

GZ • BKA-670.311/0018-V/5/2011
REFERATSMAIL • MENSCHENRECHTE@BKA.GV.AT
BEARBEITERINNEN • MAG. SIMONE BÖCKMANN
DR. TATJANA CARDONA
DR. ELISABETH HANDL-PETZ
MAG. LEONORE LANGE
MAG. EVA LECHNER
DR. BRIGITTE OHMS
TELEFON • 01/53115/2462, - 2767

An
die Parlamentsdirektion,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des BKA,
die Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der Bundesländer,
alle unabhängigen Verwaltungssenate
in den Ländern,
den Asylgerichtshof,
den Obersten Gerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
den Verfassungsgerichtshof und
alle MenschenrechtskoordinatorInnen

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungs-
mail

UUBetrifft: EGMR;
jüngere Entscheidungen in Fällen gegen Österreich 2010/11
(FRODL, SCHALK und KOPF, P.B. und J.S., SPORER, KLEIN,
HIT FM RADIO, WEHINGER, SCHELLING [2])
Rundschreiben

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst informiert über folgende ergangene Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) aus jüngerer Zeit. Alle Urteile und Entscheidungen des EGMR sind in englischer oder französischer Sprache auf der Homepage des EGMR www.echr.coe.int > Case-Law > HUDOC zu finden.

1. Genereller Ausschluss von Strafgefangenen vom Wahlrecht (§ 22 NRWO) verletzt das Recht auf freie Wahlen gemäß Art. 3 (1.) ZPEMRK
Urteil vom 8. April 2010, FRODL gegen Österreich, Appl. 20201/04,
(Rechtskraft mit 4. Oktober 2011, newsletter Menschenrechte 2/2010, ÖJZ 2010, 734ff)

1. Der zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilte Beschwerdeführer war unter Berufung auf § 22 der Nationalratswahlordnung (NRWO) nicht in das Wählerverzeichnis für die Nationalratswahl 2002 aufgenommen worden. Diese Be-

stimmung („Wahlausschließungsgründe. Wegen gerichtlicher Verurteilung“) schließt vom Wahlrecht aus,

„wer durch ein inländisches Gericht wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener strafbarer Handlungen zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt worden ist. Dieser Ausschluss endet nach sechs Monaten....“

Der Verfassungsgerichtshof vermochte sich den vom Beschwerdeführer dagegen vorgebrachten und auf Art. 3 (1.) ZPEMRK (Recht auf freie Wahlen) gestützten Bedenken nicht anzuschließen.¹

2. Demgegenüber stellte der EGMR in seinem Urteil vom 4. April 2010 eine Verletzung des Rechts auf freie Wahlen fest:

2.1. Er stellte seinen Erwägungen voran, dass Art. 3 (1.) ZPEMRK ein wichtiges Prinzip effektiver Demokratien enthalte und daher von größter Bedeutung für das in der EMRK verankerte Rechtsschutzsystem sei. Die Demokratie stelle ein Grundelement der „European public order“ dar und die in Art. 3 (1.) ZPEMRK garantierten Rechte seien grundlegend für die Errichtung und Aufrechterhaltung einer wirksamen und sinnvollen Demokratie. Freie Wahlen, Meinungsäußerungsfreiheit und die Freiheit der politischen Debatte stellten die Grundpfeiler jeder Demokratie dar. Gleichzeitig unterstrich der EGMR jedoch, dass die in Art. 3 (1.) ZPEMRK gewährleisteten Rechte nicht absolut seien und immanenten Schranken unterlägen. Die Staaten hätten in Ausgestaltung ihrer Wahlrechtssysteme einen weiten Ermessensspielraum, da es zahlreiche Arten der Organisation und Durchführung von Wahlen und eine Fülle von Unterschieden unter anderem der historischen Entwicklung, der kulturellen Vielfalt und der politischen Denkweisen in Europa gäbe, die jeder Vertragsstaat in seine eigene Vorstellung von Demokratie einbringt (Z 22f).

Das Recht auf freie Wahlen dürfe aber in seinem Wesensgehalt nicht beeinträchtigt werden. Ein Ausschluss vom Wahlrecht müsse daher ein legitimes Ziel verfolgen und die dafür eingesetzten Mittel dürften nicht unverhältnismäßig sein. Insbesondere dürfte die freie Meinungsäußerung des Volkes bei der Wahl des Gesetzgebers nicht vereitelt werden. Jede Abweichung vom Grundsatz des allgemeinen Wahlrechts laufe Gefahr, die demokratische Legitimation des Gesetzgebers und der von ihm erlassenen Gesetze zu untergraben (Z 24).

