

nr 4/2020

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

## Sanfte Verwaltung

recht & gesellschaft

Indigeneity and constitutional rights in Australia

U-Ausschuss zu Ibiza

Grundrechtswissen in Österreich

debatte corona

In Zeiten der Infodemie

Für Context herausgegeben von Isabell Doll, Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister,  
Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at  
juridikum.at

VERLAG  
ÖSTERREICH

# Nicht alle haben die Wahl

Isabell Doll / Paul Hahnenkamp

---

„Wenn das Wahlrecht in einer repräsentativen Demokratie mit der StA [Staatsangehörigkeit] verknüpft ist, und einer Ausdehnung des Wahlrechts verfassungsrechtliche Schranken entgegenstehen, [...] kommt der StA eine Legitimationsfunktion zu. Ein Einbürgerungssystem, das dieser Funktion – der Legitimation der repräsentativen Demokratie – gerecht werden soll, muss danach streben, langfristig ansässige fremde Staatsangehörige einzubürgern.“<sup>1</sup>

Diese Sätze schreibt *Antonia Wagner* im Schwerpunkt *Zukunft* des *juridikum* 2/20, wohlwissend, dass die derzeitige Realität eine ganz andere ist. Beispielhaft und zahlenmäßig festmachen lässt sich das gegenwärtige Demokratiedefizit, welches das Recht zu wählen in der Regel nur jenen verleiht, die die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, in Wien: So waren bei den Gemeinderatswahlen der Stadt 2020 über 30% der Menschen im wahlberechtigten Alter, die in Wien leben, nicht wahlberechtigt.<sup>2</sup> Die Hälfte der vom Wahlrecht Ausgeschlossenen lebt bereits mehr als 10 Jahre in der Stadt. Der Ausschlussgrund ist in den allermeisten Fällen die fehlende österreichische Staatsbürgerschaft.<sup>3</sup>

## 1. Wer ist das Volk?

Die Verknüpfung von Wahlrecht und Staatsbürgerschaft auf verfassungsrechtlicher Ebene sowie ein restriktives Einbürgerungsrecht sind maßgeblich für diese Entwicklung verantwortlich. Erstere ist in der österreichischen Verfassung vor allem in Art 26 B-VG angelegt. Er sieht vor, dass das aus Staatsbürger\*innen bestehende *Bundesvolk* den Nationalrat wählt. Art 26 wird in der hL<sup>4</sup> und Rsp<sup>5</sup> sogar als nähere Ausgestaltung von Art 1 B-VG gesehen, was die Konsequenz nach sich zieht, dass die Voraussetzung der Staats-

- 
- 1 *Wagner*, Staatsangehörigkeit aufräumen. Ausgewählte Aspekte in der Debatte um ein zeitgemäßes Staatsbürgerschaftsgesetz, *juridikum* 2020, 249 (259).
  - 2 Vgl *Gaigg*, Ein Drittel aller Wiener darf nicht wählen, darunter 72.000 Jugendliche, *derstandard.at* 26.8.2020, [www.derstandard.at/story/2000119580700](http://www.derstandard.at/story/2000119580700) (29.9.2020).
  - 3 Vgl SOS Mitmensch, 20 Fragen & Antworten – Wahlrecht und Wiener Pass Egal Wahl 2020, 23.7.2020, [www.sosmitmensch.at/20-fragen-und-antworten-zu-wiener-pass-egal-wahl](http://www.sosmitmensch.at/20-fragen-und-antworten-zu-wiener-pass-egal-wahl) (14.10.2020).
  - 4 Vgl *Adamovich/Spanner*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts<sup>5</sup> (1957) 103ff; krit u mwN *Pöschl*, Wahlrecht und Staatsbürgerschaft, in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive. FS Schäffer (2006) 633 (652-660).
  - 5 Vgl VfSlg 17.264/2004.

bürgerschaft für das Wahlrecht als Teil des demokratischen Prinzips gewertet wird und damit die erschwerten Änderungsbedingungen des Art 44 Abs 3 B-VG geltend werden. Politisch begleitet wird diese Interpretation von der heraufbeschworenen Einheit zwischen Staat und der *besonderen* – besser: privilegierten – Gruppe der Staatsangehörigen, die bei der Wahl symbolisch auch den Erhalt des Nationalstaats absichern.

Die Staatsrechtlerin *Magdalena Pöschl* hat schon 2006 auf eine andere, offenere Lesart des Art 1 B-VG hingewiesen: Während Art 1 davon spricht, dass das Recht der demokratischen Republik vom *Volk* ausgeht, wird in Art 26 das *Bundesvolk* zur NR-Wahl aufgerufen – eine Differenz, die in der Auslegung Sinn ergibt, wenn die beiden Begriffe auch Unterschiedliches meinen können. Vor allem erinnert die Autorin an die B-VG Novelle 1929, die Art 26 Abs 1 B-VG ergänzte und damit dem einfachen Gesetzgeber bis in die späten 1960er Jahre die Möglichkeit einräumte, ausländischen Staatsbürger\*innen – bei Gegenseitigkeit mit österreichischen Staatsbürger\*innen im betroffenen ausländischen Staat – das Wahlrecht zu erteilen. Auch wenn diese Ergänzung im historischen Kontext von Anschlussgedanken an das Deutsche Reich zu betrachten ist, wurde die Möglichkeit eines Wahlrechts für ausländische Staatsbürger\*innen von den Zeitgenoss\*innen als unproblematisch und somit vereinbar mit Art 1 B-VG gesehen.<sup>6</sup>

## 2. Diskriminierungen im Staatsbürgerschaftsrecht

*Pöschl* schlägt außerdem ein anderes politisches Narrativ zur Ausbildung des Instituts *Staatsangehörigkeit* vor: Dieses sei weniger das Ergebnis von der Auflösung des absolutistischen Untertanenverbands hin zum Nationalstaat der vereinten Staatsbürger\*innen. Vielmehr könne man die Staatsbürgerschaft als Reaktion auf die Migrationsbewegungen (vor allem von Arbeiter\*innen) im Zeitalter der Industrialisierung sehen: Gemeinden – und auf zwischenstaatlicher Ebene Staaten –, die nicht gewillt waren, Neuankommende im Notfall zu versorgen, konnten diese nun als *Staatsangehörige* des jeweiligen Herkunftsstaats ebendorthin ausweisen.<sup>7</sup>

Bis in die Gegenwart hinein ist die fremde Staatsangehörigkeit das Mittel zur Abschiebung von hilfsbedürftigen Menschen sowie zum Wahlrechtsausschluss. Um anders als durch Abstammung in den privilegierten Besitz einer österreichischen Staatsbürgerschaft zu gelangen, muss man neben rechtmäßigem und ununterbrochenem Aufenthalt von in der Regel 10 Jahren (davon mindestens 5-jährige Niederlassungsbewilligung), Unbescholtenheit, Deutschkenntnissen uvm vor allem zweierlei: nie Leistungen aus der Sozialhilfe beziehen und viel Geld verdienen.<sup>8</sup> *Ines Rössl* und *Gerd Valchars* betonen vor

<sup>6</sup> *Pöschl* in FS Schäffer 633 (660).

<sup>7</sup> *Pöschl* in FS Schäffer 633 (648).

<sup>8</sup> Vgl §§ 10-25 Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 BGBl 1985/311. Auch die Beantragung der Staatsbürgerschaft ist mit hohen Kosten verbunden, vgl *Rössl/Valchars*, Einbürgerung, Einkommen und Geschlecht. Hürden beim Zugang zum Wahlrecht in *Herausgeberinnenkollektiv Blaustrumpfabo!* (Hrsg) „Sie meinen es politisch!“ 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich (2019) 301 (308).

allem die Erschwernis für Frauen, dieses regelmäßige Einkommen nachzuweisen.<sup>9</sup> Das österreichische Recht erweist sich also in diesem Punkt nicht nur diskriminierend gegenüber Armen, sondern zusätzlich auch gegenüber Frauen.

Doch es gibt konkrete Ideen, wie diese diskriminierenden Strukturen bekämpft werden können: *Wagner* nennt dabei etwa die Verankerung des Wohnsitzprinzips oder ein Absehen von den allgemeinen Voraussetzungen des § 10 StbG für Kinder, die im Staatsgebiet geboren oder aufgewachsen sind. Eine Herabsetzung der hohen finanziellen Hürden sowie eine erweiterte Berücksichtigung von unverschuldeten finanziellen Notlagen würden vielen Personen den Erwerb der Staatsbürgerschaft erleichtern – und einigen überhaupt erst ermöglichen.<sup>10</sup> Faktum ist, dass das restriktive Staatsbürgerrecht und seine Verbindung mit dem verfassungsrechtlich determinierten Wahlrecht ein modernes Klassen-, Männer- und Herkunftswahlrecht schafft. Rechtspolitische Lösungsvorschläge liegen auf dem Tisch, es braucht noch mehr politischen Druck von den Demokrat\*innen auf der Straße und in den Volksvertretungen, um dem Anspruch auf Demokratie in Österreich gerecht zu werden.

Mag.<sup>a</sup> Isabell Doll und Mag. Paul Hahnenkamp BA sind Mitherausgeber\*innen des *juridikum*;  
isabell.doll.id@gmail.com, paul.hahnenkamp@univie.ac.at

---

<sup>9</sup> Rössl/*Valchans* in *Herausgeberinnenkollektiv Blaustrumpf aboi!* 305 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Wagner*, *juridikum* 2020, 253–255.

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 413 Nicht alle haben die Wahl  
Isabell Doll/ Paul Hahnenkamp

## merk.würdig

- 418 Umweltinformationen für alle  
Eva Pentz / Gregor Schamschula
- 422 Alle Augen auf den Status  
*Prekäre Rechtspositionen im Mehrebenensystem des Migrationsrechts beleuchten*  
Helene Grill
- 425 Indigeneity as a basis for constitutional membership – recent developments in Australia  
Elisa Arcioni / Rayner Thwaites

## debatte

- 433 In Zeiten der Infodemie  
*Staatliche Desinformation in der Corona-Krise*  
Maximilian Blaßnig

## recht & gesellschaft

- 443 Partnerschaftlich, paternalistisch oder gleichheitswidrig?  
*Zur Höchstdauer des Bezugs von einkommensabhängigem Kinderbetreuungsgeld durch den nicht-gebärenden Elternteil*  
Teresa Weber
- 453 Der Ibiza-U-Ausschuss  
*Bestätigung des Enqueterectes als wirksames Minderheitenrecht?*  
Julia Bauer / Michael Friedl
- 464 EGMR-Urteil N.D. und N.T. gegen Spanien  
*Alternative Fakten der europäischen Migrationskontrollpolitik*  
Maximilian Pichl
- 472 Grundrechtswissen in Österreich  
*Eine empirische Untersuchung zum 100-jährigen Bestehen des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920*  
Konrad Lachmayer / Robert Rothmann

## thema

- 484 Vorwort der Gastherausgeber\_innen  
Maximilian Blaßnig / Lorenz Dopplinger
- 489 Die Verwaltung des Selbst und der Anderen  
*Neue Verwaltungstechnologien mit Foucault gedacht*  
Adrian Fleisch
- 498 Staatliche Warnungen  
*Funktion – Rechtsqualität – Rechtsschutz*  
Sidar Yaylagül
- 508 *Beraten statt strafen – der Staat als Freund?*  
Laura Winninger
- 518 „Nur nach Art der verdienstvollen Handlung“?  
*Staatliche Ehrungen und Auszeichnungen*  
Stefanie Bermesser

## 527 Bitte informiere Dich:

*Die Bereitstellung von Geo- und Verkehrsdaten*

Laura Rathmanner

## nach.satz

## 537 Von Gesetzgeberinnen und Gesetzgebern

*Geschlechterparität in Österreichs parlamentarischen Vertretungskörpern*

Susanne Gstöttner

**Impressum****juridikum**

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

www.juridikum.at, ISSN Print edition 1019-5394, ISSN

Electronic edition 2309-7477

**Herausgeber\_innen:**

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Isabell Doll, Paul Hahnenkamp, Maria Sagmeister, Nikolaus Wieser

**Medieninhaber und Verleger:**

Verlag Österreich GmbH

Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77

www.verlagoesterreich.at

Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140

E-Mail: order@verlagoesterreich.at

Anzeigenkontakt: Marcus Dalfen

Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419

m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).

Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner

j.steiner@verlagoesterreich.at

**Preis:**

Jahresabonnement: Euro 68,-

Abo für Studierende, Erwerbslose,

Zivil- und Präsenzdienler: Euro 25,-

Einstiegsabo: Euro 11,-

Einzelheft: Euro 19,-

(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

**Redaktion:**

Angelika Adensamer, Maximilian Blafsnig, Miriam Broucein, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Jakob Fux, Judith Fitz, Karol Felsner, Ümra Gencer, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig, Kevin Fredy Hinterberger, Emanuel Matti, Eva Pentz, Nora Pentz, Marija Petričević, Valerie Purth, Antonia Reiss, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph Stoll, Petra Sußner, Antonia Wagner, Nikolaus Wieser, Andreas Wöckinger

**Wissenschaftlicher Beirat:**

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleitner (Wien), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer

(Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Wien), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

**Autor\_innen dieser Ausgabe:**

Elisa Arcioni, Julia Bauer, Stefanie Bermesser, Maximilian Blafsnig, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Adrian Fleisch, Michael Friedl, Helene Grill, Susanne Gstöttner, Paul Hahnenkamp, Konrad Lachmayer, Eva Pentz, Maximilian Pichl, Laura Rathmanner, Robert Rothmann, Gregor Schamschula, Rayner Thwaites, Teresa Weber, Laura Winninger, Sidar Yaylagül

**Gastherausgabe des themas:**

Maximilian Blafsnig, Lorenz Dopplinger

**Offenlegung**

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: MMag. Johannes Schultze, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Anteilsverhältnisse: Dr. Christian Rotta [50 %], Sibylle Wessinger [12,5 %], Dr. Benjamin Wessinger [12,5 %], Simon Wessinger [12,5 %], Jakob Wessinger [12,5 %]) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

**Layout und Satz:** Datagroup Int. Timisoara

Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

**Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber\_innen:**

Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com

Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@univie.ac.at

Maria Sagmeister: maria.sagmeister@univie.ac.at

Nikolaus Wieser: nikolaus.wieser@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

# Umweltinformationen für alle

Eva Pentz / Gregor Schamschula

---

## 1. Einleitung

Die Auskunftsfreudigkeit der österreichischen Behörden gegenüber der Öffentlichkeit ist bekanntermaßen eher eingeschränkt. Stellen interessierte Personen Anfragen an die Verwaltung, um mehr über die Vollzugspraxis herauszufinden, erfolgt häufig ein Verweis auf das Amtsgeheimnis. Dieses ist weit gefasst: So sieht Art 20 Abs 3 B-VG die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit für alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe sowie die Organe anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts vor. Umfasst sind alle ihnen ausschließlich aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist.

Die in Abs 4 verankerte Auskunftspflicht derselben Organe über Angelegenheiten ihres Wirkungsbereichs (soweit eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht dem nicht entgegensteht) zeigt sich in der Praxis deutlich weniger wirkmächtig. Die näheren Regelungen dazu finden sich hinsichtlich der Organe des Bundes insb im Auskunftspflichtgesetz<sup>1</sup>, das in acht knapp gehaltenen Paragraphen die Auskunftspflicht der Bundesorgane regelt – und auch sogleich wieder einschränkt: Auskünfte sind nur in einem solchen Umfang zu erteilen, der die Besorgung der übrigen Aufgaben der Verwaltung nicht wesentlich beeinträchtigt; sie sind nicht zu erteilen, wenn sie offenbar mutwillig verlangt werden (§ 1 Abs 2).

Seit vielen Jahren wird über die Lockerung des Amtsgeheimnisses und die Stärkung des Rechts auf Informationsfreiheit diskutiert,<sup>2</sup> bisher ohne weitreichende Reformschritte auszulösen.<sup>3</sup> Ausgenommen von dieser aus Transparenz- und Kontrollperspektive unbe-

---

1 BGBl 1987/287 idF BGBl I 1998/158. Für die Organe der Länder und Gemeinden bestehen ähnliche landesgesetzliche Bestimmungen, zB das Tir Auskunftspflichtgesetz (LGBl 1989/4 idF LGBl 2013/130) oder das NÖ Auskunftspflichtgesetz (LGBl 0020-0 idF LGBl 2019/45).

2 Zu den Entwicklungen ab 2010 s bspw *Forum für Informationsfreiheit*, Timeline, [www.informationsfreiheit.at/timeline/](http://www.informationsfreiheit.at/timeline/) (18.4.2020).

3 Im aktuellen Regierungsprogramm 2020–2024 ist die Abschaffung des Amtsgeheimnisses sowie ein „einklagbares Recht auf Informationsfreiheit“ enthalten; *Bundeskanzleramt* (Hg), *Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024*, 17f. Eine differenzierte Einschätzung der Vorhaben bietet das *Forum für Informationsfreiheit/Huter*. So bewerten wir das Türkis-Grüne Regierungsprogramm, [www.informationsfreiheit.at/2020/01/03/so-bewerten-wir-das-tuerkis-gruene-regierungsprogramm/](http://www.informationsfreiheit.at/2020/01/03/so-bewerten-wir-das-tuerkis-gruene-regierungsprogramm/) (18.4.2020).

friedigenden Rechtslage ist allerdings der Umweltbereich: Bereits jetzt verfügt die interessierte Öffentlichkeit bei Anfragen zu Umweltinformationen über deutlich weitreichendere Auskunftsrechte gegenüber der Verwaltung.

## 2. Was sind Umweltinformationen?

Der Begriff der *Umweltinformationen* ist im Umweltinformationsgesetz (UIG)<sup>4</sup> definiert und breit gefasst: Informationen über Umweltbestandteile an sich (wie Luft, Wasser, Boden, Lebensräume, Tiere und Pflanzen) sind damit ebenso gemeint wie (wahrscheinliche) Einwirkungen auf diese (bspw durch Emissionen, Abfall oder Lärm) oder sich auf diese (wahrscheinlich) auswirkenden Maßnahmen (zB Pläne, Gesetze, Bescheide oder andere Tätigkeiten); ebenso der Zustand der menschlichen Gesundheit und Sicherheit allgemein (§ 2). Sie können in schriftlicher, visueller, akustischer, elektronischer oder sonstiger materieller Form vorliegen. Informationspflichtige Stellen, dh insb Verwaltungsbehörden<sup>5</sup>, haben natürlichen und juristischen Personen freien Zugang zu den bei ihnen vorhandenen Umweltinformationen zu gewähren – und zwar ohne Nachweis eines rechtlichen Interesses oder einer individuellen Betroffenheit der anfragenden Person (§ 1 Z 1 bzw § 4 Abs 1). Es muss also nicht dargelegt werden, warum angefragt wird, oder ob irgendein direkter Konnex der anfragenden Person zu den Umweltinformationen besteht (etwa als Anrainer\*in oder direkt Betroffene\*r).

Jede Person kann demnach bei den genannten Stellen formlos schriftlich oder mündlich Auskunft über Umweltinformationen beantragen. Sie ist umgehend, spätestens jedoch innerhalb eines Monats kostenlos und in der angefragten Form zu erteilen. Bei Unklarheiten über die Anfrage hat die betroffene Stelle binnen zwei Wochen rückzufragen; ist sie nicht zuständig, hat sie die Anfrage an die zuständige Stelle weiterzuleiten. Das Gesetz ist hier stark rechtsschutzfreundlich ausgestaltet und soll auch nicht-rechtskundigen Personen ermöglichen, einfachen Zugang zu Informationen zu erhalten.

Unter bestimmten Umständen müssen Umweltinformationen dennoch nicht erteilt werden (Mitteilungsschranken und Ablehnungsgründe, § 6 f), etwa wenn dadurch der Datenschutz, internationale Beziehungen, die Landesverteidigung, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse oder laufende Gerichtsverfahren negativ beeinflusst würden. In diesen Fällen ist jedoch auch bei Vorliegen entsprechender Gründe noch eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der auch das Interesse an der Offenlegung ausführlich zu beleuchten ist. Ein solches besteht besonders dann, wenn die Daten den menschlichen Gesundheitsschutz, die Abwehr von schweren Umweltschäden oder Freiheit und Rechte Dritter gefährden. Kommt die betroffene Behörde dennoch zu dem Schluss, dass die Daten nicht herauszugeben sind, ist darüber ein Bescheid auszustellen und so der Weg an das Verwaltungsgericht eröffnet.

---

4 BGBl 1993/495 idF BGBl I 2018/74. In den Ländern bestehen ähnliche landesgesetzliche Regelungen, zB das Tir Umweltinformationsgesetz 2005, LGBl 2005/89 idF 2019/138. Die Regelungen von Bund und Ländern sind im wesentlichen beinahe wortident, da sie auf der gleichen RL und Konvention beruhen (s unter 3.).

5 Aber auch Körperschaften und Privatwirtschaftsverwaltung, sowie beliebige Unternehmen (§ 3 UIG).

### 3. Auf allen Ebenen

Dieser weit gefasste öffentliche Zugang zu umweltrelevanten Unterlagen, Datenbanken und Bescheiden im ansonsten so auf das Amtsgeheimnis bedachten Österreich mag überraschen. Er basiert auf einer relativ detailliert gefassten unionsrechtlichen RL<sup>6</sup>, die spezifisch für den Umweltbereich ein jeder Person zustehendes Recht vorsieht, möglichst einfach an bei staatlichen oder staatsnahen Stellen vorhandene Informationen über die Umwelt und ihre Bestandteile zu kommen.

