelistet. Am selben Tag erstellten die beteiligten Beamten einen Datensicherungsbericht über die durchsuchten bzw. auf Disketten kopierten Dateien. Am 13.10.2000 entschied der Untersuchungsrichter über die weitere Vorgehensweise bezüglich der versiegelten Dokumente. Einige wurden kopiert und dem Akt beigegeben, andere wurden dem Erstbeschwerdeführer zu-

³⁶⁸ Vgl zu alldem EGMR 18.5.2010, *Kennedy vs Vereinigtes Königreich*, NL 2010, 156 (Konventionskonformität von Überwachungsmaßnahmen). Anders als bei der Überwachung der privaten Telekommunikation durch visuelle oder akustische Methoden gelten bei der Überwachung der Bewegungen einer Person im öffentlichen Raum mittels GPS (hier: Anbringen eines Peilsenders am Auto des Verdächtigen) weniger strenge Standards (vgl EGMR 2.9.2010, *Uzun vs. Deutschland*, NL 2010, 271).

³⁶⁹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 245 Rz. 31 aEMenschenrechtskonvention⁴ (2009), 214. S auch den ausführlichen Überblick bei *Trechsel*, Human rights in criminal proceedings (2005), 545ff.

rückgegeben, da ihre Verwendung in dem Verfahren seine berufliche Verschwiegenheitspflicht verletzt hätte. Die Beschwerdeführer erhoben Beschwerde an die Ratskammer des LG Salzburg wegen Verletzung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses des Erstbeschwerdeführers durch die unbeaufsichtigte Durchsicht und Sicherstellung elektronischen Datenmaterials und rügten das Fehlen von Informationen über die Durchsichtung und Sicherstellung elektronischer Daten im Protokoll. Die Ratskammer wies die Beschwerde am 31.1.2001 als unbegründet ab, da die elektronischen Daten nur nach bestimmten Suchkriterien durchforstet worden seien. Außerdem habe die Durchsichtung der Kanzlei nur Dokumente betroffen, die der Erstbeschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Organ der beiden Gesellschaften verwahrt hätte. Die Beziehung zwischen Anwalt und Mandanten könne daher nicht betroffen sein. Die Durchsichtung habe auf einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung beruht, die auch die Durchsichtung und Sicherstellung elektronischer Daten umfasst habe.

Rechtsausführungen: Die StPO enthielt früher zwar keine besonderen Vorschriften für die Durchsichtung und Sicherstellung elektronischer Daten (nunmehr findet sich eine diesbezügliche Regelung in § 112 StPO), regelte jedoch detailliert die Beschlagnahme von Gegenständen und von Papieren. Nach der gefestigten Rechtsprechung der österreichischen Gerichte waren diese Vorschriften auch auf elektronische Daten anzuwenden. Die Beschwerdeführer bestritten nicht, dass die gerügten Maßnahmen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhten. Die Durchsichtung und Beschlagnahme wurde im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen Dritte angeordnet. Sie diente daher dem legitimen Ziel der Verhütung von Straftaten. Die Durchsichtung der Computer beruhte auf einer Anordnung des Untersuchungsrichters im Zusammenhang mit einem Rechtshilfeersuchen der italienischen Behörden. Angesichts der gefundenen Rechnungen beruhte der Durchsichtungsbefehl auf einem ausreichend begründeten Verdacht. Ferner beschränkte dieser die Dokumente und Daten, nach denen zu suchen war, in angemessener Weise auf Geschäftsunterlagen, die Kontakte zu den italienischen Verdächtigen offen legten. Die Durchsichtung blieb innerhalb dieser Grenzen, da die Beamten nur Dokumente bzw. Daten suchten, die entweder das Wort „Novamed“ oder „Bicos“ oder den Namen eines der Verdächtigen enthielten. Die StPO enthielt zudem eine Reihe von verfahrensrechtlichen Garantien in Bezug auf die Beschlagnahme von Dokumenten und elektronischen Daten. Auffällig ist jedoch, dass diese Garantien zwar bezüglich der Beschlagnahme der Papiere, nicht jedoch in Bezug auf die elektronischen Daten eingehalten wurden. Erstens war der Vertreter der Rechtsanwaltskammer während der Durchsichtung der Computer zwar zeitweise anwesend (§ 121 Abs 2 StPO), jedoch meist mit der Überwachung der Beschlagnahme der Papiere beschäftigt, weshalb er seine Überwachungsaufgabe in Hinblick auf die elektronischen Daten nicht angemessen wahrnehmen konnte. Zweitens wurde der Bericht über die angewendeten Suchkriterien und die

sichergestellten Dateien nicht bei der Beendigung der Durchsuchung erstellt, sondern erst später am selben Tag. Überdies verließen die Beamten offenbar die Kanzlei nach Abschluss der Durchsuchung, ohne den Erstbeschwerdeführer oder den Vertreter der Anwaltskammer über die Ergebnisse der Durchsuchung zu informieren. Diese Art und Weise der Durchführung der Durchsuchung brachte für den Erstbeschwerdeführer die Gefahr einer Verletzung seiner beruflichen Verschwiegenheitspflicht mit sich. Die Durchsuchung und Sicherstellung der elektronischen Daten war somit aufgrund der Verletzung einiger der in der StPO vorgesehenen verfahrensrechtlichen Garantien, die der Verhinderung von Missbrauch und Willkür sowie dem Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht dienen, unverhältnismäßig zum verfolgten Ziel. Es lag daher in Bezug auf den Erstbeschwerdeführer eine Verletzung von Art 8 EMRK vor (einstimmig). Da die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht auch dem Schutz der Mandanten dient, sah der EGMR keinen Grund, in Bezug auf die Zweitbeschwerdeführerin zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Er stellte somit auch hier eine Verletzung von Art 8 EMRK fest (4:3 Stimmen).³⁷⁰

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Der Vater einer 12-jährigen Tochter erstattet Anzeige, da er durch das Lesen der E-Mails seiner Tochter erfährt, dass diese sich regelmäßig mit dem ca. 40-jährigen A trifft. Sie selbst bestreitet derartige Kontakte. In der Folge ersucht die Polizei um die Erlassung eines Hausdurchsuchungsbefehls zwecks Auffindung und Sicherstellung von kinderpornographischem Material im Haus des A.

Zur innerstaatlichen Rechtslage: Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Tatbestand der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 207a Abs 1 StGB oder der pornographischen Darbietung Minderjähriger im Sinne des § 215a StGB überhaupt verwirklicht sein könnte, A also einer strafbaren Handlung verdächtig ist. Für die Begehung derartiger Delikte finden sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Es könnte etwa auch gemutmaßt werden, dass ein sexueller Missbrauch von Jugendlichen nach § 207b StGB vorliegt. Dafür, dass eine Begehung von Sexualdelikten zumindest nicht ganz von der Hand zu weisen ist, könnte die Bestreitung seitens der Tochter, Kontakte mit A. zu haben, sprechen. Fraglich ist, ob tatsächlich ein begründeter Verdacht vorliegt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Hausdurchsuchungen, um „irgendwas Belastendes zu finden“, unzulässig sind (zB VfSlg 12.849/1991). Ginge man aber davon aus, dass bestimmte Tatsa-

³⁷⁰ EGMR 16.10.2007, *Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH vs Österreich*, NL 2007, 258; ÖJZ 2007, 792; dem folgend OGH 3.5.2011, 12 Os 127/10h, NL 2011, 252

chen im Sinne des § 119 Abs 1 StPO tatsächlich darauf hindeuten würden, dass sich im Haus des A. pornographisches Material befindet, wäre die Vornahme einer Hausdurchsuchung grundsätzlich zulässig. Dabei wäre Bedacht darauf zu nehmen, dass der Durchsuchungsbefehl jene Gegenstände genau bezeichnet, nach denen gesucht werden muss. Damit soll der/dem WohnungsinhaberIn die Gelegenheit gegeben werden, diese freiwillig herauszugeben.³⁷¹

Zur Rechtslage nach der EMRK: Eine Hausdurchsuchung ist gemäß der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR als Eingriff in das Recht auf Achtung der Wohnung nach Art 8 EMRK zu werten. Eine Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von Gegenständen greift wiederum in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Eigentumsrecht (Art 5 StGG, Art 1 1. ZP EMRK) ein.³⁷²

In seinem Urteil vom 30.3.1989 im Fall *Chappell vs Großbritannien* nahm der EGMR im Zuge der Prüfung der Notwendigkeit einer Hausdurchsuchung ausdrücklich darauf Bezug, dass ihr eine richterliche Entscheidung zugrunde lag, die nach Vorlage von Beweismitteln ergangen war und bedeutende Einschränkungen hinsichtlich der Tragweite der Durchsuchungsanordnung enthalten hatte.³⁷³ Ferner betonte der EGMR, dass Eingriffe in das Hausrecht verhältnismäßig sein müssen (hierbei spielt die Frage der Schwere des mutmaßlichen Delikts eine große Rolle) und der Hausdurchsuchungsbefehl sorgfältig begründet zu sein hat.³⁷⁴

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung würde im vorliegenden Fall angesichts der Schwere des Sexualdelikts zwar zugunsten der Vornahme einer Hausdurchsuchung sprechen. Es käme aber darauf an, ob tatsächlich ein begründeter Verdacht vorliegt. Hierzu sei daran erinnert, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht nur eine Abwägung der Rechtsgüter erfordert. Ein zentraler Punkt ist eben auch die Geeignetheit der in Aussicht genommenen Maßnahme. Im vorliegenden Fall wäre die Vornahme einer Hausdurchsuchung kein taugliches Instrument zur Aufdeckung eines lediglich „im Raum stehenden“ Sexualdelikts.

³⁷¹ Vgl VwGH 24.8.2004, 2003/01/0041, NL 2004, 260.

³⁷² Vgl Cremer, in: *Grote/Marauhn* (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 1288f.

³⁷³ S Frowein in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 312 Rz 45.

³⁷⁴ S insb EGMR 28.4.2005, *Buck vs Deutschland*, NL 2005, 83.

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Ein anonymer Anrufer behauptet, dass sich im Haus des A. ca. 1 kg Suchtgift befindet. Mit diesem Sachverhalt konfrontiert die Polizei den Journalstaatsanwalt und beantragt eine Hausdurchsuchung.

Zur innerstaatlichen und konventionsrechtlichen Rechtslage: Hier gilt das oben Gesagte. Es muss ein konkreter Verdacht vorhanden sein, der eine derartige Maßnahme rechtfertigt.³⁷⁵ Den Hinweisen anonymer AnruferInnen ist hinsichtlich ihres Wahrheitsgehalts grundsätzlich mit besonderer Vorsicht nachzugehen.

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Die Polizei will einen Haftbefehl gegen A vollziehen. Dieser versteckt sich in seiner Wohnung. Darf die Polizei zur Vollziehung des Haftbefehls auch die Wohnung durchsuchen?

Zur innerstaatlichen und konventionsrechtlichen Rechtslage: Eine Anordnung zur Festnahme berechtigt die Kriminalpolizei auch zur Durchsuchung der Wohnung und anderer vom Hausrecht geschützter Orte, um darin nach der/dem Verdächtigen zu suchen. Dies gilt nach § 93 Abs 1 letzter Satz StPO, „soweit die Festnahme nach dem Inhalt der Anordnung in diesen Räumen vollzogen werden soll“ und setzt nach § 1 HausRG voraus, dass eine richterliche Bewilligung die Kriminalpolizei zur Durchsuchung eben dieser Wohnung ermächtigt. Ohne richterliche Bewilligung darf die Polizei eine Wohnung nur bei Gefahr im Verzug und nur unter Einhaltung der in § 2 HausRG genannten Förmlichkeiten durchsuchen.³⁷⁶ Bei der konventionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu beachten, ob bei einer gleichzeitig mit der Verhaftung vorgenommenen Hausdurchsuchung ausreichende Sicherheiten gegen Missbrauch bestehen, insbesondere ob nach erfolgter Festnahme eine weitere Durchsuchung der Wohnung durch einen richterlichen Befehl gedeckt war.

³⁷⁵ Vgl VfSlg 12.849/1991 und das einschlägige Erkenntnis des VfGH VfSlg 12213/89, wonach zur Zeit der Vornahme der Hausdurchsuchung mit gutem Grund (vertretbar) angenommen werden muss, die betreffende Person sei eines Verbrechens nach dem Suchtgiftgesetz verdächtig.

³⁷⁶ So Bertel/Venier, Einführung in die neue Strafprozessordnung (2005), 88.

Fallbeispiel: Schutz des Fernmeldegeheimnisses

Sachverhalt: Nach einem Einbruchsdiebstahl im zweiten Wiener Gemeindebezirk beantragt die Polizei eine Zellenabfrage (Erhebung von Standortkennungen) für den Zeitraum von 22:00 bis 04:00 Uhr. Ist diese Telefonüberwachung verhältnismäßig?

Zur innerstaatlichen Rechtslage: Es besteht der Verdacht des Einbruchdiebstahls im Sinne des § 129 StGB. Eine solche Straftat ist mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu ahnden. Eine Zellenabfrage wäre daher an und für sich zulässig (§ 134 Z 2 StPO in Verbindung mit § 135 Abs 3 StPO). Allerdings darf die Überwachung nur im unbedingt erforderlichen Umfang angeordnet werden, das heißt unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips (vgl die Anforderungen des § 138 StPO). Die Zellenabfrage wäre jedenfalls genau zu umschreiben (vgl § 137 Abs 3 und § 138 Abs 1 Z 4 StPO).

Zur Rechtslage nach der EMRK: Laut Rechtsprechung des EGMR stellen die Überwachung bzw. das Abhören von Telefongesprächen einen schwerwiegenden Eingriff in das Privatleben dar.³⁷⁷ Zellenabfragen greifen in die von Art 8 EMRK geschützte Privatsphäre ein, wenngleich der Eingriff hier nicht derart massiv ist wie etwa beim Abhören von Telefongesprächen. Umgelegt auf den vorliegenden Fall bedeutet das, dass die Behörden zu prüfen haben, ob das angewendete Mittel (Zellenabfrage) verhältnismäßig gegenüber dem gesetzlich verfolgten Ziel (Verbrechensbekämpfung) ist. Dies hat in Form einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter mit den öffentlichen Interessen zu geschehen.³⁷⁸ Eine Anordnung generell für den zweiten Gemeindebezirk (mehr als 90.000 Einwohner, deren Privatsphäre auch zu respektieren wäre) muss wohl jedenfalls als unverhältnismäßig betrachtet werden.

Fallbeispiel:

Sachverhalt: Ein 15jähriger Bub ist seit zwei Wochen abgängig. Die Polizei befürchtet, dass er Opfer eines Gewaltverbrechens geworden ist und beantragt eine Zellenabfrage für die Stadt Pulkau, in der der Bub zuletzt gesehen wurde.

³⁷⁷ Vgl etwa EGMR 6.9.1978, *Klass vs Deutschland*, EuGRZ 1979, 278; EGMR 25.3.1998, *Kopp vs die Schweiz*, NL 1998, 73; ÖJZ 1999, 115; EGMR 30.7.1998, *Valenzuela Conteras vs Spanien*, NL 1998, 146; ÖJZ 1999, 510; EGMR 16.2.2000, *Amann vs die Schweiz*, NL 2000, 50; ÖJZ 2001, 71; EGMR 29.6.2006, *Gabriele Weber und Cesar Richard Saravia vs Deutschland (ZE)*, NL 2006, 177.

³⁷⁸ Vgl Frowein in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 296 Rz 16 sowie Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 249ff; Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 218ff.

Zur innerstaatlichen Rechtslage: Die Auskunft über Daten einer Nachrichtenüberwachung ist, was eine Entführung angeht, bei dringendem Tatverdacht grundsätzlich zulässig (Vgl § 135 Abs 2 Z 1 StPO). Die Zellenabfrage darf allerdings nur für den unbedingt erforderlichen Zeitraum angeordnet werden. Zu nennen sind insbesondere der Zeitpunkt des Beginns und der Beendigung der Überwachung (Vgl § 138 Abs 1 Z 4 StPO).

Zur Rechtslage nach der EMRK: Aus Art 2 EMRK (Recht auf Leben) kann die Pflicht des Staates abgeleitet werden, geeignete Präventivmaßnahmen zu ergreifen, um Personen zu schützen, deren Leben durch kriminelle Handlungen von Dritten bedroht ist. Dabei besteht eine Handlungspflicht erst dann, wenn eine staatliche Behörde die unmittelbare Lebensgefährdung einer bestimmten Person kennt oder kennen muss, und sie umfasst nur die Maßnahmen, die von der Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse erwartet werden können.³⁷⁹ In Anbetracht dieser Überlegungen und der Schwere der mutmaßlichen Straftat (Gewaltverbrechen) stünde einer Zellenabfrage in der Stadtgemeinde Pulkau (die Stadt hat 1.568 EinwohnerInnen) unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben nichts im Wege.

Fallbeispiel: Recht auf Datenschutz³⁸⁰

Sachverhalt: Die Polizei wird von der Staatsanwaltschaft mit Sachverhaltserhebungen gegen A wegen des Verdachtes eines Kreditbetruges beauftragt. Im Zuge dieser Erhebungen wird ein Computer der A sichergestellt und ausgewertet.

Zur innerstaatlichen Rechtslage: Im vorliegenden Fall sind die §§ 109 Z 1 und 110 bis 114 StPO sowie datenschutzrechtliche Aspekte zu beachten.

Zur Rechtslage nach der EMRK: Datenschutz wird als ein spezifisch ausgestalteter Teilbereich des Rechts auf Achtung der Privatsphäre angesehen.³⁸¹ Der Schutzbereich von Art 8 EMRK ist eröffnet, wenn Daten einer Grundrechtsträgerin / eines Grundrechtsträgers erhoben, gespeichert oder verarbeitet werden und diese/r dadurch in ihrem/seinem Privatleben beeinträchtigt ist. Erlangt der Staat Kenntnis von Aspekten der Privatsphäre eines Individuums, ist es ihm grundsätzlich untersagt, diese Informationen zu registrieren oder für andere

³⁷⁹ So Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 157Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 143 Rz 19.

³⁸⁰ Folgende Literatur sei empfohlen: Jahn/Sieghart/Fercher (Hg), Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007); Jahn (Hg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2008 (2008); Bauer/Reimer, Handbuch Datenschutzrecht (2009); Jahn, Handbuch Datenschutzrecht. Grundrecht auf Datenschutz, Zulässigkeitsprüfung, Betroffenenrechte, Rechtsschutz (2010).

³⁸¹ Vgl dazu ganz allgemein Jahn, Handbuch Datenschutzrecht. Grundrecht auf Datenschutz, Zulässigkeitsprüfung, Betroffenenrechte, Rechtsschutz (2010) und Berka, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit (Gutachten [2012]).

Zwecke zu verwerten. Zu den geschützten Daten zählen nicht nur Informationen über das Privatleben, sondern auch solche über geschäftliche Vorgänge.³⁸² Dies ist auch im vorliegenden Fall zu beachten. Bei der Vornahme von Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen ist mit Rücksicht auf die entschlagungsberechtigte Gruppe der RechtsanwältInnen, SteuerberaterInnen und WirtschaftstreuhänderInnen außerdem Sorge dafür zu tragen, dass es nicht zu einer Verletzung ihrer Verschwiegenheitspflicht gegenüber ihren KlientInnen kommt.³⁸³

Informationseingriffe³⁸⁴

Ein Eingriff in das Privatleben eines Menschen erfolgt auch, wenn Außenstehende sich Informationen aus dem privaten Bereich einer Person verschaffen (sog. Informationseingriffe). Das gilt für erkennungsdienstliche Behandlungen, aber auch zB für statistische Erhebungen. Diese sind nur bei entsprechendem öffentlichen Interesse und bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig. Hierbei kommt es darauf an, welche Informationen betroffen sind und welchen Umfang die Datenerfassung bzw. deren weitere Verwendung aufweisen. Verfassungswidrig wäre jedenfalls die Erstellung eines abschließenden Datenprofils über eine Person.³⁸⁵ Auch stellen der sog. „große Lauschangriff“ oder die Rasterfahndung einen massiven Grundrechtseingriff dar. Ob diese Eingriffe durch die Ausnahmetatbestände in Art 8 Abs 2 EMRK Deckung finden, hängt von den jeweils drohenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ab. Entscheidend ist jedenfalls, dass ein Eingriff so schonend wie möglich erfolgen muss, denn Befugnisse zur geheimen Beobachtung von BürgerInnen können nur in außergewöhnlichen Situationen und innerhalb enger Grenzen zulässig sein.³⁸⁶

³⁸² So *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 231 Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 201 Rz 10. S auch Art 1 DSGVO (Grundrecht auf Datenschutz).

³⁸³ Vgl den bereits zitierten Fall *Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH*.

³⁸⁴ Empfehlenswert *Benedek/Pekari* (Hg), Menschenrechte in der Informationsgesellschaft (2007); *Reiter/Wittmann-Tiwald* (Hg), Goodbye Privacy – Grundrechte in der digitalen Welt. Grundrechtstag 2007 (2008).

³⁸⁵ Vgl EGMR 4.12.2008, *S. und Marper vs Vereinigtes Königreich* (GK), wonach eine umfassende und wahllose Befugnis zur Speicherung von Fingerabdrücken, Zellproben und DNA-Profilen von verdächtigen, aber nicht verurteilten Personen als unverhältnismäßiger und in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendiger Eingriff in das Achtung des Privatlebens der Beschwerdeführer gesehen wurde.

³⁸⁶ EGMR 6.9.1978, *Klass ua vs Deutschland*, EuGRZ 1979, 278; *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000), 101; *Tretter*, Der digital bewegte Mensch, AnwBl 2010, 165 Vgl auch das Urteil des BVerfG vom 2.3.2010, NJW 2010, 833 (verfassungswidrige Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten). Demnach bedarf es hinsichtlich der Datensicherheit Regelungen, die einen besonders hohen Sicherheitsstandard normenklar und verbindlich vorgeben und ist der Abruf und die unmittelbare Nutzung von Daten nur verhältnismäßig, wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dienen (im Bereich der Strafverfolgung setzt dies einen durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer schweren Straftat voraus). S auch VfGH 1.10.2013, G 2/2013 (Aufhebung von § 140

Im Hinblick darauf begegnet die in Art 6 der „RL 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3.2006 über die Vorratsdatenspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG“ bzw. die in § 102a TKG 2003 festgelegte Speicherungsfrist von mindestens sechs Monaten erheblichen Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit des damit verbundenen Eingriffs in die Rechte der davon Betroffenen. Ernste Fragen unter § 1 DSG 2000, Art 8 EMRK und unter Art 7 GRC (*Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung sowie der Kommunikation*) bzw Art 8 GRC (*Schutz personenbezogener Daten*) stellen sich auch bezüglich des Umfangs der Vorratsdatenspeicherung, hinzu kommt das erhöhte Risiko eines Missbrauchs. Der VfGH hat daher mit Beschluss vom 28.11.2012 ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH betreffend die Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie mit den Vorgaben der EMRK und der GRC gestellt.³⁸⁷

Brief- und Fernmeldegeheimnis

Art 10 StGG verbietet es, den Inhalt eines Briefes ohne dazu ermächtigenden Willensakt dem „Zustand des Geheimnisses zu entreißen“. Art 8 Abs 1 EMRK gibt jeder Person das Recht auf Achtung des Briefverkehrs und geht demnach über Art 10 StGG hinaus. Art 8 EMRK bezieht sich nach der Rechtsprechung des EGMR nicht nur auf die schriftliche Korrespondenz, sondern auch auf Telefongespräche.³⁸⁸

Art 10a StGG schützt die Vertraulichkeit der über Fernmeldeanlagen vermittelten Kommunikation.³⁸⁹ Der Schutzbereich der Art 8 und 10 (Freiheit zum Empfang von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden) EMRK ist diesbezüglich gleichartig. Gesetzliche Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses haben demnach die Grenzen des materiellen Gesetzesvorbehalts des Art 8 EMRK zu achten.³⁹⁰

Abs 3 StPO [Verwendung von im Strafverfahren ermittelten personenbezogenen Daten als Beweismittel in anderen gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren] wegen Verstoßes gegen das Recht auf Datenschutz), AnwBl 2014, 134.

³⁸⁷ **Anmerkung:** Eine Entscheidung des EuGH über das Vorabentscheidungsersuchen lag zum Zeitpunkt der Drucklegung der dritten Auflage des Skriptums noch nicht vor. Zu der Problematik s auch *Kolb*, Vorratsdatenspeicherung. Unter Berücksichtigung der TKG-Novelle 2011 (2011) und *Felsner*, Vorratsdatenspeicherung, *juridikum – Zeitschrift für Kritik, Recht, Gesellschaft* 2011, 31.

³⁸⁸ So der EGMR im Fall *Klass ua vs Deutschland*.

³⁸⁹ **Anmerkung:** Die Erhebung von Name und Adresse eines Internetbenutzers, dem eine bestimmte – statische oder dynamische – Internetadresse zugewiesen ist oder war, ist nicht als Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung im Sinne des § 135 Abs 2 StPO zu beurteilen. Sie unterliegt daher nicht dem Fernmeldegeheimnis des Art 10a StGG, womit sie einer gerichtlichen Bewilligung nicht bedarf.

³⁹⁰ *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000), 112.

Fragen der systematischen Überwachung der Telekommunikation ist der EGMR vor allem in Beschwerden nachgegangen, die sich gegen Großbritannien richteten. Im Fall *Malone vs Vereinigtes Königreich*³⁹¹ hob er hervor, dass die Existenz von Gesetzen und Praktiken in England und Wales, mit denen ein System der effektiven geheimen Überwachung von Kommunikationsverbindungen errichtet und gestattet wurde, unbeschadet konkret gegen den Beschwerdeführer getroffenen Maßnahmen bereits an sich einen Eingriff in die Ausübung seiner Rechte nach Art 8 EMRK dargestellt hätte. Der Gerichtshof hat den im Fall *Klass ua vs Deutschland* getroffenen Ansatz³⁹² bei Beschwerden über die Setzung geheimer Überwachungsmaßnahmen wiederholt bekräftigt. In Fällen wie *Kennedy vs Vereinigtes Königreich*, in denen der Beschwerdeführer eine aktuelle Betroffenheit geltend machte, hat er für die Existenz eines Eingriffs verlangt, dass eine begründete Wahrscheinlichkeit vorliegen müsse, dass der Beschwerdeführer Gegenstand einer Überwachung sei.³⁹³ Er hat bekräftigt, dass Überwachungsmaßnahmen mit der Konvention vereinbar sind, wenn die einschlägigen Gesetze mit hinreichender Klarheit das Verfahren zu ihrer Genehmigung bzw. ihrem Einsatz einschließlich der Verarbeitung, Weitergabe und Vernichtung der gewonnenen Daten regeln und Vorkehrungen gegen Missbrauch sowie unabhängige und unparteiische Rechtsschutzinstanzen bestehen.³⁹⁴

³⁹¹ EGMR 2.8.1984, EuGRZ 1985, 17.

³⁹² Im genannten Fall ging der EGMR von seinem früheren Ansatz ab, wonach Personen die Anfechtung eines Gesetzes *in abstracto* nicht gestattet sei. Damit sollte verhindert werden, dass geheime Überwachungsmaßnahmen praktisch unanfechtbar bleiben und außerhalb der Kontrolle sowohl der nationalen Gerichte als auch der Straßburger Instanzen ablaufen. Demnach darf eine Person unter gewissen Umständen behaupten, Opfer einer Konventionsverletzung durch die bloße Existenz von geheimen Überwachungsmaßnahmen oder einer Gesetzgebung zu sein, welche die Ergreifung derartiger Maßnahmen gestattet, ohne dass sie darlegen müsste, dass sie tatsächlich auf sie angewendet werden.

³⁹³ EGMR 18.5.2010, NL 2010, 156.

³⁹⁴ Im Fall *Liberty ua vs Vereinigtes Königreich* vom 1.7.2008, NL 2008, 195, stellte er hingegen eine Verletzung von Art 8 EMRK fest, da das innerstaatliche Recht zum maßgeblichen Zeitpunkt den Umfang bzw. die Art der Ausübung des dem Staat zur Überwachung und Überprüfung auswärtiger Kommunikation (Telefon, E-mail, Mail, Fax) eingeräumten – sehr weiten – Ermessens nicht mit ausreichender Deutlichkeit umschrieben hatte, um angemessenen Schutz vor Machtmissbrauch zu gewähren. Insbesondere hätte der Gesetzgeber, so der Gerichtshof, nicht in einer der Öffentlichkeit zugänglichen Form dargelegt, welches Verfahren bei der Auswahl für die Überprüfung, Übermittlung, Speicherung und Löschung abgefangenen Datenmaterials einzuhalten gewesen wäre.

Fallbeispiel

- *Sachverhalt:* 27 Personen wandten sich mit einem auf Art 140 Abs 1 B-VG gestützten Antrag auf (teilweise) Aufhebung der §§ 53, 53a und 54 SPG und von § 24 DSG 2000 an den VfGH.³⁹⁵ Begründend führten die AntragstellerInnen aus, sie verfügten alle über einen Wohn- bzw. Unternehmenssitz in Österreich und einen mobilen und/oder festen Telefon- sowie einen Internetanschluss mit IP-Adresse. Die meisten von ihnen würden Tätigkeiten ausüben, bei denen mit Hilfe moderner Technologie sensible (zumeist vertrauliche) Inhalte kommuniziert würden, an deren Kenntnis Sicherheitsbehörden in Verdachtsfällen ein Interesse hätten. Die Wahrscheinlichkeit, dass sie von einem Auskunftsverlangen betroffen sein könnten, sei daher sehr hoch. Mangels Vorliegens entsprechender gesetzlicher Regelungen sei davon auszugehen, dass Betroffene über Datenverwendungen der dargestellten Art nicht informiert werden würden. Die angefochtenen Bestimmungen würden in ihre verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Datenschutz gemäß § 1 DSG 2000, auf Achtung des Privatlebens und des Briefverkehrs nach Art 8 EMRK, auf Meinungs- und Informationsfreiheit (Art 10 EMRK) sowie auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art 7 B-VG) eingreifen.