2.2. Strafgefangene würden im Allgemeinen die ihnen von der EMRK garantierten Menschenrechte und Grundfreiheiten mit Ausnahme des Rechts auf Freiheit weiter-

hin genießen. Ein Strafgefangener verwerke daher nicht bloß aufgrund seines Status als Person, die sich nach einer Verurteilung in Haft befindet, seine Rechte. Ebenso wenig biete die EMRK, die Toleranz und Aufgeschlossenheit als Kennzeichen einer demokratischen Gesellschaft anerkenne, Raum für einen automatischen Ausschluss vom Wahlrecht, bloß weil die öffentliche Meinung verletzt werden könnte. Diese Toleranz hindere eine demokratische Gesellschaft nicht daran, sich gegen Aktivitäten zu schützen, die auf die Zerstörung der Konventionsrechte abzielten. Art. 3 (1.) ZPMRK schließe daher die Möglichkeit von Beschränkungen des Wahlrechts einer Person nicht aus, die zB eine öffentliche Stellung schwer missbraucht habe oder deren Verhalten die Gefahr in sich berge, den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts oder demokratische Grundpfeiler zu untergraben. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlange dabei jedoch einen erkennbaren und ausreichenden Zusammenhang zwischen Sanktion und den Umständen des Einzelfalls (Z 26f).

2.3. Der EGMR räumte zwar ein, dass – anders als im Fall *Hirst (2)* gegen das Vereinigte Königreich (Urteil des EGMR vom 6. Oktober 2005, Appl. 74025/01) – die österreichische Rechtsordnung Strafgefangene nicht automatisch vom Wahlrecht ausschließe. Wenngleich die mit § 22 NRWO verfolgten Ziele nicht per se mit Art. 3 (1.) ZPEMRK unvereinbar wären, erfülle diese Regelung jedoch nicht alle Voraussetzungen, die im Urteil *Hirst* zur Vereinbarkeit einer Einschränkung des Wahlrechts mit Art. 3 (1.) ZPEMRK herausgearbeitet worden seien. Zum einen müsste der Verlust des Wahlrechts von einem Richter oder einer Richterin unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ausgesprochen werden und zum anderen die im Einzelfall begangene Straftat im Zusammenhang mit Wahlen und demokratischen Institutionen stehen (Z 30ff). Dieser Zusammenhang sei in § 22 NRWO nicht gewahrt, sodass eine Verletzung des Art. 3 (1.) ZPMRK vorliege.

2.4. Ob die dem Richter oder der Richterin in § 44 StGB eingeräumte Möglichkeit zur Nachsicht des Wahlrechtsausschlusses zu einer differenzierten, mit Art. 3 (1.) ZPEMRK im Einklang stehenden Anwendung der Bestimmungen über den Wahlrechtsausschluss führen kann, ließ der EGMR dahin gestellt, da § 44 StGB aufgrund des Zeitpunkts seines Inkrafttretens im Fall des Beschwerdeführers nicht anzuwenden war.

2.5. Mit dem Wahlrechtsänderungsgesetz 2011, BGBl. I Nr. 43, wurde § 22 NRWO in Reaktion auf dieses Urteil neu gefasst. Demnach kann vom Gericht unter Zugrunde-

1 VfSlg. 17.058/2003, vgl. auch VfSlg. 18.215/2007.

legung der Umstände des Einzelfalles vom Wahlrecht ausgeschlossen werden, wer wegen näher bezeichneter strafbarer Handlungen verurteilt wird (vgl. auch die Übergangsbestimmung des § 13b Wählererevidenzgesetz 1973).

2. Urteile zur Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner/Lebenspartnerinnen

2.1. Weder Art. 12 EMRK noch Art. 14 iVm Art. 8 EMRK gewährleisten gleichgeschlechtlichen Paaren ein Recht auf Eheschließung

Urteil vom 24. Juni 2010, SCHALK und KOPF gegen Österreich, Appl. 30141/04 (hinsichtlich Art. 12 EMRK einstimmig, hinsichtlich Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK mit vier : drei Stimmen gefasst; Rechtskraft mit 22. November 2010; newsletter Menschenrechte 3/2010, 185ff; ÖJZ 2010, 1089ff)

1. Die Beschwerdeführer erachteten sich wegen ihrer sexuellen Orientierung in ihrem Recht auf Achtung des Familienlebens diskriminiert, weil ihnen die Eheschließung nicht gestattet worden war und vor Inkrafttreten des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes (EPG, BGBl. I Nr. 135/2009) am 1. Jänner 2010 keine andere Möglichkeit offengestanden sei, ihre Partnerschaft gesetzlich anerkennen zu lassen (Art. 14 iVm Art. 8 EMRK). Die Weigerung der Behörden, eine Ehe zu schließen, verletze außerdem Art. 12 EMRK (Recht auf Eheschließung).

2. Diese Beschwerde gab dem EGMR erstmals Gelegenheit zu prüfen, ob vom Schutzbereich des Art. 12 EMRK auch gleichgeschlechtliche Paare erfasst sind. Dabei ließ der EGMR nicht nur seine Rechtsprechung iZm transsexuellen Personen Revue passieren und zog einen Vergleich zur EU-Grundrechte-Charta, deren Wortlaut sich von Art. 12 EMRK dahingehend unterscheidet, dass sie nicht auf ein Recht von Männern und Frauen Bezug nimmt. Er führte auch ins Treffen, dass bei Entstehen der EMRK 1950 die Ehe als eine Vereinigung von Partnern verschiedenen Geschlechts verstanden worden sei. Die Berücksichtigung des seither erfolgten gesellschaftlichen Wandels ändere an der Auslegung des Art. 12 EMRK nichts, weil es keinen europäischen Konsens darüber gebe, dass heute auch gleichgeschlechtliche Eheschließungen erlaubt seien.² Schließlich überlasse auch die EU-Grundrechte-Charta die Entscheidung über die Zulassung solcher Eheschließungen den einzelnen Staaten. Die Ehe weise tief verwurzelte gesellschaftliche und kulturelle Zusammenhänge auf, die sich stark von einer Gesellschaft zur anderen unterscheiden können, sodass der EGMR nicht vorschnell sein Urteil an die Stelle jenes der

