

Österreichisches Bundesverfassungsrecht

Textsammlung und Kommentar

1. bis 6. Grundlieferung
(Dezember 2003)

Herausgegeben von
Karl Korinek und Michael Holoubek

Redaktion:
Andrea Martin

SpringerWienNewYork

Artikel 2 Freizügigkeit

- (1) Jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, hat das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen.
- (2) Jedermann steht es frei, jedes Land einschließlich seines eigenen zu verlassen.
- (3) Die Ausübung dieser Rechte darf keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als denen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung des „ordre public“, der Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.
- (4) Die in Absatz 1 anerkannten Rechte können ferner für den Bereich bestimmter Gebiete Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sind.

Freedom of movement

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.
3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of *ordre public*, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.
4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.

Liberté de circulation

1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.
2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.
3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.
4. Les droits reconnus au paragraphe 1^{er} peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique.

BGBI 1969/434 (BlgNR 11. GP RV 1202 Zu 1202 AB 1316); BGBI III 1998/30 (BlgNR 19. GP RV 85 AB 236).

Art 2**Literatur**

- Berka*, Die Grundrechte, 1999
Ermacora, Grundriß der Menschenrechte in Österreich, 1988, Rz 428
Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar², 1996
Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, § 21. Freiheit und Freizügigkeit, Rz 20
Hannum, The Right to Leave and Return in International Law and Practice, 1987
Harris/O'Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 1995, 559
Hofmann, Die Ausreisefreiheit nach Völkerrecht und staatlichem Recht, 1988
Jacobs/White, The European Convention on Human Rights³, 2002, 339
Merrills/Robertson, Human rights in Europe⁴, 2001, 254
Mourgeon, Protocole N° 4, Article 2, in: Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg), La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article², 1999, 1043
Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll. CCPR-Kommentar, 1989, Art 12 und 13
Pabst, Das 4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, JBl 1964, 187
Tretter, Artikel 1–4 4. ZP, in: Ermacora/Nowak/Tretter (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, 1983, 659
van Dijk/van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights³, 1998, 667
Velu/Ergec, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1990, Rz 365

Judikatur

- VfSlg 8607/1979, 8611/1979 (Art 2 Abs 1 schützt Fremde nicht vor Einzelausweisung aus dem Bundesgebiet), 13.789/1994 (Versagung einer grundverkehrsbehördlichen Genehmigung), 14.049/1995 (Versagung einer Arbeiterlaubnis);
 VwGH 16. 4. 1999, 99/18/0025 (Passentziehung); 5. 5. 2000, 2000/19/0013 (Art 2 Abs 1 beinhaltet kein Aufenthaltsrecht);
 OGH, JBl 1981, 273 (Fluchthelfervertrag);
 EKMR, Appl 3962/69, CD 32, 68 = Yb 1970, 688; Appl 4436/70, CD 35, 169 = Yb 1970, 1028; Appl 7680/76, DR 9, 190; Appl 10.893/84, DR 45, 198 (rechtmäßige Inhaftierung – zulässige Beschränkung der Ausreisefreiheit); EKMR, Appl 8901/80, DR 23, 237 (Berufsverbot); EGMR, Fall *Guzzardi*, Serie A Nr 39 = EuGRZ 1983, 633; Fall *Ashingdane*, Serie A Nr 93 = EuGRZ 1986, 8; EKMR, Fall *Ciancimino*, DR 70, 103 (Abgrenzung Freiheitsentzug iSd Art 5 EMRK – Freizügigkeitsbeschränkung); EKMR, Appl 8988/80, DR 24, 198 (Anwesenheitspflicht eines Gemeinschuldners); EKMR, Appl 10.307/83, DR 37, 113; Fall *Peltonen*, DR 80, 38; EGMR 22. 5. 2001, Fall *Baumann*, Appl 33.592/96 (Nichtausstellung bzw Beschlagnahme eines Reisepasses); EKMR, Appl 10.078/82, DR 41, 103 (Wohnsitzbeschränkung während der Aussetzung einer Ausweisung); EKMR, Appl 10.653/83, DR 42, 224 (Art 2 Abs 2: kein Recht auf unbeschränkten Vermögenstransfer); EKMR, Fall *Schmid*, DR 44, 195 (Freizügigkeitsbeschränkung nach Haftentlassung iSd Art 5 Abs 3 EMRK); EKMR, Fall *Udayanan* und *Sivakumaran*, EuGRZ 1987, 335 (räumlich beschränkte Aufenthaltsbewilligung – kein Eingriff in Art 2 Abs 1); EKMR, Fall *Udayanan* und *Sivakumaran*, EuGRZ 1987, 335; Fall *Paramanathan*, DR 51, 237; Fall *Aygün*, DR 63, 195; EGMR,

Fall *Piermont*, Serie A Nr 314 = ÖJZ 1995, 751 (Art 2 Abs 1: kein Recht auf Aufenthalt im Staatsgebiet; „rechtmäßiger“ Aufenthalt iSd Art 2 Abs 1); EKMR, Fall *van de Vin*, Appl 13.628/88 (Art 2 Abs 1: kein Recht auf titellose Wohnsitznahme an einem bestimmten Ort; Wohnsitz in einem Wohnwagen); EKMR, Fall *Reyntjens*, DR 73, 136 (Pflicht, Identitätskarte bei sich zu führen und über Verlangen vorzuweisen); EKMR, Fall *Peltonen*, DR 80, 38; EGMR 22.5.2001, Fall *Baumann*, Appl 33.592/96 (Art 2 Abs 2: Recht, in den Staat seiner Wahl auszureisen); EKMR, Fall *van den Dungen*, DR 80, 147 (Aufenthaltsverbot im Umkreis einer Abtreibungsklinik); Fall *Brežny*, DR 85, 65 (Wohnsitz in einem bestimmten Staat als Voraussetzung eines Restitutionsanspruches); EGMR 6.4.2000, Fall *Labita*, Appl 26.772/95 (gesetzlose Beschränkung der Freizügigkeit eines mutmaßlichen Mafiaangehörigen); EGMR 26.10.2000, Fall *Roldan* ua, Appl 40.655/98 (Verbot, seine Kinder in einen anderen Staat zu bringen); EGMR 22.3.2001, Fall *Streletz* ua, Appl 34.044/96 ua = EuGRZ 2001, 210 = ÖJZ 2002/7 (Grenzsicherungspolitik der DDR – flagranter Verstoß gegen die Menschenrechte); EGMR 4.6.2002, Fall *Olivieira*, Appl 33.129/96; 4.6.2002, Fall *Landvreugd*, Appl 37.331/97 (Aufenthaltsverbot in einem Stadtteil von Amsterdam); EGMR 6.6.2002, Fall *Karalevicius*, Appl 53.254/99 (Hausarrest).

Inhaltsübersicht

I. Historische Entwicklung und Bedeutung	1–7
1. Historische Entwicklung	1–5
2. Bedeutung	6–7
II. Sonstige völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche	
Freizügigkeitsgarantien	8–11
1. Völkerrecht	8–9
2. Gemeinschaftsrecht	10–11
III. Bewegungsfreiheit (Art 2 Abs 1 1. Tatbestand)	12–36
1. Persönlicher Schutzbereich	12–23
2. Sachlicher Schutzbereich	24–30
3. Eingriffsvoraussetzungen	31–36
IV. Wohnsitzfreiheit (Art 2 Abs 1 2. Tatbestand)	37–48
1. Persönlicher Schutzbereich	37–38
2. Sachlicher Schutzbereich	39–43
3. Eingriffsvoraussetzungen	44–48
V. Ausreisefreiheit (Art 2 Abs 2)	49–57
1. Persönlicher Schutzbereich	49
2. Sachlicher Schutzbereich	50–53
3. Eingriffsvoraussetzungen	54–57
VI. Schranken der Freizügigkeit	58–70
1. Der Gesetzesvorbehalt des Art 2 Abs 3	58–63
2. Der Gesetzesvorbehalt des Art 2 Abs 4	64–68
3. Suspendierung im Notfall?	69–70
VII. Schutzrichtung	71–73
VIII. Verhältnis des Art 2 zu den Freizügigkeitsgarantien des StGG	74–76
1. Bewegungsfreiheit und Art 4 Abs 1 StGG	74
2. Wohnsitzfreiheit und Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG	75
3. Ausreisefreiheit und Art 4 Abs 3 und 4 StGG	76

Art 2

I. Historische Entwicklung und Bedeutung

1. Historische Entwicklung

- 1** Das Recht, sich innerhalb des Staatsgebietes und über dessen Grenzen hinweg frei zu bewegen, blickt in Europa auf eine lange und wechselvolle Geschichte zurück.¹ Zu verschiedenen Zeiten, aber auch in unterschiedlichen Staaten wurde der Freizügigkeit einmal eine hohe, dann wieder eine ganz untergeordnete Bedeutung beigemessen, je nachdem, welches Selbstverständnis ein Staat hatte, welche Ziele er verfolgte und welche Stellung er dem Einzelnen in der Gesellschaft zuschrieb.²

Ihre erste urkundliche Erwähnung findet die Freizügigkeit im Text der Magna Charta 1215, die dem Freien – und nur ihm – das Recht einräumte, sein Land zu verlassen und wieder dorthin zurückzukehren. Aus dieser allgemeinen Freiheit wurde jedoch schon bald ein Privileg, das den Händlern vorbehalten und damit auf ein rein wirtschaftliches Recht reduziert wurde.³ Diese profane Bedeutung verlor die Freizügigkeit erst wieder im Augsburger Religionsfrieden 1555, der dem Landesherrn zwar weiterhin das Recht zubilligte, seinen Untertanen ein bestimmtes Bekenntnis zu verordnen, Andersgläubigen aber – gleichsam als Kompensation für ihre fehlende Religionsfreiheit – das „beneficium emigratio-nis“ als letzten Ausweg aus der Gewissensnot gewährte.⁴ Dass dem Einzelnen der Abzug aus einem Gebiet ermöglicht wurde, um sich der dort herrschenden Autorität zu entziehen und anderswo Freiheit zu finden, gab der Freizügigkeit erstmals einen menschenrechtlichen Gehalt,⁵ der alsbald auch verallgemeinert wurde: So sah das Naturrecht in der Auswanderung bereits eine legitime Form des Widerstandes gegen jede Art extrem ungerechter Herrschaft⁶ – eines Widerstandes freilich in einem überaus rudimentären Sinn, hat der Abzug staatlicher Übermacht doch nicht mehr entgegensetzen als ihr zu weichen. Der absolutistische Staat selbst stand der Freizügigkeit seiner Bürger begrifflicherweise mit großer Reserve gegenüber, denn er sah in der Zahl seiner Einwohner die Grundlage seiner Macht und seines Wohlergehens. Dies hatte empfindliche Einschränkungen der Bewegungsfreiheit zur Folge, und zwar keineswegs nur innerhalb des Staatsgebietes;⁷ auch und vor allem die grenzüberschreitende Mobilität seiner Bürger musste dem absolutistischen Staat als Bedrohung erscheinen. Um sie zu kontrollieren und unerwünschte Abwanderungen zu verhindern, führten daher zahlreiche europäische Staaten im 16. und 17. Jahrhundert die Passpflicht

1 Zur Geschichte der Freizügigkeit in Europa mwN *Jagerskiold*, *The Freedom of Movement*, in: Henkin (Hrsg), *The International Bill of Rights*, 1981, 166 (167 ff); *Scheuner*, *Die Auswanderungsfreiheit in der Verfassungsgeschichte und im Verfassungsrecht Deutschlands*, FS Thoma, 1950, 199 ff; *Ziekow*, *Über Freizügigkeit und Aufenthalt*, 1997, 22 ff.

2 S auch *Ziekow* (FN 1), 19.

3 *Jagerskiold* (FN 1), 168.

4 *Scheuner* (FN 1), 200, 208 ff; *Hailbronner*, § 131 Freizügigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd 6, 1989, Rz 2; *Pernice*, in: Dreier (Hrsg), *Grundgesetz – Kommentar*, Bd 1, 1996, Art 11 GG [Freizügigkeit], Rz 1; *Ziekow* (FN 1), 82 ff.

5 S auch *Ziekow* (FN 1), 86.

6 S mwN *Ziekow* (FN 1), 96 f.

7 S zB für Österreich *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 1; *dieselbe*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 1.

ein.⁸ Im Zuge der Französischen Revolution wurde diese Pflicht zwar kurzfristig beseitigt und die französische Verfassung von 1791 rief sogar die ungehinderte Freizügigkeit aus; militärische und bevölkerungspolitische Gründe veranlassten Frankreich jedoch schon bald dazu, dieses Recht wieder spürbar einzuengen.⁹

Ab der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde der Stellenwert der Freizügigkeit schließlich – auch unter dem Einfluss der Industrialisierung – nachhaltig neu bewertet: Mit Ausnahme Russlands lockerten nun alle europäischen Staaten die Ausreisebeschränkungen, und zahlreiche Konstitutionen sicherten dem Einzelnen die Freizügigkeit als ein eigenständiges Recht zu.¹⁰ Dieses wurde zwar im Zuge des Ersten und Zweiten Weltkrieges neuerlich scharfen Restriktionen unterworfen, fand aber danach in vielen europäischen Ländern Eingang in die Verfassung.¹¹ Nur in sozialistischen Staaten blieb die Möglichkeit, sein Land zu verlassen, noch lange ein Privileg: Die Ausreise stand dort dem Bürger nicht frei, sondern war ihm prinzipiell verboten und nur ausnahmsweise erlaubt.¹²

Dass der „Freyheit der Auswanderung ... von den Behörden kein Hindernis in den Weg gelegt werden [darf]“, wurde in **Österreich** erstmals in der Aprilverfassung 1848 festgestellt.¹³ Auch die Märzverfassung 1849 gewährte dieses Recht, stellte es allerdings unter den Vorbehalt der Wehrpflicht und ergänzte es um die innerterritoriale Freizügigkeit, die nicht nur die freie Bewegung, sondern auch die freie Wahl des Wohnsitzes innerhalb des Staatsgebietes einschloss.¹⁴ Diese Garantien waren allerdings nicht von Dauer, denn die Reichsverfassung wurde schon am 31. Dezember 1851 wieder außer Kraft gesetzt. Elf Jahre später ordnete das PersFrG 1862 im ersten Absatz seines § 5 aber an, dass „[n]iemand ... zum Aufenthalte in einem bestimmten Orte oder Gebiete ohne rechtlich begründete Verpflichtung verhalten (interniert, confiniert) werden [kann]“ und verfügte im zweiten Absatz: „Ebenso darf Niemand außer den durch ein Gesetz bezeichneten Fällen aus einem bestimmten Orte oder Gebiete ausgewiesen werden.“¹⁵ Im StGG 1867 wurde die Freizügigkeit wieder allgemein zugesichert, nun aber mit einer engeren, bloß die Bewegungsfreiheit erfassenden Bedeutung versehen: Art 4 StGG bestimmt in seinem ersten Absatz, dass die Freizügigkeit der Person und des Vermögens innerhalb des Staatsgebietes keiner Beschränkung unterliegt, nach Abs 3 ist die Freiheit der Auswanderung von Staats wegen nur durch die Wehrpflicht beschränkt, und nach Abs 4 dürfen Abfahrtsgelder nur in Anwendung der Reziprozität erhoben werden. Abgesondert von diesen Garantien be-

8 *Jagerskiold* (FN 1), 168.

9 *Jagerskiold* (FN 1), 169.

10 *Jagerskiold* (FN 1), 169.

11 *Jagerskiold* (FN 1), 170; s beispielhaft zu den nationalen Freizügigkeitsgarantien der EU-Staaten *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, 1997, 102 ff.

12 S dazu näher *Kuss*, Das Recht auf Ausreise und Auswanderung in der Gesetzgebung sozialistischer Staaten, EuGRZ 1987, 305; zum Grenzsicherungssystem der DDR s auch EGMR, Fall *Streletz* ua.

13 MwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 1.

14 MwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 3; *dieselbe*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 1 f.

15 S auch *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 4.

Art 2

stimmt Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG, dass jeder Staatsbürger an jedem Orte des Staatsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen kann.¹⁶ Zuzufolge Art 149 Abs 1 B-VG stehen die genannten Garantien der Art 4 und 6 StGG bis heute als Verfassungsbestimmungen in Geltung. § 5 PersFrG 1862 wurde mit Wirkung vom 1. Jänner 1991 durch das Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684 (PersFrG), ersatzlos aufgehoben.

- 3** Das Recht, sich innerhalb des Staatsgebietes frei zu bewegen und aus diesem auszureisen, wurde in der **Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte** vom 10. Dezember 1948 erstmals auch international anerkannt:¹⁷ Art 13 AEMR gewährt jedem Menschen „das Recht auf Freizügigkeit und freie Wahl seines Wohnsitzes innerhalb eines Staates“ und erkennt ihm auch die Freiheit zu, „jedes Land, einschließlich seines eigenen, zu verlassen“. Obwohl die AEMR die am 4. November 1950 unterzeichnete EMRK im Allgemeinen stark beeinflusst hat, fanden die Freiheiten des Art 13 AEMR keinen Eingang in die Konvention. Denn diese sollte nach dem Willen der Vertragsstaaten zunächst nur die fundamentalsten, für eine rechtsstaatliche Demokratie ganz und gar unverzichtbaren Rechte statuieren; dazu wurde die Freizügigkeit offensichtlich nicht gerechnet.¹⁸
- 4** Als zweitrangig sahen manche Staaten die Freizügigkeit auch während der Beratung des **Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte** an.¹⁹ Die britische Delegation beantragte 1950 gar die Streichung der im Entwurf vorgesehenen Freizügigkeitsgarantien, drang damit jedoch im Ergebnis nicht durch.²⁰ Der nach langwierigen Verhandlungen am 19. Dezember 1966 angenommene IPBPR garantiert zwar auch das Recht, sich „frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen“, billigt es allerdings im Unterschied zu Art 13 AEMR nicht mehr jedem Menschen zu, sondern nur dem, der sich „rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält“ (Art 12 Abs 1). Art 12 Abs 2 IPBPR stellt es weiterhin jedermann frei, „jedes Land, einschließlich seines eigenen, zu verlassen“. Einschränkungen dieser Rechte müssen nach Art 12 Abs 3 IPBPR auf einer

¹⁶ Näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 5; *dieselbe*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 3.

¹⁷ Als Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen ist diese Erklärung nur eine programmatische Absichtserklärung ohne Bindungswirkung. Sie wurde in Österreich nicht amtlich kundgemacht; ihr Text ist zB bei *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Handbuch des Völkerrechts, Bd 2³, 1997, 244 (245), wiedergegeben.

¹⁸ S auch *Hofmann*, 67.

¹⁹ BGBl 1978/591. Der IPBPR hat in Österreich nur den Rang eines einfachen Gesetzes und steht zudem unter Erfüllungsvorbehalt (Art 50 Abs 2 B-VG). Ihm kommt daher für das österreichische Recht bloß auslegungssteuernde Kraft zu; unmittelbar anwendbar ist er nicht. S dazu näher zB *Floretta/Öhlinger*, Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen, 1978; *Ermacor*, Die UN-Menschenrechtspakte Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung?, JBl 1979, 191. Immerhin hat Österreich das Fakultativprotokoll zum IPBPR ratifiziert, das eine Individualbeschwerde an eine internationale Instanz vorsieht: BGBl 1988/105. Zur Durchsetzung dieser nicht mit Sanktionen verbundenen Kontrolle s *Nowak*, Die Durchsetzung der UNO-Menschenrechtskonventionen in Österreich, in: *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 1, 1991, 703 (717).

²⁰ *Nowak*, Art 12, Rz 2, 5.

gesetzlichen Grundlage beruhen und einem der taxativ aufgezählten Eingriffsgründe dienen.

Die EMRK sollte ihrer Präambel zufolge im Jahr 1950 nur die „ersten Schritte“⁵ auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie gewisser Rechte der AEMR setzen. In der Erwägung, dass diesen ersten Schritten weitere folgen müssen,²¹ legte der Rechtsausschuss der Beratenden Versammlung im Herbst 1959 den Entwurf eines **Zusatzprotokolls** vor, dessen Art 2 sich an Art 12 des IPBPR-Entwurfes anlehnte.²² Nachdem die Beratende Versammlung den Entwurf dieses Protokolls am 22. Jänner 1960 angenommen hatte, wurde ein Sachverständigenausschuss mit seiner weiteren Ausarbeitung betraut. Dieses Expertenkomitee trat zwischen November 1960 und Februar 1963 mehrmals zusammen und modifizierte den Entwurf der Beratenden Versammlung in einigen Punkten: Die ersten beiden Absätze des Art 2 wurden dem Art 12 Abs 1 und 2 des IPBPR-Entwurfes wörtlich angeglichen, der Gesetzesvorbehalt im dritten Absatz des Art 2 wurde zum Teil bloß sprachlich, zum Teil aber auch inhaltlich geändert. Außerdem fügten die Experten dem Art 2 einen vierten Absatz an, der bestimmte Beschränkungen der Freizügigkeit unter erleichterten Bedingungen ermöglicht. Mit diesen Änderungen wurde das 4. ZPEMRK vom Ministerrat des Europarates genehmigt und in weiterer Folge am 16. September 1963 zur Unterzeichnung aufgelegt. Mit der Hinterlegung der fünften Ratifikationsurkunde trat es am 2. Mai 1968 in Kraft (Art 7 Abs 1 4. ZPEMRK). Nachdem der Nationalrat das 4. ZPEMRK als „verfassungsergänzend und verfassungsändernd“ genehmigt hatte, wurde es am 3. September 1969 auch von Österreich ratifiziert, am 18. September 1969 völkerrechtlich verbindlich (Art 7 Abs 1 4. ZPEMRK) und sodann am 16. Dezember 1969 als Verfassungsgesetz im BGBl 1969/434 kundgemacht. Das 11. ZPEMRK stellte schließlich dem Text des Art 2 den Titel „Freizügigkeit“ voran (BGBl III 1998/30).

2. Bedeutung

Wie die historische Entwicklung gezeigt hat, wurden die Rechte des Art 2 von den Vertragsstaaten der EMRK zunächst als zweitrangig, jedenfalls aber nicht als fundamental genug angesehen, um in die EMRK selbst aufgenommen zu wer-⁶

²¹ S Recueil des Travaux préparatoires du Protocole No 4, 1976, 136; sowie die von der Beratenden Versammlung vorgeschlagene Präambel für das 4. ZPEMRK: Travaux préparatoires, 492; RV 1202 BlgNR 11. GP, 9 f.

²² Vgl Travaux préparatoires (FN 21), 137; s zum weiteren prozeduralen Ablauf auch RV 1202 BlgNR 11. GP, 8 f, sowie *Hofmann*, 67 f. Art 2 lautete in der (übersetzten) Fassung des vom Rechtsausschuss vorgelegten Entwurfes: „(1) Jedermann, der sich gesetzmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, hat das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. (2) Jedermann steht es frei, jeden Staat, einschließlich seines eigenen, zu verlassen. (3) Die Ausübung dieser Rechte darf keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als denen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, des wirtschaftlichen Gedeihens des Landes, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.“ [RV 1202 BlgNR 11. GP, 11; s auch Travaux préparatoires (FN 21), 495].

Art 2

den.²³ Tatsächlich scheint die Freizügigkeit auf den ersten Blick weniger gewichtig zu sein als andere Grundrechte. Bei näherer Betrachtung sind die in Art 2 gewährten Freiheiten jedoch nicht nur für sich genommen, sondern auch für die übrigen Konventionsrechte von grundlegender Bedeutung – die Ausreisefreiheit schon deshalb, weil sie dem Einzelnen die Möglichkeit gibt, sich der drohenden Unterdrückung sonstiger Rechte durch Auswanderung zu entziehen,²⁴ dann aber auch, weil sie ebenso wie die Freiheit der innerstaatlichen Bewegung und Wohnsitznahme das Fundament für die Wahrnehmung einer Reihe anderer Rechte bildet.²⁵ Immerhin versetzen diese Garantien den Einzelnen in die Lage, durch einen Ortswechsel oder gerade durch das Verweilen an einem Ort die Freiheit in Anspruch zu nehmen, bei seiner Familie zu leben, mit seinen Freunden zusammenzutreffen, einer religiösen Veranstaltung beizuwohnen oder an einer Versammlung teilzunehmen, eine Liegenschaft in Besitz zu nehmen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, ja sogar die Mitteilung von Ideen und Nachrichten setzt vielfach die Überwindung von Raum voraus. Aber auch abgesehen von ihrer Bedeutung für die Wahrnehmung anderer Rechte ist die Freiheit, an einem Ort zu bleiben oder von ihm fort zu gehen, für die Selbstverwirklichung des Menschen von entscheidendem Wert, anerkennt sie doch zwei diametral entgegengesetzte Seiten der Persönlichkeit: einerseits das Bedürfnis nach Sicherheit und Beständigkeit, also den statischen Teil im Menschen, der zur Ruhe kommen und Wurzeln haben will, andererseits aber auch seinen dynamischen Anteil, also den Wunsch, sich und sein Umfeld zu verändern, um in seiner Entwicklung fortzuschreiten. Schließlich ist die Freizügigkeit auch für die Gesellschaft als solche von hohem Wert, denn die Inanspruchnahme dieses Rechts hat zur Folge, dass mit den Menschen auch ihre Ideen und Lebensentwürfe in Bewegung bleiben. Indem die Freizügigkeit ermöglicht, dass in Althergebrachtes immer wieder Neues hineingetragen werden kann, legt sie auch einen Grundstein für die „pluralistische Offenheit einer Gesellschaft“.²⁶

- 7** Die Freiheit der Bewegung und die Wohnsitzfreiheit sind wechselseitig aufeinander angewiesen, denn ohne die Möglichkeit der Niederlassung hätte das Recht auf Bewegung bloß Rastlosigkeit zur Folge, und ohne die Bewegungsfreiheit

²³ S auch *Dürig*, in: Maunz/Dürig ua, Grundgesetz-Kommentar, LoBIAusg, Stand 35. Lfg, 1999, Art 11 GG, Rz 2, der ganz allgemein eine Banalisierung des Freizügigkeitsrechts beklagt. Vgl zur unterschiedlichen Bewertung der Freizügigkeit im Laufe der Zeit und je nach politischem System auch *Nowak*, Art 12, Rz 2.

²⁴ S schon *Scheuner* (FN 1), 200; *Tomuschat*, Freizügigkeit nach deutschem Recht und Völkerrecht, DÖV 1974, 757 (760); *Jagerskiold* (FN 1), 167; *Hannum*, 4; *Pernice* (FN 4), Rz 10; *Berka*, Rz 441; *Dürig* (FN 23), Rz 1, 7; ähnlich auch *Klecatsky*, Staat und Verkehr, 1968, 42.

²⁵ In diesem Sinn äußert sich auch die Präambel der (aus einem Sachverständigentreffen hervorgegangenen) „Straßburger Erklärung über das Recht auf freie Ausreise und Rückkehr“ vom 26. 11. 1986, EuGRZ 1987, 64 (mit einleitender Anmerkung von *Hofmann*, EuGRZ 1987, 63; s auch *Hannum*, 15); in gleicher Weise wird auch die Bedeutung der Art 4 StGG und Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG sowie des Art 11 GG beurteilt, s dazu mwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 8; *dieselbe*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 5; s für Art 12 IPBPR auch *Jagerskiold* (FN 1), 166.

²⁶ *Pernice* (FN 4), Rz 10; *Ziekow* (FN 1), 455; s auch *Jagerskiold* (FN 1), 166 f.

könnte das Recht der freien Wohnsitznahme gar nicht in Anspruch genommen werden.²⁷ Indem Art 2 Abs 1 beide Freiheiten gemeinsam gewährt, fügt er zusammen, was das StGG in Art 4 Abs 1 und Art 6 Abs 1 1. Tatbestand sinnwidrig getrennt hat (Rz 2).²⁸ Nicht nur in seiner systematischen Ausgestaltung, auch inhaltlich ist Art 2 diesen staatsgrundgesetzlichen Garantien teilweise überlegen: Zum einen geht sein persönlicher Schutzbereich über jenen des Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG hinaus, zum anderen bindet er Eingriffe in die Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit anders als das StGG an das Vorliegen taxativ umschriebener Gründe (Rz 74f). Schließlich weicht das 4. ZPEMRK auch in terminologischer Hinsicht vom StGG ab: Das Recht, sich innerhalb des Staatsgebietes frei zu bewegen, dort seinen Wohnsitz zu nehmen, und das Recht, aus dem Staatsgebiet auszureisen, fasst Art 2 unter dem Titel der „Freizügigkeit“ zusammen – ein Ausdruck, mit dem das StGG bloß die Bewegungsfreiheit innerhalb des Staatsgebietes (Art 4 Abs 1 StGG) bezeichnet.

II. Sonstige völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeitsgarantien

1. Völkerrecht

Zwei Jahre nach der Unterzeichnung des 4. ZPEMRK, nämlich am 21. Dezember 1965 beschloss die Generalversammlung der Vereinten Nationen das **Internationale Übereinkommen über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung**. Dessen Art 5 verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, jedermann ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder der ethnischen Herkunft das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz zu gewähren, und zwar auch im Hinblick auf die Freizügigkeit und freie Wahl des Aufenthaltsortes innerhalb der Staatsgrenzen (Art 5 lit d [i]), das Recht, jedes Land einschließlich seines eigenen zu verlassen und in sein Land zurückzukehren (Art 5 lit d [ii]), dann aber auch hinsichtlich des Rechts, jeden Ort zu betreten oder jede Dienstleistung in Anspruch zu nehmen, die für den allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmt sind, wie Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätten, Kaffeehäuser, Theater und Parks (Art 5 lit f). Nachdem der österreichische Nationalrat diesem Übereinkommen die verfassungsmäßige Genehmigung erteilt und beschlossen hatte, es durch spezielle Gesetze in die Rechtsordnung zu transformieren (Art 50 Abs 2 B-VG), wurde es am 10. April 1972 ratifiziert.²⁹ Art 5 lit f dieses Staatsvertrages steuert nach Ansicht der Literatur die Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln, dies insbesondere, wenn die Sittenwidrigkeit einer rassistischen Diskrimi-

²⁷ Wegen dieser engen inneren Verbindung werden auch die Art 4 StGG und Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG in der Literatur regelmäßig gemeinsam behandelt und unter dem Titel der Freizügigkeit zusammengefasst, s mwN *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 5 FN 24.

²⁸ Warum das StGG diese Rechte gesondert geregelt hat, ist unklar (dazu *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 3); zu den Abgrenzungsschwierigkeiten, die sich daraus für das StGG ergeben, näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 22.

²⁹ BGBl 1972/377 (RV 35 BlgNR 13. GP; AB 241 BlgNR 13. GP); s zu diesem Übereinkommen näher *Marschik*, Die UN-Rassendiskriminierungskonvention im österreichischen Recht, 1999.

Art 2

nierung zwischen Privaten zu beurteilen ist (§ 879 ABGB).³⁰ Darüber hinaus wurde diese Bestimmung aber auch durch Art IX Abs 1 Z 3 EGVG umgesetzt, nach dem eine Verwaltungsübertretung ua begeht, wer Personen allein aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, ihrer nationalen oder ethnischen Herkunft daran hindert, Orte zu betreten oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, die für den allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmt sind.³¹

- 9 Mit Art 2 4. ZPEMRK vergleichbare Freizügigkeitsgarantien wurden nach dem Inkrafttreten des 4. ZPEMRK auch in Art 22 der **American Convention on Human Rights** vom 22. November 1969³² und in Art 12 der **African Charter on Human and Peoples' Rights** vom 24./27. Juni 1981 aufgenommen.³³

2. Gemeinschaftsrecht

- 10 Auch das Gemeinschaftsrecht kennt Freizügigkeitsrechte, die über die vorstehend geschilderten Garantien allerdings hinausgehen. Denn sie berechtigen nicht nur zur freien Bewegung in einem Mitgliedstaat und zur Ausreise aus diesem, sondern auch dazu, in das Hoheitsgebiet jedes Mitgliedstaates einzureisen und in jedem solchen Staat zu verbleiben. Ursprünglich kam diese weit verstandene Freizügigkeit bloß Arbeitnehmern, Selbständigen sowie Dienstleistungserbringern und -empfängern zu, konnte also nur zum Zweck der wirtschaftlichen Betätigung in Anspruch genommen werden.³⁴ In der Folge konkretisierte das Sekundärrecht dieses Aufenthaltsrecht jedoch näher und dehnte es auch auf die Familienangehörigen von Arbeitnehmern aus.³⁵ 1990 wurde es durch drei Richt-

30 *Ermacora*, Die „Rassendiskriminierungskonvention“ als Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung, JBl 1973, 179 (187); zustimmend *Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassische Diskriminierung, FS Rill, 1995, 183 (185).