Auf Ebene des Völkerrechts ergibt sich das Recht auf den freien Zugang zu Umweltinformationen aus der Aarhus-Konvention<sup>7</sup>, wo es gedanklich als erste von drei „Säulen“ fungiert. Die zweite Säule ist die Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit an großen Umweltverfahren, die dritte der Rechtsschutz. Diese bauen logisch aufeinander auf: Nur die informierte Öffentlichkeit kann sich beteiligen, nach der Beteiligung ist der Zugang zu Gerichten als Schutz vorgesehen. Die Aarhus-Konvention wurde von Österreich und der EU ratifiziert und auch großteils innerstaatlich umgesetzt.<sup>8</sup>

### 4. UIG in der Praxis oder: Warum ist der Baum vor meinem Fenster verschwunden?

Aus Sicht der Autor\*innen sind Anfragen nach dem UIG bzw den entsprechenden Landesgesetzen derzeit in der Praxis noch nicht weit verbreitet, statistische Auswertungen über die Zahl und den Gegenstand von Anfragen liegen unseres Wissens nicht vor. Die bisherige Judikatur gibt jedoch einen Einblick in die Breite ihres Anwendungsgebiets: So hat die zuständige Behörde etwa die Auskunft zu erteilen, warum auf Privatgrund stehende Bäume nach einem allfällig vorhandenen Baumschutzgesetz gefällt wurden, und ob bzw welche Ersatzpflanzungen angeordnet wurden.<sup>9</sup> Auch bei der Stellungnahme des damaligen Bundesministeriums für Nachhaltigkeit und Tourismus zum umstrittenen ME eines Standortentwicklungsgesetzes, die entgegen der üblichen Vorgehensweise bei Begutachtungsverfahren nicht öffentlich zugänglich gemacht wurde, handelte es sich um Umweltinformationen, die dem Auskunftsrecht gemäß UIG unterliegen und daher herauszugeben sind.<sup>10</sup> Wer selbst Informationen anfordern will, muss nicht viel beachten: Die Anfrage kann formlos gestellt werden, mündlich wie schriftlich, und bedarf keiner Begründung. Lediglich der in der Anfrage enthaltene Verweis, dass es sich bei der erfragten Information um eine „Umweltinformation“ handelt, hat sich als hilfreich erwiesen, da sonst die Anfrage als allgemeines Anbringen iSd AVG nicht als privilegiert hinsichtlich der schnelleren Bearbeitungsfrist gewertet werden könnte. Bewährt hat sich in der Praxis auch, Anfragen

6 UmweltinformationsRL 2003/4/EG, ABl L 2003/41, 26.

7 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, 25.6.1998, 2161 UNTS 447; BGBl III 88/2005 bzw Beschluss des Rates 2005/370/EG, ABl L 2005/124, 1.

8 Vgl *Schamschula*, Hausgemachte Rechtsunsicherheit im Umweltrecht, *juridikum* 2017, 345.

9 LVwG Wien 20.8.2018, VWG-101/050/7421/2018.

10 VwGH 24.10.2019, Ra 2019/07/0021.

schriftlich per Einschreiben oder Mail mit Zustellnachweis zu stellen, um Beweisfragen über den Umfang von Fragestellungen und Fristläufen zu erleichtern. Darüber hinaus ist eine gestufte Fragestellung mit Nummerierung und Folgefragen mit der Formulierung „Wenn ja, dann ...“ bzw. „Wenn nein, dann ...“ zu empfehlen, da so einfach bewertet werden kann, welche Fragen vollständig beantwortet wurden. Schließlich gibt es für das richtige Stellen einer Anfrage auch Vorlagen im Internet.<sup>11</sup>

Sollte die Herausgabe verweigert werden, ist der Rechtsschutz ohne anwaltliche Vertretung möglich, da vor den Verwaltungsgerichten keine Anwälte\*innenpflicht besteht. Mit einer Pauschale von EUR 30,- sind hier auch die Kosten überschaubar. Auch die Rsp ist rechtsschutzfreundlich und regelmäßig auf der Seite der Antragstellenden.<sup>12</sup>

## 5. Fazit

So umfangreich die Rechte des UIG der Öffentlichkeit Handlungsmöglichkeiten eröffnen, so unbekannt scheint dieses Instrument noch zu sein. Dabei stellt sich gerade im Umfeld einer durch das Amtsgeheimnis geprägten Verwaltung ein solch liberales Auskunftsrecht als wesentliche Option des freien Informationszugangs dar. Sowohl der vergleichsweise niederschwellige Zugang durch eine weitestgehend formlose Antragstellung als auch die rechtsschutzfreundliche Judikatur der Verwaltungsgerichtsbarkeit stärken die Öffentlichkeit in ihren Rechten. Gleichzeitig sind Umweltinformationen regelmäßig solche, die alle Menschen in ihrem täglichen Leben unmittelbar betreffen und Einfluss auf das eigene Wohlbefinden haben – wie Luftgütedaten, Umstände über Gesundheitsfaktoren, Informationen zur Gewässerqualität oder zum persönlichen Wohnumfeld. Ein weitestgehend ungehinderter Zugang zu diesen Informationen erscheint aufgrund der unmittelbaren Wirkung daher schlüssig, wenn nicht gar notwendig. Schließlich stärkt er auch die „Watchdog-Funktion“ der Öffentlichkeit, indem er die Kontrolle der Verwaltung auch ihr zu einem Teil überträgt. Somit kann die Ausgestaltung des Umweltinformationsrechts auch als Vorbild für die schrittweise Öffnung des Staates hin zur Informationsfreiheit dienen und zur aktiven Nutzung dieses Rechts anregen.

Mag.<sup>a</sup> Eva Pentz, BA MBA ist Redaktionsmitglied des juridikum und arbeitet als Juristin in Wien; epentz@gmx.at

Mag. Gregor Schamschula arbeitet als Umweltjurist bei der österreichischen Umweltschutzorganisation ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung; gregor.schamschula@oekobuero.at

---

11 Vgl dazu oekobuero.at/media/filer\_public/07/1b/071b3aea-ea5a-44d4-a14d-f51a2ce23d66/vorlage\_ui-antrag.docx (19.4.2020).

12 Statt vieler: VwGH 26.6.2019, Ra 2017/04/0130; LVwG Salzburg 17.12.2019, 405-2/206/1/2-2019; LVwG Niederösterreich 17.9.2019, LVwG-AV-308/001-2019; EuGH 23.11.2016, C-673/13 P *Kommission/Greenpeace*, ECLI:EU:C:2016:889.

# Alle Augen auf den Status

Prekäre Rechtspositionen im Mehrebenensystem des Migrationsrechts beleuchten

Helene Grill

---

Rezension zu: *Stefan Salomon* (Hrsg.), *Der Status im europäischen Asylrecht*, 2020, Nomos, facultas, 352 Seiten, ISBN 978-3-8487-5672-8.

Im Sammelwerk „Der Status im europäischen Asylrecht“ lädt Herausgeber *Stefan Salomon* Leser\_innen zu einer alternativen Betrachtung des Asylrechts ein: durch die Perspektive des Status. Die Zuschreibung eines Status, als Asylwerber\_in, Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigte\_r, verortet das Verhältnis einer schutzsuchenden Person gegenüber dem Aufnahmestaat und begründet damit bestimmte Rechte und Pflichten. Wird hingegen kein Status verliehen oder ein solcher wieder aberkannt, ist auch der Zugang zu grundlegenden Rechten verwehrt. *Salomon* regt dazu an, Status nicht nur als reine Rechtspositionen zu verstehen, da sich daraus auch vorgegebene Lebensrealitäten manifestieren können (29). In den einzelnen Beiträgen wird die Perspektive der Statuszuschreibungen daher wie ein Scheinwerfer eingesetzt, um „prekäre Lebensweisen und Rechtspositionen“ (19) zu beleuchten, die sonst unbemerkt bleiben.

Nach einer ausführlichen Einleitung *Salomons* folgen insgesamt acht Beiträge, die sich aktuellen Themen des Migrationsrechts aus der Perspektive der Statuszuschreibungen nähern. Ihre Gliederung orientiert sich dabei am Ablauf eines Asylverfahrens. Für Leser\_innen ist besonders der Zugang interessant, der sich wie ein roter Faden durch die Beiträge zieht: Die unions- und völkerrechtliche Ebene werden, in manchen Beiträgen stärker, in anderen weniger stark, mit dem nationalen (österreichischen) Recht verknüpft. Diese Herangehensweise ist bewusst gewählt: *Salomon* betont, dass trotz der Tatsache, dass das Migrationsrecht weitgehend durch das Unions- und Völkerrecht determiniert ist, dennoch in der einschlägigen Literatur (und auch Rsp) oftmals eine einseitige Betrachtung erfolgt. So liege der Fokus entweder auf dem Völker- oder Unionsrecht, losgelöst vom nationalen Kontext, oder werde überwiegend durch die Brille der nationalen Rechtsordnungen betrachtet (15 f). Beide Zugänge greifen nach Ansicht *Salomons* zu kurz, um die konkreten Rechtspositionen Schutzsuchender kritisch zu betrachten (17). Im ersten Beitrag diskutiert *Petra Sußner* das Problem des „discretion requirement“. Gemeint ist damit die an Schutzsuchende gestellte Anforderung, ihre sexuelle Orientierung oder geschlechtliche Identität im Herkunftsland geheim zu halten, um Verfolgung zu

verhindern (33). *Sußner* zeigt anhand einer Judikaturanalyse auf, dass, obwohl der EuGH Diskretionserwartungen als unvereinbar mit dem Unionsrecht erachtet, sie in der österreichischen Rechtspraxis zweiter Instanz weiterhin verankert sind und in Folge den Zugang zum Flüchtlingsstatus für LGBTIQ-Antragsteller\_innen einschränken (74).

Im zweiten Beitrag befasst sich *Constantin Hruschka* mit der Aberkennung des Flüchtlingsstatus in der Rsp des EuGH und beleuchtet aktuelle Entwicklungslinien: Während der Autor einerseits progressive Entwicklungen in der Rsp aufzeigt, etwa betont der Gerichtshof die Erforderlichkeit einer umfassenden Einzelfallprüfung bei Aberkennungen (109), kritisiert *Hruschka* andererseits, dass der Gerichtshof die aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen der Aberkennungen oftmals nicht ausreichend im Blickfeld hat (110).

Die zwei folgenden Beiträge widmen sich der kontroversen Abstufung von Rechten im Zusammenhang mit dem Status subsidiär Schutzberechtigter. *Florian Hasel* und *Stefan Salomon* greifen ein Argument auf, das in der österreichischen Rsp häufig als Rechtfertigung für die unterschiedliche Ausgestaltung von Rechten von subsidiär Schutzberechtigten im Vergleich zu Asylberechtigten herangezogen wird: Ihr Aufenthalt wäre nur von „vorübergehender Natur“ (114). Die beiden Autoren zeigen in einer umfassenden Analyse auf, dass sich die angebliche kürzere Dauer des Aufenthalts weder historisch, empirisch, rechtsdogmatisch noch systematisch nachweisen lässt (158). Daran anknüpfend richten *Florian Immervoll* und *Ronald Frühwirth* ihren Scheinwerfer auf die umstrittene Regelung des § 35 Abs 2 AsylG, wonach subsidiär Schutzberechtigte erst nach einer dreijährigen Wartefrist die Familienzusammenführung beantragen können. Die beiden Autoren beanstanden, dass die Vereinbarkeit der Bestimmung mit Art 8 und Art 14 EMRK in den Erläuterungen nicht thematisiert wird (163). Als problematisch erachten sie auch, dass die österreichische Rechtslage keinen Spielraum für die Berücksichtigung des Einzelfalls lässt (175).

*Lioba Kasper* stellt in ihrem Beitrag Kinderflüchtlinge in den Fokus. In einer Analyse der Judikatur des EGMR und EuGH untersucht *Kasper* das „Kindeswohl“: Beide Gerichte haben diesen Begriff bislang nicht definiert, aber zentrale Kriterien für eine kindgerechte Behandlung entwickelt (207 ff). *Kasper* fordert die EU-MS dazu auf, das Kindeswohl insbesondere bei der Aufnahme sowie im Verfahren zur Feststellung des Schutzbedarfs verstärkt zu berücksichtigen (228 f). *Ulrike Brandl* überprüft die österreichische Handhabung der Inhaftierung Schutzsuchender in einzelnen Verfahrensstadien. Dabei zeigt die Autorin klar auf, dass sich einige Aspekte der österreichischen Rechtslage, wie zB die maximale Dauer der Schubhaft oder die Beugehaft, welche die Einholung von Dokumenten erzwingen soll, nicht mit dem Unionsrecht in Einklang bringen lassen (263).

Die beiden letzten Beiträge befassen sich mit dem Fehlen einer (regulären) Statuszuschreibung, dh wenn der Aufenthalt einer Person nicht (mehr) rechtmäßig ist. *Martina Berger* und *Simone Tanzer* gehen der heiklen Frage nach, ob mit der Rückführungsrichtlinie die Grundlage einer humanen Rückführungspolitik etabliert worden ist. In einem Spannungsverhältnis gilt es hier zwei konträre Positionen zu vereinen: den individuellen Grund-

rechtsschutz auf der einen und das staatliche Interesse an einer wirksamen Rückkehrpolitik auf der anderen Seite (265). Nach Ansicht der Autorinnen ist die „freiwillige Ausreise“ am geeignetsten, um das genannte Spannungsverhältnis zu lösen (283) und sie kritisieren, dass einige der unionsrechtlichen Vorgaben in Österreich nicht korrekt umgesetzt worden sind (288). Im letzten Beitrag machen *Kevin Fredy Hinterberger* und *Stephan Klammer* Personen sichtbar, welche die Voraussetzungen für die Erteilung eines Status nicht erfüllen, aber aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abgeschoben werden können: Für sie stellt in Österreich die Duldung ein wichtiges Auffangnetz dar (315 ff). Geduldete verfügen nicht über einen rechtmäßigen Aufenthalt, langfristig bestehen aber Perspektiven zur Regularisierung (350). Als besonders prekär erachten die Autoren aber die Zeit *vor* Feststellung der Duldung: Betroffene haben vielfach keinen Zugang zu grundlegenden Leistungen, wie Grundversorgung, was nach der Ansicht der Autoren mit dem Unionsrecht, insbesondere Art 1 GRC, unvereinbar ist (350). Das Buch „Der Status im europäischen Asylrecht“ legt sowohl Personen, die in der Asylrechtspraxis, etwa in der Rechtsberatung, tätig sind sowie Studierenden und Asylrechtsinteressierten das Werkzeug in die Hand, in der eigenen Arbeit verstärkt Völker-, Unions- und nationales Recht zu verknüpfen und damit die konkrete Rechtsstellung Schutzsuchender kritisch betrachten zu können. Die unterschiedlichen, aktuellen Beiträge liefern wichtige Denkanstöße; wünschenswert wären noch Schlussbetrachtungen gewesen, welche die Ergebnisse der einzelnen Beiträge zusammenführen und die Vorteile des gewählten Zugangs festhalten. Das Werk schafft es, durch die Perspektive der Statuszuschreibungen Reibungsfelder und prekäre Rechtsverhältnisse aufzuzeigen, die bei einem konventionellen Blick Gefahr laufen, übersehen zu werden. Es ist also an der Zeit, die Augen auf den Status zu richten.

Mag.<sup>a</sup> Helene Grill BA war Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und arbeitet derzeit an der Fertigstellung ihrer Dissertation zum Recht auf Information im Asylverfahren; [helene.grill@univie.ac.at](mailto:helene.grill@univie.ac.at)

# Indigeneity as a basis for constitutional membership – recent developments in Australia<sup>1</sup>

Elisa Arcioni / Rayner Thwaites

---

## 1. Introduction

On 11 February 2020, in *Love v Commonwealth of Australia; Thoms v Commonwealth of Australia* [2020] HCA 3 the High Court of Australia ('the Court') delivered judgment on the question whether Aboriginal Australians, born overseas, without the statutory status of Australian citizenship and owing foreign allegiance (ie possessing a foreign citizenship), nonetheless held a constitutional membership status protecting them from deportation. Deportation from Australia is authorised under a statute which relies, for its constitutional validity, on its key powers applying only to persons in the constitutional category of 'alien'. If the Aboriginal plaintiffs were 'aliens', then they could be deported under the relevant provisions of the *Migration Act 1958* (Commonwealth [Cth]). This was the first time the relevance of Aboriginality for constitutional membership had been litigated. The case concerned how the formal statuses that exist under the Constitution and legislation interact and, specifically, whether Aboriginality is relevant to a person's formal status as a member or non-member of the Australian community under the Constitution.

A majority of the Court – 4 out of the 7 justices – decided that Aboriginality guaranteed a person constitutional membership and therefore immunity from deportation. This decision significantly developed the law and immediately led to praise, condemnation and much debate.<sup>2</sup> To an outsider to the Australian legal system, it may seem strange that the question was even raised. How could it be that an indigenous person might be excluded from their country? To an Australian lawyer, the line of argument that supported the government's ability to deport Daniel Love and Brendan Thoms – the two Aboriginal men who brought the case to the Court – was legally comprehensible. The govern-

---

1 This article is based on a blog post by the authors *Elisa Arcioni and Rayner Thwaites*, *GLOBALCIT*, 17 February 2020, <http://globalcit.eu/aboriginal-australians-not-vulnerable-to-deportation/>, revised and republished as *Arcioni/Thwaites*, *AusPubLaw*, 6 March 2020, <https://auspublaw.org/2020/03/aboriginal-australians-not-vulnerable-to-deportation/>, further revised and republished as *Arcioni/Thwaites*, *Aboriginal Australians Not Vulnerable to Deportation*, *LSJ Law Society of NSW Journal* 2020, 65 (68-70).

2 For divergent reactions, see for example: *Grant*, *The Age*, 17 February 2020, [www.theage.com.au/national/i-don-t-want-my-rights-shackled-to-appeasing-conservatives-20200217-p541ho.html](http://www.theage.com.au/national/i-don-t-want-my-rights-shackled-to-appeasing-conservatives-20200217-p541ho.html) (4 August 2020); *Merritt*, *The Australian*, 19 February 2020, <https://www.theaustralian.com.au/inquirer/judging-the-high-courts-justices/news-story/6c819b096c60180d761d0ca9ab38b2eb> (4 August 2020).

ment's argument rested on the proposition that statutory citizenship determines constitutional membership.

## 2. The constitutional context

Australia came into existence as a legal entity on New Year's Day 1901, through the federation of the six pre-existing British colonies on the Australian landmass ('Federation').<sup>3</sup> The Constitution, drafted by Australians and accepted by referenda in those colonies, was passed as law by the Imperial Parliament in London. The Constitution was written to establish the governmental structures of the new federal Commonwealth. It did not mark independence from the United Kingdom (which occurred incrementally and was arguably not complete until 1986),<sup>4</sup> nor was it written to define 'the people' under the Constitution.

There was debate in the process of drafting the constitutional text as to whether 'Australian citizenship' should be included in the Constitution.<sup>5</sup> In the result, the concept of Australian citizenship did not appear in the constitutional text. At Federation, Australia did not see the need for a distinct 'citizenship' law. To quote from a later High Court judgment 'the concept of nationality within Australia was substantially subsumed, so far as the law was concerned, in that generally operating throughout the British Empire. Australians were identified as having the status of 'British subject'.<sup>6</sup> Australian citizenship, as such, did not exist until introduced by statute in 1948, coming into effect in 1949.

The Constitution divides legislative powers between the federal Parliament and Australian state legislatures. This division is achieved by enumerating the subject matters on which the federal Parliament can legislate.<sup>7</sup> Federal legislation is only valid to the extent it is 'with respect to' one of the enumerated heads of power. In the absence of explicit authority to enact citizenship legislation, we have to look elsewhere for authority to legislate. The most relevant heads of federal legislative power are sections 51(xix) 'Naturalization and aliens' and 51 (xxvii) 'Immigration and emigration'. In common usage these powers are referred to as the 'aliens power' and 'immigration power' respectively.

Australian citizenship is legally significant to residential security and so, in a practical as well as existential sense, to a person's sense of home. The rights to enter and reside in Australia, central to residential security, are integral incidents of citizenship status.<sup>8</sup> Citi-

3 For the full text of the Constitution, see: *Federal Register of Legislation*, [www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005](http://www.legislation.gov.au/Details/C2013Q00005) (4 August 2020).

4 See *Twomey*, *The Australia Acts 1986: Australia's Statutes of Independence* (2010).

5 *Rubenstein*, *Australian Citizenship Law* (2017) chapter 2, 35-62. See also *Irving*, *To Constitute a Nation: A Cultural History of Australia's Constitution* (1999) chapter 9, 156-170.

6 *Singh v Commonwealth* [2004] HCA 43, (2004) 222 CLR 322, [214] per Kirby J.

7 The enumerated heads of power in section 51 of the Constitution are concurrent powers. The states can still legislate on these subject matters until the Commonwealth chooses to do so. When the Commonwealth does choose to legislate on these matters, the corresponding state laws are invalid to the extent of the inconsistency: *Constitution*, s109.

8 See *Re Canavan* (2017) 263 CLR 284, [134] and more generally [124] – [135].

zenship is one of a number of Australian legal statuses with a bearing on these rights. A statutory status, citizenship has always been both enabled and limited by the Constitution. Those who do not possess the relevant constitutional membership status are vulnerable to the powers of exclusion or removal. At different times and in different contexts the constitutional status of those vulnerable in this way has been that of ‘immigrant’ or ‘alien’. Membership of the Australian community is in constitutional terms denoted by the converse of these exclusionary categories, namely ‘non-immigrant’ and ‘non-alien’. Membership is also connected to the constitutional category of ‘the people’, found in several sections of the Constitution (see sections 7, 24), but which has had only indirect effect in the case law.

The constitutional concepts define who can enter and remain in Australia. These constitutional concepts have at different points cut across or aligned with the relevant membership statuses employed in common law and statute – British subject and Australian citizen.

The Constitution, being a product of the British colonial systems in place in Australia, was premised on the unassailable British imposition of sovereignty over the relevant lands and waters and on a lack of recognition of any pre-existing or subsisting Aboriginal sovereignty. The Constitution effectively ignored Aboriginal history and law, and was silent as to any distinct status of the indigenous peoples of the lands and waters over which it asserted authority.

Aboriginal and Torres Strait Islanders have been on the Australian landmass for tens of thousands of years, with systems of law and culture that have continued throughout the millennia. Australia’s legal history is marked by the contrast between Aboriginal Australians sharing the same legal membership status as non-Aboriginal Australians, while being treated in a discriminatory fashion – both under law and administrative practice. Aboriginal and non-Aboriginal Australians have always shared the formal legal status signifying membership in Australia, being first the status of British subject and then from 1949 the status of Australian citizen. The Constitution has never included an explicit statement regarding the formal status of Aboriginal Australians, simply assuming that indigeneity played no part in constitutional membership. In recent decades, formal equality has prevailed but substantive equality has not been achieved.