² Lediglich sechs der 47 Vertragsstaaten der EMRK erlaubten im Zeitpunkt der Urteilsfällung die gleichgeschlechtliche Eheschließung.

innerstaatlichen Instanzen setzen dürfe, da diese am besten in der Lage seien, die gesellschaftlichen Bedürfnisse zu beurteilen und auf sie zu reagieren (Z 51ff).

Art. 12 EMRK enthält daher, schloss der EGMR einstimmig, keine Verpflichtung, einem gleichgeschlechtlichen Paar den Zugang zur Ehe zu eröffnen.

3. Bei Prüfung des zu Art. 8 EMRK aufgeworfenen Beschwerdepunktes gelangte der EGMR zunächst – erstmals in seiner Rechtsprechung – zum Schluss, dass gleichgeschlechtliche Beziehungen sowohl unter den Begriff des Privat- als auch des Familienlebens fielen. Eine beachtliche Zahl von Staaten hätte gleichgeschlechtliche Partnerschaften gesetzlich anerkannt, das Unionsrecht zeige gewisse Tendenzen dahingehend, gleichgeschlechtliche Paare in den Begriff der „Familie“ einzubeziehen. Ein gleichgeschlechtliches Paar, das in einem gemeinsamen Haushalt lebe und eine stabile de facto-Beziehung führe, fiel daher unter den Begriff „Familie“ (Z 93f).

4. Art. 14 iVm Art. 8 EMRK könne aber dennoch nicht so ausgelegt werden, dass er den Staaten eine Pflicht auferlege, gleichgeschlechtlichen Paaren die Eheschließung zu ermöglichen, da dies nicht bereits durch Art. 12 EMRK garantiert sei und die EMRK in ihrer Gesamtheit betrachtet werden müsse (Z 101).

Eine andere Möglichkeit der Anerkennung ihrer Partnerschaft stehe den Beschwerdeführern in Österreich erst seit dem Inkrafttreten des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes am 1. Jänner 2010 offen. Die Frage, ob diese Möglichkeit bereits früher hätte geschaffen werden müssen, verneinte der EGMR ebenfalls: Wenngleich in den vergangenen zehn Jahren ein rascher Entwicklungsprozess stattgefunden habe, anerkenne die Mehrheit der europäischen Staaten gleichgeschlechtliche Partnerschaften noch immer nicht. Das Recht auf Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft befinde sich daher in einem Entwicklungsstadium, in dem den Staaten ein Ermessungsspielraum auch hinsichtlich des Zeitpunktes zur Vornahme gesetzlicher Änderungen zustehe. Das österreichische Eingetragene Partnerschaft-Gesetz spiegle diese Entwicklung wider und sei Teil des im Entstehen begriffenen europäischen Konsenses. Der österreichischen Gesetzgeber könne sohin nicht getadelt werden, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz nicht schon früher erlassen zu haben (Z 107).

5. Der von den Beschwerdeführern behaupteten Diskriminierung eingetragener Partnerschaften gegenüber Ehepaaren hielt der EGMR entgegen, dass die Staaten gleichgeschlechtliche Partnerschaften nicht in jeder Hinsicht der Ehe gleichstellen müssten. Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz weise etwa wesentliche Unter-

schiede in Bezug auf Elternrechte auf. Dies entspreche jedoch insgesamt dem Trend in anderen Staaten. Darüber hinaus sah sich der EGMR nicht aufgerufen, jeden einzelnen Unterschied im Detail, wie etwa die österreichische Regelung der Adoption oder der künstlichen Befruchtung, zu prüfen. Insgesamt fand der EGMR *keinen* Hinweis darauf, dass Österreich bei Auswahl der Rechte und Pflichten, die mit einer eingetragenen Partnerschaft verbunden sind, seinen Beurteilungsspielraum überschritten und Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK verletzt hätte (Z 109).

6. Die von den Beschwerdeführern schließlich auch noch behauptete Verletzung des Rechts auf Schutz des Eigentums (Art. 1 [1.] ZPEMRK), weil eingetragenen Partnerschaften im Vergleich zu verheirateten Paaren finanziell, insbesondere steuerrechtlich, benachteiligt wären, wies der EGMR als offensichtlich unbegründet im Sinne von Art. 35 Abs. 3 und Abs. 4 EMRK zurück, weil dieses Vorbringen nicht substantiiert worden wäre (Z 114).