31 Zu dieser Bestimmung näher *Marschik* (FN 29), 12 ff.

32 Vgl die Textwiedergabe bei *Commichau*, Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart⁶, 1998, 297 (305).

33 Vgl die Textwiedergabe bei *Commichau* (FN 32), 322 (325); s auch *Hannum*, 9 f.

34 Vgl Art 39, 43 und 49 EGV, und dazu mwN *Schneider/Wunderlich*, Art 39 EGV Rz 46 ff; *Schlag*, Art 43 EGV Rz 15 f, 50, und *Holoubek*, Art 49 EGV Rz 111, alle in: Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, 2000; *Brechmann*, Art 39 EGV Rz 74 ff, und *Kluth*, Art 49, 50 EGV Rz 43, beide in: Calliess/Ruffert (Hrsg), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV², 2002; s zur Entwicklung der Freizügigkeit auch *Schulz* (FN 11), 53 ff sowie 115 ff zum Aufenthaltsrecht der Arbeitnehmer, 131 ff zum Aufenthaltsrecht der Niederlassungsberechtigten, 138 ff zum Aufenthaltsrecht der Dienstleistungserbringer und -empfänger, sowie *Herzig*, Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Gemeinschaftsrecht, in: *Feik* (Hrsg), Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Österreich, 1998, 1.

35 Vgl vor allem die RL 64/221/EWG vom 25. 2. 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl 1964 56/850 idF 1975 L 14/14; die RL 68/360/EWG vom 15. 10. 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl 1968 L 257/13; die Verordnung (EWG) 1612/68 vom 15. 10. 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl 1968 L 257/2 idF 1992 L 245/1; die Verordnung (EWG) 1251/70 vom 29. 6. 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines

linien weiter verstärkt und auf Studenten, Pensionisten und andere nicht erwerbstätige Personen erstreckt,³⁶ allerdings an die Bedingung gebunden, dass diese Personen krankenversichert sind und über ausreichende Existenzmittel verfügen.³⁷ Keine der genannten Freizügigkeitsgarantien verschafft dem Einzelnen allerdings ein unbedingtes Recht, sich innerhalb der Mitgliedstaaten und zwischen ihnen frei zu bewegen; aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit muss vielmehr auch diese Freiheit Einschränkungen dulden.³⁸

Art 18 Abs 1 EGV schreibt die Freizügigkeit für Unionsbürger nun auch auf Vertragsebene fest und gewährt ihnen das allgemeine und zweckfreie Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ... frei zu bewegen und aufzuhalten“.³⁹ Anders als die vorhin genannten primär- und sekundärrechtlichen Freizügigkeitsrechte setzt Art 18 Abs 1 EGV keine Grenzüberschreitung voraus; er kann daher auch von einem Unionsbürger, der im Inland verbleibt, seinem eigenen

Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl 1970 L 142/24; die RL 73/148/EWG vom 21. 5. 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl 1973 L 172/14; die RL 75/34/EWG vom 17. 12. 1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl 1975 L 14/10; s dazu mwN *Feik*, Die aufenthaltsrechtliche Stellung der EWR-Bürger und das neue Fremdenrecht, ZfV 1994, 1 (12 ff); *derselbe*, Unionsbürgerschaft und Aufenthaltsrecht, in: Wiederin (Hrsg), Neue Perspektiven im Ausländerrecht, 1996, 7 (22 f); *Schulz* (FN 11), 115 ff, 131 ff, 138 ff, 188 ff; *Hatje*, in: Schwarze (FN 34), Art 18 EGV Rz 1 f; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (FN 34), Art 18 EGV Rz 1.

³⁶ RL 90/364/EWG vom 28. 6. 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl 1990 L 180/26; RL 90/365/EWG vom 28. 6. 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl 1990 L 180/28; RL 90/366/EWG vom 28. 6. 1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl 1990 L 180/30; die zuletzt genannte Richtlinie wurde vom EuGH für nichtig erklärt, weil sie auf der falschen Kompetenzgrundlage beruhte (EuGH, Rs C-295/90, *Europäisches Parlament/Rat*, Slg 1992, I-4193), die sodann erlassene RL 93/96/EWG vom 29. 10. 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl 1993 L 317/59, stimmt inhaltlich mit der für nichtig erklärten Richtlinie weitgehend überein.

³⁷ Art 1 Abs 1 UAbs 1 RL 90/364/EWG; s dazu auch *Feik*, in: Wiederin (FN 35), 23 f, 34 ff; *Schulz* (FN 11), 60 f, 152 ff (zum Aufenthaltsrecht der Studenten nach der RL 93/96/EWG), 182 ff (zum Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen nach der RL 90/365/EWG sowie der Angehörigen der Mitgliedstaaten nach der RL 90/364/EWG). Die genannten primär- und sekundärrechtlichen Freizügigkeitsrechte gelten aufgrund des EWR-Abkommens, BGBl 1993/909 idF 1994/566, grundsätzlich in gleicher Weise auch für EWR-Bürger; s zu den Freizügigkeitsrechten türkischer Staatsangehöriger *Gutmann*, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger², 1999.

³⁸ Dazu näher *Schulz* (FN 11), 283 ff. Die Ordnungsvorbehalte dieser Freizügigkeitsrechte ermöglichen dabei nicht nur die Ausweisung aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates, sondern auch Freizügigkeitsbeschränkungen in diesem Gebiet, s zB EuGH 26. 11. 2002, Rs C-100/01, *Oteiza Olazabal* = wbl 2003/1.

³⁹ S zu dieser Bestimmung und ihrer Vorgeschichte mwN *Schulz* (FN 11), 53 ff; *Hatje*, in: Schwarze (FN 34), Art 18 EGV; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (FN 34), Art 18 EGV; sowie die kurze Zusammenfassung bei *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 8.

Art 2

Staat gegenüber geltend gemacht werden.⁴⁰ Auch die Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit des Art 18 Abs 1 EGV gilt freilich nur „vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“. Nach überwiegender Ansicht folgt daraus nicht, dass die in Art 18 Abs 1 EGV garantierte Freizügigkeit nur insoweit besteht, als sie bereits im Sekundärrecht eingeräumt ist;⁴¹ vielmehr ist anzunehmen, dass Art 18 Abs 1 EGV dem Unionsbürger ein unmittelbar anwendbares Recht verschafft, das allerdings nur in den Grenzen ausgeübt werden kann, die ihm durch den EGV bzw das Sekundärrecht allenfalls gezogen sind.⁴² Die in Art 18 Abs 1 EGV verwiesenen Eingriffsermächtigungen beziehen sich zwar nur auf Freizügigkeitsrechte, die eine Grenzüberschreitung voraussetzen, sind auf rein interne Sachverhalte also nicht anwendbar. Die Lehre plädiert jedoch dafür, in solchen Fällen die Schrankenbestimmungen der Grundfreiheiten analog heranzuziehen⁴³ bzw nimmt einen ungeschriebenen *ordre-public*-Vorbehalt an,⁴⁴ der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, zum Schutz staatlicher Interessen auch die Freizügigkeit ihrer eigenen Staatsangehörigen einzuengen.

- 11** Das Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“, wird Unionsbürgern nun auch in Art 45 Abs 1 der **Charta der Grundrechte der Europäischen Union** zugesichert.⁴⁵ Staatsangehörigen dritter Länder, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten,

⁴⁰ *Schulz* (FN 11), 82 ff; *Hatje*, in: Schwarze (FN 34), Art 18 EGV Rz 6; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (FN 34), Art 18 EGV Rz 8.

⁴¹ So allerdings *Degen*, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag über die europäische Union unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, DÖV 1993, 749 (752); *Kaufmann-Bühler*, in: Lenz (Hrsg), EG-Vertrag, 1994, Art 8a Rz 1; wohl auch *Pechstein/Bunk*, Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht, EuGRZ 1997, 547.

⁴² *Haag*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd 1⁵, 1997, Art 8a EGV Rz 4; *Hatje*, in: Schwarze (FN 34), Art 18 EGV Rz 5; *Hilf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, Bd 1, LoBlAusg, Stand 17. Lfg 2001, Art 18 EGV Rz 1; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (FN 34), Art 18 EGV Rz 2 und 9; für die unmittelbare Anwendbarkeit auch *Feik*, in: Wiederin (FN 35), 20 f; *Fischer*, Die Unionsbürgerschaft: Ein neues Konzept im Völker- und Europarecht, FS Winkler, 1997, 237 (256); *Schulz* (FN 11), 86 ff, 98 f; *Thienel*, Art 6 B-VG, Rz 46. In diese Richtung wohl auch EuGH, Rs C-184/99, *Grzelczyk*, Slg 2001, I-6193; gegen die unmittelbare Anwendbarkeit des Art 8a Abs 1 (Art 18 Abs 1 neu) EGV hingegen noch VwGH 5. 3. 1998, 97/18/0424.

⁴³ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (FN 34), Art 18 EGV Rz 13.

⁴⁴ *Hatje*, in: Schwarze (FN 34), Art 18 EGV Rz 11.

⁴⁵ ABl 2000 C 364/1. S allgemein *Alber/Wildmaier*, Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung, EuGRZ 2000, 497; *Zuleeg*, Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte, EuGRZ 2000, 511; *Alber*, Die Selbstbindung der europäischen Organe an die Europäische Charta der Grundrechte, EuGRZ 2001, 349; *Grabenwarter*, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl 2001, 1; *Krüger/Polakiewicz*, Vorschläge für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa, EuGRZ 2001, 92; *Busse*, Eine kritische Würdigung der Präambel der Europäischen Grundrechtecharta, EuGRZ 2002, 559 (mwN 560 FN 2); *Duschanek/Griller* (Hrsg), Grundrechte für Europa. Die Europäische Union nach Nizza, 2002; *Grabenwarter*, Die Menschenrechtskonvention und Grundrechts-Charta in der europäischen Verfassungsentwicklung, FS Steinberger, 2002, 1129.

kann nach Art 45 Abs 2 der Charta „gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit gewährt werden“. Nach den vom Präsidium des Grundrechtskonvents formulierten Erläuterungen entspricht die Freiheit des Art 45 Abs 1 dem Recht, das in Art 18 EGV gewährt ist; sie findet daher zufolge Art 52 Abs 2 der Charta im Rahmen der in den Gemeinschaftsverträgen und im Vertrag über die Europäische Union festgelegten Bedingungen und Grenzen Anwendung.⁴⁶ Sofern sie weitergehenden Schutz gewährt als Art 2 4. ZPEMRK, geht sie (ihre Verbindlichkeit vorausgesetzt) dieser konventionsrechtlichen Bestimmung vor (Art 52 Abs 3 Satz 2 der Charta).⁴⁷

Die Charta der Grundrechte wurde zwar feierlich proklamiert, aber bekanntlich noch nicht für rechtsverbindlich erklärt. Die in ihr vorgesehenen Rechte sind daher weder für den Einzelnen einklagbar, noch binden sie die Grundrechtsverpflichteten; vorläufig wird die Charta aber jedenfalls als Auslegungshilfe von Bedeutung sein.⁴⁸

III. Bewegungsfreiheit (Art 2 Abs 1 1. Tatbestand)

1. Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich des Art 2 Abs 1 umfasst „jedermann“, der sich **12** rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält. Prinzipiell kommt daher als Grundrechtsträger der Bewegungsfreiheit nicht nur der österreichische Staatsbürger in Betracht, sondern auch der Angehörige jedes anderen Staates und der Staatenlose.⁴⁹

⁴⁶ Diese Erläuterungen sind wiedergegeben in EuGRZ 2000, 559 (567); sie haben einen Vermerk des Präsidiums zufolge keine Rechtswirkung, dienen aber dazu, die Bestimmungen der Charta zu verdeutlichen und werden dementsprechend in der Literatur als Interpretationshilfe angesehen, s etwa *Alber/Wildmaier* (FN 45), 499; *Krüger/Polakiewicz* (FN 45), 99; *Grabenwarter*, FS Steinberger (FN 45), 1137; s auch *Griller*, Der Anwendungsbereich der Grundrechtscharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten, in: *Duschaneck/Griller* (FN 45), 131 (146).

⁴⁷ S allgemein zu den Günstigkeitsklauseln der Art 52 und 53 der Charta *Grabenwarter*, FS Steinberger (FN 45), 1139 ff; *Griller*, in: *Duschaneck/Griller* (FN 45), 145 ff.

⁴⁸ S *Alber/Wildmaier* (FN 45), 510, sowie *Zuleeg* (FN 45), 514; s auch das Urteil des EuG 30. 1. 2002, Rs T 54/99, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH* = EuGRZ 2002, 266, Z 48, das in Art 41 Abs 1 der Charta eine Bekräftigung des Anspruchs auf die sorgfältige und unparteiische Behandlung einer Beschwerde sieht, wie er zu den allgemeinen Grundsätzen des Rechtsstaates gehört, die den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind; s weiters den Versuch des EuG 3. 5. 2002, Rs T 177/01, *Jégo-Quéré Cie SA* = EuGRZ 2002, 438, den Zugang zu effektivem Rechtsschutz einer direkt, aber nicht individuell betroffenen Partei ua unter Hinweis auf die Charta auszuweiten; vgl zu Auswirkungen und künftigen Status der Charta auch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. 10. 2002 = EuGRZ 2002, 670.

⁴⁹ *Pabr*, 191; *Moser*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und das bürgerliche Recht, 1972, 148; *Tretter*, 670; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 560; *Mourgeon*, 1045. Nichts anderes folgt auch aus den Erkenntnissen VfSlg 8607/1979 und 8611/1979, denen zufolge Fremde durch Art 2 gegen eine Einzelausweisung aus dem Bundesgebiet nicht geschützt sind. Damit sollte nicht gesagt sein, dass Fremde in den Rechten des Art 2 überhaupt nicht verletzt werden können (s aber *Tretter*, 686), sondern nur, dass das 4. ZPEMRK ihnen kein

Art 2

- 13** Dass sich der Grundrechtsträger nach Art 2 Abs 1 allerdings „**rechtmäßig**“ im Hoheitsgebiet eines Staates aufhalten muss, relativiert die persönliche Reichweite der Bewegungsfreiheit beträchtlich. Ob ein Aufenthalt rechtmäßig iSd Art 2 Abs 1 ist, richtet sich nämlich ausschließlich nach der nationalen Rechtsordnung.⁵⁰ Letztlich steht es damit den Vertragsstaaten frei, den Kreis der Grundrechtsträger durch innerstaatliche Vorschriften enger oder weiter zu ziehen. Aus der Sicht des Rechtsunterworfenen mag man diese Konstruktion bedauern;⁵¹ doch politisch war sie unumgänglich. Denn die Staaten zählen die Entscheidung, wen sie in ihrem Hoheitsgebiet aufnehmen, nach wie vor zum Kernbereich ihrer Souveränität, die durch völkerrechtliche Verträge nur im unbedingt erforderlichen Ausmaß geschmälert und nach Möglichkeit nicht durch eine internationale Kontrolle beeinträchtigt werden soll.⁵² Art 2 Abs 1 trägt diesem Bedürfnis Rechnung und überlässt die Gewährung oder Versagung einer Aufenthaltserlaubnis dem freien Ermessen der Vertragsstaaten.⁵³
- 14** Auch die **Entstehungsgeschichte** des Art 2 zeigt, dass die Vertragsstaaten durch diese Bestimmung bei der Ausgestaltung und Handhabung des nationalen Fremdenrechts nicht beschränkt sind. Nach dem Vorschlag der Beratenden Versammlung sollte die Inanspruchnahme der Bewegungsfreiheit noch nicht von einem rechtmäßigen („lawfully“ bzw „régulièrement“), sondern von einem gesetzmäßigen („legally“ bzw „légalement“) Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Vertragsstaaten abhängig sein.⁵⁴ Dieser Vorschlag orientierte sich am Entwurf des Art 12 Abs 1 IPBPR, der in den weiteren Verhandlungen allerdings modifiziert wurde: Im französischen Text behielt man zwar die Bezeichnung „légalement“ bei, der englische Ausdruck „legally“ wurde jedoch durch „lawfully“ ersetzt.⁵⁵ Dem englischen Text entsprechend verlangt Art 12 Abs 1 IPBPR auch in der deutschen Übersetzung nur mehr einen „rechtmäßigen“ Aufenthalt. Das Expertenkomitee übernahm diese Änderung für Art 2 4. ZPEMRK,⁵⁶ führte sie aller-

Recht einräumt, sich im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufzuhalten, s dazu sogleich im Text sowie FN 76.

⁵⁰ EKMR, Fall *Udayanan und Sivakumaran*; Fall *Paramanathan*; Fall *Aygün*; *Tretter*, 670; *Ermacor*, Rz 447; *Rosenmayr*, Das Recht auf persönliche Freiheit und Freizügigkeit bei der Einreise von Ausländern, EuGRZ 1988, 153 (158); *Velu/Ergec*, Rz 367; *Reid*, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 1998, 245; *van Dijk/van Hoof*, 667; *Berka*, Rz 446; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg), Bonner Grundgesetz⁴, Bd 1, 1999, Art 11 GG Rz 8; *Feik*, Fremdenrecht, in: Bachmann ua (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁴, 2002, 76, 94; *Jacobs/White*, 341; *Grabenwarter*, Rz 21; *Meyer-Ladewig*, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2003, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 3; s für Art 12 Abs 1 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 9.

⁵¹ Setwa die Kritik an dem gleich lautenden Art 12 Abs 1 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 4.

⁵² *Tomuschat* (FN 24), 761; *Nowak*, Art 12, Rz 3; *Berka*, Rz 446.

⁵³ *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 560; *van Dijk/van Hoof*, 667. Gewisse Bindungen können sich für den Aufenthalt Fremder aber aus anderen Konventionsrechten ergeben, s dazu unten Rz 28; zum Aufenthaltsrecht eigener Staatsangehöriger s noch Rz 21.

⁵⁴ *Travaux préparatoires* (FN 21), 495; RV 1202 BlgNR 11. GP, 11.

⁵⁵ *MwN Nowak*, Art 12, Rz 10.

⁵⁶ S die Bezugnahme des Expertenkomitees auf die geänderte englische Fassung („lawfully“) des Art 12 Abs 1 IPBPR: *Travaux préparatoires* (FN 21), 496; RV 1202 BlgNR 11. GP, 12.

dings auch konsequent durch und umschrieb den für die Bewegungsfreiheit erforderlichen Aufenthalt im englischen Text als „lawfully“ und im französischen als „régulièrement“. Wie sich aus den Materialien ergibt, sollte durch diese Wortwahl zwar auch eine Übereinstimmung mit Art 3 des Europäischen Niederlassungsabkommens hergestellt werden.⁵⁷ In erster Linie wollte das Komitee mit der Anknüpfung an einen „rechtmäßigen“ Aufenthalt aber dem Umstand Rechnung tragen, dass „in den meisten Staaten die Verwaltungsbehörden bei der Entscheidung über die Genehmigung oder Ablehnung der Einreise oder des Aufenthaltes von Ausländern über einen weitgehenden Ermessensspielraum verfügen“.⁵⁸

Art 2 Abs 1 nimmt also Bedacht auf Rechtsordnungen, in denen die Vollziehung weniger streng an das Gesetz gebunden ist als dies etwa in Österreich der Fall ist.⁵⁹ Diese herabgesetzten Legalitätserfordernisse werden durch Art 2 nicht aufgehoben, sie sollen aber auch der Inanspruchnahme dieser Bestimmung nicht entgegenstehen. Die in Art 2 Abs 1 geforderte Rechtmäßigkeit des Aufenthalts muss daher **nicht** auf einem **Gesetz im formellen Sinn** beruhen; sie kann sich ebenso gut auch aus einer Verordnung oder ausschließlich aus einer verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Entscheidung ergeben.⁶⁰

Die **österreichische Vollziehung** ist freilich durch Art 2 Abs 1 nicht von ihrer strengen Bindung an das Gesetz befreit. Dass Art 2 Abs 1 für die Grundrechtssubjektivität bloß einen „rechtmäßigen“, nicht aber einen „gesetzmäßigen“ Aufenthalt verlangt, ändert also nichts an der Tatsache, dass die behördliche Erteilung oder Versagung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art 18 B-VG auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen muss.⁶¹ Auch wenn eine solche Aufenthaltsbewilligung gesetzwidrig erteilt oder verweigert wird, richtet sich die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes iSd Art 2 Abs 1 freilich nicht allein nach dem Gesetz, das dabei übertreten worden ist; sie ist vielmehr nach der Gesamtheit jener Regeln zu beurteilen, die die nationale Rechtsordnung für derart fehlerhafte Entscheidungen vorsieht.⁶² Wird einem Fremden etwa die Aufenthaltsberechtigung in Österreich versagt oder entzogen, ohne dass er dagegen ein Rechtsmittel erhebt, so

57 Diese Konvention wurde publiziert in European Treaty Series, Nr 19; ihrem Art 3 Abs 1 zufolge dürfen Staatsangehörige eines Vertragsstaates, die ihren ordnungsgemäßen („lawfully“, „régulièrement“) Aufenthalt im Gebiet eines anderen Vertragsstaates haben, nur ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Staates gefährden oder gegen die öffentliche Ordnung oder die Sittlichkeit verstoßen. Österreich hat dieses Übereinkommen zwar unterzeichnet, die Ratifikation ist aber gescheitert; zu den Hintergründen s AB 957 BlgNR 15. GP.

58 RV 1202 BlgNR 11. GP, 12; Travaux préparatoires (FN 21), 352, 496.

59 *Pabr*, 191; *Tretter*, 671; s auch *van Dijk/van Hoof*, 667.

60 *Pabr*, 191; *Tretter*, 670f; *Mourgeon*, 1045; in diesem Sinn wird (ungeachtet der uneinheitlichen Formulierung in der englischen und französischen Fassung) auch Art 12 Abs 1 IPBPR verstanden: *Nowak*, Art 12, Rz 10; *Mourgeon*, 1045.

61 Dass Art 2 Abs 1 sich mit einem „rechtmäßig[en]“ Aufenthalt begnügt, könnte daher in Österreich nur in jenen seltenen Fällen von Bedeutung sein, in denen die Verfassung eine Verwaltungsbehörde abweichend von Art 18 B-VG dazu ermächtigt, praeter oder sogar contra legem tätig zu werden: *Pabr*, 191, und *Tretter*, 671.

62 S auch *Mourgeon*, 1045.

Art 2

bleibt bzw wird sein Aufenthalt rechtswidrig, mag die genannte Entscheidung auch mit dem Gesetz in Widerspruch stehen. Umgekehrt hält sich ein Fremder, dem gesetzwidrig ein Aufenthaltstitel erteilt worden ist, rechtmäßig im Inland auf, solange diese behördliche Entscheidung dem Rechtsbestand angehört.⁶³ Wird einem Fremden die Verlängerung seiner Aufenthaltsberechtigung versagt und kommt einem dagegen erhobenen Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zu, so bleibt sein Aufenthalt jedenfalls solange rechtmäßig, bis über die Gesetzmäßigkeit des bekämpften Bescheides abgesprochen worden ist. Jede andere Auslegung müsste den EGMR dazu zwingen, für die Anwendbarkeit des Art 2 Abs 1 stets zu prüfen, ob die Versagung oder Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung auch in den nationalen Gesetzen Deckung findet; eine derartige Kontrolle der Handhabung des innerstaatlichen Fremdenrechts war durch Art 2 aber gerade nicht beabsichtigt.

- 17** Da die Vertragsstaaten souverän entscheiden können, wer sich in ihrem Territorium aufhalten darf, bleibt es ihnen auch unbenommen, die Gewährung eines Aufenthaltsrechts von bestimmten **Bedingungen** abhängig zu machen. Nur wenn diese Bedingungen erfüllt sind, ist ein Aufenthalt „rechtmäßig“ iSd Art 2 Abs 1;⁶⁴ rechtswidrig kann ein Aufenthalt nach nationalem Recht etwa werden, wenn jemand für seinen Lebensunterhalt nicht mehr selbst aufkommen kann, vor allem aber dann, wenn die Dauer seiner Aufenthaltsberechtigung abgelaufen ist, er ausgewiesen oder über ihn ein Aufenthaltsverbot verhängt wird.⁶⁵

Strittig ist, ob die Voraussetzungen, unter denen jemandem ein Aufenthalt genehmigt wird, ihrerseits zu einer Einschränkung der Freizügigkeit führen dürfen, ob es einem Staat also freisteht, eine Aufenthaltsberechtigung nicht für das gesamte Staatsgebiet zu erteilen, sondern sie von vornherein auf ein bestimmtes Territorium zu beschränken. Das Expertenkomitee erachtete dies ohne weiteres als zulässig,⁶⁶ und auch die EKMR hielt es unter dem Gesichtspunkt des Art 2 Abs 1 für unbedenklich, dass sich ein Asylwerber nach deutschem Recht bis zum Abschluss seines Asylverfahrens nur in einer bestimmten Stadt aufhalten

⁶³ AA anscheinend *Tretter*, 671, nach dem sich die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes nur dann nach der – auch gesetzwidrigen – Entscheidung der Behörde richtet, wenn die jeweilige Rechtsordnung eine weniger starke Bindung an das Gesetz vorsieht als dies in Österreich der Fall ist.

⁶⁴ RV 1202 BlgNR 11. GP, 12; EKMR, Fall *Udayanan und Sivakumaran*; Fall *Paramanathan*; Fall *Ayyün*.

⁶⁵ EKMR 13. 2. 1992, Appl 16.698/90; EGMR, Fall *Piermont*, Z 44; VwGH 7. 11. 1997, 96/19/2678; s weiters *Pabr*, 191 f; *Velu/Ergec*, Rz 367; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 560; *van Dijk/van Hoof*, 668; *Reid* (FN 50), 246; *Merrills/Robertson*, 254; *Jacobs/White*, 341; für Art 12 IPBPR *Jagerskiold* (FN 1), 174; *Nowak*, Art 12, Rz 10. S für Österreich die §§ 33 f und 36 FrG. Ob sich Personen, die die Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung nicht fristgerecht beantragt haben, rechtmäßig iSd Art 1 7. ZPEMRK in einem Staat aufhalten, ist strittig, s dazu *Muzak*, Art 1 7. ZPEMRK, Rz 14.

⁶⁶ S RV 1202 BlgNR 11. GP, 12: „Der Ausschuss war ... der Auffassung, daß ein Ausländer, der unter bestimmten Bedingungen (die nicht unbedingt mit dem Aufenthalt oder der Freizügigkeit zusammenhängen müssen) die Einreiseerlaubnis erhält, diese Bedingungen aber nicht erfüllt oder sie übertritt, nicht mehr so angesehen werden kann, als halte er sich ‚rechtmäßig‘ im Lande auf.“

durfte.⁶⁷ Die Möglichkeit einer Verletzung des Art 2 wurde auch verneint, als die Ausweisung eines türkischen Staatsangehörigen ausgesetzt und ihm vorläufig der Aufenthalt in Schweden gestattet wurde, dies allerdings unter der Bedingung, dass er in Stockholm bleibt, sich dreimal wöchentlich bei den Polizeibehörden meldet und ohne Genehmigung weder seinen Wohnsitz noch seine Arbeit wechselt.⁶⁸ In jeder dieser Entscheidungen betonte die EKMR, dass es den Staaten freistehe, die Rechtmäßigkeit eines Aufenthaltes von Bedingungen abhängig zu machen. Werde die Aufenthaltsberechtigung auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt, so sei der Aufenthalt nur in diesem Bereich „rechtmäßig“ iSd Art 2 Abs 1 und könne nicht unter Berufung auf diese Bestimmung erweitert werden. Die Lehre hat sich dieser Judikatur zum Teil angeschlossen,⁶⁹ zum Teil wurde in der Literatur aber auch die Meinung vertreten, dass die Freizügigkeit durch die Aufenthaltserlaubnis nicht bzw nur unter den Voraussetzungen des Art 2 Abs 3 und 4 4. ZPEMRK beschränkt werden dürfe, weil die Garantie des Art 2 Abs 1 sonst völlig zur Disposition der Vertragsstaaten stünde und damit letztlich wertlos wäre.⁷⁰ Die zuletzt genannte Auslegung würde die Position des Grundrechtsträgers jedoch nur scheinbar stärken. Denn selbst wenn es den Vertragsstaaten nach Art 2 Abs 1 nicht ohne weiteres erlaubt wäre, eine Aufenthaltsgenehmigung räumlich zu beschränken, so wäre es ihnen durch diese Bestimmung doch nicht versagt, von der Erteilung einer solchen Genehmigung überhaupt Abstand zu nehmen. Dem potentiellen Grundrechtsträger würde so keineswegs die Sicherheit einer Aufenthaltsbewilligung für das gesamte Staatsgebiet verschafft; er würde (sofern seine Ausweisung nicht aus anderen Gründen unzulässig ist) viel eher der Gefahr ausgesetzt, sich im Hoheitsgebiet überhaupt nicht mehr aufhalten, geschweige denn, sich dort frei bewegen zu dürfen. Bedenkt man zudem, dass die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts die Voraussetzung, nicht aber der Gegenstand der in Art 2 Abs 1 gewährten Rechte ist, so bleibt nur die Annahme, dass es den Vertragsstaaten, die durch Art 2 Abs 1 nicht daran gehindert sind, einen Aufenthalt in ihrem Hoheitsgebiet sogar zur Gänze zu untersagen, erst recht frei stehen muss, diesen Aufenthalt bloß in einem Teil des Staatsgebietes zuzulassen. Dass die Gewährung der Rechte des Art 2 Abs 1 in dieser Hinsicht zur Disposition der Vertragsstaaten steht, ist unbestreitbar. Dieser Effekt wurzelt jedoch schon in der Konstruktion des Art 2 Abs 1, die man rechtspolitisch kritisieren, aber doch nicht weginterpretieren kann, zumal sie die Garantie der Freizügigkeit nicht wertlos macht. Denn die örtliche Beschränkung einer Aufenthaltserlaubnis ist nur eine von vielen Möglichkeiten, die freie Bewegung einzuengen, und nur sie bleibt den Vertragsstaaten unbenommen; innerhalb des von der Aufenthaltserlaubnis erfassten Gebietes ist hingegen jeder Eingriff in die Bewegungsfreiheit an die Voraussetzungen des Art 2 Abs 3 und 4 gebunden.

67 EKMR, Fall *Udayanan* und *Sivakumaran*; Fall *Paramathanan*.

68 EKMR, Fall *Aygin*.

69 *Hailbronner* (FN 4), Rz 14 f; *Frowein/Peukert*, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 2; *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)², 1999, Rz 683; *Merrills/Robertson*, 254; ebenso für Art 12 Abs 1 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 9.

70 *Velu/Ergec*, Rz 367; *van Dijk/van Hoof*, 668; skeptisch zur Judikatur wohl auch *Pernice* (FN 4), Rz 4 („indessen“); s auch *Jacobs/White*, 341.

Art 2

- 18** Der Grundrechtsträger iSd Art 2 Abs 1 muss sich rechtmäßig „im Hoheitsgebiet eines Staates“ aufhalten. Damit ist nicht jeder erdenkliche Staat gemeint, sondern nur ein Staat, der auch Vertragspartei des 4. ZPEMRK ist. Dies ergibt sich eindeutig aus Art 6 4. ZPEMRK iVm Art 1 EMRK. Das Expertenkomitee hielt eine Klarstellung in dieser Hinsicht nicht für erforderlich, sondern zog es vom psychologischen Standpunkt aus vor, „bei der Festlegung von Vorschriften, die gleichbedeutend mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind, möglichst weitgehende Begriffe zu verwenden“.⁷¹
- 19** Für die Inanspruchnahme der Bewegungsfreiheit genügt nach Art 2 Abs 1 der rechtmäßige **Aufenthalt** in einem Vertragsstaat; dass der Grundrechtsträger in diesem Staat auch seinen Wohnsitz hat, ist nicht erforderlich.⁷² Das ergibt sich aus dem Wortlaut und geht auch aus der Entstehungsgeschichte des Art 2 Abs 1 hervor. Im Zuge der Beratung dieser Bestimmung wurde nämlich vorgeschlagen, im französischen Text die Worte „se trouve“ durch „réside“ zu ersetzen und im englischen Text zwischen den Worten „lawfully“ und „within“ den Ausdruck „residing“ einzufügen. Damit sollte klargestellt werden, dass Art 2 Abs 1 niemandem das Recht gibt, auf Dauer im Hoheitsgebiet eines Staates zu bleiben. Das Expertenkomitee sah die Gefahr einer solchen Deutung jedoch nicht und lehnte den Änderungsvorschlag mehrheitlich ab.⁷³

Art 2 Abs 1 zieht den Kreis der Grundrechtsträger damit weiter als Art 1 7. ZPEMRK, der verlangt, dass eine Person im Hoheitsgebiet rechtmäßig „resident“ bzw. „résidant“, also nicht nur vorübergehend niedergelassen ist.⁷⁴ Demgegenüber fallen unter den Schutzbereich des Art 2 Abs 1 nicht nur Personen, die sich in einem Vertragsstaat längerfristig aufhalten, sondern auch Menschen, die bloß auf der Durchreise sind, die sich vorübergehend oder nur für ganz kurze Zeit in einem Staat befinden.⁷⁵ Fest steht dabei freilich, dass sie durch Art 2 Abs 1 selbst zum Aufenthalt in diesem Staat nicht berechtigt sind.⁷⁶

71 RV 1202 BlgNR 11. GP, 12; Travaux préparatoires (FN 21), 353, 496.

72 S bereits *Rosenmayr*, Aufenthaltsverbot, Schubhaft und Abschiebung, ZfV 1988, 1 (6 FN 54), sowie *Schermers*, Human Rights and Free Movement of Persons: The Role of the European Commission and Court of Human Rights, in: Schermers ua (Hrsg), Free Movement of Persons in Europe, 1993, 235 (238).

