

## **.SIAK-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis**



Matscher, Franz (2011):

### **Die Rechtsprechung des EGMR zu Fragen aus dem Wirkungsbereich des BM.I**

SIAC-Journal – Zeitschrift für  
Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis  
(1), 4-15.

doi: 10.7396/2011\_1\_A

*Um auf diesen Artikel als Quelle zu verweisen, verwenden Sie bitte folgende Angaben:*

Matscher, Franz (2011). Die Rechtsprechung des EGMR zu Fragen aus dem Wirkungsbereich des BM.I, SIAC-Journal – Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis (1), 4-15, Online: [http://dx.doi.org/10.7396/2011\\_1\\_A](http://dx.doi.org/10.7396/2011_1_A).

© Bundesministerium für Inneres – Sicherheitsakademie / Verlag NWV, 2011

Hinweis: Die gedruckte Ausgabe des Artikels ist in der Print-Version des SIAC-Journals im Verlag NWV (<http://nwv.at>) erschienen.

Online publiziert: 3/2013

# Die Rechtsprechung des EGMR<sup>1</sup> zu Fragen aus dem Wirkungsbereich des BM.I<sup>2</sup>



**FRANZ MATSCHER,**  
*Prof. emeritus für zivilgerichtliches  
Verfahrensrecht.*

Der Beitritt Österreichs zur EMRK<sup>3</sup> war 1958 als problemlos betrachtet worden und es war auch davon die Rede, dass die entwickelte österr Rechtsordnung weit über dem eher bescheidenen System der EMRK stehen würde<sup>4</sup>; da klang auch eine gewisse Überheblichkeit an. Nur aus Vorsicht brachte man ein paar an sich als überflüssig betrachtete Vorbehalte an. Umso größer war die Überraschung, als es bald nach dem Beitritt begann, Beschwerden gegen Österreich zu „regnen“ und die Republik binnen weniger Jahre zum ersten Kunden in Straßburg avanciert war (nach der „Beschwerdedichte“, dh dem Verhältnis der eingebrachten Beschwerden zur Einwohnerzahl). Diese weitgehend erfolgreichen Beschwerden gegen Österreich betrafen vornehmlich Fragen aus der Strafgerichtsbarkeit und der Untersuchungshaft. Fragen aus dem Arbeitsbereich des BM.I standen kaum zur Diskussion. Durch zahlreiche Novellierungen der Strafverfahrgesetze wurden die meisten dieser Beschwerdepunkte eliminiert. Damit hat auch die Zahl der Beschwerden gegen Österreich ständig abgenommen und wir befinden uns heute im Mittelfeld.<sup>5</sup> Im vorliegenden Beitrag soll versucht werden, die hauptsächlichen Beschwerdepunkte, welche das Arbeitsgebiet des BM.I berühren und zu denen es eine einschlägige Judikatur des EGMR gibt, beispielhaft und in Untergruppen gegliedert nach der Systematik der EMRK, aufzuzeigen. Es handelt sich dabei um keine auf Vollständigkeit Anspruch erhebende Darstellung.

## **I. DIE JUDIKATUR DES EGMR ZU KONKRETEN FRAGEN AUS DEM ARBEITSBEREICH DES BM.I**

### **1. Recht auf Leben**

Nach Art 2 ist das Leben eines jeden Menschen geschützt. Eine absichtliche Tötung durch bewusste tödliche Gewaltanwendung ist nur in Ausnahmefällen (Notwehr, Schutz des Lebens anderer, um den Widerstand gegen eine ordnungsgemäße Festnahme zu brechen oder eine Flucht zu verhindern, zur Unterdrückung eines Aufstandes oder Aufruhrs) gestattet.

Die Tötung eines Menschen muss jedenfalls verhältnismäßig sein.<sup>6</sup> Ähnliches gebieten auch die innerstaatlichen Gesetze.<sup>7</sup> Aktueller als die Fälle der gezielten, bewussten Tötung sind die der unüberlegten, besser gesagt, der nicht ausreichend überlegten oder fahrlässigen Tötung. Gleich zu behandeln ist die Ergreifung von überzogenen Gewaltmaßnahmen, die letztlich zum Tod eines Menschen führen.<sup>8</sup> Sicherlich, in plötzlich auftretenden Gefahrenmomenten wird das Sicherheitsorgan nicht immer die Zeit haben, lange zu überlegen, es muss sofort reagieren. Im Nachhinein

ist es wohl immer leichter, sich zu sagen, die Maßnahme wäre nicht notwendig gewesen.

Einschlägig ist der Fall McCann ua/GB vom 27.09.1995. Es handelte sich um die Erschießung dreier bekannter nordirischer Terroristen im März 1988, die im Begriff waren, in Gibraltar ein Sprengstoffattentat vorzubereiten und die unter nicht geklärten Umständen von britischen Sicherheitskräften erschossen worden waren. Der EGMR hat mit einer schwachen Mehrheit (zehn gegen neun Stimmen) eine Verletzung von Art 2 festgehalten, weil er den tödlichen Waffengebrauch nicht als unbedingt notwendig, also als nicht verhältnismäßig angesehen hat. In der Begründung der Mehrheitsentscheidung ist er vertieft auf die Frage eingegangen, ob die Ausbildung der zum Einsatz gelangten Polizisten ausreichend war, ob die Leitung der Operation sorgfältig genug war und ob die nachträglich von den britischen Behörden durchgeführte Untersuchung vertieft geführt worden war.

Gerade diesem letztgenannten Aspekt kommt in der Rspr des EGMR großes Gewicht zu: Im Falle des Todes eines Menschen im Rahmen einer Polizeiaktion oder im Falle des Ablebens eines Menschen, der sich in staatlichem Gewahrsam (Anhaltung oder Haft) befunden hat, obliegt es dem Staat, nachzuweisen, dass der tödliche Waffengebrauch oder die Anwendung von Zwangsmitteln, die zum Tode eines Menschen geführt haben, rechtmäßig war, was nur durch eine vertiefte Untersuchung geklärt werden kann.