Rechtsausführungen: Die Antragsteller behaupten nicht, dass aufgrund der in den bekämpften Bestimmungen des SPG vorgesehenen Ermächtigungen unmittelbar und aktuell in ihre Rechtsposition eingegriffen werde. Sie bringen lediglich vor, dass sie mit einiger Wahrscheinlichkeit von Maßnahmen der Sicherheitsbehörden betroffen sein könnten, zu denen die bekämpften Bestimmungen des SPG ermächtigen. Damit stützen sie ihre Antragslegitimation bloß auf die Existenz einer die Sicherheitsbehörden ermächtigenden Norm, die erst für den Fall ihrer Inanspruchnahme unter Umständen zu einer Beeinträchtigung ihrer Rechtssphäre führen könnte. Der bloße Verweis auf die rechtliche Existenz von die Sicherheitsbehörden zu Auskunftsverlangen gegenüber Dritten ermächtigenden Bestimmungen sowie auf die Tatsache, dass die AntragstellerInnen österreichische StaatsbürgerInnen sind, bestimmte Berufe ausüben, InternetnutzerInnen sind und über ein Mobiltelefon bzw. KFZ verfügen, vermag eine unmittelbare und aktuelle Betroffenheit durch die bekämpften Bestimmungen des SPG jedoch nicht zu begründen.

³⁹⁵ Die genannten sicherheitspolizeilichen Bestimmungen ermächtigen Organe der Sicherheitsbehörden unter näher genannten Voraussetzungen zur Verwendung personenbezogener Daten und zur Einholung von Auskünften bei Telekommunikationsdiensten.

Die BeschwerdeführerInnen versuchen ihre Antragslegitimation aus Entscheidungen des EGMR insbesondere in den Fällen *Klass ua gg Deutschland* und *Weber und Saravia gg Deutschland*³⁹⁶ abzuleiten. Zwar hat der Gerichtshof in der letztgenannten Entscheidung ausgesprochen, die bloße Existenz von Gesetzen, die eine geheime Überwachung des Fernmeldeverkehrs³⁹⁷ gestatten, würde für alle möglicherweise von dem Gesetz Betroffenen ein Überwachungsrisiko beinhalten, was an sich schon einen Eingriff in die Rechte der Beschwerdeführer nach Art 8 EMRK darstelle – unabhängig davon, ob gegen sie tatsächlich Maßnahmen ergriffen worden seien oder nicht. Die hier angegriffenen Bestimmungen des SPG gestatten hingegen nicht die „geheime Überwachung des Fernmeldeverkehrs“. § 53 Abs 3a SPG ermächtigt die Sicherheitsbehörden vielmehr bloß, bei Vorliegen gesetzlich bestimmter Voraussetzungen von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsdienste und von sonstigen Diensteanbietern bestimmte Auskünfte zu verlangen. Auch § 53 Abs 3b SPG bietet keine Grundlage für die Ermittlung von Inhaltsdaten von Mobiltelefongesprächen. Die gegen Bestimmungen des SPG gerichteten Anträge sind daher schon deshalb unzulässig.

Im Übrigen stehen Personen, die den konkreten Verdacht hegen, dass ihre Daten aufgrund der angegriffenen Bestimmungen des SPG ermittelt wurden, das Auskunftsrecht gemäß § 26 DSG 2000, das Löschungsrecht gemäß § 27 DSG 2000 (etwa wegen Wegfalls des gesetzlichen Zwecks der Datenerhebung), das Beschwerderecht gemäß § 31 DSG 2000 iVm § 90 SPG, aber auch die Eingabe an die DSK gemäß § 30 Abs 1 DSG 2000 (die im Fall eines begründeten Verdachtes zu einer Systemprüfung gemäß § 30 Abs 2 DSG 2000 führen kann) zur Verfügung. Schließlich wird auch auf den kommissarischen Rechtsschutz durch den Rechtsschutzbeauftragten (vgl. §§ 91a bis 91d SPG) hingewiesen. Nimmt dieser wahr, dass durch Verwenden personenbezogener Daten Rechte von Betroffenen verletzt worden sind, die von dieser Datenverwendung keine Kenntnis haben, so ist er (in pflichtgemäßer Erfüllung seiner Aufgabe zur Wahrnehmung des besonderen Rechtsschutzes im Ermittlungsdienst der Sicherheitsbehörden – vgl. § 91a Abs 1 SPG) gemäß § 91d Abs 3 SPG zu deren Information oder, sofern eine solche aus den Gründen des § 26 Abs 2 DSG 2000 nicht erfolgen kann, zur Erhebung einer Beschwerde an die DSK nach § 90 SPG befugt.

Was den Antrag auf Aufhebung von Teilen des § 24 DSG 2000 anlangt, enthält dieser weder nähere Ausführungen über die Rechtssphäre der AntragstellerInnen, in die diese Be-

³⁹⁶ EGMR 29.6.2006, *Weber und Saravia vs Deutschland* (ZE), NL 2006, 177.

³⁹⁷ In diesen Fällen ging es um die Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes zur Abhörung des Fernmeldeverkehrs im Zuge der sogenannten strategischen Überwachung.

stimmung eingreifen solle, noch über die Unmittelbarkeit dieses Eingriffs. Eingriffe werden von den AntragstellerInnen stets im Zusammenhang mit den angefochtenen Bestimmungen des SPG geltend gemacht. Zum allgemein gehaltenen Vorbringen, die Ausnahmen von der Informationspflicht des § 24 DSGVO 2000 und das Fehlen eines ausreichenden Rechtsschutzes gegen die Ausübung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden lösten eine aktuelle und unmittelbare Betroffenheit im Hinblick auf die Verfassungsgarantien der Art 8, 10 und 13 EMRK, des § 1 DSGVO 2000 und des Art 7 B-VG aus, wird auf die zuvor getätigten Ausführungen zur Frage der unmittelbaren und aktuellen Betroffenheit der AntragstellerInnen verwiesen. Die Anträge sind daher insgesamt unzulässig und waren daher zurückzuweisen.³⁹⁸

5.2.4 Spezifisches im Zivil(prozess-)recht

Fallbeispiel

▪ *Sachverhalt:* Die Beschwerdeführerin ist Mitglied der Zeugen Jehovas. Sie heiratete 1980 und war damals noch Mitglied der römisch-katholischen Kirche. Ihre beiden Kinder wurden 1980 und 1982 geboren. Sie verließ 1984 mit ihren Kindern den Ehegatten, das Scheidungsurteil erging im Juni 1986. Bereits während des Scheidungsverfahrens beantragten beide Elternteile das Sorgerecht für die Kinder. Im Jänner 1986 entschied das Bezirksgericht zugunsten der Beschwerdeführerin, die Berufung des Kindesvaters wurde vom Landesgericht zurückgewiesen. Der OGH sprach jedoch dem Kindesvater das Sorgerecht zu.³⁹⁹

*Entscheidung des OGH:*⁴⁰⁰ Die unteren Instanzen hatten nach Meinung des OGH nicht untersucht, ob die Erziehung der Kinder nach den Prinzipien der Zeugen Jehovas dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RGG 1921 1/929, BGBl 155/1985) widerspreche. Nach § 1 des Gesetzes sei es Sache der Eltern, gemeinsam über die religiöse Erziehung der Kinder zu entscheiden. Darüber hinaus hätten die entscheidenden Gerichte das Wohl der Kinder nicht gebührend beachtet. Insbesondere die Weigerung der Beschwerdeführerin, Bluttransfusionen zuzustimmen, könnte für die Kinder gefährlich sein. Weiters bestehe die Gefahr, dass die Kinder an den Rand der Gesellschaft gedrängt würden. Grundsätzlich komme der Mutter keine Vorrangstellung bei der Zuerkennung des Sorgerechts zu, wenngleich die allgemeine Regel, die Sorge für Kleinkinder der Mutter zu übertragen, gerechtfertigt sei. Ein

³⁹⁸ VfGH 1.7.2009, G 147, 148/08, NL 2009, 242.

³⁹⁹ Vgl EGMR 23.6.1993, *Hoffmann vs Austria*, NL 1993/4, 27.

⁴⁰⁰ OGH 3.9.1986, 1 Ob 586/86.

Wechsel des Sorgerechts würde zwar kurzfristig negative Folgen entfalten, jedoch zu keiner längeren psychischen Beeinträchtigung der Kinder führen.

Entscheidung des EGMR: Da die Kinder der Beschwerdeführerin zwei Jahre lang bei ihr gelebt hatten, bevor das Sorgerecht an den Kindesvater übertragen worden war, liegt ein Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf Familienleben nach Art 8 EMRK vor. Art 14 EMRK gewährt allen Menschen Schutz gegen ungleiche Behandlung ohne objektive und vernünftige Rechtfertigung. Im Lichte der Umstände des Falles waren die einzelnen Fakten, auf die sich der OGH berief, möglicherweise geeignet, die Waage zugunsten eines Elternteils ausschlagen zu lassen. Jedoch führte der OGH das Gesetz über die religiöse Kindererziehung in seiner Entscheidung an, und es war offensichtlich auch für seine Entscheidung gewichtig. Es liegt somit eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Religion vor. Eine derartige Ungleichbehandlung ist dann diskriminierend, wenn objektive und vernünftige Gründe fehlen. Dies bedeutet, dass die Maßnahme durch einen legitimen Zweck gerechtfertigt sein und eine vernünftige Balance zwischen den angewendeten Mitteln und dem angestrebten Ziel gefunden werden muss. Der OGH verfolgte in seiner Entscheidung das Ziel, Gesundheit und Rechte der Kinder zu schützen. Soweit er sich nicht auf das Gesetz über die religiöse Kindererziehung stützte, beurteilte er die Fakten anders als die Unterinstanzen. Eine Unterscheidung, die ausschließlich auf einer unterschiedlichen Religionszugehörigkeit beruht, ist inakzeptabel. Da das Erfordernis der Proportionalität von Mitteln und legitimen Zweck nicht erfüllt wurde, liegt mit der Entscheidung eine Verletzung von Art 8 iVm Art 14 EMRK vor.

Datenschutz

Die Verfassungsbestimmung des § 1 Datenschutzgesetz (DSG) 2000⁴⁰¹ gewährleistet Ansprüche auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, auf Auskunft über deren Verarbeitung sowie auf Richtigstellung und Löschung von Daten. Die EMRK enthält kein spezielles Grundrecht auf Datenschutz; ein solches ist jedoch im Recht auf Privatleben iSd Art 8 EMRK enthalten. Die Charta der Grundrechte der EU enthält in Art 8 eine Bestimmung zum Schutz personenbezogener Daten. Das Grundrecht auf Datenschutz des DSG geht über das in Art 8 EMRK normierte Recht auf Datenschutz hinaus.

Personenbezogene Daten im Sinne des DSG sind Angaben über die/den Betroffene/n (sowohl natürliche als auch juristische Personen und Personengesellschaften), sofern deren

⁴⁰¹ BGBl I 1999/165.

Identität bestimmt oder bestimmbar ist.⁴⁰² Umfasst sind dabei nicht nur Daten des Privat- und Familienlebens, sondern auch Daten über das Berufsleben oder Unternehmensdaten.

Gemäß § 1 Abs 1 DSG besteht, insbesondere im Hinblick auf das Privat- und Familienleben, Anspruch auf Geheimhaltung der personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Dieser Anspruch setzt voraus, dass Daten geheim sind. Geheim sind Daten, wenn sie nur einem beschränkten Personenkreis bekannt oder nicht allgemein zugänglich sind. Geschützt sind jedoch nur Geheimnisse, an deren Wahrung ein schutzwürdiges Interesse besteht.⁴⁰³

Beschränkungen des Geheimhaltungsanspruches sind gem. § 1 Abs 2 DSG nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen einer/eines anderen zulässig. Eingriffe staatlicher Behörden sind überdies nur zulässig, wenn diese auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Diese Gesetze müssen iSd Art 8 Abs 2 EMRK notwendig sein, dh einem der in Art 8 Abs 2 EMRK aufgezählten Eingriffsziele dienen, auf das Erforderliche beschränkt und in einem demokratischen Staat angemessen sein. Sind besonders schutzwürdige („sensible“) Daten (das sind gem. § 4 Z 2 DSG Daten natürlicher Personen über ihre ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder Sexualleben) betroffen, so sind gesetzliche Beschränkungen nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen zulässig, gleichzeitig muss eine angemessene Garantie für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festgelegt sein. Alle Eingriffe müssen in der gelindesten zum Ziel führenden Art vorgenommen werden. An die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz muss insofern ein strengerer Maßstab angelegt werden, als er sich schon aus Art 8 EMRK ergibt.⁴⁰⁴

Bezüglich geheimer Überwachungsmaßnahmen (bspw. Abhören von Räumen, Telefonüberwachung, u.ä.) lässt der Gerichtshof es ausnahmsweise zu, dass sich Beschwerden nach Art. 34 EMRK direkt gegen das Gesetz richten.⁴⁰⁵

⁴⁰² *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 76.

⁴⁰³ Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 373; *Verfassungsrecht*⁹ (2012), 393 ff.; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), 76.

⁴⁰⁴ Vgl. VfSlg 16.369/2001; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 375; *Verfassungsrecht*⁹ (2012), 394.

⁴⁰⁵ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012) 242.

Fallbeispiel

- *Sachverhalt:* Der Ehegatte der Klägerin wurde wegen des Verdachts des Diebstahls von Gegenständen erheblichen Werts auf Grund eines gerichtlichen Haftbefehls in Verwahrungshaft genommen und nach der gerichtlichen Vernehmung zwei Tage später enthaftet; das Strafverfahren endete wenig später durch Einstellung nach § 109 StPO. Die Klägerin begehrt aus dem Titel der Amtshaftung € 5.000,- an Schmerzensgeld, da sie in Folge der Verhaftung ihres Mannes einen Schock erlitten habe und seither an – krankheitswertigen – Depressionen und Existenzängsten leide. Die Verhaftung sei schon deshalb rechtswidrig gewesen, weil den maßgeblichen OrganwallerInnen bereits vor der Verhaftung bekannt gewesen sei, dass ihr Ehegatte über eine Vollmacht der angeblich Bestohlenen verfügt habe und schriftliche Schenkungsvereinbarungen vorgelegen seien.

Innerstaatliche Rechtslage: Gemäß § 1325 ABGB gebührt nahen Angehörigen eines Getöteten, unter Umständen auch eines Schwerstverletzten, für den ihnen verursachten „Schockschaden“ mit Krankheitswert ebenfalls Schmerzensgeld, weil diese „Dritten“ durch das Erleiden eines (Nerven-)Schadens in ihrem absolut geschützten Recht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt und als unmittelbar Geschädigte anzusehen sind. Nach Art 5 Abs 5 EMRK und Art 7 PersFrG hat ein/e rechtswidrig Festgehaltene/r Anspruch auf den Ersatz auch immateriellen Schadens. Für derartige Schäden würde gemäß § 1 Abs 1 AHG nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regeln grundsätzlich der Rechtsträger (hier der Bund) haften, wenn dessen Organe diese Schäden in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten schuldhaft verursacht hätten.

Lösung des OGH (1 Ob 88/07h): Aus Art 8 Abs 1 EMRK kann kein Ersatzanspruch abgeleitet werden, wenn jemand einen Gesundheitsschaden erleidet, weil ein/e nahe/r Angehörige/r rechtswidrig (hier für zwei Tage) in Haft genommen wurde. Art 8 Abs 1 EMRK mit seiner Bezugnahme auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz zielt deutlich auf den Schutz anderer Rechtsgüter ab. Nur in Konstellationen, in denen die Verletzung der genannten Rechte bei typisierender Betrachtung auch unmittelbar eine Verletzung der körperlichen Integrität bzw. der geistigen Gesundheit nach sich zieht, kann der Schutz der zuletzt genannten Rechtsgüter als mitumfasst betrachtet werden; nur solche Fälle (zB zwangsweise Blutabnahme) werden in der Literatur erwähnt.⁴⁰⁶ Die Voraussetzungen dafür, dass die gesundheitliche Integrität der Klägerin

⁴⁰⁶ Vgl *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000), Rz 457 f.

durch Art 8 Abs 1 EMRK geschützt werden sollte, lagen hier nicht vor, richtete sich doch der staatliche Eingriff (unmittelbar) gegen den Ehegatten der Klägerin und dessen Freiheit – dafür ist Art 5 EMRK einschlägig –, wogegen sich die behauptete Beeinträchtigung der Klägerin als (bloße) Nebenwirkung darstellte.

5.2.5 Herausforderungen in der Rechtspraxis und Reflexionsfragen

In Österreich ist die Debatte um Eingriffe in die Privatsphäre durch eine mittlerweile große Zahl möglicher Überwachungsmaßnahmen (zB Handypeilung) sowie etwa auch die Diskussion über die Vorratsdatenspeicherung aktueller denn je.⁴⁰⁷ Im sensiblen Bereich der Privat- und Intimsphäre ist die Existenz effektiver rechtlicher Sicherungen gegen staatlichen Missbrauch von eminenter Bedeutung. Die im Jahr 1978 ausgesprochene Warnung des EGMR im Fall *Klass ua vs Deutschland*⁴⁰⁸, dass Maßnahmen zum Schutz der staatlichen Integrität nicht gleichzeitig die Demokratie⁴⁰⁹ zerstören dürfen und daher angemessene und wirkungsvolle Sicherungen gegen den Missbrauch von staatlichen Überwachungsbefugnissen vorhanden sein müssen, hat daher nach wie vor uneingeschränkte Gültigkeit.

Reflexionsfragen:

- Welche konventionsrechtlichen Vorgaben sind bei einer Hausdurchsuchung bzw. einer Telefonüberwachung zu beachten?
- Bei welchen Berufssparten werden höhere Anforderungen an die Zulässigkeit einer Hausdurchsuchung gestellt?
- Beurteilen Sie den Schutz von unverschlüsselter E-Mail-Kommunikation im Lichte des Art 8 MRK.
- Erläutern Sie den Begriff des „Familienlebens“ iSd Art 8 EMRK.
- Erläutern Sie den Begriff des „Privatlebens“ iSd Art 8 EMRK.

⁴⁰⁷ Vgl für Österreich *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat. Sicherheitspolizeiliche und nachrichtendienstliche Datenermittlungen im Lichte des Art 8 EMRK und der Art 9-10a StGG (2003); *Himberger*, Fernmeldegeheimnis und Überwachung. Schutzbereiche und Eingriffe. Durchführung und Kosten (2004); *Bolter/Longhi*, Überwachung der Telekommunikation – ein Wunschtraum?, in: Bundesministerium für Justiz (Hg), 34. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie. 20. bis 24. Februar (2006), 123.

⁴⁰⁸ EGMR 6.9.1978, EuGRZ 1979, 278.

⁴⁰⁹ Zu denken gibt *Zankl* (Hg), Auf dem Weg zum Überwachungsstaat? Neue Überwachungsmaßnahmen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie (2009), in dem die Autoren dem österreichischen Gesetzgeber überwiegend ein schlechtes Zeugnis im Hinblick auf Art 8 EMRK und das verfassungsrechtliche Determinierungsgebot ausstellen, was den normativen Rahmen staatlicher Überwachungsbefugnisse angeht.

- Wo liegen die Grenzen zwischen geschütztem Privatleben und dem freiwillig der Öffentlichkeit zugänglich gemachten Privatleben?
- Gibt es Überwachungsmaßnahmen im innerstaatlichen Recht, die einen geringeren Eingriff in die Privatsphäre einer Person mit sich bringen?
- Unter welchen Voraussetzungen sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung von personenbezogenen Daten zulässig?

5.3 Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art 9 EMRK)

5.3.1 Schutzbereich

Das Recht der Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit wird in Art 9 EMRK gewährleistet.⁴¹⁰ Art 9 EMRK schützt menschliche Überzeugungen und Verhaltensweisen, welche die personelle Identität der/des Einzelnen ausmachen und eng mit der Menschenwürde verbunden sind. Ihre Gewährleistung wird vom EGMR als eine der Grundlagen einer „demokratischen Gesellschaft im Sinne der EMRK“ bezeichnet.⁴¹¹

Art 9 Abs 1 ist zunächst als Individualrecht konzipiert, dessen persönlicher Schutzbereich die (Nicht-)Ausübung des Rechts, alleine oder zusammen mit anderen in einer Gemeinschaft, gewährleistet. TrägerInnen der Religionsfreiheit sind daher zum einen Individuen und zum anderen Kirchen und Glaubensgemeinschaften. Der sachliche Schutzbereich umfasst sowohl die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art 9 Abs 1 1. Hs) als auch die Weltanschauungsfreiheit (Art 9 Abs 1 2. Hs).

Durch die Gedanken- und Gewissensfreiheit wird der innerste Kern der menschlichen Selbstbestimmung und damit die individuelle Persönlichkeit geschützt. Aus der Gedankenfreiheit folgt etwa das Verbot staatlicher Indoktrinierung im Rahmen eines verpflichtenden Unterrichts; durch die Gewissensfreiheit sind aber auch nicht religiös oder weltanschaulich motivierte Gewissensentscheidungen geschützt.⁴¹²

Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit gewährleistet den Schutz von als solchen „identifizierbaren“ Religionen und Weltanschauungen. Obwohl es weder im Recht der Mit-

⁴¹⁰ Vgl das korrespondierende Recht in Art 10 Abs 1 EU-Grundrechte-Charta.

⁴¹¹ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 252; Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 289.

⁴¹² Vgl Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 254; Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 292.

gliedstaaten noch nach der EMRK eine allgemein anerkannte Definition von Religion gibt, schadet die Nichtklassifizierung als solche dennoch nicht, da auch Weltanschauungen geschützt werden und somit nichtreligiöse Handlungen, die von einer gewissen Weltanschauung getragen sind, ebenfalls dem Schutz des Art 9 EMRK unterliegen. Die Religionsfreiheit umfasst die innere Religionsfreiheit (d.h. einen Glauben zu haben) sowie die Freiheit der Religionsausübung (d.h. sich privat oder in der Öffentlichkeit alleine oder in Gemeinschaft mit anderen zu seinem Glauben zu bekennen und diesen auszuüben). Einige Formen der Ausübung der Religion werden in Art 9 Abs 1 aufgezählt, wie etwa Gottesdienst, Unterricht und das Praktizieren von Bräuchen und Riten. Da diese Aufzählung nicht abschließend ist, bleibt es jeder/jedem Einzelnen überlassen, in welcher Art und Weise sie oder er den Glauben ausüben möchte; erforderlich ist jedoch, dass die betreffende Religion oder Weltanschauung⁴¹³ in der Handlung deutlich zum Ausdruck kommt.⁴¹⁴ Unter einer Weltanschauung ist eine zusammenhängende Sichtweise auf die Welt und das Leben zu verstehen, diese Sichtweise muss ein gewisses Maß an Stichhaltigkeit, Schlüssigkeit und Bedeutung aufweisen.⁴¹⁵

Darüber hinaus folgt aus der Ausübungsfreiheit die negative Freiheit, eine Religion nicht auszuüben. Somit darf die Ausübung von Religion und auch die Einbeziehung in eine Religionsgemeinschaft vom Staat nicht erzwungen werden. Davon umfasst ist etwa das Recht, nicht zur religiös bekräftigten Eidesformel oder zur Teilnahme an religiösen Veranstaltungen verpflichtet zu sein.⁴¹⁶ Neben dem Recht der/des Einzelnen wird zusätzlich auch das Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften geschützt, das den Staaten die Einmischung in die inneren Angelegenheiten der verschiedenen Kirchen und Religionsgemeinschaften, wie etwa die innere Organisation oder die Festlegung der Glaubensinhalte und ihrer Ausdrucksformen, verbietet.

Aus Art 9 EMRK können sich unter Umständen auch Gewährleistungspflichten für den Staat ergeben. Er ist etwa verpflichtet, den Glaubenswechsel von Gläubigen abzusichern. Dies umfasst das Recht, aus einer Glaubensgemeinschaft auszutreten, ohne zugleich in eine andere Gemeinschaft eintreten zu müssen. Zusätzlich hat er für religiösen Frieden zu

⁴¹³ Als Weltanschauung ist durch die Rechtsprechung zB der Pazifismus anerkannt, vgl EKMR, 16.5.1977, *Arrowsmith vs United Kingdom*, 7050/75.

⁴¹⁴ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 255Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 294 ff.

⁴¹⁵ EKMR, 16.5.1977, *Arrowsmith*.

⁴¹⁶ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 257Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 296.

sorgen, um der/dem Einzelnen die ungestörte Religionsausübung zu gewährleisten.⁴¹⁷ Art 9 iVm Art 2 des 1. ZP EMRK schützt das Recht der Eltern, ihre Kinder entsprechend ihren religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen zu erziehen.⁴¹⁸

Im StGG wird die Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art 14 gewährleistet. Abs 1 liest sich wie folgt: „Die volle Glaubens- und Gewissensfreiheit ist jedermann gewährleistet.“ In Abs 3 ist darüber hinaus die negative Freiheit, zu keiner kirchlichen Handlung oder Teilnahme an einer kirchlichen Feierlichkeit gezwungen zu werden, niedergeschrieben. Folglich ist jeder Person das Recht garantiert, sich ihr/sein Religionsbekenntnis frei und unabhängig von jeder staatlichen Einwirkung zu bilden und sich diesem Bekenntnis gemäß in religiöser Hinsicht zu betätigen; jeder staatliche Zwang zur Teilnahme an religiösen Übungen oder an einem Religionsunterricht verboten.⁴¹⁹ Der nähere Inhalt dieser Freiheit wird durch Art 9 EMRK bestimmt.⁴²⁰ Eine weitere Bestimmung zur Gewährleistung der Religionsfreiheit, welche im österreichischen Recht auch Verfassungsrang genießt, ist in Art 63 Abs 2 StV St. Germain zu finden. Nach diesem Artikel haben alle EinwohnerInnen das Recht, öffentlich oder privat jede Art von Glauben, Religion oder Bekenntnis frei zu üben, sofern deren Übung nicht mit der öffentlichen Ordnung oder mit den guten Sitten unvereinbar ist. Der Begriff der öffentlichen Ordnung umfasst dabei nur Regelungen, die für das Zusammenleben der Menschen im Staate wesentlich sind.⁴²¹

Art. 10 GRC hat die Bestimmung der EMRK übernommen.

5.3.2 Spezifisches im Straf(prozess-)recht

Verhetzung

Wie aus dem Wortlaut des § 283 StGB ersichtlich, steht der Tatbestand der Verhetzung unter anderem in engem Zusammenhang mit Art 9 EMRK: „Wer öffentlich auf eine Weise, die geeignet ist, die öffentliche Ordnung zu gefährden, oder wer für eine breite Öffentlichkeit wahrnehmbar zu Gewalt gegen eine Kirche oder Religionsgesellschaft oder eine andere nach den Kriterien der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der Staatsangehörigkeit, der Abstammung oder nationalen oder ethnischen Herkunft,

⁴¹⁷ Vgl dazu näher *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 264 f/Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 303f.

⁴¹⁸ Vgl *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK Kommentar (1996), 368.

⁴¹⁹ Vgl VfSlg 802/1927; VfSlg 10.547/1985; VfSlg 13.513/1993.

⁴²⁰ *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000), 114.

⁴²¹ Vgl *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 426/Verfassungsrecht⁹ (2012), 449 f.

des Geschlechts, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe ausdrücklich wegen dessen Zugehörigkeit zu dieser Gruppe auffordert oder aufreizt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.“ Der Tatbestand des § 283 StGB wurde mit 1. Jänner 2012 novelliert, und umfasst nunmehr mehrere Gruppen, für die Ausführungen hier erfolgt eine Beschränkung auf Religion. (§ 283 Abs 1 StGB).

Der persönliche Geltungsbereich umfasst weiters Gruppen, die einer Kirche oder einer Religionsgemeinschaft, einer „Rasse“, einem Volk, einem Volks“stamm“ oder einem Staat angehören und somit gemeinsame „Merkmale“ aufweisen. § 283 Abs 2 stellt eine die Menschenwürde verletzende öffentliche Beschimpfung oder Verächtlichmachung unter Strafe. Die Verhetzung steht in Konkurrenz zum Verbotsgesetz, das nationalsozialistische Wiederbetätigung unter Strafe stellt und ist diesem gegenüber subsidiär anwendbar.

Schächtung

Die Schächtung ist eine im Judentum und im Islam verbreitete Form der rituellen Schlachtung von Tieren zum Zwecke der vollständigen Entblutung durch Durchschneiden von Halsschlagader, Luftröhre und Speiseröhre, was ohne vorherige Betäubung des Tiers erfolgt. Es ist in der bisherigen Lehre und Rechtsprechung nahezu unbestritten, dass die Schächtung als religiöser Brauch und damit als Teil der Religionsausübung in den Schutzbereich der Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV St. Germain 1919 und Art 9 Abs 1 EMRK fällt (siehe auch OGH 15 Os 27,28/96).⁴²²

In seinem Erkenntnis vom 17.12.1998 (B 3028/97) hatte sich der VfGH mit der schwierigen Abgrenzung zwischen einem religiös fundierten Ritus und dem Gesichtspunkt des Tierschutzes zu beschäftigen. Er stellte fest, dass dem Tierschutz in diesem Fall kein durchschlagendes Gewicht gegenüber dem Recht auf Freiheit der Religionsausübung zukomme.

5.3.3 Eingriffstatbestände

Die Religions- und Weltanschauungsfreiheit des Art 9 EMRK gilt nicht unbeschränkt, sondern enthält in Abs 2 einen Gesetzesvorbehalt. Das Recht der (inneren) Religionsfreiheit und der Gewissensfreiheit wird nach dem Wortlaut der Bestimmung schrankenlos gewährleistet, um allen Menschen das Recht der Religionsfreiheit an sich und das Recht auf Wechsel der Religion ohne Vorbehalt zu garantieren. Ein Eingriff muss auf einer gesetzlichen

⁴²² Vgl VfSlg 15.394/1998.

Grundlage beruhen, eines der in Art 9 Abs 2 angeführten legitimen Ziele verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, was so viel bedeutet, dass der Eingriff verhältnismäßig zum verfolgten Ziel sein muss. Bei der Beurteilung, ob eine Maßnahme, welche die Religionsfreiheit beschränkt, tatsächlich angemessen ist, steht den Staaten ein Ermessensspielraum zu. Der EGMR überprüft das legitime Ziel und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Bezug auf die gesetzliche Grundlage und ihre Anwendung im Einzelfall, berücksichtigt dabei die vom jeweiligen Mitgliedstaat vorgenommenen Wertungen, überprüft jedoch ihre Plausibilität.