73 Travaux préparatoires (FN 21), 435, 496; RV 1202 BlgNR 11. GP, 12.

74 *Rosenmayr* (FN 72), 6; *Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht, 1993, 22; *Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht, 1995, 20; s auch *denselben*, Art 1 7. ZPEMRK, Rz 9.

75 Vgl etwa die Entscheidung des EGMR, Fall *Piermont*, Z 44, in der die Grundrechtsberechtigung bei einem bloß einwöchigen rechtmäßigen Aufenthalt in einem Staat bejaht wurde; s auch *Rosenmayr* (FN 50), 158; *Velu/Ergec*, Rz 367. In der deutschen Übersetzung kommt dieser Unterschied zwischen Art 2 4. ZPEMRK und Art 1 7. ZPEMRK nicht zum Ausdruck, weil hier wie dort von einem rechtmäßigen Aufenthalt die Rede ist.

76 Travaux préparatoires (FN 21), 496; RV 1202 BlgNR 11. GP, 12; EKMR, Fall *Udayanan und Sivakumaran*; Fall *Paramanathan*; Fall *Aygün*; VfSlg 8607/1979, 8611/1979; s auch VwGH 5. 5. 2000, 2000/19/0013, wonach ein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung aus Art 2 nicht ableitbar ist; s weiters *Pahr*, 191 f; *Tretter*, 670 f; *Seidl-Hobenveldern*, Die Freizügigkeit der Person und des Vermögens und das Auswanderungsrecht in Österreich, EuGRZ 1982, 385 (387); *derselbe*, Die Freizügigkeit der Person und des Vermögens und das Auswanderungsrecht, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), Grund- und

Da nach Art 2 Abs 1 nur der Aufenthalt rechtmäßig sein muss, ist die Zulässigkeit der **Einreise** für die Inanspruchnahme der Bewegungsfreiheit prinzipiell weder ausreichend noch erforderlich.⁷⁷ Den Staaten steht es aber frei, im Fall einer rechtswidrigen Einreise auch den nachfolgenden Aufenthalt für unzulässig zu erklären.⁷⁸ Regelt ein Staat aber beide Fragen unabhängig voneinander,⁷⁹ so ist für die Grundrechtsträgerschaft nur die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes entscheidend. Ungeachtet dessen muss der Grundrechtsträger, um sich rechtmäßig in einem Staat aufhalten zu können, faktisch in diesen Staat eingereist sein; passiert er die Einwanderungskontrolle unbehelligt, wird ihm aber unmittelbar danach eine Anordnung übergeben, die ihm die Einreise in den betreffenden Staat untersagt, so hat ein rechtmäßiger Aufenthalt in diesem Staat nie stattgefunden, sodass eine Berufung auf Art 2 Abs 1 erfolglos bleiben muss.⁸⁰

Die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes ist bei **eigenen Staatsangehörigen** stets zu bejahen: Einerseits darf ein Staatsangehöriger nämlich nach Art 3 Abs 1 4. ZPEMRK aus seinem Heimatstaat weder durch Einzel- noch durch Kollektivmaßnahmen ausgewiesen werden, andererseits darf ihm nach Art 3 Abs 2 4. ZPEMRK die Einreise in den Staat, dem er angehört, nicht verwehrt werden.⁸¹

Menschenrechte in Österreich, Bd 2, 1992, 535 (543); *Morscher*, Die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit des Liegenschaftsverkehrs in Österreich, EuGRZ 1983, 515 (519); *derselbe*, Die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit des Liegenschaftsverkehrs, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 2, 1992, 507 (518); *Thienel*, Die Schutzmaßnahmen nach § 38 Strahlenschutzgesetz, ÖJZ 1986, 737 (743); *Ermacora*, Rz 440, 443, 447; *Rosenmayr* (FN 50), 157 f; *Velu/Ergec*, Rz 367; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 560; *Muzak*, Aufenthaltsberechtigung (FN 74), 23; *Frowein/Peukert*, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 2; *van Dijk/van Hoof*, 667; *Berka*, Rz 439, 446 f; *Villiger* (FN 69), Rz 683; *Grabenwarter*, Rz 21; *Meyer-Ladewig* (FN 50), Art 2 4. ZPEMRK, Rz 3; *Öblinger*, Verfassungsrecht⁵, 2003, Rz 808.

⁷⁷ AA anscheinend *Merrills/Robertson*, 254, und *Jacobs/White*, 341, die einen Aufenthalt als rechtmäßig qualifizieren, wenn ein Fremder die Einreisebedingungen erfüllt hat; *Frowein/Peukert*, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 2, nehmen die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes bei Fremden nur an, „wenn sie rechtmäßig eingereist sind und solange die Aufenthaltserlaubnis gültig ist“; ähnlich *Gusy* (FN 50), Rz 8; s demgegenüber *Nowak*, Art 12, Rz 10, nach dem sich ein Fremder in einem Staat rechtmäßig iSd Art 12 Abs 1 IPBPR aufhält, wenn er „in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates eingereist ist und/oder im Besitz einer gültigen Aufenthaltsbewilligung (z.B. eines Sichtvermerks) ist“; s auch *denselben*, Art 13, Rz 7.

⁷⁸ S etwa § 31 Abs 1 Z 1 FrG, wonach Fremde sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, wenn sie unter Einhaltung der Bestimmungen über die Pass- und Sichtvermerkspflicht und ohne die Grenzkontrolle zu umgehen, eingereist sind. Dass es den Vertragsstaaten freisteht, die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes von der Rechtmäßigkeit der Einreise abhängig zu machen, gilt auch für Art 1 7. ZPEMRK, s dazu *Wiederin* (FN 74), 93.

⁷⁹ S etwa § 31 Abs 1 Z 4 FrG iVm § 19 Abs 2 AsylG, wonach Asylwerbern, die unter Umgehung der Grenzkontrolle oder entgegen den fremdenrechtlichen Bestimmungen über die Pass- und Sichtvermerkspflicht eingereist sind, eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung zuzuerkennen ist, wenn ihr Asylantrag zulässig und nicht offensichtlich unbegründet ist.

⁸⁰ EGMR, Fall *Piermont*, Z 49.

⁸¹ S auch *Tretter*, 670; *Ermacora*, Rz 437, 443, 445; *Frowein/Peukert*, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 2; *Mourgeon*, 1045; *Gusy* (FN 50), Rz 8; *Villiger* (FN 69), Rz 683; *Merrills/Robertson*, 254; *Jacobs/White*, 341; *Grabenwarter*, Rz 21; *Meyer-Ladewig* (FN 50), Art 2

Art 2

Zusammen genommen verschaffen diese Bestimmungen dem Staatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht in seinem Heimatstaat, schützen ihn allerdings nicht auch vor einer Auslieferung.⁸² Für österreichische Staatsbürger ist die Auslieferung aber ebenso wie deren Durchlieferung durch Österreich zufolge §§ 12 und 44 ARHG von Verfassungs wegen verboten; eine Ausnahme hiervon kann nur im Rang eines Verfassungsgesetzes normiert werden.⁸³ Selbst wenn ein österreichischer Staatsbürger in Anwendung einer solchen Ausnahmebestimmung aus Österreich ausgeliefert würde, könnte ihm die Einreise in seinen Heimatstaat nach Art 3 Abs 2 4. ZPEMRK nicht verwehrt werden. Wenn diesfalls auch eine neuerliche Auslieferung zulässig bliebe, wäre doch der Aufenthalt des Staatsbürgers in Österreich stets „rechtmäßig“ iSd Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK.

- 22** **Fremde** halten sich nach § 31 Abs 1 FrG rechtmäßig in Österreich auf, wenn sie unter Einhaltung der Bestimmungen über die Pass- und Sichtvermerkspflicht und ohne die Grenzkontrolle zu umgehen eingereist sind (Z 1), weiters wenn sie auf Grund eines Aufenthaltstitels oder einer Verordnung für Vertriebene (§ 29 FrG) zum Aufenthalt berechtigt sind (Z 2), wenn sie Inhaber eines von einem anderen Schengener Staat ausgestellten Aufenthaltstitels sind (Z 3), und schließlich auch, solange ihnen eine Aufenthaltsberechtigung nach dem AsylG zukommt (Z 4).

Ein Fremder, der sich „rechtmäßig“ iSd FrG in Österreich aufhält, erfüllt jedenfalls auch die Anspruchsvoraussetzungen des Art 2 Abs 1. Dies gilt zunächst für Personen, die auf Grund allgemein anerkannter Regeln des Völkerrechts, eines Staatsvertrages, eines Bundesgesetzes oder eines unmittelbar anwendbaren Rechtsaktes der EU in Österreich Sichtvermerks- und Niederlassungsfreiheit genießen (§ 30 Abs 1 FrG).⁸⁴ Rechtmäßig iSd Art 2 Abs 1 halten sich in Österreich weiters anerkannte Flüchtlinge und Asylwerber auf, denen eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach § 19 AsylG oder eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach § 15 AsylG zukommt. Schließlich erfüllen Fremde die Voraussetzungen des Art 2 Abs 1, wenn sie im Besitz eines Flugtransitvisums, eines Durchreisevisums, eines Reise- oder eines Aufenthaltsvisums (§ 6 FrG), einer Aufenthaltserlaubnis (§ 7 FrG), einer Niederlassungsbewilligung (§§ 17 ff FrG) oder eines Niederlassungsnachweises (§ 24 FrG) sind. Rechtswidrig wird der Aufenthalt eines Fremden mit dem Ablauf der Gültigkeitsdauer seiner Aufenthaltsberechtigung bzw mit der rechtskräftigen Versagung der Verlängerung (§ 31 Abs 4 FrG), mit der Ungültigerklärung (§ 16 FrG), der Ausweisung (§ 34 FrG), der Erlassung eines Aufenthaltsverbotes (§ 36 FrG), der Aberkennung des Asylrechts (§ 14 AsylG) oder dem Widerruf einer befristeten Aufenthaltsberechtigung (§ 15 Abs 3 AsylG), es sei denn, die Wirkung dieses späteren Bescheides wäre – etwa durch den Bescheid selbst oder durch die Erhebung eines Rechtsmittels – vorläufig

4. ZPEMRK, Rz 3; für Art 12 Abs 4 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 8; s weiters *van Dijk/van Hoof*, 668, die es als verwunderlich ansehen, dass Art 2 die Grundrechtsberechtigung des Staatsangehörigen nicht ausdrücklich festhält.

82 S dazu mwN *Pöschl*, Art 3 4. ZPEMRK, Rz 14, 22.

83 Zur Frage, ob das ARHG dem Staatsbürger ein verfassungsgesetzlich gewährleitetes Recht verschafft, *Morscher*, Verfassungsgesetzlich gewährleitetes Recht österr Staatsbürgerinnen und -bürger auf Nichtaus(durch)lieferung?, ÖJZ 2001, 621 (623 ff).

84 S dazu näher *Feik* (FN 50), 76 ff, 83 f.

aufgeschoben⁸⁵ oder an die Stelle des ungültig gewordenen Aufenthaltstitels wäre eine andere Aufenthaltsberechtigung getreten.

Fraglich ist, ob ein rechtmäßiger Aufenthalt iSd Art 2 Abs 1 auch vorliegt, wenn einem Fremden die Aufenthaltsberechtigung entzogen, aber nach § 56 Abs 2 FrG ein Abschiebungsaufschub bewilligt wird. Die EKMR hat in einem derartigen Fall die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes bejaht, solange der Fremde die Bedingungen erfüllt, unter denen ihm der weitere Verbleib im Hoheitsgebiet gestattet wurde.⁸⁶ ME ist auch ein Abschiebungsaufschub nach § 56 Abs 2 FrG in diesem Sinn zu beurteilen. Dass der Aufenthalt des Fremden diesfalls nach der Terminologie des FrG nicht „rechtmäßig“, sondern nur straffrei ist,⁸⁷ verschlägt für seine Rechtmäßigkeit iSd Art 2 Abs 1 wohl nichts. Auch wenn Art 2 Abs 1 nämlich mit dem Ausdruck „rechtmäßig“ auf die innerstaatliche Rechtsordnung verweist (Rz 13), kann es letztlich doch nicht darum gehen, ob die nationalen Gesetze einen Aufenthalt ihrerseits als „rechtmäßig“ bezeichnen, sondern nur darum, ob sie dem Betroffenen den weiteren Aufenthalt im Hoheitsgebiet gestatten oder nicht. Da ein Fremder sich während eines Abschiebungsaufschubes weiter in Österreich aufhalten darf, bleibt sein Aufenthalt mE sogar noch dann rechtmäßig iSd Art 2 Abs 1, wenn er die Auflagen, die dafür festgesetzt worden sind, nicht erfüllt. Rechtswidrig iS dieser Bestimmung wird sein Aufenthalt daher erst, wenn der Abschiebungsaufschub widerrufen worden oder wenn er abgelaufen ist.

Ob das Recht, sich im Hoheitsgebiet eines Staates frei zu bewegen, von **juristischen Personen** in Anspruch genommen werden kann, wurde im Zuge der Beratung des 4. ZPEMRK nicht erörtert, ist aber wohl zu bejahen, weil die Bewegungsfreiheit im Hinblick auf eine Sitzverlegung auch für juristische Personen in Betracht kommen kann;⁸⁸ insoweit steht ihrer Geltendmachung nach Wortlaut und Zielsetzung des Art 2 Abs 1 kein Hindernis entgegen.⁸⁹

⁸⁵ S auch *Tretter*, 686; für Art 12 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 10; allgemein zur Aufenthaltsbeendigung *Feik* (FN 50), 96 ff; dass eine Ausweisung unzulässig ist, wenn einer nach Art 144 B-VG erhobenen Bescheidbeschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt wird, hat der VfGH zB in VfSlg 14.448/1996 klargestellt.

⁸⁶ EKMR, Fall *Aygün*.

⁸⁷ § 31 iVm § 107 Abs 2 FrG; s auch *Feik* (FN 50), 95.

⁸⁸ Kein Argument ist in dieser Hinsicht allerdings aus dem Umstand zu gewinnen, dass eine Verletzung der Bewegungsfreiheit zufolge Art 6 4. ZPEMRK durch Individualbeschwerde geltend gemacht werden kann, die nicht auf natürliche Personen beschränkt ist, sondern nach Art 34 EMRK auch nichtstaatlichen Organisationen oder Personengruppen offen steht [so aber *Moser* (FN 49), 149 unter Bezugnahme auf Art 25 EMRK alt (Art 34 EMRK neu)]. Aus der prozessualen Befugnis, die Behauptung einer Rechtsverletzung an den EGMR heranzutragen, folgt nämlich keineswegs, dass die Verletzung jeden Rechts mit Erfolg behauptet werden kann. Sonst müsste eine juristische Person wegen Art 34 EMRK auch geltend machen können, iSd Art 3 EMRK unmenschlich oder erniedrigend behandelt worden zu sein.

⁸⁹ S auch *Moser* (FN 49), 149; auch für Art 4 StGG und Art 11 GG wird die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen bejaht, vgl für Art 4 StGG mwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 19; für Art 11 GG *Merten*, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts, 1969, 85; *Hailbronner* (FN 4), Rz 44; *Pernice* (FN 4), Rz 17; *Ziekow* (FN 1), 525 ff; *Dürig* (FN 23), Rz 42; *Krüger/Pagenkopf*, in: Sachs (Hrsg), Grundgesetz – Kommentar³, 2003, Art 11 GG, Rz 13. Allgemein zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen mwN *Berka*, Rz 166 ff.

Art 2

2. Sachlicher Schutzbereich

- 24** Art 2 Abs 1 garantiert das Recht, sich im Hoheitsgebiet eines Staates „frei zu bewegen“, sichert dem Grundrechtsträger also die Möglichkeit zu, nach Belieben „zu kommen und zu gehen“,⁹⁰ jeden Ort zu verlassen, sich an jeden Ort zu begeben und ungehindert von einem Ort zum anderen zu gelangen.⁹¹ Geschützt sind demnach die Freiheit des Wegzuges und des Zuzuges sowie der freie Zug selbst.

Die in Art 2 Abs 1 gewährte Freiheit besteht nur darin, „sich“ zu bewegen, sie betrifft also ihrem Wortlaut nach bloß die Person selbst, nicht auch ihr Vermögen.⁹² Dies bedeutet allerdings nicht, dass auf das Vermögen bezogene Maßnahmen mit Art 2 Abs 1 jedenfalls vereinbar sind: Ein Verbot, sein Vermögen mit sich zu führen, kann den Grundrechtsträger nämlich auch in seiner persönlichen Freizügigkeit beeinträchtigen und daher einen Eingriff in das durch Art 2 Abs 1 gewährte Recht begründen (Rz 35).

- 25** Welche Zwecke der Grundrechtsträger mit der Fortbewegung verfolgt, ist für die Anwendbarkeit des Art 2 Abs 1 mangels anderslautender Anordnung **gleichgültig**;⁹³ das bloße Umherziehen des Nichtsesshaften ist dieser Bestimmung daher ebenso zu subsumieren wie ein wirtschaftlich oder politisch motivierter Ortswechsel und wie eine Fortbewegung, die dazu dient, ein anderes Grundrecht wahrzunehmen. Begibt sich daher jemand an einen Ort, um an einer Versammlung teilzunehmen, eine religiöse Veranstaltung zu besuchen oder um bei seiner Familie zu sein, dann ist der Schutzbereich des Art 2 Abs 1 berührt, mag diese Bewegung auch zugleich dem Anwendungsbereich eines anderen Grundrechts unterfallen.⁹⁴
- 26** Fraglich ist, ob Art 2 Abs 1 nur die **Bewegung als solche** schützt oder auch eine bestimmte Form der Fortbewegung bzw die Mittel, die für diese Bewegung in Anspruch genommen werden. Die Konventionsorgane haben sich zu dieser Frage noch nicht direkt geäußert. Als sich ein Haftentlassener allerdings über die ihm auferlegte Pflicht beschwerte, an einem bestimmten Ort zu leben, jeden Adresswechsel bekannt zu geben, sich jede zweite Woche bei Gericht zu melden und zudem seinen Pass und seinen Führerschein abzugeben, qualifizierte die

⁹⁰ EGMR, Fall *Raimondo*, Serie A Nr 281-A = ÖJZ 1994, 561 (Z 39): „freedom to come and go as he pleased“.

⁹¹ S auch *Tretter*, 671; s weiters EGMR, Fall *Piermont*, Z 44: „The applicant had been able to move around Polynesia as she wished ...“.

⁹² S auch die Entscheidung der EKMR, Appl 10.653/83, DR 42, 224, derzufolge das in Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK garantierte Recht, jedes Land zu verlassen, nicht auch das Recht einschließt, sein gesamtes Vermögen ohne Beschränkungen mit sich zu nehmen (dazu noch Rz 50 FN 190, Rz 56); s weiters *Mourgeon*, 1045. S demgegenüber Art 4 Abs 1 StGG, der neben der Freizügigkeit der Person auch die Freizügigkeit des Vermögens gewährt, dazu näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 25 ff.

⁹³ Eine derartige Zweckneutralität ist auch für Art 4 Abs 1 StGG und Art 11 Abs 1 GG anzunehmen, s dazu mwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 21, 24; *Krüger/Pagenkopf* (FN 89), Rz 17.

⁹⁴ S auch *Reid* (FN 50), 246 f.

EKMR diese Sicherheitsleistungen, „insofar as they restricted the applicant's choice of residence and his freedom to move within the country and abroad“ als gerechtfertigt iSd Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK⁹⁵ – sie ließ also offen, ob jede einzelne dieser Maßnahmen in die Rechte des Art 2 eingreift. Dies war wohl vor allem im Hinblick auf die Entziehung des Führerscheins fraglich; denn durch sie wird nicht die Bewegung als solche, sondern nur die Benützung eines bestimmten Fortbewegungsmittels beschränkt.

Der VfGH versteht die in Art 4 Abs 1 StGG gewährte Bewegungsfreiheit jedenfalls nur in dem zuerst genannten engeren Sinn. Das Verbot, ein bestimmtes Fahrzeug auf einer Straßenstrecke zu benützen, fällt demnach nicht unter den Schutzbereich des Art 4 Abs 1 StGG, weil es den Grundrechtsträger nur in der Wahl des Verkehrsmittels beschränkt, sein Recht, sich an einen anderen Ort zu begeben, aber nicht beeinträchtigt;⁹⁶ nicht berührt ist Art 4 Abs 1 StGG nach dieser Judikatur auch durch die Versagung oder Abnahme des Führerscheins,⁹⁷ durch das Verbot, eine Skischleppliftanlage zu betreiben (VfSlg 4395/1963) oder die Untersagung von Bedarfsflügen eines Luftbeförderungsunternehmens (VfSlg 8499/1979).

ME ist auch Art 2 Abs 1 in diesem restriktiven Sinn auszulegen; denn die dort garantierte Freiheit, „sich ... zu bewegen“ besteht, solange der Grundrechtsträger die Möglichkeit hat, – auf welche Weise und mit welchen Mitteln immer – von einem Ort zum anderen zu gelangen. Kann allerdings ein Ort nur mit einem ganz bestimmten Mittel oder nur auf einem einzigen Weg erreicht werden, so wird durch das Verbot, dieses Mittel oder diesen Weg zu benützen, auch die Bewegung an sich vereitelt. In diesen (seltenen) Fällen ist daher anzunehmen, dass Art 2 Abs 1 auch die Benützung eines bestimmten Beförderungsmittels oder Verkehrsweges schützt.⁹⁸

Die Bewegungsfreiheit ist jedem, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, „dort“, also nur in diesem Gebiet und nicht auch im Territorium jedes anderen Vertragsstaates gewährt. Das Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates und jene Hoheitsgebiete, für deren internationale Beziehungen er verantwortlich ist, werden dabei nach Art 5 Abs 4 4. ZPEMRK als getrennt betrachtet. Wer sich rechtmäßig im Mutterland aufhält, ist daher nicht automatisch auch zur freien Bewegung in dessen Kolonie berechtigt und umgekehrt. Aber auch innerhalb des jeweils maßgeblichen Hoheitsgebietes kann die Freiheit des Art 2 Abs 1 nur insoweit in Anspruch genommen werden, als der rechtmäßige Aufenthalt des Grundrechtsträgers reicht: Wird einem Fremden daher eine Aufenthaltsberechtigung nur für einen Teil des Staatsgebietes erteilt (Rz 17), so gilt auch das Recht, sich frei zu bewegen, bloß in diesem Bereich. Die räumlich beschränkte Aufenthaltserlaubnis kann daher nicht unter Berufung auf Art 2 Abs 1 über ihren örtlichen Geltungsbereich hinaus auf das gesamte Hoheitsgebiet ausgedehnt werden.⁹⁹

⁹⁵ EKMR, Fall *Schmid*.

⁹⁶ VfSlg 4243/1962, 7361/1974, 8086/1977, 8689/1979, 14.169/1995.

⁹⁷ VfSlg 4043/1961, 8669/1979.

⁹⁸ Gleiches gilt mE auch für Art 4 Abs 1 StGG, s dazu *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 27 f.

⁹⁹ EKMR, Fall *Udayanan* und *Sivakumaran*; Fall *Paramanathan*; Fall *Aygun*; s auch *Villiger* (FN 69), Rz 683.

Art 2

Soweit die Aufenthaltsberechtigung aber reicht, gilt die Freiheit der Bewegung überall, also am Land ebenso wie am Wasser oder in der Luft.¹⁰⁰

- 28** Art 2 Abs 1 garantiert nur die freie Bewegung innerhalb der Vertragsstaaten, nicht aber zwischen ihnen.¹⁰¹ Weder die Einreise in einen Staat noch die Ausreise aus ihm ist Gegenstand des Art 2 Abs 1, und auch ein Recht auf Aufenthalt im Staat wird, wie bereits mehrfach erwähnt wurde, in Art 2 Abs 1 nicht garantiert, sondern vorausgesetzt.¹⁰² **Einreise, Aufenthalt und Ausreise** werden durch **andere Bestimmungen** des 4. ZPEMRK geregelt: Art 2 Abs 2 garantiert jedermann das Verlassen eines Staates, Art 3 gewährt dem Staatsbürger ein Recht auf Einreise und Aufenthalt in seinem Heimatstaat, und Art 4 schützt Fremde immerhin vor kollektiver Ausweisung. Die Einzelausweisung Fremder ist durch das 4. ZPEMRK hingegen nicht verboten; ihr können aber andere Konventionsrechte entgegenstehen, etwa das in Art 3 EMRK garantierte Recht, keiner unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung unterworfen zu werden, oder das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK), zu beachten sind weiters die Verfahrensgarantien des Art 1 7. ZPEMRK.¹⁰³
- 29** Art 2 Abs 1 erklärt in seinem ersten Tatbestand die Bewegung innerhalb des Staatsgebietes für frei, **nicht** aber die **Wohnsitznahme** an jedem beliebigen Ort desselben; dieses Recht wird erst im zweiten Tatbestand des Art 2 Abs 1 gewährt (Rz 37 ff). Allerdings kann eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit auch zu einer Einengung der Wohnsitzfreiheit führen, weil die Begründung eines neuen Wohnsitzes voraussetzt, dass man seinen bisherigen Aufenthaltsort verlassen und sich an den Ort seiner Wahl begeben kann. Umgekehrt kann aber auch ein Eingriff in die Wohnsitzfreiheit mit einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit einhergehen, so etwa, wenn der Staat jemandem die Beibehaltung seines bisherigen Wohnsitzes untersagt, ihn also dazu zwingt, einen neuen Aufenthaltsort aufzusuchen.¹⁰⁴ Die enge innere Verbindung dieser beiden Rechte (Rz 7) geht allerdings nicht so weit, dass ein Eingriff in die eine Freiheit notwendig auch die andere Freiheit berührt; wird jemandem etwa die Wohnsitznahme an einem bestimmten Ort vorgeschrieben, so ist dadurch allein seine Bewegungsfreiheit in keiner Weise eingengt.¹⁰⁵
- 30** In welchem Verhältnis die in Art 2 Abs 1 garantierte Bewegungsfreiheit zum **Recht auf persönliche Freiheit** steht, wird in Lehre und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.

¹⁰⁰ *Mourgeon*, 1045.

¹⁰¹ *Schermers* (FN 72), 237.

¹⁰² S dazu die Nachweise in FN 76.

¹⁰³ ZB EKMR, Fall *Lynas*, DR 6, 141; EGMR, Fall *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, Serie A Nr 94 = EuGRZ 1985, 567 (Z 60); s auch mwN *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 52, 89 f; *Muzak*, Art 1 7. ZPEMRK, Rz 1.

¹⁰⁴ Noch stärker verbunden sind – ungeachtet ihrer getrennten Regelung – die in Art 4 Abs 1 StGG garantierte Freizügigkeit der Person und das in Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG statuierte Recht, an jedem Ort des Staatsgebietes nicht nur seinen Wohnsitz, sondern auch seinen Aufenthalt zu nehmen; s dazu *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 22.

¹⁰⁵ *Mourgeon*, 1047.

Ein Teil der Literatur versteht Art 5 EMRK als *lex specialis* zu Art 2,¹⁰⁶ vereinzelt sieht sie umgekehrt in Art 2 eine *lex specialis* zu Art 5 EMRK,¹⁰⁷ zum Teil wird im Schrifttum aber auch angenommen, die Bewegungsfreiheit schließe die persönliche Freiheit ein und gehe über sie hinaus, sodass eine Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK immer auch in die durch Art 2 gewährte Freizügigkeit eingreife.¹⁰⁸

Welchen Standpunkt die Judikatur in dieser Hinsicht einnimmt, ist unklar. Die Konventionsorgane haben zwar immer wieder betont, dass Art 5 EMRK nicht vor jeglicher Beschränkung der Bewegungsfreiheit schützt, wie sie in Art 2 garantiert ist.¹⁰⁹ Dieser Aussage ist aber nur zu entnehmen, dass ein Eingriff in Art 2 noch nicht notwendig als Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK zu qualifizieren ist;¹¹⁰ dass umgekehrt eine Freiheitsentziehung auch als Eingriff in die Bewegungsfreiheit gewertet wird, ist dadurch nicht ausgeschlossen. Ob der EGMR von einer teilweisen Überschneidung oder von einer Exklusivität der Schutzbereiche des Art 5 EMRK und Art 2 ausgeht, bleibt auch offen, wenn er feststellt, dass es im Fall einer Verletzung des Art 5 EMRK nicht erforderlich sei, die Anwendbarkeit des Art 2 zu prüfen.¹¹¹ Demgegenüber hat die EKMR zwar nicht zu Art 2 Abs 1, wohl aber zu Art 2 Abs 2 festgestellt, dass die mit einer rechtmäßigen Inhaftierung einhergehende Beschränkung der Ausreisefreiheit in Art 2 Abs 3 Deckung finde,¹¹² was voraussetzt, dass eine Inhaftierung nicht nur dem Art 5 EMRK unterfällt, sondern auch als Eingriff in die Ausreisefreiheit zu qualifizieren ist. Begründend verweist die EKMR auf die Materialien, denen zufolge Maßnahmen der Strafverfolgung („need to punish crime“ bzw. „répres-

106 *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 560; *Kopetzki*, Das Recht auf persönliche Freiheit, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd 3, 1997, 261 (293 FN 140); *derselbe*, Vorbemerkungen PersFrG, Rz 19; *derselbe*, Art 1 PersFrG, Rz 18, 21 ff, 78; und wohl auch *Berka*, Rz 440, demzufolge eine zulässigerweise verhängte Haft nicht in die Freizügigkeit eingreift. Die Subsidiarität des Art 2 Abs 2 gegenüber Art 5 EMRK nimmt auch *Villiger* (FN 69), Rz 683 FN 41, an, dies allerdings unter Berufung auf EGMR, Fall *Bozano*, Serie A Nr 111 = EuGRZ 1987, 101 (zu diesem Urteil sogleich bei FN 111).

107 *Moser* (FN 49), 147; möglicherweise auch *Nedjati*, Human Rights under the European Convention, 1978, 135, der die Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit als einen Teilaspekt des in Art 5 EMRK garantierten Rechts auf persönliche Freiheit ansieht; s weiters *Reid* (FN 50), 245.

108 So wohl *Tretter*, 673, nach dem Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, die sich aus einem nach Art 5 EMRK erlaubten Freiheitsentzug ergeben, auch von Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK gedeckt sind; *Rosenmayr* (FN 50), 158, demzufolge ein und dieselbe Maßnahme sowohl in Art 5 EMRK als auch in Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK eingreifen kann; ebenso für den IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 11; s auch *Jacobs/White*, 341, nach denen die Unmöglichkeit, ein Land zu verlassen, in Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK Deckung findet, wenn sie die Folge einer Inhaftierung ist.

109 EKMR, Fall *Aygin*; Fall *Ciancimino*; Appl 16.360/90, DR 76, 13; EGMR, Fall *Engel*, Serie A Nr 22 = EuGRZ 1976, 224 (Z 58); Fall *Guzzardi*, Z 92; Fall *Ashingdane*, Z 41; Fall *Raimondo* (FN 90), Z 39; Fall *Amuur*, ÖJZ 1996, 956 = EuGRZ 1996, 577 = RJD 1996-III, 826 (Z 42); s auch OGH, EvBl 224/1971.