Man sieht hier einen Aspekt des verfahrensrechtlichen Schutzes der materiellen Grundrechte. Dazu gibt es eine ganze Reihe von weiteren Urteilen des EGMR, die Operationen der türkischen Polizei im Kurdengebiet betreffen.<sup>9</sup> Besonders interessant ist der Fall Nachov/B vom 06.07.2005, wo betont wurde, dass der

Staat auch verpflichtet ist, mögliche rassistische Hintergründe (Roma) des tödlichen Waffengebrauchs zu untersuchen. Aus den zitierten Fällen ergibt sich, dass auch eine fahrlässige, voreilige Tötung eines Menschen durch Sicherheitskräfte von Art 2 erfasst wird.

Gleiches gilt für Misshandlungen mit Todesfolgen. Dazu gibt es auch einige österreichische Fälle (von Schwarzafrikaner betreffend), die allerdings nicht nach Straßburg gebracht worden sind. Aufsehen erregt hatte der schon erwähnte Fall des nigerianischen Schubhäftlings Marcus Omofuma, der im Mai 1999 auf dem Flug nach Sofia verstorben war. Nachdem er Widerstand geleistet und getobt hatte, fesselten und knebelten ihn drei begleitende Polizeibeamte im Flugzeug, wodurch er erstickte. Die österreichischen Behörden haben den Fall untersucht und die drei Polizeibeamten wurden strafrechtlich verurteilt. Sicherlich geht es nicht an, eine Abschiebung durch Schreien und Toben zu verunmöglichen. Es müsste hier aber anders vorgegangen werden als im Fall Omofuma.

Ähnlich gelagert ist der Fall Cheibani Wague aus dem Jahr 2003. Er hatte in einem Lokal in Wien randaliert und getobt. Der Lokalbetreiber rief die Polizei. Es bedurfte des Einsatzes von zehn Personen, um ihn zu bändigen. Er wurde mit Gewalt am Boden fixiert und erlag dabei einem Herzversagen. Es erfolgten auch hier eine gerichtliche Untersuchung und eine strafgerichtliche Verurteilung des Notarztes und eines Polizisten zu bedingten Haftstrafen. Den Polizeibeamten betreffend führte die Urteilsbegründung aus, er habe sich schulungskonform verhalten und könne für die „katastrophale Ausbildungssituation“ bei der österreichischen Polizei nicht verantwortlich gemacht werden. Was von dieser Aussage zu halten ist, vermag hier nicht beurteilt zu werden.

## **2. Verbot einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung von angehaltenen oder inhaftierten Personen (Art 3)**

Eine solche Behandlung verbieten an sich schon die innerstaatlichen Gesetze, so zB das StGB<sup>10</sup> (§ 83 ff) oder das SPG<sup>11</sup> (Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen, § 29; Durchsuchung von Menschen, § 40; Achtung der Menschenwürde, § 5 RLV<sup>12</sup> 1993). Trotzdem kommt es gelegentlich zu Übergriffen. Auch hierzu gibt es eine reichhaltige Jud des EGMR<sup>13</sup>, und auch einen bemerkenswerten österr Fall: Ribitsch/A vom 04.12.1995. Es handelte sich bei Letzterem um einen des Drogenhandels Verdächtigen, der im Zuge einer polizeilichen Anhaltung angeblich misshandelt und verletzt worden war, was seitens der österr Regierung bestritten wurde. Der EGMR konstatierte mehrstimmig eine Verletzung von Art 3, weil die von Amts wegen eingeleitete Untersuchung, trotz der strafgerichtlichen Verurteilung eines involvierten Polizisten zu einer bedingten Haftstrafe, nicht klarstellen konnte, dass die Verletzung nicht die Folge von Übergriffen seitens der Polizeibeamten war. IZm dem Problem der unmenschlichen Behandlung wären noch zwei Fragen zu erörtern, die zumindest zum Teil in den Zuständigkeitsbereich des BM.I fallen:

Dass eine zwangsweise medizinische Behandlung eines Geistesgestörten nicht unter Art 3 fällt, ist an sich klar; sie stellt jedenfalls einen erlaubten Eingriff in das Privatleben nach Art 8 Abs 2 dar. Die Maßnahme muss aber verhältnismäßig sein.<sup>14</sup> Maßnahmen dieser Art liegen allerdings nicht im Bereich des BM.I; wohl aber die Zwangsernährung eines Schubhäftlings, der in den Hungerstreik getreten ist, um eine Abschiebung zu verhindern.<sup>15</sup> Dafür ist im Gesetz dahingehend vorgesorgt, dass in einem solchen Fall der Schubhäftling in das strafgerichtliche Gefangen-

haus überstellt wird, wo die Zwangsernährung über ärztliche Anordnung und unter ärztlicher Leitung vorgenommen wird.

Auch zu diesem Problem gibt es eine Reihe von Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, denen zufolge eine Zwangsernährung – trotz des Eingriffs in das Privatleben, das sie darstellt – zulässig ist, wenn eine Gefahr von schweren gesundheitlichen Schäden oder gar der Tod des Betroffenen droht und die Zwangsernährung unter ärztlicher Aufsicht erfolgt. Im Fall Nevmerzkiy/UA vom 05.04.2005 konstatierte der EGMR aber eine Konventionsverletzung, weil die belagte ukrainische Regierung eine ärztlich diagnostizierte Notwendigkeit der Zwangsernährung nicht nachweisen konnte und die Maßnahme in einer unzumutbaren, brutalen Weise getroffen worden war (Festbinden des Häftlings an einem Stuhl, Intubation durch Mithäftlinge). Im Fall eines Schubhäftlings wäre es aber keine akzeptable Alternative, den Betroffenen vor den Augen der Behörden sterben zu lassen und ebenso wenig, die Schubhaft zu beenden und ihn im Land zu belassen, wie „Gutmenschen“ es fordern.