Eingriffe in die Religionsfreiheit finden besonders dann statt, wenn der Staat Handlungen im Zusammenhang mit der Religionsausübung verbietet oder unter Strafe stellt. Personen, die in einem besonderen Naheverhältnis zum Staat stehen, wie etwa GrundwehrdienerInnen, können aus diesem Rechtsverhältnis Pflichten unterliegen, die eine Einschränkung der Religionsfreiheit zur Folge haben.⁴²³

Beschränkungen der Rechte von Religionsgemeinschaften, etwa die Verweigerung der Anerkennung als Religionsgemeinschaft, stellen ebenso Eingriffe in das Recht auf Religionsfreiheit dar.⁴²⁴

Die Rechtsprechung des EGMR betont, dass das der EMRK zugrunde liegende Leitbild einer demokratischen Gesellschaft auch die Sicherung der Pluralität der Glaubensrichtungen verlange. Aufgabe des Staates sei es, gegenseitige Respektierung und Tolerierung der verschiedenen Überzeugungen zu sichern und nicht Pluralität als Ursache von Konflikten zu beseitigen.⁴²⁵

5.3.4 Fallbeispiel

- *Sachverhalt:* Die klagende Erzdiözese X begehrt vom Beklagten rückständige Kirchenbeiträge. Der Beklagte bestreitet nicht, dass er als Kind getauft wurde. Als Kind sei er aber nicht handlungsfähig gewesen; ein Eintritt in die Kirche nach Erlangung der Handlungsfähigkeit sei nicht erfolgt. Er habe gegenüber der klagenden Erzdiözese mehrfach erklärt, dass er kein Kirchenmitglied sei und da-

⁴²³ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 259; Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 297.

⁴²⁴ Vgl. etwa die zwanzigjährige Dauer des Verfahrens auf Antrag der Zeugen Jehovas auf Gewährung des Status mit Rechtspersönlichkeit, EGMR, 31.7.2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas u.a. vs. Österreich*.

⁴²⁵ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 263; Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 301..

her keine Beiträge zu zahlen habe. Er bestreitet nicht, dass er gegenüber der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde nie eine Austrittserklärung abgegeben hat; dies sei gar nicht möglich gewesen, da er ja nie wirksam Mitglied geworden sei. Die Mitgliedschaft in der katholischen Kirche beginnt nach kanonischem Recht mit der Taufe. Nach Art 7 des – nach wie vor in Geltung stehenden – Gesetzes zur Regelung interkonfessioneller Verhältnisse vom 25.5.1868, RGBI 49, muss der Austritt aus einer Kirche oder Religionsgemeinschaft zu seiner gesetzlichen Wirkung der politischen Behörde (Bezirksverwaltungsbehörde) gemeldet werden. § 3 der Verordnung vom 18.1.1869, RGBI 13, bestimmt dazu, dass die Meldung bei der Behörde mündlich zu Protokoll gegeben oder in einem an diese gerichteten, mit der Unterschrift des Austretenden versehenen Schriftstück niedergelegt sein muss. Der Beklagte wendet ein, im Lichte des Art 9 EMRK dürfe Art 6 leg cit, bei dem es sich um eine Schutzvorschrift für den Austrittswilligen handle, nicht dahin ausgelegt werden, dass eine der in dieser Gesetzesstelle genannten Austrittsform gleichwertige Erklärungsform nicht ausreiche. Der Beklagte bringt vor, dass er eine auf den Kirchenaustritt gerichtete Willenserklärung spätestens im gegenständlichen Gerichtsverfahren zu Protokoll abgegeben habe; diese Austrittsform sei der Erklärung gegenüber der Behörde jedenfalls gleichwertig.

Lösung des OGH (6 Ob 738/83 = SZ 57/132): Für den staatlichen Bereich liegt eine wirksame Erklärung über den Austritt aus einer Kirche oder Religionsgemeinschaft nur vor, wenn diese Erklärung der zuständigen Verwaltungsbehörde gegenüber abgegeben worden ist. Art 9 EMRK steht dieser Auffassung nicht entgegen: Einerseits ist es für die Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit Pflicht des Staates, Möglichkeiten zum Wechsel oder zur Aufgabe der Zugehörigkeit zu einer Kirche oder Religionsgemeinschaft zu geben, andererseits kann die Religionsfreiheit gemäß Art 9 Abs 2 EMRK gesetzlich vorgesehenen Beschränkungen, zB aus Gründen der öffentlichen Ordnung, unterstellt werden. Dass es der Rechtssicherheit und damit der öffentlichen Ordnung dienen kann, wenn der Austritt aus einer anerkannten Kirche oder Religionsgemeinschaft an eine Erklärung gegenüber einer bestimmten Behörde gebunden wird, ist nicht zu bezweifeln. Aus dem Gedanken des Art 9 EMRK ist daher nichts gegen eine dahin gehende Auslegung des Art 6 des Gesetzes über die interkonfessionellen Verhältnisse und des § 3 der Verordnung vom 18.1.1869 zu gewinnen, dass nur eine Erklärung gegenüber der Verwaltungsbehörde die Austrittswirkungen für den staatlichen Bereich zeitigt. Auch der Umstand, dass es sich bei den genannten Vorschriften um Schutzvorschriften für die/den Austrittswilligen handelt, spricht nicht gegen die Auffassung, dass sie eine zwingende Formvorschrift darstellen. Schon nach dem objektiven Wortsinn und dem allgemeinen Sprachgebrauch ergibt die Bestimmung des Art 6 des genannten Gesetzes („damit jedoch der Austritt ... seine gesetzliche Wirkung habe,

muss der Austretende denselben der politischen Behörde melden ...“), dass es sich um eine ausschließliche Form handelt. Dass diese Form zum Schutz der/des Austrittswilligen gewählt wurde, spricht nicht gegen ihre Ausschließlichkeit, weil dieser Schutz gerade durch diese Form gewährleistet erscheint. Hätte der Gesetzgeber auch eine andere Form zulassen wollen, dann hätte er dies im Wortlaut zum Ausdruck bringen müssen und auch leicht zum Ausdruck bringen können. Ist aber ein in anderer als der in Art 6 des Gesetzes über die interkonfessionellen Verhältnisse und des § 3 der genannten Verordnung vorgeschriebenen Form erklärter Austritt nicht wirksam, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Beklagte einen Austritt aus der römisch-katholischen Kirche in anderer Form überhaupt erklärt hat.

5.3.5 Herausforderungen in der Rechtspraxis

Verbot religiöser Symbole

In der Rechtspraxis kam es in den letzten Jahren immer wieder zu Fällen, in denen es zu einer Kollision des in Art 9 EMRK gewährten Rechts auf Religionsfreiheit mit der nationalen Rechtsordnung gekommen ist. Auch in innerstaatlicher Hinsicht bietet die Religionsfreiheit immer wieder Raum für Diskussionen. Zweibedeutende Fälle in dieser Hinsicht sind das Kopftuchverbot im Fall *Leyla Şahin vs. Türkei* und das Kreuzifix-Urteil des EGMR im Fall *Lautsi vs. Italien*.

Beispiel: Tragen eines Kopftuchs:

Die Studentin Leyla Şahin erachtete das Tragen eines Kopftuchs als ihre religiöse Pflicht. Am 23.2.1998 erließ der Vizerektor der Universität in Istanbul ein Rundschreiben, das Studentinnen, die ein islamisches Kopftuch tragen, den Zutritt zu Lehrveranstaltungen und die Teilnahme an Prüfungen untersagte. Zwischen März und Juni 1998 wurde Şahin aufgrund dieser Anordnung die Teilnahme an schriftlichen Prüfungen, die Anmeldung zu einem Kurs und der Zutritt zu einer Vorlesung verwehrt, weil sie darauf bestand, ein Kopftuch zu tragen. Sie beantragte daraufhin beim Verwaltungsgericht in Istanbul die Aufhebung dieses Rundschreibens. Der Antrag wurde jedoch abgewiesen, da weder das Rundschreiben noch die gegen Şahin ergriffenen Maßnahmen als unrechtmäßig angesehen wurden. Im Jahr 1999 wurde sie ein Jahr vom Studieren ausgeschlossen.

Ihr dagegen eingebrachtes Rechtsmittel wurde wiederum vom Verwaltungsgericht abgewiesen. Schon im Juli 1998 wandte sie sich an den EGMR und behauptete, dass das Kopftuchverbot gegen das Recht auf Religionsfreiheit verstoße.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschied, dass die Maßnahme aufgrund des Ermessensspielraums der Mitgliedsländer gerechtfertigt erscheint, auf einer gesetzlichen Grundlage basiert, ein legitimes Ziel verfolgt und verhältnismäßig ist. Betreffend

die gesetzliche Grundlage entschied der EGMR, dass der Ausschluss von Studentinnen als Sanktion zwar auf keinem förmlichen Gesetz beruhe, der Laizismus aber ein Grundprinzip der türkischen Verfassung darstelle und das Kopftuchverbot verfassungskonform sei. Außerdem verwies er auf die Gewährleistung von Ruhe und Ordnung in der Universität. Das Kopftuchverbot vermeide, dass auf nicht praktizierende Muslime und Musliminnen oder Anders- bzw. Nichtgläubige Druck ausgeübt werde. Die Beschwerde wurde somit abgewiesen und das Kopftuchverbot als mit der EMRK vereinbar angesehen.⁴²⁶

Beispiel: Kruzifixe in Klassenzimmern:

Im Urteil *Lautsi vs. Italien*⁴²⁷ entschied der EGMR, dass Kreuze in Klassenzimmern gegen die Konvention verstoßen:

In ihrem eigenen Namen und im Namen ihrer Kinder behauptete die Bf eine Verletzung von Art 2 1. ZP EMRK, Art 9 und Art 14 EMRK: Die Anbringung des Kreuzes in der von ihren Kindern besuchten öffentlichen Schule würde einen ungerechtfertigten Eingriff in ihr Recht bedeuten, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen. Außerdem würde dies ihre Gedanken- und Religionsfreiheit verletzen.

Nach Ansicht des EGMR trifft den Staat die Pflicht, davon abzusehen, einen Glauben – auch nur indirekt – an Orten aufzuzwingen, an denen Personen von ihm abhängig oder an denen sie besonders verletzlich sind. Der Schulbesuch von Kindern stellt einen besonders sensiblen Sektor dar, da Kinder noch nicht über einen derart kritischen Geist verfügen, um sich von den religiösen Präferenzen des Staates zu distanzieren. Die Präsenz des Kreuzes kann von SchülerInnen jeden Alters leicht als ein religiöses Zeichen interpretiert werden und diese könnten den Eindruck erhalten, in einem von einer vorgegebenen Religion geprägten schulischen Rahmen unterrichtet zu werden. Was für manche religiöse SchülerInnen ermutigend wirken kann, mag für SchülerInnen anderer Religionen, insbesondere religiöser Minderheiten, oder für jene ohne Bekenntnis emotional störend sein.

Die negative Freiheit, an keine Religion zu glauben, ist nicht auf das Fehlen von religiösen Diensten oder von Religionsunterricht beschränkt, sie erstreckt sich auch auf Praktiken und Symbole, die einen Glauben, eine Religion oder Atheismus ausdrücken. Sie verdient besonderen Schutz, wenn der Staat einen Glauben vertritt und der/die Betroffene sich in einer Situation befindet, aus der er/sie nicht oder nur unter Aufwendung von unverhältnismäßigen Mitteln und Opfern ausbrechen kann.

⁴²⁶ Vgl EGMR 10.11.2005, *Leyla Şahin vs. Turkey*.

⁴²⁷ EGMR, 3.11.2009, *Lautsi vs. Italien*.

Der Staat ist an die konfessionelle Neutralität im Bereich des öffentlichen verpflichtenden Unterrichts gebunden, in dem ohne Rücksicht auf die Religion Anwesenheitspflicht herrscht und in dem SchülerInnen kritisches Denken vermittelt werden soll.

Das verpflichtende Anbringen des Symbols einer Konfession in spezifischen regierungsabhängigen Bereichen, insbesondere in Klassenzimmern, beschränkt das Recht der Eltern, ihre Kinder ihren Überzeugungen entsprechend zu erziehen, sowie das Recht der Schulkinder, einen Glauben zu haben oder nicht zu haben. Diese Beschränkungen sind unvereinbar mit der dem Staat obliegenden Pflicht, bei der Ausübung öffentlicher Funktionen, vor allem im Bereich der Erziehung, Neutralität zu wahren. Es liegt folglich eine Verletzung von Art 2 1. ZP EMRK iVm Art 9 EMRK vor (einstimmig).⁴²⁸

Die Große Kammer stimmte mit diesen Ausführungen der Kammer nicht überein; diese war davon ausgegangen, dass Kreuze in Klassenzimmern ein integraler Bestandteil der Umgebung in Schulen seien und die Kammer hatte sie als „starke äußere Symbole“ im Sinne von *Dahlab vs. Schweiz* eingestuft. Die Große Kammer sah die Situation in diesem Fall jedoch gänzlich anders als in *Dahlab* und betrachtete die Sichtbarkeit des Christentums durch das Kreuz wie folgt: Die Präsenz des Kreuzes steht nicht mit einem verpflichtenden Religionsunterricht in Zusammenhang, die Schule ist außerdem auch für andere Religionen offen. SchülerInnen dürfen beispielsweise religiöse Symbole wie das islamische Kopftuch tragen. Auch behielt die Erstbeschwerdeführerin ihr Recht als Elternteil, ihre Kinder aufzuklären und anzuleiten. Die italienische Behörde hat durch die Zustimmung zur Beibehaltung der Kreuze in den Klassenzimmern im Rahmen des staatlichen Ermessensspielraums gehandelt, womit keine Verletzung von Art. 2 vorlag und keine besonderen Fragen zu Art. 9 aufgeworfen wurden.⁴²⁹

Auch in anderen Ländern, wie etwa in Deutschland oder Frankreich kommt es immer wieder zu Kontroversen bezüglich religiöser Symbole an Schulen. Österreich ist von solchen Debatten nicht ausgenommen, da hierzulande in jedem Klassenzimmer von Schulen, deren SchülerInnen mehrheitlich der christlichen Religion angehören, ein Kruzifix aufzuhängen ist.⁴³⁰ Vergleichbare Vorschriften für andere Religionen bestehen nicht. Das Tragen

⁴²⁸ Die Untersuchung der behaupteten Verletzung von Art 14 EMRK erachtete der EGMR in Anbetracht der Umstände des Falls und weil er bereits eine Verletzung von Art 2 1. ZP EMRK iVm Art 9 EMRK festgestellt hatte, als nicht notwendig. Siehe *Österreichisches Institut für Menschenrechte*, Newsletter Menschenrechte 2009/6 (2010), 326 ff.

⁴²⁹ EGMR, 18.3.2011, *Lautsi vs. Italien*.

⁴³⁰ Vgl § 2b Abs 1 Religionsunterrichtsgesetz, Österreich, BGBl 190/1949, in der durch BGBl 324/1975 geänderten Fassung., zuletzt geändert durch BGBl I 36/2012.

religiöser Kleidung fällt unter die religiöse Freiheit. Ein Kopftuchverbot gibt es in Österreich nicht.

5.4 Die Freiheit der Meinungsäußerung (Art 10 EMRK)

5.4.1 Allgemeines

Die Straßburger Rechtsprechung zur Meinungsäußerungsfreiheit⁴³¹ hat die österreichische Rechtsordnung stark beeinflusst und zu einer deutlichen Liberalisierung geführt. Schon das erste Urteil des EGMR zu Art 10 EMRK betraf Österreich⁴³² und zahlreiche weitere Judikate folgten. Seit 2007 ist die Zahl der gegen Österreich ergangenen Urteile, mit denen eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit festgestellt wurde, deutlich zurückgegangen. Der Grund dafür liegt in der Judikatur des OGH, der seit 2007 die Möglichkeit einer Erneuerung medienrechtlicher Verfahren schon vor einem Urteil des EGMR bejaht⁴³³ und damit seine eigene Zuständigkeit begründet hat, über etwaige Verletzungen der Meinungsäußerungsfreiheit zu entscheiden. Der OGH macht von dieser Kompetenz in Mediensachen regelmäßig Gebrauch und verlangt dabei von den Untergerichten die Umsetzung der Vorgaben des EGMR.⁴³⁴ Dessen Judikatur, die gerade im Bereich der Meinungsäußerungsfreiheit durch eine sehr dynamische Auslegung der Konvention geprägt ist, bleibt durch diese Übernahme in die Spruchpraxis des OGH von größter Relevanz für die gerichtliche Praxis. Bei der Anwendung und Auslegung der innerstaatlichen Vorschriften ermöglicht insbesondere die verfassungskonforme Interpretation eine Berücksichtigung der grundrechtlichen Vorgaben.

Die europäische Grundrechtecharta garantiert in Art 11 die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit. Trotz ihres abweichenden Wortlauts entspricht diese Bestimmung inhaltlich im Wesentlichen Art 10 EMRK. In der Judikatur der österreichischen Gerichte spielt Art 11 GRC bislang keine Rolle.

Berührt wird die Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur in Mediensachen, sondern regelmäßig auch in Verfahren wegen übler Nachrede (§ 111 StGB) oder Ehrenbeleidigung

⁴³¹ Die freie Meinungsäußerung ist auch in Art 13 StGG geschützt, dem jedoch neben Art 10 EMRK kaum mehr praktische Bedeutung zukommt. Einzelne Aspekte der Meinungsäußerungsfreiheit sind weiters durch Art 17 StGG (Freiheit der Wissenschaft) und Art 17a StGG (Freiheit der Kunst) geschützt.

⁴³² EGMR 8.7.1986, *Lingens vs Austria*, EuGRZ 1986, 424 = MR 1986/4, 11.

⁴³³ OGH 1.8.2008/2007, 13 ObOs 135/06m; vgl dazu oben 3.2.1.

⁴³⁴ Vgl zB OGH 12.12.2012, 15 Os 42/12h, MR 2013, 10; OGH 15.10.2012, 6 Ob 162/12k, MR 2013, 67; OGH 29.4.2008, 11 Os 124/07f =, MR 2008, 140; OGH 8.5.2008, 15 Os 6/08h; OGH 24.6.2009, 15 Os 172/08w.

(§ 1330 ABGB, § 115 StGB). Auch im Wettbewerbsrecht (§ 1 UWG) können die Vorgaben des Art 10 EMRK zu beachten sein.⁴³⁵

Der Freiheit der Meinungsäußerung wird vom EGMR grundlegende Bedeutung beigemessen. Der Gerichtshof betrachtet dieses Recht als einen der wesentlichen Grundpfeiler jeder demokratischen Gesellschaft. Dahinter steht die Idee, dass ein freier Austausch der Meinungen eine unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren jeder Demokratie ist, weshalb die Meinungsfreiheit als Grundlage aller anderen Freiheiten angesehen wird.

Im Folgenden wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eingriffe in die Meinungsäußerungsfreiheit gerechtfertigt sind. Im Zentrum steht dabei die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art 10 Abs 2 EMRK. Die bei dieser Abwägung der im jeweiligen Einzelfall betroffenen Interessen anzuwendenden Kriterien sind bei jeder die Meinungsäußerungsfreiheit berührenden Entscheidung zu beachten. Unabhängig vom Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist es von besonderer Bedeutung, dass eine solche überhaupt vorgenommen wird. Die fehlende Beachtung der relevanten Kriterien führt in aller Regel dazu, dass die Entscheidung schon aus diesem Grund gegen Art 10 EMRK verstößt. In der Begründung von Entscheidungen sollte daher auf die konventionsrechtlichen Vorgaben eingegangen werden.

5.4.2 Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Der Anwendungsbereich von Art 10 EMRK ist sehr weit und schützt die Freiheit der Kommunikation unter verschiedenen Gesichtspunkten. Die Meinungsäußerungsfreiheit umfasst jede Form der Meinungsäußerung (Wort, Schrift, Bild) unabhängig vom verwendeten Medium (Printmedien, Fernsehen, Radio, Bücher, Filme, Flugblätter, Gemälde, mündliche Äußerung,...) und vom Inhalt der zum Ausdruck gebrachten Information oder Idee. Daher können auch etwa Gesten oder symbolische Verhaltensweisen (zB das Tragen von Symbolen wie dem roten Stern,⁴³⁶ das Verbrennen einer Flagge, langsames Gehen zur Behinderung einer Jagd) in den Anwendungsbereich der Meinungsäußerungsfreiheit fallen.⁴³⁷ Auch ein stiller Appell an die Solidarität und finanzielle Hilfsbereitschaft der Mitmenschen – et-

⁴³⁵ Vgl zB OGH 13.7.2010, 4 Ob 39/10d, *ecolex* 2011, 142; OGH 4.9.2007, 4 Ob 98/07a.

⁴³⁶ EGMR 8.7.2008, *Vajnai vs Hungary*, NL 2008, 208.

⁴³⁷ Vgl *Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999), 319; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 259.

wa durch einen schriftlichen oder symbolischen Hinweis auf die eigene Bedürftigkeit – fällt in den Schutzbereich von Art 10 EMRK.⁴³⁸

Art 10 EMRK schützt als Aspekte des Rechts auf freie Meinungsäußerung im weiteren Sinn die folgenden Freiheiten:

- Meinungsäußerungsfreiheit im engeren Sinn

In einem engeren Sinne ist die Weitergabe von Informationen und Ideen von Art 10 EMRK geschützt. Dies sind nicht nur Informationen und Ideen, die auf Zustimmung oder Gleichgültigkeit stoßen, sondern grundsätzlich auch solche, die **verletzen, schockieren oder beunruhigen**.⁴³⁹ Daher fallen nicht nur Meinungsäußerungen, die einen wertvollen Beitrag zu einem Thema von allgemeinem Interesse leisten, in den Anwendungsbereich des Art 10 EMRK. Erfasst sind vielmehr auch banale Unterhaltung, kommerzielle Werbung,⁴⁴⁰ Pornographie, verhetzende Reden (*hate speech*) oder polemische Kritik, durch die sich der Angesprochene beleidigt fühlt (bspw die Bezeichnung eines Politikers als „Trottel“⁴⁴¹). Der Inhalt einer Äußerung und ihr Kontext sind jedoch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten. Ob die Kritik im Einzelfall von der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist, oder einen unberechtigten persönlichen Angriff darstellt, ergibt sich daher auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit.

- Pressefreiheit

Grundsätzlich gelten in Hinblick auf die in Art 10 EMRK nicht ausdrücklich genannte Pressefreiheit dieselben Grundsätze wie für die Meinungsäußerungsfreiheit im Allgemeinen. Allerdings ist bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung die besondere Bedeutung der Presse für das Funktionieren demokratischer Gesellschaften zu berücksichtigen. Als besonderen Aspekt der Pressefreiheit umfasst Art 10 EMRK außerdem den Schutz des Redaktionsgeheimnisses und damit der journalistischen Quellen.⁴⁴²

⁴³⁸ VfGH 30.6.2012, G 155/10, VfSlg 19.662/2012.

⁴³⁹ Vgl EGMR 7.12.1976, *Handyside vs United Kingdom*, EuGRZ 1977, 38.

⁴⁴⁰ VfGH 23.9.2010, G 218/09, VfSlg 19.159/2010 = NLMR 2012, 275.

⁴⁴¹ EGMR 1.7.1997, *Oberschlick vs Austria*, NL 1997, 213 = ÖJZ 1997, 956.

⁴⁴² Vgl EGMR 27.3.1996, *Goodwin vs United Kingdom*, NL 1996, 83 = ÖJZ 1996, 795; EGMR 22.11.2007, *Voskuil vs the Netherlands*, NL 2007, 310; EGMR 14.9.2010, *Sanoma Uitgevers B.V. vs the Netherlands* (GK); EGMR 15.12.2009, *Financial Times Ltd and Others vs the United Kingdom*, NL 2009, 368.

- Rundfunkfreiheit

Die Rundfunkfreiheit umfasst Fernsehen und Hörfunk unabhängig von der Übertragungstechnik. Die Rundfunkfreiheit wird in der Rsp als Teil der Pressefreiheit behandelt und in der Praxis denselben Grundsätzen (insbesondere bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung) unterworfen.

- Aktive und passive Informationsfreiheit

Als Informationsfreiheit wird das durch Art 10 EMRK garantierte Recht bezeichnet, Nachrichten und Ideen ohne Eingriffe staatlicher Behörden verbreiten bzw empfangen zu dürfen. Während die *aktive Informationsfreiheit* das Recht gewährt, Informationen und Ideen zu verbreiten und sich damit weitgehend mit der Meinungsäußerungsfreiheit deckt, garantiert die *passive Informationsfreiheit* das Recht auf Zugänglichkeit und Empfang von Informationen.

- Wissenschaftsfreiheit

Der durch Art 10 EMRK gewährte Schutz der wissenschaftlichen Meinungsäußerung umfasst sowohl die wissenschaftliche Publikation als auch die Lehre.⁴⁴³ Die Freiheit der Wissenschaft ist auch in Art 17 StGG garantiert, der über den Schutz von Art 10 EMRK hinausgeht. Sie gewährleistet in erster Linie die selbstbestimmte Forschung und die Freiheit, die gewonnenen Erkenntnisse ohne Beschränkung zu verbreiten.⁴⁴⁴

- Kunstfreiheit

Zwar wird die Freiheit der Kunst in Art 10 EMRK nicht ausdrücklich erwähnt, doch schützt diese Bestimmung auch das künstlerische Wirken und die Kommunikation zwischen KünstlerInnen und RezipientInnen. EGMR und OGH gehen dabei von einem offenen Kunstbegriff aus, der nicht auf bestimmte Inhalte oder Formen begrenzt ist.⁴⁴⁵ Auszugehen ist von einem pluralistischen, wertneutralen und dynamischen Kunstverständnis, das sowohl das Ästhetische und Wertvolle umfasst als auch das Hässliche,

⁴⁴³ Vgl EGMR 25.8.1998, *Hertel vs Switzerland*, NL 1998, 148 = ÖJZ 1999, 614; EGMR 27.3.2008, *Azevedo vs Portugal*, NL 2008, 84.

⁴⁴⁴ *Berka*, Verfassungsrecht⁵ (2013) Rz 1484.

⁴⁴⁵ OGH 3.4.2008, 8 ObA 15/08a; EGMR 24.5.1988, *Müller and Others vs Switzerland*, ÖJZ 1989, 182 = EuGRZ 1988, 543.

Schockierende und Provokante.⁴⁴⁶ Daneben ist auch Art 17a StGG zu beachten, der die Freiheit des künstlerischen Schaffens, der Lehre der Kunst und ihrer Vermittlung ausdrücklich grundrechtlich garantiert. Im Gegensatz zu Art 10 EMRK ist Art 17a StGG als vorbehaltloses Grundrecht konzipiert. Das Fehlen eines ausdrücklichen Grundrechtsvorbehalts bedeutet allerdings nicht, dass die Freiheit der Kunst völlig schrankenlos gilt. Neben den der Freiheit der Kunst immanenten Schranken ergeben sich solche insbesondere aus anderen Grundrechten, wie zB der Religionsfreiheit oder den durch das Recht auf Achtung des Privatlebens geschützten Persönlichkeitsrechten, sodass in vielen Fällen auch unter Art 17a StGG eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.⁴⁴⁷ Jede intentionale Beschränkung der Kunstfreiheit durch den Gesetzgeber verstößt gegen Art 17a StGG. Bei der Vollziehung allgemeiner Gesetze, die mit der Kunstfreiheit in Konflikt geraten können (zB Ausländerbeschäftigungsrecht, Versammlungsrecht, Veranstaltungsrecht), muss eine Abwägung vorgenommen werden.⁴⁴⁸ Hat der Gesetzgeber eine solche nicht ermöglicht, ist das Gesetz verfassungswidrig.

5.4.3 Grundrechtsschranken und -eingriffe

Das Recht auf freie Meinungsäußerung wird nicht uneingeschränkt garantiert, sondern steht unter einem materiellen Gesetzesvorbehalt.⁴⁴⁹ Nach Art 10 Abs 2 EMRK ist ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit zulässig, wenn er *gesetzlich vorgesehen* ist, einem der in Art 10 Abs 2 EMRK genannten *legitimen Ziele* dient und zur Erreichung dieses Ziels „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“, also *verhältnismäßig*, ist.

Als **Eingriff** in die Meinungsäußerungsfreiheit kommt grundsätzlich jede staatliche Handlung in Frage, durch die eine Person an der Ausübung ihrer durch Art 10 Abs 2 EMRK geschützten Rechte gehindert oder die Ausübung dieser Rechte sanktioniert wird. Darunter fallen Verurteilungen wegen eines Ehrenbeleidigungsdelikts (§ 111, § 115 StGB, § 6 MedienG) ebenso wie die Einziehungen von Medienwerken (§ 33 MedienG), die Sicherstellung

⁴⁴⁶ Vgl. Kienapfel/Schroll, Grundriss des Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. I: Delikte gegen Personenwerte/Persönlichkeitsrechte⁵ (2003), 343.

⁴⁴⁷ Kröll, Kulturelle Rechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Bd. VII/1, § 194 Rz 51-56.

⁴⁴⁸ Vgl. VfGH 7.12.1987, B 1218/86, VfSlg 11.567/1987.

⁴⁴⁹ Den daneben bestehenden absoluten Eingriffsschranken des Art 13 StGG (insb. Verbot von Präventivzensur und Konzessionssystem für Zeitungen) kommt heute in der Praxis kaum mehr Bedeutung zu.

von dem Redaktionsgeheimnis unterliegendem Material⁴⁵⁰ oder das Verbot der Ausstellung eines Kunstwerks. Als staatliche Maßnahmen, durch die in die Meinungsäußerungsfreiheit eingegriffen werden kann, sind aber auch Entscheidungen in Auseinandersetzungen zwischen Privatpersonen anzusehen. Daher sind etwa auch bei Unterlassungsklagen nach § 1330 ABGB oder wettbewerbsrechtlichen Verfahren die Vorgaben des Art 10 Abs 2 EMRK zu beachten.

Ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit ist nur unter den folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Gesetzliche Grundlage

Ein Eingriff ist nur dann zulässig, wenn er **gesetzlich vorgesehen** ist. Gesetz in diesem Sinne ist nicht nur ein formales Gesetz, sondern auch eine Verordnung oder eine gesicherte Rsp. Der EGMR stellt nicht nur formale, sondern auch qualitative Anforderungen. Das Gesetz muss zugänglich und ausreichend präzise formuliert sein, sodass der Betroffene die Folgen seines Handelns vorhersehen und sein Verhalten danach ausrichten kann. Dieses Kriterium spielt in der österreichischen Rechtspraxis kaum eine Rolle. Eingriffe in die durch Art 10 Abs 2 EMRK garantierten Rechte beruhen in aller Regel auf Gesetzen (Bsp: §§ 111 ff StGB, § 1330 ABGB, §§ 6ff MedienG, § 78 UrhG), die den Voraussetzungen der Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit entsprechen.

- Legitimes Ziel

Der Eingriff muss einem der in Art 10 Abs 2 EMRK abschließend genannten legitimen Ziele dienen. Praktische Bedeutung kommt insbesondere dem **Schutz des guten Rufs und der Rechte anderer** zu, auf den Verurteilungen wegen Ehrenbeleidigungsdelikten und medienrechtliche Sanktionen gestützt werden können.