110 S auch *Frowein/Peukert*, Art 5 EMRK, Rz 7; zustimmend OGH, EvBl 1997/60.

111 S etwa EGMR, Fall *Bozano* (FN 106), Z 63.

112 EKMR, Appl 4256/69, CD 37, 67; Appl 7680/76, DR 9, 190; Appl 10.893/84, DR 45, 198.

Art 2

sion de la délinquance“) durch den in Art 2 Abs 3 genannten Eingriffsgrund des „ordre public“ gerechtfertigt sind (Rz 60).¹¹³ Dass das Expertenkomitee bei dieser Feststellung wirklich Freiheitsentziehungen iSd Art 5 EMRK vor Augen hatte, erscheint allerdings zweifelhaft: Zum einen führen Maßnahmen der Strafverfolgung nämlich keineswegs notwendig zu einer Freiheitsentziehung; zahlreiche Beispiele aus der Judikatur belegen vielmehr, dass im Interesse der Strafverfolgung auch bloß die Bewegungsfreiheit beschränkt werden kann (Rz 32). Zum anderen wäre nur schwer einzusehen, warum eine Freiheitsentziehung, die ohnehin schon den Voraussetzungen des Art 5 EMRK genügen muss, durch das 4. ZPEMRK an eine gesetzliche Grundlage und eine Rechtfertigung durch den „ordre public“ gebunden werden sollte, also an Bedingungen, die weit weniger streng sind als jene des Art 5 EMRK. Dass eine Freiheitsentziehung dem Betroffenen die Möglichkeit nimmt, sich frei zu bewegen, lässt daher wohl nicht den Schluss zu, dass sie auch im technischen Sinn in die Rechte des Art 2 eingreift. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Entziehung der persönlichen Freiheit als eine besonders qualifizierte Form der Bewegungsbeschränkung durch Art 5 EMRK einer eigenständigen und **spezielleren** Regelung unterworfen wurde, die durch Art 2 um den Schutz vor weniger gravierenden Bewegungsbeschränkungen ergänzt worden ist. In diese Richtung weist auch, dass das 4. ZPEMRK seiner Präambel zufolge Rechte und Freiheiten garantieren soll, die in der EMRK und im 1. ZPEMRK „noch nicht enthalten sind“. Ist eine Maßnahme daher als Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK zu qualifizieren, so kommt ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit des Art 2 nicht mehr in Betracht.

Soweit eine Bewegungsbeschränkung nicht von Art 5 EMRK erfasst ist, wohl aber vom PersFrG, unterfällt sie zwar dem Art 2 Abs 1; ihre Zulässigkeit richtet sich diesfalls jedoch nach den strengeren und daher günstigeren Bestimmungen des PersFrG.¹¹⁴

3. Eingriffsvoraussetzungen

- 31** Ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit liegt jedenfalls vor, wenn eine Handlung, die dem sachlichen Schutzbereich dieses Grundrechts unterfällt, **unmittelbar** beeinträchtigt wird, wenn ein Gesetz oder Vollziehungsakt also die Bewegung der Person als solche untersagt oder von einer Genehmigung abhängig macht. Ein derartiger Eingriff kann die freie Bewegung des Grundrechtsträgers auf einen bestimmten Ort reduzieren, ihn darin also einschließen, sie kann ihm aber auch den Zugang zu einem bestimmten Ort verwehren, ihn aus diesem also ausschließen. Denkbar ist schließlich, dass gerade die Bewegung zwischen zwei Orten untersagt oder beeinträchtigt wird. Je kleiner der Bewegungsradius des Grundrechtsträgers durch eine solche Maßnahme wird, desto schwerer wiegt im Regelfall der Eingriff.
- 32** Eine besonders gravierende Form des Eingriffes liegt vor, wenn dem Grundrechtsträger der **Wegzug** aus einem bestimmten Ort oder Gebiet untersagt wird. Ein

¹¹³ Vgl EKMR, Appl 4256/69, CD 37, 67, sowie Travaux préparatoires (FN 21), 358, 501; RV 1202 BlgNR 11. GP, 14 f; zustimmend *Tretter*, 673 FN 29; *Jacobs/White*, 341.

¹¹⁴ S auch *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 23.

solcher Eingriff kann einer Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK nahe kommen, ist von dieser jedoch, wie erwähnt (Rz 30), abzugrenzen. Die Freiheitsentziehung unterscheidet sich von der bloßen Beschränkung der Bewegungsfreiheit nicht in der Natur, sondern bloß in der Intensität des Eingriffes.¹¹⁵ Welches dieser beiden Rechte betroffen ist, lässt sich nach der Judikatur des EGMR nur im Einzelfall feststellen und richtet sich insbesondere nach der Art, der Dauer, den Auswirkungen und den Umständen der Ausführung einer konkreten Maßnahme.¹¹⁶

In Anwendung dieser Kriterien qualifizierte der EGMR das Festhalten mehrerer Asylwerber in der Transitzone wegen der praktisch nicht bestehenden Ausreisemöglichkeit als einen Eingriff in die persönliche Freiheit,¹¹⁷ gleich beurteilt wurde die Verbannung eines mutmaßlichen Mafiamitgliedes auf eine Insel im Hinblick auf die Dauer der Maßnahme (16 Monate), die ständige Überwachung des Verbannten und dessen weitgehende Isolierung von sozialen Außenkontakten.¹¹⁸ Als derselbe Verdächtige in eine Gemeinde verbannt und dort besonders überwacht wurde, nahm die Judikatur hingegen nur eine Einschränkung der Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit an.¹¹⁹ Auch ein Ausgangsverbot während der Nachtstunden und die Pflicht, seine Wohnung tagsüber nicht ohne Verständigung der Behörde zu verlassen, wurde als Eingriff in die Bewegungsfreiheit qualifiziert,¹²⁰ und zwar auch dann, wenn zu diesen Beschränkungen eine wöchentliche Berichtspflicht und das Verbot trat, in Bars zu gehen und öffentliche Veranstaltungen zu besuchen.¹²¹ Einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit konstatierte der EGMR ferner, als jemand bis zum Eintritt der Rechtskraft seiner Verurteilung aus der Haft entlassen, aber unter Hausarrest gestellt wurde.¹²² Ein Eingriff in die Freizügigkeit wurde weiters in der Anordnung gesehen, einen bestimmten Wohnsitz beizubehalten, jeden Adresswechsel bekannt zu geben, sich im Abstand von zwei Wochen bei Gericht zu melden und den Pass sowie den Führerschein

115 S zB EGMR, Fall *Guzzardi*, Z 93; Fall *Ashingdane*, Z 41; Fall *Amuur* (FN 109), Z 42.

116 S zB EGMR, Fall *Guzzardi*, Z 92; Fall *Ashingdane*, Z 41; Fall *Amuur* (FN 109), Z 42; s auch EGMR, Fall *Engel* (FN 109), Z 59; weiters *Frowein/Peukert*, Art 5 EMRK, Rz 9 ff; kritisch zu dieser Judikatur *Kopetzki*, in: Machacek/Pahr/Stadler (FN 106), 296 f; *derselbe*, Art 1 PersFrG, Rz 24.

117 EGMR, Fall *Amuur* (FN 109); ihm folgend VfSlg 15.465/1999; die Anordnung, sich an einem bestimmten Ort im Grenzkontrollbereich aufzuhalten, kann allerdings auch bloß ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit sein: s für § 19 Abs 1 AsylG auch *Feik* (FN 50), 120.

118 EGMR, Fall *Guzzardi*, Z 94 f; s allerdings auch das Sondervotum des Richters *Fitzmaurice*, der aus der Existenz des Art 2 ableitet, dass Art 5 EMRK eng auszulegen ist und daher eine Freiheitsentziehung verneint (EuGRZ 1983, 642 f); für einen Eingriff in Art 2 Abs 1 spricht sich vorsichtig auch *Matscher* in einem Sondervotum aus (EuGRZ 1983, 644); vgl auch *denselben*, Vertragsauslegung durch Rechtsvergleichung in der Judikatur internationaler Gerichte, vornehmlich vor den Organen der EMRK, FS Mosler, 1983, 545 (554); einen Eingriff in Art 2 bejaht auch *Hofmann* in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung: EuGRZ 1983, 644 (645).

119 EGMR, Fall *Guzzardi*, Z 94, unter Hinweis auf EKMR 5. 10. 1977, Appl 7960/77.

120 EGMR, Fall *Raimondo* (FN 90), Z 39.

121 EGMR, Fall *Labita*, Z 193.

122 EGMR 6. 6. 2002, Fall *Karalevicius*, Appl 53.254/99.

Art 2

abzugeben,¹²³ ebenso in der Anordnung, seinen Wohnsitz in einem bestimmten Gebiet zu nehmen und sich regelmäßig bei den zuständigen Behörden zu melden,¹²⁴ und auch in der Pflicht eines Gemeinschuldners, sich aus einem bestimmten Gebiet nicht ohne Genehmigung des Konkursgerichtes zu entfernen.¹²⁵

Gleich zu beurteilen wären auch Bewegungsbeschränkungen, die Militärangehörigen aus disziplinären Gründen auferlegt werden,¹²⁶ Quarantänemaßnahmen¹²⁷ oder das Verbot, sich von seinem Dienstort zu entfernen.¹²⁸ Ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit liegt aber auch vor, wenn jemand daran gehindert wird, ein Schiff zu verlassen und an Land zu gehen,¹²⁹ oder wenn sich ein Grundrechtsträger aus einem polizeilich umstellten Demonstrantenlager nicht mehr entfernen kann.¹³⁰

- 33** Weniger schwer wiegen Bewegungsbeschränkungen, die nur den **Zugang** zu einem bestimmten Ort oder Gebiet untersagen, etwa, weil von dort Gefahren herrühren oder weil dieser Platz für die Erhaltung der Gesundheit bedeutsam ist. Hierher gehört ein Platzverbot nach § 36 SPG¹³¹ oder sonst erlassene Verbote, Erdbeben-, Erdbeben-, Lawinengefahrenzonen und andere Katastrophengebiete zu betreten, ebenso wie die Evakuierung derartiger Regionen. Zu denken ist weiters an das Verbot, in militärische Sicherheitszonen einzudringen, aber auch an Freizügigkeitsbeschränkungen in Naturschutz-, Erholungs- und Aufforstungsgebieten.¹³²

123 EKMR, Fall *Schmid* (s aber auch Rz 26 bei FN 95); s auch EKMR, Appl 10.307/83, DR 37, 113.

124 EKMR, Appl 10.078/82, DR 41, 103; s auch EKMR, Fall *Kalibi*, Appl 26.714/95.

125 EKMR, Appl 8988/80, DR 24, 198.

126 *Moser* (FN 49), 150 FN 554; *Nowak*, Art 12, Rz 34; s etwa den leichten und verschärften Arrest, über den sich niederländische Soldaten im Fall *Engel* (FN 109) beschwerten: Die über sie verhängte Pflicht, sich während der dienstfreien Zeit zu Hause oder in einem Militärgelände oder -quartier aufzuhalten (leichter Arrest) bzw in einem besonders bezeichneten Lokal zu bleiben, das zu einem Besuch der Kantine, des Kinos oder der Aufenthaltsräume nicht verlassen werden durfte (verschärfter Arrest), wertete der EGMR in der genannten Entscheidung (Z 61 f) nicht als Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK; eine Verletzung des Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK wurde von den Beschwerdeführern nicht geltend gemacht, wohl, weil die Niederlande das 4. ZPEMRK zum damaligen Zeitpunkt noch nicht ratifiziert hatten.

127 S für Art 12 IPBPR *Jagerskiold* (FN 1), 175; *Nowak*, Art 12, Rz 39, 44; für Art 4 Abs 1 StGG auch *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 30.

128 Vgl § 55 Abs 3 BDG; s auch *Klecatsky*, Über die körperliche Bewegungsfreiheit Ordentlicher Universitätsprofessoren, FS Strasser, 1983, 741 (754).

129 S das Erkenntnis VfSlg 11.397/1987, in dem der VfGH allerdings nur auf Art 4 StGG Bezug nimmt und bereits die Grundrechtsträgerschaft verneint; dazu näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 16 f, 30.

130 S das Erkenntnis VfSlg 10.916/1986, in dem der VfGH eine Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK verneinte, eine Internierung iSd § 5 PersFrG 1862 in Erwägung zog und die Gründe, die für ihre Zulässigkeit sprachen, auch der Behauptung einer Freizügigkeitsverletzung entgegenhielt.

131 *Berka*, Rz 445; s auch *Grabenwarter*, Rz 22.

132 S auch *Moser* (FN 49), 150 FN 554; *Thienel* (FN 76), 743; *Grabenwarter*, Rz 22; *Nowak*, Art 12, Rz 34, 36, 39.

Zugangsverbote oder -beschränkungen müssen sich keineswegs immer an die Allgemeinheit richten; sie können auch nur für einen Einzelnen gelten. Dementsprechend wurde ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit bejaht, als einem Abtreibungsgegner verboten wurde, sich in die unmittelbare Nähe einer Klinik zu begeben, vor der er früher Anti-Abtreibungs-Material verteilt hatte.¹³³ Ein Eingriff liegt weiters vor, wenn jemandem für eine gewisse Zeit untersagt wird, einen Stadtteil zu betreten,¹³⁴ oder wenn ihm der Besuch von Gast- und Schankbetrieben versagt wird,¹³⁵ wenn ein Grundrechtsträger nach § 180 Abs 5 Z 3 StPO oder § 51 Abs 2 StGB angewiesen wird, eine bestimmte Wohnung oder bestimmte Orte zu meiden,¹³⁶ wenn über ihn eine Wegweisung bzw ein Betretungsverbot nach § 38a SPG oder § 382b EO verhängt wird,¹³⁷ und auch, wenn er daran gehindert wird, in eine Gemeinde, einen Bezirk oder ein Bundesland einzureisen oder wenn er aus diesen Gebieten ausgewiesen wird.¹³⁸ Auch Maßnahmen, die die Einreise in das Bundesgebiet verhindern sollen, können grundsätzlich in die Bewegungsfreiheit eingreifen, sofern sich der Einreisewillige bereits im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates befindet und nicht ohnedies eine Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK vorliegt; allerdings wird in einem derartigen Fall die Berufung auf Art 2 Abs 1 häufig an der fehlenden Rechtmäßigkeit des Aufenthalts scheitern.¹³⁹

Ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit liegt schließlich auch dann vor, wenn zwar nicht der Wegzug aus einem Ort oder der Zuzug in diesen beschränkt wird, aber doch der **freie Zug** an sich oder zwischen zwei Orten. Ein solcher Eingriff war zu konstatieren, als mehreren Zyprioten die freie Bewegung zwischen dem Nord- und dem Südteil ihres Landes untersagt oder zumindest erheblich erschwert wurde;¹⁴⁰ er läge aber auch vor, wenn ein Staat dem Landstreicher das Umherziehen, dem Touristen das Reisen, dem Erwerbstätigen das Pendeln untersagt oder jemandem ausdrücklich vorschreibt, auf welchem Weg er ein Bundesland verlassen soll.¹⁴¹

Fraglich ist, ob ein Eingriff auch vorliegt, wenn die Bewegung zwar nicht verboten oder von einer Genehmigung abhängig gemacht wird, wenn der Staat an die Ausübung der Bewegungsfreiheit aber doch **nachteilige Rechtsfolgen** knüpft.

133 EKMR, Fall *van den Dungen*.

134 EGMR, Fall *Olivieira*, Z 39; Fall *Landvreugd*, Z 46.

135 Der VfGH thematisierte hier nur einen Eingriff in Art 4 StGG: VfSlg 7379/1974, 7686/1975.

136 S für Art 4 Abs 1 StGG Pöschl, Art 4 StGG, Rz 30.

137 *Kneibs/Pleiß*, Wegweiserecht und Rückkehrverbot: Sicherheitspolizeiliches Einschreiten bei Gewalt „in Wohnungen“, JRP 1997, 102 (116); s auch *Kopetzki*, Art 1 PersFrG, Rz 21.

138 Vgl *Kopetzki*, Art 1 PersFrG, Rz 22.

139 S auch *Kriebaum*, Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, in: Grabenwarter/Thienel (Hrsg), Kontinuität und Wandel der EMRK, 1998, 71 (84), sowie die in FN 117 genannten Entscheidungen.

140 EGMR 23. 5. 2001, Fall *Denizci* ua, Appl 25.316/94 ua, Z 403 f.

141 S für Art 4 StGG das noch vor dem Inkrafttreten des 4. ZPEMRK gefällte Erkenntnis VfSlg 2611/1953, sowie Pöschl, Art 4 StGG, Rz 30.

Art 2

ME ist die Eingriffsqualität derartiger Maßnahmen nicht von vornherein zu verneinen, weil sie die Freiheit des Grundrechtsträgers im Ergebnis gleich gravierend einengen können wie ein mehr oder weniger strikt geltendes Bewegungsverbot. Soll der Schutz des Art 2 Abs 1 effizient, also nicht von legislativen Zufällen oder Kunstgriffen abhängig sein, so ist ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein Ortswechsel mit Rechtsfolgen verbunden ist, die die Inanspruchnahme der Bewegungsfreiheit unzumutbar machen oder doch spürbar erschweren.¹⁴² Dies wäre etwa der Fall, wenn dem Grundrechtsträger im Fall seines Abzuges ein „Abfahrtsgeld“ abverlangt oder wenn ihm verboten würde, sein Hab und Gut mitzunehmen (Rz 24).¹⁴³

- 36** Wesentlich zurückhaltender wird man demgegenüber die Eingriffsqualität einer Maßnahme beurteilen müssen, die die Bewegung nicht unmittelbar untersagt oder mit nachteiligen Rechtsfolgen verknüpft, sondern nur **mittelbare oder faktische** Folgen für die Freizügigkeit zeitigt. Da eine rechtliche Wirkung auf den Schutzbereich des Art 2 Abs 1 diesfalls fehlt, müssen andere Momente vorliegen, um eine Zurechnung an den Staat zu rechtfertigen, etwa die besondere Intensität der Beeinträchtigung,¹⁴⁴ ihre Vorhersehbarkeit oder die Kürze der Kausalkette zwischen der hoheitlichen Maßnahme und der Wirkung für den Betroffenen.¹⁴⁵

Dass nicht jeder staatliche Akt, der sich irgendwie auf die Mobilität eines Menschen auswirkt, sogleich im technischen Sinn in dessen Bewegungsfreiheit eingreift, wurde wohl auch bei der Beratung des 4. ZPEMRK angenommen; dementsprechend wird in den Materialien festgestellt, dass Art 2 Abs 1 niemandem das Recht verschafft, eine Arbeitsgenehmigung zu bekommen oder seinen Arbeitsplatz frei zu wählen.¹⁴⁶ Zu Recht hat der VfGH daher die Versagung einer Arbeitserlaubnis nicht als Eingriff in Art 2 Abs 1 qualifiziert (VfSlg 14.049/1995), mag der Betroffene durch diese Versagung auch faktisch gezwungen sein, sich zu Erwerbszwecken an einen anderen Ort des Staatsgebietes zu begeben. Auch die Konventionsorgane tendieren dazu, faktische bzw mittelbare Beeinträchtigungen der Bewegung nicht an Art 2 Abs 1 zu messen: Kein Eingriff in die Bewegungs-

¹⁴² Dies gilt mE auch für Art 4 Abs 1 StGG, s dazu *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 33; gleichsinnig für Art 11 Abs 1 GG *Ziekow* (FN 1), 545 f.

¹⁴³ S zur Bedeutung des Abfahrtsgeldes für die Freizügigkeit mwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 1, 33; s aus historischer Sicht auch *Scheuner* (FN 1), 219.

¹⁴⁴ Dieses Kriterium hat auch der VfGH als relevant erkannt, zumindest andeutungsweise in den Erkenntnissen VfSlg 7135/1973 und 8566/1979 betreffend die in Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG garantierte Niederlassungsfreiheit; deutlicher aber in den Entscheidungen VfSlg 3968/1961 und 11.864/1988, denen zufolge eine „Erdrosselungssteuer“ als Eingriff in die Erwerbsfreiheit anzusehen ist, obwohl sie die Inanspruchnahme dieses Grundrechts bloß faktisch beeinträchtigt; s weiters VfSlg 8984/1980 sowie 9721/1983.

¹⁴⁵ S allgemein *Holoubek*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol, 1990, 68 f; *Potacs*, Grundrechtsschutz für motorisierten Individualverkehr in Österreich?, ZfV 1994, 553 (554); *Kneibs*, Grundrechte und Sterbehilfe, 1998, 158; *Berka*, Rz 250 f; s auch exemplarisch für die deutsche Lehre *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970; *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, DVBl 1988, 373; *Schwabe*, Nochmals: „Der ‚mittelbare‘ Grundrechtseingriff“, DVBl 1988, 1055.

¹⁴⁶ Travaux préparatoires (FN 21), 499; RV 1202 BlgNR 11. GP, 13.

freiheit wurde etwa in der bloßen Pflicht gesehen, einen Identitätsnachweis bei sich zu führen und diesen über Aufforderung vorzuweisen, auch wenn, wie der Beschwerdeführer vorbrachte, die Kontrolle dieses Nachweises die Bewegung des Kontrollierten unterbricht, oder ihn, wenn er keine Karte bei sich hat, am Zugang zu bestimmten Orten überhaupt hindert.¹⁴⁷ Ob in die Bewegungsfreiheit durch ein über 10 Jahre dauerndes Konkursverfahren eingegriffen wird, ließ der EGMR offen, nachdem er die Dauer des Konkursverfahrens als Verletzung des Art 6 EMRK qualifiziert hatte.¹⁴⁸

IV. Wohnsitzfreiheit (Art 2 Abs 1 2. Tatbestand)

1. Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der Wohnsitzfreiheit entspricht jenem der Bewegungsfreiheit. Als Grundrechtsträger kommt daher in Betracht, wer sich **rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates** aufhält. Wie bereits dargelegt wurde, ist diese Voraussetzung bei Staatsbürgern stets gegeben (Rz 21); ob sich Fremde rechtmäßig im Staatsgebiet aufhalten, richtet sich nach der nationalen Rechtsordnung, der durch Art 2 Abs 1 keine Grenzen gezogen sind (Rz 13 f, 22). Das Aufenthaltsrecht eines Fremden kann dabei unmittelbar auf dem Gesetz oder auf zwischenstaatlichen Vereinbarungen beruhen, es kann sich aber auch aus einer Verordnung, einem Bescheid oder einer gerichtlichen Entscheidung ergeben (Rz 15). Wird ein Aufenthalt unter Bedingungen bewilligt, so hängt seine Rechtmäßigkeit von der Erfüllung dieser Bedingungen ab (Rz 17). Für die Inanspruchnahme des Art 2 Abs 1 ist ein Wohnsitz im Hoheitsgebiet des jeweiligen Vertragsstaates nicht erforderlich; maßgeblich ist bloß ein rechtmäßiger Aufenthalt in diesem Gebiet (Rz 19). Dass ein Fremder rechtmäßig in das Staatsgebiet einreist, ist für seine Grundrechtssubjektivität prinzipiell weder ausreichend noch erforderlich (Rz 20).

Als Grundrechtsträger der Wohnsitzfreiheit kommen wohl auch **juristische Personen** in Betracht, weil auch sie ein Interesse an der freien Sitzwahl haben können.¹⁴⁹

2. Sachlicher Schutzbereich

Schutzgut des Art 2 Abs 1 2. Tatbestand ist die Wahl des Wohnsitzes. Was unter einem „**Wohnsitz**“ („residence“, „résidence“) iSd Bestimmung zu verstehen ist, wird in Art 2 Abs 1 nicht erläutert und wurde auch im Zuge der Beratung des 4. ZPEMRK nicht diskutiert, sondern offenbar vorausgesetzt. Klar ist zunächst, dass dieser Begriff eine Niederlassung meint, die über die mit jeder Bewegung verbundene, ganz kurzfristige Präsenz an einem Ort hinausgeht, die aber auch mehr ist als der bloße Aufenthalt, der nach Art 2 Abs 1 nur Voraussetzung, nicht

¹⁴⁷ EKMR, Fall *Reyntjens*.

¹⁴⁸ EGMR 15. 11. 1996, Fall *Ceteroni*, Appl 55/1995/561/646-647.

¹⁴⁹ So auch *Moser* (FN 49), 149; *Ermacora*, Rz 456; s für Art 6 StGG *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 13; ebenso für Art 11 GG *Hailbronner* (FN 4), Rz 44; *Pernice* (FN 4), Rz 17; *Ziekow* (FN 1), 525 ff; *Dürig* (FN 23), Rz 42; *Krüger/Pagenkopf* (FN 89), Rz 13. Allgemein zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen mwN *Berka*, Rz 166 ff.

Art 2

aber Gegenstand der gewährten Freiheit ist.¹⁵⁰ Wie die Materialien zeigen, wurde die Unterscheidung zwischen Wohnsitz und Aufenthalt in Art 2 Abs 1 nicht zufällig, sondern durchaus bewusst getroffen: Der Vorschlag, im französischen Text die Worte „se trouve“ durch „réside“ zu ersetzen und im englischen Text zwischen den Worten „lawfully“ und „within“ den Ausdruck „residing“ einzufügen, wurde vom Expertenkomitee ausdrücklich abgelehnt.¹⁵¹ Von einem (für die Grundrechtsträgerschaft genügenden) Aufenthalt im Staatsgebiet kann nach den Vorstellungen des Komitees schon gesprochen werden, wenn jemand bloß auf der Durchreise ist oder sich, etwa zu touristischen Zwecken, nur vorübergehend in einem Staat befindet.¹⁵² Der davon verschiedene Wohnsitz muss also auf eine gewisse Dauer angelegt sein.¹⁵³ Er bezeichnet jedenfalls den Ort, an dem sich eine Person in der Absicht niederlässt, dort den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen zu schaffen (Art 6 Abs 3 B-VG) bzw bis auf weiteres einen Anknüpfungspunkt ihrer Lebensbeziehungen zu haben (§ 1 Abs 6 MeldeG).¹⁵⁴

- 40** Da Art 2 Abs 1 die freie Wahl des Wohnsitzes ohne weitere Einschränkungen garantiert, ist anzunehmen, dass der **Zweck** des Wohnsitzes für die Anwendbarkeit des Art 2 Abs 1 nicht von Bedeutung ist.¹⁵⁵ Diese Bestimmung schützt daher nicht nur die Begründung eines „Haupt-“ oder „ordentlichen Wohnsitzes“ iSd Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates, sondern auch jede andere Niederlassung von gewisser Dauer. Die Begründung eines Zweit- oder Freizeitwohnsitzes unterfällt dem sachlichen Schutzbereich des Art 2 Abs 1 daher jedenfalls.¹⁵⁶ Das Recht der freien Wohnsitznahme wird dementsprechend auch nicht mit der Begründung des ersten Wohnsitzes konsumiert, sondern kann an mehreren Orten des Staatsgebietes gleichzeitig in Anspruch genommen werden.¹⁵⁷

Unmaßgeblich ist für die Anwendbarkeit des Art 2 Abs 1 auch die äußere **Form** der Niederlassung; daher kann ein Wohnsitz iS dieser Bestimmung nicht nur in einem Haus oder in einer Wohnung, sondern ebenso gut auch in einem Wohnwagen begründet werden.¹⁵⁸ Gleichgültig ist weiters, auf welcher privatrecht-

150 Auch *Ermacora*, Rz 452, ordnet die Freiheit, an jedem Ort des Staatsgebietes (bloß) seinen Aufenthalt zu nehmen, nicht dem Art 2 Abs 1 zu.

151 Travaux préparatoires (FN 21), 435, 496; RV 1202 BlgNR 11. GP, 12; s zum Hintergrund dieses Vorschlages Rz 19.

152 Travaux préparatoires (FN 21), 496; RV 1202 BlgNR 11. GP, 12; s auch EGMR, Fall *Piermont*, Z 44, der das Recht auf freie Bewegung auch bei einem bloß einwöchigen rechtmäßigen Aufenthalt in einem anderen Staat bejaht.

153 Wer einen Wohnsitz iSd Art 2 Abs 1 nimmt, dürfte damit auch iSd Art 1 7. ZPEMRK „resident“ bzw „résidant“ sein. In der deutschen Übersetzung kommt diese Übereinstimmung nicht zureichend zum Ausdruck, weil in Art 1 7. ZPEMRK nur von einem „Aufenthalt“ die Rede ist; s dazu auch *Rosenmayr* (FN 72), 6; *Wiederin* (FN 74), 22.

154 S zum Wohnsitzbegriff des innerstaatlichen Melderechts *Bachmann*, Melderecht, in: *Bachmann ua* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁴, 2003, 125 (126 f).

155 S für Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG auch *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 14.

156 So wohl auch *Mourgeon*, 1047.

157 S auch *Ermacora*, Rz 454; *Mourgeon*, 1047; Gleiches gilt auch für das StGG: dazu *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 18; für Art 11 GG s zB *Krüger/Pagenkopf* (FN 89), Rz 15.

158 EKMR, Fall *van de Vin*.

Art 2

lichen Benützungsbefugnis die Begründung des Wohnsitzes beruht: Ob jemand Eigentümer, Mieter oder auch nur Präkarist in seiner Unterkunft ist, spielt für die Anwendbarkeit des Art 2 Abs 1 keine Rolle,¹⁵⁹ solange eine solche Befugnis nur besteht; denn ein Recht, sich ohne Titel an einem ganz bestimmten Ort niederzulassen, beinhaltet Art 2 Abs 1 nicht.¹⁶⁰ Ebenso wenig schützt diese Bestimmung die konkret bezogene Wohnung, also den persönlichen „Entfaltungs- und Rückzugsraum“,¹⁶¹ den Art 8 EMRK vor Augen hat, wenn er jedermann ein Recht auf Achtung seiner Wohnung gewährt.¹⁶²

Art 2 Abs 1 garantiert dem Grundrechtsträger die Freiheit, seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Staates zu wählen, also nach eigenem Gutdünken zu entscheiden, „an welchem Punkt des Staatsgebietes er sich dauernd oder vorübergehend niederlassen will“.¹⁶³ Die freie Wohnsitzwahl ist jedem, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhält, „dort“, also in diesem Gebiet gewährt, wobei auch hier das Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates und jene Hoheitsgebiete, für deren internationale Beziehungen er verantwortlich ist, nach Art 5 Abs 4 4. ZPEMRK als getrennt betrachtet werden (Rz 27). Innerhalb des jeweils maßgeblichen Hoheitsgebietes richtet sich die Reichweite der Wohnsitzfreiheit nach dem örtlichen Geltungsbereich des Aufenthaltsrechts. Wird einem Fremden der Aufenthalt nur in einem Teil des Staatsgebietes gestattet, so ist er auch in der Wahl seines Wohnsitzes auf diesen Bereich beschränkt und kann sein Aufenthaltsrecht nicht etwa unter Berufung auf Art 2 Abs 1 auf das gesamte Staatsgebiet erweitern (s schon Rz 17, 27). **41**

Dass Art 2 Abs 1 nur das Recht gewährt, seinen Wohnsitz frei zu „wählen“, bedeutet nicht, dass sich diese Garantie schon in der Freiheit erschöpft, den Ort der Niederlassung zu bestimmen. Um effektiv zu sein, muss Art 2 Abs 1 auch die freie Begründung des Wohnsitzes und dessen ungehinderte Beibehaltung garantieren.¹⁶⁴ **42**

Die Wohnsitzfreiheit beinhaltet **nicht** das Recht, in das Staatsgebiet einzureisen, sich dort aufzuhalten oder aus ihm auszureisen (Rz 28). Wie die Freiheit der Bewegung ist auch sie gegenüber dem Recht auf persönliche Freiheit subsidiär (Rz 30): Eine Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK hindert den Grundrechtsträger zwar auch daran, seinen Wohnsitz frei zu wählen; diese besonders gravie- **43**

159 Gleiches gilt auch für das StGG: Pöschl, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 18.

160 EKMR, Fall *van de Vin*; s für Art 12 IPBPR auch *Jagerskiold* (FN 1), 175 f; für Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG Pöschl, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 42; *Morscher*, EuGRZ 1983 (FN 76), 520, und in: Machacek/Pahr/Stadler (FN 76), 521; für Art 11 GG zB *Merten* (FN 89), 36.

161 *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 109 f.

162 Zum Recht auf Achtung der Wohnung eingehend *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 109 ff; s auch *Ermacor*, Rz 453; *Mourgeon*, 1047.

163 *Tretter*, 675 (im Original hervorgehoben); gleichsinnig für Art 12 Abs 1 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 12.

164 Dass zwischen der Freiheit der Wohnsitzwahl und der Wohnsitznahme kein Unterschied von Bedeutung bestehen kann, betont auch *Ermacor*, Rz 453; Gleiches gilt für Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG, dazu mwN Pöschl, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 19, 23; für Art 11 GG zB *Merten* (FN 89), 40 f; *Krüger/Pagenkopf* (FN 89), Rz 14.

Art 2

rende Beschränkung ist jedoch durch Art 5 EMRK einer speziellen Regelung unterworfen, die dem Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK vorgeht.