Fälle dieser Art gab es in Österreich in größerer Zahl; allein im Jahr 2005 wurden drei davon registriert, bei denen es nicht klar war, ob der Tod in Folge eines Hungerstreiks eingetreten war. Ein ähnliches Problem ist das der zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln an auf frischer Tat ertappten Drogenhändlern, die beim Eintreffen der Polizei ein Säckchen Kokain verschluckt haben. Im Fall Jalloh/D vom 11.07.2006 hat der EGMR eine Verletzung von Art 3 festgestellt; die Verabreichung der Brechmittel war durch einen Arzt in einem Krankenhaus erfolgt. Nach Verabreichung des Brechmittels war es zu einer Exkorporation des Drogensäckchens gekommen; darüber hinaus hat der EGMR die Maßnahme in der Art, in der sie ge-

schehen war, als nicht unbedingt notwendig angesehen; es hätte auch gelindere, zum Ziel führende Mittel gegeben, mögen diese auch komplizierter gewesen sein.

Der Gerichtshof hat des Weiteren festgestellt, dass in 33 Europarat-Staaten, darunter auch in Österreich, die Praxis der zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln nicht befolgt wird, während es in vier anderen Staaten (Deutschland, Mazedonien, Luxemburg, Norwegen) der Fall ist. Aus Österreich, wo es, wie schon erwähnt, die Praxis der Verabreichung von Brechmitteln, um Drogenpäckchen aus dem Körper herauszuholen, an sich nicht gibt, wird ein einziger, einschlägiger Fall berichtet. Es handelte sich um Ahmed F., dem am 19.02.1999 von Polizeibeamten, die ihn bei einer Drogenkontrolle in Wien ertappt hatten, angeblich der Hals zugeedrückt worden sei, um zu verhindern, dass er Drogenpakete, die er im Mund hielt, verschluckt. Der Betroffene ist daran gestorben.<sup>16</sup>

Misshandlungen durch Sicherheitskräfte werden oft behauptet. Die von Amts wegen eingeleiteten Untersuchungen haben die erhobenen Vorwürfe teils entkräftet, teils bestätigt und haben zu Disziplinarverfahren oder auch zur strafrechtlichen Verurteilung der involvierten Polizeibeamten geführt. So etwa im Fall Bakary J. aus 2006. Die Abschiebung des Betroffenen war, ähnlich wie bei Omofuma, nicht möglich. Daraufhin wurde er von Beamten der WEGA in eine Turnhalle gebracht und dort schwer misshandelt. Es folgte eine strafrechtliche Verurteilung der involvierten Polizeibeamten.

Dass ein barscher Umgang von Behörden mit einem festgenommenen Menschen bei diesem ein Gefühl von Bangheit auslösen kann, reicht noch nicht aus, um Art 3 ins Spiel zu bringen.<sup>17</sup>

Wichtig ist es, in Erinnerung zu rufen, dass Art 2 und 3 insofern auch eine indi-

rekte oder extraterritoriale Wirkung entfalten, als der Staat nicht nur dafür verantwortlich ist, wenn jemand durch seine Organe unmenschlich behandelt wird. Es ist ihm gleichfalls untersagt, durch die Gewährung einer Auslieferung, Ausweisung oder Abschiebung sozusagen „die Hand dazu zu reichen“, dass der Betroffene im Bestimmungsland Gefahr läuft, eine unmenschliche Behandlung zu erleiden.

Die Gefahr einer unmenschlichen Behandlung im Bestimmungsstaat muss allerdings eine ernsthafte sein, was nicht immer leicht festzustellen sein wird. In der Bereitstellung der entsprechenden Informationen liegt eine wichtige Aufgabe der Staatendokumentation (vgl § 60 AsylG<sup>18</sup>). Es gibt auch dazu eine Reihe von Urteilen des EGMR.<sup>19</sup> Auf das Problem der indirekten Wirkung der Art 2 und 3 EMRK nimmt das Refoulement-Verbot nach § 50 FPG<sup>20</sup> und § 8 AsylG Bezug.

Hier zu erwähnen ist ein jüngstes einschlägiges Erk des VfGH<sup>21</sup> vom 07.10.2010<sup>22</sup>, mit dem die Überstellung einer afghanischen Flüchtlingsfamilie nach Griechenland gestoppt wurde. Die Familie war aus Griechenland illegal nach Österreich eingereist, sodass nach Dublin II Griechenland für das Asylverfahren zuständig gewesen wäre. Da die Versorgungslage in Griechenland bekanntlich katastrophal ist, befand der VfGH, im Hinblick auf die besondere Situation des Falles (Mutter mit drei Kleinkindern), die Überstellung nach Griechenland würde auf eine indirekte Verletzung von Art 3 hinauslaufen. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht hat wiederholt Rückführungen nach Griechenland ausgesetzt. NGOs haben einen generellen Stopp von Abschiebungen nach Griechenland gefordert. Dem gegenüber will das BM.I in jedem Einzelfall von den griechischen Behörden entsprechende Garantien für eine konventionskonforme Be-

handlung der zu überstellenden Flüchtlinge einholen.

Noch etwas soll erwähnt werden: Nach Art 33 Abs 2 der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 darf ein Flüchtling ausgewiesen werden, mag er auch im Bestimmungsland einer politischen Verfolgung ausgesetzt sein, wenn dessen weiterer Aufenthalt im Gastland für dieses eine schwerwiegende Gefahr bedeuten würde. Diesen Ausweisungsgrund hat der EGMR dann nicht gelten lassen, wenn der Betreffende im Bestimmungsland dort der Gefahr einer konventionswidrigen Behandlung ausgesetzt sein würde.<sup>23</sup> Dem hat auch der novelierte § 50 Abs 1 FPG Rechnung getragen.

Für den Fall, dass durch den Vollzug einer Ausweisung oder Abschiebung, die dann vom EGMR als unzulässig erklärt werden könnte, eine irreversible Situation eintreten würde, kann der EGMR dem betreffenden Staat eine Empfehlung erteilen, mit dem Vollzug der Maßnahme innezuhalten, bis der Fall von ihm entschieden ist. Diese Empfehlung wird von den Konventionsstaaten iAR befolgt, so auch von Österreich im obgenannten Fall Ahmed. Seit einigen Jahren hat die Judikatur diese Empfehlung zu einem verbindlichen Auftrag, also als eine echte einstweilige Verfügung, umgedeutet. IdS ordnet auch § 50 Abs 3 FPG an, dass eine Abschiebung unzulässig ist, solange dem die Empfehlung einer vorläufigen Maßnahme durch den EGMR entgegensteht.