- Verhältnismäßigkeit

Die zentrale Frage im Zusammenhang mit Eingriffen in die Meinungsäußerungsfreiheit ist die Beurteilung ihrer Verhältnismäßigkeit. Dabei muss anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls abgewogen werden, ob der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig – mit anderen Worten verhältnismäßig zum damit verfolgten Ziel – ist. Dies setzt zum einen

⁴⁵⁰ OGH 16.12.2010, 13 Os 130/10g, MR 2010, 364 = NLMR 2011, 117 = RZ 2011, 174.

voraus, dass das eingesetzte Mittel geeignet ist, den gewünschten Zweck zu erreichen. Zum anderen ist ein Eingriff nur dann notwendig, wenn kein milderes, weniger stark eingreifendes Mittel zur Verfügung steht. Und schließlich müssen Mittel und Zweck in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Dabei stehen sich zwei Interessen gegenüber: einerseits das Interesse der Allgemeinheit an einem freien Austausch der Meinungen und an Information über Fragen von allgemeinem Interesse, andererseits das jeweils betroffene Interesse am Schutz jenes Rechtsguts, zu dessen Gunsten der Eingriff erfolgt. Zwischen diesen Interessen muss eine Güterabwägung vorgenommen werden. Generell kommt dabei dem Beitrag entscheidende Bedeutung zu, den die umstrittene Äußerung zu einer Debatte von allgemeinem Interesse leistet. So besteht beispielsweise bei Äußerungen zu aktuellen politischen Fragen ein sehr viel geringerer Spielraum für Einschränkungen als bei kommerzieller Werbung oder reiner Unterhaltung.

Zu beachten ist bei der Interessenabwägung, dass auch die in Art 10 Abs 2 EMRK genannten legitimen Ziele zum Teil Rechtsgüter betreffen, zu deren Schutz der Staat durch andere Grundrechte verpflichtet sein kann. So ergibt sich aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK) unter Umständen ein **Anspruch auf ein staatliches Vorgehen** gegen diffamierende Angriffe seitens Dritter oder gegen bloßstellende Veröffentlichungen. Der Schutz der Unschuldsvermutung (Art 6 Abs 2 EMRK) kann ein Vorgehen gegen Vorverurteilungen eines Beschuldigten in den Medien erfordern. Bei der Interessenabwägung ist daher zu bedenken, dass auch eine zu stark zugunsten der freien Meinungsäußerung ausschlagende Entscheidung eine Verletzung der EMRK begründen kann, wenn der Staat dadurch seine Schutzpflichten zugunsten anderer Grundrechte nicht ausreichend wahrnimmt.

Fallbeispiel.⁴⁵¹

Sachverhalt: Eine weit verbreitete Tageszeitung behauptet in einem Artikel, zwei mit vollem Namen genannte Personen wären HIV-positiv bzw an AIDS erkrankt und würden ein außer-eheliches Verhältnis führen. Auch der Wohnort der beiden – zuvor keiner breiteren Öffentlichkeit bekannten – Personen wird angegeben. Da ihnen der von den innerstaatlichen Gerichten als Ersatz für diese Verletzung ihrer Privatsphäre zugesprochene Betrag von je knapp € 3.000,- (der gesetzlich vorgesehene Höchstbetrag) nicht angemessen erscheint, wenden sie sich an den EGMR.

Rechtsausführungen: Der EGMR bejahte die Anwendbarkeit von Art 8 EMRK, da sich die Veröffentlichung auf rein private Angelegenheiten (die Gesundheit bzw das Sexualleben) bezog. Für die Veröffentlichung sprechende Interessen vermochte der Gerichtshof nicht zu erkennen. Er stellte vielmehr fest, dass deren einziger Zweck „offensichtlich in der Befriedigung der anzüglichen Neugier einer gewissen Leserschaft bestand“ und nicht geeignet sei, zu einer Debatte im allgemeinen gesellschaftlichen Interesse beizutragen. Da die Interessenabwägung somit zugunsten des Privatlebens ausfiel, waren die Gerichte verpflichtet sicherzustellen, dass die Betroffenen ihre Rechte gegenüber der Presse durchsetzen konnten. Obwohl die Bf im innerstaatlichen Verfahren obsiegt hatten, stellte der EGMR eine Verletzung von Art 8 EMRK fest, weil er den gesetzlich vorgesehenen Entschädigungsbetrag für unzureichend erachtete, um die Medien von solchen Übergriffen auf die Privatsphäre abzuhalten. Der Staat war daher seinen positiven Verpflichtung, die durch Art 8 EMRK garantierten Rechte der Bf zu schützen, nicht nachgekommen.

5.4.4 Allgemeine Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit sind insbesondere dann legitim, wenn sie dem **Schutz der Persönlichkeitsrechte** dienen, die ihrerseits ebenfalls durch die EMRK geschützt sind. Derartige Eingriffe verfolgen den in Art 10 Abs 2 EMRK genannten legitimen Zweck des Schutzes des guten Rufs und der Rechte anderer. Von Bedeutung ist in erster Linie Art 8 EMRK, aus dem ein **Recht auf Schutz des Ansehens und auf Wahrung der Privatsphäre** abgeleitet wird. Auch die in Art 6 Abs 2 EMRK garantierte Unschuldsvermutung kann Eingriffe in die Pressefreiheit rechtfertigen.⁴⁵² Wenn ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit zugunsten eines dieser ebenfalls verfassungsgesetzlich gewähr-

⁴⁵¹ Vgl EGMR 25.11.2008, *Armonienė vs Lithuania* und *Biriuk vs Lithuania*, NL 2008, 345.

⁴⁵² EGMR 22.2.2007, *Falter Zeitschriften GmbH vs Austria*, NL 2007, 65 = ÖJZ 2007, 663.

leisteten Persönlichkeitsrechte erfolgt, so sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls die widerstreitenden grundrechtlich geschützten Interessen gegeneinander abzuwägen. Bei dieser Güterabwägung kommt dem Gesetzgeber bzw. den Gerichten ein gewisser Ermessensspielraum zu. Die Vorgaben der EMRK sind also nicht so zu verstehen, dass in jedem Einzelfall stets nur eine einzige verfassungsrechtlich zulässige Lösung möglich wäre. Vielmehr werden in der Regel verschiedene Ergebnisse der Abwägung innerhalb des vorgegebenen Spielraums liegen. Wichtig ist allerdings, dass die Abwägung anhand der relevanten Kriterien vorgenommen und gut begründet wird.

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind bestimmte Faktoren stets zu berücksichtigen. Dies betrifft insbesondere den Gegenstand der Veröffentlichung und die Stellung der Person, die sich dadurch in ihren Persönlichkeitsrechten verletzt erachtet. Daneben wurden von EGMR und OGH weitere Kriterien entwickelt, wobei zwischen einerseits kränkenden Äußerungen und andererseits indiskreten Enthüllungen unterschieden wird.

Zunächst ist stets danach zu fragen, welchen Beitrag die jeweilige Veröffentlichung zu einer **Debatte von allgemeinem Interesse** leistet. Dies hängt in erster Linie vom Gegenstand der umstrittenen Veröffentlichung ab, aber auch vom größeren Kontext, in dem sie erfolgte (bspw. im Zuge einer öffentlich ausgetragenen Kontroverse zwischen PolitikerInnen oder JournalistInnen über ein politisch brisantes Thema). Die Bedeutung, die der Straßburger Gerichtshof diesem Kriterium beimisst, beruht auf der Ansicht, dass den Medien die Aufgabe zukommt, als *public watchdog* über die Einhaltung demokratischer Spielregeln zu wachen und durch kritische Berichterstattung zur Weiterentwicklung der Demokratie beizutragen. Die Aufgabe und Legitimation der Medien liegt demnach darin, die Öffentlichkeit auf Mängel, Fehler oder auch rechtswidrige Machenschaften in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft hinzuweisen. Umgekehrt verlangt die Freiheit der Meinungsäußerung eine engere Auslegung, wenn es einer Veröffentlichung nur um die Befriedigung der Neugier eines bestimmten Publikums geht – etwa für Details des Privatlebens von Prominenten.⁴⁵³ Solche Berichte können in aller Regel nichts zu einer gesellschaftlich relevanten öffentlichen Debatte beitragen.

In engem Zusammenhang zum Grundsatz, wonach die Grenzen des Erlaubten bei Beiträgen zur politischen Debatte sehr weit sind, steht auch die Maxime des EGMR, wonach Personen, die in der Öffentlichkeit stehen (*public figures*), erheblich mehr an Kritik zu akzeptieren haben, als andere Menschen. Vor allem **PolitikerInnen** müssen sich deutlich mehr ge-

⁴⁵³ EGMR 24.6.2004, *von Hannover vs Germany*, EuGRZ 2004, 404 = NL 2004, 144 = ÖJZ 2005, 588 = MR 2004, 246; EGMR 23.7.2009, *Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”) vs France*, NL 2009, 223 = MR 2009, 298; OGH 18.11.2008, 4 Ob 165/08f.

fallen lassen, weil sie sich „unweigerlich und wissentlich der eingehenden Beurteilung ihrer Worte und Taten durch die Presse und die allgemeine Öffentlichkeit aussetzen.“⁴⁵⁴ Dieser Maßstab gilt auch für JournalistInnen bzw MedienunternehmerInnen,⁴⁵⁵ hohe kirchliche Würdenträger,⁴⁵⁶ WissenschaftlerInnen, die sich an öffentlichen Debatten beteiligen,⁴⁵⁷ ProfisportlerInnen, KünstlerInnen oder Großindustrielle, die schon aufgrund ihrer gesellschaftlichen Position als Personen des öffentlichen Lebens anzusehen sind, für die eine höhere Toleranzschwelle gilt.⁴⁵⁸ Unter Umständen können auch **Privatpersonen**, die überhaupt keine öffentliche Funktion bekleiden, einem erweiterten Toleranzmaßstab unterliegen, wenn sie die öffentliche Arena betreten und damit freiwillig das Interesse der Medien auf sich ziehen. Personen, die **unfreiwillig** ins Rampenlicht geraten, genießen jedenfalls weiterhin den Schutz ihres Privatlebens. Insbesondere Opfer von Verbrechen haben ein Recht auf Schutz ihrer Anonymität und ihrer Privatsphäre. In Bezug auf diese Personen kann daher nicht von weiteren Grenzen der Meinungsfreiheit ausgegangen werden.⁴⁵⁹

Der *public figure*-Standard bedeutet jedoch keineswegs, dass sich Personen des öffentlichen Lebens jede Berichterstattung gefallen lassen müssten. Entscheidend ist stets das eigentliche **Thema der Berichterstattung**. Nur hinsichtlich der Ausübung der öffentlichen Funktion müssen Personen des öffentlichen Lebens einen erhöhten Toleranzmaßstab an den Tag legen. Ihre privaten Angelegenheiten, die in keinem Zusammenhang zu Amtsführung oder öffentlicher Funktion stehen, genießen hingegen den üblichen Schutz. Ob es sich um eine Person des öffentlichen Lebens handelt, ist daher zwar ein wichtiger Faktor, aber nicht alleine entscheidend. Vielmehr ist stets nach dem Gegenstand der Berichterstattung zu fragen. Das Privatleben von PolitikerInnen und Prominenten ist grundsätzlich geschützt, sofern kein Zusammenhang zur Amtsführung bzw zum öffentlichen Leben besteht.⁴⁶⁰ Dass sich eine allgemein bekannte Person in den öffentlichen Raum begibt, reicht dafür nicht aus. Vielmehr haben auch Prominente ein Recht auf Wahrung ihrer Privatsphäre, solange sie nicht bestimmte Umstände von sich aus bewusst in die Medienöffentlichkeit tragen.⁴⁶¹ Der

⁴⁵⁴ EGMR 8.7.1986, *Lingens vs Austria*, EuGRZ 1986, 424; OGH 5.7.2001, 6 Ob 149/01g.

⁴⁵⁵ OGH 21.6.2007, 6 Ob 79/07x, MR 2007, 250; 15.10.2012, 6 Ob 162/12k, MR 2013, 67.

⁴⁵⁶ EGMR 19.1.2006, *Albert-Engelmann-Gesellschaft mbH vs Austria*, NL 2006, 20 = ÖJZ 2006, 695.

⁴⁵⁷ EGMR 19.1.2006, *Albert-Engelmann-Gesellschaft mbH vs Austria*, NL 2006, 20 = ÖJZ 2006, 695. EGMR 6.5.2010, *Brunet Lecomte und Lyon Mag vs France*, NLMR 2010, 147.

⁴⁵⁸ EGMR 14.12.2006, *Verlagsgruppe News GmbH vs Austria* (No 2), NL 2006, 313.

⁴⁵⁹ Vgl OGH 4.5.2011, 15 Os 122/10w.

⁴⁶⁰ EGMR 6.2.2001, *Tammer vs Estonia*, NL 2001, 29.

⁴⁶¹ OGH 19.8.2009, 15 Os 81/09i, MR 2009, 295.

public figure-Standard ist insofern Ausdruck der Privilegierung demokratisch wertvoller Medienberichterstattung und keineswegs als Einschränkung der Persönlichkeitsrechte bestimmter Personengruppen zu verstehen.

Fallbeispiel.⁴⁶²

Sachverhalt: In einem vom ehemaligen Leibarzt des französischen Staatspräsidenten Francois Mitterand verfassten Buch („Le Grand Secret“) wird die medizinische Betreuung des Präsidenten beschrieben, bei dem kurz nach seiner ersten Wahl 1981 Krebs diagnostiziert worden war. Thematisiert werden dabei auch die Schwierigkeiten, mit denen die Ärzte bei der Verheimlichung der Erkrankung konfrontiert waren. Das Buch erscheint zehn Tage nach dem Ableben von Francois Mitterand. Auf Antrag seiner Familie wird ein Vertriebsverbot verhängt, außerdem wird der Verlag zur Zahlung einer Entschädigung an die Familienangehörigen verurteilt.

Rechtsausführungen: Das Buch enthält Informationen, die in den intimsten Bereich des Privatlebens fallen. Die Untersagung der Verbreitung dient damit dem legitimen Ziel des Schutzes der Persönlichkeitsrechte des verstorbenen Staatsoberhauptes bzw seiner Familie. Die Veröffentlichung ist dennoch zulässig, weil das Informationsinteresse in diesem Fall gegenüber dem Interesse an der Wahrung der Privatsphäre überwiegt. Ausschlaggebend ist dabei nicht nur die Stellung als Person des öffentlichen Lebens, sondern auch der Gegenstand der Debatte. Diese betrifft das Recht der Öffentlichkeit, über eine Erkrankung des Staatsoberhauptes informiert zu werden und die Frage, ob eine schwer kranke Person dieses Amt ausüben sollte. Angesichts der bewussten Verheimlichung geht es auch um die Transparenz in der Politik.

Besondere Standards gelten in Bezug auf **RichterInnen**: der EGMR räumt der Gerichtsbarkeit besondere Privilegien ein, um ihr Ansehen und ihre Unparteilichkeit zu gewährleisten. Zwar bezieht sich die Aufgabe der Presse, Informationen über alle Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu verbreiten, auch auf Fragen des Funktionierens der Justiz, dabei ist jedoch die besondere Rolle der Justiz in der Gesellschaft zu berücksichtigen, die ihre Aufgaben nur erfüllen kann, wenn sie das Vertrauen der Öffentlichkeit genießt. Es kann sich daher als notwendig erweisen, dieses Vertrauen gegen unbegründete, destruktive Angriffe zu schützen, insbesondere weil RichterInnen häufig durch ihre Verschwiegen-

⁴⁶² Vgl OGH 16.12.2008, 11 Os 144/07x, MR 2009, 7. EGMR 18.4.2004, *Éditions Plon vs France*, NL 2004, 120.

heitspflicht daran gehindert werden, Kritik entgegenzutreten.⁴⁶³ Freilich bedeutet dies nicht, dass bei ehrenrühriger Kritik an RichterInnen nicht ebenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen wäre. Auch Kritik an RichterInnen und deren Entscheidungen kann von Art 10 EMRK geschützt sein, allerdings sind dieser Kritik engere Grenzen gesetzt.

Besonderen Schutz genießen Äußerungen eines Verteidigers / einer Verteidigerin im Strafverfahren, mit denen das Vorgehen der Staatsanwaltschaft kritisiert wird.⁴⁶⁴ Hier sind bei der Interessenabwägung der Grundsatz der Waffengleichheit und die Verteidigungsrechte zu berücksichtigen.

Neben diesen allgemeinen, stets zu berücksichtigenden Faktoren wurden in der Rsp weitere Kriterien für die Interessenabwägung entwickelt, die stark von der jeweiligen Konstellation abhängen. Sie werden im Folgenden im Zusammenhang mit den jeweils betroffenen Fallgruppen erörtert. Der praktischen Bedeutung entsprechend wird dabei unterschieden zwischen Eingriffen in die Meinungsäußerungsfreiheit, die dem Schutz von Ehre und Ansehen vor beleidigenden und kränkenden Äußerungen dienen und solchen, durch die die Privatsphäre vor indiskreten Veröffentlichungen geschützt werden soll.

5.4.5 Eingriffe zum Schutz von Ehre und Ansehen

Innerstaatlich wird der Schutz der Ehre insbesondere durch § 111 StGB, § 6 MedienG und § 1330 ABGB gewährleistet. Die grundrechtlichen Vorgaben sind zum Teil schon durch den Gesetzgeber umgesetzt, dennoch müssen sie bei der Auslegung berücksichtigt werden.

5.4.5.1 Ermittlung des Bedeutungsgehalts

Bevor eine umstrittene Wortmeldung rechtlich beurteilt werden kann, muss ihr Bedeutungsgehalt ermittelt werden. Dabei handelt es sich um eine Tatfrage. Ausschlaggebend ist die Sicht der RezipientInnen der medialen Mitteilung, es ist dabei auf „unbefangene DurchschnittsadressatInnen“ abzustellen, also LeserInnen bzw ZuseherInnen oder HörerInnen, an die sich die Publikation nach ihrer Aufmachung sowie den behandelten Themen richtet. Relevant sind nicht nur der Wortlaut der Textstelle, sondern der gesamte situative Kontext, also die Aufmachung (Inhalt, Überschrift, Illustration,...) und die Art der Positionierung der

⁴⁶³ EGMR 18.9.2012, *Falter Zeitschriften GmbH vs Austria (No 2)* = NLMR 2012, 302 = ÖJZ 2013, 571; EGMR 2.11.2006, *Kobenter and Standard Verlags GmbH vs Austria*, NL 2006, 289 = ÖJZ 2007, 342; vgl *Ribarov*, Ehrenbeleidigung von Richtern. Ein neuer Maßstab bei der Grundrechtsprüfung nach Art 10 EMRK? ÖJZ 2008, 174.

⁴⁶⁴ EGMR 15.7.2010, *Roland Dumas vs France*, NLMR 2010, 232.

Publikation im Medium, der aktuelle Wissensstand der RezipientInnen, die Vorberichterstattung oder ggf. eine breitere Debatte über das Thema auch in anderen Medien.

Vom OGH aufgegeben wurde inzwischen die sogenannte Unklarheitenregel, da sie nicht mit der Meinungsäußerungsfreiheit vereinbar ist. Nach dieser in ständiger Rsp angewendeten Regel musste die/der AntragsgegnerIn im medienrechtlichen Verfahren im Zweifel die für ihn ungünstigste Auslegung seiner Äußerung gegen sich gelten lassen. Der OGH hat diese Judikatur im strafrechtlichen Bereich des Medienrechts inzwischen ausdrücklich revidiert und festgestellt, dass bei mehreren möglichen Auslegungen einer Äußerung gemäß dem Grundsatz *in dubio pro reo* von der für die/den Angeklagte/n günstigsten Variante auszugehen ist.⁴⁶⁵ Nunmehr ist demnach der nahe liegende, hinreichend deutlich erkennbare Sinngehalt einer Äußerung heranzuziehen. Eine ungünstigere Auslegung zulasten der/des Äußernden ist ausgeschlossen, wenn ein Sinngehalt deutlich erkennbar ist. Im zivilrechtlichen Bereich (bspw § 1330 ABGB, UWG) hat der OGH die Unklarheitenregel zwar nicht aufgegeben, interpretiert sie aber inzwischen im Lichte des Art 10 EMRK. Bei der Auslegung einer Äußerung ist auf den Gesamteindruck abzustellen, den ein/e unbefangene/r DurchschnittsadressatIn gewinnt, die entfernte Möglichkeit einer belastenderen Auslegung muss außer Betracht bleiben.⁴⁶⁶

5.4.5.2 Unterscheidung Tatsachenbehauptung oder Werturteil

Am Ausgangspunkt der Prüfung, ob eine festgestellte Äußerung eine strafbare Ehrenbeleidigung darstellt oder noch von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt und daher nicht zu sanktionieren ist, steht die Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen.

Unwahre, diffamierende **Tatsachenbehauptungen** muss sich niemand gefallen lassen; sie sind nie von der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt. Dahinter steht der Gedanke, dass unwahre Behauptungen nicht geeignet sind, einen schützenswerten Beitrag zu einer Debatte zu leisten. Umgekehrt genießen wahre Tatsachenbehauptungen einen starken Schutz. Sie sind in der Regel selbst dann zulässig, wenn sie die Ehre des Angesprochenen in starkem Maße beeinträchtigen. Ausnahmen gelten zugunsten besonders schutzwürdiger Rechtsgüter wie der Unschuldsvermutung oder dem den Kern der Privatsphäre bildenden höchstpersönlichen Lebensbereich (dazu siehe unten). Liegt eine Tatsachenbehauptung vor, so ist nach den entsprechenden Bestimmungen des StGB (§§ 111 Abs 3, 112 StGB) ein

⁴⁶⁵ OGH 29.4.2008, 11 Os 124/07f, NL 2008, 243 = MR 2008, 140.

⁴⁶⁶ OGH 15.10.2012, 6 Ob 162/12k, MR 2013, 67; OGH 15.1.2009, 6 Ob 218/08i, MR 2009, 78.

Wahrheitsbeweis zu verlangen. Dass dieser etwa in Bezug auf Tatsachen des Privat- und Familienlebens ausgeschlossen ist (§ 112 StGB), dient dem grundrechtlich garantierten Schutz des privaten Lebensbereichs.

Bei **Werturteilen** sind die Grenzen des zu Tolerierenden wesentlich weiter. Werturteile sind grundsätzlich frei und dürfen nicht sanktioniert werden. Allerdings bestehen auch hier gewisse Grenzen: Zum einen müssen auch Werturteile auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruhen, zum anderen muss für die/den Adressatin/Adressaten nachvollziehbar sein, wie die/der AutorIn zu seiner Wertung gelangt. Abfällige Werturteile, die in Relation zum Tatsachenkern völlig überzogen sind oder jedes Maß an Sachlichkeit vermissen lassen, sind von der Meinungsäußerungsfreiheit nicht geschützt. Ein solcher **Wertungsexzess** ist etwa dann anzunehmen, wenn der Boden der sachlichen Auseinandersetzung verlassen wird und es nur noch um die Herabsetzung der Person der Kontrahentin / des Kontrahenten geht („Schmähekritik“). Im Hinblick auf die Nachvollziehbarkeit eines subjektiven Werturteils kommt es insbesondere darauf an, ob die Tatsachen, die die/den AutorIn zu ihrer/seiner Wertung veranlassen, der Adressatin / dem Adressaten mitgeteilt werden oder deren Kenntnis vorausgesetzt werden kann. Die Beurteilung, ob ein scharf kritisierendes Werturteil noch zulässig ist oder nicht, setzt wiederum eine Interessenabwägung voraus, bei der insbesondere die Bedeutung des Themas für die Öffentlichkeit zu beachten ist.⁴⁶⁷

Ist eine Äußerung als Werturteil zu qualifizieren, so darf **kein Wahrheitsbeweis** (vgl §§ 111 Abs 3, 112 StGB) verlangt werden. Es bedurfte wiederholter Verurteilungen durch den EGMR, bis dies von der österreichischen Rechtsprechung zur Kenntnis genommen wurde. Die Wahrheit von Werturteilen ist schon aus logischen Gründen einem Beweis nicht zugänglich. Da dieser Beweis nicht erbracht werden kann, verstößt das Erfordernis eines Wahrheitsbeweises für ein Werturteil als solches gegen Art 10 EMRK. Für die Tatsachengrundlage darf hingegen sehr wohl ein Wahrheitsbeweis gefordert werden.

Fallbeispiel:⁴⁶⁸

Sachverhalt: 1995 wurde in der Zeitschrift „News“ in einem Artikel über eine mögliche Regierungsbeteiligung der FPÖ behauptet, dass unter dem Vorsitz Jörg Haiders die „Kellernazis“ in die Partei zurückkehren und sogar für politische Ämter kandidieren würden. Der Autor nannte mehrere Namen, die zeigen würden, dass die behauptete Abgrenzung von der extremen Rechten tatsächlich nie stattgefunden hätte. Darunter fand sich auch die Abgeord-

⁴⁶⁷ OGH 15.10.2012, 6 Ob 162/12k, MR 2013, 67.

⁴⁶⁸ Vgl EGMR 23.11.2003, *Scharsach and News Verlagsgesellschaft vs Austria*, NL 2003, 307 = ÖJZ 2004, 512 = MR 2003, 365.

nete zum niederösterreichischen Landtag Barbara Rosenkranz, deren Ehemann das als rechtsextrem angesehene Magazin „Fakten“ herausgibt. Auf Betreiben von Frau Rosenkranz wurde der Journalist wegen übler Nachrede zu einer Geldstrafe, die Medieninhaberin zur Zahlung einer Entschädigung verurteilt. Das Gericht ging davon aus, dass „Kellernazi“ eine Person bezeichne, die nationalsozialistisches Gedankengut vertrete. Für diese Tatsachenbehauptung wäre kein Beweis erbracht worden.

Rechtsausführungen: Der EGMR qualifizierte die Bezeichnung als „Kellernazi“ im Gesamtzusammenhang der Veröffentlichung als Werturteil. Die Äußerung sei als Vorwurf zu verstehen, dass die Haltung von Frau Rosenkranz gegenüber extrem rechten politischen Positionen zumindest unklar war. Diese Wertung beruhte auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage, nämlich der öffentlichen Kritik am Verbotsgesetz durch Frau Rosenkranz und ihrer mangelnden Distanzierung von den politischen Äußerungen ihres Ehemanns. Da Frau Rosenkranz als Politikerin ein höheres Maß an Kritik hinnehmen muss und die Veröffentlichung einen Beitrag zu einer politischen Debatte leistete, war der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit unverhältnismäßig.

5.4.5.3 Rsp Wiedergabe ehrenrühriger Zitate

Besondere Probleme ergeben sich bei der **Wiedergabe der ehrenrührigen Äußerung einer/s Dritten**. Nach stRsp des EGMR ist diese dann von der Meinungsäußerungsfreiheit gedeckt, wenn ein legitimes Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis der Äußerung besteht.⁴⁶⁹ Ein solches Interesse kann sich aus der Stellung des Zitierten oder aus dem Inhalt der Äußerung ergeben. Wenn sich beispielsweise ein/e PolitikerIn abfällig über eine/n andere/n PolitikerIn äußert oder dieser/m die Begehung einer strafbaren Handlung vorwirft, kann von einem öffentlichen Interesse an der Kenntnis dieser Äußerung ausgegangen werden. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Sanktionierung eines solchen Zitats ist die Art und Weise zu berücksichtigen, wie dieses präsentiert wird. Das Zitat muss korrekt sein, also wortgemäß oder in sinngemäßer Zusammenfassung wiedergegeben werden. Auch darf sich die/der JournalistIn die kränkende Äußerung nicht zu eigen machen, sondern muss sie wertfrei wiedergeben, ohne sich mit ihr zu identifizieren.⁴⁷⁰ Allerdings kann von JournalistInnen auch nicht verlangt werden, sich systematisch und förmlich von zitierten Äußerungen zu

⁴⁶⁹ Zur Umsetzung dieser Grundsätze vgl § 6 Abs 4 MedienG.

⁴⁷⁰ Vgl Polley, vor §§ 28-42 Berka, § 6 MedienG, Rz 49, in: Berka/Heindl/Höhne/Noll/Polley, Medien-gesetz: Praxiskommentar (2005Praxiskommentar³ (2012).

distanzieren, da dies die Medien daran hindern würde, ihrer Aufgabe gerecht zu werden, die Öffentlichkeit zu informieren.⁴⁷¹

Betreibt ein Medienunternehmen ein Internet-Portal, auf dem LeserInnen anonym Kommentare posten können, übernimmt der Betreiber des Portals eine gewisse Verantwortung für deren Inhalt. Es ist mit Art 10 EMRK vereinbar, eine Haftung für rufschädigende Kommentare Dritter vorzusehen, wenn nicht gewährleistet wird, dass deren VerfasserInnen zur Verantwortung gezogen werden können.⁴⁷²

5.4.6 Eingriffe zum Schutz der Privatsphäre

Anders als beim Beleidigungsschutz geht es beim Schutz vor indiskreten Enthüllungen nicht um die Ehrenrührigkeit einer Äußerung oder um deren mangelnden Wahrheitsgehalt. Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Privatsphäre respektiert wird und sie selbst bestimmen kann, welche Aspekte sie welchen Kreisen gegenüber preisgeben möchte. Dieses Recht auf Achtung der Privatsphäre verpflichtet die staatlichen Organe zum Schutz vor medialen Übergriffen und setzt damit der Meinungsäußerungsfreiheit Grenzen. Eingriffe in die Pressefreiheit zum Schutz der Privatsphäre spielen insbesondere bei indiskreten Enthüllungen sowie im Bereich des Bildnisschutzes und der Kriminalberichterstattung eine Rolle. Im Mediengesetz dienen insbesondere § 7, § 7a und § 7b dem Schutz der Privatsphäre.

5.4.6.1 *Schutz vor indiskreten Enthüllungen*

Während **wahre Tatsachenbehauptungen** nicht bloß deshalb untersagt werden dürfen, weil sie als beleidigend empfunden werden, kann ihre Untersagung oder Sanktionierung zum Schutz der Privatsphäre vor indiskreten oder bloßstellenden Enthüllungen zulässig und unter Umständen durch Art 8 EMRK geboten sein. Bei der Interessenabwägung sind wiederum die legitimen Informationsinteressen der Öffentlichkeit abzuwägen gegen das Interesse der betroffenen Person, selbst darüber zu bestimmen, welche Informationen über das Privatleben wem gegenüber preisgegeben werden. Auf eine kränkende oder abwertende Wirkung der Berichterstattung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte liegt schon darin, dass die/der Einzelne gezwungen wird, sich mit öffentlicher Neugierde, unerwünschter Anteilnahme oder ungebetenem Mitleid in einer Angelegenheit seiner Intimsphäre auseinandersetzen.⁴⁷³ Die aus Art 8 EMRK resultierende Schutzpflicht kommt dann ins Spiel, wenn der Angriff auf den guten Ruf oder die Pri-

⁴⁷¹ EGMR 10.7.2012, *Björk Eidsdóttir vs Island*, NLMR 2012, 237.