2.2. *Recht auf Mitversicherung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner analog zu verschiedengeschlechtlichen Lebenspartnern (Art. 14 EMRK iVm Art. 8 EMRK)*
Urteil vom 22. Oktober 2010, P.B. und J.S. gegen Österreich, Appl. 18984/02
(newsletter menschenrechte 4/2010, 240ff)

1. Ein gleichgeschlechtliches, im gemeinsamen Haushalt lebendes Paar hatte im Jahr 1997 beantragt, dass der eine Partner als Angehöriger seines im Bundesdienst tätigen Partners mitversichert wird. Diese Mitversicherung war unter Hinweis auf das damals geltende Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz abgelehnt worden, das nur Personen anderen Geschlechts, die mit einem Versicherten in Hausgemeinschaft lebten und diesem unentgeltlich den Haushalt führten, sowie nahe Verwandte berücksichtigte. Dagegen erhobene Rechtsmittel blieben erfolglos.

2. Ab dem Jahr 2006 wurde das Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes in Bezug auf die Mitversicherung novelliert, nachdem der Verfassungsgerichtshof im Jahr 2005 vergleichbare Einschränkungen der Mitversicherungsmöglichkeit in anderen Bereichen der Sozialversicherung unter Hinweis auf das Urteil KARNER gegen Österreich³ als verfassungswidrig aufgehoben hatte. Zunächst konnte ein Partner in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft nur dann mitversichert werden, wenn im gemeinsamen Haushalt Kinder aufgezogen wurden, während eine Mitversicherung für heterosexuelle Paare – so wie bisher – schon allein bei Vorliegen einer

3 Urteil des EGMR vom 24. Juli 2003, Appl. 40016/09; newsletter Menschenrechte 2003, 214f; ÖJZ 2004, 36f.

Lebensgemeinschaft möglich war. Erst später (ab 1. Juli 2007) wurden Lebenspartnerschaften insoweit völlig geschlechtsneutral geregelt, als seither für beide Formen die Kindererziehung im gemeinsamen Haushalt als Voraussetzung gilt.

3. An den Beginn seiner Erwägungen stellte der EGMR, dass gleichgeschlechtliche Beziehungen sowohl Privat- als auch Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK darstellen. Art. 8 EMRK gewährleiste zwar kein Recht auf soziale Mitversicherung eines im gemeinsamen Haushalt lebenden Partners. Österreich habe jedoch mit der Ausweitung des Versicherungsschutzes auf Lebenspartner/Lebenspartnerinnen eine Maßnahme getroffen, die auf eine Verbesserung des Privat- und Familienlebens des Betroffenen abzielt. Die Regelung der Mitversicherung falle somit in den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK und dürfe daher auch nicht in Widerspruch zu Art. 14 EMRK stehen (Z 26 – 33). Für eine unterschiedliche Behandlung von Lebenssachverhalten aufgrund der sexuellen Orientierung seien besonders schwerwiegende Rechtfertigungsgründe erforderlich, der Staat genieße dabei nur einen geringen Ermessensspielraum (Z 38).

4. Der EGMR stellte in weiterer Folge fest, dass bis zum 30. Juni 2007 eine Verletzung des Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK vorgelegen habe, weil er für die unterschiedliche Behandlung gleichgeschlechtlicher Paare keine Rechtfertigung erkennen konnte. Erst ab 1. Juli 2007 liege keine ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung mehr vor. Dem Vorwurf, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Mitversicherung insgesamt verschärft habe, hielt der EGMR entgegen, dass Art. 14 EMRK einer Änderung (Aufhebung) bestehender Privilegien in Anpassung an geänderte Umstände nicht entgegenstehe, wenn den Betroffenen ausreichend Zeit eingeräumt werde, sich auf die Änderungen einzustellen. In einem *obiter dictum* hielt der EGMR fest, dass es das der EMRK inhärente Prinzip der Rechtssicherheit den Vertragsstaaten erlaube, Sachverhalte, die sich vor Ergehen eines Urteils des EGMR ereignet hätten bzw Rechtsakte, die davor gesetzt worden seien, nicht in Frage zu stellen; ebenso dürfe ein Gesetzgeber bei Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes eine Legiskavanz vorgesehen, in der zu ersetzende verfassungswidrige Bestimmungen übergangsmäßig anzuwenden seien (Z 40 – 50).

Der EGMR sprach den Beschwerdeführern als Ersatz für den materiellen Schaden € 5.000,--, für den immateriellen Schaden € 10.000,-- und für die Verfahrenskosten € 10.000,-- zu.

3. Obsorgeregelung für Väter unehelich geborener Kinder - Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK
Urteil vom 3. März 2011, SPORER gegen Österreich, Appl 35637/03
(newsletter Menschenrechte 1/2011, 35ff; Veröffentlichung in der ÖJZ 2011 in Vorbereitung)

1. Der Beschwerdeführer war im Mai 2000 Vater eines Sohnes geworden; er war mit der Mutter seines Sohnes weder verheiratet, noch lebte er mit ihr in einem gemeinsamen Haushalt. Sie lebten allerdings bis Jänner 2002 im gleichen Haus in getrennten Wohnungen und kümmerten sich gemeinsam um ihren Sohn. Nach dem Wegzug der Mutter mit dem Sohn beantragte der Beschwerdeführer die alleinige Obsorge für seinen Sohn und behauptete, dass die Mutter nicht in der Lage sei, sich um das Kind zu kümmern. Sein Antrag wurde in Anwendung des § 166 ABGB abgewiesen, wonach der Mutter eines unehelichen Kindes das Sorgerecht nur dann entzogen werden dürfe, wenn das Kindeswohl gefährdet sei, was aber nicht der Fall sei.