### 3. Freiheitsentzug, Einschränkungen der Freizügigkeit

Das Problem der von Art 5 EMRK geschützten persönlichen Freiheit (gleichsinnig das PersFrG<sup>24</sup> 1988) berührt ieL<sup>25</sup> Fragen, die im Zuständigkeitsbereich der Justiz liegen. Es kann aber auch solche betreffen, die in den Wirkungsbereich des BM.I fallen. Ein Freiheitsentzug ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig,

die in Abs 2 taxativ aufgezählt werden. Hier kommen iZm dem Fremdenpolizeirecht va in Betracht:

- ▶ lit b Erzwingung einer gesetzlich vorgeschriebenen Verpflichtung,
- ▶ lit f Hinderung, unberechtigt in das Staatsgebiet einzudringen oder zur Vorbereitung einer Ausweisung oder Abschiebung.

Jeder Festgenommene muss „in möglichst kurzer Frist“ und in einer ihm verständlichen Sprache über den Grund der Festnahme informiert werden. § 4 Abs 6 Z 1 PersFrG drückt das noch stringenter aus: „womöglich bei der Festnahme“. Der Freiheitsentzug muss verhältnismäßig sein, dh er muss in einer vernünftigen Relation zu seinem Zweck stehen, von angemessener Dauer sein und es müssen ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten gegeben sein. Diesem Gebot tragen die geltenden österr Rechtsnormen Rechnung, sa die iS des § 31 SPG erlassene RLV des Bundesministers für Inneres von 1993. Ein erkennbarer Mangel wurde vom Autor im Fehlen einer klaren Verpflichtung zur sofortigen Information erkannt. Obwohl die Gründe für zulässige Einschränkungen der persönlichen Freiheit, von denen oben zwei hier interessierende herausgegriffen wurden, im Abs 1 des Art 5 EMRK taxativ aufgezählt sind, lassen die verwendeten Formulierungen trotzdem einen gewissen, wenngleich engen Spielraum für deren Auslegung und Anwendung. Es ist aber anerkannt, dass diese Einschränkungen grundsätzlich restriktiv auszulegen sind.<sup>26</sup>

Was das Gebot der Unterrichtung über die Gründe des Freiheitsentzugs „in möglichst kurzer Frist“ betrifft, hat der EGMR im Fall Fox, Campbel und Hartley/GB vom 30.08.1990 befunden, dass diese nicht unmittelbar bei der Anhaltung erfolgen müsse; es genüge, wenn das innerhalb weniger Stunden geschehe (im Anlassfall hatte es sich um fünf bzw vier Stunden gehandelt).

IdZ soll ein Blick auf die geplante Novelle zum AsylG geworfen werden, mit der eine befristete Aufenthaltsverpflichtung in der Erstaufnahmestelle eingeführt werden soll.

Zwei Punkte der geplanten Neuregelung erscheinen problematisch:

Einmal die Automatik des zwangsweisen Aufenthalts, während laut Art 5 EMRK ein Freiheitsentzug nur durch individuellen Behördenakt verfügt werden darf, weil nur dadurch die Notwendigkeit der Maßnahme geklärt und deren Verhältnismäßigkeit geprüft werden kann; ferner die Sicherstellung der Information des Betroffenen über den Grund der Maßnahme „innerhalb kurzer Frist“. Es ist zwar anzunehmen, dass dem Betroffenen der Grund der Aufenthaltsverpflichtung bekannt sein wird; trotzdem wäre die Information konkret zu erteilen. Wenn aber nach dem Gesetzesentwurf die Erstbefragung, in deren Rahmen die Information gegeben werden würde, innerhalb von 72 Stunden, Samstage, Sonntage und gesetzliche Feiertage nicht eingerechnet, stattzufinden hätte, ist das entschieden zu lang. Im Fall Saadi/GB vom 29.01.2008, einen Kurden betreffend, der nach Großbritannien eingereist war, dort sofort einen Asylantrag gestellt und in ein Erstaufnahmezentrum gebracht worden war, wobei eine informelle Information über den Grund der Anhaltung ihm sofort erteilt, eine formelle Information aber erst nach sieben Tagen ergangen war, hat der EGMR eine Verletzung des Gebots der Information „innerhalb kurzer Frist“ konstatiert. Das ist laut Ansicht des Autors eine zu formalistische Auslegung des Gebots. Die Dauer des Freiheitsentzugs von acht Tagen hat der EGMR hingegen nicht beanstandet.<sup>27</sup>

#### 4. Art 6, 7 und 11

Art 6 (Verfahrensgarantien in Zivil- und Strafsachen), Art 7 (keine Strafe, die ge-

setzlich nicht vorgesehen ist, also das nulla poena sine lege-Prinzip) und Art 11 (Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit) sprechen zwar Fragen an, die zum Teil im Arbeitsbereich des BM.I liegen. Meinungsverschiedenheiten darüber haben, was Österreich anbelangt, aber kaum die Konventionsorgane beschäftigt. Diese Fragen müssen hier ausgespart bleiben. Erwähnt werden soll an dieser Stelle der österr Fall „Plattform Ärzte für das Leben“, wo der EGMR im U vom 21.06.1988 ausgeführt hat, dass der Staat nicht nur verpflichtet ist, im Rahmen der Gesetze erlaubte Versammlungen und Demonstrationen zu gestatten, sondern auch den friedlichen Verlauf solcher Demonstrationen gegenüber Gegendemonstrationen sicherzustellen.