The precise issue in this case was whether Aboriginal Australians, born overseas, without the statutory status of Australian citizenship and owing foreign allegiance (ie possessing a foreign citizenship), were ‘aliens’ within the meaning of section 51(xix) of the Australian Constitution. If they were, then they could be deported under the relevant provisions of the *Migration Act 1958* (Cth). If they were not, then the constitutional head of legislative power relied on to support their deportation, and so the legislative provisions relied on, did not apply to them.

As noted above, citizenship did not exist as a legal status at the time of the drafting of the Constitution. The relevant constitutional status of membership was subject of the

Queen (at that time being the British Queen, but since changed to the Australian Queen). The antonym of member (or subject) was ‘alien’. Aliens can be excluded from Australia and subject to disabilities that cannot be imposed upon constitutional members.

### 3. The *Love and Thoms* case introduced

One area of tension within the High Court case law over the last several decades has been in understanding the relationship between the constitutional status of alien and that of the statutory status of citizen. In a series of cases, the Court treated the two as antonyms. The decision in *Love and Thoms* is at odds with this understanding. The majority held that it is possible to be both non-citizen and non-alien. That is, outside the relevant statutory membership status, but within the relevant constitutional membership status.

A majority of four of seven judges of the High Court held that ‘Aboriginal Australians are not within the reach of the ‘aliens’ power conferred by s 51(xix) of the Constitution’. This was the central proposition agreed to by Justices *Bell*, *Nettle*, *Gordon* and *Edelman*<sup>9</sup> albeit writing individual judgments with significant differences between them. The government accepted that one of the plaintiffs, Mr *Thoms*, was Aboriginal and within hours of the decision being handed down he was released from immigration detention, where he had been held pending removal. The position of the second litigant, Mr *Love*, has yet to be settled, with the factual question of his Aboriginality remitted to the Federal Court.<sup>10</sup>

Three of the seven judges – Chief Justice *Kiefel* and Justices *Gageler* and *Keane* – dissented on the central proposition, ruling that Australian Aboriginality was irrelevant to alienage, and that the plaintiffs, born overseas without Australian citizenship and with foreign citizenship, were aliens and so vulnerable to deportation.

The two plaintiffs were born outside of Australia – *Love* in the Independent State of Papua New Guinea, *Thoms* in New Zealand. While each had an Australian citizen parent of Aboriginal descent, each was born with the citizenship of their country of birth and not Australian citizenship. *Love* identifies as Kamilaroi and is recognised as such by an elder of that Aboriginal community. *Thoms* identifies as Gungarri and is accepted by members of the Gungarri people as such. He is also a native title holder. Kamilaroi and Gungarri are Aboriginal nations of eastern Australia.<sup>11</sup>

9 See *Love v Commonwealth of Australia; Thoms v Commonwealth of Australia* [2020] HCA 3, [81] (Bell J) (*‘Love and Thoms’*).

10 *Love and Thoms* [287]-[288] (Nettle J). The High Court’s remittal order was filed with the Federal Court of Australia on 2 July 2020. See Federal Court proceeding QUD223/2020.

11 For details of the location of these nations, and the hundreds of other Aboriginal nations, see: *Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies (AIATSIS)*, 30 May 2019, <https://aiatsis.gov.au/explore/articles/aiatsis-map-indigenous-australia> (4 August 2020).

Both *Love* and *Thoms* moved to Australia as young children and became Australian residents. As adults they were each convicted of crimes to which were attached sentences of 12 and 18 months respectively. That led to an automatic cancellation of their visas, pursuant to a legislative provision that makes a sentence of imprisonment of 12 months or more a breach of the 'character test'.<sup>12</sup> They were placed in immigration detention pending deportation, in accordance with the Migration Act. Mr *Love* had had the decision to cancel his visa, which triggered action to deport him, revoked. He was before the Court in an action for false imprisonment.

#### 4. The relationship between statutory and constitutional membership

Constitutional authority to enact the *Migration Act* has rested since 1984 on the 'aliens' head of legislative power in s 51(xix). If a person is a non-alien then the deportation provisions do not apply to them. At root, the split between the majority and minority in this case is a difference as to the determinants (and so the nature) of the relevant constitutional status: alien.

Is that constitutional status determined by citizenship, such that alien is the antonym of citizen? As noted above, under Australian law citizenship is a statutory concept. Its acquisition and loss are presently governed by the *Australian Citizenship Act 2007* (Cth). The *Love and Thoms* case rested on the exclusionary constitutional category of 'alien'. The challenge for the Court was to determine the relationship between the statutory basis of membership – citizen – and the constitutional basis for exclusion – alien.

The minority concluded that the constitutional status was determined by statutory citizenship, such that a statutory non-citizen is necessarily a constitutional alien. The majority position was that the relationship between statutory and constitutional membership is looser, such that one can be both a non-citizen and a non-alien, ie outside statutory membership but inside constitutional membership. The majority held that Aboriginal Australians belong to Australia in a way that demands and has constitutional recognition, that precludes their being aliens and therefore precludes deportation.

Each of the seven judges wrote their own judgment, leading to variations in the reasoning supporting or rejecting the central proposition. Putting the seven judgments together, the decision is 468 paragraphs long. There were commonalities between the judgments. The four majority judges reasoned from the common law's recognition of rights and interests drawn from traditional Aboriginal law and custom, as established in the landmark *Mabo (No 2)* decision.<sup>13</sup> The majority held that recognition of these rights and interests was premised on the common law's recognition of the Aboriginal societies that held and generated Aboriginal law and custom, including law and custom as to mem-

---

12 *Migration Act 1958* (Cth) ss 501(3A), (6)(a), (7)(c).

13 *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1, 15 (Mason CJ and McHugh J), 57, 69-70 (Brennan J), 109-10 (Deane and Gaudron JJ), 187 (Toohey J).

bership. Common law recognition of those societies had constitutional significance, informing the interpretation of the relevant constitutional term – alien.

## 5. Who is an Aboriginal Australian?

The history of legal attempts to define Aboriginality in Australia is long and difficult. Often identification of Aboriginality was for non-beneficial purposes, in order to impose restrictions on freedom not applicable to non-Aboriginal people. From colonial times through to recent decades, numerous different definitions have existed under statute and administrative practice. In that context, any attempt to crystallise one definition of Aboriginality is problematic. For the case of *Love and Thoms*, the majority agreed that who is an Aboriginal Australian was to be determined in accordance with the tripartite test from *Mabo (No 2)*. The test's three elements are: self-identification, recognition by the relevant Aboriginal community, and descent. This test has had a life outside the famous *Mabo* judgment. It was adopted by the Federal Cabinet in 1978, has been incorporated into some legislation,<sup>14</sup> is used in relation to some government programs and services at both national and state levels and has been referred to in other cases.<sup>15</sup> The tripartite test is not the only test currently used in Australian law and is subject to criticism, including as to how its elements are weighted and understood.<sup>16</sup>

In the *Love and Thoms* case, by reason of concessions made by the government (the defendant), to the effect that the plaintiffs were Aboriginal Australians, the nature and relative weighting of the three elements of the test for Aboriginality were not considered in depth in their application to the plaintiffs. What was clear was that the question of whether a person is an Aboriginal Australian is justiciable.

## 6. Clarifying non-alienage

Members of the majority made clear that they were not endorsing a general concept of 'genuine link'.<sup>17</sup> At an earlier period in Australian history, immigration legislation had relied on the immigration power in s 51(xxvii).<sup>18</sup> The immigration power was read as subject to an 'absorption' doctrine, whereby a person could become a non-immigrant through absorp-

14 For example the *Aboriginal Land Rights Act 1983* (NSW).

15 See for example, *Commonwealth v Tasmania* (1983) 158 CLR 1, 274 (Deane J). There are significant differences as to the content of the three elements: see *Foster/Gover*, 'Comment: Determining Membership: Aboriginality and Alienage in the Australian High Court' (2020) 31 *Public Law Review* 105, 109–112.

16 For an introduction see *Australian Law Reform Commission (ALRC) and Australian Health Ethics Committee (AHEC)*, *Legal definitions of Aboriginality, Essentially Yours: The Protection of Human Genetic Information in Australia* (2003) 914.

17 *Nottebohm (Liechtenstein v Guatemala) (Judgment)* [1955] ICJ Rep 4.

18 See for example *Potter v Minahan* (1908) 7 CLR 277; *R v MacFarlane; Ex parte O'Flanagan* (1923) 32 CLR 518; *Donohoe v Wong Sau* (1925) 36 CLR 404; *Ex parte Walsh and Johnson; In re Yates* (1925) 37 CLR 36; and *The Queen v Director-General of Social Welfare (Vic); Ex parte Henry* (1975) 133 CLR 369.

tion into the Australian community. Members of the majority made clear they were not arguing that any analogue to the absorption doctrine applied to the aliens power. The majority rested their reasoning on the connection of Aboriginal Australians with Australian land and waters. Aboriginal Australians were a unique, sui generis case, such that Aboriginality may generate a class of constitutional members (non-aliens) who are statutory non-citizens. The consequences of such an approach by the Court, and its possible application, are uncertain. The majority reasoning leaves open the possibility that a non-citizen residing outside the country could claim a right to enter and reside within Australia (as a constitutional member). In assessing the likelihood of this possibility, it needs to be born in mind that the non-citizen's success in having such a right recognised at law will depend on that person being able to satisfy the definition of Aboriginality, which requires their recognition by the relevant Aboriginal community. The point is simply that prolonged physical absence may work against that recognition. Members of the majority stated that Aboriginality was not an ineradicable status. It could be renounced, or potentially lost through prolonged residence outside of Australia. As has been noted in commentary following the case, it is likely that there are very few individuals who could take advantage of the decision of the Court. Most individuals who would satisfy the definition of Aboriginality accepted by the Court are likely to be Australian citizens. The majority also made clear that the ruling that Aboriginal Australians were non-aliens did not, in and of itself, confer statutory citizenship upon them. As non-aliens Aboriginal Australians were not vulnerable to removal and exclusion from Australia. But that was not to say that Aboriginal Australians in the position of the plaintiffs were citizens. Aboriginality did not equate with citizenship. Citizenship was a status determined by statute and, unless and until there was a change to the relevant statutory provisions, the plaintiffs remained non-citizens. No challenge was made to the validity of the governing statutes for immigration and citizenship – the *Migration Act 1958* and the *Australian Citizenship Act 2007* respectively. The question before the Court was whether the deportation provisions of the *Migration Act* applied to the plaintiffs. The majority held they did not. The continuing non-citizenship of the plaintiffs opens up the possibility that, outside of their constitutional rights to enter and remain in Australia (rights integral to non-alienage) they might be subject to other disabilities of non-citizens, and conversely not be subject to certain obligations or duties of citizenship.

## 7. Conclusion

An Aboriginal Australian is not 'other', vulnerable to deportation and exclusion from Australia, from their traditional lands and waters and the society centred on those lands and waters, on the basis of a happenstance of birth, parentage or, as a result of these, foreign nationality law. These propositions lie at the centre of the decision and are intuitively compelling. The complexities of giving these propositions appropriate legal form, and the way they are dealt with in both the majority and minority judgments, provide reason for reflection and pause.

An initial issue of concern goes to what will be required by way of proof of Aboriginality. As noted above, the majority judges were in agreement as to the use of the tripartite test from *Mabo*. Differences emerged between members of the majority on the question of proof. One cause for unease is the requirement, clear in *Nettle J*'s judgment, that a plaintiff be able to show continuity in the observance of the laws and customs of the relevant Aboriginal society since the acquisition of British sovereignty. This requirement, familiar from native title law (concerned with title to land and waters), has had devastating consequences in that context. Those Aboriginal communities that have suffered removal from their lands and waters suffer again through the resultant denial of native title. This raises, as acknowledged by *Nettle J*, the 'invidious' prospect that some Aboriginal Australians will be able to establish non-alienage, and some will not. Justice *Nettle* suggests this issue could be resolved by statute.

The reasoning of both the majority and minority judgments leaves much to argue with. Major and minor issues require analysis and reflection, far beyond the comments we make here. Slippery notions of allegiance, sovereignty and political community feature throughout the judgments, with different meaning and effect, and with different impacts upon the ways in which the judges legitimate their reasoning and conclusions.

Doubts are expressed as to the relevance or utility of allegiance in one judgment (that of *Gageler J*), while used as a foundational element of reasoning in another (that of *Nettle J*). The dissentients refer to the reasoning of the majority as incorporating an element of Aboriginal sovereignty at odds with earlier case law, while members of the majority explicitly deny any ongoing Aboriginal sovereignty in order to recognise Aboriginal Australians as members of the Australian constitutional community. The judges diverge in their emphasis on formal or substantive equality and in the way in which they respond to arguments about the relevance of race as distinct from indigeneity. The relationship between the common law, statute, international law, and the Constitution is not clear or consistent across the variants in reasoning. It is not bold to predict it will take some time to work out the decision's legal and practical implications.

This case was decided in the context of ongoing moves for constitutional recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples.<sup>19</sup> It remains to be seen how the decision will feed into those broader constitutional debates, that go far beyond simply ensuring Aboriginal people are safe in their status as members of the constitutional community in Australia.

Elisa Arcioni is an Associate Professor at the University of Sydney Law School: [elisa.arcioni@sydney.edu.au](mailto:elisa.arcioni@sydney.edu.au). Her expertise is in the area of Australian public and constitutional law, with a focus on issues of membership and exclusion under the Constitution, in particular the notion of 'the people'.

Rayner Thwaites is a Senior Lecturer at the University of Sydney Law School: [rayner.thwaites@sydney.edu.au](mailto:rayner.thwaites@sydney.edu.au). He is a scholar of comparative constitutional and administrative law (and has written on Australia, Canada, the United Kingdom and New Zealand), and of public international law, with a focus on citizenship and nationality, and the relationship between domestic and international law.

---

19 See *The Uluru Statement*, <https://ulurustatement.org> (4 August 2020).

# In Zeiten der Infodemie

## Staatliche Desinformation in der Corona-Krise

Maximilian Blaßnig

Im Mai 2003 gebrauchte der Politikwissenschaftler *David Rothkopf* in einem Kommentar in der *Washington Post* die Wortschöpfung „Infodemie“, um auf eine Begleiterscheinung der SARS-Pandemie aufmerksam zu machen: Die massenhafte Verbreitung von Desinformation, die Panik und irrationales Verhalten ausgelöst habe.<sup>1</sup> Im Februar 2020 griff die Weltgesundheitsorganisation (WHO) den Begriff auf, um darauf hinzuweisen, dass es neben der COVID-19-Pandemie auch eine „Infodemie“ zu bekämpfen gelte.<sup>2</sup> Dabei wird in erster Linie an von privaten Akteur\*innen online gestreute Desinformation gedacht.<sup>3</sup> Die Corona-Krise hat aber auch in Österreich deutlich gemacht, was in den USA schon länger diskutiert wird:<sup>4</sup> Es sind nicht nur die „bösen Privaten“, die Desinformation verbreiten. Die in den letzten Jahren zunehmende mediale Berichterstattung über irreführendes staatliches Informationshandeln steigert das Bewusstsein gegenüber dem desinformierenden Staat. Im Folgenden wird anhand der irreführenden Kommunikation der österreichischen Bundesregierung (BReg) zu den in den Monaten März und April 2020 geltenden Ausgangsbeschränkungen das Problem staatlicher Desinformation diskutiert und danach gefragt, welche Antworten das Recht auf diese Machttechnik geben kann.<sup>5</sup>

1 *Rothkopf*, When the Buzz Bites Back, *The Washington Post* 11.5.2003, B1, B5.

2 *Ghebreyesus*, Munich Security Conference, WHO 15.2.2020, [www.who.int/dg/speeches/detail/munich-security-conference](http://www.who.int/dg/speeches/detail/munich-security-conference) (18.5.2020).

3 Zu Beginn hieß es bspw., die Krankheit COVID-19 sei nicht schlimmer als eine Grippe, verschiedene Verschwörungstheorien wollen die Ursache des Virus erklären und vermeintliche Gesundheitstipps raten vom Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes ab. Für einen Überblick über private Desinformation iZm der Corona-Krise siehe *correctiv.org*: <https://correctiv.org/faktencheck/coronavirus/> (17.5.2020). Auch der österreichische Verein *mimikama* überprüft Coronabezogene Desinformation: [www.mimikama.at/category/coronavirus-2019-ncov/](http://www.mimikama.at/category/coronavirus-2019-ncov/) (17.5.2020).

Die Frage, inwiefern die Regulierung privater Desinformation vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit möglich oder gar gefordert ist, und welche Rolle die großen Intermediäre Facebook, Google, Twitter und Co dabei spielen, wurde in den vergangenen Jahren ausführlich diskutiert. Siehe zB *Sunstein*, On Rumors. How Falsehoods Spread, Why We Believe Them, and What Can Be Done (2014); *Mayrhofer*, Google, Facebook & Co: Die Macht der Algorithmen aus grundrechtlicher Perspektive, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg.), Meinungs- und Medienfreiheit in der digitalen Ära: Eine Neuvermessung der Kommunikationsfreiheit (2017) 77; *Drexler*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, *ZUM* 2017, 529; *Pöschl*, Neuvermessung der Meinungsfreiheit? in *Koziol*, Tatsachenmitteilungen und Werturteile. Freiheit und Verantwortung (2018) 31; *Paal*, Vielfaltsicherung bei Intermediären, *MMR* 2018, 567; *Pollicino/Bietti*, Truth and Deception across the Atlantic. A Roadmap of Disinformation in the US and Europe, *Italian J Pub L* 2019, 43.

4 Zum Umgang von US-Präsident *Trump* mit der Wahrheit vgl *Storr*, Darf der Staat lügen? *JRP* 2019, 75.

5 Der Begriff der Machttechnik ist in Anlehnung an *Michel Foucaults* Machtanalytik zu verstehen. Macht soll nicht nur formalistisch aufgefasst werden, sondern als Bündel von Techniken, die der „Herstellung von Effizienz“ dienen, um jene „Maschen des Netzes“ enger zu ziehen, die der klassisch hoheitlich handelnde Staat nicht zu schließen vermag. Vgl *Foucault*, Die Maschen der Macht (1976), in *Foucault*, Analytik der Macht (2005) 220–239.

## 1. „Fake Laws“<sup>6</sup> als staatliche Desinformation

### 1.1. Was die Regierung kommuniziert

Am 15.3.2020, dem Tag als das COVID-19-Maßnahmegesetz<sup>7</sup> beschlossen wurde, kündigte der Bundeskanzler (BK) in seiner Rede vor dem Nationalrat (NR) an:

*„Es gibt künftig nur drei Gründe, das Haus zu verlassen: Erstens, Berufsarbeit, die nicht aufschiebbar ist; zweitens, dringend notwendige Besorgungen wie etwa von Lebensmitteln oder in der Apotheke; und drittens, wenn Sie anderen Menschen helfen müssen, (...). Wenn Sie das dringende Bedürfnis verspüren, sich die Füße zu vertreten (...), dann tun Sie das ausschließlich alleine oder mit den Menschen, mit denen Sie in der Wohnung zusammenleben.“<sup>8</sup>*

In den kommenden Wochen wurde diese Botschaft von Mitgliedern der BReg im Rahmen von Pressekonferenzen regelmäßig wiederholt,<sup>9</sup> sie wurde in die Regierungskommunikation in sozialen Netzwerken eingebettet,<sup>10</sup> auf der Website des Gesundheitsministeriums und im Wege von Presseaussendungen publiziert<sup>11</sup> und als klassische Zeitungsinserate verbreitet.<sup>12</sup> Tlw war die Rede von vier Gründen, das Haus zu verlassen, tlw von „drei und einem zusätzlichen“,<sup>13</sup> wobei der vierte Grund – bzw der Zusatzgrund – manchmal als Möglichkeit bezeichnet wurde, „frische Luft zu schnappen und Sport zu machen“,<sup>14</sup> manchmal als Möglichkeit, „spazieren zu gehen oder Sport zu treiben.“<sup>15</sup> Mit dieser Regelung sei eine Rechtsgrundlage gegeben, um Corona-Partys aufzulösen,<sup>16</sup> denn sie erlaube es nicht, andere Menschen in ihrer Privatwohnung zu besuchen.<sup>17</sup>

### 1.2. Was die Norm gebietet

Nimmt man hingegen den Wortlaut der Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG<sup>18</sup> in den Blick, scheinen Regierungskommunikation und Norminhalt ausein-

6 *Meditz/Negwer*, Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt, diepresse.com 19.4.2020, www.diepresse.com/5802439 (22.5.2020).

7 COVID-19-Maßnahmegesetz BGBl I 2020/12.

8 Sten Prot 16/NRSITZ 27. GP 6 f.

9 ZB Bundesminister (BM) *Nehammer*, Pressekonferenz im Bundeskanzleramt (BKA) am 5.4.2020, www.youtube.com/watch?v=cTVEs0uic2k, ab Minute 22:45 (21.5.2020).

10 BKA (@Bundeskanzleramt.gv.at), 13.4.2020: [Facebook-Beitrag mit Grafik], www.facebook.com/Bundeskanzleramt.gv.at/photos/a.1640350472711450/3017347041678446/?type=3&theater (21.5.2020).

11 *Gesundheitsministerium*, Anshober: Die nächsten vier Wochen entscheiden über die größte Gesundheitskrise der letzten Jahrzehnte, OTS 16.3.2020, www.ots.at/presseaussendung/OTS\_20200316\_OTSO0571 (24.5.2020).

12 Am 11.4.2020 wurden von der BReg in den Tageszeitungen Der Standard, Kleine Zeitung und Salzburger Nachrichten ganzseitige Inserate geschaltet, die die Information von vier Ausnahmegründen kommunizierten.

13 BK *Kurz*, Pressekonferenz im BKA am 6.4.2020, www.youtube.com/watch?v=d2yM7i4lgZE, ab Minute 51:00 (21.5.2020).

14 *Gesundheitsministerium* (@sozialministerium), 24.4.2020: [Facebook-Beitrag mit Grafik], www.facebook.com/sozialministerium/photos/a.188539211288233/1699549796853826/?type=3&theater (21.5.2020).