3. Eingriffsvoraussetzungen

- 44** Ein Eingriff in die Wohnsitzfreiheit liegt zweifellos vor, wenn eine Handlung, die dem sachlichen Schutzbereich dieses Grundrechts unterfällt, **unmittelbar** beeinträchtigt wird, wenn ein Gesetz oder Vollziehungsakt also die Wohnsitznahme an einem bestimmten Ort als solche untersagt oder von einer Genehmigung abhängig macht, aber auch im umgekehrten Fall, wenn dem Grundrechtsträger die Begründung oder Beibehaltung des Wohnsitzes an einem bestimmten Ort des Staatsgebietes vorgeschrieben wird.¹⁶⁵
- 45** Der zuletzt genannte Eingriff, die **Wohnsitzbeschränkung auf einen Ort**, kann besonders schwer wiegen, weil er die Wahlmöglichkeit des Grundrechtsträgers praktisch auf Null reduziert. Wird neben einer solchen Beschränkung auch die Bewegungsfreiheit empfindlich eingeengt, so kann die Gesamtheit dieser Maßnahmen eine Freiheitsentziehung begründen, deren Zulässigkeit durch Art 5 EMRK (bzw das PersFrG) an besondere Voraussetzungen gebunden ist (Rz 43). Dass die Grenze zwischen Freizügigkeit und persönlicher Freiheit fließend ist, wurde bereits im Zusammenhang mit der Bewegungsfreiheit festgestellt (Rz 32). Unterhalb der Schwelle einer Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK liegt eine Wohnsitzbeschränkung nach der Judikatur etwa, wenn jemand „nur“ in eine Gemeinde verbannt und dort besonders überwacht wird,¹⁶⁶ wenn die Ausweisung eines Fremden ausgesetzt, ihm dafür aber die Wohnsitznahme in einem bestimmten Gebiet angeordnet wird,¹⁶⁷ und ebenso, wenn ein Haftentlassener verpflichtet wird, einen bestimmten Wohnsitz beizubehalten und jeden Adresswechsel bekannt zu geben.¹⁶⁸ Ein Eingriff in Art 2 Abs 1 2. Tatbestand liegt daher auch in einer Weisung nach § 180 Abs 5 StPO oder § 51 Abs 2 StGB, an einem bestimmten Ort oder bei einer bestimmten Familie zu wohnen.¹⁶⁹ Das Verbot, seine Wohnung ohne vorherige Verständigung bzw Genehmigung der Polizei zu verlassen, greift hingegen nur in die Bewegungsfreiheit ein,¹⁷⁰ überlässt die Wahl des Wohnsitzes aber dem Grundrechtsträger.

Für sich allein genommen läuft ein Eingriff in die Wohnsitzfreiheit keineswegs Gefahr, in die Nähe einer Freiheitsentziehung zu geraten, auch dann nicht, wenn dem Grundrechtsträger die Wohnsitznahme an einem bestimmten Ort vorgeschrieben wird. Derartige, von einer Freiheitsentziehung weit entfernte „Residenzpflichten“ können etwa für Beamte (§ 55 BDG), Rechtsanwälte und Notare¹⁷¹ oder für den Gemeinschuldner bestehen;¹⁷² und einem Teil der Mitglieder

165 S auch *Ermacora*, Rz 454.

166 EGMR, Fall *Guzzardi*, Z 94, unter Hinweis auf EKMR 5. 10. 1977, Appl 7960/77.

167 EKMR, Appl 10.078/82, DR 41, 103.

168 EKMR, Fall *Schmid* (s allerdings auch Rz 26 bei FN 95); s auch EKMR, Appl 10.307/83, DR 37, 113.

169 Vgl für das StGG *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 24.

170 EGMR, Fall *Raimondo* (FN 90), Z 39.

171 *Moser* (FN 49), 150 FN 554.

172 Vgl für das StGG *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 24; für Art 11 GG *Hailbronner* (FN 4), Rz 38; *Ziekow* (FN 1), 450, mN aus der Judikatur.

des Verfassungsgerichtshofes ist eine Residenzpflicht durch Art 147 Abs 2 B-VG sogar von Verfassungs wegen auferlegt. Auch die den Wehrdiener treffende Pflicht, an einem bestimmten Ort Unterkunft zu nehmen, greift in seine Wohnsitzfreiheit ein.¹⁷³

Schwerer als die Pflicht, an seinem Dienstort auch den Wohnsitz zu nehmen, kann es unter Umständen wiegen, wenn jemandem die **Niederlassung** an einem bestimmten Ort oder gar in einem größeren Gebiet **verboten** wird. Zu denken ist dabei einerseits an Umsiedlungsaktionen, durch die ethnisch verschiedene Bevölkerungsgruppen räumlich voneinander getrennt werden,¹⁷⁴ andererseits aber auch an Reservate, in denen die Wohnsitzbegründung nur Angehörigen einer ethnischen Minderheit gestattet wird, um die Identität dieser Volksgruppe zu schützen und zu bewahren.¹⁷⁵ In die Freiheit, seinen Wohnsitz zu wählen, wird aber auch dann eingegriffen, wenn jemand aus einer Gemeinde oder einem Bundesland ausgewiesen wird oder wenn ihm verboten wird, dort einzureisen,¹⁷⁶ wenn die Möglichkeit, einen Freizeitwohnsitz neu zu schaffen oder weiter zu benützen, beschränkt wird,¹⁷⁷ wenn der Grundrechtsträger für die Wohnsitznahme an einem bestimmten Ort eine Bewilligung einholen muss,¹⁷⁸ wenn ihm die Niederlassung in einem Wohnwagen nur in eigens dafür vorgesehenen Gebieten gestattet wird,¹⁷⁹ und wohl auch, wenn jemandem für unbestimmte Zeit oder doch nicht nur vorübergehend aufgetragen wird, eine bestimmte Wohnung zu meiden (§ 180 Abs 5 Z 3 StPO, § 51 Abs 2 StGB), in der er sich folglich erst recht nicht niederlassen darf. Kein Eingriff liegt hingegen vor, wenn jemand aus einer Wohnung nach § 38a SPG und § 382b EO weggewiesen oder wenn ihm nach einer dieser Bestimmungen das Betreten einer Wohnung untersagt wird; diese Verbote können den Betroffenen zwar dazu zwingen, sich für kurze Zeit eine neue Unterkunft zu suchen, seinen Wohnsitz lassen sie aber unberührt.¹⁸⁰

173 S auch *Ermacora*, Rz 455.

174 Setwa die Vertreibung türkischer Zyprioten in den nördlichen Teil Zyperns im Fall *Denizci* ua (FN 140); s für Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG, *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 24; für Art 11 GG bereits *Merten* (FN 89), 42.

175 Vgl den bei *Nowak*, Art 12, Rz 12 FN 33, angeführten Fall *Lovelace* betreffend kanadische Indianerreservate; s auch *Jagerskiold* (FN 1), 176; s für Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG, *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 24.

176 Diesfalls liegt auch ein Eingriff in Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG vor, s *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 24. Vor einer Ausweisung aus dem Staatsgebiet schützt Art 2 hingegen nicht (Rz 13, 19 FN 76).

177 Der VfGH hat in einem solchen Fall nur einen Eingriff in Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG thematisiert: VfSlg 14.679/1996, s auch den Einleitungsbeschluss zu VfSlg 14.701/1996; dazu näher *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 27 f.

178 Vgl die Entscheidung des EGMR, Fall *Gillow*, Serie A Nr 109, Z 41 f, in der Art 2 Abs 1 allerdings nicht zur Anwendung kam, weil das Vereinigte Königreich das 4. ZPEMRK nicht ratifiziert hat.

179 EKMR, Fall *van de Vin*; eine Diskriminierung (Art 14 EMRK) im Verhältnis zu sesshaften Personen liegt darin nicht, weil zwischen diesen beiden Formen der Niederlassung wesentliche Unterschiede bestehen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

180 S auch *Kneibs/Preiß* (FN 137), 116, die im Fall der Wegweisung nach § 38a SPG zutreffend einen Eingriff in die Bewegungsfreiheit annehmen; mE liegt in derartigen Maßnahmen zudem ein Eingriff in die durch Art 6 Abs 1 StGG gewährte Freiheit, an jedem Ort

Art 2

- 47** Fraglich ist, ob ein Eingriff auch vorliegt, wenn die Wohnsitznahme an einem Ort nicht untersagt oder vorgeschrieben, sondern „nur“ mit **nachteiligen Rechtsfolgen** verbunden wird. Vor den Konventionsorganen wurden derartige Maßnahmen in der Vergangenheit kaum gerügt. Die EKMR verneinte allerdings ohne weitere Begründung eine Verletzung des Art 2 Abs 1, als slowakische Staatsangehörige, die ihren Wohnsitz in der Schweiz bzw in Australien hatten, sich darüber beschwerten, dass ein Restitutionsanspruch nach slowakischem Recht nur Staatsangehörigen zukommt, die dauernd im Gebiet der ehemaligen Tschechoslowakei niedergelassen waren.¹⁸¹ Dieser Beurteilung der EMRK ist mE zuzustimmen, weil den Beschwerdeführern die Restitution erst versagt worden ist, nachdem sie ihren Wohnsitz längst gewählt hatten; dass daran zu einem späteren Zeitpunkt nachteilige Rechtsfolgen geknüpft wurden, kann sie in der bereits ausgeübten Wohnsitzwahl wohl nicht – gleichsam rückwirkend – einschränken.¹⁸² Die genannte Entscheidung lässt daher nicht den Schluss zu, dass die EKMR einen Eingriff in Art 2 Abs 1 2. Tatbestand generell verneint hätte, wenn ein Staat die Inanspruchnahme der Wohnsitzfreiheit bloß mit nachteiligen Rechtsfolgen verbindet.

Der VfGH hat sich zu dieser Frage bisher noch nicht geäußert, bei verwandten Problemen aber ein enges Eingriffsverständnis erkennen lassen: So qualifizierte er eine Ortstaxe grundsätzlich nicht als Eingriff in das durch Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG garantierte Recht, seinen Aufenthalt frei zu wählen, sondern bloß als abgabenrechtliche Folgerung, die an den Aufenthalt in einem Beherbergungsunternehmen geknüpft ist. Eine derartige Abgabe könnte nach Ansicht des VfGH nur dann mit Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG in Konflikt geraten, wenn sie durch ihre unangemessene Höhe die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit vereitelte.¹⁸³ In Ansehung dieser Judikatur muss bezweifelt werden, dass der VfGH nachteilige Rechtsfolgen, die die Ausübung der Wohnsitzfreiheit nicht mit verbotsgleicher Wirkung beeinträchtigen, als Eingriff in Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK werten würde.

ME gilt auch für die Wohnsitzfreiheit, was bereits im Zusammenhang mit der Freiheit der Bewegung festgestellt worden ist (Rz 35): Die Eingriffsqualität kann

des Staatsgebietes seinen Aufenthalt zu nehmen, s dazu *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 24.

¹⁸¹ EKMR, Fall *Brežny*.

¹⁸² Davon abgesehen ist fraglich, ob das Recht, seinen Wohnsitz innerhalb des Staatsgebietes frei zu wählen, in diesem Fall überhaupt einschlägig war; denn die Restitution wurde nur versagt, wenn jemand seinen Wohnsitz außerhalb der ehemaligen Tschechoslowakei gewählt hatte. An welchem Ort innerhalb dieses Gebietes sich jemand niedergelassen hat, war für seinen Restitutionsanspruch bedeutungslos; daher konnte durch die inkriminierte Vorschrift, wenn überhaupt, wohl nur die Ausreisefreiheit des Art 2 Abs 2 berührt sein.

¹⁸³ VfSlg 3221/1957 (Ortstaxe in der Höhe von 244 S für die Zeit von August bis Dezember 1955), s auch VfSlg 9609/1983 (Ortstaxe in der Höhe von 765 S für die Jahre 1976 und 1977). Im Erkenntnis VfSlg 3221/1957 deutete der VfGH an, dass auch eine Abgabe, die den Aufwand für einen Aufenthalt zum Besteuerungsgegenstand erklärt, als Eingriff in Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG gewertet werden könne; in VfSlg 7135/1973 ließ er allerdings ausdrücklich offen, ob ein Aufschließungsbeitrag einer Aufenthaltsabgabe gleichzuhalten sei; s dazu näher *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 26 und 28.

nicht davon abhängen, welche „Rechtstechnik“ der Gesetzgeber wählt; sie muss sich vielmehr nach den Auswirkungen richten, die eine Maßnahme auf die Freiheit des Grundrechtsträgers hat. Knüpft der Gesetzgeber daher an die Wohnsitzwahl Rechtsfolgen, die die Freiheit des Grundrechtsträgers spürbar einengen, so liegt mE ein Eingriff in diese Freiheit vor. Dies wäre etwa der Fall, wenn ein Ortswechsel den endgültigen Verlust der Sozialhilfe zur Folge hätte.¹⁸⁴

Bloß **faktische** bzw **mittelbare** Beeinträchtigungen der Wohnsitzfreiheit sind mE wie bei der Bewegungsfreiheit nur dann als Eingriff zu qualifizieren, wenn besondere Gründe vorliegen, die die Zurechnung der beeinträchtigenden Maßnahme an den Staat rechtfertigen (Rz 36). Derartige Gründe fehlen bei der Versagung einer Arbeitserlaubnis, die der VfGH zu Recht nicht als Eingriff in Art 2 Abs 1 qualifizierte.¹⁸⁵ Führt allerdings ein Berufsverbot dazu, dass jemand nicht nur an der Ausübung eines bestimmten Berufes gehindert wird, sondern auch nicht mehr bei seinem Ehegatten wohnen darf, liegt ein Eingriff in die Wohnsitzfreiheit vor.¹⁸⁶ Ohne einen derartigen Effekt wäre ein Eingriff zu verneinen. Denn ein Berufsverbot kann den Grundrechtsträger dann zwar dazu veranlassen, seinen Wohnsitz an einen Ort zu verlegen, an dem ihm eine Erwerbstätigkeit möglich ist; rechtlich wird er an der Beibehaltung seines bisherigen Wohnsitzes deshalb aber nicht gehindert und auch ein faktischer Zwang, seinen Wohnsitz zu wechseln, ist mit einem Berufsverbot nicht notwendig verbunden.

Kein Eingriff in die Wohnsitzfreiheit liegt nach der zutreffenden Ansicht des VfGH auch vor, wenn jemandem die grundverkehrsbehördliche Genehmigung zum Erwerb einer Liegenschaft verwehrt wird (VfSlg 13.789/1994); durch einen solchen Bescheid wird nämlich nicht die Wahl des Wohnsitzes beschränkt, sondern bloß die Möglichkeit, an einer Liegenschaft, die für die Begründung eines Wohnsitzes allenfalls in Aussicht genommen worden ist, eine bestimmte privatrechtliche Benützungsbefugnis zu erlangen. Ein Eingriff könnte in einem solchen Fall mE nur dann bejaht werden, wenn zur Versagung der Bewilligung weitere Maßnahmen träten, die auch den Erwerb jeder anderen zur Wohnsitznahme erforderlichen Benützungsbefugnis verunmöglichen oder erheblich erschweren.¹⁸⁷

184 So wohl auch *Hiesel*, Einige bundesverfassungsrechtliche Probleme des Burgenländischen Sozialhilfegesetzes 2000, ZAS 2000, 103 (105), der unter dem Gesichtspunkt des Art 2 Abs 1 Bedenken gegen § 8 Abs 9, 1. Satz des Bgld Sozialhilfegesetzes äußert. Nach dieser Regelung haben Fremde nur dann einen Anspruch auf richtsatzmäßige Unterstützung, wenn sie sich in den letzten sechs Monaten vor Eintritt ihrer Hilfsbedürftigkeit ohne Unterbrechung im Burgenland aufgehalten haben, es sei denn, die Unterbrechung des Aufenthaltes war aus gesundheitlichen Gründen erforderlich; machen sie in dieser Zeit aus anderen Gründen von ihrer Wohnsitzfreiheit Gebrauch, so verlieren sie den existentiell bedeutsamen Anspruch auf Sozialhilfe.

185 VfSlg 14.049/1995; auch das Expertenkomitee hat im Zuge der Erarbeitung des 4. ZPEMRK festgehalten, dass Art 2 Abs 1 niemandem das Recht verschafft, eine Arbeitsgenehmigung zu bekommen oder seinen Arbeitsplatz frei zu wählen: Travaux préparatoires (FN 21), 499; RV 1202 BlgNR 11. GP, 13.

186 EKMR, Appl 8901/80, DR 23, 237.

187 S zur insofern gleich zu beurteilenden Frage eines Eingriffs in Art 6 Abs 1 1. Tat-

Art 2

V. Ausreisefreiheit (Art 2 Abs 2)

1. Persönlicher Schutzbereich

- 49** Die in Art 2 Abs 2 garantierte Ausreisefreiheit steht nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung „**jedermann**“ zu, dem Staatsbürger also ebenso wie dem Angehörigen eines anderen Staates und dem Staatenlosen. Im Unterschied zu der in Art 2 Abs 1 garantierten Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit setzt die Ausreisefreiheit nicht voraus, dass sich der Grundrechtsträger rechtmäßig im Hoheitsgebiet des jeweiligen Staates aufhält.¹⁸⁸ Auch wer sich rechtswidrig im Staatsgebiet befindet, kann also die Freiheit der Ausreise in Anspruch nehmen.

2. Sachlicher Schutzbereich

- 50** Art 2 Abs 2 garantiert die Freiheit, jedes Land einschließlich seines eigenen zu „**verlassen**“. Diese Bestimmung berechtigt den Grundrechtsträger zunächst dazu, den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen für immer oder für längere Zeit in ein anderes Land zu verlegen. Sie verschafft ihm aber auch das Recht, das Hoheitsgebiet eines Staates bloß kurzfristig zu verlassen, etwa zu touristischen Zwecken oder für einen vorübergehenden Studien- oder Arbeitsaufenthalt.¹⁸⁹ Art 2 Abs 2 garantiert damit die Ausreise aus einem Staat schlechthin als frei, gleichgültig, welchem Zweck sie dient und wann bzw ob überhaupt eine Rückkehr stattfinden soll. Schutzgut dieser Bestimmung ist allerdings nur die Ausreise des Grundrechtsträgers selbst; die Befugnis, sein Vermögen außer Landes zu schaffen, ist darin nicht inkludiert.¹⁹⁰

Die Freiheit, jedes Land zu verlassen, beinhaltet nach der Judikatur auch das Recht, sich **in den Staat seiner Wahl** zu begeben, vorausgesetzt freilich, dass dieser die Einreise in sein Hoheitsgebiet gestattet. Daher wird die Ausreisefreiheit auch beeinträchtigt, wenn dem Grundrechtsträger die Ausstellung eines Reise-

bestand StGG mwN *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 28; s auch den dem Erk VfSlg 14.701/1996 zugrunde liegenden Prüfungsbeschluss, in dem der VfGH gegen das Verbot des Erwerbes von Freizeitwohnsitzen in § 14 Tir GrundverkehrsG 1993 Bedenken im Lichte des Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG erhob, die im Gesetzesprüfungsverfahren selbst allerdings nicht mehr thematisiert wurden. Einen wesentlich weiter gehenden Schutz als die Wohnsitzfreiheit des Art 2 4. ZPEMRK und Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG gewährt allerdings die EWR-Bürgern garantierte Freizügigkeit; zu den Problemen, die sich daraus für den Grundverkehr ergeben, s *Lienbacher*, Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Zugang zu Wohnmöglichkeiten, wobl 1998, 321.

¹⁸⁸ *Gusy* (FN 50), Rz 9; Gleiches gilt für Art 12 Abs 2 IPBPR: *Nowak*, Art 12, Rz 16.

¹⁸⁹ *Moser* (FN 49), 148; *Tretter*, 675; *Berka*, Rz 441; *Gusy* (FN 50), Rz 8; gleichsinnig für Art 12 Abs 2 IPBPR *Jagerskiold* (FN 1), 177; *Nowak*, Art 12, Rz 15; s auch EGMR, Fall *Baumann*, Z 60.

¹⁹⁰ EKMR, Appl 10.653/83, DR 42, 224; aA *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 562, die aus dieser Entscheidung den gegenteiligen Schluss ziehen. Tatsächlich ist die Feststellung der EKMR „the right to take property out of a country, without any restrictions, is not a right embodied in the right to be free to leave a country“ für sich genommen zweideutig. Die EKMR kam im Anschluss an diese Feststellung allerdings ohne weiteres, also ohne die Rechtfertigung der inkriminierten Maßnahme zu prüfen, zu dem Schluss, dass die Beschwerde in diesem Punkt offensichtlich unbegründet ist; sie hat damit einen Eingriff in Art 2 Abs 2 wohl implizit verneint; s allerdings auch noch Rz 56.

passes verweigert wird, mag ihm die Einreise in bestimmte Staaten auch ohne dieses Dokument möglich sein.¹⁹¹

Art 2 Abs 2 garantiert nur das Verlassen eines Staates als frei, **nicht** auch den **Aufenthalt** in diesem Staat. Nach dieser Bestimmung darf daher zwar niemand daran gehindert werden, einen Staat zu verlassen; vor dem Zwang, aus einem Staat auszureisen, schützt Art 2 Abs 2 aber nicht.¹⁹² Das ergibt sich einerseits aus Art 2 Abs 1, der es den Vertragsstaaten überlässt, wen sie in ihrem Hoheitsgebiet aufnehmen wollen (Rz 13 f), andererseits aber auch aus Art 3 Abs 1 4. ZPEMRK, der das Recht, nicht ausgewiesen zu werden, eigenständig regelt und nur dem Staatsangehörigen gewährt, während Fremde zufolge Art 4 4. ZPEMRK allein vor Kollektivausweisungen geschützt sind. **51**

Ebenso wenig beinhaltet Art 2 Abs 2 das Recht, nach der Ausreise aus einem Staat wieder in diesen **zurückzukehren**. Auch das Recht auf Einreise wird nämlich in Art 3 Abs 2 4. ZPEMRK dem Staatsangehörigen vorbehalten; und auch er kann dieses Recht nur seinem Heimatstaat gegenüber geltend machen. Für den Fremden ist die Ausreise aus einem Staat daher stets mit dem Risiko verbunden, dass ihm die Rückkehr in diesen verweigert wird.¹⁹³

Die Ausreisefreiheit besteht nicht nur gegenüber dem Heimatstaat des Grundrechtsträgers, sie ist nach dem Wortlaut des Art 2 Abs 2 nicht einmal auf die Vertragsstaaten der EMRK beschränkt, sondern betrifft ganz allgemein „jedes Land“. Der untechnisch erscheinende Ausdruck „**Land**“ wurde bewusst gewählt, zum einen, weil man von der Formulierung des Art 13 Abs 2 AEMR und Art 12 Abs 2 IPBPR nicht abweichen wollte;¹⁹⁴ zum anderen, weil man diesem Begriff eine tiefere emotionale Bedeutung beimaß als dem von der Beratenden Versammlung vorgeschlagenen Wort „Staat“. Zudem wollte das Expertenkomitee durch diese Formulierung „der Freiheit, ein Gebiet, ob es ein Staat ist oder nicht, zu verlassen, eine möglichst umfassende Bedeutung ... geben“.¹⁹⁵ Aus dieser Formulierung könnte der Schluss gezogen werden, dass Art 2 Abs 2 nicht nur zur Ausreise aus einem Staat berechtigt, sondern auch dazu, eine kleinere Einheit innerhalb eines Staates, etwa ein Bundesland, zu verlassen. Hätte Art 2 Abs 2 diese Bedeutung, so würde er allerdings die im ersten Absatz dieser Bestimmung gegebene Garantie teilweise wiederholen; denn das Recht, sich im Staatsgebiet frei zu bewegen, beinhaltet auch die Befugnis, aus einem Gebiet innerhalb des Staates abzuziehen (Rz 24, 32).¹⁹⁶ Eine derartige Redundanz könnte als Bekräfti- **52**

191 EKMR, Fall *Peltonen*; Appl 21.228/93, DR 81, 42; EGMR, Fall *Baumann*, Z 61.

192 S auch EKMR, Appl 4314/69, CD 32, 96.

193 Kritisch zu dieser Entwertung der Ausreisefreiheit für den Fremden *Mourgeon*, 1046; s für Art 12 IPBPR auch *Jagerskiold* (FN 1), 177 f.

194 Travaux préparatoires (FN 21), 497; RV 1202 BlgNR 11. GP, 12. Dies freilich um den Preis einer unterschiedlichen Terminologie innerhalb des Art 2, der nun in Abs 1 von „Staat“ und in Abs 2 von „Land“ spricht; s auch *Mourgeon*, 1046.

195 RV 1202 BlgNR 11. GP, 12; Travaux préparatoires (FN 21), 497. Vgl auch „Die Straßburger Erklärung über das Recht auf freie Ausreise und Rückkehr“ vom 26. 11. 1986 (FN 25), 64, die in der Präambel von dem „auf dem allgemeinen Völkerrecht beruhenden Grundsatz“ spricht, „daß jedermann das Recht hat, jedes Land einschließlich seines eigenen zu verlassen und in sein eigenes Land zurückzukehren“; s auch *Hofmann*, 69.

196 S auch *Pabr*, 191.

Art 2

gung des Art 2 Abs 1 hingenommen werden, wenn sie folgenlos wäre. Tatsächlich ist eine Einschränkung der Ausreisefreiheit aber an strengere Voraussetzungen gebunden als ein Eingriff in die Rechte des Art 2 Abs 1: Denn die Möglichkeit, eine Beschränkung schon durch ein „öffentliches Interesse“ zu legitimieren, besteht nach Art 2 Abs 4 nur für die Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit, während ein Eingriff in die Ausreisefreiheit an die strengeren Voraussetzungen des Art 2 Abs 3 gebunden ist. Dass durch Art 2 Abs 2 gebietsbezogene Freizügigkeitsbeschränkungen aus Art 2 Abs 1 herausgehoben und an strengere Bedingungen gebunden werden sollten, ist wohl auszuschließen, weil Art 2 Abs 4 Einschränkungen der Freizügigkeit gerade „für den Bereich bestimmter Gebiete“ ermöglicht. Zur Vermeidung eines Widerspruchs zwischen dem ersten und dem zweiten Absatz des Art 2 ist daher anzunehmen, dass sich der sachliche Schutzbereich des Art 2 Abs 2 mit jenem des Art 2 Abs 1 nicht einmal teilweise deckt, dass das Recht, jedes „Land“ zu verlassen also nur die Freiheit beinhaltet, aus einem Staat auszureisen.¹⁹⁷

- 53** Auch wenn Art 2 Abs 2 seinem Wortlaut nach die Freiheit garantiert, „jedes“ Land zu verlassen, kann er nur für die Vertragsparteien des 4. ZPEMRK verbindlich sein.¹⁹⁸ Das Expertenkomitee nahm die Unschärfe dieser Formulierung bewusst in Kauf, weil es der Ansicht war, dass durch Art 2 Abs 2 ein „ganz allgemeiner Grundsatz“ aufgestellt werden sollte.¹⁹⁹ Diese weite Formulierung ist nicht nur psychologisch motiviert; sie hat möglicherweise auch rechtliche Konsequenzen: Wie das Expertenkomitee nämlich in Erwägung zog, könnte es den Vertragsstaaten durch Art 2 Abs 2 auch verwehrt sein, Rechtsvorschriften anderer Staaten anzuwenden, wenn diese mit der Ausreisefreiheit in Widerspruch stehen.²⁰⁰ Von derartigen Erwägungen geleitet war wohl auch der OGH, als er einen in der BRD abgeschlossenen Vertrag, der einem Staatsangehörigen der ehemaligen DDR die Flucht ermöglichen sollte, dem bundesdeutschen Recht unterstellte und als zulässig beurteilte; es verstößt nämlich, wie der OGH begründend festhielt, nicht gegen den ordre public, wenn einem Menschen, dessen Zurückhaltung in einem Staat der österreichischen Rechtsauffassung widerspricht, zur Ausreise aus diesem Staat verholfen wird.²⁰¹

¹⁹⁷ AA wohl *Pabr*, 191, der zwar konstatiert, dass die Garantie, einzelne Regionen eines Staates verlassen zu können, im Hinblick auf Art 2 Abs 1 „überflüssig“ ist, daraus aber nicht den Schluss zieht, dass der Ausdruck „Land“ einschränkend interpretiert werden muss.

¹⁹⁸ *Velu/Ergec*, Rz 368; *Mourgeon*, 1046; *van Dijk/van Hoof*, 670; *Merrills/Robertson*, 254.

¹⁹⁹ RV 1202 BgNR 11. GP, 12; *Travaux préparatoires* (FN 21), 498. Aus gleichartigen Erwägungen wird auch die Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit in Art 2 Abs 1 jedem garantiert, der sich rechtmäßig „im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält“ (s oben Rz 18).

²⁰⁰ Nach den *Travaux préparatoires* (FN 21), 322, 498, ist der Grundsatz der Ausreisefreiheit zu berücksichtigen, wenn über die Rechtmäßigkeit der Ausreise eines „national of a Contracting State“ bzw. „ressortissant d' une Partie Contractante“ zu befinden ist; die Übersetzung in RV 1202 BgNR 11. GP, 12, spricht ganz allgemein von der „Auswanderung einer Person ... , die das Hoheitsgebiet eines Staates, der nicht Partei dieses Protokolls ist, verlassen hat“; s auch *van Dijk/van Hoof*, 670.

²⁰¹ OGH, JBl 1981, 273; s allerdings noch OGH, EvBl 1971/224. Dass das Grenz-

Art 2 Abs 2 garantiert jedermann die Freiheit der Ausreise aus jedem Land „**einschließlich seines eigenen**“. Diese Formulierung entspricht wörtlich dem Art 12 Abs 2 IPBPR; sie sollte wohl klarstellen, dass der Grundrechtsträger auch einen Staat verlassen darf, dem er besonders stark verbunden ist. Was einen Staat für den Grundrechtsträger iSd Art 2 Abs 2 zu seinem „eigenen“ macht, erst die Staatsangehörigkeit oder schon ein langjähriger Aufenthalt,²⁰² kann auf sich beruhen, weil Art 2 Abs 2 daran ohnedies keine besondere Rechtsfolge knüpft, sondern jedermann die Ausreise aus jedem Staat als frei garantiert.²⁰³

3. Eingriffsvoraussetzungen

Ein Eingriff in die Ausreisefreiheit liegt zweifellos vor, wenn ein Staat die Ausreise aus seinem Hoheitsgebiet grundsätzlich verbietet oder von einer Bewilligung abhängig macht,²⁰⁴ aber auch dann, wenn das Verlassen des Staatsgebietes nur im Einzelfall untersagt wird: Das an eine Mutter gerichtete Verbot, ihre Kinder ins Ausland zu bringen, wurde dementsprechend als Eingriff gewertet, und zwar sowohl in die Ausreisefreiheit der Mutter als auch in die ihrer Kinder.²⁰⁵ Schließlich ist ein Eingriff auch dann zu bejahen, wenn das Verlassen des Staatsgebietes zwar erlaubt ist, aber rechtliche Nachteile mit verbotsgleicher Wirkung zur Folge hat: Ein Staat, der die Ausreise aus seinem Hoheitsgebiet mit der Entziehung der Staatsbürgerschaft bedroht, greift daher jedenfalls in die Freiheit des Art 2 Abs 2 ein.²⁰⁶

Da der Besitz eines **Reisedokuments** unerlässlich ist, um einen Staat überhaupt oder nach einer bestimmten Richtung zu verlassen, liegt ein Eingriff in die Ausreisefreiheit nach hA auch vor, wenn die Ausstellung des Reisepasses verweigert, die Ausdehnung seiner Gültigkeit abgelehnt oder der Reisepass seinem

regime der DDR mit Art 2 Abs 2 nicht vereinbar war, stellte auch der EGMR im Fall *Streletz* ua fest, s dazu noch Rz 63.

²⁰² S dazu *Mourgeon*, 1046.

²⁰³ So auch für Art 12 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 16.

²⁰⁴ S für die Grenzpolitik der ehemaligen DDR EGMR, Fall *Streletz* ua, Rz 87, 98 ff; s auch den Fall *Brežny*, in dem die EKMR jene Strafen, die über die Beschwerdeführer im Jahr 1956 bzw 1973 verhängt worden waren, weil sie aus der (damaligen) Tschechoslowakei ausgewandert sind, im Lichte des Art 2 Abs 2 nur deshalb nicht prüfen konnte, weil das 4. ZPEMRK im Zeitpunkt der Bestrafung nicht bzw nicht in der Tschechoslowakei in Kraft stand.

²⁰⁵ EGMR, Fall *Roldan* ua; s auch die Entscheidung EKMR, Fall *Riener*, DR 89, 83, in der ein Ausreiseverbot wegen offener Steuerschulden nur mangels Ratifikation des 4. ZPEMRK nicht an Art 2 Abs 2 gemessen werden konnte.

²⁰⁶ Vgl als historisches Beispiel die Verordnungen vom 1. Juni 1933, BGBl 208, und vom 16. August 1933, BGBl 369, und hiezu näher *Pfeifer*, Die Nichtigkeit der Ausbürgerungen, Stb 1952/12, 3 f; *derselbe*, Die Auswanderungsfreiheit und ihre verfassungsmäßigen Schranken, JBl 1954, 421 f; s auch *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, 1963, 118 FN 40; *Velu/Ergec*, Rz 368, vgl auch Art 3 lit b und c der „Straßburger Erklärung über das Recht auf freie Ausreise und Rückkehr“ (FN 25), 65, wonach die Ausreise weder den Verlust der Staatsbürgerschaft zur Folge haben, noch der Verzicht auf die Staatsbürgerschaft ein Grund sein darf, jemandem die Ausreise zu verweigern; s für Art 4 Abs 3 StGG *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 56.