#### 5. Die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8)

Die Jud zu diesem Komplex ist sehr reichhaltig. Es können hier nur Einzelfälle herausgegriffen werden, die spezifisch in den Zuständigkeitsbereich des BM.I fallen.

a) So zählt nach der Jud auch das Recht der Vornamens- und Familiennamensgebung zum Recht auf Achtung des Privatrechts. Dazu gibt es zwei Urteile des EGMR: Im Fall Guilot/F vom 24.10.1996 hat der EGMR festgestellt, dass die Weigerung der französischen Staatsbürgerschaftsbehörden und Gerichte einem 1983 geborenen Mädchen den Vornamen „Fleur de Marie“ (Blume der Maria), kombiniert mit Arminia Angela, zu geben, keinen so schwerwiegenden Eingriff in das Privatleben darstellt, als dass sie eine Verletzung des Art 8 bedeuten würde. Die französischen Stellen hatten die Vornamensgebung abgelehnt, weil es sich um keinen traditionellen Namen handeln würde. Heute würde man das bei der herrschenden Liberalität der Namensgesetzgebung wohl differenzierter sehen. Im Fall Stjerna/SF vom 25.11.1994 hatten die zuständigen finni-

schen Stellen abgelehnt, einer Änderung des Familiennamens von Stjerna in den von seinen Vorfahren angeblich getragenen Namen „Tavaststjerna“ zuzustimmen. Der Betroffene hatte geltend gemacht, dass der Name „Stjerna“ unverständlich, schwer auszusprechen, orthografisch oft falsch geschrieben werde und so viel wie „Butterknetmaschine“ bedeute. Die Ablehnung war damit begründet worden, dass es nicht erwiesen sei, dass der Betroffene von „Tavaststjernas“ abstamme. Wie im Fall *Guilot* war der EGMR nicht der Ansicht, dass die Verweigerung der Namensänderung einen ausreichend schwerwiegenden Eingriff in das Privatleben bedeute, um Art 8 ins Spiel zu bringen. Auch hier würden die zuständigen österr Behörden Namensänderungen gegenüber großzügiger vorgehen als die finnischen.

b) Wichtig ist das Aufenthaltsrecht von Ausländern. Der EGMR betont zwar in *stRspr*<sup>28</sup>, dass die Regelung der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern, von völkerrechtlichen Spezialnormen abgesehen, den einzelnen Staaten überlassen bleibt. Hier hat aber die *Jud* des EGMR, unter Berufung auf das Recht auf Achtung des Familienlebens, tief in das Recht der Staaten auf autonome Regelung der Einreise und des Aufenthalts sowie der Abschiebung oder Ausweisung von Ausländern eingegriffen. So muss etwa, zum Zwecke der Begründung eines Familienlebens, die Einreise auch von ausländischen Ehepartnern bewilligt werden.<sup>29</sup> Auch die Ausweisung selbst von straffällig gewordenen Ausländern ist unzulässig, wenn es dadurch zur Zerreißung eines Familienlebens kommen würde.

Es gibt dazu eine reiche, kasuistische, stark humanitär geprägte *Jud* des EGMR. Das gilt besonders für Jugendliche der zweiten Generation, deren Eltern schon längere Zeit im Inland ansässig sind. Schwierig ist es aber, eine Abwägung der

Schutzinteressen des Staates mit jenen der Betroffenen vorzunehmen. Missbräuchen wird hier Tür und Tor geöffnet: Eheschließungen, Zeugung von Kindern und Adoptionen werden zum alleinigen Zweck vorgenommen, um eine Einreise- oder Aufenthaltsbewilligung zu erschleichen (darauf nehmen die §§ 117 u 118 FPG und § 30 NAG<sup>30</sup> Bezug); kann von einem echten Familienleben gesprochen werden, wenn der Betreffende seit Jahren kaum mehr Kontakte zu seinen im Inland lebenden Angehörigen hat? Wie wird sichergestellt, dass auch ein mehrfach straffällig Gewordener sich in Hinkunft gesetzeskonform verhalten wird? Sind die Straftaten so gewichtig (siehe Drogenkriminalität), dass sie eine Gefahr für die innere Sicherheit und Ordnung des Aufenthaltsstaates darstellen?

Dazu kommt, dass die Straßburger Organe kaum in der Lage sind, die Richtigkeit der von Abzuschiebenden und mit einem Rückkehrverbot Behafteten aufgestellten Behauptungen zu prüfen. Es verwundert daher nicht, dass hier die einzelfallbezogene *Rspr* der Konventionsorgane nicht kohärent und daher nicht immer überzeugend ist. Die einschlägige *Jud* ist darüber hinaus sehr reichhaltig.<sup>31</sup> Den Geboten des Art 8, in der Ausprägung, die diese Bestimmung in der Straßburger *Jud* gefunden hat, trägt das FPG an sich Rechnung; wenn es trotzdem gelegentlich zu Meinungsverschiedenheiten – und zur Feststellung von Konventionsverletzungen – kommt, so deshalb, weil bei der Anwendung der entsprechenden Bestimmungen die innerstaatlichen Organe auf die Beachtung der staatlichen Schutzinteressen größeres Gewicht legen als die Konventionsorgane, für die mehr die Interessen der Betroffenen im Vordergrund stehen.

Auch einschlägige sterr Fälle sollen erwähnt werden: *Jakupovic/A* vom 06.02.2003: Der Fall betraf die Abschie-



bung (1997) eines seit 1985 bei seiner Familie legal in Österreich lebenden 18-jährigen Bosniers nach rechtskräftiger Verurteilung wegen zahlreicher Einbruchsdiebstähle und Gewaltdelikte, Zeugung eines Kindes, nachdem bereits ein Aufenthaltsverbot erlassen worden war. Trotzdem befand der EGMR (vier gegen drei Stimmen), die Abschiebung als ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Familienleben und verletze Art 8 EMRK.