⁴⁷² EGMR 10.10.2013, *Delfi AS vs Estonia*, NLMR 2013, 340.

⁴⁷³ OGH 21.1.2009, 15 Os 175/08m, MR 2009, 11.

vatsphäre eine Schwere erreicht und in einer Weise erfolgt, die dem persönlichen Genuss des Rechts auf Achtung des Privatlebens abträglich ist.⁴⁷⁴

Bei Veröffentlichungen, die das Interesse am Schutz des guten Rufs und der Privatsphäre beeinträchtigen können, ist das Interesse an der Meinungsäußerungsfreiheit abzuwägen gegen die berührten Interessen der von der Berichterstattung betroffenen Personen. Dabei kann das Ergebnis nicht davon abhängen, ob die Angelegenheit von den MedieninhaberInnen oder von der Person, die Gegenstand der Veröffentlichung war, an die Gerichte herangetragen wurde. Die Große Kammer des EGMR hat unlängst in ihren Urteilen *von Hannover (Nr. 2)* und *Axel Springer AG* die bei dieser Güterabwägung heranzuziehenden Kriterien dargelegt.⁴⁷⁵

- Wie schwer das Interesse an der Veröffentlichung wiegt, hängt demnach zunächst davon ab, ob sie einen Beitrag zu einer Debatte über ein Thema von allgemeinem Interesse leisten kann. Davon ist insbesondere dann nicht auszugehen, wenn die Berichterstattung in erster Linie der Befriedigung der Neugier des Publikums dient.
- Ein weiteres Kriterium ist die Rolle und Funktion der betroffenen Person und die Art der Aktivität, über die berichtet wird. Es darf also nicht alleine auf die exponierte Stellung einer prominenten Person abgestellt werden, sondern es ist immer danach zu fragen, ob über ein Handeln im öffentlichen Kontext berichtet wird. Auch wenn über Personen des öffentlichen Lebens berichtet wird, besteht in aller Regel kein legitimes Interesse an Kenntnisnahme rein privater Angelegenheiten.
- Relevant ist auch das Verhalten, das die Person, über die berichtet wird, vor dieser Veröffentlichung an den Tag gelegt hat. Von einem eingeschränkten Schutz der Privatsphäre ist jedoch nur in Hinblick auf jene Umstände auszugehen, die bewusst gegenüber den Medien öffentlich gemacht wurden.⁴⁷⁶ Aus der bloßen Tatsache, dass jemand bei früheren Gelegenheiten mit der Presse zusammengearbeitet hat, darf nicht geschlossen werden, dass sie jeglichen Schutzes vor einer Veröffentlichung über ihr Privatleben beraubt wäre.

⁴⁷⁴ EGMR 7.2.2012, *Axel Springer AG vs Germany*, NLMR 2012, 42.

⁴⁷⁵ EGMR 7.2.2012, *Axel Springer AG vs Germany*, NLMR 2012, 42; EGMR 7.2.2012, *von Hannover vs Germany (No 2)*, NLMR 2012, 45.

⁴⁷⁶ EGMR 23.7.2009, *Hachette Filipacchi Associés (“Ici Paris”) vs France*, NL 2009, 223 = MR 2009, 298; OGH 19.8.2009, 15 Os 5/09p, MR 2009, 293.

- Eine wichtige Rolle spielen auch Art und Weise, wie die Informationen erlangt wurden, sowie ihr Wahrheitsgehalt. Hier ist insbesondere zu beachten, ob die Standards der journalistischen Sorgfalt eingehalten wurden.
- Relevant ist weiters die Aufmachung der Veröffentlichung, also die Art und Weise wie die betroffene Person dargestellt wird.
- Auch die Sanktion ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Dabei ist insbesondere ein möglicher „chilling effect“ zu bedenken, den hohe Strafen auf die journalistische Berufsausübung haben können. Umgekehrt sind auch hohe Strafen bzw Entschädigungen nicht zu beanstanden, wenn bei ihrer Bemessung auf die weite Verbreitung des Mediums und die wirtschaftliche Potenz des Medienunternehmens abgestellt wird.⁴⁷⁷

Welche Rolle jedes einzelne dieser Kriterien spielt, hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei der Interessenabwägung ist von einem beweglichen System auszugehen: Dabei spielt einerseits der Grad der Privatheit, andererseits die Art der Berichterstattung eine Rolle. Auszugehen ist von **unterschiedlichen Sphären des Privaten**, die einen abgestuften Schutz genießen. Der engste Kreis der menschlichen Intimsphäre (etwa Sexualleben, Gesundheitszustand, familiäre Angelegenheiten) genießt den stärksten Schutz. Unautorisierte Veröffentlichungen über solche Angelegenheiten sind in der Regel unzulässig. Geschützt sind aber auch Angelegenheiten des Privatlebens, die nicht in die engste Intimsphäre fallen. Privates Handeln im öffentlichen Raum (etwa der Besuch eines Restaurants) fällt ebenfalls in den Bereich des Privatlebens, wenn es nicht für die allgemeine Anteilnahme bestimmt ist.⁴⁷⁸ Während Berichte über den Kern der Intimsphäre nur bei einem besonders gewichtigen Informationsinteresse zulässig sind, darf über Angelegenheiten der äußeren Sphären des Privatlebens in der Regel berichtet werden, solange dies sachlich und objektiv erfolgt.⁴⁷⁹ Auch bei einem geringeren Grad an Privatheit kann allerdings ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit zum Schutz des Privatlebens aufgrund der besonders beeinträchtigenden Form der Darstellung geboten sein.

5.4.6.2 *Bildnisschutz*

Art 10 EMRK schützt auch die Form, in der Informationen weitergegeben werden, weshalb auch die Veröffentlichung von Bildern in seinen Anwendungsbereich fällt. Nach der Rsp

⁴⁷⁷ EGMR 19.6.2012, *Krone Verlag GmbH vs Österreich*, NLMR 2012, 187 = MR 2012, 171.

⁴⁷⁸ OGH 21.1.2009, 15 Os 175/08m, MR 2009, 11.

⁴⁷⁹ OGH 16.12.2008, 11 Os 144/07x, MR 2009, 7; OGH 21.1.2009, 15 Os 175/08m, MR 2009, 11.

des EGMR ist der Schutz des Rechts am eigenen Bild gegen einen Missbrauch durch Dritte integraler Bestandteil der durch Art 8 EMRK geschützten Rechte.⁴⁸⁰ Eine Bildveröffentlichung kann die Grenzen des Art 10 EMRK überschreiten, wenn sie in die Privatsphäre der abgebildeten Person eingreift, ihr Ansehen verletzt (durch die Art der Abbildung oder den Begleittext) oder ihr Recht auf Achtung der Unschuldsvermutung (vgl § 7b MedienG) beeinträchtigt. Diese Interessen müssen jeweils abgewogen werden gegen das durch Art 10 EMRK geschützte Interesse an der Veröffentlichung.

Werden Bilder im Zusammenhang mit **ehrenrührigen Behauptungen** veröffentlicht, so ist die Zulässigkeit einer Untersagung dieser Veröffentlichung anhand der allgemeinen, auch im Hinblick auf ehrenrührige Texte geltenden Kriterien zu beurteilen. Ist die Textberichterstattung zulässig, weil ein im Kern wahrer Sachverhalt mitgeteilt wird, ist auch die begleitende Veröffentlichung von Fotos zulässig, solange diese den Abgebildeten nicht entstellen oder Geschehnisse aus der Intimsphäre offenbaren.⁴⁸¹

Berührt die Bildveröffentlichung das **Privatleben**, so ist zu beurteilen, wie sehr dieses beeinträchtigt wird. Dies ergibt sich zunächst aus einer Anwendung der bereits dargelegten Kriterien zum abgestuften Schutz der unterschiedlichen Sphären des Privaten. Wird die abgebildete Person bei privaten, nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Beschäftigungen gezeigt oder wird ihr bislang nicht bekanntes Aussehen der Öffentlichkeit preisgegeben, so spricht dies für die Zulässigkeit der Untersagung der Veröffentlichung. Auch die Art der Darstellung ist in die Interessenabwägung einzubeziehen. Gegen eine Veröffentlichung kann sprechen, dass damit aufgrund der Situation oder der besonderen Gemütsverfassung, in der die Person fotografiert wurde, eine Bloßstellung verbunden wäre.⁴⁸² Umgekehrt ist der Abdruck bloßer Porträtfotos nicht als gravierender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte anzusehen.⁴⁸³ Die Umstände des Zustandekommens der Fotos können ebenfalls eine Rolle spielen, etwa wenn dieses mit einer Belästigung durch Paparazzi einhergeht. Zugunsten der Persönlichkeitsrechte kann die Interessenabwägung auch dann ausgehen, wenn die Veröffentlichung negative Auswirkungen auf das Privatleben der abgebildeten Person hätte.

Auf der anderen Seite kommt es maßgeblich darauf an, welchen Beitrag die Bildveröffentlichung zu einer Debatte über eine Angelegenheit von allgemeinem Interesse in einer

⁴⁸⁰ EGMR 17.10.2006, *Gurgenidze v Georgia*.

⁴⁸¹ OGH 20.12.2001, 6 Ob 249/01p; OGH 8.9.2009, 4 Ob 112/09p, MR 2010, 77.

⁴⁸² EGMR 19.6.2012, NLMR 2012, 187 = MR 2011, 171 ; EGMR 16.4.2009, *Egeland and Hanseid vs Norway*, NL 2009, 104.

⁴⁸³ OGH 20.10.2009, 4 Ob 132/09d, MR 2010, 73.

demokratischen Gesellschaft zu leisten imstande ist, was in erster Linie von ihrem Gegenstand bzw von der abgebildeten Person (*public figure*-Standard) abhängt.

Diese Kriterien der Interessenabwägung nach Art 10 EMRK sind bei der Anwendung der innerstaatlichen Bestimmungen über das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG, § 1330 ABGB, §§ 7a und 7b MedienG) zu berücksichtigen. In Fällen, in denen berechtigte bzw schutzwürdige Interessen der/des Abgebildeten gegen die Veröffentlichung sprechen, ist also stets eine Interessenabwägung vorzunehmen.⁴⁸⁴

Nach der jüngeren Judikatur des OGH kann bereits die Herstellung eines Fotos ohne Verbreitungsabsicht eine Verletzung des durch Art 8 EMRK bzw § 16 ABGB garantierten Persönlichkeitsrechts darstellen.⁴⁸⁵ Einem dagegen gerichteten Unterlassungsbegehren ist nach einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung stattzugeben. Dabei ist die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts, die sich vor allem aus der Art und Weise der Bildniserlangung und dem Inhalt der Abbildung ergibt, gegen das Interesse an der Anfertigung der Fotografie abzuwägen. Für die Rechtswidrigkeit der Aufnahme sprechen insbesondere eine Täuschung des Abgebildeten, die Ausnutzung einer Zwangslage, die Heimlichkeit der Aufnahme oder eine damit einhergehende Belästigung.

Fallbeispiel:⁴⁸⁶

Sachverhalt: In der Tageszeitung „Österreich“ wurde am 11.1.2008 auf der Titelseite ein Bild von Julius M. und seiner Ehefrau unter der Überschrift „Society-Eklat fix – Scheidung bei M.“ (unter Nennung des vollen Namens). Im Blattinneren erschien ein Bericht über die Eheprobleme des Paares, der mit weiteren Fotos illustriert war. Zudem wurde behauptet, Julius M. sei eine Liaison mit einer anderen, ebenfalls abgebildeten, Frau eingegangen. Julius M. beantragte die Untersagung der Veröffentlichung von ihn zeigenden Fotos im Zusammenhang mit der Behauptung, seine Ehe stünde vor der Scheidung und stellte einen entsprechenden Sicherungsantrag. Das Medienunternehmen wendet ein, der Kläger und Antragsteller habe zuvor in einem Interview Details seines Privatlebens preisgegeben und könne sich daher nicht auf dessen Schutzwürdigkeit berufen.

Rechtsausführungen: Auch eine allgemein bekannte Person hat ein Recht darauf, dass ihr höchstpersönlicher Lebensbereich respektiert wird. Zu diesem zählen jedenfalls das Leben in

⁴⁸⁴ OGH 19.8.2009, 15 Os 81/09i, MR 2009, 295.

⁴⁸⁵ OGH 27.2.2013, 6 Ob 256/12h, MR 2013, 64 = ÖJZ 2013, 732.

⁴⁸⁶ Vgl OGH 19.8.2009, 15 Os 81/09i; 23.9.2008, 4 Ob 150/08z, MR 2009, 295; 2008, 346.

der Familie und das Sexualleben. Die Bildveröffentlichung und die Begleittexte betreffen den höchstpersönlichen Lebensbereich (§ 7 MedienG) und berühren damit berechtigte Interessen des Klägers. Dem Argument, der Kläger habe Umstände seines Privatlebens selbst öffentlich gemacht, ist zu entgegnen, dass dies den Schutz der Privatsphäre nur in Hinblick auf jene Aspekte des Privatlebens herabsetzen kann, die bewusst in die Öffentlichkeit getragen wurden. Im vorliegende Fall wurde der Kläger in einem Interview mit Scheidungsgerüchten konfrontiert, trat diesen aber entgegen. Da somit nicht gesagt werden kann, er hätte seine Beziehung und eine etwaige Trennung selbst zu einem Medienthema gemacht, kann nicht von einem herabgesetzten Schutz ausgegangen werden.

Die Bildveröffentlichung im Kontext eines Berichts über eine bevorstehende Scheidung leistet keinen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem gesellschaftlichem Interesse, sondern befriedigt vielmehr die Neugier einer gewissen Leserschaft. Daher hat das Recht der freien Meinungsäußerung gegenüber dem Recht auf Achtung des Privatlebens zurückzutreten.

5.4.6.3 *Kriminalberichterstattung*

Im Zusammenhang mit der Berichterstattung über **Strafverfahren** werden regelmäßig berechnete Interessen der/des Abgebildeten berührt. Dies gilt vor allem bei der Veröffentlichung von Fotos, auf denen eine verdächtige bzw verurteilte Person zu erkennen ist. Bei Berichten über Strafverfahren sind die Informationsinteressen der Öffentlichkeit gegen das Interesse der abgebildeten Person abzuwägen, nicht an den Pranger gestellt zu werden. Maßgebliche Kriterien sind dabei unter anderem der Bekanntheitsgrad der betroffenen Person, die Art der Straftat, der Zusammenhang zwischen dem Inhalt des Berichts und dem gezeigten Bild sowie die Vollständigkeit und Korrektheit des begleitenden Texts.⁴⁸⁷ Zwar besteht grundsätzlich ein öffentliches Interesse an Berichten über die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, doch ist eine identifizierende Berichterstattung nur zulässig, wenn dem Namen des Verdächtigen oder Täters ein eigenständiger Nachrichtenwert zukommt und dieser gegenüber dem schutzwürdigen Anonymitätsinteresse überwiegt.⁴⁸⁸ Entscheidend ist dabei, ob über die Angelegenheit auch ohne die Offenlegung der Identität berichtet werden könnte.⁴⁸⁹ Unzulässig ist die Veröffentlichung in jedem Fall, wenn sie gegen die Unschuldsvermutung verstößt (etwa durch entsprechende Behauptungen im Begleittext).

⁴⁸⁷ Vgl EGMR 7.12.2006, *Österreichischer Rundfunk vs Austria*, NL 2006, 308 = ÖJZ 2007, 472; OGH 2.10.2007, 4 Ob 169/07t; OGH 2.10.2007, 4 Ob 105/07f.

⁴⁸⁸ OGH 17.3.2010, 15 Os 95/09y.

⁴⁸⁹ OGH 12.12.2012, 15 Os 42/12h, MR 2013, 10.

Für die Untersagung einer Veröffentlichung kann auch die Rücksichtnahme auf die Resozialisierungschancen sprechen. Diese sollen nicht dadurch untergraben werden, dass die Öffentlichkeit etwa anlässlich der Haftentlassung an die Straftaten erinnert wird. Dementsprechend stellt § 113 StGB den Vorwurf einer bereits abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung unter Strafe. Der EGMR anerkennt dieses Motiv zwar, doch kann Art 10 EMRK eine teleologische Reduktion des Tatbestands von § 113 StGB erfordern. Wenn daher ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Kenntnis über abgetane strafbare Handlungen einer Person besteht – was insbesondere bei PolitikerInnen oder sonstigen Personen des öffentlichen Lebens der Fall sein kann – so erfüllen entsprechende Behauptungen nicht den Tatbestand des § 113 StGB.⁴⁹⁰

Besonders schutzwürdig sind **Opfer** von Straftaten. Sie genießen ein Recht auf Namensanonymität und am eigenen Bild. Zwar besteht bei spektakulären Kriminalfällen ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, doch ist dieses gegen die tangierten Persönlichkeitsrechte abzuwägen. Der bloße Umstand, dass es sich um einen spektakulären Kriminalfall handelt, vermag eine identifizierende Berichterstattung nicht zu rechtfertigen. Ein Recht auf Anonymität besteht auch dann weiter, wenn die Identität ohne das Zutun des Opfers bereits durch mediale Berichterstattung bekannt geworden ist, weil das Interesse zu schützen ist, nicht immer wieder in das Blickfeld der Öffentlichkeit gestellt zu werden.⁴⁹¹ In der Regel kann dem Informationsinteresse zudem auch ohne Offenlegung der Identität des Opfers entsprochen werden.⁴⁹²

5.4.7 Einschränkungen extremer politischer Äußerungen (*hate speech*)

Art 10 EMRK ist auch auf Äußerungen anwendbar, die sich gegen Grundprinzipien der demokratischen Ordnung richten. Daher fallen etwa rassistische oder diskriminierende Äußerungen in den Anwendungsbereich des Art 10 EMRK. Die Untersagung oder Sanktionierung solcher Äußerungen – wie sie etwa in § 283 StGB (Verhetzung) oder im Verbotsgesetz⁴⁹³ vorgesehen ist – ist daher auf der Ebene der Rechtfertigung des Eingriffs zu beurteilen. Da sie dem Schutz der angesprochenen Gruppe dient, verfolgt sie in der Regel ein legitimes Ziel iSv Art 10 Abs 2 EMRK. Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit kön-

⁴⁹⁰ Vgl. EGMR 28.8.1992, *Schwabe vs Austria*, ÖJZ 1993, 67.

⁴⁹¹ OGH 12.5.2009, 4 Ob 82/09a, MR 2009, 239.

⁴⁹² EGMR 17.1.2012, *Krone Verlag GmbH & Co KG und Krone Multimedia GmbH & Co KG vs Austria*, NLMR 2012, 28 = MR 2012, 118.

⁴⁹³ Dazu Müller, Das Verbotsgesetz im Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung (2005).

nen selbst dann gerechtfertigt sein, wenn sich die als verhetzend angesehene Äußerung im Zuge einer politischen Debatte ereignet.⁴⁹⁴

Zur Rechtfertigung solcher Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit können auch die Wertungen des Art 17 EMRK herangezogen werden. Nach dieser Bestimmung darf die Konvention nicht so ausgelegt werden, als räume sie ein Recht ein, Handlungen vorzunehmen, die auf eine Einschränkung oder Abschaffung der in ihr gewährten Rechte abzielen. Da verhetzende Äußerungen regelmäßig gegen durch die EMRK garantierte Rechte und Freiheiten gerichtet sind (so richten sich bspw rassistische Äußerungen gegen das Diskriminierungsverbot), kann ihre Sanktionierung durch Art 17 EMRK gerechtfertigt sein.⁴⁹⁵ Der EGMR hat auch die Konventionskonformität von Gesetzen, mit denen die Leugnung des Holocaust oder die Verharmlosung des NS-Regimes unter Strafe gestellt werden, bestätigt.⁴⁹⁶

5.4.8 Fallprüfungsschema

Folgende Punkte sind bei Entscheidungen zu beachten, durch die Meinungsäußerungen untersagt oder sanktioniert werden:

- ✓ Würde die Entscheidung einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit darstellen?
- ✓ Ist der Eingriff gesetzlich vorgesehen?
- ✓ Dient der Eingriff einem legitimen Ziel?
- ✓ Ist der Eingriff verhältnismäßig? Dabei sind u.a. folgende Kriterien zu beachten:
 - Bei Eingriffen zum Schutz des Ansehens:
 - ✗ Handelt es sich um eine Tatsachenbehauptung oder um ein Werturteil?
 - ✗ Falls Tatsachenbehauptung → ist dieses wahr?
 - ✗ Falls Werturteil → ausreichende Tatsachengrundlage? Wertungsexzess?
 - ✗ Betrifft die Veröffentlichung eine Angelegenheit von allgemeinem Interesse?
 - ✗ Handelt es sich bei der betroffenen Person um eine *public figure*?
 - Bei Eingriffen zum Schutz der Privatsphäre:

⁴⁹⁴ Vgl EGMR 20.4.2010, *Le Pen vs France* (ZE).

⁴⁹⁵ Vgl EGMR 16.7.2009, *Féret vs Belgium*, NL 2009, 216; EGMR 23.9.1994, *Jersild vs Denmark*, ÖJZ 1995, 227.

⁴⁹⁶ Vgl EGMR 23.9.1998, *Lehideux and Isorni vs France*, NL 1998, 195 = ÖJZ 1999, 656.

- ✗ Trägt die Veröffentlichung zu einer Debatte von allgemeinem Interesse bei?
- ✗ Wie stark wird die Privatsphäre beeinträchtigt?
- ✗ Könnte über die Angelegenheit auch ohne Namensnennung berichtet werden?
- ✗ Wird sachlich und objektiv berichtet oder reißerisch?
- ✓ Wären auch weniger schwerwiegende Maßnahmen geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen?

5.4.9 Reflexionsfragen

- Weshalb darf für Werturteile kein Wahrheitsbeweis verlangt werden?
- Welche Kriterien sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten?
- Warum müssen PolitikerInnen und andere Personen des öffentlichen Lebens gegenüber Kritik größere Toleranz an den Tag legen?
- Unter welchen Voraussetzungen ist die Wiedergabe eines ehrenrührigen Zitats nach Art 10 EMRK geschützt?
- Unter welchen Umständen darf im Zuge der Berichterstattung über ein Strafverfahren die Identität des Verdächtigen preisgegeben werden?
- Wie lässt sich ein strafrechtliches Vorgehen gegen verhetzende Reden nach der EMRK rechtfertigen?

5.5 Recht auf Eigentum (Art 1 1. ZP EMRK)

5.5.1 Erläuterung des Rechtsanspruchs

Gemäß Art 1 1. ZP EMRK hat jede natürliche oder juristische Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums.⁴⁹⁷ Der Eigentumsbegriff der Konvention ist weit zu verstehen. Er beschränkt sich daher nicht nur auf das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sa-

⁴⁹⁷ Die folgenden Ausführungen stützen sich auf *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 639 ff. Zur Vertiefung in die Materie s etwa *Malzahn*, Bedeutung und Reichweite des Eigentumsschutzes in der Europäischen Menschenrechtskonvention (2007); *Ress*, Reflections on the Protection of Property under the European Convention on Human Rights, *Liber amicorum Luzius Wildhaber* (2007), 625 und *Thienel*, Rechtsprechung des EGMR 2010 (3), *ÖJZ* 2011, 450 (455 f).

chen, sondern erstreckt sich auf alle vermögenswerten („wohlerworbenen“) Rechte. Auch geistiges Eigentum, wie Urheber-, Patent-, Verlags-, Marken- und sonstige Schutzrechte fallen darunter. Art 1 1. ZP EMRK enthält drei voneinander zu unterscheidende Regeln: Die erste ist allgemeiner Natur und legt das Prinzip der Achtung des Eigentums fest, die zweite stellt bestimmte Bedingungen auf, unter denen ein Eigentumsentzug zulässig ist, und die dritte erkennt das Recht der Vertragsstaaten an, den Gebrauch des Eigentums entsprechend dem öffentlichen Interesse durch Gesetz zu regeln. Gerade im Eigentumsrecht entfaltet das Verhältnismäßigkeitsprinzip seine volle Tragweite: Bei Eingriffen in das Eigentum haben die Behörden stets dafür Sorge zu tragen, dass ein gerechter Ausgleich zwischen den Anforderungen des allgemeinen Wohls der Gemeinschaft und den Erfordernissen des Schutzes der fundamentalen Rechte der/des Einzelnen hergestellt wird.⁴⁹⁸

Eine Verletzung von Art 1 1. ZP EMRK kann nur geltend gemacht werden, wenn die von einem Beschwerdeführer angefochtenen – einschlägigen – innerstaatlichen Bestimmungen *Eigentum* im Sinne dieser Bestimmung betreffen. Dabei kann es sich entweder um bestehende Eigentumsrechte handeln oder um Vermögenswerte (einschließlich Forderungen), in Bezug auf die die/der BeschwerdeführerIn zumindest eine vor den nationalen Gerichten durchsetzbare *berechtigte Erwartung* hatte. Andernfalls liegt kein *Eigentum* im Sinne der Rechtsprechung des EGMR vor.⁴⁹⁹

Eigentumsentziehung

Unter Eigentumsentziehung ist im Wesentlichen der Entzug des Eigentums in einem formellen Enteignungsverfahren zu verstehen. Sie ist zulässig, sofern sie im öffentlichen Interesse und unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts erfolgt. *De facto*-Enteignungen setzen hingegen keinen formellen Eigentumsübergang voraus. Es handelt sich hierbei um hoheitliche Maßnahmen, die wegen ihrer schwer wiegenden Auswirkungen einer förmlichen Aufhebung der EigentümerInnenposition gleichkommen. Der EGMR prüft in solchen Fällen stets, ob die verbleibende Rechtsposition noch eine sinnvolle Nutzung der betroffenen vermögenswerten Gegenstände zulässt.⁵⁰⁰ In Abgrenzung zu bloßen Nutzungsregeln ist dabei maßgeblich, ob ein begründetes Vertrauen in die fortgesetzte Nutzung ohne Beeinträchtigung durch staatliche Eingriffsmaßnahmen bzw. ob eine persönliche Nahebeziehung des von der Enteignung betroffenen Grundrechtsträgers zu der betroffenen Sache bestand. Bei Fehlen einer formellen Enteig-

⁴⁹⁸ Vgl. Cremer, in: Grote/Marauhn (Hg), EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), 1222 (1319).

⁴⁹⁹ Vgl. zuletzt EGMR 24.6.2008, *Tomáš Bat'a vs Tschechien* (keine Entschädigung für Enteignung nach Beneš-Dekreten), NL 2008, 191 (ZE).

⁵⁰⁰ Vgl. EGMR 28.10.1999, *Brumarescu vs Rumänien*, NL 1999, 185.

nung stellt der EGMR stets auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der in Frage stehenden Maßnahme auf die EigentümerInnenposition der/des Betroffenen ab. Eigentumsbeschränkungen, die die/den EigentümerIn wirtschaftlich genauso wie eine formelle Enteignung beeinträchtigen, sind daher auch nach Art 1 1. ZP EMRK erheblich.⁵⁰¹

Nach stRsp des VfGH gilt der erste Satz des Art 5 StGG auch für Eigentumsbeschränkungen, auf die sich allerdings der im zweiten Satz des zitierten Artikels festgelegte Gesetzesvorbehalt ebenfalls erstreckt. Der Gesetzgeber kann daher verfassungsrechtlich einwandfreie Eigentumsbeschränkungen verfügen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt des Grundrechtes der Unversehrtheit des Eigentums berührt oder in anderer Weise gegen einen auch ihn bindenden Verfassungsgrundsatz verstößt, soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt und nicht unverhältnismäßig ist.⁵⁰² Demnach dürfen auch Eigentumsbeschränkungen, die keine materielle Enteignung darstellen (dies ist dann der Fall, wenn zwar nicht das Eigentum als solches, wohl aber wesentliche EigentümerInnenbefugnisse eingeschränkt werden), nur dann per Gesetz vorgenommen werden, wenn sie im Allgemeininteresse liegen und dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen. Diese seine Auffassung stützt der VfGH übrigens ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art 1 1. ZP EMRK.⁵⁰³

Regelung der Nutzung des Eigentums

Als Nutzungsregelung im Sinne des Art 1 Abs 2 1. ZP EMRK kommt jede hoheitliche Maßnahme in Betracht, die einen bestimmten Gebrauch des Eigentums gebietet oder versagt. Dazu gehören etwa Abgaben⁵⁰⁴ und Vermögenseinziehungen wegen Verletzung straf-, steuer- oder zollrechtlicher Vorschriften.⁵⁰⁵

Sonstige Eigentumsbeschränkungen

Hierunter fallen Maßnahmen, die zwar dem öffentlichen Interesse dienen, der/dem Betroffenen jedoch ein unverhältnismäßiges „Sonderopfer“ auferlegen. So geschehen im Fall

⁵⁰¹ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 502 Rz 9ffMenschenrechtskonvention⁵ (2012), 503 .

⁵⁰² Vgl. etwa VfGH 6.12.1994, G 76/94; VfGH 30.9.1999, G 220/98, V 93/98; VfGH 1.12.2003, G 298/02 ua.

⁵⁰³ S bereits VfGH 25.2.1985, V 4/79.

⁵⁰⁴ Darunter fallen auch Gerichtsgebühren, wie der EGMR im Fall *Perdigão vs Portugal*, Urteil vom 16.11.2010 (NL 2010, 353) festgestellt hat.

⁵⁰⁵ Dazu ausführlicher *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 504 Rz 14Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 504.

*Sporrong und Lönnroth vs Schweden*⁵⁰⁶, in dem es um eine mehrfach verlängerte, jedoch zu keiner Zeit verwirklichte Enteignungsgenehmigung, die mit Bauverboten gekoppelt war, ging.⁵⁰⁷

Das Prinzip der Enteignungsentschädigung

Eine Entschädigungspflicht für Enteignungen kann für InländerInnen und AusländerInnen in gleichem Maße unmittelbar aus Art 1 1. ZP EMRK zusammen mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitet werden. Die zusätzlich geforderte Befolgung der „allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts“ bringt AusländerInnen diesbezüglich keinen weitergehenden Schutz, für InländerInnen ist der Passus nicht einschlägig. Fehlt es an einer (angemessenen) Entschädigung, stellt die Enteignung für gewöhnlich eine Grundrechtsverletzung dar.⁵⁰⁸ Bei der Festsetzung der Höhe der Entschädigung verfügen die Mitgliedstaaten über einen erheblichen Ermessensspielraum.