15 BM *Nehammer*, Pressekonferenz am 5.4.2020, ab Minute 22:45 (21.5.2020).

16 BM *Anshober*, Pressekonferenz am 6.4.2020, ab Minute 45:11 (21.5.2020).

17 BK *Kurz*, Pressekonferenz am 6.4.2020, ab Minute 51:20 (21.5.2020).

18 Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmegesetzes BGBl II 2020/98.

anderzufallen. Die Verordnung verbietet zunächst in ihrem § 1 das Betreten öffentlicher Orte, um dann in § 2 mehrere Ausnahmen von diesem Verbot zu normieren. Im Fokus der Aufmerksamkeit steht die Ausnahme gem § 2 Z 5 leg cit. Ihr Inhalt wurde von der BReg als Ausnahme, um „frische Luft zu schnappen oder Sport zu treiben“ bzw „spazieren zu gehen“, kommuniziert. Dem Wortlaut nach nimmt die Bestimmung jedoch all jene Betretungen vom Betretungsverbot aus, die entweder alleine, mit Mitbewohner\*innen oder mit Haustieren erfolgen, sofern bei diesen Betretungen ein Mindestabstand von einem Meter zu allen anderen Personen eingehalten wird. Die Ausnahme gem § 2 Z 5 leg cit ist ihrem Wortlaut nach an keinen Zweck, wie bspw eine sportliche Betätigung, gebunden.

Man könnte argumentieren, dass Systematik und Zweck der Gesamtregelung eine solche Zweckbindung implizieren: Die Verordnung will Betretungen des öffentlichen Raumes generell verbieten und nur einzelne Ausnahmen zulassen. § 2 Z 5 leg cit steht in einer Reihe zweckgebundener Ausnahmen: Die Z 1 bis 3 bringen diese Zweckbindung durch Verwendung der Präposition „zur“ zum Ausdruck, die Z 4 nennt ausdrücklich „berufliche Zwecke“. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, dass auch der Z 5 eine Zweckbindung immanent ist. Eine Formulierung, die eine Zweckbindung zum Ausdruck bringt, wäre grammatikalisch durchaus möglich gewesen, der Verordnungsgeber hat sich jedoch dagegen entschieden. Auch § 3 leg cit unterscheidet die Ausnahme der Z 5 von den übrigen Ausnahmetatbeständen. Das spricht dafür, von einer grds anderen Systematik dieser Ziffer auszugehen. Während der Ausnahmecharakter der Z 1 bis 4 aufgrund ihrer Zweckbindung verstärkt wird, wird die Ausnahme gem der Z 5 (iVm § 3 leg cit) eben dadurch eingegrenzt, dass die Rahmenbedingungen ihrer Inanspruchnahme sehr detailliert vorgegeben werden:<sup>19</sup> Es ist normiert, mit wem die Betretung vorgenommen werden kann, dass der Mindestabstand eingehalten werden muss und, dass eine Nutzung von Massenbeförderungsmitteln ausgeschlossen ist.<sup>20</sup> Dass damit der „augenscheinliche Zweck der Verordnung (konterkariert)“ wird,<sup>21</sup> ist mE nicht ersichtlich, denn auch die in Z 5 normierten Rahmenbedingungen führen zu einer Reduktion sozialer Kontakte und selbst bei dieser weiten Auslegung muss für das Betreten öffentlicher Orte in geschlossenen Räumen eine der zweckgebundenen Ausnahmen gem der Z 1 bis 4 vorliegen. Betretungen öffentlicher Orte, um dort zu verweilen, aber auch, um von dort aus die Privatwohnung einer anderen Person zu betreten, waren stets von

---

19 Die Z 3 und 4 normieren ebenso Rahmenbedingungen, aber weniger detailliert, weshalb sich ihr Ausnahmecharakter iEL durch die Zweckbindung ergibt.

20 Mit BGBl II 2020/148 war ab 14.4.2020 die Nutzung von Massenbeförderungsmitteln auch für Betretungen gem der Z 5 zulässig. Damit nähern sich die Z 5 und die Z 3 und 4 einander an. Die Z 5 enthält aber noch immer strengere Rahmenbedingungen, da nur für solche Betretungen vorgegeben ist, mit wem sie vorgenommen werden dürfen. Außerdem kann eine spätere Änderung der Verordnung auf die Auslegung ihrer ursprünglichen Fassung keinen Einfluss haben.

21 *Janko* in JKU Corona Update: Pandemie ohne Grundrechte, JKU 7.4.2020, [www.youtube.com/watch?v=g1VOeTZ3D\\_A](https://www.youtube.com/watch?v=g1VOeTZ3D_A), ab Minute 7:10 (5.6.2020).

der Ausnahme gem der Z 5 erfasst. Auch erste Erkenntnisse von Verwaltungsgerichten legen ebendiese Interpretation nahe.<sup>22</sup> Die diskutierte Regelung betraf den Zeitraum von 16.3. bis 30.4.2020. Inzwischen ist die in Frage stehende Verordnung außer Kraft getreten<sup>23</sup> und wurde durch die COVID-19-Lockerungsverordnung<sup>24</sup> ersetzt.

### 1.3. Wie Rechtskenntnis generiert wird

Es dauerte einige Wochen, bis Kritik an diesem Auseinanderfallen von Regierungskommunikation und Norminhalt zu vernehmen war. Mit der Wortschöpfung „Fake Laws“ wurde darauf aufmerksam gemacht, dass die Regierung Empfehlungen als Verbote ausgegeben hat.<sup>25</sup> Tatsächlich ist eine solche Desinformation höchst problematisch. Die überwiegende Mehrheit der Normunterworfenen generiert ihre Rechtskenntnis nicht durch eine Auseinandersetzung mit dem Wortlaut von Rechtstexten; vielmehr ist es eine Kenntnis hinsichtlich des „groben Gehalts“ (*message*) einer Norm.<sup>26</sup> Dieses Allgemeinwissen wird durch Lebenserfahrung, im Wege einer *en passant*-Sozialisation erworben.<sup>27</sup> Ändert sich das Recht, fließt der Wissenserwerb hinsichtlich der neuen Rechtslage in diese Sozialisation ein. Es ist ein relativ langsamer Prozess, dem idR eine öffentliche Debatte vorausgeht. Die Norm wird in einem längeren Gesetzgebungsverfahren erzeugt und zT werden Übergangsfristen normiert. Bis die neue Rechtslage für den Großteil der Bevölkerung relevant wird, hat sich oft in einer breiten wissenschaftlichen Diskussion eine hA herauskristallisiert, die im Idealfall über verschiedene gesellschaftliche Institutionen den Rechtsunterworfenen vermittelt wird. Beim COVID-19-MaßnahmenG und den darauf aufbauenden Verordnungen war das anders. An nur einem Wochenende wurde eine neue Rechtslage geschaffen, die die gesamte Bevölkerung in ihrem alltäglichen Leben betrifft. Der BReg, die in diesen Wochen nahezu die gesamte Öffentlichkeit für sich beanspruchen konnte,<sup>28</sup> kam ein faktisches Auslegungsmonopol hinsichtlich der neuen Normen zu. Die Rechtskenntnis der Normunterworfenen beschränkte sich auf eine *message*, nach der sie sich an ein „Verbot“ zu halten hatten, das ihr Recht auf Freizügigkeit<sup>29</sup> deutlich stärker beschränkte, als es die in Wahrheit geltende Norm tat. Stellt sich dann heraus, dass es sich um Desinformation handelte,<sup>30</sup> leidet das Vertrauen in die staatlichen Institutionen. Hinzu kommt, dass auch die staatliche

22 LVwG Niederösterreich 12.5.2020, S-891/001-2020; VwG Wien 5.6.2020, 031/047/5718/2020.

23 § 7 Abs 1 Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG BGBl II 2020/98 idF BGBl II 2020/148.

24 COVID-19-Lockerungsverordnung BGBl II 2020/197.

25 *Meditz/Negwer*, Fake Laws: Regierungswünsche als geltendes Recht hingestellt, diepresse.com 19.4.2020, www.diepresse.com/5802439/fake-laws-regierungswunsche-als-geltendes-recht-hingestellt (22.5.2020).

26 *Baer*, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung<sup>2</sup> (2015) 220.

27 *Lucke*, Was weiß Recht? Anmerkungen aus der sozialwissenschaftlichen Verwendungsforschung, in *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), Wie wirkt Recht? (2010) 147 (170).

28 *Anders*, Die Krise der Opposition, Der Standard v 31.3.2020, 9; *Tóth*, Unser täglich Pressebrot gib uns heute, FALTER 16/20, 23.

29 Art 4 StGG; Art 2 Abs 2 4. ZPEMRK.

30 *Red*, Website geändert: Private Treffen „natürlich“ nicht verboten, orf.at 27.4.2020, <https://orf.at/stories/3163467/> (22.5.2020).

Verwaltung faktisch nicht aufgrund der Gesetze ausgeübt wird, sondern aufgrund der Rechtskenntnis der Verwaltungsorgane. Das dürfte meistens, nämlich dann, wenn sich Gesetz und Rechtskenntnis iW decken, kein größeres Problem sein. In dieser konkreten Konstellation führte es jedoch dazu, dass Strafen aufgrund der Desinformation ausgesprochen wurden, die dann im Rechtsweg korrigiert werden müssen.<sup>31</sup>

## 2. Eine rechtliche Bewertung der staatlichen Desinformation

Für eine sinnvolle rechtliche Einordnung dieser staatlichen Desinformation muss zunächst geklärt werden, wie die Informationsakte verwaltungsrechtlich zu qualifizieren sind. Dabei ist staatliches Informationshandeln zunächst von seinem privaten Gegenstück abzugrenzen, wofür es auf Inhalt und Kontext der Kommunikationshandlung und auf den Gesamteindruck ankommt, der bei den Empfänger\*innen entsteht.<sup>32</sup> Bei der Regierungskommunikation zu den COVID-19-Normen fällt die Einordnung leicht. Inhalt und Kontext, insb die Einbettung in Pressekonferenzen und eine staatliche Informationskampagne, sprechen dafür, von staatlichem Informationshandeln auszugehen. Nach der Rsp des OGH ist es nicht möglich, staatliches Informationshandeln pauschal der hoheitlichen oder nicht-hoheitlichen Verwaltung zuzuordnen. Die Zuordnung solcher „Informationsrealakte“ werde durch deren Zugehörigkeit zum Kernbereich der jeweils in Betracht kommenden Verwaltungsmaterie vorgenommen. Entscheidend sei ihr hinreichend enger Zusammenhang zu einer hoheitlichen oder privatwirtschaftlichen Materie.<sup>33</sup> Bei der Aufklärung über den Inhalt einer Verordnung, mit der Ausgangsbeschränkungen normiert werden, ist von einem hinreichend engen Zusammenhang zu einer hoheitlichen Materie auszugehen. Die Qualifikation dieser konkreten Regierungskommunikation als schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln ist von Bedeutung für die Anwendbarkeit des Legalitätsprinzips<sup>34</sup> und Fragen des Rechtsschutzes.<sup>35</sup>

Es wurde bereits aufgezeigt, dass ein „informationaler“ Grundrechtseingriff vorliegt, da Freiheitsrechte der Normunterworfenen faktisch beschränkt wurden, wenn sie ihr Handeln an einem scheinbar geltenden Verbot ausgerichtet haben.<sup>36</sup> Da dieser Eingriff auf keine gesetzliche Grundlage gestützt werden kann, ist mE jedenfalls von der Rechtswidrigkeit dieser Kommunikationshandlungen auszugehen.

---

31 Vgl FN 22.

32 *Merli*, Grenzen der Staatsinformation und staatlicher Propaganda, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), Elektronische Medien im „postfaktischen“ Zeitalter, Bd 16 der Schriftenreihe Recht der elektronischen Massenmedien REM (2019) 107 (109–111).

33 OGH 23.2.2011, 1 Ob 208/10k. Vgl auch *Karkulik*, Rechtsschutz gegen die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012, JRP 2014, 171 ff mwN.

34 *Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007) 194 f; *Karkulik*, JRP 2014, 171. Für eine differenziertere Beurteilung s *Mörth*, Das Legalitätsprinzip. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot im österreichischen Recht (2020) 130 ff.

35 *Karkulik*, JRP 2014, 171.

36 Zum „informationalen“ Grundrechtseingriff vgl *Feik*, Verwaltungskommunikation 50 f.

Dieses Zwischenergebnis der Rechtswidrigkeit aufgrund eines Grundrechtseingriffs ohne gesetzliche Grundlage beantwortet jedoch noch nicht die Frage, die sich angesichts des Auseinanderfallens von Regierungskommunikation und Norminhalt aufdrängt: Wie kann das Recht speziell auf den desinformierenden Staat antworten? *Rudolf Feik* spricht davon, dass es rechtsstaatlichen Grundsätzen zuwider laufe, „wenn staatliche Aufklärung falsch oder irreführend informiert.“<sup>37</sup> *Stefan Storr* will allgemein aus dem Demokratieprinzip, der Meinungsfreiheit, dem Argument, dass die Lüge den demokratischen Verantwortungszusammenhang verschleierte, und dem Wesen des Rechts ein Rechtsprinzip ableiten, das es dem Staat verbietet, zu lügen.<sup>38</sup> *Franz Merli* ist diese Schlussfolgerung zu undifferenziert.<sup>39</sup> Eine Wahrheitspflicht des Staates könne nur in besonderen Kommunikationssituationen angenommen werden:<sup>40</sup> In Bezug auf Wahlverfahren hat bspw. der VfGH erkannt, dass staatliche Organe Wahlberechtigte informieren dürfen, jedoch darf diese Tätigkeit „nie das Maß einer ‚staatlichen Desinformation‘ annehmen und so das Abstimmungsverhalten faktisch beeinträchtigen.“<sup>41</sup> Weitere Sondersituationen sind die Schule, die staatliche Auskunft, parlamentarische Anfragen und Untersuchungsausschüsse. Darüber hinaus erwägt *Merli*, „bewusste staatliche Desinformation in Bereichen staatlich monopolisierten Wissens“ als Verletzung der Meinungsbildungsfreiheit zu betrachten.<sup>42</sup> Man könnte dieses Argument für den gegenständlichen Fall staatlicher Desinformation weiterverfolgen. Hierbei handelt es sich zwar nicht um einen Bereich staatlich monopolisierten Wissens i.e.S., denn theoretisch hatte jede\*r Zugang zum Rechtsinformationssystem und damit zu den relevanten Normtexten. Faktisch aber hatte die BReg zumindest über einen gewissen Zeitraum hinweg die ausschließliche Deutungshoheit über dieses Rechtswissen. Ob die Desinformation bewusst erfolgt ist, kann für die Anfangsphase nicht beantwortet werden. Ab dem Zeitpunkt, als öffentliche Kritik geäußert wurde und die BReg weiterhin eine „Spazierengehen-Ausnahme“ kommunizierte, scheint sie die Desinformation jedoch bewusst in Kauf genommen zu haben. Jedoch hatte sie ab diesem Moment nicht länger eine monopolisierte Deutungshoheit. Es finden sich also Argumente, die dafür und dagegen sprechen, im konkreten Fall von einer Verletzung der Meinungsbildungsfreiheit auszugehen.<sup>43</sup>

### 3. Exkurs: Desinformation und Determinierungspflichten

Außerdem können aus dem „Erfolg“ der staatlichen Desinformation zu den Ausgangsbeschränkungen Rückschlüsse auf die rechtliche Beurteilung der Verordnung gem § 2 Z 1 des

---

37 *Feik*, Verwaltungskommunikation 203.

38 *Storr*, JRP 2019, 75.

39 Vgl. *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 115.

40 *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 114.

41 VfGH 1.7.2016, W16/2016, VfSlg 20.071/2016.

42 *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 114 f.

43 Ein Eingriff lässt sich jedenfalls nicht rechtfertigen, da er auf keine gesetzliche Grundlage gestützt werden kann.

COVID-19-MaßnahmenG gezogen werden. Auch den Verordnungsgeber treffen Determinierungspflichten,<sup>44</sup> die sich nach hA aus Art 18 Abs 1 B-VG ergeben.<sup>45</sup> Der verlangte Determinierungsgrad ergibt sich aus dem jeweiligen Regelungsgegenstand.<sup>46</sup> Eine generelle Norm, die eine Maßnahme vorsieht, die nicht nur zufällig und ausnahmsweise, sondern regelmäßig schwerwiegend in Grundrechte eingreift, hat die Eingriffstatbestände besonders deutlich zu umschreiben.<sup>47</sup> Dieses erhöhte Determinierungserfordernis lässt sich aus dem Gesetzesvorbehalt des jeweiligen Grundrechts ableiten.<sup>48</sup> Die Ausgangsbeschränkungen der Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG haben in mehrere Grundrechte außergewöhnlich stark eingegriffen. Dazu kommt, dass ihre Wirkungen die gesamte Bevölkerung betreffen haben und das nicht nur in einer spezifischen Lebenssituation, sondern in nahezu ihrem gesamten Alltag. Ein Verstoß gegen die Ausgangsbeschränkungen war mit Strafe bedroht,<sup>49</sup> weswegen sich darüber hinaus auch iS eines strafrechtlichen Klarheitsgebotes gem Artikel 7 EMRK erhöhte Bestimmtheitsanforderungen ergeben. Es muss den einzelnen Normunterworfenen möglich sein, der Vorschrift zu entnehmen, für welche Handlungen und Unterlassungen sie strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können.<sup>50</sup>

Die unzureichende Determinierung der Verbotsnorm war letztlich die Grundlage, auf welche die Regierungskommunikation erst aufbauen konnte. Anders wäre das skizzierte Ausmaß staatlicher Desinformation nicht möglich gewesen. Vor diesem Hintergrund war es den Normunterworfenen, aber auch den Vollzugsorganen, offensichtlich nicht möglich, der Vorschrift zu entnehmen, welche Handlungen nun verboten waren und welche nicht. Es wäre also denkbar gewesen, dass unter dem Gesichtspunkt der unzureichenden Determinierung die staatliche Desinformation zu den Ausgangsbeschränkungen im Rahmen einer Verwaltungsprüfung durch den VfGH aufgegriffen wird.<sup>51</sup>

#### 4. Rechtsschutz gegen staatliche Desinformation?

Im Vergleich zu anderen Wissenschaftsdisziplinen fällt es den traditionellen Rechtswissenschaften in Österreich mit ihrer starken „Ausrichtung auf die Form“ schwer,<sup>52</sup> mit

44 VfGH 13.12.2011, V85/11 ua, VfSlg 19.592/2011; VfGH 6.12.2012, V24/2, VfSlg 19.721/2012.

45 Für eine Übersicht zum Stand der Diskussion über das Determinierungsgebot s *Mörth*, Legalitätsprinzip 177 ff, der entgegen der hA davon ausgeht, dass das Determinierungsgebot keine spezifische Norm ist, sondern ein Sammelbegriff, mit dem das Zusammenwirken verschiedener Normen ausgedrückt wird.

46 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 765 f mwN.

47 VfGH 29.9.1987, G 138/87 ua, VfSlg 11.455/1987. Vgl auch *Berka/Binder/Kneibls*, Grundrechte 188, die von „gesteigerten Bestimmtheitsanforderungen“ sprechen.

48 *Pöschl*, Gleichheit 766.

49 § 3 Abs 3 COVID-19-MaßnahmenG idF BGBl I 2020/12.

50 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 24 Rn 155.

51 Vgl jedoch VfGH 14.7.2020, V 363/2020: Letztlich hat der VfGH erkannt, dass die VO tlw gesetzwidrig war. Die VO untersagte nicht nur das Betreten bestimmter Orte, sondern ging „der Sache nach als Grundsatz von einem allgemeinen Ausgangsverbot“ aus, was vom COVID-19-MaßnahmenG nicht gedeckt war. Dieser Lösungsweg ermöglichte es dem VfGH, sich nicht näher zur Reichweite der Z 5 äußern zu müssen.

52 *Wiederin*, Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre, Die Verwaltung 2007, 293 (313). Zum geschlossenen System von Rechtsquellen in Österreich vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2017) Rn 464.

jenen subtil wirkenden Techniken der Macht umzugehen, die sich nicht in ein geschlossenes System von Rechtsquellen einordnen lassen.<sup>53</sup> Dieses Problem zeigt sich gerade dann, wenn der Rechtsschutz gegen staatliches Informationshandeln diskutiert werden soll, baut doch in Österreich die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf den „Grundsatz der Formenabhängigkeit“ auf.<sup>54</sup>

Inzwischen ermöglicht Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG dem einfachen Gesetzgeber, Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze, das gerade nicht in den Formen des Bescheids oder eines Zwangsaktes erfolgt ist, vorzusehen. Damit öffnet die Verfassung die Formenabhängigkeit des Rechtsschutzsystems und ermöglicht dem zuständigen Gesetzgeber das Schließen von Rechtsschutzlücken.<sup>55</sup> Der Beschwerdegegenstand erfasst vor allem das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln und damit auch weite Bereiche der informationellen Steuerung.<sup>56</sup> Nach hM muss dieses Verhalten von Verwaltungsorganen jedoch gegenüber „individuell bestimmten Personen“ gesetzt werden,<sup>57</sup> was „generell abstrakte Erklärungen“, die zwar verhaltenssteuernd wirken, aber keine Verordnungen sind, als Beschwerdegegenstand ausschließt.<sup>58</sup> Staatliche Desinformation, wie sie in diesem Text behandelt wird, ist ein sehr anschauliches Bsp für eine solche verhaltenssteuernde, generell abstrakte Erklärung, die gerade keine Verordnung ist.<sup>59</sup>

Subsidiär zum Rechtsschutz im Wege der Verwaltungsgerichtsbarkeit kommt eine Amtshaftung in Frage die vor den ordentlichen Gerichten durchgesetzt werden muss. Art 23 B-VG sieht vor, dass die Gebietskörperschaften und andere Körperschaften öffentlichen Rechts für den Schaden haften, den ihre Organe in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten schuldhaft zugefügt haben. Das Amtshaftungsgesetz<sup>60</sup> legt darauf aufbauend die detaillierten Bestimmungen fest.<sup>61</sup> Auch schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln kann Amtshaftungsansprüche auslösen.<sup>62</sup> Zwar sind gem § 1 Abs 1 AHG

53 So scheinen soziologische und politikwissenschaftliche Herangehensweisen damit weniger Probleme zu haben. Vgl zB *Bröckling*, Gute Hirten führen sanft. Über Menschenregierungskünste<sup>3</sup> (2019); *Foucault*, Die Maschen der Macht (1976), in *Foucault*, Analytik der Macht (2005) 220–239. Dass sich die Rechtswissenschaften aber durchaus auch mit anderen Machttechniken als jenen des klassisch hoheitlich handelnden Staates beschäftigen können, zeigt der Schwerpunkt dieser juridikum-Ausgabe zum Thema „sanfte Verwaltung“.