2. Der Beschwerdeführer brachte vor dem EGMR vor, dass er als Vater eines unehelichen Kindes von der österreichischen Rechtsordnung mehrfach diskriminiert sei (Art. 14 iVm. Art. 8 EMRK): Zum einen gegenüber der Mutter eines unehelichen Kindes, die die alleinige Obsorge für ihr Kind innehatte und ohne deren Zustimmung eine gemeinsame Obsorge nicht möglich sei. Zum anderen bestehe auch eine Diskriminierung gegenüber verheirateten oder geschiedenen Vätern, die die gemeinsame Obsorge für ihre Kinder nach Scheidung oder Trennung von der Mutter beibehalten dürften. In solchen Fällen könnte die alleinige Obsorge bereits dann einem der beiden Elternteile übertragen werden, wenn es das Kindeswohl erfordere. Trennen sich hingegen die Eltern eines unehelichen Kindes, dessen Mutter die alleinige Obsorge hatte, so könne diese nur bei Gefährdung des Kindeswohles durch die Mutter dem Vater übertragen werden (Z 56ff).

3.1. Der EGMR schloss sich dieser Argumentation im Wesentlichen an. Er bejahte, dass sich der Beschwerdeführer, der nie mit der Mutter seines Sohnes (und seinem Sohn) zusammengelebt habe, sondern vielmehr mit einer anderen Frau und deren Kind, auf das Recht auf Familienleben berufen könne. „Familienleben“ iSd Art. 8 EMRK sei nicht auf verheiratete Paare und in Hausgemeinschaft lebende Paare beschränkt, deren Kinder automatisch Teil der Familie seien. Es beruhe auf dem tatsächlichen Bestehen enger persönlicher Bindungen, insbesondere auf nachweisli-

chem Interesse und Engagement des Vaters für sein Kind sowohl vor als auch nach seiner Geburt. Das sei im Falle des Beschwerdeführers erwiesen (Z 69 - 72).

3.2. Eine unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Lebenssachverhalte sei nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein legitimes Ziel verfolge und die zur Verfolgung dieses Ziels eingesetzten Mittel verhältnismäßig seien, wobei der Staat einen Gestaltungsspielraum genieße. Eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen des Geschlechts oder der unehelichen Geburt erfordere allerdings besondere Rechtfertigungsgründe (Z 73f).

Solche konnte der EGMR im vorliegenden Fall nicht erkennen:

Ausgehend von der österreichischen Rechtslage, die es den österreichischen Gerichten nur erlaubt hätte zu prüfen, ob die Mutter des unehelichen Kindes das Kindeswohl gefährde, nicht aber, ob die gemeinsame Obsorge oder die Obsorge eines Elternteiles dem Kindeswohl besser entsprechen würde, prüfte der EGMR in der Folge – wie schon im Fall ZAUNEGGER⁴ – ausschließlich, ob die für die oben beschriebene Ungleichbehandlung ins Treffen geführten Gründe gerechtfertigt seien (Z 79ff).

Er untersuchte dazu zwei Stadien. Hinsichtlich der anfänglich allein der unehelichen Mutter überantworteten Obsorge sah der EGMR angesichts der unterschiedlichen Lebensverhältnisse, in die uneheliche Kinder hineingeboren würden, keine Verletzung der EMRK, weil damit eine Person bestimmt werde, die für ein Neugeborenes rechtlich verbindlich handeln könne (Z 80 - 85). Demgegenüber teilte der EGMR jedoch nicht die zur Rechtfertigung der Aufrechterhaltung der alleinigen mütterlichen Obsorge vorgebrachte Annahme, dass eine gemeinsame Obsorge gegen den Willen der Mutter *prima facie* gegen das Kindeswohl spreche. Denn die europäischen Staaten gründeten Entscheidungen über die Übertragung der Obsorge mehrheitlich auf dem Kindeswohl und überließen die Entscheidung im Streitfall einem Gericht. Im vorliegenden Fall hingegen habe die österreichische Rechtsordnung eine volle richterliche Überprüfung der Zuordnung der Obsorge nur in jenen Fällen erlaubt, in denen der Vater bereits einmal elterliche Rechte ausgeübt habe. Es seien aber keine ausreichenden Gründe dargelegt worden, warum der Beschwerdeführer, der von Anbeginn an seine Vaterrolle wahrgenommen habe, einer geringeren richterlichen Prüfung unterliegen solle als ein Vater, der ursprünglich Elternrechte wahrgenommen habe und sich später von der Mutter trennte oder geschieden wurde (Z 86 - 89).