5.5.2 Spezifisches im Strafprozessrecht

Vermögenseingriffe können durch Vorschriften des materiellen Strafrechts (zu nennen wären etwa Geldstrafen im Sinne des § 19 StGB, die Abschöpfung der Bereicherung gemäß § 20 StGB und der Verfall von Vermögenswerten nach § 20b StGB) erfolgen. Was das prozessuale Strafrecht anlangt, kommt es bei Beschlagnahmen im Gefolge einer Hausdurchsuchung regelmäßig zu Eingriffen in das Recht auf Eigentum (vgl §§ 109 ff StPO) bzw. in das Recht auf Achtung der Privatsphäre. Die Beschlagnahme von Briefen greift grundsätzlich in das durch Art 8 EMRK gewährleistete Recht auf Achtung des Briefverkehrs ein (siehe §§ 134 ff StPO).⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ EGMR 23.9.1982, EuGRZ 1983, 523.

⁵⁰⁷ Weitere Beispiele finden sich bei *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 502 Rz 14 Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 504.

⁵⁰⁸ Einen guten Überblick dazu bietet *Fischborn*, Enteignung ohne Entschädigung nach der EMRK? Zur Vereinbarkeit des entschädigungslosen Entzugs von Eigentum mit Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK (2010).

⁵⁰⁹ Vgl VfGH 8.3.1994, G 112/93, NL 1994, 190; EGMR 23.9.1998, *Petra vs Rumänien*, NL 1998, 199. S dazu auch *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 245 Rz 31. Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 245.

Fallbeispiele

Sachverhalt: Die Geschäftsführerin einer Bau GmbH ist verdächtig, einen Finanzbetrug in großem Ausmaß begangen zu haben. Die Behörden ziehen zwecks Überprüfung des Tatverdachts die Beschlagnahme der gesamten Buchhaltung in Erwägung. Wäre dies EMRK-konform?

Zur innerstaatlichen Rechtslage: Im vorliegenden Fall sind die §§ 109 Z 2 und 115 StPO einschlägig.

Zur Rechtslage nach der EMRK: Laut ständiger Rechtsprechung des EGMR stellen Beschlagnahmen einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Eigentums dar.⁵¹⁰ Es handelt sich in solchen Fällen um keine Vermögensentziehung, sondern lediglich um eine Beschränkung der Nutzung des Eigentums im Sinne des Art 1 Abs 2 1. ZP EMRK. Da Beschlagnahmen Eingriffe in das Eigentum der/des Betroffenen darstellen, ist stets die Verhältnismäßigkeit von derartigen Maßnahmen zu hinterfragen bzw. zu prüfen. Die Beschlagnahme der gesamten Buchhaltung ist nicht erforderlich, um das Strafverfolgungsziel zu erreichen.

Sachverhalt: Ein Busunternehmer wird mit seinem einzigen Personenbus in einen Verkehrsunfall verwickelt. Aufgrund der Spurensicherung besteht der Verdacht, dass der Unfall durch einen technischen Defekt des Busses verursacht wurde. Worauf achten Sie bei der Durchführung dieser Beschlagnahme?

Zur innerstaatlichen und konventionsrechtlichen Rechtslage: Im vorliegenden Fall wäre eine Abwägung der Schwere des in Frage stehenden Strafdelikts mit den vermögensrechtlichen und beruflichen Interessen des Busunternehmers vorzunehmen. Jedenfalls sollten die Behörden in Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dafür Sorge tragen, dass die Beschlagnahme innerhalb einer dem Betroffenen zumutbaren Frist erfolgt, da dieser ansonsten schwere finanzielle Einbußen erleiden würde, was einen massiven Eingriff in seine Eigentumsrechte gemäß Art 1 1. ZP EMRK bzw. in sein Recht auf Achtung der Privatsphäre gemäß Art 8 EMRK, wozu auch die Ausübung eines Berufes gehört,⁵¹¹ darstellen würde.

⁵¹⁰ S etwa EGMR 22.2.1994, *Raimondo vs Italien*, NL 1994, 78; ÖJZ 1994, 562; EGMR 30.6.2005, *Bosphorus Airways vs Irland*, NL 2005, 172; EuGRZ 2007, 662.

⁵¹¹ So *Frowein* in: *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar³ (2009), 289 Rz 3.

Sachverhalt: Im Zuge internationaler Kriminalitätsbekämpfung mit dem Schwerpunkt Kinderpornographie werden von der Kriminalpolizei im Haus des Verdächtigen, eines Vermögensberaters, sämtliche PCs und Speichermedien beschlagnahmt. Ein Fortbetrieb der Firma ist damit unmöglich. Die Auswertung der Dateien wird nach Auskunft des BKA 2 bis 2 ½ Jahre dauern. Ist eine Beschlagnahme zulässig?

Lösung: Im vorliegenden Fall wird zwar von einem konkreten Tatverdacht auszugehen sein, jedoch bestehen begründete Zweifel hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der in Frage stehenden Maßnahme, da der Betroffene durch die Beschlagnahme der Gegenstände unter Umständen dem finanziellen Ruin preisgegeben würde (siehe bereits oben). Zu fragen wäre, ob nicht gelindere Mittel – wie etwa ein Kopieren der Festplatten oder eine teilweise bzw. zeitlich befristete Beschlagnahme der PCs und Speichermedien – zur Verfügung stehen würden, um zumindest einen Fortbetrieb der Firma zu ermöglichen.⁵¹²

5.5.3 Spezifisches im Zivilprozessrecht

Sachverhalt: Die BeschwerdeführerInnen waren HauseigentümerInnen, die sich über die in Anwendung des Mietrechtsgesetzes 1981 erfolgte Herabsetzung der ihnen aufgrund von Mietverträgen zugesicherten Mietzinse beschwerten.

Lösung: Die bekämpften Maßnahmen, die den Bf zugegebenermaßen einen Teil ihres Einkommens entzogen, erreichten im vorliegenden Fall lediglich das Ausmaß einer Eigentumsbeschränkung, sodass der zweite Absatz des Art 1 1. ZP EMRK Anwendung findet. Demnach muss der Eingriff einen gerechten Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses der Gemeinschaft und denen des Grundrechtsschutzes des Einzelnen herstellen und müssen die angewendeten Mittel gegenüber dem angestrebten Ziel verhältnismäßig sein. Es ist zweifellos richtig, dass die Mietzinsherabsetzungen vom Ausmaß her eindrucksvoll sind. Zur Verfolgung seiner rechtspolitischen Ziele muss es dem Gesetzgeber aber möglich sein, in die künftige Durchführung früher geschlossener Verträge einzugreifen, solange dabei die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt, was im vorliegenden Fall anzu-

⁵¹² Vgl EGMR 27.9.2005, *Petri Sallinen ua. vs Finnland*, NL 2005, 230. Bei einem Rechtsanwalt, der im Verdacht des schweren Betrugs stand, wurden nicht sämtliche Computer beschlagnahmt, sondern teilweise Kopien der Festplatten angefertigt.

nehmen ist. Es liegt daher keine Verletzung von Art 1 1. ZP EMRK vor (12:5 Stimmen bzw. einstimmig).⁵¹³

Sachverhalt: Der Beschwerdeführer, ein seit 1973 in Österreich lebender türkischer Staatsangehöriger, rügte vor dem EGMR eine Verletzung von Art 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) in Verbindung mit Art 1 1. ZP EMRK, da ihm der Bezug von Notstandshilfe mangels österreichischer Staatsbürgerschaft verweigert worden war.

Lösung: Nach der stRsp des EGMR ist eine unterschiedliche Behandlung diskriminierend, wenn sie keine sachliche Rechtfertigung aufweist, d.h. kein legitimes Ziel verfolgt oder unverhältnismäßig ist. Der Bf hielt sich rechtmäßig in Österreich auf, wo er seinen Beruf ausübte und unter den gleichen Bedingungen wie österreichische ArbeitnehmerInnen Beiträge an den Arbeitslosenversicherungsfonds entrichtete. Die Weigerung der Behörden, ihm Notstandshilfe zu gewähren, stützte sich ausschließlich auf die Tatsache, dass er nicht die – damals von § 33 Abs 2 lit a AIVG vorausgesetzte – österreichische Staatsbürgerschaft besaß. Es wurde nicht behauptet, dass der Beschwerdeführer die anderen gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen für die Gewährung von Notstandshilfe nicht erfüllt hätte, er befand sich insofern in der gleichen Situation wie österreichische ArbeitnehmerInnen. Diese unterschiedliche Behandlung von ÖsterreicherInnen und Nicht-ÖsterreicherInnen war somit sachlich nicht gerechtfertigt, Art 14 EMRK in Verbindung mit Art 1 1. ZP EMRK wurde daher verletzt (einstimmig).⁵¹⁴

Sachverhalt: Im Unternehmen der Beklagten wurde ein neues Telefonsystem in Betrieb genommen, mit der die gewählten Rufnummern aufgezeichnet werden und auch – auf Grund einer entsprechenden Vorwahl – erfasst werden konnte, ob ein Dienst- oder Privatgespräch vorlag. Der Betriebsrat brachte eine Klage auf Untersagung der Einführung und Verwendung der Telefonanlage ohne Zustimmung des Betriebsrates ein, da durch die Auswertungsmöglichkeiten gegen die Achtung des Privat- und Familienlebens sowie das allgemeine Grundrecht auf Datenschutz verstoßen wurde. Das Unternehmen wandte ein, dass es sich um eine handelsübliche Anlage handle und außerdem durch Betätigen einer Taste die Nummernregistrierung unterbleibe. Die Erfassung äußerer Gesprächsdaten (va der Dauer) diene der Gebührenfeststellung, Verrechnung und letztlich der Kos-

⁵¹³ EGMR 19.12.1989, *Mellacher ua. vs Österreich*, ÖJZ 1990, 150.

⁵¹⁴ EGMR 16.9.1996, *Gaygusuz vs Österreich*, NL 1996, 135; ÖJZ 1996, 955.

tenreduzierung sowie auch dem Hintanhalten weitläufiger Privatgespräche; Verhältnismäßigkeit liege jedenfalls vor.

Innerstaatliche Rechtslage: Gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bedarf die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der ArbeitnehmerInnen, sofern diese Maßnahmen bzw. Systeme die Menschenwürde berühren, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates. Gemäß § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG bedarf die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten der Arbeitnehmerin / des Arbeitnehmers, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person hinausgehen, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates. Die Zustimmung des Betriebsrates kann durch Entscheidung der Schlichtungsstelle (bzw. letztlich des Gerichts) ersetzt werden.

Lösung des OGH⁵¹⁵: Der Konflikt zwischen widerstreitenden Persönlichkeitsrechten stellt sich aus der Warte der Grundrechte betrachtet regelmäßig auch als Grundrechtskonflikt mit Drittwirkungseffekten dar. In solchen Fällen geht die Rsp von einer grundrechtlich verankerten Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung aus. Steht das in Art 5 StGG normierte Grundrecht der Unverletzlichkeit des Eigentums der Arbeitgeberin / des Arbeitgebers den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmerin / des Arbeitnehmers auf Achtung ihres/seines Privatbereichs und ihrer/seiner Geheimsphäre gegenüber, so ist in die vorzunehmende Interessenabwägung der bestehende Arbeitsvertrag einzubeziehen, der einerseits Fürsorgepflichten der Arbeitgeberin bzw. des Arbeitgebers, andererseits aber auch Treuepflichten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers nach sich zieht. Kontrolle an sich verstößt gegen kein Persönlichkeitsgut der Arbeitnehmerin / des Arbeitnehmers. Es gehört vielmehr zum Wesen des Arbeitsverhältnisses, dass sich die/der ArbeitnehmerIn der Kontrolle durch die/den ArbeitgeberIn unterwirft. Während die Treuepflicht der Dienstnehmerin bzw. des Dienstnehmers diese/n zum Einbekennen von Privatgesprächen verhält, verpflichtet die Grundrechtsbindung sowie die Fürsorgepflicht die/den DienstgeberIn, Eingriffe in Persönlichkeitsrechte auf die schonendste noch zielführende Art vorzunehmen. Die Persönlichkeitsrechte wirken, wenngleich durch den Arbeitsvertrag abgeschwächt und modifiziert, auch im dienstlichen Bereich fort und schützen dort die/den ArbeitnehmerIn insbesondere vor Erniedrigung, Ungleichbehandlung und Willkür. Durch zu große, über das für die Erreichung des Kontrollzwecks erforderliche Ausmaß hinausgehende Kontrolldichte bei der Arbeit kann jedenfalls die Menschenwürde im Sinne des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG berührt werden. Die Einrichtung einer automationsunterstützten Telefonregistrieranlage im Betrieb be-

⁵¹⁵ 8 ObA 288/01p; 9 ObA 109/06d = SZ 2002/83.

darf, soweit sie personenbezogene Daten erfasst, immer der Zustimmung des Betriebsrates; sie ist – je nach Intensität des Eingriffs – absolut oder ersetzbar zustimmungsabhängig. Die Einführung eines elektronischen Telefonkontrollsystems durch die/den DienstgeberIn, das die Nummern der angerufenen TeilnehmerInnen systematisch und vollständig den jeweiligen Nebenstellen zugeordnet erfasst, berührt selbst dann die Menschenwürde im Sinn des § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, wenn durch Betätigen einer Taste am Telefonapparat hinsichtlich der dann besonders gekennzeichneten Gespräche die Endziffern der Rufnummer im System unterdrückt werden. Bietet die/der DienstgeberIn hinsichtlich eines derartigen Telefonkontrollsystems den Abschluss einer die Persönlichkeitsrechte der DienstnehmerInnen ausreichend wahren den Betriebsvereinbarung an, kann sie/er – verweigert der Betriebsrat die Zustimmung – mit dem Vorbringen, die Einführung der Kontrollmaßnahme berühre dann nicht mehr die Menschenwürde, gemäß § 96a Abs 2 ArbVG die Schlichtungsstelle anrufen.

5.5.4 Zusammenfassung und Reflexionsfragen

Gerade im Eigentumsrecht entfaltet das Verhältnismäßigkeitsprinzip seine volle Tragweite. Bei Eingriffen in das Eigentum haben die Behörden stets dafür Sorge zu tragen, dass ein gerechter Ausgleich zwischen den Anforderungen des allgemeinen Wohls der Gemeinschaft und den Erfordernissen des Schutzes der fundamentalen Rechte der/des Einzelnen hergestellt wird.⁵¹⁶

Reflexionsfragen

- Wann liegt Eigentum im Sinne der Rechtsprechung des EGMR vor?
- In welchen Bereichen des Strafrechts kann es zu Konflikten zwischen dem legitimen Ziel der Verbrechensaufklärung bzw. -bekämpfung der Strafverfolgungsbehörden und den grundrechtlich geschützten Positionen der/des Einzelnen kommen?
- Wann ist ein Eigentumsentzug zulässig?
- Was ist eine Nutzungsregelung?

⁵¹⁶ Vgl Cremer in: *Grote/Marauhn*, (Hg), EMRKGG Konkordanzkommentar (2006), 1222 (1319).

6 Gleichheitsrecht und Diskriminierungsverbot

6.1 Gleichheitssatz (Art 7 B-VG)

Der Gleichheitssatz⁵¹⁷ gewährleistet die gleiche Anwendung der Gesetze auf alle StaatsbürgerInnen und verbürgt somit das Prinzip der Gleichbehandlung der Menschen.⁵¹⁸ Er ist heute noch immer der wichtigste Maßstab zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und hat durch die Judikatur des VfGH eine weit über den Wortlaut der Bestimmung hinausgehende Bedeutung erfahren.⁵¹⁹

Der persönliche Geltungsbereich des Gleichheitssatzes umfasst nach dem Wortlaut der Bestimmung alle Staatsbürger, weshalb er bis vor kurzem für ein reines StaatsbürgerInnenrecht gehalten wurde. Gab es gesetzliche Differenzierungen zwischen In- und AusländerInnen, so konnten diese somit nicht am Gleichheitssatz gemessen werden.⁵²⁰ Die jüngere Judikatur des VfGH zeigt jedoch, dass dieser mit der Überwindung dieser Einschränkung den Gleichheitssatz inzwischen erweitert hat und ihn nun teilweise auch auf nicht-österreichische Staatsangehörige anwendet.⁵²¹ Eine Ungleichbehandlung einer/eines Fremden ist nur dann zulässig, wenn ein vernünftiger Grund erkennbar ist und die Ungleichbehandlung nicht willkürlich ist. Mittlerweile hat somit die Rechtsprechung des VfGH den allgemeinen Gleichheitssatz zu einem Jedermannsrecht fortentwickelt.⁵²²

Durch den sachlichen Schutzbereich erfährt der Gleichheitssatz verschiedene Anwendungen. Zum einen enthält er ein **Privilegierungsverbot**, welches bedeutet, dass niemand wegen seinen persönlichen, subjektiven Eigenschaften gegenüber anderen Menschen bevorzugt werden darf. Dies betrifft, wie aus Art 7 Abs 1 B-VG in einer nicht abschließenden Aufzählung erkennbar, Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses. Gleichzeitig schließt Art 7 Abs 1 Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung aus.

Zum anderen enthält der Gleichheitssatz ein **Diskriminierungsverbot**. Obwohl Art 7 Abs 1 hauptsächlich von Vorrechten spricht, sind auch benachteiligende Behandlungen ver-

⁵¹⁷ Siehe auch Art 2 StGG und Art 66 und 67 StV von St. Germain.

⁵¹⁸ Vgl *Berka*, Artikel 7 B-VG, in: *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht – Kommentar (2006), 10.

⁵¹⁹ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 3, Grundrechte (2003), Rz 42.002.

⁵²⁰ Vgl *Berka*, Artikel 7 B-VG, in: *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht – Kommentar (2006), 19.

⁵²¹ Vgl *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000), Rz 497.

⁵²² Vgl *Berka*, Artikel 7 B-VG, in: *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht – Kommentar (2006), 20; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 337. Verfassungsrecht⁹ (2012), 353.

boten. Diskriminierungen, welche auf den angeführten Merkmalen oder auf anderen unsachlichen Gründen beruhen, sind verfassungsrechtlich unzulässig.

Ein weiterer Anwendungsbereich des Gleichheitssatzes ist das **Differenzierungsverbot**. Gleiches muss gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden, da es dem Staat nicht erlaubt ist, Ungleichbehandlungen vorzusehen, die auf keiner sachlichen Rechtfertigung beruhen. Zusätzlich schließt das Differenzierungsverbot ein **Differenzierungsgebot** ein, welches besagt, dass der Gesetzgeber auch dann gegen den Gleichheitssatz verstößt, wenn Ungleiches in unsachlicher Weise von ihm gleich behandelt wird.

Eine weitere Anwendung erfährt der Gleichheitssatz in dem aus Art 7 B-VG abgeleiteten, den Gesetzgeber bindenden, allgemeinen **Sachlichkeitsgebot**, das der VfGH gelegentlich anwendet, auch wenn es nicht um die Frage einer möglichen ungerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung geht. Es geht vielmehr darum, dass der VfGH eine Regelung auf deren Verhältnismäßigkeit überprüft und, im Falle der Unverhältnismäßigkeit, wegen Unsachlichkeit als gleichheitswidrig aufhebt.⁵²³

Der Gleichheitssatz verbietet dem Gesetzgeber nicht, **sachlich gerechtfertigte Differenzierungen** vorzunehmen. Ein Gesetz entspricht nur dann dem Gleichheitssatz, wenn gesetzliche Differenzierungen auf wesentlichen tatsächlichen Unterschieden im Sachverhalt basieren. Dies läuft somit auf ein Verbot der sachlich ungerechtfertigten Differenzierung hinaus: Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn es für eine Ungleichbehandlung keinen rechtfertigenden sachlichen Grund gibt. Die Gleichheitsprüfung setzt daher das Vorliegen mindestens zweier Normen mit unterschiedlicher Rechtsfolge voraus. Diese rechtliche Differenzierung ist den unterschiedlichen Sachverhalten, auf die sie sich bezieht, gegenüberzustellen. Schließlich ist abzuwägen, inwieweit diese Unterschiede im Tatsächlichen die unterschiedlichen Rechtsfolgen rechtfertigen.⁵²⁴ Auszugehen ist dabei von einer Durchschnittsbetrachtung, Härtefälle bleiben außer Betracht, wobei jedoch in besonders berücksichtigungswürdigen Einzelfällen ein Spielraum für Ausnahmen bestehen muss. Es ist dabei zu beurteilen, ob die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung sachlich begründet und auch verhältnismäßig ist. Soweit der Gleichheitssatz als allgemeines Sachlichkeitsgebot zur Anwendung kommt, wird der erste Prüfungsschritt übersprungen. Losgelöst von einer vergleichbaren Regelung wird das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel auf seine Vertretbarkeit geprüft.⁵²⁵

⁵²³ Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 341; Verfassungsrecht⁹ (2012), 356 f.; *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000), Rz 502.

⁵²⁴ Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 339 ff.; Verfassungsrecht⁹ (2012), 356.

⁵²⁵ Vgl. *Berka*, Artikel 7 B-VG, in: *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht – Kommentar (2006), 28ff.; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 336; Verfassungsrecht⁹ (2012), 357 ff..

6.2 BVG „Rassendiskriminierung“

Die Internationale Konvention zur Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (ICERD)⁵²⁶ wurde von Österreich am 9.5.1972 ratifiziert. Österreich hat sich dadurch zur Ergreifung *wirksamer* Maßnahmen gegen Rassismus *in sämtlichen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens* verpflichtet. Jede rassistische Diskriminierung ist von den Vertragsparteien zu unterlassen und jede bestehende Diskriminierung ist zu beseitigen. Art 1 und 2 des ICERD stehen in Österreich zudem in Verfassungsrang.

Das BVG vom 3.7.1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen „rassistischer“ Diskriminierung⁵²⁷ verbietet jede Form rassistischer Diskriminierung. Gesetzgebung und Vollziehung haben nach Abs 1 jede Unterscheidung aus dem alleinigen Grund der „Rasse“, der Hautfarbe, der Abstammung oder der nationalen oder ethnischen Herkunft zu unterlassen. Das Diskriminierungsverbot des BVG umfasst jedoch nicht die unterschiedliche Behandlung auf Grund der Staatsbürgerschaft (Art 1 Abs 2 RassDiskrBVG). Österreichischen StaatsbürgerInnen dürfen demnach besondere Rechte eingeräumt werden, soweit Art 14 EMRK dem nicht entgegensteht (siehe Kapitel 6.4). Das BVG wird als Ausweitung des personellen Geltungsbereichs des Gleichheitssatzes nach Art 7 B-VG auf die Behandlung von Fremden untereinander gesehen, enthält somit ein sowohl an Gesetzgebung und Vollziehung gerichtetes Verbot, sachlich nicht begründbare Unterscheidungen zwischen Fremden vorzunehmen.⁵²⁸

6.3 Österreichisches Gleichbehandlungsgesetz

Die Kompetenzverteilung der Art 10 bis 15 B-VG führte dazu, dass in Österreich knapp 20 Gesetze erlassen bzw. novelliert werden mussten, um den Verpflichtungen aus den Richtlinien 2000/43/EG⁵²⁹ und 2000/78/EG⁵³⁰ gerecht zu werden.

Auf Bundesebene regeln folgende drei Gesetze die Gleichbehandlung ohne Unterschied aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltan-

⁵²⁶ GV Res. 2106 (XX) vom 21. Dezember 1965.

⁵²⁷ BGBl. Nr. 390/1973.

⁵²⁸ Vgl. *Marschik*, Die UN-Rassendiskriminierungskonvention im österreichischen Recht (1999), 75; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009), 337.

⁵²⁹ RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft.

⁵³⁰ RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

schauung, des Alters, der sexuellen Orientierung oder einer Behinderung in der Arbeitswelt, die Gleichbehandlung ohne Unterschied aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen (Sozialschutz, einschließlich sozialer Sicherheit und Gesundheitsdienste; soziale Vergünstigungen; Bildung; Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum) sowie Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen:

- Bundesgesetz über die Gleichbehandlung im Bereich des Bundes (Bundes-Gleichbehandlungsgesetz – B-GlBG), [BGBl Nr. 100/1993](#) (idgF)
- Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz - GlBG), [BGBl I 66/2004](#) (idgF) und Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft (GBK/GAW-Gesetz), BGBl Nr. 108/1979 (idgF)
- Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) sowie Änderung des Behinderteneinstellungsgesetzes, des Bundesbehindertengesetzes, des Bundessozialamtgesetzes, des Gleichbehandlungsgesetzes, des Bundesgesetzes über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft sowie des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes, [BGBl I 82/2005](#) (idgF)

Die Regelungen der Richtlinien aus dem Jahr 2000 waren in einer Weise revolutionär, da sie einerseits erstmals nicht nur die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betrafen, und andererseits über die Arbeitswelt, privat wie öffentlich, hinausgingen.

Das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung ist in mehrere Teile gegliedert:

1. Teil: Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Arbeitswelt
2. Teil: Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung (Umsetzung der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG – „Antidiskriminierungsrichtlinie“)
3. Teil: Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit in sonstigen Bereichen

4. Teil: Grundsätze für die Regelung der Gleichbehandlung im Arbeitsleben in der Land- und Forstwirtschaft⁵³¹

Ziel des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes, des Behinderteneinstellungsgesetzes und des Bundesbehindertengesetzes ist es, Diskriminierungen von Menschen mit Behinderungen zu beseitigen oder zu verhindern und damit die gleichberechtigte Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Leben in der Gesellschaft zu gewährleisten und ihnen eine selbstbestimmte Lebensführung zu ermöglichen (§ 1 BGStG).

Fallbeispiel: Einlassverweigerung in ein Lokal

- *Sachverhalt:* Am 7. und 14.11.2008 wurde dem Kläger Einlass in eine Diskothek verwehrt. Allen Personen vor ihm, auch seinem Freund, wurde der Zutritt gestattet. Die mit den Einlasskontrollen beauftragte Security-Firma verwehrt dem Kläger nach Kontrolle seines Führerscheins den Zutritt mit der Begründung, dass „nur Stammkunden“ eingelassen werden würden. Mit der am 25.3.2009 eingebrachten Klage begehrte der Kläger gestützt auf §§ 31, 35 GIBG EUR 1.440,- an Schadenersatz. Zur Begründung brachte er vor, ihm sei der Eintritt in die Diskothek zweimal ausschließlich aus Gründen seiner Herkunft verweigert worden. Er sei somit beim Zugang zu einer Dienstleistung, die der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, unmittelbar aufgrund seiner ethnischen Zugehörigkeit, die aufgrund seines „fremden“ Aussehens und seines im Führerschein ausgewiesenen Namens erkennbar war, diskriminiert worden.

Gemäß § 31 Abs 1 GIBG darf aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit niemand unmittelbar oder mittelbar beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum, diskriminiert werden. § 32 Abs 1 GIBG definiert als „unmittelbare Diskriminierung“, wenn eine Person aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die betroffene Person hat gem. nun § 38 Abs 3 (§ 35 (3) aF) GIBG den Diskriminierungstatbestand glaubhaft zu machen. Dies ist dem Kläger nach Ansicht des Gerichts gelungen. Kann ein/e Betroffene/r weder mit irgendwelchen Vorfällen in oder um die Diskothek in Zusammenhang gebracht noch aufgrund anderer sachlicher Kriterien abgewiesen werden, so erachtet es die Gleichbehandlungskommission (GBK) als ausgesprochen wahrscheinlich, dass die/der Be-

⁵³¹ Der Bund hat hier aufgrund von Artikel 12 Abs 1 Z 6 B-VG nur Kompetenz zur Grundsatzgesetzgebung, ausführende Gesetze und Vollziehung liegen in der Kompetenz des jeweiligen Landes.

troffene aufgrund ethnischer Vorurteile nicht eingelassen wurde (GBK III/36/08). Dieser Auffassung folgte auch das Gericht. Es wäre daher an der beklagten Partei gewesen, zu beweisen, dass es unter Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes – nicht vom GIBG umfasstes – Motiv für die Einlassverweigerung ausschlaggebend war. Die beklagte Partei hat den Beweis, dass die Einlassverweigerung aufgrund sachlicher Kriterien erfolgt war, nicht erbracht. Dem Klagebegehren war daher stattzugeben und die Diskothek wurde zur Zahlung eines immateriellen Schadenersatzes in der Höhe von EUR 1.440,- verpflichtet.⁵³²

6.3.1. Mehrfachdiskriminierung

Mehrfachdiskriminierung und intersektionelle Diskriminierung waren in den letzten Jahren vermehrt aufkommende Themen⁵³³ in der juristischen Diskussion und finden langsam auch Eingang in die Rechtspraxis.⁵³⁴ Eine Legaldefinition existiert im österreichischen Recht nicht, jedoch hat der Begriff Eingang ins österreichische Gleichbehandlungsrecht gefunden.⁵³⁵ Im Gleichbehandlungsgesetz ist jeweils zu den Rechtsfolgen der Diskriminierungen festgehalten, „Liegt eine Mehrfachdiskriminierung vor, so ist darauf bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung Bedacht zu nehmen (zB § 12 (13)).“ Die Höhe der Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung ist so zu bemessen, dass dadurch die Beeinträchtigung tatsächlich und wirksam ausgeglichen wird und die Entschädigung der erlittenen Beeinträchtigung angemessen ist sowie Diskriminierungen verhindert.⁵³⁶

6.4 Diskriminierungsverbot (Art 14 EMRK)

6.4.1 Ausformungen des Diskriminierungsverbotes

Artikel 14 EMRK bestimmt, dass der Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten ist, die insbesondere im Geschlecht, in der „Rasse“, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen

⁵³² BG St. Pölten, 4C 480/09x-12, 29.1.2010.

⁵³³ S zB *Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner*, Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung – soziale Realitäten und Rechtspraxis (2014), Nomos Verlag, Baden-Baden.

⁵³⁴ So zB OGH 8ObA63/09m.

⁵³⁵ Vgl *Starl/Philipp/Meier/Apostolovski*, Die Intersektionalität schwingt latent immer mit (2012), Juridikum 3/2012, 270-279.

⁵³⁶ Diese Bestimmung zur Vorgangsweise bei der Schadenersatzbemessung wurde 2013 eingeführt. Ausführlich zur Bemessung *Apostolovski/Apostolovski*, Schadenersatzrechtliche Aspekte der Mehrfachdiskriminierung (2012), RdA 5/2012, 472-477.

Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist.⁵³⁷ Art 14 EMRK ist nicht als allgemeines Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, er verbietet Diskriminierung nur hinsichtlich der übrigen normativen Vorschriften der Konvention und der Zusatzprotokolle. Jedoch sehen mittlerweile Art 5 des 7. ZP EMRK und das 12. ZP EMRK⁵³⁸ darüber hinausgehende Bestimmungen vor (siehe dazu Kapitel 6.5 und 6.6).