54 *Feik*, Verwaltungskommunikation 207.

55 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2018) Rn 942. So hat der einfache Gesetzgeber im Bereich der Sicherheitsverwaltung von der Ermächtigung gem Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG Gebrauch gemacht und die Beschwerdemöglichkeit gem § 88 Abs 2 SPG geschaffen.

56 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 941; *Karkulik*, JRP 2014, 177 f.

57 *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit<sup>5</sup> (2016) 228.

58 *Karkulik*, JRP 2014, 180.

59 Die Erklärungen wirken zwar verhaltenssteuernd, jedoch spricht ihre mangelnde Normativität dagegen, sie als eigenständige Verordnung zu qualifizieren. Sie waren stets so formuliert, dass sie sich auf den Inhalt der im BGBl II 2020/98 kundgemachten Verordnung beziehen und keine eigenständige Sollensanordnung darstellen. Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rn 767, der Kundmachungen der Rechtsauffassung einer Behörde als Grenzfälle betrachtet, sie aber nicht als Verordnung qualifiziert.

60 Amtshaftungsgesetz (AHG), BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/122.

61 Art 23 Abs 4 B-VG.

62 ZB OGH 26.11.1975, 1 Ob 171/75. Vgl auch *Karkulik*, JRP 2014, 175 f; *Feik*, Verwaltungskommunikation 222 ff.

nur Vermögensschäden und Schäden an der Person ersatzfähig, in verfassungskonformer Interpretation können aber auch immaterielle Schäden als umfasst angesehen werden.<sup>63</sup> Etwaige Probleme der Zurechnung können an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Was bleibt dann noch übrig? Die Entscheidung über die Einbringung einer staatsrechtlichen Klage liegt in der Hand der Mehrheit des NR, weswegen mit einer Geltendmachung dieser Verantwortlichkeit nicht zu rechnen ist.<sup>64</sup> Abseits einer rechtlichen Kontrolle ist vor allem an die Missstandskontrolle durch die Volksanwaltschaft<sup>65</sup> und die politische Kontrolle durch den NR<sup>66</sup> zu denken. Für letztere stehen Interpellationsrecht, Enquete-recht, Resolutionsrecht und Misstrauensvotum zur Verfügung, wobei diese Instrumente von der parlamentarischen Opposition insb dafür genutzt werden können, Aufmerksamkeit für einen Missstand zu generieren und damit eine gesellschaftliche Kontrolle zu ermöglichen,<sup>67</sup> die gerade zur Begrenzung staatlicher Desinformation wesentlich ist. *Merli* schreibt, dass die Rechtsordnung „gegen Propaganda nicht auf einen Maulkorb für den Staat, sondern auf kommunikative Gegenmacht der Opposition, der Presse, des öffentlichen Rundfunks, der Wissenschaft und der Bürgerinnen und Bürger zu setzen“ scheint.<sup>68</sup>

## 5. „Kommunikative Gegenmacht“ in der (Corona-)Krise?

Die Krise hat jedoch für einige Wochen auch die kommunikative Gegenmacht erfasst. Der parlamentarischen Opposition fiel es im Frühling 2020 besonders schwer, mit eigenen Vorschlägen medial durchzudringen.<sup>69</sup> Die Situation der klassischen Medien ist differenziert zu beurteilen. Einerseits konnte der ORF mit seiner Corona-Berichterstattung Rekordreichweiten erzielen.<sup>70</sup> Andererseits kämpfen mehrere Medienunternehmen mit den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie. Der Journalist *Marc Brost* und der Medienwissenschaftler *Bernhard Pörksen* verwenden den Begriff „Harmonie-Falle“, um zu beschreiben, wie anfangs im medialen Diskurs die herrschenden Expert\*innenmeinungen nur wenig hinterfragt wurden. Sie mahnen zu kritischer Distanz.<sup>71</sup> Auch die Wissenschaft nimmt eine ambivalente Rolle ein: Nachdem in den vergangenen Jahren bereits das postfaktische Zeitalter<sup>72</sup> ausgerufen wurde, war nun von einer „neue(n) Anerkennung wissenschaftlicher Expertise“ die Rede.<sup>73</sup> ZT wird jedoch das Ausblenden abweichender

---

63 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 838.

64 Art 142 Abs 2 lit b B-VG. Vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht Rn 1145.

65 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 853.

66 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 891.

67 *Berka*, Verfassungsrecht Rn 852, 856.

68 *Merli* in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* 116.

69 Vgl FN 28.

70 ORF, Ein Monat ORF-Onlineberichterstattung zur Corona-Krise in Österreich. Historische Höchstwerte für ORF.at und ORF-TVthek, ots.at 20.4.2020, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20200420\\_OTS0081/](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20200420_OTS0081/) (21.2.2020).

71 *Brost/Pörksen*, Angesteckt. Corona-Berichterstattung, *Zeit* 16/20.

72 *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), Elektronische Medien im „postfaktischen“ Zeitalter, Bd 16 der Schriftenreihe *Recht der elektronischen Massenmedien REM* (2019).

73 *Wodak*, Message-Control in der Krise, *Der Standard* v 1.4.2020, 23.

Zugänge kritisiert.<sup>74</sup> Hinzu kommt, dass das Herstellen kommunikativer Gegenmacht durch einzelne Bürger\*innen angesichts weitreichender Grundrechtsbeschränkungen zwischenzeitlich nur erschwert möglich war. Das alles ändert aber nichts daran, dass sowohl der Umgang mit staatlicher (aber auch mit privater Desinformation) stark von diesem öffentlichen Korrektiv abhängt; das gilt ganz besonders dann, wenn es dem Recht schwer fällt, adäquate Antworten zu geben.

Maximilian Blaßnig studiert Rechtswissenschaften und Politikwissenschaft an der Universität Wien, arbeitet als Studienassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; maximilian.blassnig@univie.ac.at

---

74 Anders, Experte hat genug von der Taskforce, *Der Standard* v 10.4.2020, 5.

# Partnerschaftlich, paternalistisch oder gleichheitswidrig?

Zur Höchstdauer des Bezugs von einkommensabhängigem Kinderbetreuungsgeld durch den nicht-gebärenden Elternteil

Teresa Weber

---

## 1. Problemstellung

Vor mehr als 10 Jahren wurde das sog „einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld“ eingeführt,<sup>1</sup> das heute in den §§ 24 ff Kinderbetreuungsgeldgesetz (KBGG)<sup>2</sup> geregelt ist. Ziel dieses Alternativmodells zum „pauschalen“ Kinderbetreuungsgeld war ausweislich der Mat zur Regierungsvorlage die „Stärkung der Väterbeteiligung“<sup>3</sup>, die „Erleichterung der Inanspruchnahme durch Reduktion der Mindestbezugsdauer“<sup>4</sup> sowie eine Erhöhung des „Niveau[s] der faktischen Chancengleichheit“<sup>5</sup>. Diese Anliegen wurden auch durch spätere Novellen des KBGG (insb durch die Einführung eines Partnerschaftsbonus 2016<sup>6</sup>) verfolgt.<sup>7</sup> Zwar wurde das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld im Lauf der Jahre immer häufiger in Anspruch genommen.<sup>8</sup> Die mit seiner Einführung verfolgten Ziele wurden allerdings nicht erreicht, wie ein aktueller Bericht des Rechnungshofes (RH) aufzeigt: Väter nahmen im Berichtszeitraum lediglich 4,5% aller genehmigten Tage in Anspruch,<sup>9</sup> die Väterbeteiligung stagniert seit 2009 auf diesem Wert.<sup>10</sup>

Das KBGG hat also dem RH zufolge bisher keine Verbesserung der Gleichstellung von Männern und Frauen bei der familiären Betreuungsarbeit bewirkt. Aber nicht nur das: Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass das Zusammenspiel der Regelungen des KBGG und des Mutterschutzgesetzes (MSchG)<sup>11</sup> zu einer erheblichen finanziellen Schlechter-

---

1 BG, mit dem das Kinderbetreuungsgeldgesetz (...) und (...) geändert werden, BGBl I 2009/116.

2 Kinderbetreuungsgeldgesetz (KBGG) BGBl I 2001/103 idF BGBl I 2019/75.

3 ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 1.

4 ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 1.

5 ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 2.

6 BG, mit dem ein Gesetz über die Gewährung eines Bonus für Väter während der Familienzeit (Familienzeitbonusgesetz – FamZeitbG) erlassen wird sowie das Kinderbetreuungsgeldgesetz (...) und (...) geändert werden, BGBl I 2016/53.

7 Vorblatt und WFA RV 1110 BlgNR 25. GP, 1.

8 RH, Leistungen nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz, Bericht des Rechnungshofes (2020) III–158 der Blg zu den StenPr des NR XXVII. GP, RH GZ 004.684/012–PR3/20, 18.

9 RH, Kinderbetreuungsgeldgesetz 10, 25 ff.

10 RH, Kinderbetreuungsgeldgesetz 6.

11 Mutterschutzgesetz 1979 – MSchG, BGBl 1979/221 (WV) idF BGBl I 2019/112.

stellung führt, wenn der nicht-gebärende Elternteil die überwiegende Betreuung des Kindes übernehmen möchte. Traditionelle Rollenmuster werden damit durch das KBGG nicht nur nicht aufgebrochen; ein Abgehen von ihnen wird sogar finanziell deutlich schlechter gestellt. Die Gleichheitskonformität der Regelungen ist dahingehend stark anzuzweifeln.

## 2. Das Modell des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes

Das KBGG sieht grundsätzlich zwei Modelle vor: Das pauschale Kinderbetreuungsgeld sowie das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld. Die Entscheidung für ein Modell bindet beide Elternteile (§ 26a KBGG). Das pauschale Kinderbetreuungsgeld (§ 2 ff KBGG) steht unabhängig von einer vorangehenden Erwerbstätigkeit zu. Es sieht eine fixe Auszahlungssumme je Kind vor. Die Höhe des täglichen Auszahlungsbetrags hängt von der Bezugsdauer ab, die auf bis zu 851 Tage ab der Geburt erstreckt werden kann (§ 5 KBGG). Bei einer Inanspruchnahme für 365 Tage beträgt das Kinderbetreuungsgeld € 33,88 täglich (§ 3 KBGG), bei längerer Inanspruchnahme entsprechend weniger.

Das in §§ 24 ff KBGG geregelte, einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld soll einen Ausgleich für den Entfall des Erwerbseinkommens jenes Elternteils bieten, der die Kinderbetreuung für einen gewissen Zeitraum übernimmt. Dazu werden 80 % des vorangehenden Erwerbseinkommens ersetzt, maximal aber € 66 pro Tag. Durch die im Vergleich zur Pauschalvariante (§ 2 ff KBGG) höheren Tagessätze sollen Elternteile mit einem (höheren) Erwerbseinkommen zur Inanspruchnahme von Kinderbetreuungszeiten bewogen werden, ohne dass ihnen dabei große finanzielle Nachteile entstehen. Durch die Deckelung von maximal € 66 pro Tag erleiden Personen mit höherem Einkommen dennoch tendenziell größere finanzielle Einbußen. Anders als beim pauschalen Kinderbetreuungsgeld ist die Bezugsdauer grundsätzlich bis zum Erreichen des 12. Lebensmonates des Kindes beschränkt (§ 24b Abs 1 KBGG).

Zur Förderung der partnerschaftlichen Inanspruchnahme von Kinderbetreuungszeiten wird diese Frist beim einkommensabhängigen Modell um zwei Monate, bis zum Ende des 14. Lebensmonates des Kindes, verlängert, wenn beide Elternteile Kinderbetreuungsgeld beanspruchen.<sup>12</sup> Allerdings muss ein Elternteil dafür mind 61 Tage lang tatsächlich Kinderbetreuungsgeld beziehen (§ 24b Abs 2 und 4 KBGG).<sup>13</sup> Daraus ergibt sich die häufige Variante „12 + 2“, bei der sich die Mutter (als gebärender Elternteil) die ersten 12 Monate der Kinderbetreuung widmet, während der nicht-gebärende Elternteil den 13. und 14. Lebensmonat übernimmt.

---

12 Auch beim pauschalen Modell führt eine Aufteilung des Bezugs zu einer Verlängerung (§ 5 Abs 2 KBGG). Im Folgenden wird nur das einkommensabhängige Modell analysiert, da die potentielle Gleichheitswidrigkeit dort aufgrund der ähnlichen Länge des Verlängerungszeitraumes (zwei Monate) und des postpartalen Beschäftigungsverbotes nach MSchG besonders offensichtlich ist.

13 Dazu zB *Burger-Ehrnhöfer*, Kinderbetreuungsgeldgesetz (2017)<sup>3</sup> § 24b KBGG Rz 8.

Einen weiteren Anreiz zur partnerschaftlichen Teilung der Kinderbetreuungszeiten schuf der Gesetzgeber mit der Einführung des „Partnerschaftsbonus“. <sup>14</sup> Werden die Kinderbetreuungszeiten zumindest im Verhältnis 60:40 zwischen den Elternteilen geteilt (also etwa sechs und vier Monate), so steht jedem Elternteil eine Einmalzahlung von € 500 zu.

### 3. Beschäftigungsverbot nach dem MSchG, Wochengeld und Karenzzeiten der Eltern

Der Bezug des Kinderbetreuungsgeldes ist zu unterscheiden von den verschiedenen Ansprüchen auf „Freistellung“ zu Zwecken der Kinderbetreuung. Rund um die Geburt fallen unselbstständig-beschäftigte Mütter als gebärende Elternteile unter das Beschäftigungsverbot des MSchG. Liegen keine besonderen Umstände bei der Geburt vor (wie etwa Kaiserschnittgeburt, Frühgeburt, Mehrlingsgeburt), so beginnt die gesetzliche Schutzfrist acht Wochen vor dem errechneten Geburtstermin und endet acht Wochen danach (§§ 3 ff MSchG). Während des aufrechten Beschäftigungsverbot steht der gebärenden Mutter idR Wochengeld nach § 162 ASVG <sup>15</sup> zu. Dabei handelt es sich um eine Leistung aus der Krankenversicherung, die aber zum Großteil vom Familienlastenausgleichsfonds getragen wird (§ 168 ASVG). Die Höhe des Wochengeldes richtet sich nach dem vorangehenden Erwerbseinkommen, es dient also dem Einkommensersatz. <sup>16</sup>

Im Anschluss an das Beschäftigungsverbot hat die gebärende Mutter nach dem MSchG Anspruch auf Karenzierung unter Entfall des Arbeitsentgelts (§ 15 MSchG). Die Mindestdauer der Karenzierung beträgt zwei Monate (§ 15 Abs 2 MSchG), sie kann bis zum Ende des zweiten Lebensjahres des Kindes in Anspruch genommen werden. Die Karenzierung des nicht-gebärenden Elternteils ist im Väter-Karenzgesetz (VKG) <sup>17</sup> ähnlich geregelt (§ 2 ff VKG). Der nicht-gebärende Elternteil kann idR frühestens acht Wochen nach der Geburt, also nach dem Ende der MSchG-Schutzfrist, in Karenz gehen (§ 2 Abs 2 VKG). Auch für ihn gibt es eine Mindestdauer der Karenz von zwei Monaten (§ 2 Abs 4 VKG); die Karenzierung kann bis zum Ende des zweiten Lebensjahres in Anspruch genommen werden.

Während einer Karenzierung nach dem MSchG bzw dem VKG kann Kinderbetreuungsgeld nach dem KBGG beansprucht werden. Während des Beschäftigungsverbot nach dem MSchG besteht wie erwähnt idR Anspruch auf Wochengeld (§ 162 ASVG); in dieser Zeit ruht der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld in der Höhe des Wochengeldes (§ 6 Abs 2 KBGG) <sup>18</sup> für beide Elternteile. <sup>19</sup>

---

14 BGBl I 2016/53, § 5b KBGG (für das einkommensabhängige Kinderbetreuungsgeld iVm § 24e KBGG).

15 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idF BGBl I 2020/99.

16 MwN zB Drs in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Komm § 162 ASVG (Stand 1.3.2020) Rz 2.

17 Väter-Karenzgesetz BGBl 1989/651 idF BGBl I 2019/112.

18 Vgl zB OGH 25.6.2013, 10 ObS 39/13b.

19 Und zwar sogar dann, wenn die Mutter auf das Wochengeld verzichtet: OGH 17.1.2012, 10 ObS 151/11w.

## 4. Verfassungswidrige Ungleichbehandlung gebärender und nicht-gebärender Elternteile

### 4.1. „12 + 2“ ja – „2 + 12“ nein

Aus der gerade skizzierten Rechtslage ergibt sich nun folgende Problematik. Für die gängige Variante, bei der der gebärende Elternteil die ersten 12 Monate der Kinderbetreuung übernimmt, der nicht-gebärende Elternteil die anschließenden zwei Monate, erhält die Familie bis zum Ende des 14. Lebensmonates des Kindes Leistungen: Der gebärende Elternteil erhält für die ersten zwei Monate<sup>20</sup> Wochengeld, im Anschluss daran zehn Monate lang Kinderbetreuungsgeld; der nicht-gebärende Elternteil kann anschließend noch zwei weitere Monate Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nehmen.

Eine Umkehrung des Verhältnisses der Kinderbetreuung von 12 + 2 auf 2 + 12 ist aber nicht möglich: Möchte der nicht-gebärende Elternteil gleich im Anschluss an die Mutterschutzfrist Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nehmen, so steht dieses aufgrund von § 24b Abs 2 KBGG nur bis zum Ende des 12. Lebensmonates des Kindes zu. Der gebärende Elternteil hat in diesem Fall idR<sup>21</sup> kein Kinderbetreuungsgeld bezogen, da in den ersten beiden Monaten<sup>22</sup> nach der Geburt ein Wochengeldanspruch besteht, der zu einem Ruhen des Kinderbetreuungsgeld-Anspruchs mit Wirkung für beide Elternteile führt. Dieses Ruhen – laut Familienministerium der „absolute Standardfall“<sup>23</sup> beim Bezug des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes – kann im Übrigen auch nicht durch Verzicht auf das Wochengeld abgewendet werden.<sup>24</sup> Im Fall, dass der nicht-gebärende Elternteil unmittelbar im Anschluss an die Schutzfrist nach dem MSchG die Kinderbetreuung übernimmt, erhält die Familie daher nur bis zum Ende des 12. Lebensmonates einkommensabhängiges Kinderbetreuungsgeld, da die Voraussetzung für eine Verlängerung der Bezugsdauer nicht erfüllt sind: der gebärende Elternteil hat nicht mind 61 Tage lang tatsächlich Kinderbetreuungsgeld bezogen, was aber nach § 24b Abs 2 und 4 KBGG Voraussetzung für die Bezugszeitverlängerung ist. In der Variante „2 + 12“ wird der nicht-gebärende Elternteil in den letzten beiden Monaten seiner Karenzierung daher ohne staatliche Unterstützung auskommen müssen.

Es bleibt damit noch zu fragen, wer durch die Rechtslage diskriminiert wird, und wo genau der Sitz der Gleichheitswidrigkeit ist.

### 4.2. Wer wird diskriminiert?

Durch die derzeitige Rechtslage erfolgt eine Diskriminierung von mehreren Personengruppen. Je nach Perspektive wird nämlich sowohl der gebärende Elternteil diskriminiert,

20 Genauer: Am Tag der Geburt und acht Wochen danach, insg also 57 Tage lang. Zur Relevanz der tageweisen Bemessung unten bei 6.

21 Anderes würde gelten, wenn der Wochengeldbezug niedriger ist als der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld, hier würde der Differenzbetrag ausgezahlt, womit ein „tatsächlicher Bezug“ von Kinderbetreuungsgeld vorliegt.

22 Am Tag der Geburt und acht Wochen danach.

23 RH, Kinderbetreuungsgeldgesetz 15.

24 OGH 17.1.2012, 10 Obs 151/11w.

als auch der nicht-gebärende, das betroffene Kind und die Familie als Ganzes. Außerdem kommt es mit Blick auf heterosexuelle Lebensgemeinschaften zu einer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, wenn man in Rechnung stellt, dass der gebärende Elternteil meist<sup>25</sup> weiblich ist.

Mit Blick auf den gebärenden Elternteil kommt es zu einer Diskriminierung, weil es ihr verunmöglicht wird, „nur“ die ersten beiden Monate der Kinderbetreuung zu übernehmen, wenn sie eine staatlich unterstützte Betreuung des Kindes durch die Eltern bis zum 14. Lebensmonat wünscht. Stattdessen muss der gebärende Elternteil mind vier Monate<sup>26</sup> der Kinderbetreuung übernehmen, um die „12+2“ Variante beanspruchen zu können. Ebenso wird der nicht-gebärende Elternteil diskriminiert, da es diesem Elternteil verwehrt wird, ohne finanzielle Nachteile die Hauptlast der Kinderbetreuung (12 Monate) zu übernehmen.

Damit entsteht auch der Familie insgesamt und dem betroffenen Kind in jenen Familien ein Nachteil, in denen eine über die MSchG-Schutzfrist hinausgehende Betreuung durch den gebärenden Elternteil – aus welchen Gründen auch immer – nicht gewünscht<sup>27</sup> ist, es aber einen anderen Elternteil gibt, der zur Übernahme der Betreuung bis zum 14. Lebensmonat bereit ist. Ganz konkret beträgt der Nachteil den Entfall des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes für das 13. und 14. Lebensmonat, bedeutet damit im Vergleich zum umgekehrten „12 + 2“ Modell hinsichtlich des Anspruchs auf Kinderbetreuungsgeld eine Schlechterstellung von 17 % und bis zu € 4.000 (bei Annahme des Höchstsatzes von € 66/Tag für 61 Tage).