4 Urteil des EGMR vom 3. Dezember 2009, Appl. 22028/04.

4. Völliger Verlust der Anwartschaft auf Pension wegen des Verlusts des Berufsausübungsrechts bei Zwangszugehörigkeit zu einer Berufsorganisation und entsprechender Beitragsleistung verletzt das Eigentumsrecht (Art. 1 [1.] ZPEMRK)

Urteil vom 3. März 2011, KLEIN gegen Österreich, Appl. 57028/00

(newsletter Menschenrechte 2/2011, 73ff; Veröffentlichung in der ÖJZ 2011 in Vorbereitung)

1. Der Beschwerdeführer war 32 Jahre lang zugelassener Rechtsanwalt gewesen und hatte in dieser Zeit Beiträge an den Pensionsfonds der Rechtsanwaltskammer entrichtet. Nachdem über ihn ein Konkursverfahren eröffnet worden war, entzog ihm die Rechtsanwaltskammer das Berufsausübungsrecht. Mit Erreichung des Pensionsantrittsalters beantragte der Beschwerdeführer 1997 bei der Kammer die Gewährung der Alterspension. Sein Antrag wurde jedoch mit der Begründung abgewiesen, dass die Satzung der Versorgungseinrichtung der Kammer nur für solche Rechtsanwälte Pensionszahlungen vorsehe, die bei Erreichung des Pensionsantrittsalters mit 65 Jahren auf ihr Berufsausübungsrecht verzichteten; das sei beim Beschwerdeführer nicht der Fall gewesen. Gegen diese Entscheidung erhobene innerstaatliche Rechtsmittel blieben erfolglos.

2. Der EGMR schloss sich jedoch der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers an, der die Verweigerung der Pensionszahlungen als Verletzung von Eigentumsrechten iSd Art. 1 (1.) ZPEMRK wertete. Sein Urteil begründete der EGMR wie folgt:

2.1. Wenn auch die EMRK ein Recht auf Pensionszahlungen per se nicht gewährleiste, so könne die Zwangszugehörigkeit zu einem Alterspensionssystem, das sich auf eine Zwangsmemberschaft zu einer Berufsorganisation während der Berufsausübung gründet, eine berechtigte Erwartung auf Pensionszahlungen nach Übertritt in den Ruhestand begründen (Z 42ff).

2.2. Da der Schutz des Eigentums auf den vorliegenden Fall Anwendung finde, prüfte der EGMR in weiterer Folge vor dem Hintergrund einschlägiger Vorjudikate, ob der durch die Verweigerung von Pensionszahlungen bewirkte Eingriff gemäß Art. 1 Abs. 1, erster Satz, (1.) ZPEMRK gerechtfertigt ist, mit anderen Worten, ob ein gerechter Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses einerseits und den Erfordernissen des individuellen Grundrechtsschutzes andererseits gewahrt worden sei (Z 50ff).

So hatte der EGMR in der Vergangenheit die Pensionskürzung eines Polizisten nach einer strafgerichtlichen Verurteilung um 65 % nicht als Verletzung des Art. 1

(1.) ZPEMRK eingestuft, weil die Kürzung der Pensionsleistung den Beiträgen entsprochen hat, die der Arbeitgeber während der Zeit der Beschäftigung des Polizisten geleistet hatte.⁵ Hingegen hatte der EGMR den automatischen Entzug sämtlicher Pensionsrechte im Gefolge einer strafrechtlichen Verurteilung als unverhältnismäßig und damit als Verletzung des Eigentumsrechts angesehen.⁶

Wenn es auch eindeutig in den Gestaltungsspielraum der Vertragsstaaten fiele, gesetzlich vorzusehen, dass Mitglieder des Berufsstands der Rechtsanwälte, die nicht länger die notwendigen finanziellen Ressourcen besitzen und für insolvent erklärt wurden, diesen Beruf nicht länger ausüben sollen, so könne ein derartiges legitimes Interesse nicht so weit gehen, dass es die Verwirkung sämtlicher Pensionsansprüche des betroffenen Anwaltes rechtfertige. Daran ändere auch nichts, dass dem Beschwerdeführer die Rechtslage bei Aufnahme seiner Berufstätigkeit bekannt sein musste und dass ihm eine freiwillige Weiterversicherung in der allgemeinen Sozialversicherung freigestanden wäre. wie dies die Novellierung des Modells der Altersversicherung für Rechtsanwälte im Jahr 2003 zeige, könne eine freiwillige Weiterversicherung von einem Rechtsanwalt nicht erwartet werden. Nach Auffassung des EGMR müsse nämlich ein verpflichtendes Pensionssystem auch außergewöhnliche Situationen wie die des Beschwerdeführers berücksichtigen. Ein völliger Entzug aller Pensionsansprüche, obwohl der Beschwerdeführer während seiner gesamten beruflichen Laufbahn Beiträge in die Versorgungseinrichtung eingezahlt hätte, stellt keinen gerechten Ausgleich widerstreitender Interessen dar.