Ähnlich gelagert war der Fall Maslov/A vom 22.03.2007: 2001 wurde ein zehnjähriges Aufenthaltsverbot verhängt; 2003 erfolgte die Abschiebung des 1990 mit seiner Familie legal nach Österreich eingereisten 19-jährigen Bulgaren, der wegen zahlreicher Vermögensdelikte, einschließlich eines Falles von gewerbsmäßigem Bandendiebstahl, vom Jugendgericht mehrmals zu Haftstrafen verurteilt worden war; ob auch ein echtes Familienleben bestanden hatte, war fraglich. Trotzdem fand der EGMR (Große Kammer) auch hier (mit einer Gegenstimme), dass die Verhängung des Aufenthaltsverbots und die Abschiebung unverhältnismäßig waren. In Fällen dieser Art verweist der EGMR häufig darauf, dass der Betreffende nach der letzten Haftentlassung und der Verhängung des Aufenthaltsverbots nicht mehr straffällig geworden sei. Dieses Argument erscheint blauäugig. Auch das ist eine Folge davon, dass der EGMR die Situation der betroffenen Personen nicht, wie die österr Behörden, im Zeitpunkt des Ergehens der einschlägigen Entscheidung beurteilt, sondern in der viele Jahre später bestehenden, wenn der EGMR sein Urteil fällt.

c) Bleiberecht: Ausgelöst durch einige spektakuläre und von den Medien hochgespielte Fälle der jüngsten Zeit<sup>32</sup> wurde auch in Österreich die Einführung eines so genannten Bleiberechts für seit mehreren Jahren – legal oder illegal – in Österreich lebende Immigranten diskutiert. Es er-

scheint daher angebracht, zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen von der EMRK ein solches Bleiberecht abgeleitet werden kann, wie es vielfach behauptet wird.

Dass der EGMR ständig betont, die Regelung der Einreise und des Aufenthalts von Fremden und folglich von deren Ausweisung oder Abschiebung bleibe grundsätzlich dem staatlichen Recht überlassen, dass aber dieses souveräne Recht durch die Rspr, unter Berufung auf Art 8 (Achtung des Familienlebens), mannigfach durchbrochen wurde, wurde bereits oben dargestellt. Auf diesem Wege wurde im Einzelfall eine Art von Bleiberecht kreiert, ohne dass mE daraus ein generelles Bleiberecht abgeleitet werden kann. Auch das Verbot einer Ausweisung oder Auslieferung von Flüchtlingen iS der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 schafft eine Art von Bleiberecht. Davon war bereits oben die Rede. Kann aber auch außerhalb der soeben erwähnten beiden Fallgruppen, bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen, aus der Jud des EGMR ein generelles Bleiberecht, als eigenständiger Rechtstitel, abgeleitet werden? Einzelne Urteile scheinen dafür zu sprechen. Im Fall Slivenko ua/LV vom 19.10.2003 handelte es sich um russische Staatsangehörige – Militärpersonen oder deren Familienangehörige –, die nach 1945 nach Lettland entsandt worden waren und auch nach der Unabhängigkeit des Landes 1991 als Staatenlose dort verblieben sind. Sie hatten dort ein Netz von persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, also ein Privat- und/oder Familienleben nach Art 8 geschaffen, und waren voll integriert. Aus Gründen der nationalen Sicherheit sollten sie das Land verlassen. Va im Hinblick auf den jahrzehntelangen Aufenthalt in Lettland befand der EGMR eine Verletzung von Art 8.

Ähnlich gelagert war eine Reihe anderer lettischer Fälle. Es handelte sich durch-

wegs um Personen, die legal nach Lettland gekommen waren und zehn bis zwanzig Jahre dort gelebt hatten. Hier kann man tatsächlich von einem vom EGMR anerkannten „Bleiberecht“ sprechen. Die Situation ist allerdings eine andere als die von Immigranten, die – legal oder illegal – mehrere Jahre in Österreich gelebt haben und deren Verbleib nur aus im Einzelfall, aus besonderen Gründen der Achtung des Familienlebens, gerechtfertigt werden konnte. Freilich können auch hier unbefriedigende Situationen eintreten, die eine Folge der durch die Vielzahl von Rechtsmitteln herbeigeführten überlangen Dauer der Asylverfahren sind, zu denen die Asylwerber oder deren Rechtsbeistände selbst aktiv beigetragen haben.

Die Schlussfolgerung zu diesem Punkt: Die Einführung eines generellen Bleiberechts, als selbstständiger Rechtstitel, ist von der EMRK nicht abzuleiten. Den sich idZ stellenden Problemen kann durch einen behutsamen Umgang mit den Geboten des Art 8 begegnet werden. Eine konkretere Ausgestaltung und großzügigere Handhabung des humanitären Bleiberechts, um Härtefälle einer tragbaren Lösung zuzuführen, wären gegebenenfalls angebracht.

d) Zur Achtung des Privatlebens gehört auch der Datenschutz, mag Art 8 hier auch nur verkürzt vom „Schutz des Briefverkehrs“ sprechen. Auch das Recht auf Wohnung wird in Art 8 angeführt. Damit wird ein breites Spektrum von Problemen angesprochen, die den Rahmen dieses Beitrages sprengen würden.

## 6. WAHLRECHT (ART 3, 1. ZP<sup>33</sup>)

Art 3 des 1. ZP enthält eigentlich nur das Gebot an die Staaten, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen in die gesetzgebenden Organe durchzuführen. Aus dieser lakonischen Aussage hat die Jud des EGMR ein ganzes System von verpflichtenden Normen über das ak-

tive und passive Wahlrecht entwickelt. Das passive Wahlrecht interessiert hier nicht, wohl aber das aktive Wahlrecht, dessen Regelung nach der Anlage zum Bundesministerengesetz 1986 in den Wirkungsbereich des BKA und des BM.I fällt. Hier geht es insbes um Beschränkungen des aktiven Wahlrechts, die mehrfach den EGMR beschäftigt haben.