Zu betonen ist nochmals, dass damit in heterosexuellen Lebensgemeinschaften auch eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bewirkt wird. Die Frau als gebärender Elternteil muss – um einen Leistungsbezug bis zum 14. Lebensmonat des Kindes sicherzustellen – mind vier Monate der Kinderbetreuung übernehmen, während es für den zweiten Elternteil ausreicht, zwei Monate zu übernehmen, um die Verlängerung zu erreichen. Der Mann als Vater bzw der nicht-gebärende Elternteil kann sich zwar bis zum

---

25 Zur Konstellation gebärender Transmänner *Schreiner*, Geschlecht und Abstammungsrecht – Zur BGH Entscheidung v 6.9.2017, XII ZB 660/14, *juridikum* 2018, 456 (457 ff).

26 Acht Wochen (Schutzfrist nach dem MSchG nach der Entbindung) plus 61 Tage (Mindestbezugdauer nach § 24b Abs 4 KBGG). UU – etwa bei einer Kaiserschnittgeburt – verlängert sich die Schutzfrist nach dem MSchG, so dass auch erst später Kinderbetreuungsgeld bezogen werden kann und die „Mindestbetreuungsdauer“ durch den gebärenden Elternteil entsprechend steigt.

27 Eine Härtefallregelung gibt es für jene Fälle, in denen ein Elternteil durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis daran gehindert ist, das Kind im gemeinsamen Haushalt zu betreuen (§ 24b Abs 5 KBGG) – allein der Wunsch des gebärenden Elternteils zB nach einem raschen Wiedereinstieg ins Berufsleben führt allerdings nicht zur Anwendbarkeit der Regelung. Überhaupt ist fraglich, ob durch diese Norm auch eine Verlängerung der Bezugsdauer über 365 Tage hinaus bewirkt werden soll, oder nur ein häufigeres Wechseln (dafür zB *Burger-Ehrnhofer*, Kinderbetreuungsgeldgesetz (2017)<sup>3</sup> § 24b KBGG Rz 13; ebenso *Sonntag* in *Sonntag/Schober/Konezny* (Hrsg) KBGG (2020)<sup>3</sup> § 24b KBGG Rz 6) erlaubt wird: Der Wortlaut („kann ein Wechsel über das in Abs. 2 angeführte Ausmaß erfolgen“) ist nicht eindeutig und entspricht der Regelung des § 3 Abs 3 KBGG für das pauschale Kinderbetreuungsgeld. Bei § 3 Abs 3 KBGG geht es aber gerade nur um die Erhöhung der Wechselhäufigkeit; § 5c KBGG (Härtefallverlängerung) spricht hingegen explizit von einer „Verlängerung der Bezugsdauer“ – kommt aber nach § 24e KBGG beim einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeld nicht zur Anwendung.

14. Lebensmonat des Kindes karenzieren lassen und sich 12 Monate lang der Kinderbetreuung widmen, muss sich aber in diesem Fall zwei Monate lang ohne staatliche Unterstützung finanzieren.

## 5. Paternalistische Vorgaben für „Partnerschaftlichkeit“ nicht gerechtfertigt

### 5.1. Keine Rechtfertigung mit unterschiedlicher Leistungsart

Diese Ungleichbehandlung kann nicht mit den Unterschieden zwischen Wochengeld und einkommensabhängigem Kinderbetreuungsgeld gerechtfertigt werden: Zwar könnte man auf den ersten Blick argumentieren, dass durch das Wochengeld der im Beschäftigungsverbot entstehende Verdienstentgang des gebärenden Elternteils ausgeglichen werden soll, der grundsätzlich nichts mit „Kinderbetreuung“ zu tun hat, sondern mit der Entbindung; durch das Kinderbetreuungsgeld hingegen jener Verdienstentgang, der durch die Inanspruchnahme von Kinderbetreuungszeiten entsteht.

Im Lichte der Systematik des KBGG und der Intentionen des Gesetzgebers überzeugt diese zwischen den beiden Leistungen deutlich differenzierende Sichtweise aber nicht. Denn durch die Ruhensbestimmung des § 6 KBGG stellt der Gesetzgeber gerade eine Verknüpfung zwischen dem Anspruch auf Wochengeld und dem Kinderbetreuungsgeld her.<sup>28</sup> Diese Verknüpfung gilt nicht nur für den gebärenden Elternteil, sondern für beide Elternteile, die insofern als „Gemeinschaft“ behandelt werden: Ein Verzicht der gebärenden Mutter auf das Wochengeld führt etwa nicht zu einem Aufleben des Anspruchs des nicht-gebärenden Elternteils auf Kinderbetreuungsgeld;<sup>29</sup> gleichzeitig führt aber bspw die Nichtdurchführung einer Mutter-Kind-Pass-Untersuchung während der Schwangerschaft auch für ihn zur Anspruchskürzung.<sup>30</sup> Eine intensive Koppelung der beiden Leistungen erfolgt auch dadurch, dass der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld genau in der Höhe des Wochengelds ruht.

Dazu kommt, dass der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgeht, dass die Zeit des Wochengeldbezugs nicht nur der Gesundheit nach der Geburt, sondern *va* auch zur Betreuung des Neugeborenen dient.<sup>31</sup> Dies wird deutlich, wenn die Einführung von „Papa-Mo-

28 Die durch § 6 KBGG herbeigeführte Verknüpfung von Kinderbetreuungsgeld und Wochengeld führt auch zu anderen Problemen: Etwa, wenn es unerwartet zu einer Kaiserschnittgeburt und damit zu einem auf 12 Wochen verlängerten Wochengeldbezug kommt. Wenn bereits vor der Geburt geplant wurde, wer wie lange die Kinderbetreuung übernimmt, kann die Verlängerung des Wochengeldbezugs – und damit gleichzeitig auch die Verkürzung der Bezugsdauer des Kinderbetreuungsgeldes durch den gebärenden Elternteil – sowohl für die Anspruchsverlängerung nach § 24b Abs 2 KBGG als auch für die Berechtigung zum Bezug des Partnerschaftsbonus nach § 5b KBGG problematisch werden. Wird bspw vereinbart, dass beide Elternteile sieben Monate Kinderbetreuung übernehmen, so besteht nach einer Kaiserschnittgeburt kein Anspruch auf den Partnerschaftsbonus, da das Verhältnis des Kinderbetreuungsgeldbezugs nicht mehr 60:40 beträgt, wenn der gebärende Elternteil nach drei Monaten postpartalem Wochengeld nur vier Monate lang Kinderbetreuungsgeld bezieht, der nicht-gebärende Elternteil aber sieben Monate lang.

29 OGH 17.1.2012, 10 ObS 151/11w.

30 § 24a Abs 4 KBGG.

31 Ausführlich und mwN dazu *Sagmeister*, Mutterschutz, Papa-Monat und heteronormative Familienorganisation, GENDER 2019, 116 (123 f).

nat“ und Familienzeitbonus damit begründet werden, dass der nicht-gebärende Elternteil die Möglichkeit erhalten soll, den gebärenden Elternteil bei der Betreuung des Neugeborenen zu unterstützen.<sup>32</sup> Damit ist klar, dass die Zeit des Wochengeldbezugs nach der Geburt als Kinderbetreuungszeit zu qualifizieren ist, und zwar auch aus Perspektive des Gesetzgebers. Damit wird aber die durch die Rechtslage erfolgende Diskriminierung evident:

Um staatliche Zuwendungen zur Kinderbetreuung bis zum 14. Lebensmonates eines Kindes zu erhalten, muss der gebärende Elternteil mind vier Monate der Kinderbetreuung übernehmen. Um dieselbe Leistungsdauer zu erreichen, ist es aber ausreichend, dass der nicht-gebärende Elternteil zwei Monate der Kinderbetreuung übernimmt. Umgekehrt betrachtet wird der nicht-gebärende Elternteil daran gehindert, staatlich unterstützt 12 Monate der Kinderbetreuung zu übernehmen.

## 5.2. Keine Rechtfertigung der Privilegierung bestimmter Formen der „Partnerschaftlichkeit“ mit weitem Ermessensspielraum bei Familienleistungen

Dem vom Gesetzgeber vorgeblich verfolgten Anliegen der Ermöglichung einer „partnerschaftlichen“ Vereinbarung über die Kinderbetreuung<sup>33</sup> wird in jenen Fällen, in denen der nicht-gebärende Elternteil die Hauptverantwortung für die Kinderbetreuung übernehmen möchte, ein Riegel vorgeschoben. „Partnerschaftlich“ und daher unterstützenswert ist es in den Augen des Gesetzgebers anscheinend nicht, wenn der gebärende Elternteil nur zwei Monate der Kinderbetreuung übernimmt – für den nicht-gebärenden Elternteil (bei heterosexuellen Paaren also für den Vater) reichen aber zwei Monate aus, um eine Unterstützung der Familie bis zum 14. Lebensmonat zu erhalten. Dass dadurch tradierte Rollenbilder nicht aufgebrochen, sondern vielmehr fortgeschrieben werden, ist ebenso offensichtlich wie die Tatsache, dass der Gesetzgeber sich hier offenbar für befügt erachtet, vorzugeben, wie „partnerschaftliche“ Vereinbarungen über die Kinderbetreuung ausgestaltet sein müssen.<sup>34</sup> Es gibt aber ausreichend Gründe, warum in einer Partnerschaft andere Vereinbarungen getroffen werden:<sup>35</sup> Sei es aus wirtschaftlichen Gründen, wenn der gebärende Elternteil Besserverdienerin ist, sei es, weil der nicht-gebärende Elternteil mehr Freude an der Kinderbetreuung empfindet, oder weil auch die

32 So etwa ErlRV 1110 BlgNR 25. GP, 1: „Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Familiengründungszeit wichtig ist, damit das Neugeborene rasch eine sehr enge emotionale Bindung (auch) zum Vater aufbauen, dieser seine unter den Auswirkungen der gerade erfolgten Geburt stehende *Partnerin bei der Pflege und Betreuung des Säuglings*, bei den Behördenwegen, bei Haushaltsarbeiten etc *bestmöglich unterstützen* kann, und um den Zusammenhalt in der Familie von Anfang an zu stärken“ (Hervorhebungen durch Autorin).

33 ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 2.

34 Vgl. *Sagmeister*, Vereinbarkeit als Verteilungsfrage – Rechtliche Möglichkeiten zur Umverteilung von Sorgearbeit zwischen Männern und Frauen, *juridikum* 2019, 268 (269 ff); betonend, dass diese Vorgaben vor allem Frauen beschränken: *Sagmeister*, Gleiche Elternschutzrechte für alle Eltern – Wie das Recht zu einer gerechteren Verteilung unbezahlter Sorgearbeit beitragen kann, *juridikum* 2020, 216 (219).

35 Dazu und zum Prozess des Aushandelns ausführlich *Peukert*, Aushandlungen von Paaren zur Elternzeit (2015) 217 ff.

vorangehende Zeit der Schwangerschaft als Verantwortungsübernahme für das Kind qualifiziert wird und bei der „partnerschaftlichen“ Aufteilung der Betreuungszeiten berücksichtigt wird.

Auch mit dem grundsätzlich weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers bei der Gewährung von Familienleistungen<sup>36</sup> kann die dargestellte Diskriminierung nicht gerechtfertigt werden. Zwar steht es dem Gesetzgeber frei, bestimmte Varianten der „partnerschaftlichen“ Aufteilung der Kinderbetreuung zu privilegieren, wie er dies mit dem Partnerschaftsbonus für Aufteilungen im Verhältnis 60:40 tut. Bei der vorliegenden Konstellation werden aber auf den ersten Blick gleichwertige Aufteilungsvarianten (12 + 2 und 2 + 12) so unterschiedlich behandelt, dass eine Rechtfertigung allein mit dem weiten Ermessensspielraum ausscheidet. Dies gilt umso mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass die Ungleichbehandlung strukturell zu einer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen (als gebärende Elternteile) führt. Das Geschlecht stellt aber ein besonders verpöntes Diskriminierungsmerkmal iSd Art 7 Abs 1 2. Satz B-VG dar. Dazu kommt, dass es durch die Rechtslage tendenziell zu einer Fortschreibung der „traditionellen“ Aufteilung von Betreuungsarbeit kommt, die der Mutter als gebärendem Elternteil den größeren Teil der Betreuungspflichten auferlegt. Dies steht aber in direktem Widerspruch zu den durch die Einführung des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes verfolgten Ziele der Erhöhung der faktischen Chancengleichheit von Männern und Frauen<sup>37</sup> und der Steigerung der Väterbeteiligung an der Kinderbetreuung<sup>38</sup>.

## 6. Sitz der Gleichheitswidrigkeit

Der Sitz der Gleichheitswidrigkeit ist in der vorliegenden Konstellation nicht leicht zu bestimmen: Zunächst wäre es denkbar, den Sitz der Verfassungswidrigkeit in der Ruhensbestimmung des § 6 KBGG zu sehen. Diese Norm verknüpft Wochengeld und Kinderbetreuungsgeld und verunmöglicht es dem nicht-gebärenden Elternteil schon in den ersten acht Wochen nach der Geburt Kinderbetreuungsgeld zu beanspruchen. Bei einer Aufhebung der Ruhensbestimmung – oder auch einer Abkehr von der Rsp, derzufolge § 6 KBGG für beide Elternteile wirkt<sup>39</sup> – könnte der nicht-gebärende Elternteil eine Karenzierung für 14 Monate und Kinderbetreuungsgeld für die ersten 12 Lebensmonate des Kindes beantragen; in den ersten acht Wochen nach der Geburt käme es zu einem „Doppelbezug“ der Familie, da der gebärende Elternteil gleichzeitig Wochengeld beziehen könnte. Dieser Doppelbezug erschiene in dieser Konstellation aber insofern legitim, als der nicht-gebärende Elternteil im 13. und 14. Lebensmonat des Kindes ohnehin keine Leistungen erhält.

---

36 ZB VfGH 27.11.2018, G75/2018; VfSlg 19.411/2011, 16.542/2002.

37 ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 2.

38 ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 1.

39 OGH 17.1.2012, 10 Obs 151/11w.

Ebenso denkbar wäre es, die Gleichheitswidrigkeit dadurch zu beseitigen, dass die Zeit des Wochengeldbezugs auf die zur Bezugsdauerverlängerung erforderliche Inanspruchnahme des Kinderbetreuungsgeldes durch den gebärenden Elternteil angerechnet wird. Eine dahingehende verfassungskonforme Interpretation des § 24b Abs 2 KBGG war allerdings nur bis zur 2016 erfolgten Änderung des KBGG<sup>40</sup> möglich, mit der die vorher in der Rsp<sup>41</sup> formulierte Anforderung des tatsächlichen Bezugs in den Gesetzestext aufgenommen wurde, der nun explizit lautet: „Als beansprucht gelten ausschließlich Zeiträume des tatsächlichen Bezuges der Leistung“ (§ 24b Abs 4 2. Satz KBGG) bzw. Verlängerung „um die bereits in Anspruch genommenen Tage des jeweils anderen Elternteiles“ (§ 24b Abs 2 1. Satz KBGG). Ein verfassungskonformer Rettungsversuch, nämlich eine Umdeutung dahingehend, dass der tatsächliche Bezug von Wochengeld als Bezug von Kinderbetreuungsgeld iSd § 24b Abs 2 und 4 KBGG qualifiziert wird, entspräche auch nicht der Systematik des KBGG. Im Lichte der erörterten Gleichheitswidrigkeit ist diese Festlegung daher als verfassungswidrig zu qualifizieren (sofern man nicht, wie oben dargelegt, § 6 KBGG als den Sitz der Verfassungswidrigkeit erachtet).

Die Aufhebung von § 24b Abs 4 2. Satz KBGG allein würde das Problem allerdings ohnehin nicht lösen. Denn im Detail ist zu beachten, dass die relevanten Gesetze mit unterschiedlichen Zeiträumen operieren, die vorangehend vereinfacht als „zwei Monate“ bezeichnet wurden: Wochengeld nach dem MSchG steht idR acht Wochen ab dem Tag der Geburt zu, das entspricht 56 Kalendertagen. Die Mindestbezugsdauer des Kinderbetreuungsgeldes durch einen Elternteil, welche die mögliche Bezugsdauer bis zum 14. Lebensmonat verlängert, beträgt aber 61 Tage. Es fehlten also selbst dann, wenn man § 24b Abs 4 2. Satz KBGG und das dortige Erfordernis des tatsächlichen Leistungsbezugs außer Acht lässt und den nach der Geburt erfolgten Wochengeldbezug zur Gänze als Bezug von Kinderbetreuungsgeld qualifiziert, fünf Bezugstage. Eine verfassungskonforme „Umdeutung“ des § 24b Abs 2 KBGG wäre also nur möglich, wenn zugleich die Mindestbezugsdauer von 61 Tagen (§ 24b Abs 4 1. Satz KBGG) außer Acht gelassen wird.

Dass dies allein mit den Mitteln der Auslegung schwierig ist, ist angesichts der deutlichen Verankerung der Mindestbezugsdauer in § 24b Abs 4 1. Satz KBGG klar. Insofern müsste auch diese Bestimmung ggf vom VfGH aufgehoben werden. Dann wäre es aus Perspektive des KBGG möglich, dass der gebärende Elternteil im Anschluss an die Schutzfrist nach dem MSchG fünf weitere Tage Kinderbetreuungsgeld in Anspruch nimmt, und der nicht-gebärende Elternteil die anschließenden 12 Monate bis zur Vollendung des 14. Lebensmonates des Kindes. Problematisch bliebe zumindest faktisch,<sup>42</sup> dass eine Karen-

---

40 Durch BGBl I 2016/53.

41 Etwa OGH 17.12.2013, 10 ObS 85/13t; OGH 12.9.2013, 10 ObS 106/13f.

42 Rechtlich besteht keine zwingende Verknüpfung zwischen einer Karenzierung nach dem MSchG oder dem VKG und dem Bezug von Kinderbetreuungsgeld; für den Bezug ist auch nicht erforderlich, dass das Kind im Bezugszeitraum tatsächlich durch den beziehenden Elternteil betreut wird.

zierung für den Zeitraum von fünf Tagen weder nach dem MSchG noch nach dem VKG möglich ist (Mindestdauer je zwei Monate).

## 7. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass KBGG und MSchG eine Schlechterstellung von Familien bewirken, in denen der gebärende Elternteil nach der Geburt die ersten zwei Monate der Kinderbetreuung übernehmen möchte, der nicht-gebärende Elternteil die anschließenden 12 Monate, im Vergleich zu jenen Familien, in denen der gebärende Elternteil sich die ersten 12 Monate der Kinderbetreuung widmet, der nicht-gebärende anschließend noch zwei Monate lang. Damit kommt es strukturell auch zu einer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen (als gebärende Elternteile) sowie zu einer Fortschreibung „traditioneller“ Aufteilung von Sorge- und Familienarbeit, was in Widerspruch zu den Zielen des KBGG<sup>43</sup> steht.

Die Ungleichbehandlung kann nicht mit der Unterschiedlichkeit von Wochengeld und Kinderbetreuungsgeld gerechtfertigt werden, da der Gesetzgeber mit § 6 KBGG selbst eine Verknüpfung der beiden Leistungen vorsieht. Auch die Bevorzugung bestimmter Formen von „Partnerschaftlichkeit“ kann die Ungleichbehandlung, die noch dazu in vielen Fällen mittelbar an das Geschlecht als Diskriminierungsmerkmal iSd Art 7 Abs 1 2. Satz B-VG anknüpft, nicht beseitigen, da der Gesetzgeber bereits andere Mittel einsetzt, um bestimmte Formen der „Partnerschaftlichkeit“ zu privilegieren (zB Partnerschaftsbonus). Der Sitz der Verfassungswidrigkeit ist zielführender Weise in der Ruhensbestimmung des § 6 KBGG zu sehen. Denkbar wäre aber auch eine Verortung in § 24b Abs 2 und 4 KBGG.

Der RH hielt kürzlich zum KBGG fest, dass „das Ziel einer effektiven Entlastung von Frauen und eine gleichmäßigere Aufteilung der Betreuungspflichten nicht erreicht wurde“.<sup>44</sup> Auch die Einführung des einkommensabhängigen Kinderbetreuungsgeldes führte „nicht zu einer nennenswerten Erhöhung der Väterbeteiligung in zeitlicher Hinsicht“.<sup>45</sup> Dies sollte dem Gesetzgeber Anlass genug geben, das KBGG gründlich zu überarbeiten<sup>46</sup> – dabei könnte auch die aufgezeigte Gleichheitswidrigkeit beseitigt werden.

Dr.<sup>in</sup> Teresa Weber ist Assistenzprofessorin am Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Salzburg; teresa.weber@sbg.ac.at.

43 ZB ErlRV 340 BlgNR 24. GP, 2 sowie oben bei 1.

44 RH, Kinderbetreuungsgeldgesetz 27.

45 RH, Kinderbetreuungsgeldgesetz 27.

46 Vorschläge, rechtsvergleichende Ausblicke und weiterführende Nachweise dazu bei *Sagmeister*, juridikum 2019, 268 ff sowie *Sagmeister*, juridikum 2020, 216 ff.

# Der Ibiza-U-Ausschuss

## Bestätigung des Enqueterectes als wirksames Minderheitenrecht?

Julia Bauer / Michael Friedl

---

### 1. Einleitung

Nach dem berühmt-berüchtigten Ibiza-Skandal verlangte eine Minderheit von 54 Mitgliedern des Nationalrats (NR) gem Art 53 B-VG die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses (UA) „betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkis-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss)“.<sup>1</sup> Nach den darauffolgenden Beratungen hat der Geschäftsordnungsausschuss (GOA) am 22.1.2020 beschlossen,<sup>2</sup> dieses Verlangen in seinem beantragten Umfang für teilweise unzulässig zu erklären, da es sich um eine Sammlung von nicht im Zusammenhang stehenden Themenbereichen handeln und daher keinen „bestimmten, abgeschlossenen Vorgang“ iSd Art 53 Abs 2 B-VG darstellen würde. Dieser Beschluss des GOA wurde wiederum von der sog Einsetzungsminderheit gem Art 138b Abs 1 Z 1 B-VG beim Verfassungsgerichtshof angefochten, der diesen Beschluss für rechtswidrig erklärte.<sup>3</sup>

Mit dieser Anfechtung wurde das erste Mal seit der Neufassung des Art 53 B-VG<sup>4</sup> von der gleichzeitig geschaffenen Zuständigkeit des VfGH für Organstreitigkeiten gem Art 138b Abs 1 Z 1 B-VG Gebrauch gemacht. Diese Entscheidung birgt viele spannende Fragen, wie etwa die der Kompetenzen des GOA hinsichtlich der Einsetzung eines UA auf Verlangen einer Minderheit sowie die der verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Untersuchungsgegenstand gem Art 53 Abs 2 B-VG. Zu Beginn wird ein kurzer Überblick über die parlamentarische bzw politische Kontrolle, insbesondere durch die parlamentarische Minderheit, gegeben. Nach der Erörterung des Erkenntnisses wird die Zusammensetzung des UA sowie die Stellung der Minderheit im UA-Verfahren behandelt. Dies soll die Grenzen der Effektivität der durch die parlamentarische Minderheit ausgeübten politischen Kontrolle mittels UA aufzeigen.