5. Nichterteilung einer Zulassung als Privatradioveranstalter verletzt weder das Recht auf Eigentum noch die Freiheit der Meinungsäußerung

Unzulässigkeitsbeschluss vom 30. September 2010, 92.9 HIT FM RADIO GMBH (ÖJZ 2011, 188ff)

1. Der beschwerdeführenden Gesellschaft war ursprünglich mit Bescheid eine Radio- lizenz erteilt worden, der jedoch von Mitbewerbern erfolgreich bekämpft wurde. Da- durch erachtete sie sich in ihrem Recht auf Eigentum (im Hinblick auf ihre Investitio- nen) und ihrer Freiheit der Meinungsäußerung verletzt.

2. In seinem Beschluss führte der EGMR zur Frage der Verletzung des Art. 1 (1.) ZPEMRK aus, dass der autonome Eigentumsbegriff der EMRK zwar grundsätz-

5 Unzulässigkeitsbeschluss vom 18. Oktober 2005, BANFIELD gegen das Vereinigte Königreich, Appl. 6223/04.

6 Urteil vom 22. Oktober 2009, APOLOSTAKIS gegen Griechenland, Appl. 39574/07.

lich auch die Innehabung einer Lizenz umfassen könne, die eine Voraussetzung der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens sei. Ein unter den Eigentumsbegriff fallender Anspruch sei jedoch nur dann anzunehmen, wenn er hinreichend erwiesen und durchsetzbar sei. Demgegenüber stelle ein bedingter, von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängiger Anspruch keinen Vermögenswert dar.

Weil aber die beschwerdeführende Gesellschaft niemals eine rechtskräftige Zulassung („Lizenz“) als Privatradioveranstalter hatte, bzw eine Entscheidung zu ihren Gunsten, die nicht weiter habe bekämpft werden können, habe niemals eine gesicherte Rechtsposition bestanden, die als Vermögenswert angesehen werden könne. Daher wurde dieser Teil der Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen.

3. Die geltend gemachte Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK konnte der EGMR ebenfalls nicht erkennen: Ausgehend davon, dass die Nichterteilung einer Lizenz einen Eingriff in das Recht auf Meinungsfreiheit darstelle, und dass dafür insbesondere in § 6 Privatradiogesetz eine gesetzliche Grundlage bestehe, die ein legitimes Ziel verfolge, untersuchte der EGMR lediglich, ob der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig gewesen und insbesondere, ob die Nichterteilung der Lizenz diskriminierend oder willkürlich erfolgt sei. Der 3. Satz des Art. 10 Abs. 1 EMRK erlaube es den Staaten, die Art und Weise, wie Rundfunk in ihrem Gebiet organisiert sein soll, insbesondere in technischer Hinsicht mit einem Genehmigungsverfahren zu regeln. Dabei können auch andere Überlegungen, wie etwa hinsichtlich der Art und der Zielsetzungen einer geplanten Station, des potentiellen Publikums auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene, der Rechte und Bedürfnisse eines spezifischen Publikums und der sich aus internationalen Vereinbarungen ergebenden Verpflichtungen, einbezogen werden.

Angesichts der ausführlich und sorgfältig begründeten, 63 Seiten umfassenden Entscheidung der Kommunikationsbehörde, die ihrerseits eingehend von Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtshof geprüft worden sei, sah der EGMR keinen Anlass, seine eigene Beurteilung an die Stelle der Entscheidung der nationalen Behörden und Gerichte zu setzen, und wies diesen Beschwerdepunkt als offensichtlich unzulässig zurück.

6. Zum Begriff des Eigentums iSd Art. 1 (1.) ZPEMRK

Unzulässigkeitsbeschluss vom 22. März 2011, WEHINGER gegen Österreich, Appl. 25701/06

1. Als Nachfolgerin ihres im Mai 1984 verstorbenen Vaters suchte die Beschwerdeführerin am 27. Dezember 1995 um Aufnahme in die Agrargemeinschaft Bürs an. Ihr Ansuchen wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Aufnahme aufgrund einer rückwirkenden Statutsänderung voraussetze, dass sie von einem zum Stichtag 12. Dezember 1994 in der Mitgliederliste angeführten Mitglied direkt abstamme. Ihr Rechtsvorgänger sei jedoch schon 1984 verstorben und am Stichtag nicht auf der Mitgliederliste aufgeschienen. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos.

2. Vor dem EGMR machte sie im Wesentlichen geltend, dass sie aufgrund des Geschlechts diskriminiert und ihrem Recht auf Eigentum verletzt worden sei. Teile der ursprünglich geltenden Satzung seien im Dezember 1994 vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben worden, weil sie verheiratete Frauen von der Mitgliedschaft ausgeschlossen hätten. Danach sei rückwirkend eine Stichtagsregelung eingeführt worden, die ihre Anwartschaft auf Mitgliedschaft nach ihrem Vater rückwirkend beseitigt und damit den diskriminierenden Zustand prolongiert habe.

3. Der EGMR kam jedoch zu dem Schluss, dass die Beschwerdeführerin sich nicht auf das Eigentumsrecht iSd Art. 1 (1.) ZPEMRK berufen könne, weil sie nach dem Tod ihres Vaters niemals beantragt habe, nach den alten Statutsregelungen – die keine automatische Mitgliedschaft vorgesehen hätten – in die Agrargemeinschaft aufgenommen zu werden. Danach habe die Beschwerdeführerin erst dann um die Mitgliedschaft angesucht, als die Statuten eine Stichtagsregelung enthielten, die sie ganz offensichtlich erfüllte. Daher wurde der Beschwerdeführerin keinerlei „Eigentum“ vorenthalten.