Art 2

Besitzer abgenommen bzw von ihm zurückbehalten wird.²⁰⁷ Art 2 Abs 2 begründet also Verpflichtungen sowohl für den Aufenthalts- als auch für den Heimatstaat des Grundrechtsträgers: Der Aufenthaltsstaat ist dazu verhalten, Beeinträchtigungen der Ausreise zu unterlassen. Der Heimatstaat hat seinem Staatsbürger zudem die Ausreise durch die Ausstellung der dafür erforderlichen Reisedokumente zu ermöglichen,²⁰⁸ dies innerhalb angemessener Fristen und zu vertretbaren Kosten.²⁰⁹

- 56** ME liegt ein Eingriff nicht nur vor, wenn ein Staat die Ausreise aus seinem Hoheitsgebiet verbietet oder passrechtlich verhindert, sondern auch, wenn er sie durch die Auferlegung von **nachteiligen Rechtsfolgen** erschwert,²¹⁰ so etwa, wenn er den Auswanderer dazu verpflichtet, ein „Abfahrtsgeld“ zu entrichten. Ob die EKMR auch in diesem Fall einen Eingriff angenommen hätte, ist fraglich. Immerhin war sie der Ansicht, dass das Recht, sein Vermögen ohne jede Beschränkung außer Landes zu bringen, von Art 2 Abs 2 nicht umfasst ist.²¹¹ Dem ist zwar zuzustimmen, wenn es darum geht, das Schutzgut dieser Garantie zu umschreiben (Rz 50). Das schließt mE aber nicht aus, dass ein Eingriff in die Ausreisefreiheit bejaht wird, wenn ein Staat das Vermögen seiner Bürger mit dem Ziel bzw der Wirkung beschränkt, ihnen die Ausreise aus seinem Hoheitsgebiet zu erschweren. Dass gerade die Einhebung von Abfahrtsgeldern in der Vergangenheit ein gängiges und auch durchaus effektives Mittel der Staaten war, sich der Ausreise ihrer Bürger hindernd in den Weg zu stellen, zeigt zB die sog „Reichsfluchtsteuer“, dRGG 1931 I/79, die dem Auswanderer ein Viertel seines steuerpflichtigen Vermögens abverlangte.²¹² Kein Abfahrtsgeld ist demgegenüber in der

207 EKMR, Appl 10.307/83, DR 37, 113; Fall *Schmid*; Fall *Peltonen*; Appl 21.228/93, DR 81, 42; EGMR, Fall *Baumann*, Z 62; s auch EGMR 13. 6. 2002, Fall *Napijalo*, Appl 66.485/01; s weiters die Entscheidungen EKMR, Appl 3110/67, CD 27, 77; Fall *Riener* (FN 205), in denen das 4. ZPEMRK nur in Ermangelung einer Erklärung nach Art 6 Abs 2 4. ZPEMRK bzw mangels Ratifikation nicht anwendbar war; VwGH 16. 4. 1999, 99/18/0025; 1. 6. 1999, 96/18/0473; *Hannum*, 122, 133; *Berka*, Rz 441; *Grabenwarter*, Rz 22; ebenso für Art 12 Abs 2 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 17; für Art 4 Abs 3 StGG gleichsinnig VfSlg 495/1925, 1818/1949, 2550/1953, 2551/1953; *Pfeifer*, JBl 1954 (FN 206), 421 ff; *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 57.

208 Dass der Heimatstaat seinen im Ausland aufhältigen Staatsangehörigen einen Reisepass nicht ungerechtfertigt verwehren darf, geht auch aus EKMR, Fall *Peltonen*, hervor. In diesem Sinn wird auch Art 12 Abs 2 IPBPR von Lehre und Rsp verstanden, vgl mwN *Jagerskiold* (FN 1), 179; *Nowak*, Art 12, Rz 17 ff.

209 S für Art 12 Abs 2 IPBPR *Jagerskiold* (FN 1), 179.

210 Von diesem Eingriffsverständnis geht auch „Die Straßburger Erklärung über das Recht auf freie Ausreise und Rückkehr“ (FN 25), 64 f, aus, nach deren Art 3 lit a niemand wegen der Ausreise oder dem Versuch der Ausreise „irgendeiner Strafdrohung, Strafe, Vergeltungsmaßnahme oder Belästigung unterworfen werden [darf], wie etwa Maßnahmen, die nachteilige Folgen auf Beschäftigung, Wohnung, Aufenthaltsrecht oder Leistungen im sozialen, wirtschaftlichen oder erzieherischen Bereich haben“.

211 EKMR, Appl 10.653/83, DR 42, 224; s schon Rz 50 FN 190.

212 S dazu mwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 1, 33. Den Eingriffscharakter von Abfahrtsgeldern bejahte schon die österreichische Bundesregierung in einem Memorandum zum 4. ZPEMRK, Travaux préparatoires (FN 21), 150; vgl auch Art 4 lit g der „Straßburger Erklärung über das Recht auf freie Ausreise und Rückkehr“ (FN 25), 65, der die Einhebung

sog Wegzugsbesteuerung des § 31 Abs 2 Z 2 EStG zu sehen, weil diese nicht den Wegzug aus dem Staatsgebiet mit einer Abgabe belastet, sondern Wertsteigerungen von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die schon vor dem Wegzug entstanden sind.²¹³

Die Unmöglichkeit, einen Staat zu verlassen, kann schließlich bloß die Folge einer Maßnahme sein, die nicht primär oder nicht ausschließlich gegen die Ausreise gerichtet ist. Auch in solchen Fällen hat die Judikatur einen (zulässigen) Eingriff in Art 2 Abs 2 bejaht, so etwa, wenn die Ausreise aus dem Staatsgebiet durch die Anhaltung in einem Arbeitshaus,²¹⁴ in Strafhaft,²¹⁵ in Schubhaft²¹⁶ oder in einer psychiatrischen Anstalt²¹⁷ verhindert wurde. Soweit in diesen Fällen freilich bloß die Konsequenzen einer Freiheitsentziehung iSd Art 5 EMRK gerügt worden sind, wäre mE ein Eingriff in die Ausreisefreiheit zu verneinen gewesen; denn Art 5 EMRK ist auch gegenüber Art 2 Abs 2 als die speziellere Bestimmung anzusehen (Rz 30, 43).²¹⁸ Nur Bewegungsbeschränkungen, die die Ausreise aus dem Staatsgebiet verhindern, ohne in eine Freiheitsentziehung zu münden, begründen daher einen Eingriff in Art 2 Abs 2.

Kein Eingriff in die Ausreisefreiheit liegt schließlich vor, wenn jemandem die Gewährung von Asyl verwehrt wird, weil er bereits in einem Drittstaat vor Verfolgung sicher war.²¹⁹ Eine derartige Entscheidung kann den Asylwerber dazu veranlassen, in diesen Drittstaat zurückzukehren und dort zu verbleiben; seine Freiheit, aus diesem Staat wieder auszureisen, wird dadurch aber nicht berührt.

von Gebühren, Steuern oder Abgaben für die Ausreise – abgesehen von geringfügigen Gebühren für die Ausstellung von Reisedokumenten – untersagt; s für Art 12 IPBPR auch *Nowak*, Art 12, Rz 37.

213 S dazu mwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 58.

214 EKMR, Appl 3962/69, CD 32, 68 = Yb 1970, 688.

215 EKMR, Appl 4256/69, CD 37, 67; Appl 7680/76, DR 9, 190; Appl 10.893/84, DR 45, 198.

216 EKMR, Appl 4436/70, CD 35, 169 = Yb 1970, 1028.

217 EKMR 13. 10. 1993, Fall *Nordblad*, Appl 19.076/91. Offen gelassen wurde hingegen die Eingriffsqualität der Anhaltung in einem Kinderheim: EKMR, Appl 23.558/94, DR 85, 88.

218 So auch *Kopetzki*, Vorbemerkungen PersFrG, Rz 19; *derselbe*, Art 1 PersFrG, Rz 18, 21, 78; ebenso *Frowein/Peukert*, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 5, allerdings unter Berufung auf die in FN 215 genannte Entscheidung der EKMR, Appl 7680/76, DR 9, 190. Dem Bedürfnis des Grundrechtsträgers, aus einem Land auszureisen, ist bei einer Freiheitsentziehung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Rechnung zu tragen: Spricht etwa nichts dagegen, einen psychisch Kranken in eine ausländische Spezialanstalt zu verlegen, so ist seine weitere zwangsweise Anhaltung im Inland wohl als unverhältnismäßig und daher als unzulässig anzusehen. AA *Jacobs/White*, 341, die wie die Judikatur von einer Überschneidung der Schutzbereiche des Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK und des Art 5 EMRK ausgehen; ebenso für Art 12 Abs 2 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 37; aA auch *Moser* (FN 49), 147; *Langenfeld/Zimmermann*, Vereinbarkeit eines Ausreiseverbots für Schwangere mit EG-Recht und EMRK, EuGRZ 1992, 335 (339 FN 43); *Reid* (FN 50), 245, die Art 2 Abs 2 als lex specialis zu Art 5 EMRK betrachten.

219 VwGH 23. 2. 1994, 94/01/0026; 22. 2. 1995, 94/01/0388; 22. 2. 1995, 94/01/0391; 5. 4. 1995, 94/01/0617.

Art 2

VI. Schranken der Freizügigkeit

1. Der Gesetzesvorbehalt des Art 2 Abs 3

- 58** Die in Art 2 Abs 1 und 2 gewährten Freizügigkeitsrechte gelten nicht absolut, sondern können nach Art 2 Abs 3 Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und zudem in einer demokratischen Gesellschaft aus taxativ aufgezählten Gründen notwendig sind. Diese Eingriffsvoraussetzungen entsprechen im Wesentlichen den Bedingungen, die auch die Art 8 bis 11 EMRK für eine Beschränkung der dort garantierten Freiheiten fordern;²²⁰ im Einzelnen bestehen zwischen den Gesetzesvorbehalten jedoch Unterschiede.
- 59** Anders als nach Art 9 bis 11 EMRK muss eine Freiheitsbeschränkung nach dem Wortlaut des Art 2 Abs 3 nicht „vom Gesetz [vorgesehen]“, sondern nur **„gesetzlich vorgesehen“** sein. Deutlicher als in der deutschen Übersetzung kommt ein Unterschied zwischen diesen Wendungen in der englischen Fassung zum Ausdruck, die in Art 2 Abs 3 statt der Wortfolge „prescribed by law“ die Wendung „in accordance with law“ gebraucht. Mit dieser, aus Art 8 Abs 2 EMRK übernommenen Formulierung wollte das Expertenkomitee „noch Raum für ein Handeln der Verwaltung zulassen ..., sofern es mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften übereinstimmt“.²²¹ Nach der englischen Fassung scheint Art 2 Abs 3 für Freiheitsbeschränkungen also eine weniger strikte Gesetzesbindung zu verlangen als die Gesetzesvorbehalte der Art 9 bis 11 EMRK.²²² Da der französische Text allerdings sowohl in diesen Bestimmungen als auch in Art 8 Abs 2 EMRK einheitlich von „prévue[s] par la loi“ spricht, haben die Konventionsorgane aus diesen Vorbehalten keine unterschiedlich strengen Eingriffsvoraussetzungen abgeleitet, sondern hier wie dort verlangt, dass ein Eingriff eine **Grundlage im innerstaatlichen Recht** hat, die nicht notwendig ein Gesetz im formellen Sinn sein muss, sondern auch bloß in einem materiellen Gesetz, also etwa einer auf gesetzlicher Ermächtigung beruhenden Rechtsverordnung, aber auch in einer ständigen Rechtsprechung der jeweiligen Höchstgerichte bestehen kann. Diese Regelung muss dem Grundrechtsträger weiters **zugänglich** und sie muss zudem so bestimmt formuliert sein, dass er, allenfalls nach entsprechender juristischer Beratung, **vorhersehen** kann, unter welchen Voraussetzungen sie zur Anwendung kommt und welche Konsequenzen sie für ihn zeitigt.²²³ Dieses Verständnis

²²⁰ Moser (FN 49), 149; Castberg, The European Convention on Human Rights, 1974, 185; Hoffmann-Remy, Die Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung nach den Art. 8–11 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1976, 24 f; Engel, Die Schranken der Schranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZÖR 1986, 261; Hofmann, 136 f; Harris/O’Boyle/Warbrick, 560; Frowein/Peukert, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 6; van Dijk/van Hoof, 670; Mourgeon, 1047; Villiger (FN 69), Rz 684; Merrills/Robertson, 255; Grabenwarter, Rz 22.

²²¹ RV 1202 BlgNR 11. GP, 13; Travaux préparatoires (FN 21), 322 f, 355, 498; s auch Hofmann, 69 f.

²²² Auch Nowak, Art 12, Rz 25 f, Art 13, Rz 11 FN 23, nimmt aus systematischen Erwägungen an, dass die Wendung „in accordance with law“ die Gesetzesbindung für Freiheitsbeschränkungen lockert. Diese (nicht in Art 12 Abs 3, aber in Art 13 IPBPR gebrauchte) Formulierung verlange keine gesetzliche Festlegung der Eingriffsgünde, sondern bloß die Übereinstimmung eines Grundrechtseingriffs mit dem Gesetz.

²²³ S etwa die Judikaturnachweise bei Palm-Risse, Der völkerrechtliche Schutz von

ist auch für Art 2 Abs 3 maßgeblich.²²⁴ Für Österreich kann zudem dahinstehen, ob und wie weit Art 2 Abs 3 die Gesetzesbindung lockert; denn das vergleichsweise strenge Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG verlangt für jedes staatliche Handeln eine gesetzliche Grundlage, die nach der (in dieser Hinsicht allerdings nicht konsequenten) Judikatur des VfGH gerade bei Grundrechtseingriffen in besonderem Maß determiniert sein muss.²²⁵

Die in Art 2 Abs 1 und 2 gewährten Rechte dürfen nach Art 2 Abs 3 nur aus **taxativ aufgezählten Gründen** beschränkt werden. Dabei reicht es aus, dass ein Eingriff nur in einem dieser Gründe Deckung findet; in der Praxis lassen sich

Ehe und Familie, 1990, 335 ff; *Frowein/Peukert*, Vorbemerkung zu Art 8–11 EMRK, Rz 2 ff; *Hauer*, Die Polizeizwecke der Grundrechtsschranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Grabenwarter/Thienel (Hrsg), Kontinuität und Wandel der EMRK, 1998, 115 (119); *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 17 ff; s auch *Hoffmann-Remy* (FN 220), 36 ff; *Matscher*, Der Gesetzesbegriff der EMRK, FS Loebenstein, 1991, 105 (110 ff); *Kneibls* (FN 145), 361 ff, mwN auch aus der Literatur; zur Dogmatik der Gesetzesvorbehalte allgemein *Berka*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstradition, ÖJZ 1979, 365 (370 ff); *derselbe*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZÖR 1986, 71; *Hofmann*, 137 ff; *Kneibls* (FN 145), 76 ff. Neben der Existenz der gesetzlichen Grundlage, ihrer Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit verlangt die Judikatur als eigenständiges Kriterium bisweilen auch ihre „Rechtsstaatlichkeit“, womit angemessene und wirksame Garantien gegen eine missbräuchliche Anwendung der Eingriffsgrundlage gemeint sein dürften; im Einzelnen ist der Inhalt dieses Kriteriums jedoch fraglich, zweifelhaft ist auch, ob ihm überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt: s dazu näher *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 20. Im Zusammenhang mit Art 4. ZPEMRK wurde die Rechtsstaatlichkeit bisher nicht als selbständiges Kriterium releviert.

224 Um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, wurde im französischen Text des Art 2 Abs 3 bewusst die Wendung „*prévues par la loi*“ beibehalten: *Travaux préparatoires* (FN 21), 436, 498; RV 1202 BlgNR 11. GP, 13; s auch *Hofmann*, 136 ff; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 561; *Frowein/Peukert*, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 6; s weiters *Morenilla*, der in einem Sondervotum zu EGMR, *Open Door* und *Dublin Well Woman*, Serie A Nr 64 = ÖJZ 1993, 280, das Erfordernis der Grundlage im innerstaatlichen Recht in Art 8 bis 11 EMRK und in Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK gleichsetzt; s weiters die Entscheidungen EGMR, Fall *Olivieira*, Z 47; Fall *Landoreugd*, Z 54, in denen der EGMR Bezug nehmend auf seine ständige Rechtsprechung und im Besonderen auf das zu Art 8 EMRK ergangene Urteil 4. 5. 2000, Fall *Rotaru*, Appl 28.341/95 = ÖJZ 2001, 74, aus der Wendung „*in accordance with the law*“ auch für Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK ableitet, dass ein Eingriff auf einer Regelung des innerstaatlichen Rechts beruhen muss, die für den Betroffenen zugänglich und in ihren Anwendungsbedingungen und Konsequenzen vorhersehbar sein muss.

225 Kritisch dazu, insbesondere zur Annahme, dass alle Eingriffsvoraussetzungen in einem Gesetz im formellen Sinn abschließend geregelt sein müssen, *Thienel* (FN 76), 744, nach dem es ausreicht, dass ein Eingriff eine gesetzliche Grundlage hat, deren Tatbestand durch eine Durchführungsverordnung näher festgelegt werden könne. S demgegenüber *Tretter*, 677, nach dem Art 18 B-VG nur dem Gesetzgeber im formellen Sinn eine Handhabung des Gesetzesvorbehalts erlaubt, während eine Lockerung dieser Anforderungen gegen das Günstigkeitsprinzip verstoße; s weiters *Berka*, Das „eingriffsnahe Gesetz“ und die grundrechtliche Interessenabwägung, FS Walter, 1991, 37; *derselbe*, Rz 256, der gezeigt hat, dass die Judikatur die besondere Bestimmtheit gesetzlicher Eingriffe nicht konsequent bei allen Grundrechten fordert, aber zugleich dafür plädiert, an einer gesteigerten grundrechtlichen Determinierungspflicht festzuhalten. Einigkeit besteht aber gewiss darin, dass ein Ministerialerlass als Eingriffsgrundlage nicht ausreicht: *Klecatsky* (FN 128), 754; s auch *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 17.

Art 2

freilich häufig mehrere Eingriffsziele zugleich heranziehen, um die Zulässigkeit einer Freizügigkeitsbeschränkung darzutun (Rz 62). Die Mehrzahl der in Art 2 Abs 3 genannten Gründe findet sich bereits in den Gesetzesvorbehalten der Art 8 bis 11 EMRK;²²⁶ die zu diesen Bestimmungen entwickelte Judikatur und Literatur ist insoweit auch für Art 2 Abs 3 maßgeblich.

Die in Art 2 Abs 3 zuerst genannte **nationale Sicherheit** ist auch nach den Art 8, 10 und 11 EMRK ein legitimer Eingriffsgrund; sie rechtfertigt Freiheitsbeschränkungen im Interesse der Staatssicherheit, dh zur Abwehr von Angriffen auf den Staat bzw auf fundamentale staatliche Einrichtungen.²²⁷ Im Zusammenhang mit Art 2 4. ZPEMRK rechtfertigte dieser Eingriffsgrund, dass einem finnischen Staatsangehörigen, der sich dem Wehrdienst entzogen hatte, die Ausstellung eines Reisespasses verweigert wurde; wie die EKMR dabei betonte, kommt den Staaten bei der Organisation ihrer nationalen Verteidigung ein weiter Ermessensspielraum zu.²²⁸

Die **öffentliche Sicherheit** findet sich als Eingriffsgrund auch in den Gesetzesvorbehalten der Art 8 bis 11 EMRK;²²⁹ sie bezeichnet die Sicherheit der Person, insbesondere ihres Lebens, ihrer Freiheit und Gesundheit, sowie die Sicherheit der Sachgüter.²³⁰ Soweit ersichtlich, wurde dieser Eingriffsgrund zur Begründung einer Freizügigkeitsbeschränkung in der Judikatur noch nie herangezogen; Deckung fänden darin aber zB Bewegungsbeschränkungen in Erdbeben-, Erdbeben- oder Lawinengefahrzonen oder in Gebieten, in denen die Gefahr eines Terroranschlages besteht.²³¹

Die **Verhütung von Straftaten** ist als Eingriffsgrund aus den Gesetzesvorbehalten der Art 8, 10 und 11 EMRK bekannt;²³² in der Praxis werden auf sie sicher-

226 S die Übersicht bei *Hoffmann-Remy* (FN 220), 31; sowie *Hauer* (FN 223), 138.

227 Näher *Hauer*, Ruhe, Ordnung, Sicherheit, 2000, 247 ff, mwN; für Art 12 Abs 3 IPBPR *Hannum*, 27; *Nowak*, Art 12, Rz 34.

228 EKMR, Fall *Peltonen*; Appl 21.228/93, DR 81, 42.

229 Im englischen bzw französischen Text der Art 8, 10 und 11 EMRK sowie des Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK ist von „public safety“ bzw „sûreté publique“ die Rede; Art 9 Abs 2 EMRK spricht zwar von „public safety“ bzw „sécurité publique“, ist aber wohl nicht anders zu verstehen. In der deutschen Übersetzung wird dieser Eingriffsgrund fast durchgängig mit „öffentliche[r] Sicherheit“ wiedergegeben, nur in Art 8 Abs 2 EMRK wurde ohne erkennbaren Grund die Formulierung „öffentliche Ruhe und Ordnung“ gewählt; s dazu auch *Hauer* (FN 227), 253 f.

230 Dazu mwN aus der Judikatur *Hauer* (FN 227), 254 ff.

231 S für Art 12 Abs 3 IPBPR, der die öffentliche Sicherheit als Eingriffsgrund nicht eigens nennt, aber im Rahmen des „ordre public“ mit erfasst: *Nowak*, Art 12, Rz 36.

232 In der englischen Fassung der Art 8, 10 und 11 EMRK sowie des Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK ist durchgehend von „prevention of ... crime“ die Rede; die französische Fassung spricht in Art 8 Abs 2 EMRK und Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK von „prévention des infractions pénales“, in Art 10 Abs 2 sowie Art 11 Abs 2 EMRK von „prévention du crime“. Die deutsche Übersetzung gibt diesen Unterschied wieder, indem sie in Art 10 und 11 EMRK von „Verbrechensverhütung“ spricht, den (wohl engeren) Ausdruck „Verbrechen“ in Art 8 Abs 2 EMRK und Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK aber vermeidet; warum „infractions pénales“ in Art 8 Abs 2 EMRK mit „strafbaren Handlungen“ und in Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK mit „Straftaten“ übersetzt wurde, ist nicht recht verständlich. Unklar ist auch, warum der Begriff „prévention“ in Art 8 Abs 2 EMRK mit „Verhinderung“ statt wie sonst mit „Verhütung“ übersetzt wurde; Bedeutungsunterschiede sind daraus aber nicht abzuleiten.

Art 2

heits- und fremdenpolizeiliche sowie strafprozessuale Maßnahmen gestützt.²³³ Im Rahmen des Art 2 Abs 3 erlaubt sie wohl nur präventive Eingriffe; Maßnahmen, die zur Verfolgung strafbarer Handlungen ergriffen werden, sind nach den Materialien nämlich durch das Eingriffsziel des „ordre public“ gedeckt.²³⁴ Zur Rechtfertigung einer Freizügigkeitsbeschränkung wird die Verhütung von Straftaten häufig angerufen, so etwa, wenn über Strafverdächtige oder Haftentlassene eine Wohnsitzbeschränkung oder ein Ausgangsverbot verhängt oder wenn ihnen der Reisepass entzogen wurde.²³⁵

Der **Schutz der Gesundheit oder der Moral** bezieht sich nach der zu Art 8 bis 11 EMRK ergangenen Judikatur sowohl auf das physische als auch auf das psychische Wohlbefinden der Gesamtbevölkerung und jedes einzelnen Mitgliedes derselben.²³⁶ Typische Anwendungsfälle sind im Zusammenhang mit Art 2 4. ZPEMRK Quarantänemaßnahmen oder Betretungsverbote für Gebiete, in denen (wie etwa in der Umgebung von Kernkraftwerken) besondere Gefahren für die Gesundheit bestehen;²³⁷ auf den Schutz der Gesundheit wurde aber auch die Passentziehung bei einem mehrfach vorbestraften Suchtgifthändler gestützt.²³⁸

Der **Schutz der Rechte und Freiheiten anderer** rechtfertigt auch Eingriffe in die durch Art 8, 9 und 11 EMRK geschützten Rechte, Art 10 Abs 2 EMRK erlaubt Beschränkungen zum Schutz der Rechte anderer. Im Rahmen des Art 2 4. ZPEMRK kommt dieser Eingriffsgrund etwa zum Tragen, wenn der Grundrechtsträger gezwungen ist, fremdes Privateigentum an Grund und Boden zu respektieren;²³⁹ in der Praxis der Konventionsorgane wurde er zB herangezogen, um Freizügigkeitsbeschränkungen eines Gemeinschuldners während des Insolvenzverfahrens zu rechtfertigen.²⁴⁰

Die in Art 2 Abs 3 weiters angeführte „**Aufrechterhaltung des „ordre public“**“ weist Ähnlichkeiten mit den Ordnungsvorbehalten anderer Grundrechtsbestimmungen auf. Der EGMR setzte sie im Fall *Engel* mit der „öffentlichen Ordnung“ in Art 6 Abs 1 und Art 9 Abs 2 EMRK gleich, unterschied sie aber von der in Art 8 Abs 2, 10 Abs 2 und 11 Abs 2 EMRK genannten „prevention of disorder“ bzw „défense de l'ordre“;²⁴¹ letztere erfasse neben der öffentlichen Ordnung auch die

233 S dazu mwN *Hofmann*, 150 f; *Hauer* (FN 223), 127.

234 Travaux préparatoires (FN 21), 358, 501; RV 1202 BlgNR 11. GP, 14 f; s allerdings auch *Hauer* (FN 223), 135, der darauf hinweist, dass selbst die Bestrafung präventive Züge trägt und insofern auch dem Eingriffsziel der Verhütung von Straftaten subsumiert werden kann.

235 S zB EKMR, Appl 10.307/83, DR 37, 113; Fall *Schmid*; Fall *Ciancimino*; EGMR, Fall *Raimondo* (FN 90), Z 39; Fall *Labita*, Z 193; VwGH 16. 4. 1999, 99/18/0025.

236 S dazu *Hofmann*, 152 ff, mwN.

237 S *Moser* (FN 49), 150 FN 554; für Art 12 IPBPR *Hannum*, 41 f; *Nowak*, Art 12, Rz 39.

238 VwGH 16. 4. 1999, 99/18/0025.

239 S für Art 12 IPBPR *Nowak*, Art 12, Rz 41.

240 EKMR, Appl 8988/80, DR 24, 198.

241 Die deutsche Übersetzung spricht in Art 10 Abs 2 und Art 11 Abs 2 EMRK von „Aufrechterhaltung der Ordnung“ und in Art 8 Abs 2 EMRK von „Verteidigung der Ordnung“; s zu diesen Eingriffsgründen mit zahlreichen Beispielen aus der Judikatur *Hauer* (FN 227), 262 ff.

Art 2

Ordnung innerhalb einer besonderen sozialen Gruppe (in casu: der Streitkräfte).²⁴² Tatsächlich legt der Wortlaut der genannten Bestimmungen die Annahme nahe, dass die „Aufrechterhaltung des ‚ordre public‘“ in Art 2 Abs 3 enger ist als die „Aufrechterhaltung“ bzw „Verteidigung der Ordnung“ in den Art 8, 10 und 11 EMRK, scheint doch die Beifügung des Ausdrucks „public“ den Begriffsinhalt der Ordnung einzuschränken.²⁴³ Die authentische Fassung des Art 2 Abs 3 zeigt allerdings auch eine Abweichung von Art 6 Abs 1 und Art 9 Abs 2 EMRK, die zwar im französischen Text auch von „l'intérêt ... de l'ordre public“ bzw von „protection de l'ordre“ sprechen, in der englischen Fassung aber einheitlich von „protection of public order“.²⁴⁴

Warum keine der genannten Formulierungen vollständig Eingang in Art 2 Abs 3 gefunden hat, geht aus den Materialien nicht eindeutig hervor; offenbar orientierte man sich aber in dieser Hinsicht eher an Art 12 Abs 3 IPBPR als an den übrigen Gesetzesvorhalten der EMRK: Nach dem Entwurf der Beratenden Versammlung sollte die in Art 2 Abs 3 gebrauchte Wendung „ordre public“ in der englischen Fassung noch mit „law and order“ wiedergegeben werden. Das Expertenkomitee sah zwischen diesen beiden Ausdrücken jedoch einen Bedeutungsunterschied und entschloss sich daher, den französischen Begriff in Anlehnung an Art 12 Abs 3 IPBPR in das englische Original zu übernehmen.²⁴⁵ Der Ausdruck „ordre public“ ist dem Expertenkomitee zufolge „in der weitgehenden Bedeutung“ zu verstehen, „die diesem Begriff im allgemeinen in den kontinentalen Ländern beigemessen wird“;²⁴⁶ er deckt nach den Materialien ua Erfordernisse, die sich aus der Verfolgung strafbarer Handlungen ergeben,²⁴⁷ das bloß wirtschaftliche Wohlergehen eines Staates unterfällt ihm hingegen nicht (Rz 64).²⁴⁸

²⁴² EGMR, Fall *Engel* (FN 109), Z 98; einen Bedeutungsunterschied zwischen Art 9 Abs 2 und Art 10 Abs 2 EMRK konstatieren in dieser Hinsicht auch *Frowein/Peukert*, Vorbemerkung zu Art. 8–11 EMRK, Rz 12; s dazu auch *Hofmann*, 147 ff.

²⁴³ Im Schrifttum wird allerdings auch die Ansicht vertreten, dass der Begriff der (schlichten) „Ordnung“ enger zu verstehen sei als der des „ordre public“; dazu kritisch und mwN *Hauer* (FN 223), 133; *derselbe* (FN 227), 269 f.

²⁴⁴ Auf diesen Unterschied weist auch *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, 489, hin.

²⁴⁵ S auch *Hofmann*, 70 f. Das Expertenkomitee spricht zwar in seinem Abschlussbericht von „Artikel 2 Abs. 3 des Entwurfs der Internationalen Konvention der Vereinten Nationen“ [RV 1202 BlgNR 11. GP, 14; Travaux préparatoires (FN 21), 501]; in dieser Bestimmung kommt der Begriff „ordre public“ aber nicht vor. Gemeint war, wie sich auch aus früheren Beratungsprotokollen ergibt [Travaux préparatoires (FN 21), 325], offenkundig Art 12 Abs 3 IPBPR, der festlegt, unter welchen Voraussetzungen die Bewegungs-, Wohnsitz- und Ausreisefreiheit beschränkt werden kann. Im englischen Text und in der deutschen Übersetzung des Art 12 Abs 3 IPBPR wurde der Begriff „ordre public“ in Klammern angefügt, weil die spezifische Bedeutung dieser Wendung durch eine wörtliche Übersetzung nicht zureichend zum Ausdruck gekommen wäre, s dazu mwN *Nowak*, Art 12, Rz 35. Während die österreichische Übersetzung des Art 2 4. ZPEMRK den Ausdruck „ordre public“ beibehalten hat, wurde er im dBGBI 1968 II 423 f durch die Wendung „[öffentliche] Ordnung“ ersetzt.

²⁴⁶ RV 1202 BlgNR 11. GP, 14; Travaux préparatoires (FN 21), 357, 501.

²⁴⁷ Travaux préparatoires (FN 21), 358, 501; RV 1202 BlgNR 11. GP, 14 f.