---

1 1/US 27. GP.

2 33 StProtNR 27. GP 6 ff.

3 VfGH 3.3.2020, UA1/2020.

4 Siehe BGBl 2014/101.

## 2. Parlamentarische Kontrolle und Minderheitenrechte

Das Parlament erfüllt drei Aufgaben: Gesetzgebung, Mitwirkung an sowie Kontrolle der Vollziehung des Bundes. Während die Gesetzgebung häufig von den Regierungsparteien vorangetrieben wird, steht die parlamentarische Kontrolle im Fokus der Opposition.<sup>5</sup>

Unter parlamentarischer Kontrolle kann die Beeinflussung staatlichen Handelns sowie die Geltendmachung von Verantwortung zusammengefasst werden.<sup>6</sup> Die Kontrolle im politischen System ist essentiell für Missbrauchsverhütung, Öffentlichkeitstransparenz und Korrekturmöglichkeiten.<sup>7</sup> Die parlamentarische Kontrolle lässt sich in eine politische, eine finanzielle sowie eine rechtliche Kontrolle unterteilen.<sup>8</sup>

Die Zurechnung der politischen Verantwortung wird durch die Weisungsbefugnis der Mitglieder der Bundesregierung (BReg)<sup>9</sup> gerechtfertigt, durch welche sie das Verwaltungshandeln in ihrem Vollzugsbereich beeinflussen können.<sup>10</sup> Die politische Kontrolle hat anders als die rechtliche nicht die konkrete Rechtsverletzung zum Gegenstand, sondern befasst sich mit der Frage, ob die Amtsführung vor der Öffentlichkeit verantwortet werden kann.<sup>11</sup> Anders als etwa im Strafverfahren sind keine bestimmten Tatbestände zu prüfen.<sup>12</sup> Viel mehr werden anhand von allgemeinen politischen Maßstäben die Motive und das konkrete Verhalten von PolitikerInnen geprüft.<sup>13</sup> Die Einsetzung von UA zählt zu den schärfsten Instrumenten des Parlaments zur Ausübung politischer Kontrolle.<sup>14</sup> Weitere Instrumente der politischen Kontrolle sind das Interpellations- und das Resolutionsrecht sowie das Misstrauensvotum.<sup>15</sup>

Früher standen sich das Parlament bzw die Parlamentsmehrheit und die monarchische Regierung gegenüber.<sup>16</sup> Dieses Verhältnis hat sich seit der Entwicklung des Parteienstaates stark verändert: Die Mitglieder der Regierungsfractionen stützen nun mehr die Regierung, als dass sie diese kontrollieren würden – insofern wird auch von einer „neuen

5 *Zögernitz*, Der parlamentarische Untersuchungsausschuss als Kontroll- und Minderheitsrecht, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2015, 53 (57).

6 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 571; *Nödl*, Parlamentarische Kontrolle. Das Interpellations-, Resolutions- und Untersuchungsrecht (1995) 22.

7 *Nödl*, Kontrolle 21.

8 Siehe beispielsweise *Kabl* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. EL 2005) Art 53 B-VG Rz 3; kritisch zu dieser Einordnung *Neisser* in *Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (17. EL 2016) Art 53 B-VG.

9 Art 20 B-VG.

10 *Wimmer*, Demokratische Legitimation und parlamentarische Kontrolle einfachgesetzlich weisungsfrei gestellter Verwaltungsorgane, in *FS Korinek* (2010) 4 (10f); *Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts<sup>4</sup> (2019).

11 *Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts<sup>4</sup> (2019).

12 *Zögernitz*, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2015, 53 (59).

13 *Neisser* in *Kneibls/Lienbacher* Art 53 B-VG Rz 7.

14 *Bußjäger*, Untersuchungsausschüsse im Bund und bei den Ländern, *ÖJZ* 2016, 348 (348).

15 Siehe weiterführend beispielsweise *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*<sup>12</sup> (2019) 462 ff.

16 *Öhlinger*, Die Bedeutung von Untersuchungsausschüssen als besonderes Instrument der parlamentarischen Kontrolle, in *Bußjäger* (Hrsg), *Die Zukunft der parlamentarischen Kontrolle* (2008) 107 (107 ff).

Gewaltenteilung“ zwischen Regierung(s-) und Opposition(sparteien) gesprochen.<sup>17</sup> Die parlamentarische Kontrollfunktion wird aufgrund dessen häufig von Parteiinteressen überlagert.<sup>18</sup> Umso wichtiger sind also die Rechte der parlamentarischen Minderheit im österreichischen politischen System. Im Zuge der Erweiterung der österreichischen Parteienlandschaft wurden die parlamentarischen Minderheitenrechte mehr und mehr gestärkt.<sup>19</sup> Nunmehr sieht das B-VG etwa verschiedene Formen des Fragerechts, das Stellen dringlicher Anträge<sup>20</sup> und das Recht, die Prüfung eines Bundesgesetzes wegen dessen behaupteter Verfassungswidrigkeit durch den VfGH zu begehren als Minderheitenrechte vor.<sup>21</sup> Aufgrund seiner Öffentlichkeitswirksamkeit von besonderer Bedeutung ist das Minderheitenrecht zur Einsetzung von UA, wie es in einzelnen<sup>22</sup> europäischen Ländern (teils seit langem) verwirklicht ist.

### 3. Vorfragen und das Erkenntnis UA 1/2020 im Detail

Eine Debatte um die Einführung dessen gab es in Österreich bereits seit längerer Zeit.<sup>23</sup> Die Mehrheit der ersten Entwürfe zum UA im B-VG 1920<sup>24</sup> hatten diesen als Minderheitenrecht konzipiert, was jedoch aus Furcht vor Missbrauch letztendlich nicht umgesetzt wurde.<sup>25</sup> Mit Inkrafttreten eines Bündels von Gesetzen<sup>26</sup> am 1.1.2015 wurde jedoch auf Grundlage eines Mehrparteienkompromisses zusätzlich das Recht zur Einsetzung von UA auf Verlangen einer Minderheit eingeführt und die Verfahrensordnung grundlegend reformiert.<sup>27</sup> Erstmals wurde der Untersuchungsgegenstand verfassungsgesetzlich ausdrücklich determiniert.<sup>28</sup> Gegenstand der Untersuchung kann nunmehr lediglich ein bestimmter abgeschlossener Vorgang im Bereich der Vollziehung des Bundes sein.<sup>29</sup> Alle Organe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Selbstverwaltungskörper haben dem UA auf Verlangen im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung ihre Akten und Unterlagen vorzulegen und dem Ersuchen eines

---

17 *Fallend*, Demokratische Kontrolle oder Inquisition? Eine empirische Analyse der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse des Nationalrates nach 1945, ÖZP 2000, 177 (179).

18 *Fallend*, ÖZP 2000, 177 (177).

19 Für einen Überblick über die Entwicklungen siehe *Stelzer*, Neuere Tendenzen im österreichischen Parlamentarismus, ERPL/REDP 1997, 1079.

20 Art 52 B-VG; § 74a GO-NR.

21 Siehe überblicksmäßig *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> 470 f.

22 *Öhlinger in Bußjäger* 107 (110).

23 *Zögernitz*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 53 (54).

24 Ausgenommen der erste christlich-soziale sowie der sozialdemokratische Entwurf, vgl *Kabl in Korinek/Holoubek* Art 53 B-VG, 2.

25 *Kabl in Korinek/Holoubek* Art 53 B-VG, 7 f.

26 Vgl BGBl I 2014/99; BGBl I 2014/101 und BGBl I 2014/102.

27 *Zögernitz*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 53 (55); *Konrath/Neugebauer/Posnik*, Das neue Untersuchungsausschussverfahren im Nationalrat, JRP 2015, 216 (223 f).

28 *Scholz*, Zum zulässigen Gegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse nach der Untersuchungsausschuss-Reform 2014, JRP 2015, 232 (235).

29 Art 53 Abs 2 B-VG; siehe 4.3.

UA um Beweiserhebungen im Zusammenhang mit dem Gegenstand der Untersuchung Folge zu leisten.<sup>30</sup>

Die mit der Möglichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung und dem Schutz der Verfahrensrechte Beteiligter einhergehende Verrechtlichung wurde als notwendig angesehen, um die Effektivität eines Minderheitenrechtes gegenüber der Mehrheit sicherzustellen.<sup>31</sup> In Anlehnung an die Behandlung von Kompetenzkonflikten in Deutschland kann nunmehr – trotz Bedenken hinsichtlich der Gewaltenteilung – der VfGH gem Art 138b B-VG mit Organstreitigkeiten im Rahmen von Untersuchungsausschüssen befasst werden.<sup>32</sup>

### 3.1. Einsetzung von Untersuchungsausschüssen

Seit der Novelle 2015 kann ein UA wie bisher durch einen selbständigen Antrag von fünf Abgeordneten sowie nun auch auf Verlangen eines Viertels der Mitglieder (46 Abgeordneten) des NR, der Einsetzungsminderheit<sup>33</sup>, eingesetzt werden.<sup>34</sup> Während die Einsetzung von UA durch das Einbringen von Anträgen unbeschränkt ist, unterliegen jene durch Verlangen einer Beschränkung: Gem § 1 Abs 4 VO-UA dürfen Abgeordnete, die ein Verlangen unterstützt haben, bis zur Beendigung der Tätigkeit des jeweiligen UA kein weiteres Verlangen unterstützen.<sup>35</sup>

Sowohl Anträge als auch Verlangen sind unter Angabe des Untersuchungsgegenstandes gem Art 53 Abs 2 B-VG in einer Sitzung des NR einzubringen und am Ende der Sitzung dem GOA zuzuweisen.<sup>36</sup> Dieser hat binnen vier Wochen die Verhandlung darüber aufzunehmen und binnen weiteren vier Wochen dem NR Bericht zu erstatten.<sup>37</sup> Während bei einem Antrag nach den allgemeinen Regeln im GOA zu beraten ist und dabei der Antrag in jeder Hinsicht geändert werden kann,<sup>38</sup> normiert § 3 Abs 2 VO-UA bei Verlangen eine reine Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit am Prüfungsmaßstab des Art 53 Abs 2 B-VG.<sup>39</sup>

Eine inhaltliche Änderung des Untersuchungsgegenstandes bei Verlangen ist durch den GOA nur dann möglich, wenn alle im GOA stimmberechtigten Abgeordneten, die das Ver-

---

30 Art 53 Abs 3 B-VG; zwei Ausnahmen sehen lediglich Abs 3 letzter Satz und Abs 4 leg cit vor: vgl *Konrath/Neugebauer/Posnik*, JRP 2015, 216 (219 f).

31 *Konrath*, Reform der Untersuchungsausschüsse und Überlegungen zur Einführung eines Organstreitverfahrens, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 25 (63).

32 *Neisser in Kneibls/Lienbacher* Art 53 B-VG, 18f, 46; weiterführend hinsichtlich Organstreitverfahren siehe *Konrath*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 25.

33 § 2 Abs 2 VO-UA.

34 Art 53 B-VG, § 33 GOG-NR sowie VO-UA (Anlage 1 zum GOG-NR).

35 Zu weiteren Unterschieden siehe *Schrefler-König/Loretto*, Verfahrensordnung § 1 Anm 9 sowie Kapitel 4.

36 § 33 Abs 2 und 6 GOG-NR, § 1 Abs 5 und 2 Abs 2 VO-UA.

37 § 3 Abs 2 VO-UA.

38 Vgl *Konrath/Neugebauer/Posnik*, JRP 2015, 216 (221).

39 *Konrath/Neugebauer/Posnik*, JRP 2015, 216 (222); *Schrefler-König/Loretto*, Verfahrensordnung (2020) § 3 Anm 3.1.2.

langen unterstützt haben, der Änderung zustimmen.<sup>40</sup> Befindet sich keiner von diesen im GOA, kann der Untersuchungsgegenstand durch Mehrheitsbeschluss geändert werden.<sup>41</sup> Nach den Beratungen des GOA hat der NR dessen Bericht in die Verhandlung zu nehmen und über den Antrag auf Einsetzung eines UA abzustimmen. Handelt es sich um ein Verlangen, so gilt der UA mit Beginn der Behandlung des Berichtes in jenem Umfang als eingesetzt, als er für gänzlich oder teilweise zulässig erachtet wurde.<sup>42</sup> Wird eine teilweise oder gänzliche Unzulässigkeit des Verlangens festgestellt, so ist diese zu begründen.<sup>43</sup> In diesem Fall ist die Einsetzungsminderheit gem Art 138b Abs 1 Z 1 B-VG legitimiert den VfGH zur Feststellung der Rechtmäßigkeit dieses Beschlusses anzurufen. Trotz einer Anfechtung beim VfGH gelten bei teilweiser Unzulässigkeit die nicht abgelehnten Teile als gültig und der UA für diese als eingesetzt.<sup>44</sup>

### 3.2. Untersuchungsgegenstand

Bis zur Reform 2014 war aufgrund des Fehlens einer ausdrücklichen verfassungsgesetzlichen Determinierung des Untersuchungsgegenstandes eine solche dem Art 53 B-VG aF nur durch kontextuelle Interpretation abzurufen, wobei man sich am Umfang des Interpellationsrechtes des Art 52 B-VG orientierte.<sup>45</sup> Die nunmehr explizite Regelung des Untersuchungsgegenstandes geht über die Geschäftsführung der BReg hinaus und verlangt als solchen einen bestimmten abgeschlossenen Vorgang im Bereich der Vollziehung des Bundes. Dies schließt alle Tätigkeiten von Organen des Bundes, durch die der Bund, unabhängig von der Höhe der Beteiligung, wirtschaftliche Beteiligungs- und Aufsichtsrechte wahrnimmt, ein.<sup>46</sup> Eine Überprüfung der Rechtsprechung ist jedoch ausgeschlossen.<sup>47</sup> Zunächst gilt es den Begriff der Vollziehung des Bundes zu definieren, welcher im B-VG allgemein als Überbegriff für die Bereiche der Verwaltung und Gerichtsbarkeit verwendet wird.<sup>48</sup> In Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien ist allgemein von einem weiten Verständnis der möglichen Untersuchungsgegenstände auszugehen, wobei jedoch aus dem Bereich der Gerichtsbarkeit lediglich die Justiz- bzw Staatsanwaltschaftsverwaltung umfasst ist.<sup>49</sup> Der Begriff der Vollziehung des Bundes ist in funktioneller und nicht organisatorischer Hinsicht umfassend zu verstehen.<sup>50</sup> Die gesamte hoheitliche und

---

40 § 3 Abs 4 VO-UA.

41 Zögernitz, Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 53 (62); Schrefler-König/Loretto, Verfahrensordnung § 3 Anm 3.1.3.

42 § 4 Abs 1 und 2 VO-UA.

43 § 3 Abs 2 VO-UA.

44 Zögernitz, Jahrbuch Öffentliches Recht 2015, 53 (63).

45 Konrath/Neugebauer/Posnik, JRP 2015, 216 (223 ff).

46 Art 53 Abs 2 2. Satz B-VG; AB 439 BlgNR 25. GP 3.

47 Art 53 Abs 2 B-VG.

48 Rill, Zum Verwaltungsbegriff, in FS Antonioli (1979) 35 (36 ff); Von Ausnahmen wie etwa Art 19 Abs 1 und Art 52 Abs 1 B-VG, bei denen der Zusammenhang ein anderes Ergebnis nahelegt, abgesehen.

49 AB 439 BlgNR 25. GP 3; Scholz, JRP 2015, 232 (235).

50 Scholz, JRP 2015, 232 (236).

nicht hoheitliche Verwaltung des Bundes ist somit umfasst.<sup>51</sup> Dies inkludiert auch die Verwaltungstätigkeit weisungsfreier Verwaltungsbehörden (Art 20 Abs 1 B-VG)<sup>52</sup>, Beliehener<sup>53</sup>, sowie ausnahmsweise private Aktivitäten, wenn letztere einen hinreichenden inhaltlichen Konnex zu einem Vorgang im Bereich der Vollziehung des Bundes aufweisen.<sup>54</sup>

ISd Art 53 Abs 2 B-VG ist ein Vorgang dann bestimmt, wenn er bestimmbar und abgrenzbar ist. Dies erfordert Sachverhalte, welche einen inhaltlichen, personellen oder zeitlichen Zusammenhang aufweisen, was die gemeinsame Untersuchung nur lose im Zusammenhang stehender Themen ausschließt.<sup>55</sup> Im zulässigen Rahmen bewegt sich auch eine Gliederung nach Beweisthemen.<sup>56</sup>

Art 53 Abs 2 B-VG verlangt als Untersuchungsgegenstand einen abgeschlossenen Vorgang. Dies ist laut *Neisser* dann der Fall, wenn „sich die Untersuchung auf einen zeitlich klar abgrenzbaren Bereich in der Vergangenheit bezieht“.<sup>57</sup> Obwohl laufende Handlungen der Vollziehung des Bundes und solche, welche bloß in Planung sind, nach der neuen Rechtslage von der Untersuchung ausgeschlossen sind, können einzelne mit dem Gegenstand der Untersuchung in Verbindung stehende Handlungen sehr wohl noch andauern.<sup>58</sup> Ob Fragen an Auskunftspersonen und Beweismittelanforderungen hinsichtlich solcher noch andauernder Handlungen zulässig sind (insbesondere unter Bedachtnahme auf Art 53 Abs 4 B-VG) wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt.<sup>59</sup> Die Einschränkung auf einen „abgeschlossenen Vorgang“ ist kritisch zu betrachten. Begründet wurde die Einschränkung auf eine rein nachgelagert agierende politische Kontrolle mit der Notwendigkeit, die Unabhängigkeit von laufenden Entscheidungsprozessen der BReg iSd Gewaltenteilung sicher zu stellen.<sup>60</sup> Im Effekt wurde jedoch schlichtweg auch die Effektivität des neu eingeführten Minderheitenrechts bzw der politischen Kontrolle durch UA insgesamt eingeehgt. Wann ein Vorgang als abgeschlossen gilt, ist weiterhin nicht eindeutig und könnte auch in der Zukunft zu unterschiedlichen Auffassungen und einer Befassung des VfGH führen.<sup>61</sup>

Nach dem Verständnis des Gesetzgebers<sup>62</sup> würden nach der neuen Definition des Untersuchungsgegenstands einige der bisherigen UA nicht mehr zustande kommen.<sup>63</sup> Dabei

---

51 *Neisser* in *Kneihls/Lienbacher* Art 53 B-VG Rz 26.

52 AB 439 BlgNR 25. GP 3; *Neisser* in *Kneihls/Lienbacher* Art 53 B-VG Rz 26.

53 AB 439 BlgNR 25. GP 3, insofern als sie hoheitlich tätig werden.

54 *Scholz*, JRP 2015, 232 (239); vgl AB 439 BlgNR 25. GP 3.

55 AB 439 BlgNR 25. GP 4.

56 *Neisser* in *Kneihls/Lienbacher* Art 53 B-VG Rz 26; AB 439 BlgNR 25. GP 4.

57 *Neisser* in *Kneihls/Lienbacher* Art 53 B-VG Rz 26.

58 AB 439 BlgNR 25. GP 4.

59 Zustimmung zB *Neisser* in *Kneihls/Lienbacher* Art 53 B-VG Rz 26; kritisch zB *Scholz*, JRP 2015, 232 (240 f).

60 AB 439 BlgNR 25. GP 4.

61 *Bußjäger*, ÖJZ 2016, 348 (355).

62 Vgl ErläutA 718/A BlgNR 25. GP 16; AB 439 BlgNR 25. GP 4.

63 Vgl *Stelzer*, Grundzüge<sup>4</sup> 49, *Pavlidis/Unterperthinger*, U-Ausschüsse: Der Teufel steckt im Grundkonzept und im Detail, *juridikum* 2015, 160 (160 f).

ist zu betonen, dass dies mangels Zulässigkeitsprüfung und/oder Beschwerdemöglichkeit an den VfGH praktisch nur für die Einsetzung von UA auf Verlangen einer Minderheit von Bedeutung ist.