Als integraler Bestandteil der Konventionsrechte entfaltet Art 14 EMRK nur seine Wirkung, soweit die Ausübung eines der Konventionsrechte in Frage steht (sog. Akzessorietät des Diskriminierungsverbots): Der Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist nach Art 14 EMRK ohne Benachteiligung zu gewährleisten. Art 14 EMRK stellt praktisch eine Ergänzung der materiellen Konventionsnormen dar, weshalb seine Verletzung grundsätzlich bei allen Maßnahmen in Betracht kommt, die den so erweiterten Schutzbereich einer Konventionsgarantie berühren, auch wenn die jeweilige Maßnahme keine Verletzung bzw. keinen Eingriff in das in Frage stehende Konventionsrecht an sich darstellt. Der EGMR geht sogar so weit, zu befinden, dass ein Sachverhalt unter eine Ausnahme vom Schutzbereich eines Konventionsrechts fallen und dennoch von Art 14 EMRK umfasst sein kann.⁵³⁹

Die Praxis des EGMR zeigt, dass Art 14 vor allem in Verbindung mit Art 8 EMRK (etwa im Zusammenhang mit sexueller Orientierung oder familienrechtlicher Fragen), Art 9 EMRK, Art 1 1. ZP EMRK sowie Art 6 EMRK Anwendung findet.⁵⁴⁰

Eine Diskriminierung nach Art 14 setzt voraus, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden. Es muss also zunächst festgestellt werden, dass zwei Sachverhalte im Wesentlichen ähnlich sind. Der EGMR legt keinen zu strengen Maßstab an, da kleinere Unterschiede im Rahmen der Rechtfertigung beachtet werden können.⁵⁴¹

Art 14 EMRK nennt eine Reihe von Kriterien, an die der Staat keine unterschiedlichen Rechtsfolgen knüpfen darf, die Aufzählung ist jedoch nicht abschließend („insbeson-

⁵³⁷ Vgl Art 2 Abs. 1 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR).

⁵³⁸ Das 12. ZP EMRK enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches über die sich auf die in der Konvention vorgesehenen Rechte beziehende Bestimmung des Art 14 EMRK hinausgeht, wurde von Österreich bisher aber nicht ratifiziert.

⁵³⁹ EGMR, 18.7.1994, *Karlheinz Schmidt vs. Deutschland und Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 447.

⁵⁴⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 447; Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 522 f.

⁵⁴¹ *Ibid.*, 448523.

dere“, „oder sonstiger Status“). Die unzulässigen Differenzierungsgründe sind insbesondere: Geschlecht, „Rasse“, Hautfarbe, Sprache, Religion, politische oder sonstige Anschauung, nationale oder soziale Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt oder sonstiger Status.⁵⁴²

Es stellt nicht jede nach den unzulässigen Merkmalen vorgenommene differenzierende staatliche Maßnahme eine Verletzung von Art 14 EMRK dar. Nur unterschiedliche Behandlungen ohne sachliche und vernünftige Rechtfertigung führen zu einem Verstoß gegen die Konvention. Es muss ein legitimes Ziel für die differenzierende Maßnahme vorliegen und Maßnahme und Ziel in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Anders als Art 8-11 EMRK enthält Art 14 EMRK keine Aufzählung legitimer Ziele, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würden. Bei der Festlegung von legitimen Zielen hat der Staat einen weiteren Ermessensspielraum.⁵⁴³ Zur Rechtfertigung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft oder der sexuellen Orientierung verlangt der EGMR im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Vorliegen „besonders schwerwiegender und überzeugender“ Gründe.⁵⁴⁴

6.4.2 Fallbeispiel⁵⁴⁵

Sachverhalt: Der 1939 geborene Beschwerdeführer stand in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien. Am 21.6.1988 verstarb seine Ehefrau, die ebenfalls in einem solchen Dienstverhältnis zur Stadt Wien gestanden hatte. Die Wiener Stadtwerke sprachen dem Beschwerdeführer mit Bescheid vom 22.8.1988 einen Witwerversorgungsgenuss und eine Versorgungsgenusszulage nach der Pensionsordnung 1966 zu. Die Höhe dieses Versorgungsgenusses betrug gemäß § 15 der Pensionsordnung 60 % des Ruhegenusses seiner verstorbenen Ehefrau. Gemäß der Übergangsbestimmung des Art II der 7. Novelle zur Pensionsordnung gebührten diese Leistungen zunächst zu einem Drittel, ab 1.1.1989 zu zwei Dritteln und vom 1.1.1995 an in vollem Ausmaß. Am 1.1.1995

⁵⁴² Das Diskriminierungsverbot des Art 21 der EU-Grundrechte-Charta enthält ebenso eine beispielhafte Aufzählung von verbotenen Diskriminierungsgründen und nennt etwa auch genetische Merkmale, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung als Merkmale, aufgrund derer Diskriminierung verboten ist.

⁵⁴³ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 450Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 526 f.

⁵⁴⁴ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 452Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 528 ff.

⁵⁴⁵ Diskriminierung von Witwern bei Hinterbliebenenrente. Vgl. EGMR 29.6.2006, *Zeman vs Österreich*; Fallpräsentation entnommen von ÖIM, http://www.menschenrechte.ac.at/docs/06_3/06_3_15.

trat die 14. Novelle zur Pensionsordnung 1966 in Kraft, durch die Art II der 7. Novelle aufgehoben wurde. Gemäß § 15 der Pensionsordnung in der geänderten Fassung betrug der Versorgungsgenuss – abhängig von der Höhe des Ruhegenusses beider Ehegatten – zwischen 40 % und 60 % des Ruhegenusses des verstorbenen Ehepartners. Auf Witwen, die ihren Versorgungsanspruch vor dem 1.1.1995 erworben hatten, blieb § 15 der Pensionsordnung in der am 31.12.1994 geltenden Fassung weiterhin anwendbar. Die Ansprüche von Witwern waren hingegen neu zu bemessen, sofern kein Fall der Erwerbsunfähigkeit und Bedürftigkeit vorlag. Am 2.1.1995 sprachen die Wiener Stadtwerke nach einer durch die Novelle notwendig gewordenen Neubemessung der Ansprüche des Bf aus, dass sein Witwerversorgungsgenuss ab 1.1.1995 nur noch 40 % des Ruhegenusses seiner verstorbenen Ehefrau betrage. In seiner gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung brachte der Bf vor, eine Witwe hätte an seiner Stelle einen Anspruch auf einen Versorgungsgenuss in der Höhe von 60 % des Ruhegenusses des verstorbenen Ehepartners. Dies verletze den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz. Der Berufungssenat der Stadt Wien wies diese Berufung am 16.5.1995 ab, woraufhin der Bf eine Beschwerde an den VfGH erhob. Der VfGH lehnte die Behandlung der Beschwerde am 8.10.1997 mangels Aussicht auf Erfolg ab und trat sie dem VwGH zur Entscheidung ab. Der VwGH wies die Beschwerde mit Erkenntnis vom 19.12.2001 unter Verweis auf die Rechtsprechung des VfGH zu den vergleichbaren Bestimmungen des Pensionsgesetzes 1965 idF des Pensionsreform-Gesetzes 1993 als unbegründet ab. Der VfGH hatte festgestellt, dass der Ausschluss eines Witwers von einem Versorgungsgenuss grundsätzlich dem Gleichheitssatz widerspreche. Es erscheine jedoch verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der Gesetzgeber im Rahmen einer Anpassungsregelung, die ab einem bestimmten Stichtag die völlige Gleichbehandlung von Witwern und Witwen in Ansehung des Versorgungsgenusses vorsehe, für vor diesem Stichtag erworbene Versorgungsgenussansprüche ein unterschiedliches Ausmaß des Witwen- und des Witwerversorgungsgenusses beibehalte.

Entscheidung des EGMR: Der Bf behauptet eine Verletzung von Art 1 1. ZP EMRK (Recht auf Achtung des Eigentums) alleine und in Verbindung mit Art 14 EMRK (Diskriminierungsverbot) durch die Herabsetzung seines Witwerversorgungsgenusses aufgrund der Novellierung der Pensionsordnung.

Zur behaupteten Verletzung von Art 1 1. ZP EMRK iVm Art 14 EMRK: In seiner Zulässigkeitsentscheidung vom 30.6.2005 (NL 2005, 168) hat der GH festgestellt, dass die Änderung der Pensionsordnung, die zu einer Reduktion der Ansprüche des Bf geführt hat, ein durch Art 1 1. ZP EMRK geschütztes vermögenswertes Recht betrifft. Daher

ist auch Art 14 EMRK anwendbar. Eine unterschiedliche Behandlung ist dann diskriminierend iSv Art 14 EMRK, wenn sie auf keiner sachlichen und vernünftigen Rechtfertigung beruht. Sie muss also einem legitimen Ziel dienen und verhältnismäßig sein. Eine ausschließlich auf dem Geschlecht beruhende unterschiedliche Behandlung kann nur durch besonders schwerwiegende Gründe gerechtfertigt werden. Auf der anderen Seite wird den Staaten in Bezug auf allgemeine Maßnahmen der Wirtschafts- oder Sozialpolitik in der Regel ein weiter Ermessensspielraum zugestanden.

Im vorliegenden Fall sah die geänderte Pensionsordnung eine Neubemessung der Pensionsansprüche Hinterbliebener vor. Während die günstigeren Bestimmungen der früheren Pensionsordnung für Witwen, die vor dem 1.1.1995 anspruchsberechtigt waren, weiterhin anwendbar waren, galt dies in Bezug auf Witwer nur im Falle einer Erwerbsunfähigkeit und Bedürftigkeit. Dies stellt eine auf dem Geschlecht beruhende unterschiedliche Behandlung von Personen in einer vergleichbaren Situation dar. Es ist daher zu prüfen, ob eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für diese unterschiedliche Behandlung bestand.

Die Regierung brachte vor, die angefochtene Ungleichbehandlung zwischen Witwen und Witwern hänge mit deren früherer unterschiedlicher rechtlicher Situation zusammen, die als solche sachlich gerechtfertigt gewesen sei. Sehr starke Gründe müssen geltend gemacht werden, um die im Dezember 1994 erfolgte Änderung der einschlägigen Gesetze zu erklären, durch die eine weitere Unterscheidung eingeführt und damit die geplante Gleichstellung eines Teils der Witwer, einschließlich des Bf, im letzten Moment vereitelt wurde. Die Regierung hat jedoch keinen überzeugenden Grund genannt, warum entgegen der früheren, in der Wiener Pensionsordnung von 1986 zum Ausdruck gebrachten Einschätzung, dass die Gleichbehandlung von Witwen und Witwern bis 1.1.1995 erreicht werden sollte, plötzlich wieder eine Besserstellung von Witwen gerechtfertigt erschien. Das Argument der Regierung, eine Neubemessung der Ansprüche jener Personen, die vor dem 1.1.1995 bereits einen Versorgungsgenuss in voller Höhe erhielten, hätte in deren bestehenden Rechte eingegriffen, trifft gleichermaßen auf Personen zu, die vor der im Dezember 1994 erfolgten Novelle der Pensionsordnung einen Anspruch auf einen Versorgungsgenuss in voller Höhe ab 1.1.1995 hatten und auf diesen vertrauten. Die auf dieses Datum folgende unterschiedliche Behandlung zwischen Männern und Frauen in Bezug auf ihren vor 1995 erworbenen Anspruch auf einen Versorgungsgenuss beruhte daher nicht auf einer sachlichen und vernünftigen Rechtfertigung.

Es hat daher eine Verletzung von Art 14 EMRK iVm Art 1 1. ZP EMRK stattgefunden (einstimmig). Eine gesonderte Prüfung der behaupteten Verletzung von Art 1 1. ZP EMRK für sich alleine erübrigt sich damit.

6.5 Allgemeines Gleichbehandlungsgebot (12. ZP EMRK)

Das am 1.4.2005 in Kraft getretene 12. Zusatzprotokoll zur EMRK enthält in Art 1 ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Das 12. ZP EMRK wurde von Österreich am 4.11.2000 unterzeichnet, bis dato aber nicht ratifiziert.⁵⁴⁶

Art 1 12. ZP EMRK bestimmt, dass der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes ohne Diskriminierung zu gewährleisten ist und zählt exemplarisch dieselben unzulässigen Diskriminierungsgründe auf, wie sie in Art 14 EMRK enthalten sind. Das Diskriminierungsverbot bezieht sich somit nicht nur auf die in der Konvention gewährleisteten Rechte, sondern auch auf jene Rechte, die durch die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten geschützt sind. Diese Bestimmung ergänzt damit Art 14 EMRK, indem auch Ungleichbehandlungen bezüglich anderer als in der Konvention enthaltener Rechte erfasst werden. Der entscheidende Unterschied zu Art 14 EMRK liegt demnach im Wegfall der Akzessorietät, die Betroffenheit eines Konventionsrechts ist nicht mehr Voraussetzung für die Anwendung des Diskriminierungsverbots.⁵⁴⁷

6.6 Gleichberechtigung der Ehegatten (Art 5 7. ZP EMRK)

Art 5 7. ZP EMRK enthält einen besonderen Gleichheitssatz in Zusammenhang mit der Ehe. Das 7. ZP EMRK ist am 1.11.1985 in Österreich in Kraft getreten. Art 5 7. ZP EMRK verlangt gleiche Rechte und Pflichten für die Eheleute untereinander und in der Beziehung zu den Kindern sowohl hinsichtlich der Eheschließung, als auch während der Ehe und bei deren Auflösung. Es handelt sich um einen speziellen Gleichheitssatz, da er nur auf einen bestimmten Personenkreis zutrifft; andere Gleichheitsgrundsätze werden für die genannten Personen dadurch jedoch nicht verdrängt.⁵⁴⁸ Durch diese Norm sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die zivilrechtlichen Vorschriften zur Regelung des ehelichen Zusammenlebens, des ehelichen Vermögensrechts, der Obsorge, des Scheidungsrechts etc. gleichheitssatzkonform auszugestalten. Jedoch lässt Art 5 7. ZP EMRK den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, im Interesse der Kinder spezielle Maßnahmen zu treffen und schafft somit eine Ausnahme vom grundsätzlichen ehelichen Gleichheitsgebot.

⁵⁴⁶ Stand: 23.6.2010.1.2014

⁵⁴⁷ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 459 Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 540 f.

⁵⁴⁸ Vgl. *Stolzlechner*, Art 5. des 7. ZP EMRK – Lediglich ein „Spezieller Gleichheitssatz“ oder ein positives Gleichbehandlungsgebot? ÖJZ 1996, 362.

Die praktische Bedeutung des Art 5 7. ZP EMRK ist jedoch gering.⁵⁴⁹

6.7 Zusammenfassung

- Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sind ein grundrechtliches Strukturprinzip
- Art 14 EMRK ist ein rein akzessorisches Recht
- Verletzung eines materiellen Rechtes ist für die Anwendung von Art 14 EMRK nicht Voraussetzung
- Erweiterung auf allgemeines Diskriminierungsverbot durch 12. ZP EMRK (von Österreich nicht ratifiziert)
- Gleichbehandlungsrecht ist in Österreich in einer Vielzahl von Gesetzen normiert

⁵⁴⁹ Vgl. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009), 458 Menschenrechtskonvention⁵ (2012), 538 f.

Anhang

7 Europäische Datenbanken

7.1 HUDOC – Judikaturdatenbank des EGMR

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) und die damit in Zusammenhang stehenden Dokumente des Ministerkomitees sind in der über das Internet frei zugänglichen Datenbank HUDOC erfasst, die über folgende Adresse abrufbar ist:

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c>

7.1.1 Inhalt der Datenbank

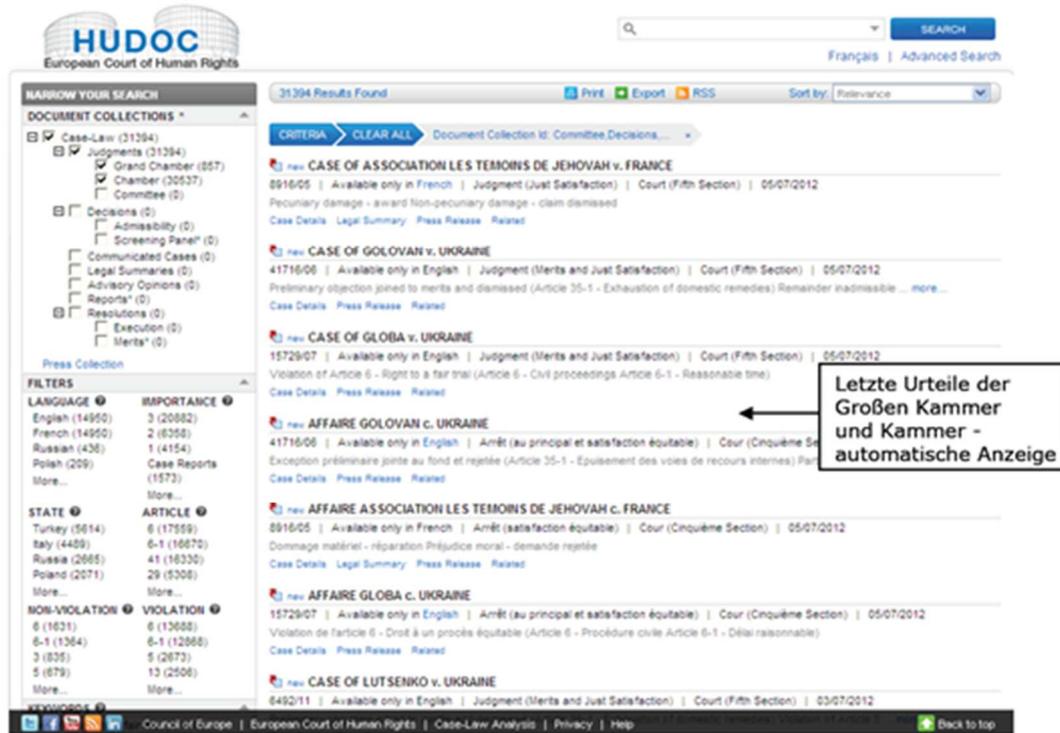
Die Rechtsprechung der Konventionsorgane wurde in verschiedene Sammlungen unterteilt, die entweder getrennt oder gemeinsam durchsucht werden können:

- Urteile (alle Urteile des EGMR seit Beginn seiner Tätigkeit 1959)
- Zulässigkeitsentscheidungen des EGMR (alle veröffentlichten ZE seit November 1998)⁵⁵⁰
- Zulässigkeitsentscheidungen der EKMR (alle ZE ab 1986; aus den Jahren 1955 – 1986 ist nur eine Auswahl abrufbar)
- Berichte der EKMR (alle veröffentlichten Berichte seit 1963)
- Resolutionen des Ministerkomitees

Die aktuellen Urteile des EGMR sind sofort nach ihrer Verkündung abrufbar, Zulässigkeitsentscheidungen in der Regel einige Wochen später.

⁵⁵⁰ Zulässigkeitsentscheidungen, mit denen Beschwerden nach Art. 27 EMRK von einem Einzelrichter für unzulässig erklärt werden, sind nicht in der Datenbank enthalten. Dasselbe gilt für vor Inkrafttreten des Protokolls Nr. 14 ergangene Entscheidungen des Drei-Richter-Ausschusses, mit denen Beschwerden nach Art 28 EMRK ohne weitere Prüfung für unzulässig erklärt wurden.

7.1.2 Die Suchmaske



Ruft man die Suchmaske des HUDOC auf, erhält man ohne weitere Angaben zunächst die obige Darstellung der jüngsten Urteile der Großen Kammer und Kammer. Durch das Setzen von Filtern wird eine Suche nach verschiedenen Kriterien ermöglicht:



7.1.3 Die einzelnen Filter

Die verfügbaren Filter befinden sich in der linken Spalte der HUDOC-Suchmaske:

- **Document Collections:** Diese Rubrik im oberen Teil der linken Spalte ermöglicht eine erste Grobfilterung durch die Auswahl der Dokumentensammlung, in der man suchen möchte, also insbesondere z.B. die Sammlung der Urteile („Judgments“) oder der Zulässigkeitsentscheidungen („Decisions“). Diese Suche in den Sammlungen kann noch weiter verfeinert werden – so kann man etwa nach dem Spruchkörper differenzieren und nur nach Urteilen oder Zulässigkeitsentscheidungen der Großen Kammer, einer Kammer bzw. eines Ausschusses suchen.
- **Language:** Hier können Sie wählen, Dokumente welcher Sprache die Datenbank anzeigen soll. Die meisten Dokumente stehen naturgemäß in einer der beiden Arbeitssprachen des EGMR (Englisch und Französisch) zur Verfügung, daneben existieren jedoch zu vielen Urteilen Übersetzungen in die unterschiedlichsten Sprachen, unter anderem auch ins Deutsche.
- **Importance Level:** Jedes Urteil und jede Zulässigkeitsentscheidung wird vom Gerichtshof nach einem dreistufigen System klassifiziert. Kategorie 1 = hohe Bedeutung (Urteile, die einen wesentlichen Beitrag zur Weiterentwicklung, Klarstellung oder Änderung der Rechtsprechung leisten); Kategorie 2 = mittlere Bedeutung; Kategorie 3 = geringe Bedeutung (bloße Anwendung ständiger Rechtsprechung u.ä.). Durch eine Auswahl kann das Ergebnis der Suche auf bedeutsame Urteile eingeschränkt werden. Besonders wichtige Urteile und Zulässigkeitsentscheidungen werden vom EGMR in eine offizielle Sammlung aufgenommen und erscheinen ab diesem Zeitpunkt unter der Importance-Kategorie „Case Reports“, der wichtigsten Kategorie. Derart ausgewählte Urteile wechseln daher ihre Importance von z.B. „1“ zu „Case Reports“.
- **States:** Hier kann nach dem belangten Staat gesucht werden.
- **Article:** Dieses Feld ermöglicht eine thematische Suche nach einzelnen Bestimmungen der EMRK.
- **Non-Violation/Violation:** Mit diesen Feldern kann nach Urteilen gesucht werden, in denen der EGMR die Nichtverletzung bzw. Verletzung einer speziellen Bestimmung feststellte (also z.B. eine Verletzung von Art. 8 EMRK).
- **Keywords:** Hier kann nach vorgegebenen Schlagwörtern gesucht werden.
- **Date:** In diesem Feld lässt sich die Suche zeitlich eingrenzen, z.B. auf im letzten Monat erfolgte Entscheidungen („Last Month“).

- **Courts:** Ermöglicht die Suche nach Fällen, in denen ein bestimmtes nationales oder internationales Gericht vorkommt (z.B. der österreichische Oberste Gerichtshof).
- **Applicability:** Damit kann nach Fällen gesucht werden, in denen die Frage der Anwendbarkeit einer konkreten Bestimmung aufgeworfen wurde. Dabei kann noch danach differenziert werden, ob die entsprechende Bestimmung für anwendbar erklärt wurde oder nicht („applicable“ bzw. „inapplicable“).

Als weitere Filter werden noch die Kategorien „Judges“ (Suche nach einem bestimmten Richter des EGMR), „Originating Body“ (Suche nach einem bestimmten Spruchkörper) und „Organisation“ (Suche nach Fällen, in denen auf eine spezielle nationale oder internationale Organisation Bezug genommen wird) angeboten.

Für alle Filter gilt: Klickt man auf „More“ am unteren Ende einer Filterrubrik, erhält man eine vollständige Liste aller Filteroptionen unter dieser Rubrik. Von diesen kann man auch mehrere gleichzeitig auswählen und durch die Operatoren „AND“ bzw. „OR“ verknüpfen. Die Operatoren erscheinen nach Klick auf „More“ im rechten oberen Eck des auftauchenden Kastens.

Führt man die Maus auf das Fragezeichen neben einem Filter, erhält man nähere Informationen zu dessen Funktion.

7.1.4 Die fortgeschrittene Suche („Advanced Search“)

Ganz im rechten oberen Bereich der Suchmaske befindet sich die Schaltfläche „Advanced Search“, die eine Suche nach zusätzlichen Komponenten ermöglicht. Eine Verwendung dieser Suchfunktion empfiehlt sich insbesondere, wenn man bereits über genauere Informationen (wie etwa Name, Bescheidnummer) zu einem konkreten Fall verfügt, den man finden möchte. Außerdem ist hier aber auch eine Volltextsuche möglich.

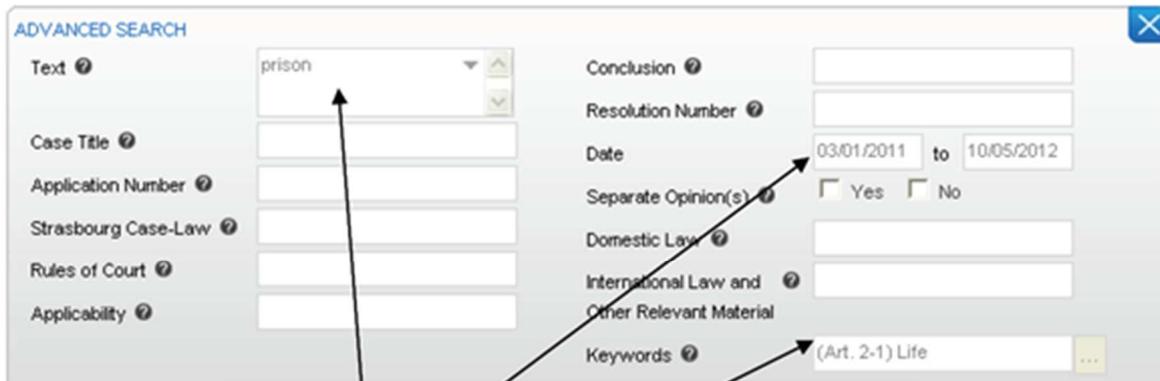


Suchkriterien können in eines oder in mehrere der Suchfelder eingegeben werden. Die Groß- und Kleinschreibung muss dabei ebenso wenig berücksichtigt werden, wie Umlaute oder sonstige Sonderzeichen. So findet die Datenbank den Fall Söderbäck auch, wenn das Wort ohne Umlaute eingegeben wird („soderback“).

Die wichtigsten verfügbaren Suchfelder:

- **Text:** Dieses Suchfeld ermöglicht die Suche im Volltext der Dokumente. In diesem Feld ist die Verwendung Boole'scher Operatoren („AND“; „OR“; „NOT“) möglich. Dabei sind die miteinander verknüpften Begriffe in Klammer zu setzen, also z.B.: „(torture) OR (ill-treatment)“. Mit dem Zeichen „*“ kann eine Trunkierung vorgenommen werden (Bsp: „*treatment“ sucht nach „mistreatment“, „maltreatment“,...). Begriffe, die aus mehreren Wörtern bestehen, müssen unter Anführungszeichen gesetzt werden (z.B. „„prison sentence““)
- **Case Title:** Wenn Sie den Namen eines Falles kennen, so können Sie in diesem Feld danach suchen lassen. Der offizielle Titel eines Dokuments setzt sich aus dem Namen der Beschwerdeführerin / des Beschwerdeführers und jenem des belangten Staates zusammen (Bsp: „CASE OF LINGENS v. AUSTRIA“). Es reicht aus, wenn Sie den Namen der Beschwerdeführerin / des Beschwerdeführers eingeben. Sobald sie eine Eingabe getätigt haben, erscheinen Vorschläge für den konkreten Falltitel.
- **Application Number:** Wenn Sie die Beschwerdennummer kennen, die dem Fall zugeordnet wurde, können Sie in diesem Feld direkt nach der Nummer suchen. Auch hier erscheinen Vorschläge, wenn Sie eine Eingabe getätigt haben.
- **Strasbourg Case Law:** Dieses Feld ermöglicht eine Suche nach allen Urteilen und Entscheidungen, in denen ein bestimmter Fall zitiert wurde. Gibt man also z.B. „Hatton“ oder „36022/97“ ein, erhält man alle Judikate, in denen der Fall Hatton zitiert wurde.
- **Conclusion:** Suche nach dem Ergebnis, z.B. „Violation“, „No violation“, „Inadmissible“. Bei Zulässigkeitsentscheidungen ist zu beachten, dass diese immer nur in der Sprache auffindbar sind, in der sie ergangen sind. Sucht man also nach einer französischen Zulässigkeitsentscheidung mit dem Ergebnis „unzulässig“, muss man im Suchfeld „Conclusion“ „irrecevable“ eingeben, „inadmissible“ führt nur zu englischen Zulässigkeitsentscheidungen mit diesem Ergebnis.
- **Date:** In diesen Feldern lässt sich die Suche zeitlich eingrenzen. Das Datum ist in folgender Form einzugeben: tt/mm/jjjj.
- **Domestic Law:** Hier kann nach Fällen gesucht werden, in denen eine spezielle nationale Rechtsvorschrift zitiert wurde.
- **International Law and Other Relevant Material:** Hier kann nach Fällen gesucht werden, in denen spezielle internationale Texte zitiert wurden, wie z.B. die "Geneva Convention relating to the Status of Refugees" (Genfer Flüchtlingskonvention).

- Keyword:** Durch Anklicken des Buttons neben dem Eingabefeld wird eine Schlagwortliste aktiviert, in der nach vorgegebenen Schlagworten gesucht werden kann. Die hier verfügbaren Schlagworte entsprechen jenen, die auch in der linken Spalte der Suchmaske unter „Keywords“ aufgerufen werden können (siehe dazu schon oben bei den Filtern).



In diesem Beispiel konzentrierte sich die Suche auf das Wort 'prison' (Feld 'Text'); von '03/01/2011 bis 10/05/2012' ('Date'); und '(Art. 2-1) Life' ('Keyword').