Es handelte sich konkret um die Beschränkung des aktiven Wahlrechts für strafgerichtlich Verurteilte. Art 26 Abs 5 B-VG sagt lapidar, dass die Ausschließung vom Wahlrecht nur „die Folge einer gerichtlichen Verurteilung“ sein kann. Konkretisiert wird diese Norm in § 22 NRWO<sup>34</sup> 1992, wonach vom Wahlrecht ausgeschlossen ist, wer durch ein inländisches Gericht wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener strafbarer Handlungen zu einer unbedingten, mehr als einjährigen Freiheitsstrafe gerichtlich verurteilt worden ist. Der Ausschluss endet sechs Monate nach der Verbüßung der Strafe. Weiters räumt § 44 Abs 2 StGB (seit dem StrafrechtsänderungsG 1996) dem Richter die Möglichkeit ein, im Einzelfall ua den Ausschluss vom Wahlrecht, als Rechtsfolge einer Verurteilung, bedingt nachzusehen. Analoge Einschränkungen des aktiven Wahlrechts gelten für andere Wahlergebnisse (Bundespräsidentenwahl, Volksabstimmungen, Volksbefragungen, Wahlen für das EU-Parlament, Landtags- und Gemeinderatswahlen).

Die EMRK bekennt sich zum demokratischen Rechtsstaat und die Einräumung des Wahlrechts stellt eine Kerngarantie des demokratischen Systems dar. Nach der Rsp des EGMR ist das in Art 3 1. ZP grundlegende Wahlrecht nicht absolut; es unterliegt vielmehr Schranken, die vom nationalen Recht vorgesehen sein können und bei deren Ausgestaltung dem Staat ein weiter Ermessensspielraum zukommt. Solche Schranken bedürfen aber einer

Rechtfertigung: Sie müssen insbes ein legitimes Ziel verfolgen, verhältnismäßig sein und sie dürfen das Wahlrecht nicht seiner Substanz entleeren. Im Einklang mit der älteren Jud des EGMR konnte man – mit dem VfGH – davon ausgehen, die Regelung des § 22 NRWO sei konventionskonform.<sup>35</sup>

Dann kam das Urteil der Großen Kammer vom 6. Oktober 2005 in der Sache Hirst/GB. Der Beschwerdeführer war wegen Mordes zu einer (nach britischem Recht nachträglich herabsetzbaren) lebenslangen Gefängnisstrafe verurteilt worden. Der EGMR befand<sup>36</sup>, dass der automatische Ausschluss vom Wahlrecht für alle Personen, die nach strafrechtlicher Verurteilung eine Gefängnisstrafe, unabhängig von ihrer Dauer, verbüßen, mit Art 3 1. ZP nicht vereinbar sei. Der EGMR hat zwar das Vorhandensein eines Ermessensspielraums der Staaten bei der Ausgestaltung des Wahlrechts anerkannt und auch den legitimen Zweck der Einschränkung des Wahlrechts betont, im Hinblick auf die Automatik der Maßnahme deren Verhältnismäßigkeit aber verneint – denn nur eine Einzelfallprüfung könne eine Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit gewährleisten.

Als legitimes Ziel der Einschränkung des Wahlrechts hat der EGMR am Rande beispielhaft den Fall von Personen erwähnt, die eines schwerwiegenden Missbrauchs ihrer öffentlichen Stellung schuldig befunden wurden oder deren Verhalten eine Bedrohung der rechtsstaatlichen Ordnung und der Grundlagen der Demokratie darstellt. Auch wenn in der Urteilsbegründung die Frage nicht vertieft wurde, kann ihr entnommen werden, dass der EGMR hier den wesentlichen Aspekt der Zulässigkeit von Einschränkungen des Wahlrechts erblickt. Dem Urteil Hirst folgte jenes vom 08.04.2010 in der Sache Frodl/A. Ähnlich wie im Fall Hirst war der Be-

schwerdeführer wegen Raubmordes zu einer lebenslangen Haftstrafe verurteilt und im Sinne von § 22 NRWO vom Wahlrecht ausgeschlossen worden. Eine Kammer von sieben Richtern konstatierte auch hier, mit einer Gegenstimme, eine Verletzung des Art 3 1. ZP, aus den gleichen Gründen wie vorher im Fall Hirst. Der EGMR anerkannte zwar, dass § 22 NRWO den Ausschluss des Wahlrechts nur im Falle der Verurteilung zu einer ein Jahr übersteigenden unbedingten Haftstrafe wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat vorsieht. Die Automatik dieser Rechtsfolge ermögliche aber auch hier keine Berücksichtigung des Einzelfalls, obgleich es nur eine solche gestatten würde zu beurteilen, ob ein ausreichender Zusammenhang zwischen der Sanktion und deren Gründen vorliege.

Das Urteil Frodl ist – gleich wie das Urteil Hirst – zwar vertretbar; es ist aber sicher nicht Ausdruck der einzig korrekten Auslegung des Art 3 1. ZP. Es erscheint mir – im Hinblick auf die Allgemeinheit seiner Aussagen – eher problematisch. Österreich hatte das Urteil der Kammer bei der Großen Kammer angefochten. Der Fünf-Richter-Ausschuss hat aber die Verweisung an die Große Kammer am 04.10.2010 abgelehnt, sodass das Urteil der Kammer endgültig geworden ist. Es kommt zwar gelegentlich vor, dass auch Urteile der Großen Kammer binnen weniger Jahre umgestoßen werden, was auch für das Urteil Hirst gelten könnte. Österreich kann darauf aber nicht bauen. Es wird daher unumgänglich sein, die österr Rechtslage zu überdenken, um künftigen Konventionsverletzungen vorzubeugen. Es gäbe eine Reihe von Möglichkeiten für eine entsprechende Reform des Wahlrechts.<sup>37</sup> Inzwischen wird in Österreich über Änderungen beraten.<sup>38</sup>

## II. ABSCHLIESSENDE BEMERKUNGEN

Der vorliegende kurze Einblick in das Rechtssystem der EMRK und der cursorische Überblick über die Jud des EGMR, va Materien betreffend, die im Wirkungsbereich des BM.I liegen oder diesen irgendwie berühren, sollen aufzeigen, dass die österr Rechtsordnung hier im Wesentlichen konventionskonform ist. Wenn es gelegentliche Meinungsverschiedenheiten gibt und es zu Verurteilungen in Straßburg kommt, so ist das insbes deshalb der Fall, weil der EGMR die Proble-

me eher im Lichte des Menschenrechtsschutzes betrachtet, während die staatlichen Behörden, so auch die österr, mehr die Schutzinteressen des Staats im Blickfeld haben. Dazu kommt, dass der EGMR, auf dem Weg der Verfeinerung des Rechtsschutzes, die EKMR evolutiv auslegt und damit an deren Beachtung immer größere, nicht immer voraussehbare Anforderungen stellt – Anforderungen, denen sich die staatlichen Rechtsordnungen erst sukzessive anpassen müssen. Dieser Prozess ist nicht abgeschlossen, er geht vielmehr stetig weiter.