Nur dann sei von Eigentum iSd Art. 1 1. ZPEMRK auszugehen, wenn zumindest eine ausreichend gerechtfertigte Erwartung besteht, dass Ansprüche verwirklicht werden. Die bloße Hoffnung auf Anerkennung eines Eigentumsrechts, das nicht tatsächlich ausgeübt werden konnte, kann ebenso wenig als Eigentum angesehen werden wie ein bedingter Anspruch, der erlischt, weil die Bedingung nicht erfüllt wurde.

4. Da das Vorliegen von Eigentum verneint wurde und damit der vorliegende Fall nicht in den Anwendungsbereich des Art. 1 (1.) ZPEMRK, das Diskriminierungsver-

bot des Art. 14 EMRK jedoch nur akzessorischer Natur ist, war im vorliegenden Fall auch Art. 14 nicht anzuwenden und die Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen.

5. Zum Vorwurf der unangemessenen Verfahrensdauer hielt der EGMR fest, dass die Beschwerdeführerin es verabsäumt hätte, gegen die tatsächlich lange Dauer des Verwaltungsverfahrens von der Möglichkeit der Säumnisbeschwerde Gebrauch zu machen, und dass im Übrigen die Dauer der Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof von einem Jahr und neun Monaten bzw. von einem Jahr und zwei Monaten noch als angemessen angesehen werden könne. Dieser Beschwerdepunkt wurde daher als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen.

7. Art. 46 EMRK verlangt nicht die automatische Wiederaufnahme eines innerstaatlichen Verfahrens nach Feststellung einer Konventionsverletzung;

Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleistet kein Recht auf Wiederaufnahme eines Verfahrens

Unzulässigkeitsbeschluss vom 16. September 2010,
SCHELLING (2) gegen Österreich, Appl. 46128/07

1. Mit Urteil vom 10. November 2005, Appl. 55193/00, hatte der EGMR eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK dadurch festgestellt, dass der Verwaltungsgerichtshof von der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung abgesehen hatte.⁷ In weiterer Folge beantragte der Beschwerdeführer die Wiederaufnahme des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof, der dem Antrag unter Berufung auf Art. 45 VwGG mit der Begründung nicht nachkam, dass der Beschwerdeführer nicht habe darlegen können, dass er in einer mündlichen Verhandlung ein Vorbringen erstattet hätte, das das Verfahrensergebnis hätte anders lauten lassen. Darüber hinaus sei gesetzlich nicht vorgesehen, dass ein Urteil des EGMR, mit dem eine Verletzung von Art. 6 EMRK festgestellt werde, automatisch eine Wiederaufnahme nach sich ziehe.

2. Der Beschwerdeführer brachte vor dem EGMR sowohl eine fortdauernde als auch eine neue Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK durch die Ablehnung der Wiederaufnahme des Verfahrens vor. Weiters machte er geltend, dass die Verfahrensdauer Art. 6 EMRK verletzt habe.

3.1. Der EGMR stellte zunächst die Unzulässigkeit der Beschwerde im Hinblick auf die Dauer des Verfahrens fest, da dieser Beschwerdepunkt die gleichen Tatsachen betreffe, die bereits im vorangegangenen Verfahren geprüft worden waren (Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK).

⁷ Newsletter Menschenrechte 2005, 277f.

3.2. Zur Frage der Wiederaufnahme des Verfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof hielt der EGMR fest, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK kein Recht auf Wiederaufnahme eines Verfahrens garantiere und daher auch keine Anwendung auf Wiederaufnahmeverfahren finde.

3.3. Der EGMR sah auch keine Unvereinbarkeit mit Art. 46 EMRK (Verbindlichkeit und Durchführung der Urteile). Der Verwaltungsgerichtshof habe nämlich deswegen von einer Wiederaufnahme Abstand genommen, weil es der Beschwerdeführer verabsäumt hätte, darzustellen, welche Argumente er in einer mündlichen Verhandlung vorgebracht hätte und inwieweit diese Argumente zu einem anderen Verfahrensergebnis geführt hätten. Vor diesem Hintergrund sah der EGMR keinerlei Hinweis darauf, dass Österreich seinen aus Art. 46 EMRK erwachsenden Verpflichtungen nicht nachgekommen wäre. Außerdem könne sich der EGMR nur dann mit den Maßnahmen eines Staates in Umsetzung eines EGMR-Urteiles befassen, wenn sie eine neue Frage aufwerfen, die nicht bereits vom umzusetzenden Urteil behandelt worden wäre. Daher wies der EGMR auch diesen Teil der Beschwerde als mit der EMRK *ratione materiae* unvereinbar gemäß Art. 35 Abs. 3 und Abs. 4 EMRK zurück.

12. Juli 2011
Für den Bundeskanzler:
HESSE

Elektronisch gefertigt