²⁴⁸ S auch *Castberg* (FN 220), 185; *Hofmann*, 70; aA offenbar *Tomuschat* (FN 24),

Art 2

Anders als der Ausdruck „public order“ umschreibt der „ordre public“ nicht einfach die Abwesenheit öffentlicher Unordnung,²⁴⁹ im Zusammenhang mit Art 12 Abs 3 IPBPR bezeichnet er nach hA vielmehr die Gesamtheit jener „allgemein anerkannten Grundsätze, auf denen, in Übereinstimmung mit der Achtung vor den Menschenrechten, eine demokratische Gesellschaft beruht“.²⁵⁰ Dabei ist nicht bloß auf jenen Staat zu blicken, der einen Eingriff vornimmt, sondern auf den internationalen Standard aller demokratischen Staaten.²⁵¹

Da der Begriff des „ordre public“ in Art 2 Abs 3 eher in Anlehnung an Art 12 Abs 3 IPBPR gewählt wurde als in bewusster Abkehr von den übrigen Bestimmungen der EMRK, darf nicht voreilig angenommen werden, dass sich dieser Eingriffsgrund maßgeblich von den übrigen konventionsrechtlichen Ordnungsvorbehalten unterscheidet. Im Hinblick auf den „Sinnkontext“ des Art 2 wurde in der Lehre sogar der Standpunkt vertreten, dass der Ordnungsvorbehalt des Art 2 Abs 3 jenem der Art 8, 10 und 11 EMRK entspricht.²⁵² Sieht man von der oben geschilderten Zuordnung des Art 2 Abs 3 im Fall *Engel* ab, so hat auch die Judikatur bislang keinen Versuch unternommen, den Begriff des „ordre public“ gegen den in Art 8, 10 und 11 EMRK gebrauchten Ausdruck der (schlichten) Ordnung abzugrenzen. Fest steht, dass dieses Eingriffsziel in der Praxis weit verstanden und dementsprechend häufig herangezogen wird: Die überwiegende Zahl der Freizügigkeitsbeschränkungen, die bisher vor den Straßburger Organen bekämpft worden sind, konnte durch den „ordre public“ allein oder in Verbindung mit einem anderen Eingriffsgrund des Art 2 Abs 3 gerechtfertigt werden (Rz 62).

Dass eine Freizügigkeitsbeschränkung gesetzlich vorgesehen ist und auf einem der genannten Ziele beruht, reicht für ihre Zulässigkeit nach Art 2 Abs 3 nicht aus; sie muss vielmehr darüber hinaus auch „**in einer demokratischen Gesellschaft ... notwendig**“ sein. Diese Formulierung findet sich praktisch wortgleich in den Art 8, 9 und 11 EMRK; nur die deutsche Übersetzung des Art 10 Abs 2 EMRK verwendet statt „notwendig“ den Ausdruck „unentbehrlich“; im englischen und französischen Original wird jedoch wie in den Art 8, 9 und 11 EMRK sowie Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK der Begriff „necessary“ bzw. „nécessaires“ gebraucht. Die insofern einheitlich geforderte Notwendigkeit ist zwar einerseits weniger strikt als die Unentbehrlichkeit iSd Art 2 Abs 2, Art 6 Abs 1 und Art 15 Abs 1 EMRK, sie ist aber andererseits noch nicht zu bejahen, wenn ein Eingriff bloß berechtigt (Art 4 Abs 3 EMRK), nützlich (Art 1 Abs 1 ZPEMRK), angemessen (Art 5 Abs 3 und Art 6 Abs 1 EMRK) oder angebracht ist. Die Notwendigkeit iSd Art 8 bis 11

61

759 f; *Rittstieg*, Art 11 GG, in: Wassermann (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1984, Rz 25; für Art 12 Abs 3 IPBPR differenzierend *Hannum*, 40.

²⁴⁹ *Tomuschat* (FN 24), 759; *Jagerskiold* (FN 1), 172.

²⁵⁰ Vgl Art 4 lit e der „Straßburger Erklärung über das Recht auf freie Ausreise und Rückkehr“ (FN 25), 65; s mwN auch *Nowak*, Art 12, Rz 35.

²⁵¹ *Nowak*, Art 12, Rz 35.

²⁵² *Hauer* (FN 227), 271; möglicherweise auch *Stöcker*, Europäische Menschenrechtskonvention, Ordre-public-Vorbehalt und nationales Selbstbestimmungsrecht, EuGRZ 1987, 473 FN 4, dem zufolge der „Ordre-public-Vorbehalt z. B. in Art. 8 Abs. 2, 10 Abs. 2 und 11 Abs. 2 EMRK [umschrieben ist]“.

Art 2

EMRK setzt nach der Judikatur vielmehr ein dringendes soziales Bedürfnis („pressing social need“) voraus, zu dessen Erreichung die Freiheitsbeschränkung zudem ein verhältnismäßiges Mittel sein muss.²⁵³ Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird in der Rechtsprechung der Konventionsorgane zwar nicht überprüft, indem eine Maßnahme explizit auf ihre Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. kontrolliert wird; im Wesentlichen läuft die Anforderung der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft aber auf diese drei Teilvoraussetzungen der Verhältnismäßigkeit i.w.S. hinaus.²⁵⁴ Dieses Verständnis ist auch dem Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK zugrunde zu legen.²⁵⁵ Was in einer „demokratischen Gesellschaft“ als notwendig empfunden wird, ist dabei dynamisch zu beurteilen und nicht etwa anhand der Anschauungen, die in den Mitgliedstaaten im Zeitpunkt der Beschlussfassung des 4. ZPEMRK herrschend waren.²⁵⁶

62 In Anwendung der dargestellten Grundsätze qualifizierte die Judikatur folgende Beschränkungen der Freizügigkeit als **vereinbar mit Art 2 Abs 3:**

Wird einem Gemeinschuldner untersagt, ein Gebiet ohne Genehmigung des Konkursgerichtes zu verlassen, so liegt eine Beschränkung der **Bewegungsfreiheit** vor, die durch die Rechte und Freiheiten anderer sowie den ordre public gerechtfertigt ist;²⁵⁷ die gleichen Gründe erlauben es auch, einen Straftäter nach seiner Enthftung unter Hausarrest zu stellen, wenn seine Verurteilung (und daher auch die Höhe der verhängten und durch Untersuchungshaft verbüßten Strafe) noch nicht rechtskräftig ist und zudem Fluchtgefahr besteht.²⁵⁸ Die Rechte

²⁵³ EGMR, Fall *Handyside*, Serie A Nr 24 = EuGRZ 1977, 38 (Z 48); Fall *Dudgeon*, Serie A Nr 45 = EuGRZ 1983, 488 = HRLJ 1981, 362 (Z 51, 53); Fall *Silver*, Serie A Nr 61 = EuGRZ 1984, 147 (Z 97).

²⁵⁴ S auch *Hoffmann-Remy* (FN 220), 34 ff; *Berka*, ÖJZ 1979 (FN 223), 372 ff; *derselbe*, ZÖR 1986 (FN 223), 88 ff; *Hofmann*, 156 ff; *Kneibs* (FN 145), 364 ff; *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 26; *Grabenwarter*, Rz 23. Dass eine Maßnahme zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i.e.S. ist, verlangt auch Art 12 Abs 3 IPBPR, s dazu *Hannum*, 27; *Nowak*, Art 12, Rz 32 f.

²⁵⁵ Das Expertenkomitee lehnte sich bei der Formulierung des Art 2 Abs 3 in dieser Hinsicht bewusst an die Art 9–11 EMRK an: *Travaux préparatoires* (FN 21), 355, 498; RV 1202 BgNR 11. GP, 13; wie hier *Velu/Ergec*, 369; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 561; *Frowein/Peukert*, Art 2 4. ZPEMRK, Rz 6; s auch *Ermacora*, Rz 449 f; *Berka*, Rz 444. In diese Richtung weisen auch die Entscheidungen der EKMR, Fall *van den Dungen*; 4.3.1998, Appl 37.724/97, in denen für die Zulässigkeit einer Maßnahme nach Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK auf jene Gründe verwiesen wird, die diese Maßnahme auch im Lichte des Art 10 Abs 2 bzw Art 8 Abs 2 EMRK rechtfertigten. S für die Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsprüfung i.e.S. zB EKMR, Fall *Ciancimino*; Fall *Peltonen*; Appl 21.228/93, DR 81, 42; EGMR, Fall *Olivieira*, Z 65; Fall *Landvreugd*; 6. 6. 2002, Fall *Karalevicius*, Appl 53.254/99, Z 72 ff.

²⁵⁶ So aber anscheinend *Pahr*, 192; s demgegenüber zur gebotenen dynamischen Interpretation der Konventionsrechte schon *Berka*, ÖJZ 1979 (FN 223), 367 f, mwN; zum Leitbild der „demokratischen Gesellschaft“ *derselbe*, ZÖR 1986 (FN 223), 91 ff; dass das Demokratieverständnis einem steten Wandel unterworfen ist, betonen auch *Hoffmann-Remy* (FN 220), 59, 68; *Hailbronner*, Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft, FS Mosler, 1983, 359 (360 f, 380); sowie *Stöcker* (FN 252), 474.

²⁵⁷ EKMR, Appl 8988/80, DR 24, 198.

²⁵⁸ EGMR 6. 6. 2002, Fall *Karalevicius*, Appl 53.254/99.

und Freiheiten anderer ermöglichten es auch, einem Abtreibungsgegner für einen Zeitraum von sechs Monaten den Aufenthalt in der unmittelbaren Nähe einer Klinik zu untersagen, vor der er früher Anti-Abtreibungs-Material verteilt hatte.²⁵⁹ Im Interesse der Verhütung von Straftaten und der Aufrechterhaltung des *ordre public* wurde es weiters als zulässig angesehen, einen mutmaßlichen Mafiaangehörigen in eine Gemeinde zu verbannen bzw ihm ein nächtliches Ausgangsverbot und eine wöchentliche Meldepflicht aufzuerlegen und ihn auch sonst unter besondere polizeiliche Überwachung zu stellen.²⁶⁰ Aus den gleichen Gründen durfte einem Drogenabhängigen nach mehrmaliger Verwarnung verboten werden, ein Gebiet im Amsterdamer Stadtzentrum zu betreten.²⁶¹

Im Interesse der Verhütung von Straftaten und der Aufrechterhaltung des *ordre public* wurden weiters Freizügigkeitsbeschränkungen gebilligt, die einem Verdächtigen als Sicherheitsleistung für seine Enthftung²⁶² und einem verurteilten Straftäter während des Strafaufschubs²⁶³ auferlegt wurden, so die **Wohnsitzbeschränkung**, eine Meldepflicht und die Abnahme des Reisepasses. Die nationale Sicherheit erlaubte es, einem der Spionage verdächtigen Fremden vor der Vollziehung seiner Ausweisung die Wohnsitznahme in einem bestimmten Gebiet vorzuschreiben.²⁶⁴ Verbrechensverhütung und Schutz von Moral und Gesundheit legitimierten ein strafrechtliches Berufsverbot als Folge einer Verurteilung wegen Bordellbetriebes, auch wenn der Betroffenen dadurch nach ihrem Vorbringen die Möglichkeit genommen wurde, weiter bei ihrem Ehemann zu wohnen.²⁶⁵ Aus Gründen des *ordre public* ist es schließlich zulässig, die Niederlassung in einem Wohnwagen auf eigens dafür vorgesehene Gebiete zu beschränken, und es ist auch erlaubt, ein solches Gebiet für Wohnwägen wieder zu schließen.²⁶⁶

Die **Ausreisefreiheit** wird nach der Judikatur der Konventionsorgane aus Gründen der Aufrechterhaltung des *ordre public* beschränkt, wenn jemand in einem Arbeitshaus,²⁶⁷ in Straf- oder in Schubhaft angehalten wird.²⁶⁸ Die Verhütung von Straftaten erlaubt es ferner, einer Person anlässlich der Enthftung²⁶⁹ oder Bewilligung eines Strafaufschubes²⁷⁰ den Reisepass abzunehmen. Im Interesse der Verhinderung weiterer Straftaten und zum Schutz der Gesundheit hielt es der

259 EKMR, Fall *van den Dungen*.

260 EGMR, Fall *Raimondo* (FN 90), Z 39; Fall *Labita*, Z 194; EKMR, Fall *Ciancimino*.

261 EGMR, Fall *Olivieira*, Z 61; Fall *Landvreugd*, Z 68.

262 EKMR, Fall *Schmid*.

263 EKMR, Appl 10.307/83, DR 37, 113.

264 EKMR, Appl 10.078/82, DR 41, 103.

265 EKMR, Appl 8901/80, DR 23, 237.

266 EKMR, Fall *van de Vin*.

267 EKMR, Appl 3962/69, CD 32, 68 = Yb 1970, 688.

268 EKMR, Appl 4256/69, CD 37, 67; Appl 7680/76, DR 9, 190; s auch EKMR, Appl 4436/70, CD 35, 169 = Yb 1970, 1028 (ohne Nennung eines konkreten Eingriffsgrundes), sowie die Entscheidung EKMR, Appl 10.893/84, DR 45, 198, in der die Unmöglichkeit, das Land zu verlassen, bereits im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der Inhaftierung, also ohne Nennung eines konkreten Eingriffsgrundes als zulässig qualifiziert wird; *Nowak*, Art 12, Rz 37, geht in derartigen Fällen für Art 12 Abs 2 IPBPR von einem zulässigen Eingriff aus.

269 EKMR, Fall *Schmid*; s für Art 12 IPBPR auch *Nowak*, Art 12, Rz 37.

270 EKMR, Appl 10.307/83, DR 37, 113; s für Art 12 IPBPR auch *Nowak*, Art 12, Rz 37.

Art 2

VwGH für zulässig, jemandem, der mehrfach Suchtgifte ein- und ausgeführt und in Verkehr gesetzt hat, den Reisepass zu entziehen.²⁷¹ Mit dem Schutz der Gesundheit wurde auch die Anhaltung in einer psychiatrischen Anstalt gerechtfertigt.²⁷² Dass einem finnischen Staatsangehörigen, der sich dem Wehrdienst entzogen hatte, die Ausstellung eines Reisepasses verweigert wurde, war nach Ansicht der EKMR durch den *ordre public* und die nationale Sicherheit gedeckt.²⁷³ Die einem Gemeinschuldner auferlegte Pflicht, sich nur mit Genehmigung des Konkursgerichtes aus einem Gebiet zu entfernen, wurde als eine Beschränkung der Ausreisefreiheit angesehen, die durch die Rechte und Freiheiten anderer sowie den *ordre public* legitimiert ist.²⁷⁴ Aus den selben Gründen sah es der EGMR im Fall *Roldan* ua als gerechtfertigt an, dass eine Mutter verboten wurde, ihre Kinder ins Ausland zu bringen; dies weil zu besorgen war, dass die Mutter mit ihren Kindern nicht mehr zurückkehren und sie so dem Kontakt zu deren Vater entziehen würde, zu dem die Kinder eine besonders enge Bindung hatten.

- 63** Ein mit Art 2 Abs 3 **unvereinbarer** Eingriff wurde in der Judikatur bisher nur selten angenommen. Eine unzulässige, weil gesetzlich nicht vorgesehene und unnötige Beschränkung der Freizügigkeit lag zunächst vor, als einem mutmaßlichen Mafiaangehörigen die Aufhebung seiner polizeilichen Überwachung nicht mitgeteilt wurde, sodass er 18 weitere Tage in seiner Bewegungsfreiheit eingengt war.²⁷⁵ An einer gesetzlichen Grundlage und an der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft fehlte es auch, als zypriotischen Staatsangehörigen die freie Bewegung zwischen dem Nord- und dem Südteil ihres Landes untersagt bzw die Niederlassung im Norden vorgeschrieben wurde.²⁷⁶ Schließlich wurde eine Verletzung des Art 2 konstatiert, als die polizeiliche Überwachung eines Beschuldigten auch nach dessen Freispruch allein deshalb fortgesetzt wurde, weil der (verstorbene) Schwager des Überwachten ein führendes Mitglied der Mafia war, der Überwachte keine Reue zeigte und seinen Lebensstil nicht geändert hatte.²⁷⁷ Als nicht notwendig in einer demokratischen Gesellschaft sah es der EGMR auch an, dass ein Reisepass, der zunächst im Zuge strafrechtlicher Ermittlungen zulässigerweise beschlagnahmt worden war, auch nicht zurückgegeben wurde, als sich herausgestellt hatte, dass der Besitzer zur Aufklärung der Straftat keinen Beitrag leisten kann.²⁷⁸ Durch keines der in Art 2 Abs 3 genannten Interessen ließ sich schließlich das fast ausnahmslose Ausreiseverbot in der ehemaligen DDR rechtfertigen, ganz zu schweigen davon, dass die Art und Weise der Durchsetzung dieses Verbotes auch mit dem Recht auf Leben unvereinbar war.²⁷⁹

271 VwGH 16. 4. 1999, 99/18/0025; 1. 6. 1999, 96/18/0473.

272 EKMR 13. 10. 1993, Fall *Nordblad*, Appl 19.076/91.

273 EKMR, Fall *Peltonen*; Appl 21.228/93, DR 81, 42.

274 EKMR, Appl 8988/80, DR 24, 198.

275 EGMR, Fall *Raimondo* (FN 90), Z 39.

276 EGMR, Fall *Denizci* ua (FN 140), Z 405.

277 EGMR, Fall *Labita*, Z 196 f.

278 EGMR, Fall *Baumann*, Z 66 f.

279 EGMR, Fall *Streletz* ua, Rz 87, 90 ff.

2. Der Gesetzesvorbehalt des Art 2 Abs 4

Nach dem Entwurf der Beratenden Versammlung sollte ein Eingriff in die Freizügigkeit nicht nur durch die in Art 2 Abs 3 genannten Gründe gerechtfertigt sein, sondern auch durch das „Interesse ... des wirtschaftlichen Gedeihens des Landes“ – ein Motiv, das nach Art 8 Abs 2 EMRK auch Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs legitimiert.²⁸⁰ Im Expertenkomitee bestanden jedoch Bedenken gegen die Aufnahme dieses Eingriffsgrundes, zum einen, weil man befürchtete, dass die Staaten ihn missbräuchlich in Anspruch nehmen würden, zum anderen, weil in der Möglichkeit wirtschaftlich motivierter Freizügigkeitsbeschränkungen ein Rückschritt gegenüber den bisher erreichten Standards des Völkerrechts gesehen wurde, und schließlich, weil die Vertragsstaaten durch Art 2 ohnedies nicht daran gehindert sind, die Einreise von Fremden und die Erteilung von Arbeitsgenehmigungen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu regeln.²⁸¹ Der Expertenausschuss räumte indes ein, dass auch in einer demokratischen Gesellschaft Freizügigkeitsbeschränkungen notwendig sein können, die unter keinen der Eingriffstatbestände des Art 2 Abs 3 fallen. Um derartige Maßnahmen zu ermöglichen, wurde dem Art 2 ein vierter Absatz angefügt.²⁸²

64

Art 2 Abs 4 bindet Eingriffe nicht an bestimmte, abschließend aufgezählte Gründe, sondern lässt Freizügigkeitsbeschränkungen bereits dann zu, wenn sie **gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im öffentlichen Interesse gerechtfertigt** sind. Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ wird auch in Art 1 1. ZPEMRK verwendet, er geht jedenfalls über die in Art 2 Abs 3 genannten Eingriffsgründe, also auch über den ohnedies relativ weit zu verstehenden „ordre public“ hinaus. Wie aus der Entstehungsgeschichte hervorgeht, umfasst er auch das „wirtschaftliche Gedeihen“ eines Staates (Rz 64).²⁸³ Zur Erreichung dieser Interessen muss ein Eingriff weder unentbehrlich noch not-

65

²⁸⁰ Travaux préparatoires (FN 21), 355 ff, 495; RV 1202 BlgNR 11. GP, 11.

²⁸¹ Travaux préparatoires (FN 21), 437 f, 499 ff; RV 1202 BlgNR 11. GP, 13 f; s auch Hofmann, 70. Das Expertenkomitee verweist in diesem Zusammenhang auf Art 1 des Europäischen Niederlassungsabkommens, auf Art 48 EWGV und Art 12 Abs 3 des Entwurfs des IPBPR. Pahr, 191, meint, die Möglichkeit einer Freizügigkeitsbeschränkung aus wirtschaftlichen Gründen sei auch in den Grundrechtsordnungen der Mitgliedstaaten des Europarates nicht vorgesehen und führt als Beispiel für diese Feststellung auch die Art 4 und 6 StGG an. Die dort gewährten Garantien stehen zwar nicht unter einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt; wie eine historische und teleologische Auslegung dieser Bestimmungen ergibt, können Bewegungsfreiheit (Art 4 Abs 1 StGG) und Wohnsitzfreiheit (Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG) aber aus jedweden öffentlichen Interesse, grundsätzlich also auch aus wirtschaftlichen Gründen eingeschränkt werden; s dazu mwN Pöschl, Art 4 StGG, Rz 45 f; dieselbe, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 37 ff. Nur die in Art 4 Abs 3 StGG garantierte Auswanderungsfreiheit darf aus wirtschaftlichen Interessen nicht beschränkt werden; im Zeitpunkt des Inkrafttretens des 4. ZPEMRK wurde allerdings noch angenommen, dass Art 4 Abs 3 StGG durch den (zwischenzeitig aufgehobenen) § 5 PersFrG 1862 unter einen bloß formellen Gesetzesvorbehalt gestellt ist; s dazu mwN Pöschl, Art 4 StGG, Rz 62, 66.

²⁸² Travaux préparatoires (FN 21), 501; RV 1202 BlgNR 11. GP, 14 f.

²⁸³ Castberg (FN 220), 185; Velu/Ergec, Rz 369; Harris/O'Boyle/Warbrick, 560 f; van Dijk/van Hoof, 670 f; Merrills/Robertson, 255.

Art 2

wendig sein; nach dem Wortlaut des Art 2 Abs 4 reicht schon hin, dass eine Beschränkung durch die genannten Interessen „gerechtfertigt“ („justified“, „justifiées“) ist. Diese Formulierung ermächtigt zwar nicht zu untauglichen, unnötigen oder ieS unverhältnismäßigen Eingriffen. Doch wird an die Dringlichkeit der Zielerreichung ein milderer Maßstab anzulegen sein als bei Eingriffen nach Art 2 Abs 3.²⁸⁴

- 66** Diese Lockerung der Eingriffsbedingungen kann bloß in eingeschränktem Umfang in Anspruch genommen werden: Zum einen sind gestützt auf Art 2 Abs 4 nur Eingriffe in die **Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit** möglich, während Beschränkungen der Ausreisefreiheit weiterhin an die strengeren Voraussetzungen des Art 2 Abs 3 gebunden sind; ein wirtschaftlich motiviertes Auswanderungsverbot, etwa um einen „brain drain“ zu verhindern, bleibt daher jedenfalls unzulässig.²⁸⁵ Zum anderen muss eine Maßnahme nach Art 2 Abs 4 auf „**den Bereich bestimmter Gebiete**“ beschränkt sein. Nach den Materialien braucht sich ein Gebiet iSd Art 2 Abs 4 nicht mit einer geographischen oder verwaltungsmäßigen Einheit zu decken; es kann also kleiner sein als eine solche Einheit oder über sie hinausgehen. Unabdingbar ist aber die genaue Abgrenzung des Territoriums, in dem die Freizügigkeitsbeschränkung Geltung haben soll.²⁸⁶
- 67** Der Gesetzesvorbehalt des Art 2 Abs 4 gewährt den Staaten jenen Spielraum, der erforderlich ist, um in Zollbezirken, Naturschutzgebieten, Industriezonen uä die im Allgemeininteresse gebotenen Beschränkungen der Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit vorzunehmen.²⁸⁷ Aufgrund des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte des Art 2 Abs 4 ist auch anzunehmen, dass diese Bestimmung ökonomisch motivierte Eingriffe in die Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit zulässt.²⁸⁸ Zu denken ist dabei etwa an Beschränkungen im städtischen Raum bzw in Regionen mit einer besonderen Einwohnerdichte oder mit hoher Arbeitslosigkeit, in denen eine stärkere Kontrolle der Einwanderungsentwicklung für erforderlich gehalten wird.²⁸⁹ Zulässig wäre es wohl auch, wenn ein Staat im Fall der Verlegung des Regierungssitzes von seinen Bediensteten verlangt, dass sie ihren Wohnsitz nun am neuen Dienort nehmen.²⁹⁰

284 So wohl auch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 561 FN 17; aA *Hoffmann-Remy* (FN 220), 56 FN 3, der meint, dass die Begriffe „justifié“ in Art 2 Abs 4 4. ZPEMRK und „nécessaire“ in Art 8–11 EMRK und „Art. 3 und 4“ (gemeint wohl: Art 2 Abs 3) 4. ZPEMRK einander inhaltlich entsprechen.

285 *Pabr*, 191; *Castberg* (FN 220), 185; *van Dijk/van Hoof*, 671; *Grabenwarter*, Rz 23; zurückhaltender *Tomuschat* (FN 24), 760. Selbst jene Mitglieder des Expertenkomitees, die das „wirtschaftliche Gedeihen des Landes“ als eigenen Eingriffsgrund in Art 2 Abs 3 aufnehmen wollten, räumten ein, dass die Ausreisefreiheit aus derartigen Interessen nicht beschränkt werden dürfe: *Travaux préparatoires* (FN 21), 437, 499; RV 1202 BlgNR 11. GP, 13. Differenzierend zur Zulässigkeit einer wirtschaftlich motivierten Ausreisebeschränkung nach Art 12 Abs 3 IPBPR *Hannum*, 34 ff.

286 *Travaux préparatoires* (FN 21), 438, 501; RV 1202 BlgNR 11. GP, 15.

287 *Tretter*, 678; s auch *Pabr*, 191; *Grabenwarter*, Rz 23.

288 *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 561; *van Dijk/van Hoof*, 670.

289 *Harris/O'Boyle/Warbrick*, 561; *van Dijk/van Hoof*, 671.

290 *Van Dijk/van Hoof*, 671.

In der Judikatur der Straßburger Instanzen hat Art 2 Abs 4 bisher keine Rolle **68** gespielt. Soweit ersichtlich, wurde dieser Gesetzesvorbehalt noch nie herangezogen, um die Zulässigkeit einer Freizügigkeitsbeschränkung zu begründen. Die überwiegende Zahl der gerügten Eingriffe findet ihre Rechtfertigung vielmehr schon in dem weiten Eingriffsgrund des „ordre public“, entweder in ihm allein oder in Verbindung mit einem anderen Ziel des Art 2 Abs 3 (Rz 60, 62).

3. Suspendierung im Notfall?

Die Gesetzesvorbehalte des Art 2 Abs 3 und 4 regeln die Zulässigkeit von **69** Freizügigkeitsbeschränkungen für den „Normalzustand“. Da außergewöhnliche Umstände weitergehende Maßnahmen erforderlich machen können, erteilt **Art 15 EMRK** eine Eingriffserlaubnis für den Notfall. Diese Bestimmung ermächtigt die Vertragsstaaten für den Fall eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht, zur Außerkraftsetzung der in der Konvention vorgesehenen Verpflichtungen, lässt derartige Maßnahmen aber nur im unbedingt erforderlichen Umfang und im Einklang mit den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu. Die österreichische Rechtsordnung kennt eine vergleichbar allgemeine Ermächtigung zur Suspension von Grundrechten nicht. Nach überwiegender Ansicht ist Art 15 EMRK daher wegen des Günstigkeitsprinzips des Art 53 EMRK in Österreich **nicht anwendbar**.²⁹¹

Eine bloß auf Freizügigkeitsrechte bezogene Notfallermächtigung ist allerdings **70** in § 13 ÜG 1920 vorgesehen, der den Bundesgesetzgeber dazu ermächtigt, den Verkehr von Personen oder Waren zwischen den Ländern und innerhalb der Länder zu beschränken oder zu erschweren, solange die in Artikel 10 (heute: Abs 1) Z 15 B-VG erwähnten „außerordentlichen Verhältnisse“ fort dauern, das sind jene Verhältnisse, die durch die kriegerischen Ereignisse der Jahre 1914 bis 1918 hervorgerufen worden sind (§ 17 Abs 1 ÜG 1920).²⁹² Ohne die Anwendbarkeit des Art 15 EMRK für Österreich in Zweifel zu ziehen, wurde in der Lehre zum Teil angenommen, dass Maßnahmen iSd § 13 ÜG 1920, wenn schon nicht durch die Gesetzesvorbehalte des Art 2 Abs 3 und 4, dann doch jedenfalls durch Art 15 EMRK gedeckt seien.²⁹³ Der Verfassungsgesetzgeber des Jahres 1969 dürfte die Eingriffsbedingungen des Art 15 EMRK für strenger gehalten haben als jene des § 13 ÜG 1920. Denn anlässlich der Genehmigung des 4. ZPEMRK wurde in den Materialien darauf hingewiesen, dass Art 2 4. ZPEMRK iVm Art 15 EMRK den § 13 ÜG 1920 „ergänze“.²⁹⁴ Ob dieser Befund zutrifft, kann dahin stehen. Denn die außerordentlichen Verhältnisse, von denen in § 13 iVm § 17 Abs 1 ÜG 1920 die Rede ist, sind heute längst behoben,²⁹⁵

²⁹¹ *Siess-Scherz*, Art 15 EMRK, Rz 3, mwN; *Berka*, Rz 240.

²⁹² Vgl mwN *Lanner*, *Kodex Verfassungsrecht*¹⁸, 2002, 1a/1. § 13 ÜG 1920 FN 15; s auch *Klecatsky* (FN 24), 51.

²⁹³ *Pahr*, 192, der allerdings auch darauf hinweist, dass bei einer Inanspruchnahme des § 13 ÜG 1920 auf die formalen Erfordernisse des Art 15 EMRK Bedacht genommen werden müsste; ihm folgend *Tretter*, 674 f.

²⁹⁴ RV 1202 BlgNR 11. GP, 7.

²⁹⁵ VfSlg 2264/1952. Dass der Zeitpunkt, von dem an diese Verhältnisse als behoben anzusehen sind, entgegen § 17 Abs 2 ÜG 1920 noch nicht durch Bundesgesetz festgestellt worden ist, ändert daran nichts.

Art 2

sodass die Ermächtigung des § 13 ÜG 1920 infolge Zeitablaufes zur Gänze gegenstandslos geworden ist.²⁹⁶

VII. Schutzrichtung

- 71** Wie die meisten anderen Grundrechte richten sich auch die Garantien des Art 2 nur an den Staat; das bedeutet allerdings nicht, dass sie für zivilrechtliche Rechtsverhältnisse belanglos wären. Zunächst sind die Vertragsstaaten auch bei der Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Privaten verpflichtet, die Eingriffsvoraussetzungen des Art 2 zu beachten. Dies gilt etwa für die im Familienrecht vorgesehene Pflicht, dem gerechtfertigten Verlangen eines Ehegatten auf Verlegung des Wohnsitzes zu entsprechen (§ 92 ABGB), oder das Recht der Eltern, den Aufenthalt ihrer minderjährigen Kinder zu bestimmen (§ 146b ABGB).²⁹⁷ Auch das Eigentum an Liegenschaften, dingliche Gebrauchsrechte wie Servitut oder Baurecht und obligatorische Rechte wie das Miet-, Pacht- oder Leihrecht²⁹⁸ beschränken die Bewegungs- und die Wohnsitzfreiheit schon von Gesetzes wegen. Diese, aus der Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 1 1. ZPEMRK, Art 5 StGG) erfließenden Rechte hat der Grundrechtsträger zu respektieren, wenn er von seiner Freizügigkeit Gebrauch machen will (Rz 60).
- 72** Darüber hinaus sind die in Art 2 garantierten Freizügigkeitsrechte auch bei der Auslegung und Anwendung zivilrechtlicher Gesetze zu beachten. Insofern kommt den Rechten des Art 2 Abs 1 und 2 für das Verhältnis zwischen Privaten **mittelbare Drittwirkung** zu.²⁹⁹ Relevant kann dies etwa für vertragliche Vereinbarungen werden, die das Betreten bestimmter Plätze oder gar die Ausreise aus dem Staatsgebiet untersagen, einen Ortswechsel gebieten, die Begründung eines Wohnsitzes an einem Ort anordnen oder verbieten. In der Lehre wurde zum Teil angenommen, dass an solche Vereinbarungen ein strenger Maßstab anzulegen sei, weil das 4. ZPEMRK die Freizügigkeit zu einem eigenen Freiheitsrecht ausgestaltet habe. Zwischen den Interessen der Vertragsparteien dürfe daher kein auffallendes Missverhältnis bestehen, die vereinbarte Freizügigkeitsbeschränkung sei in räumlicher und zeitlicher Hinsicht vielmehr auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu reduzieren.³⁰⁰ Die Annahme, seit dem Inkrafttreten des 4. ZPEMRK

²⁹⁶ Lanner (FN 292), 1a/1. § 13 ÜG 1920 FN 15; s auch Pöschl, Art 4 StGG, Rz 41; die Unanwendbarkeit des § 13 ÜG 1920 nahmen schon Adamovich/Spanner, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁵, 1957, 445, und Klecatsky (FN 24), 51, an. Nach Ermacora (FN 206), 115, dürfen Maßnahmen iSd § 13 ÜG 1920 „derzeit“ nicht ergriffen werden. Auch Seidl-Hohenveldern, EuGRZ 1982 (FN 76), 385, und in: Machacek/Pahr/Stadler (FN 76), 538, geht offenbar von der weiteren Geltung des § 13 ÜG 1920 aus; er scheint anzunehmen, dass diese Vorschrift nicht auf die durch den 1. Weltkrieg hervorgerufenen Verhältnisse beschränkt ist, sondern ganz allgemein unter kriegsbedingten außerordentlichen Verhältnissen zur Anwendung kommt.