<sup>1</sup> *Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.*

<sup>2</sup> *Der hier abgedruckte Text folgt im Wesentlichen dem Vortrag im Rahmen eines Juristischen Workshops im Bundesministerium für Inneres (BM.I) am 24. November 2010. Überschneidungen mit dem von Univ.-Prof. Dr. Andreas Hauer beim 8. Rechtsschutztag am 5. November 2010 gehaltenen Vortrag „EMRK und Sicherheitsverwaltung“, dessen Text noch nicht vorliegt, sind möglich. Artikelangaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf solche der EMRK.*

<sup>3</sup> *Europäische Menschenrechtskonvention.*

<sup>4</sup> *So auch der VfGH in Erk aus jener Zeit.*

<sup>5</sup> *Heute sind die „Hauptverursacher“ von Beschwerden Russland, Rumänien, Polen, die Türkei und die Ukraine.*

<sup>6</sup> *Wert des zu schützenden Rechtsguts – Möglichkeit der Erreichung des Ziels durch gelindere Mittel.*

<sup>7</sup> *Vgl etwa die Regelungen des § 3 Waffengebrauchsg, des SPG, des § 80 ff StGB.*

<sup>8</sup> *Vgl dazu etwa den Fall Omofuma (1999), den Fall Cheibani Wague (2003) oder den Kremser Supermarkt-Fall (2009).*

<sup>9</sup> *Vgl etwa die EGMR-Entscheidungen zu Akdivar/TR (16.09.1996), Kaya/TR (19.02.1998) und Kurt/TR (25.05.1998).*

<sup>10</sup> *Strafgesetzbuch.*

<sup>11</sup> *Sicherheitspolizeigesetz.*

<sup>12</sup> *Richtlinien-Verordnung 1993.*

<sup>13</sup> *Vgl etwa die EGMR-Entscheidungen zu Nordirland-Fall (18.01.1978) und Tomasi/F (27.08.1992).*

<sup>14</sup> *Vgl Herczegfalvy/A (24.09.1992).*

<sup>15</sup> *S § 78 Abs 6 FPG iVm § 69 Abs 2 StVG.*

<sup>16</sup> *Was aus dem Fall in der Folge wurde, konnte vom Autor nicht mehr nachvollzogen werden.*

<sup>17</sup> *So der EGMR in den Fällen Kollaris/ZYP und Fogerschild/S, beide aus 2008.*

<sup>18</sup> *Asylgesetz.*

<sup>19</sup> *Vgl die EGMR-Entscheidungen Cruz Varas/S (30.03.1991), Ausweisung nach Chile; Chalal/GB (15.11.1996), Ausweisung eines indischen Sikh nach Indien; Ahmed/A (17.12.1996), Ausweisung von Österreich nach Somalia, wegen begangener Vermögensdelikte und anderer kleiner Straftaten, in deren Folge dem Betreffenden der Flüchtlingsstatus entzogen worden war.*

<sup>20</sup> *Fremdenpolizeigesetz.*

<sup>21</sup> *Verfassungsgerichtshof.*

<sup>22</sup> *Vgl U 694/10 vom 07.10.2010.*

<sup>23</sup> *So der EGMR in den obzitierten Fällen Chalal und Ahmed.*

<sup>24</sup> *Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit aus 1988.*

<sup>25</sup> *In erster Linie.*

<sup>26</sup> *Vgl Lukanov/BG (20.03.1997).*

<sup>27</sup> *Zum Vorschlag einer Neugestaltung der Regelung, die konventionskonform, gleich-*

zeitig aber auch praktikabel sein könnte, vgl Matscher, *Asyl: Zwangsweiser Aufenthalt ist ein Freiheitsentzug*, *Die Presse* 05.09.2010.

<sup>28</sup> In ständiger Rechtsprechung.

<sup>29</sup> Vgl Abdulaziz, Cabales und Balkandali/GB (28.05.1985).

<sup>30</sup> Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz 2005.

<sup>31</sup> Beginnend mit dem Fall *Moustaquim/B* (18.02.1991) bis zu *Dalia/S* (19.02.1998).

<sup>32</sup> Vgl etwa den Fall *rund um Arigona Zogaj und deren Familie* oder den Fall *um August K. und dessen Töchter, die achtjährigen Zwillinge Dorentinya und Daniela K.*

<sup>33</sup> 1. Zusatzprotokoll.

<sup>34</sup> Nationalrats-Wahlordnung 1992.

<sup>35</sup> Zu § 22 NRWO und der diesbzgl. *Jud* vgl auch *Stein/Vogl/Wenda, NRWO*<sup>3</sup> (2010) § 22 Anm 1 ff.

<sup>36</sup> Die Entscheidung wurde mit zwölf gegen fünf Stimmen gefällt.

<sup>37</sup> Siehe einen Beitrag des Autors in den „*Salzburger Nachrichten*“ vom 11.05.2010.

<sup>38</sup> Zu einem jüngsten Fall (*Greens und M.T./GB*, Urteil vom 23.11.2010) hat der EGMR ein „*Piloturteil*“ nach Art 46 EMRK erlassen, mit dem er der belangten Regierung aufgetragen hat, innerhalb von sechs Monaten Gesetzesentwürfe für eine Anpassung des britischen Wahlrechts an die Erfordernisse des Art 3, 1 ZP einzubringen (vgl auch *NLMR 6/2010–EGMR 355 f.*).