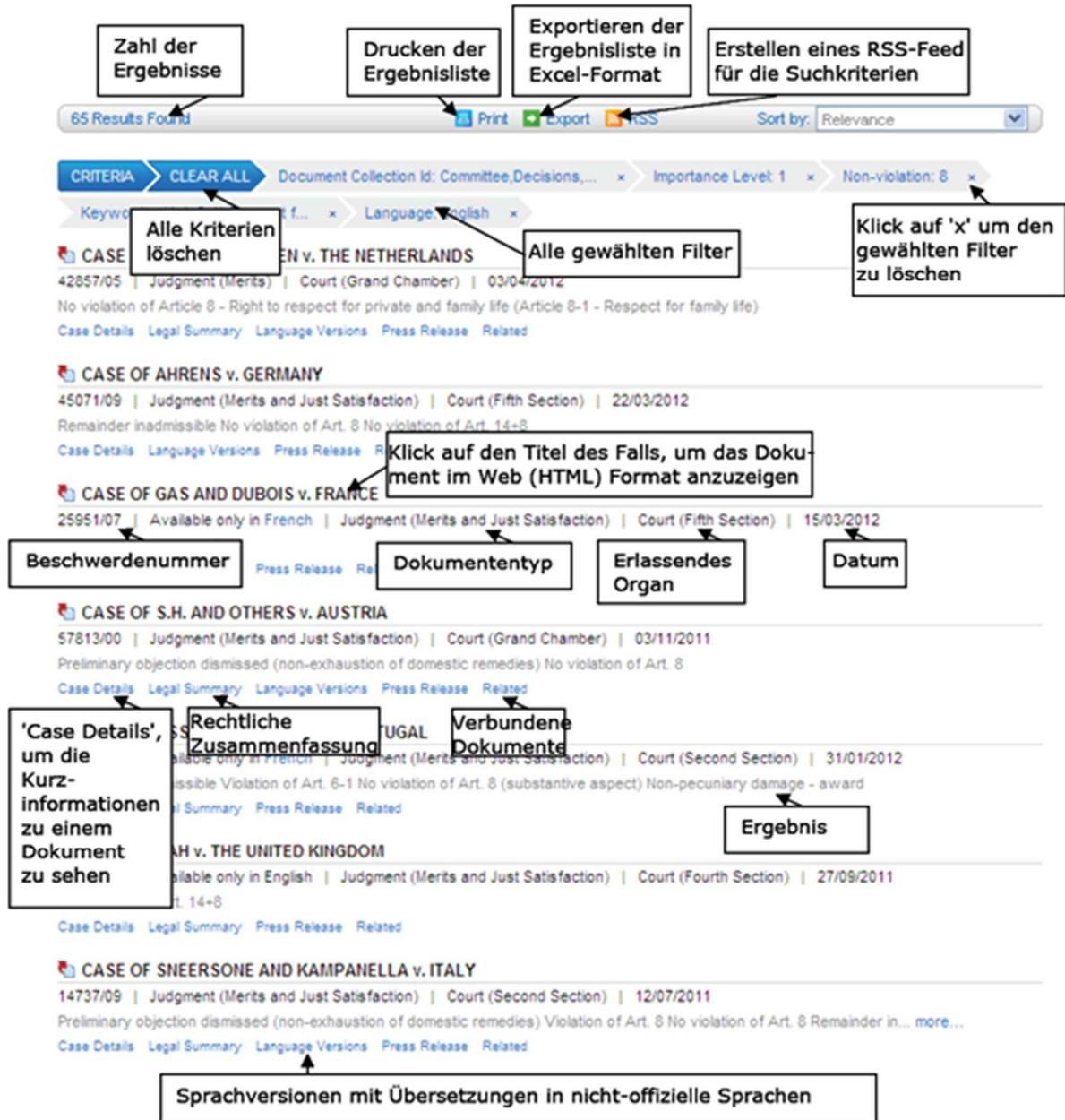
7.1.5 Sortierung der Resultate



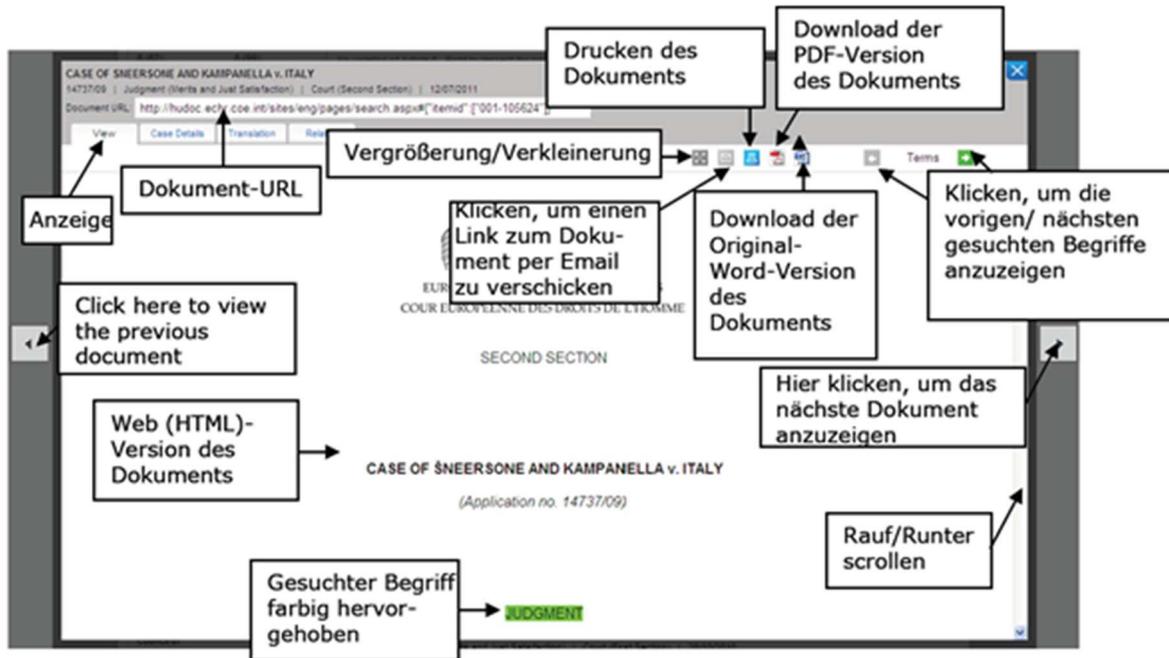
Relevance - Bei der Suche nach einem bestimmten Begriff sorgt diese Einstellung für eine Sortierung nach der Häufigkeit der Übereinstimmungen
Date (Newest first) - chronologische Reihenfolge
Date (Oldest first) - umgekehrte chronologische Reihenfolge
Title (A-Z) - alphabetische Reihenfolge nach dem Dokumenttitel
Title (Z-A) - umgekehrte alphabetische Reihenfolge (Titel)
State (A-Z) - alphabetische Reihenfolge nach belangtem Staat
State (Z-A) - umgekehrte alphabetische Reihenfolge (Staat)
Application Number (Ascending) - numerische Reihenfolge nach der Beschwerdenummer
Application Number (Descending) - umgekehrte numerische Reihenfolge nach der Beschwerdenummer
Date (Newest) then State/Date (Oldest) then State - Reihung nach Datum und dann nach Staat

Die Suchmaske bietet die Möglichkeit, das Ergebnis der Suche nach verschiedenen Kriterien sortieren zu lassen (siehe Abbildung oben). Diese Funktion findet sich in der Suchmaske oben rechts, direkt unter der Advanced Search-Schaltfläche.

7.1.6 Die Anzeige der Suchergebnisse



Die Datenbank sortiert die Ergebnisse der Suche nach den von Ihnen gewählten Kriterien. Am Ergebnisbildschirm werden neben dem Namen des Dokuments auch Datum, Beschwerdenummer, Art der Entscheidung und deren Schlussfolgerung (Bsp: Verletzung von Art 8 EMRK,...) angezeigt. Die gefundenen Dokumente lassen sich entweder als html-Dateien anzeigen oder als Word- oder pdf-Dateien.



7.2 Newsletter Menschenrechte – Online-Archiv

(www.menschenrechte.ac.at)

7.2.1 Inhalt der Datenbank

Die vom Österreichischen Institut für Menschenrechte herausgegebene Zeitschrift *Newsletter Menschenrechte* erscheint seit 1992 alle zwei Monate und informiert über die aktuelle Judikatur des EGMR sowie über Grund- und Menschenrechte betreffende Entscheidungen des EuGH und der österreichischen Höchstgerichte (inklusive der früheren UVS).

Alle in der Zeitschrift veröffentlichten Entscheidungsbearbeitungen sind über die Homepage des Instituts (www.menschenrechte.ac.at) in einem Online-Archiv abrufbar. Die aktuellen Entscheidungen werden in der Regel etwa vier Monate nach Erscheinen der gedruckten Ausgabe des *Newsletter Menschenrechte* in die Datenbank aufgenommen. Alle Dokumente sind mit zusätzlichen Informationen (z.B. Schlagworte, Normen) ausgestattet, die eine gezielte Recherche auch dann ermöglichen, wenn Sie nicht nach einer ganz bestimmten, Ihnen bekannten Entscheidung suchen.

7.2.2 Schnellsuche

Dieses Suchfeld ermöglicht die Suche nach einzelnen Begriffen. Der eingegebene Begriff wird in allen Feldern der Datenbank gesucht. Die Verwendung des Suchoperators „%“ ist in diesem Feld möglich. Es werden dann alle Begriffe gefunden, die statt „%“ ein oder mehrere Zeichen enthalten. Diese Trunkierung kann am Beginn oder am Ende eines Wortes erfolgen.

Die Verwendung sonstiger Suchoperatoren („AND“, „OR“, „NOT“) ist im Feld „Schnellsuche“ nicht möglich.

7.2.3 Komplexe Suche

Diese Abfragemaske ermöglicht eine differenzierte Recherche in der Datenbank.

Allgemeines zu den Drop-down-Feldern

In diesen Listen scheinen alle vorhandenen Einträge zum jeweiligen Feld auf. Sollte der von Ihnen gesuchte Begriff nicht in der Liste aufscheinen, so ist dieser Begriff in der Datenbank nicht vorhanden. Sie können entweder mit der Maus einen Eintrag aus der Liste wählen, oder das gesuchte Wort mit der Tastatur eingeben. Wenn javascript auf Ihrem Rechner aktiviert ist, reagieren die Drop-down-Listen auf Ihre Eingabe. Sobald der gewünschte Begriff im oberen Feld der Drop-down-Liste erscheint, ist er markiert. Eine Übernahme in das linke Eingabefeld erfolgt nicht. Die Suche funktioniert auch, wenn javascript auf Ihrem Rechner deaktiviert ist.

Zu den einzelnen Feldern

Komplexe Suche:

Gericht: -- Bitte auswählen --

Land: -- Bitte auswählen --

Partei: -- Bitte auswählen --

Beschwerdenr.:

Datum: von bis (TT.MM.JJJJ)

- Gericht: Hier können Sie in der Drop-down-Liste ein Gericht wählen.
- Land: In der Drop-down-Liste scheinen alle Staaten auf, zu denen Entscheidungen vorliegen.
- Partei: In dieser Liste scheinen jene Parteien auf, nach denen die Entscheidungen der internationalen Instanzen in der Regel benannt sind. Bei Erkenntnissen, Urteilen und Bescheiden österreichischer Instanzen gibt es keine Partei. In diesem Fall ist in diesem Feld kein Eintrag vorzunehmen.
- Beschwerdenr.: In diesem Feld können Sie nach der Beschwerdennummer bzw. der Aktenzahl der Entscheidung suchen.

Die Eingabe der Beschwerdennummern der Entscheidungen des EGMR hat ohne Dezimalpunkte zu erfolgen.

Beispiele:	EGMR:	40072/98
	EuGH:	C-263/02
	VfGH:	B 403/03
	VwGH:	2002/01/0542
	OGH:	11 Os 167/02
	UVS:	02/13/6598/2003

- Datum: Das Datum der gesuchten Entscheidung ist in folgender Form einzugeben: TT.MM.JJJJ (Bsp: 21.06.2004).

Wird nur in das Suchfeld „von“ ein Datum angegeben, wird nach allen Entscheidungen gesucht, die ab diesem Tag ergangen sind. Um nach allen Entscheidungen zu suchen, die bis zu diesem Datum ergangen sind, geben Sie ein Datum nur in das Feld „bis“ ein.

- Schlagworte:

Schlagworte:
(Wildcardsuche mit %)

Wort 1:	<input type="text"/>	-- Bitte auswählen --
	AND	
Wort 2:	<input type="text"/>	-- Bitte auswählen --
	AND	
Wort 3:	<input type="text"/>	-- Bitte auswählen --

Allen Entscheidungen werden Schlagworte zugeordnet. Sie können den gesuchten Begriff entweder in das linke Feld eingeben oder aus der drop-down Liste (rechtes Feld) auswählen.

In die einzelnen Felder kann nur jeweils ein Begriff eingegeben werden. Die Verwendung von Suchoperatoren in den Feldern selbst ist nicht möglich.

Suchoperatoren:

Eine Suche nach mehreren Schlagworten ist durch die Verwendung mehrerer Felder möglich. Folgende Operatoren stehen zur Verfügung:

AND: Es werden jene Dokumente gefunden, die beide Suchbegriffe enthalten. Verwenden sie diesen Operator zur Einschränkung Ihrer Suchergebnisse. z.B.: Privatleben AND Familienleben (Sucht nach allen Entscheidungen, denen so-

wohl das Schlagwort „Privatleben“ als auch das Schlagwort „Familienleben“ zugeordnet ist.)

OR: Es werden jene Dokumente gefunden, die einen der beiden Suchbegriffe enthalten.

z.B. Privatleben OR Familienleben (Sucht nach allen Entscheidungen, denen das Schlagwort „Privatleben“ oder das Schlagwort „Familienleben“ zugeordnet ist.)

NOT: Es werden jene Dokumente gefunden, die den/die Suchbegriff(e) enthalten, die vor diesem Operator stehen, nicht aber den/die Suchbegriff(e), die nach dem Operator NOT eingetragen wurden.

z.B.: Familienleben NOT Ausweisung (Sucht nach allen Entscheidungen, denen das Schlagwort „Familienleben“, nicht aber das Schlagwort „Ausweisung“ zugeordnet ist.)

%: Es werden Wörter gefunden, die statt „%“ ein oder mehrere Zeichen enthalten. Diese Trunkierung kann am Beginn oder am Ende eines Wortes erfolgen. (z.B.: „Daten%“ sucht nach „Datenschutz“, „Datenverarbeitung“, „Datenübermittlung“,...)

- Normen:

Jeder Entscheidung sind jene Normen zugeordnet, auf denen sie im Wesentlichen beruht.

Normen:
(Wildcardsuche mit %)

Norm 1: -- Bitte auswählen --
 AND

Norm 2: -- Bitte auswählen --
 AND

Norm 3: -- Bitte auswählen --

Die Normen sind nach folgendem Schema einzugeben:

[Kurzbezeichnung] [„§“ bzw. „Art.“] [Zahl] [„Abs.“] [Zahl] gegebenenfalls: [„Z.“ bzw. „lit.“]

Bsp: „EMRK Art. 6 Abs. 3 lit. b“; „EMRK Art. 1 1. ZP“; „StPO § 363a“; „ABGB § 1330“

Europarechtliche Verordnungen und Richtlinien sind folgendermaßen einzugeben:

Bsp: „RL 68/360/EWG“ bzw. „VO (EWG) Nr. 1408/71“

Die Abkürzungen der Normen richten sich nach Friedl/Loebenstein: AZR. Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen.

Sie können entweder eine Norm in das linke Suchfeld eingeben oder die gesuchte Norm aus der drop-down-Liste (rechtes Feld) auswählen. Die Funktion der Suchoperatoren entspricht der Schlagwortsuche (siehe oben).

7.3 EGMR-Judikatur im RIS

Jene Urteile und Zulässigkeitsentscheidungen des EGMR und der EKMR, die im *Newsletter Menschenrechte* in deutscher Bearbeitung erscheinen, sind auch in der Judikaturdatenbank des RIS (www.ris.bka.gv.at/jus) abrufbar. Der Inhalt der Justizdatenbank RIS deckt sich in dieser Hinsicht mit jenem der Datenbank des Österreichischen Instituts für Menschenrechte (www.menschenrechte.ac.at). Einzig die Jahrgänge 1992-1994 sind im RIS nicht enthalten.

Die Suche erfolgt über die allgemeine Abfragemaske der Justizdatenbank:

Justiz (OGH, OLG, LG, BG, AUSL)

Dokumenttyp	<input type="checkbox"/> ?	<input checked="" type="checkbox"/> Rechtssätze (RS)	<input checked="" type="checkbox"/> Entscheidungstexte (TE)
Suchworte	<input type="text"/>		
Entscheidungsdatum von	<input type="text"/>	bis	<input type="text" value="31.10.2010"/>
Im RIS seit	<input type="text"/>		
Änderungen seit	<input type="text"/>		
Gericht	<input type="text" value="AUSL EGMR"/>		
Geschäftszahl	<input type="text"/>		
Fundstelle	<input type="text"/>		
Rechtssatznummer	<input type="text"/>		
Rechtliche Beurteilung	<input type="text"/>		
Norm	<input type="text" value="Beispiel: ABGB §879 Abs3"/>		
Trefferanzahl pro Seite	<input type="text" value="50"/>		

Die Suche lässt sich durch Eingabe von „AUSL EGMR“ bzw. „AUSL EKMR“ im Feld *Gericht* auf Entscheidungen dieser Organe einschränken, die Datenbank kann jedoch auch nach Entscheidungen österreichischer Gerichte und des EGMR gleichzeitig durchsucht werden.

Im Feld *Geschäftszahl* kann die Beschwerdennummer eingegeben werden. Diese ist mit dem Präfix „Bsw“ und ohne Dezimalpunkt einzugeben (Bsp: „Bsw19710/02“). Der Name der Entscheidung kann im Feld *Suchworte* eingegeben werden, wobei auch einzelne Worte aus dem Titel der Entscheidung ausreichen (Bsp: „Krawagna“). Wie gewohnt ist in diesem Feld auch eine Trunkierung (Bsp: „Krawa*“) möglich. Ansonsten weist die Suche

gegenüber den sonst in Bezug auf die Entscheidungen österreichischer Gerichte anzuwendenden Kriterien keine Besonderheiten auf.

Am Ende der jeweiligen Entscheidung finden Sie einen Link zur englischen bzw. französischen Originalfassung der Entscheidung sowie einen Hinweis auf die Fundstelle in der gedruckten Fassung des *Newsletter Menschenrechte*, nach der auch zitiert werden kann.

Im RIS können Sie auch die aus den im Newsletter Menschenrechte verarbeiteten Urteilen erstellten Rechtssätze (also die rechtlichen Kernaussagen der betreffenden Entscheidungen des EGMR) abrufen bzw. danach suchen. Das bedeutet, dass Sie auf einen Blick alle mit einem Rechtssatz in Verbindung stehenden und daher damit verlinkten Entscheidungen bekommen können.

7.4 Weiterführende Links:

www.echr.coe.int

Offizielle Website des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Hier finden Sie Informationen über Organisation und Verfahren, aktuelle Entscheidungen und grundlegende Texte in englischer und französischer Sprache.

www.coe.int/t/d/Menschenrechtsgerichtshof/Dokumente_auf_Deutsch/

Deutsches Informationsangebot des EGMR: Hier finden Sie unter anderem deutsche Übersetzungen (Volltext) einiger weniger grundlegender Entscheidungen des EGMR.

www.egmr.org

Fundstellenverzeichnis EGMR: Hier finden Sie eine Auflistung von Fundstellen deutscher Übersetzungen der Entscheidungen des EGMR in verschiedenen deutschen und österreichischen Fachzeitschriften.

www.bka.gv.at/site/3465/default.aspx

Website des Bundeskanzleramts: Der Verfassungsdienst informiert über das Verfahren vor dem EGMR und veröffentlicht Rundschreiben über aktuelle Urteile zu Österreich sowie den sich daraus ergebenden Handlungsbedarf.

8 Schlagwortverzeichnis

Abwehrrechte 23

Achtungspflicht 24

agent provocateur 80

Akteneinsicht 70, 101, 102, 122, 127

Amtssprache 56, 57, 76

Analogie 19, 21, 23, 39, 106

Anklage, strafrechtliche 72, 99

Anklagebehörde 72, 93

Anlassfall 32, 33, 34, 41

Anordnung, richterliche 46, 117, 118, 132, 133, 135, 138, 139

Ansprüche, zivilrechtliche 72, 73, 99, 104

Antidiskriminierungsrichtlinie 195

Asylwerber 56, 78, 120

Aufsichtsbeschwerde 97

Auskunft 45

Auskunft, Recht auf 147

Auslegung 16, 19, 21, 39, 64, 67, 100, 106, 114

- extensive 106
- Gemeinschaftsrecht 34, 40, 60, 62, 65, 67

Auslieferung 6, 56, 119

Ausweisung 6, 10, 119

Befehls- und Zwangsgewalt 49

Begründung von Entscheidungen 1, 41, 69, 70, 88, 97

Behindertenanwalt 44

Behinderung, Gleichbehandlung 10, 100, 192, 195, 196

Beruf

- Verschwiegenheitspflicht 47, 135, 136
- Wahlfreiheit 9

Bescheid, behördlicher 14, 33, 36, 45, 57

Bescheidbeschwerde 1, 32, 35, 36, 37

Beschlagnahme 133, 134, 135, 137, 141, 186, 187, 188

Beschleunigungsgebot 41, 127

Bestimmtheitsgebot 105, 106, 133

Beweismittel 75, 78, 79, 80, 89, 98, 137

Beweiswürdigung 41, 56, 69, 78, 79, 106

Bildnisschutz 177

Bildung, Recht auf 9, 24, 27, 195

Bindungswirkung 62, 104

Brief- und Fernmeldegeheimnis 6, 7, 128, 132, 139, 142, 186

Bundesheer 14, 44

Datenabgleich, automationsunterstützter 46

Datenschutz, Recht auf 6, 7, 14, 22, 26, 45, 140, 147, 189

Datenschutz, Recht auf 45

Datenschutzkommission 44, 45

Demokratie 3, 11, 12, 13, 150, 161, 168

Differenzierungsgründe 199

Diskriminierung 4, 5, 10, 51, 193, 194, 195, 198, 203

Diskriminierungsverbot 3, 10, 17, 72, 182, 189, 192, 194, 197, 198, 200, 202

Dolmetsch 27, 74, 75, 76, 77, 78, 95

Doppelbestrafung, Verbot der 111, 113

Drittwirkung 20, 21, 22, 23, 25, 26, 190

Durchführungsvorbehalt 5, 14

Durchsuchungsanordnung, -befehl 132, 134, 135, 136, 137

Eheschließung, Recht auf 6, 7

Ehrenbeleidigung 160, 164, 165, 172

Eigentum, Schutz des 9, 17, 18, 22, 28, 30, 58, 137, 183, 184, 185, 186, 187, 190, 191, 200

Eigentumsbeschränkung 2, 185, 188

Eingriffsermächtigung 24

Eingriffstatbestände 29, 131, 154

Eingriffsvorbehalt 28, 29, 132

Einleitungsbeschluss 35

Endbeschluss 2

Enteignung 184, 185, 186

Entschädigung

- bei Enteignung 186
- bei zu Unrecht verbüßter Haft 123
- bei zu Unrecht verbüßter Haft 6, 27

Entschädigung, gerechte 38, 57

Ermessensspielraum 25, 57, 103, 110, 155, 157, 186, 199, 201

Erneuerung des Strafverfahrens 38, 39

Erneuerungsantrag 40

Ersatzbescheid 36

Erwerbsfreiheit 9, 16, 18

Familienleben, Recht auf 6, 7, 128, 130, 147, 148, 149, 173, 189

Fiskalgeltung 20, 21

Fluchtgefahr 118, 122, 124, 126, 127

Folter, Verbot von 5, 6, 13, 24, 28, 55, 58

Freiheit, persönliche 6, 40, 49, 116, 124, 125

Freiheitsentziehung 20, 24, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 126

Freizügigkeit 6, 117

Gehör, rechtliches 70, 104

gelindere Mittel 30, 126, 188

Gemeinschaftsrecht 4, 17, 26, 33, 36, 40, 58, 59, 60, 62, 63, 65, 66, 108, 109

Gesetzesprüfung 18, 19, 35

Gesetzesvorbehalt 16, 18, 24, 28, 142, 154, 164, 185

Gewährleistungspflicht 23, 152

Glaubens- und Gewissensfreiheit 7, 153, 156

Gleichbehandlung 10, 51, 72, 192, 194, 195, 196, 198, 200, 201, 202, 203

Gleichbehandlungsanwaltschaft 44, 195

Gleichbehandlungskommission 51, 195

Gleichheitsgrundsatz 10, 11, 14, 16, 17, 18, 21, 22, 192, 193, 194, 200, 202

Grundfreiheiten 3, 11, 58, 65

Grundprinzip 35, 158, 181

Grundrechtecharta 4, 40, 59, 63, 67

Grundrechtsbeschwerde 1, 6, 40, 41

Grundrechtsbindung 18, 19, 20, 21, 22, 190

Grundrechtsparellität 17

Grundrechtsträger 16, 17, 140, 185

Günstigkeitsprinzip 17, 65, 67

Haftgründe 116, 117, 118, 120, 121, 122, 126, 127, 128

Haftprüfung 122, 123

hate speech 162, 181

Hausdurchsuchung 38, 132, 133, 136, 137, 138, 141, 186

Hausrecht 7, 17, 128, 129, 137, 138

Individualantrag 33, 34, 35, 37, 61

Individualbeschwerde 45, 52, 55, 64

Informationseingriff 141

Instanzenzug, Erschöpfung des 39, 40, 56

Interessenabwägung 164, 166, 179, 190

Interpretation 15, 65, 111, 114

- grammatikalische 15, 16
- grundrechtskonforme 15, 19, 21, 25, 67
- historische 16
- systematische 15, 16, 23, 65

teleologische 16, 19

verbale 15

Jedermannsrechte 17, 192

juristische Personen 17, 21, 99, 147, 183

Kirchen und Religionsgemeinschaften 7, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 159

Klarheitsgebot 105

Kommunikationsfreiheit 161, 163

kontradiktorisch 56, 62, 72, 79, 128

Kunstfreiheit 9, 163, 164

Lauschangriff 141

Leben, Recht auf 6, 25, 30, 140

Legalitätsprinzip 18, 19

Leistungspflicht 24, 27

Leistungsurteil 57

Lockspitzel 78, 80, 81, 105

Medienfreiheit 8

Meinungsfreiheit 8, 11, 17, 28, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 172, 173, 174, 182

Menschenwürde 13, 49, 154, 190, 191

Milderungsgrund 82, 91, 96, 97

Minderheiten, Schutz von 3, 10, 11

Mindeststandard 65, 94, 105

Nachrede, üble 160

ne bis in idem 10, 111, 115, 116

Nebenintervenient 103, 104

nemo tenetur 71, 89

Nichtigkeitsbeschwerde 72, 81, 82

Nichtigkeitsklage 60, 64

Normenkontrolle 32, 33

notstandsfeste Rechte 5

nulla poena sine lege 105

nullum crimen sine lege 105

Obsorge 102, 202

Öffentlichkeitsausschluss 73, 74, 102, 103

Öffentlichkeitsgarantie 73, 102

Partizipation 8, 11, 13, 23

Persönlichkeitsrechte 190, 191

Präjudizialität 32, 35

Pressefreiheit 162, 163

Primärrecht 40, 58, 59, 62, 63, 64, 108

Privatautonomie 22

Privatleben, Schutz des 7, 74, 103, 128, 129, 131, 139, 140, 141, 151, 164, 166

Privatsphäre 74, 129, 131, 133, 139, 140, 150, 151, 186, 187

pro libertate Grundsatz 25, 67

Rassendiskriminierung 10, 17

Rasterfahndung 46, 141

Rechtsfortbildung, richterliche 15, 19, 23

Rechtsmittel 1, 2, 37, 62, 92, 97, 101, 109, 110, 111, 157

-Frist 104

-Gericht 39, 57, 73, 88

-Verfahren 72

Rechtsschutz, effektiver 38, 44, 120, 122

Rechtsschutzbeauftragte 46, 47

Religionsfreiheit 7, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 164

Rückwirkungsverbot 105, 109

Rundfunkfreiheit 163

Sachlichkeitsgebot 193

Scheingeschäft 46

Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) 113

Schranken-Schranken 28, 65

Schutzbereich 17, 22, 65, 72, 116, 132, 140, 142, 151, 154, 161, 192, 198

Schutzpflicht 24, 25, 27, 166

Selbstbestimmung, Recht auf 6, 22, 77, 151

Sklavereiverbot 6, 9

Staatenbeschwerde 55

StaatsbürgerInnenrechte 13, 16, 192

status activus processualis 12, 27, 69

Strafbemessung 20, 82, 96

Tatprovokation 82

Tatverdacht 41, 118, 119, 121, 122, 125, 126, 127, 140, 187, 188

Teilhaberechte 27

Telefonüberwachung 133, 139, 150

Todesstrafe, Verbot der 6

Tribunal 71, 100

Tribunalqualität 71

Umweltanwaltschaft 44

Umweltschutz 6, 13

Unabhängige Verwaltungssenate (UVS) 49

Unabhängigkeit des Gerichts 71, 89

Ungleichbehandlung 147, 190, 192, 193, 199, 201, 202

Unschuldsvermutung 89, 92, 93, 124, 166, 172, 178, 180

Untersuchungshaft 40, 118, 119, 121, 122, 124, 126, 127, 128

Verbotsgesetz 8, 154, 181

Verfahren, faires, Recht auf 10, 70, 81, 96, 100

Verfahrensdauer, angemessene 52, 82, 90, 91, 96, 97

Verfassungsrang 2, 3, 4, 14, 15, 22, 51, 153

Verhältnismäßigkeit 16, 22, 29, 30, 41, 46, 64, 72, 73, 103, 118, 132, 155, 161, 162, 165, 187, 188, 190

Verhältnismäßigkeitsprinzip 28, 29, 30, 126, 132, 137, 139, 141, 184, 186, 187, 191

Verhandlung, mündliche 62, 70, 73

Verhandlung, öffentliche 73, 74, 102

Verhetzung 153, 154, 181

Veröffentlichung des Urteils 73

Verordnungsprüfung 34, 35

Versammlungsfreiheit 8, 11

Volksabstimmung 8, 35

Volksanwaltschaft 44, 47

Volksgruppen 75

Vorabentscheidung 34, 40, 60, 61, 62, 64, 66, 67

Vorlagepflicht 40

Waffengleichheit 70, 72, 73, 95, 101, 122, 128

Weisungsfreiheit 45, 69

Wesensgehalt 64, 185

Wiederaufnahme 58, 113

Wiederbetätigung 8, 154

Wiederverlautbarung 32

Willkür 29, 136, 190

Wirksame Beschwerde, Recht auf 10, 27, 39, 92, 96, 97, 110

Wissenschaftsfreiheit 9, 18, 163

Wohnung 131, 149

- Durchsuchung 132, 138
- Recht auf Achtung der 6, 7, 137

Zellenabfrage, Erhebung von Standortkennungen 139, 140

Zugang zum Gericht, Recht auf 27, 71, 72, 100, 110

Zurückweisung 33, 34, 110

Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM), Freyung 6/2, 1010 Wien

Europäisches Trainings- und Forschungszentrum für Menschenrechte und Demokratie (ETC), Elisabethstraße 50b, 8010 Graz

Österreichisches Institut für Menschenrechte (ÖIM), Mönchsberg 2a, 5020 Salzburg