²⁹⁷ S auch Moser (FN 49), 152; sowie für Art 12 IPBPR Nowak, Art 12, Rz 43.

²⁹⁸ S auch Moser (FN 49), 151.

²⁹⁹ S auch Hoffmann-Remy (FN 220), 82 ff; Moser (FN 49), 151; s allgemein Clapham, The „Drittwirkung“ of the Convention, in: Macdonald/Matscher/Petzold (Hrsg), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, 163; Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, JBl 1999, 741 ff.

³⁰⁰ Moser (FN 49), 151 f.

sei in Österreich eine neue Bewertung der Freizügigkeitsrechte angebracht, lässt allerdings außer Acht, dass diese Rechte nicht erst durch das 4. ZPEMRK gewährt wurden, sondern schon seit der Monarchie durch das StGG geschützt sind (Rz 2). Dazu kommt, dass es dem Einzelnen prinzipiell frei steht, auf die Ausübung eines ihm eingeräumten Grundrechts zu verzichten. Nicht die Wirksamkeit, sondern die Unwirksamkeit einer solchen privatautonom getroffenen Entscheidung bedarf daher einer besonderen Begründung, die etwa in der Übermäßigkeit der vereinbarten Freizügigkeitsbeschränkung, in der faktischen Unterlegenheit oder gar in einer Zwangslage des Verzichtenden bestehen kann.³⁰¹ Liegen derartige Umstände nicht vor, so sind Wohnsitzverpflichtungen und Konkurrenzklauseln, insbesondere in Arbeitsverträgen grundsätzlich ebenso zulässig³⁰² wie die durch einen Vergleich übernommene Verpflichtung, seinen bisherigen Wohnort aufzugeben.³⁰³ Auch die vertragliche Abmachung, dass ein Privater das Hoheitsgebiet eines Staates nicht verlässt, kann rechtswirksam sein, wenn sie nur für eine zeitlich begrenzte Dauer getroffen wird und im überwiegenden ernstlichen Interesse eines Vertragsteils liegt, so etwa, wenn jemand im Rahmen eines Dienstvertrages zusagt, für mehrere Jahre die Auslandsvertretung einer Firma zu übernehmen.³⁰⁴ Die Vereinbarung eines Wohnsitzverbotes „ohne jede zeitliche Grenze“ und ein nach Umfang und Dauer ganz überschießendes Konkurrenzverbot wurden in der Judikatur aber als ein Verstoß gegen die guten Sitten bzw als Verletzung der Art 4 und 6 StGG angesehen,³⁰⁵ und würden in gleicher Weise auch Art 2 Abs 1 widersprechen. Schließlich ist auch umgekehrt denkbar, dass gerade die Verweigerung eines Vertragsabschlusses zivilrechtlich unzulässig ist, so, wenn jemandem aufgrund seiner Rasse, seiner Hautfarbe, seiner nationalen oder ethnischen Herkunft der Zugang zu einem für den allgemeinen öffentlichen Gebrauch bestimmten Platz, etwa zu einem Hotel, einer Gaststätte, einem Theater oder Park, verwehrt wird.³⁰⁶ Ein derartiges Verhalten

301 SmwN auch *Berka*, Rz 176, 179, 235 f; vgl allgemein zum Grundrechtsverzicht und seinen Grenzen auch *Grabenwarter* (FN 244), 507 ff, mwN.

302 *Ermacora*, Rz 458; *Rittstieg* (FN 248), Rz 45; s auch das Urteil des OGH, RdA 1979, 24, in dem es als sachlich gerechtfertigt und daher im Hinblick auf die Freizügigkeit der Person als unbedenklich gewertet wurde, dass den Arbeitnehmern eines Gastbetriebes ganz allgemein verboten wurde, in den Lokalen des Betriebes mit Gästen zu konsumieren; s allerdings auch die kritische Anmerkung *Rabofskys*, RdA 1979, 26 (28).

303 GIUNF 2916/1905; aA *Moser* (FN 49), 152.

304 *Moser* (FN 49), 152, der die Bedrohung der Ausreisefreiheit allerdings in dem Umstand sieht, dass sich jemand zum Verlassen des Landes verpflichtet: Da Art 2 Abs 2 nur das Recht gewährt, ein Land zu verlassen, nicht aber vor dem Zwang zur Ausreise schützt (Rz 51), wird die Ausreisefreiheit durch die genannte Vereinbarung mE nur insofern eingeschränkt, als die Pflicht, sich im Ausland niederzulassen, die Möglichkeit beschränkt, diesen neuen Aufenthaltsstaat jederzeit zu verlassen.

305 GIUNF 4338/1908; s auch *Rittstieg* (FN 248), Rz 45.

306 Nach der Judikatur des OGH ist eine diskriminierende, den Betroffenen gegenüber anderen Personen zurücksetzende Abweisung oder Ausweisung durch den Inhaber eines öffentlich geführten Lokals jedenfalls dann sittenwidrig, wenn dem Lokalinhaber eine monopolartige Stellung zukommt: SZ 59/130 = JBl 1987, 36 = EvBl 1987/6; OGH 13. 4. 1988, 1 Ob 560/88; s weiters SZ 63/190 = JBl 1992, 178 (Verbot, ein Videogeschäft zu betreten); OGH 1. 9. 1999, 7 Ob 383/98v (Verbot, einen Flugplatz zu betreten); OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 48/01d (Eintrittsverbot in Casinos).

Art 2

ist schon durch Art 5 lit f des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung untersagt und zudem nach Art IX Abs 1 Z 3 EGVG mit Verwaltungsstrafe bedroht.³⁰⁷

- 73** Nach heute herrschender Ansicht ist der Staat durch die Grundrechte nicht nur dazu verhalten, Freiheitsbeschränkungen zu unterlassen; er kann durch diese Rechte vielmehr auch zu einem positiven Tun verpflichtet sein.³⁰⁸ Das Bestehen derartiger **Gewährleistungspflichten** war für den Anwendungsbereich der EMRK schon früh anerkannt. Bereits in den Siebziger Jahren stellten die Straßburger Organe fest, dass aus den Konventionsrechten auch „positive obligations“ der Vertragsstaaten resultieren können.³⁰⁹ Die große Mehrzahl derartiger Entscheidungen erging zwar zu Art 8 und 11 EMRK,³¹⁰ der Sache nach leitet die Judikatur aber auch aus Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK eine Handlungspflicht ab, wenn sie annimmt, dass die Vertragsstaaten dazu verhalten sind, ihren Bürgern ein für die Ausreise erforderliches Reisedokument auszustellen (Rz 55).³¹¹ Dass ein Staat auch durch die Bewegungs- und Wohnsitzfreiheit des Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK zu einem positiven Tun verpflichtet ist, wurde in der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht festgestellt, wäre aber nicht schlechthin undenkbar, insbesondere ist anzunehmen, dass der Staat grundsätzlich auch dazu verpflichtet sein kann, die in Art 2 garantierte Freizügigkeit vor Bedrohungen Privater zu schützen.³¹² Die Annahme darüber hinausgehender Gewährleistungspflichten dürfte freilich nicht dazu führen, dass die liberalen Freiheitsrechte des Art 2 unter der Hand zu sozialen Grundrechten umgedeutet werden.³¹³ Schon aus diesem Grund ist nicht anzunehmen, dass der Staat dem Einzelnen die Freizügigkeit durch finanzielle Zuwendungen oder Sachleistungen (etwa durch die Bereitstellung einer Wohnung) individuell ermöglichen oder erleichtern muss.³¹⁴ Für die Bewegungsfreiheit folgt die Unzulässigkeit einer solchen Annahme zudem aus dem sachlichen Schutzbereich des Art 2 Abs 1 1. Tatbestand, der grundsätzlich nur die Bewegung als solche zum Gegenstand hat, nicht aber bestimmte Hilfsmittel für die Bewegung (Rz 26). Soweit die Inanspruchnahme der Freizügigkeit aber von Leistungen abhängt, die nur der Staat erbringen kann, ist die Verweigerung einer solchen Leistung wohl als Eingriff in Art 2 zu werten, was umgekehrt bedeutet,

307 S schon Rz 8; vgl auch den von der EKMR entschiedenen Fall *Anderson* ua, DR 91, 79, in dem den Beschwerdeführern der Zugang zu einem Shopping-Center verwehrt wurde; dieses Vorgehen konnte allerdings nicht an Art 2 Abs 1 gemessen werden, weil der belangte Staat (das Vereinigte Königreich) das 4. ZPEMRK nicht ratifiziert hat.

308 S dazu grundlegend und mwN *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997; *Frowein/Peukert*, Art 1 EMRK, Rz 10 f; *Berka*, Rz 99 ff; sowie die Beiträge von *Stern, J.P. Müller* und *Holoubek*, in: *Holoubek* ua (Hrsg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates, 2002, 1, 21, 31.

309 S mwN *Holoubek*, Gewährleistungspflichten (FN 308), 54 ff.

310 S *Holoubek*, Gewährleistungspflichten (FN 308), 54 ff, und zu Art 8 EMRK *Wiederin*, Art 8 EMRK, Rz 11, 64 ff, 104 ff, 118.

311 S für Art 12 IPBPR auch *Nowak*, Art 12, Rz 17 und 19.

312 S allgemein *Holoubek*, Gewährleistungspflichten (FN 308), 55 ff; *Berka*, Rz 228.

313 S allgemein *Berka*, Rz 112.

314 S für Art 4 StGG und Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG in diesem Sinne auch *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 49; *dieselbe*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 44; für Art 11 Abs 1 GG zB *Krüger/Pagenkopf* (FN 89), Rz 22.

dass der Staat zur Erbringung dieser Leistung verpflichtet ist. Zu denken ist dabei neben der bereits erwähnten Ausstellung eines Reisepasses etwa an Verkehrswege, die der Staat in einem – in Österreich gewiss erreichten – Mindestmaß bereitzustellen hat, soll die Bewegungsfreiheit seiner Bürger gewährleistet sein.³¹⁵

VIII. Verhältnis des Art 2 zu den Freizügigkeitsgarantien des StGG

1. Bewegungsfreiheit und Art 4 Abs 1 StGG

Art 2 Abs 1 1. Tatbestand deckt sich seinem persönlichen Schutzbereich nach mit der in Art 4 Abs 1 StGG garantierten „Freizügigkeit der Person“:³¹⁶ Grundrechtsträger ist nach beiden Bestimmungen, wer sich rechtmäßig im Staatsgebiet aufhält (Rz 12 ff).³¹⁷

74

Der sachliche Schutzbereich der konventionsrechtlichen Bewegungsfreiheit bleibt teilweise hinter Art 4 Abs 1 StGG zurück, weil er die „Freizügigkeit des Vermögens“ iSd Art 4 Abs 1 StGG nicht als eigenständiges Recht garantiert (Rz 24). Zum Teil geht der Schutzbereich des Art 2 Abs 1 1. Tatbestand aber auch über Art 4 Abs 1 StGG hinaus: So wie Art 5 EMRK nämlich Art 2 verdrängt (Rz 30), geht auch das PersFrG dem Art 4 StGG als die speziellere Bestimmung vor.³¹⁸ Der Schutzbereich des Art 5 EMRK ist aber teilweise enger als jener des PersFrG;³¹⁹ insoweit ist der für Art 2 verbleibende Tatbestand wiederum weiter als der des Art 4 StGG. So ist etwa eine Internierung dem PersFrG und damit nicht dem Art 4 StGG zu subsumieren, sie fällt aber aus Art 5 EMRK heraus und wird daher von Art 2 aufgefangen.³²⁰ Die Bewegungsfreiheit des Art 2 Abs 1 1. Tatbestand erfasst damit jedes Verhalten, das durch die „Freizügigkeit der Person“ iSd Art 4 Abs 1 StGG geschützt ist; soweit sich der sachliche Schutzbereich beider Bestimmungen deckt, garantieren sie dem Grundrechtsträger gleichermaßen das Recht, sich innerhalb des Staatsgebietes frei zu bewegen.

So wie die konventionsrechtliche Bewegungsfreiheit ist auch die Freizügigkeit der Person durch Art 4 Abs 1 StGG nicht vorbehaltlos gewährt. Unter welchen Voraussetzungen Art 4 Abs 1 StGG einen Eingriff in die Freizügigkeit der Person erlaubt, wird in Lehre und Rechtsprechung zum Teil unterschiedlich beurteilt. Da Art 4 Abs 1 StGG die zulässigen Gründe bzw die räumliche Reichweite eines

³¹⁵ Gleiches gilt mE auch für Art 4 StGG, s dazu *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 49; s für Art 11 GG *Ziekow* (FN 1), 591 ff (597 f).

³¹⁶ Das StGG verwendet den Ausdruck „Freizügigkeit“, wie erwähnt (Rz 7), in einem engeren, bloß die Bewegungsfreiheit innerhalb des Staatsgebietes umfassenden Sinn.

³¹⁷ Von einer Identität des persönlichen Schutzbereiches dürfte auch der Verfassungsgesetzgeber ausgegangen sein, als er dem 4. ZPEMRK die verfassungsmäßige Genehmigung erteilte; die Materialien (RV 1202 BlgNR 11. GP, 7) stellen nämlich nur fest, dass die in Art 6 Abs 1 StGG garantierte Niederlassungsfreiheit einen engeren persönlichen Schutzbereich hat als Art 2 4. ZPEMRK, während ein Unterschied zwischen Art 4 StGG und Art 2 4. ZPEMRK erst auf der Schrankenebene gesehen wird, s dazu sogleich im Text. Zum persönlichen Schutzbereich des Art 4 StGG näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 13 ff, 46.

³¹⁸ *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 23, mwN.

³¹⁹ Vgl *Kopetzki*, in: Machacek/Pahr/Stadler (FN 106), 297 f; *derselbe*, Art 1 PersFrG, Rz 28.

³²⁰ S zur Subsumtion unter das PersFrG, nicht aber unter Art 5 EMRK mwN *Kopetzki*, in: Machacek/Pahr/Stadler (FN 106), 296 ff; *derselbe*, Art 1 PersFrG, Rz 28.

Art 2

Eingriffs nicht weiter beschränkt, bleibt sein Schutzniveau aber hinter den Gesetzesvorbehalten des Art 2 4. ZPEMRK zurück.³²¹ Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sind daher seit dem Inkrafttreten des 4. ZPEMRK nur zulässig, wenn sie in Art 2 Abs 3 oder Abs 4 Deckung finden. Diese Ansicht wurde schon im Zuge der parlamentarischen Genehmigung des 4. ZPEMRK vertreten³²² und wird auch von der hL geteilt.³²³ Demgegenüber prüft der VfGH Freizügigkeitsbeschränkungen noch immer vorwiegend am Maßstab des Art 4 Abs 1 StGG.³²⁴ Soweit diese Beschränkungen allerdings nur für den Bereich eines bestimmten Gebietes gelten, entsprechen die Eingriffsbedingungen, die die Judikatur dem Art 4 Abs 1 StGG entnimmt, im Ergebnis weitgehend den gelockerten Anforderungen des Art 2 Abs 4 4. ZPEMRK: Dass ein Eingriff in die Freizügigkeit der Person auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, verlangt nach der Judikatur nämlich auch Art 4 StGG; nur dass ein Eingriff auch „in einer demokratischen Gesellschaft“ gerechtfertigt sein muss, ist kein eigenständiges Erfordernis der Grundrechtsformel des Art 4 StGG. Im Regelfall werden freilich die Wertvorstellungen einer solchen Gesellschaft auch bei der Prüfung nach Art 4 StGG Beachtung finden, dies freilich mit der Einschränkung, dass dabei ein Vergleich mit den Rechtsordnungen anderer Vertragsstaaten nicht angestellt wird.

2. Wohnsitzfreiheit und Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG

- 75** Die in Art 2 Abs 1 2. Tatbestand garantierte Wohnsitzfreiheit ist in persönlicher Hinsicht weiter, in sachlicher Hinsicht aber enger als die Niederlassungsfreiheit

³²¹ S auch *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 46.

³²² Die Materialien stellen in diesem Zusammenhang fest, dass die Art 4 und 6 StGG sowie der § 5 PersFrG 1862 als durch Art 2 4. ZPEMRK „ergänzt bzw. derogiert angesehen werden müssen“: RV 1202 BlgNR 11. GP, 7. Der (zwischenzeitig außer Kraft getretene) § 5 PersFrG 1862 stellte Art 4 Abs 1 StGG nach der älteren Judikatur unter einen formellen Gesetzesvorbehalt; ab dem Erkenntnis VfSlg 3447/1958 nahm der VfGH aber ohne weitere Bezugnahme auf § 5 PersFrG 1862 an, dass die Freizügigkeit der Person nur „im Rahmen der Rechtsordnung“, also unter einem ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt gewährt sei. Das Außerkrafttreten des § 5 PersFrG 1862 hat an der Möglichkeit, die Freizügigkeit zu beschränken, dementsprechend nichts geändert (näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 36 ff).

³²³ Vgl *Moser* (FN 49), 151; *Tretter*, 673 f; *Thienel* (FN 76), 743. Im Ergebnis nimmt auch *Ermacora*, Rz 441, 450 und 457, an, dass Eingriffe in Art 4 Abs 1 StGG den Anforderungen des Art 2 4. ZPEMRK entsprechen müssen; implizit bejahen dies auch *Kneibls/Preiß* (FN 137), 116; explizit *Berka*, Rz 444 f; *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 46; wohl auch *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹, 2000, Rz 1364; *Pabr*, 192, stellt immerhin fest, dass der Schutz des Art 4 Abs 1 StGG weniger weit geht als jener des Art 2 Abs 1 4. ZPEMRK. Vgl aber auch *Seidl-Hohenveldern*, EuGRZ 1982 (FN 76), 385, und in: *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 76), 538, der in Art 2 Abs 3 und 4 4. ZPEMRK angesichts der dort verwendeten „Kautschukbegriffe“ und der „relativ liberalen“ Rechtsprechung des VfGH zu Art 4 StGG eine „mehr oder minder nur optische Verbesserung des Menschenrechtsschutzes“ sieht. *Mayer*, B-VG³, 2002, Art 4 StGG III, weist zwar darauf hin, dass Art 2 Abs 3 und 4 4. ZPEMRK einen materiellen Gesetzesvorbehalt enthält, kritisiert an der nach wie vor auf Art 4 StGG rekurrierenden Judikatur des VfGH aber nur, dass sie der Frage nach dem „Wesenskern“ der Freizügigkeit über den Gleichheitssatz ausweicht.

³²⁴ S dazu mwN *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 43 ff; die weit überwiegende Zahl der dort genannten Erkenntnisse nimmt auf Art 2 4. ZPEMRK nicht Bezug.

iSd Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG: Diese staatsgrundgesetzliche Garantie begünstigt einerseits nur den Staatsbürger und nicht schlechthin jeden, der sich rechtmäßig im Staatsgebiet aufhält. Andererseits gewährt Art 6 Abs 1 StGG diesem engeren Kreis der Grundrechtsträger aber über die Wohnsitzfreiheit hinaus auch ein Aufenthaltsrecht in Österreich sowie die Freiheit, sich an jedem Ort des Staatsgebietes (unterhalb der Schwelle der Wohnsitznahme) aufzuhalten.³²⁵ Im Ergebnis hat Art 2 Abs 1 also den persönlichen Schutzbereich der Wohnsitzfreiheit um jene Nichtstaatsbürger erweitert, die sich rechtmäßig in Österreich befinden; insofern ist diese Bestimmung als verfassungsergänzend anzusehen.³²⁶

Ein Eingriff in die Wohnsitzfreiheit ist mit Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG vereinbar, wenn er nicht-intentional bzw im öffentlichen Interesse gelegen, zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und ieS verhältnismäßig ist. Ebenso wie Art 4 Abs 1 StGG (Rz 74) bleibt auch Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG hinter den Anforderungen zurück, die Art 2 4. ZPEMRK an eine Freizügigkeitsbeschränkung stellt.³²⁷ Seit dem Inkrafttreten des 4. ZPEMRK sind Eingriffe in die Wohnsitzfreiheit daher nur zulässig, wenn sie in einem der konventionsrechtlichen Gesetzesvorbehalte Deckung finden. Dies wurde schon anlässlich der parlamentarischen Genehmigung des 4. ZPEMRK angenommen und entspricht auch der hL.³²⁸ Demgegenüber beurteilt der VfGH Eingriffe in die Wohnsitzfreiheit weiterhin allein am Maßstab des Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG.³²⁹ Für Beschränkungen, die sich nur auf ein bestimmtes Gebiet beziehen, gilt freilich

325 Zum persönlichen und sachlichen Schutzbereich des Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG näher *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 10 ff, 14 ff; das in dieser Bestimmung jedem Staatsbürger gewährte Recht, sich überhaupt im Staatsgebiet aufzuhalten, deckt sich teilweise mit Art 3 4. ZPEMRK, s dazu *Pöschl*, Art 3 4. ZPEMRK, Rz 27.

326 RV 1202 BlgNR 11. GP, 7; s auch *Tretter*, 675; *Morscher*, EuGRZ 1983 (FN 76), 520, und in: *Machacek/Pahr/Stadler* (FN 76), 521; *Walzel von Wiesentreu*, Zur kompetenzmäßigen Neuregelung des Grundverkehrs aus verfassungsrechtlicher Perspektive, ÖJZ 1993, 1 (9); s auch *Öhlinger* (FN 76), Rz 807.

327 S mwN *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 37 f.

328 Der RV zufolge müssen die Art 4 und 6 StGG sowie § 5 PersFrG 1862 als durch Art 2 „ergänzt bzw derogiert angesehen werden“: RV 1202 BlgNR 11. GP, 7. § 5 PersFrG 1862 ermächtigte nach der älteren Judikatur des VfGH als formeller Gesetzesvorbehalt zu Eingriffen in Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG. Dass diese Bestimmung zwischenzeitig ersatzlos aufgehoben worden ist, macht Eingriffe in Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG nicht unzulässig; denn die Wohnsitzfreiheit ist durch Art 6 Abs 1 StGG nun zwar nicht mehr unter einem formellen, aber doch weiterhin unter einem ungeschriebenen Gesetzesvorbehalt gewährt (näher *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 31 ff). Dementsprechend ging die Lehre schon während der Geltung des § 5 PersFrG 1862, und geht auch nach dessen Außerkrafttreten von einem Vorrang des Art 2 4. ZPEMRK aus: *Moser* (FN 49), 151; *Morscher*, EuGRZ 1983 (FN 76), 520; *Tretter*, 675; *Thienel* (FN 76), 744; *Berka*, Rz 444; *Walter/Mayer* (FN 323), Rz 1365; *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG. *Pahr*, 193, nimmt an, dass Art 2 4. ZPEMRK eine Änderung des Art 6 StGG notwendig macht; da Art 53 EMRK für den Fall eines Normwiderspruches allerdings die Anwendung der günstigeren Norm (hier: des Art 2 4. ZPEMRK) anordnet, ist eine Änderung der ungünstigeren Bestimmung nicht erforderlich.

329 S mwN *Pöschl*, Art 6 Abs 1 1. Tb StGG, Rz 32 f; die dort genannten (wenigen) Entscheidungen rekurrieren nicht auf Art 2 4. ZPEMRK.

Art 2

sinngemäß, was bereits in Rz 74 zur Bewegungsfreiheit festgestellt wurde: Die Bedingungen, die Art 2 Abs 4 4. ZPEMRK für solche Maßnahmen verlangt, unterscheiden sich von jenen des Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG nur unmaßgeblich. Hier wie dort hängt die Zulässigkeit eines Eingriffes nämlich von einer gesetzlichen Grundlage und von der Rechtfertigung durch ein öffentliches Interesse ab. Nach Art 2 Abs 4 4. ZPEMRK ist die Beurteilung dieser Voraussetzungen zwar zudem an den Wertmaßstäben einer „demokratischen Gesellschaft“ zu orientieren; als Richtschnur werden diese Wertmaßstäbe allerdings auch bei einer Prüfung nach Art 6 Abs 1 1. Tatbestand StGG regelmäßig einfließen, mag dabei auch ein Vergleich mit den Rechtsordnungen anderer Vertragsstaaten der EMRK nicht explizit angestellt werden.

3. Ausreisefreiheit und Art 4 Abs 3 und 4 StGG

- 76** Die in Art 2 Abs 2 garantierte Ausreisefreiheit entspricht ihrem sachlichen Schutzbereich nach der Auswanderungsfreiheit des **Art 4 Abs 3 StGG**.³³⁰ Ob sich diese Garantien auch ihrem persönlichen Schutzbereich nach decken, ist strittig. Ein Teil der Lehre und der VfGH gehen davon aus, dass Art 4 Abs 3 StGG ein Jedermannsrecht ist.³³¹ Andere Stimmen in der Literatur und der OGH nehmen an, dass sich Art 4 Abs 3 StGG nur auf den Staatsbürger bezieht.³³² ME ist dieser zweiten Ansicht zuzustimmen,³³³ sodass der Kreis der Grundrechtsträger durch Art 2 Abs 2 um Nichtstaatsbürger erweitert worden ist.

Die Freiheit der Auswanderung ist nach dem Wortlaut des Art 4 Abs 3 StGG „nur durch die Wehrpflicht beschränkt“. Eine historische und systematische Interpretation dieser Bestimmung ergibt allerdings, dass Eingriffe in die Auswanderungsfreiheit darüber hinaus auch aus den in Art 2 Abs 1 PersFrG genannten Gründen zulässig sind.³³⁴ Durch die Wehrpflicht begründete Ausreisebeschrän-

³³⁰ *Pabr*, 193; aA *Tretter*, 675, nach dem Art 4 Abs 3 StGG nur zum dauerhaften Verlassen des Landes berechtigt, während Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK auch ein kurzfristiges Verlassen des Staatsgebietes ermögliche; zum sachlichen Schutzbereich des Art 4 Abs 3 StGG näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 52 ff.

³³¹ Vgl *Schmid*, „Auswanderung“, in: Mischler/Ulbrich (Hrsg), Österreichisches Staatswörterbuch, Bd 1², 1905, 375, der auch „Angehörige fremder Staaten, welche bisher dauernd im Inlande gewohnt haben und dasselbe bleibend verlassen, in manchen Beziehungen“ zu den Auswanderern zählen will; unter Berufung auf den Wortlaut des Art 4 Abs 3 StGG sehen *Pabr*, 193, und *Tretter*, 676, die Auswanderungsfreiheit als ein jedermann gewährleistetes Recht an; ebenso VfSlg 2630/1954; anders noch das Erkenntnis VfSlg 495/1925, dem zufolge Art 4 StGG „die volle Freizügigkeit des Staatsbürgers“ gewährleistet. Von einem Jedermannsrecht dürfte auch anlässlich der Genehmigung des 4. ZPEMRK ausgegangen worden sein; die Materialien (RV 1202 BlgNR 11. GP, 7) stellen Unterschiede zwischen Art 4 StGG und Art 2 4. ZPEMRK nämlich erst auf der Schrankenebene fest.

³³² *Dantscher von Kollesberg*, Die politischen Rechte der Unterthanen, III. Lieferung, 1888, 229; *Merkel*, Der Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft in Beziehung zur Auswanderung, ZBl 36, 1918, 625, 689 (714 f); *Ermacor*a (FN 206), 117; *derselbe*, Rz 469; *Hofmann*, 216; *Berka*, Rz 441; OGH, JBl 1981, 273.

³³³ Näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 50 f.

³³⁴ Näher *Pöschl*, Art 4 StGG, Rz 60 ff. Vor dem Inkrafttreten des PersFrG 1988 wurde angenommen, dass § 5 PersFG 1862 auch die Auswanderungsfreiheit des Art 4 Abs 3 StGG unter einen formellen Gesetzesvorbehalt stellt; mit der ersatzlosen Aufhebung des

kungen lassen sich zwar auch mit der nationalen Sicherheit rechtfertigen, die Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK als legitimen Eingriffsgrund nennt.³³⁵ Die Eingriffsbedingungen des PersFrG sind aber restriktiver als die Voraussetzungen, die Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK für eine Freiheitsbeschränkung aufstellt. Der durch Art 4 Abs 3 StGG gewährte Schutz ist für den Grundrechtsträger daher günstiger als jener des Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK, sodass diese konventionsrechtliche Garantie nach Art 53 EMRK für österreichische Staatsbürger nicht zum Tragen kommt;³³⁶ sie schützt nur Fremde, die vom persönlichen Geltungsbereich des Art 4 Abs 3 StGG nicht erfasst sind.

Anders zu beurteilen ist hingegen das Verhältnis des Art 2 4. ZPEMRK zu Art 4 Abs 4 StGG, nach dem Abfahrtsgelder zwar grundsätzlich verboten, im Fall der Reziprozität aber erlaubt sind. Die Erhebung derartiger Abgaben ist nicht nur eine Beschränkung der Auswanderungsfreiheit des Art 4 Abs 3 StGG, die Art 4 Abs 4 StGG unter einen speziellen Eingriffsvorbehalt stellt;³³⁷ sie greift auch in die durch Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK garantierte Ausreisefreiheit ein (Rz 56). Die Voraussetzungen, die Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK für einen derartigen Eingriff aufstellt, sind allerdings strenger als jene des Art 4 Abs 4 StGG. Denn dass die Erhebung eines Abfahrtsgeldes „in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung des ‚ordre public‘, der Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ wirklich notwendig sein kann, ist wohl zu verneinen.³³⁸ Nach dem Günstigkeitsprinzip des

§ 5 PersFrG 1862 hat diese Ansicht ihre Grundlage verloren. Insofern sind die Materialien zum 4. ZPEMRK heute nicht mehr aussagekräftig; sie scheinen anzunehmen, dass Art 2 4. ZPEMRK dem gesamten Art 4 StGG derogiert hat: RV 1202 BlgNR 11. GP, 7.

335 In diesem Sinn äußerte sich die österreichische Bundesregierung bereits in einem Memorandum zum 4. ZPEMRK, s die Travaux préparatoires (FN 21), 150; ebenso Moser (FN 49), 150 FN 554; Pahr, 193 FN 48; Tretter, 676; s auch die Entscheidungen EKMR, Fall *Peltonen*; Appl 21.228/93, DR 81, 42, nach denen es durch die nationale Sicherheit und den ordre public gerechtfertigt war, einem finnischen Staatsangehörigen, der sich dem Wehrdienst entzogen hatte, die Ausstellung eines Reisepasses zu verweigern. Dass Personen, die die Wehrpflicht noch nicht erfüllt haben, die Ausreise generell verboten wird, dürfte aber nur in besonderen Fällen zulässig sein, so schon für Art 12 Abs 2 IPBPR Nowak, Art 12, Rz 34.

336 So im Ergebnis auch Berka, Rz 441; s weiters Öblinger (FN 76), Rz 810; vgl andererseits Seidl-Hohenveldern, EuGRZ 1982 (FN 76), 386, und in: Machacek/Pahr/Stadler (FN 76), 539, der Passversagungsgründe, die in § 5 PersFrG 1862 keine Deckung fanden, (auch nach dessen Außerkrafttreten) durch Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK rechtfertigen will, also offenbar nicht von einem Vorrang des Art 4 Abs 3 StGG ausgeht. Tretter, 676, nimmt an, dass Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK dem Art 4 Abs 3 StGG vorgeht; Pahr, 193, meint, Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK mache eine Änderung der innerstaatlichen Rechtslage erforderlich. Beide Autoren formulierten ihre Ansichten allerdings vor dem Hintergrund der früheren Rechtsprechung des VfGH, die die in Art 4 Abs 3 StGG gewährte Auswanderungsfreiheit dem formellen Gesetzesvorbehalt des § 5 PersFrG 1862 unterstellt hat, sodass Eingriffe in diese Freiheit ausschließlich an die Form des Gesetzes, nicht aber an inhaltliche Voraussetzungen gebunden waren. Diese Judikatur ist seit dem Außerkrafttreten des § 5 PersFrG 1862 überholt, vgl dazu näher Pöschl, Art 4 StGG, Rz 64 ff.

337 S dazu Pöschl, Art 4 StGG, Rz 58, 68.

338 S auch Pöschl, Art 4 StGG, Rz 68. Dass Art 2 Abs 3 4. ZPEMRK der Einhebung

Art 2

Art 53 EMRK ist daher anzunehmen, dass die konventionsrechtliche Ausreisefreiheit des Art 2 4. ZPEMRK der Anwendung des Art 4 Abs 4 StGG entgegensteht.

von Abfahrtsgeldern entgegensteht, nimmt auch *Pahr*, 199 FN 48, an; in diese Richtung erklärte sich auch die österreichische Bundesregierung in einem Memorandum zum 4. ZPEMRK: Travaux préparatoires (FN 21), 149 (150); s weiters *Nowak*, Art 12, Rz 37, nach dem Abfahrtsgelder auch in Art 12 Abs 3 IPBPR keine Deckung finden.