### 3.3. VfGH hinsichtlich der Zulässigkeit des „Ibiza-U-Ausschusses“

Erstmalig musste nun der VfGH hinsichtlich des „Ibiza-Untersuchungsausschusses“ feststellen, ob eine Erklärung der teilweisen Unzulässigkeit des Gegenstandes eines auf Verlangen einer Minderheit eingesetzten UA durch den GOA rechtmäßig war.<sup>64</sup> Zu prüfen war der Beschluss<sup>65</sup> des GOA vom 22.1.2020, mit dem die teilweise Unzulässigkeit bestimmter Beweisthemen eines Minderheitsverlangens<sup>66</sup> auf Einsetzung eines UA „betreffend mutmaßliche Käuflichkeit der türkis-blauen Bundesregierung (Ibiza-Untersuchungsausschuss)“ festgestellt wurde.<sup>67</sup> Der GOA kam in seiner Analyse des Verlangens zu dem Schluss, dass kein sämtliche Teile des verlangten UA verbindender Untersuchungsgegenstand vorliege. Da jedoch der Anordnung und zahlenmäßigen Gewichtung der Teile des Verlangens und Beweisthemen ein Kernbereich „Casinos Austria – Glückspiel“ zu entnehmen sei, wurde dies als zulässiger Gegenstand des UA anerkannt, wohingegen die nicht mit diesem Komplex in Verbindung stehenden Teile des Verlangens als unzulässig erklärt wurden.<sup>68</sup> Die Vorbringen im Verfahren vor dem VfGH lassen sich grob in zwei Themen aufteilen: die Frage nach dem Prüfungsmaßstab des GOA hinsichtlich eines Verlangens auf Einsetzung eines UA sowie die Frage, ob der konkrete Beschluss des GOA, mit dem die teilweise Unzulässigkeit des Verlangens festgestellt wurde, rechtmäßig war. Die AnfechtungswerberInnen brachten vor, dass der Prüfungsmaßstab, anhand dessen der GOA und in Folge auch der VfGH die (Un)zulässigkeit eines Verlangens auf Einsetzung eines UA zu prüfen habe, lediglich die prozeduralen Voraussetzungen umfasse; ob also ein Verlangen geschäftsordnungskonform eingebracht wurde, insbesondere im Hinblick auf den notwendigen Inhalt und die notwendige Anzahl an UnterstützerInnen. Der VfGH widerspricht diesem Vorbringen insofern, als er über die prozeduralen Voraussetzungen hinaus insbesondere die Verfassungsmäßigkeit eines Verlangens zum Prüfungsmaßstab der Zulässigkeitsprüfung durch den GOA erklärt. Somit obliege es dem VfGH ebenso im gegenständlichen Verfahren die Vereinbarkeit des Verlangens auf Einsetzung des „Ibiza-Untersuchungsausschusses“ anhand der Kriterien des Art 53 Abs 2 B-VG zu prüfen.<sup>69</sup>

Der GOA begründete die Erklärung der Unzulässigkeit mehrerer Teile des verlangten Untersuchungsgegenstandes mit dem Nichtvorliegen eines „bestimmten Vorgangs“. Wie-

---

64 VfGH 3.3.2020, UA1/2020.

65 AB 33 BlgNR 27. GP.

66 1/US 27. GP.

67 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 1 ff.

68 AB 33 BlgNR 27. GP 6 ff.

69 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 181 ff.

wohl dieser Begriff weit auszulegen ist, ist es aus rechtsstaatlichen sowie aus praktischen Gründen geboten, dass der zu untersuchende Vorgang hinreichend bestimmbar ist, da die Verpflichtungen betroffener Organe und Dritter einer verfassungsgerichtlichen Prüfung unterzogen werden können.<sup>70</sup> Von besonderer Bedeutung für die Entscheidung war der Umgang des GOA mit einzelnen Beweisthemen, wobei eine Gliederung in solche zweifelsohne zulässig ist.<sup>71</sup> Der VfGH betonte ausdrücklich, dass die Beweisthemen Teil des Untersuchungsgegenstandes werden und somit auch einer Prüfung auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Art 53 Abs 2 B-VG zugänglich sind.<sup>72</sup>

Der VfGH stellte fest, dass es dem GOA im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung lediglich obliegt, die Verfassungsmäßigkeit eines Verlangens zu beurteilen, nicht jedoch die Zweckmäßigkeit des Verlangens,<sup>73</sup> da der verlangenden Minderheit grds das Recht zusteht, das zu untersuchende Thema frei zu wählen.<sup>74</sup> Der GOA darf somit zwar einzelne Teile des Verlangens ausnahmsweise für unzulässig erklären, jedoch darf es dadurch nicht zu einer materiellen Änderung des Untersuchungsgegenstandes kommen.<sup>75</sup> Durch die behauptete Feststellung eines Kernbereichs „Casinos Austria – Glückspiel“ wurde der Untersuchungsgegenstand jedoch einer eigenen politischen Wertung der Mehrheit der Mitglieder des GOA unterzogen. Dadurch wurde im Effekt ein eigenständiger Untersuchungsgegenstand kreiert, welcher dann die (unzulässige) Prämisse für die Ablehnung angeblich nicht damit in Zusammenhang stehender Beweisthemen bildete. Durch diese, das Minderheitenrecht ad absurdum führende, inhaltliche Änderung verletzte die Mehrheit im GOA ihre Kompetenzen und belastete den Beschluss mit Rechtswidrigkeit.<sup>76</sup>

Auffallend ist, dass der VfGH in seinem Erkenntnis die Frage der Bestimmtheit des betreffenden Verlangens kaum thematisiert hat. Gleichwohl der Fokus des VfGH auf die Frage der rechtswidrigen inhaltlichen Änderung des Untersuchungsgegenstandes durch den GOA als Bekräftigung der Minderheitenrechte begrüßenswert ist, wurde hier auch eine Gelegenheit zur Klarstellung der Bedeutung des Begriffs der „(hinreichenden) Bestimmtheit“ verpasst.

#### 4. Kompetenzverteilung im Untersuchungsausschuss(-verfahren)

Im Folgenden soll die Zusammensetzung des UA, einzelne Kompetenzen und die Stellung der Minderheit im laufenden Verfahren umrissen werden. Dadurch soll gezeigt werden wie sich die Minderheit, die Mehrheit sowie (leitende) Verfahrenspositionen gegenüberstehen.

---

70 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 171 f.

71 Vgl § 1 Abs 5 VO-UA.

72 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 187.

73 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 179.

74 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 167.

75 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 190.

76 VfGH 3.3.2020, UA1/2020, Rz 196-201.

Die Größe und die Zusammensetzung des UA wird vom GOA bestimmt, wobei das d'Hondt'sche Verfahren anzuwenden ist.<sup>77</sup> Jedenfalls hat ein Mitglied jeder im Hauptausschuss vertretenen Partei einem UA anzugehören.<sup>78</sup> Die Klubs machen die auf sie entfallenden Mitglieder und Ersatzmitglieder namhaft.<sup>79</sup>

Den Vorsitz übernimmt der/die PräsidentIn des NR ex lege.<sup>80</sup> Die vorsitzende Person vertritt den UA nach außen und leitet die Verhandlungen, insbesondere die Befragung von Auskunftspersonen und Sachverständigen.<sup>81</sup> Bei Verfahrensfragen hat sie sich mit dem/der VerfahrensrichterIn zu beraten und bei seinen Entscheidungen dessen/deren Rechtsmeinung gebührend zu berücksichtigen.<sup>82</sup> Eine rechtlich durchsetzbare Pflicht des Vorsitzes, dieser Meinung zu folgen, besteht jedoch nicht. Hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Fragen an Auskunftspersonen ist eine rechtliche Überprüfung durch die parlamentarische Schlichtungsstelle möglich.<sup>83</sup> Der Vorsitz selbst verfügt über kein Stimmrecht, sondern nimmt mit beratender Stimme teil.<sup>84</sup>

Dem/Der, auf Vorschlag des/der NationalratspräsidentIn vom GOA gewählten, VerfahrensrichterIn, bei welcher/n es sich um eine/n ernannte/n RichterIn handeln muss,<sup>85</sup> obliegt in erster Linie die rechtliche Beratung des Vorsitzes und die Unterstützung bei der Verfahrensführung.<sup>86</sup> Er/Sie hat darüber hinaus auch die Erstbefragung der Auskunftspersonen durchzuführen<sup>87</sup> und den Ausschussbericht für den Vorsitz zu entwerfen.<sup>88</sup>

Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass die Minderheit im weiteren Verfahren des UA gebührend berücksichtigt werden soll, um dem „Charakter als Minderheitenrecht gerecht zu werden“.<sup>89</sup> Bei einem genaueren Blick in die VO-UA lässt sich erkennen, dass zwischen den Rechten der Einsetzungsminderheit und den Minderheitenrechten im UA differenziert werden muss. Die Rechte der (Mitglieder der) Einsetzungsminderheit sind im laufenden Verfahren begrenzt: Wie bereits dargelegt wurde, besitzen bei Einsetzung auf Verlangen Abgeordnete, die das Verlangen unterstützt haben und im GOA vertreten sind, ein „Vetorecht“ gegen die Änderung des Untersuchungsgegenstandes.<sup>90</sup> Einem Einsetzungsverlangen folgt im Gegensatz zum Antrag keine Abstimmung im NR.<sup>91</sup> Des Weiteren ist die Einsetzungsminderheit befugt, den VfGH bei Mehrheitsbeschlüssen

---

77 § 3 Abs 3 VO-UA iVm § 30 GOG-NR, vgl Zögernitz, Nationalrat<sup>4</sup> (2020) § 33 Anm 15 lit i.

78 § 3 Abs 3 VO-UA.

79 § 4 Abs 4 VO-UA.

80 § 5 Abs 1 VO-UA.

81 § 6 VO-UA.

82 § 5 Abs 5 VO-UA.

83 § 41 Abs 5 VO-UA; gem § 57 VO-UA wird diese durch die Mitglieder der Volksanwaltschaft gebildet, die einstimmig zu entscheiden haben, wobei Stimmenthaltungen unzulässig sind.

84 § 5 Abs 4 VO-UA.

85 §§ 7 f VO-UA.

86 Konrath/Neugebauer/Posnik, JRP 2015, 216 (228).

87 § 39 Abs 2 VO-UA.

88 § 51 Abs 3 VO-UA.

89 AB 439 BlgNr 25. GP 2; Konrath/Neugebauer/Posnik, JRP 2015, 216 (223).

90 Vgl Schrefler-König/Loretto, Verfahrensordnung §1 Anm 9.

91 § 4 Abs 1 und 2 VO-UA.

des GOA hinsichtlich der Unzulässigkeit des Untersuchungsgegenstandes sowie des Umfangs des grundsätzlichen Beweisbeschlusses anzurufen.<sup>92</sup> Unterschiede gibt es außerdem hinsichtlich der möglichen Dauer des UA, welche grundsätzlich 14 Monate beträgt und mit Beginn der Behandlung des Berichts über das Ergebnis der Untersuchung endet. Bei Einsetzung auf Verlangen ist eine Verkürzung nur durch die Einsetzungsminderheit möglich, eine Verlängerung kann zweimal zu je 3 Monaten beantragt werden. Im Gegensatz dazu kann ein UA, der auf Antrag eingesetzt wurde, durch Mehrheitsbeschluss des NR mittels Fristsetzungsantrag beliebig verkürzt und verlängert werden.<sup>93</sup> Ansonsten beziehen sich die Minderheitenrechte im UA-Verfahren nicht speziell auf die Einsetzungsminderheit, sondern auf ein Viertel der Mitglieder des UA.

Neben der Mehrheit des UA auf Antrag steht es einem Viertel der Mitglieder des UA offen, ergänzende Beweisanforderungen und die Ladung von Auskunftspersonen zu verlangen<sup>94</sup> sowie informationspflichtige Organe aufzufordern, ihrer Verpflichtung zur Vorlage von Beweismitteln nachzukommen.<sup>95</sup> In diesen Fällen ist ebenso die Befassung des VfGH durch das jeweilige Viertel des UA bei Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Rechtmäßigkeit eines den sachlichen Zusammenhang zum Untersuchungsgegenstand bestreitenden Beschlusses möglich.<sup>96</sup>

In der Gesamtbetrachtung zeigt sich, dass die Verfahrensherrschaft zwischen der/dem Vorsitzenden, der jeweiligen Mehrheit und der jeweiligen Minderheit im UA geteilt ist.<sup>97</sup> Durch die Möglichkeit den sachlichen Zusammenhang von Verlangen der Minderheit zu bestreiten, verfügt die Mehrheit über einen rechtlichen Beurteilungsspielraum,<sup>98</sup> der wiederum durch das verlangende Viertel vom VfGH geprüft werden kann. Dieses Wechselspiel ergibt durchaus Sinn: zum einen kann es eine missbräuchliche Anwendung von Minderheitsrechten unterbinden, zum anderen wird die Minderheit des UA (welche wohl häufig der Minderheit im NR ähnelt) insofern gestärkt, als sie eine Prüfung der Rechtmäßigkeit durch den VfGH einleiten kann. Fraglich bleibt dagegen die ex lege Bestimmung des/der NationalratspräsidentIn als Vorsitzende/n. Bereits vor der Reform fand dahingehend eine politische Debatte statt, ob diese Rolle nicht von RichterInnen bzw qualifizierten JuristInnen übernommen werden sollte,<sup>99</sup> wie es beispielsweise auf Länderebene in Wien<sup>100</sup> und Salzburg<sup>101</sup> der Fall ist.<sup>102</sup> Bedenkt man, dass der/die Nationalrats-

92 Art 138b Abs 1 Z 1 und 2 B-VG; Vgl *Schrefler-König/Loretto*, Verfahrensordnung § 1 Anm 9.

93 § 53 VO-UA iVm § 43 GOG-NR.

94 § 25 Abs 2 und 29 Abs 1 VO-UA.

95 § 27 Abs 4 VO-UA.

96 Art 138b Abs 1 Z 3-5 B-VG.

97 *Konrath/Neugebauer/Posnik*, JRP 2015, 216 (223 f).

98 *Konrath/Neugebauer/Posnik*, JRP 2015, 216 (224).

99 *Konrath/Neugebauer/Posnik*, JRP 2015, 216 (227).

100 § 129e Abs 2 WStV.

101 Art 28 Abs 6 Sbg L-VG.

102 *Öhlinger in Bußjäger* 107 (111).

präsidentIn in der Praxis von der stimmenstärksten Partei gestellt wird,<sup>103</sup> so ist im Sinne der Stärkung der Minderheit jedenfalls noch Verbesserungspotenzial vorhanden. Dies könnte auch zu einer gesteigerten Sachlichkeit in der Untersuchung selbst führen.<sup>104</sup> Im Übrigen scheint es sich bei der ex lege Bestimmung des/der Vorsitzenden um ein österreichisches Phänomen zu handeln.<sup>105</sup>

## 5. Fazit

Im ersten Teil des vorliegenden Beitrags stand das Erkenntnis UA 1/2020 im Fokus, in welchem der VfGH klare Grenzen aufgezeigt hat, indem er festhielt, dass der GOA keine eigenständige inhaltliche Interpretation des Untersuchungsgegenstandes vornehmen und diesen dadurch materiell ändern kann. Stattdessen beschränkt sich dessen Prüfungskompetenz bei der Einsetzung eines UA auf Verlangen auf die Verfassungsmäßigkeit des Untersuchungsgegenstandes gem Art 53 B-VG. In diesem Zusammenhang hat sich die Zuständigkeit des VfGH für Organstreitigkeiten im Rahmen von UA bewährt und sich das Minderheitenrecht hinsichtlich der Einsetzung eines UA und der Festlegung des Untersuchungsgegenstandes als effektiv erwiesen.

Bei einer Gesamtbetrachtung der einzelnen Verfahrensrechte und -positionen wird augenfällig, dass die Zuständigkeit des VfGH in erster Linie Mehrheitsbeschlüsse des GOA und des UA umfasst, jedoch die Entscheidungen des/der Vorsitzenden im Rahmen seiner/ihrer beträchtlichen Kompetenzen nicht überprüft werden können. Die rein beratende Funktion des/der VerfahrensrichterIn erscheint zahnlos.<sup>106</sup> Diese faktischen Gegebenheiten lassen berechtigte Zweifel aufkommen, ob dem „Charakter als Minderheitenrecht“ auch im UA-Verfahren wirklich Rechnung getragen wird.

Obwohl das Minderheitenrecht auf Einleitung eines UA insbes im Lichte des hier behandelten Erkenntnisses als wertvolles Instrument parlamentarischer Kontrolle zu betrachten ist, besteht noch Raum für Verbesserungen. Zu nennen wären hier etwa eine unparteiische Besetzung des Vorsitzenden, gestärkte Minderheitenrechte bei Beschlüssen des UA oder eine Erweiterung der Befugnisse des/der VerfahrensrichterIn. Aus demokratiepolitischer Perspektive ist die Entwicklung des Enqueterechts insgesamt jedenfalls als Schritt in die richtige Richtung zu bewerten und hat dabei bereits die ersten Bewährungsproben bestanden.

Mag.<sup>a</sup> Julia Bauer und Mag. Michael Friedl sind UniversitätsassistentInnen am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; ju.bauer@univie.ac.at und michael.friedl@univie.ac.at

---

103 Zögernitz, Nationalrat<sup>4</sup> § 5 Anm 2.

104 Öhlinger in *Bußjäger* 107 (111).

105 Konrath/Neugebauer/Posnik, JRP 2015, 216 (227 FN 108).

106 Hervorzuheben ist jedoch die Möglichkeit durch den Beginn der Befragungen von Auskunftspersonen eine bestimmte Struktur vorzugeben, vgl Konrath/Neugebauer/Posnik, JRP 2015, 216 (228).

# EGMR-Urteil N.D. und N.T. gegen Spanien

## Alternative Fakten der europäischen Migrationskontrollpolitik

Maximilian Pichl

---

### 1. Sachverhalt und Hintergrund des Rechtsverfahrens<sup>1</sup>

Seit Anfang der 2000er Jahre stehen die spanischen Zaunanlagen in den Enklaven Ceuta und Melilla sinnbildlich für die „Festung Europa“. Die drei Zäune, ausgestattet mit Nato-Stacheldraht und Wärmebildkameras, erfüllen vor allem den Zweck, Schutzsuchende am Betreten des EU-Territoriums zu hindern. Kein Jahr vergeht ohne Berichte von brutalen Abschiebungen Schutzsuchender durch die paramilitärische Guardia Civil nach Marokko.<sup>2</sup> Die Berliner Menschenrechtsorganisation European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) brachte zusammen mit spanischen Kooperationspartner\*innen einen Fall vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), um die Praxis der „heißen Abschiebungen“ anzugreifen. Bei diesen Push-Backs werden die Betroffenen über die spanische Grenze abgeschoben, ohne dass sie die Möglichkeit haben, in einem Verfahren, ihre möglichen Fluchtgründe zu benennen.

So geschah es auch im Fall *N.D. und N.T. gegen Spanien*<sup>3</sup>, der dem Rechtsverfahren des ECCHR zugrunde lag. Die beiden Antragssteller kamen aus Mali und der Elfenbeinküste. Zusammen mit etwa 70 weiteren Personen versuchten sie am 13. August 2014 die Grenzanlagen von Melilla zu überwinden. N.D. und N.T. schafften es lediglich auf einen der Zäune zu klettern, wurden aber von der Guardia Civil gestoppt und auf die marokkanische Seite verbracht. Weder stellten die spanischen Behörden ihre Identität fest, noch fragten sie nach den Gründen der Flucht. Das ECCHR konnte den Fall der Betroffenen nur aufgreifen, weil Journalist\*innen und NGOs den Vorfall gefilmt und umfassend dokumentiert hatten.

Die Antragsteller sahen in ihrer Behandlung durch die Guardia Civil mehrere Rechte aus der Europäischen Menschenrechtskonvention als verletzt an. Die Abschiebung nach

---

1 Der Artikel basiert auf einem gemeinsamen Beitrag des Autors mit Dana Schmalz, siehe *Pichl/Schmalz*, „Unlawful“ may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgement in case N.D. and N.T., *Verfassungsblog* 14.2.2020, <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/> (8.9.2020); siehe für eine deutsche Übersetzung: *Pichl/Schmalz*, „Rechtswidrig“ bedeutet nicht gleich rechtlos, *FES-Online* 20.3.2020, <https://www.fes.de/themenportal-flucht-migration-integration/artikelseite-flucht-migration-integration/rechtswidrig-bedeutet-nicht-gleich-rechtslos> (8.9.2020).

2 Eine aktuelle Übersicht liefert hierzu die Asylum Information Database: <https://www.asylumineurope.org/reports/country/spain/access-territory-and-push-backs> (31.8.2020).

3 EGMR 13.2.2020 (GK), 8675/15 und 8697/15, N.D. und N.T./Spanien.

Marokko habe sie aufgrund der dortigen Zustände einer erniedrigenden und unmenschlichen Behandlung ausgesetzt, die nach Art 3 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) rechtswidrig sei. Ihr Recht auf wirksame Beschwerde sei missachtet worden, indem sie keine Möglichkeit hatten, vor einem spanischen Gericht ihre Abschiebung juristisch zu überprüfen (Art 13 EMRK). Und schließlich habe es sich bei dem Vorfall um eine verbotene Kollektivausweisung gehandelt (Art 4 des 4. Zusatzprotokolls [ZP] zur EMRK). Der Fall war in juristischer Hinsicht eigentlich eindeutig. Der EGMR hatte schon zuvor in anderen Urteilen vergleichbare Fälle von Push-Backs als Verstoß gegen die EMRK gewertet.<sup>4</sup> Der Unterschied in dieser Konstellation bestand darin, dass es sich um eine Zurückweisung an einer Landgrenze handelte. Eine Sektion des EGMR gab der Beschwerde im Oktober 2017 in fast allen Punkten statt.<sup>5</sup> Lediglich der Argumentation der Beschwerdeführer, die Abschiebung nach Marokko habe gegen Art 3 EMRK verstoßen, lehnte die Sektion ohne nennenswerte Gründe ab. Die spanische Regierung beantragte die Behandlung der Rechtssache vor der Großen Kammer des EGMR, die am 13. Februar 2020 ein Urteil fällte, das viele Beobachter\*innen des Verfahrens überraschte und international lautstarke Kritik von Menschenrechtsorganisationen und Anwaltsvereinigungen hervorrief.<sup>6</sup> Aus den zahlreichen Anknüpfungspunkten für eine Kritik an der Entscheidung des EGMR,<sup>7</sup> konzentriere ich mich in diesem Beitrag besonders auf einen Aspekt: die kontrafaktischen Einlassungen des Gerichtshofes zu den angeblich legalen Einreisewegen nach Spanien, die die Grundlage lieferten, um die Beschwerde der Betroffenen abzulehnen.

## 2. Die spanische Migrationskontrollpolitik im Kontext des EU-Grenzregimes

Spanien war ab dem Ende der 1990er Jahre, lange vor anderen EU-Mitgliedstaaten, ein Ziel von Fluchtmigration aus Subsahara-Afrika und dem Nahen Osten.<sup>8</sup> Dies liegt auch daran, dass die ehemalige Kolonialmacht Spanien mit Ceuta und Melilla zwei Enklaven auf dem afrikanischen Kontinent hat. Der Beitritt Spaniens zum Schengensystem führte zugleich zu einer erheblichen Militarisierung der neuen EU-Außengrenze, um Schutzsuchenden den Zutritt zur EU zu versperren. Die EU stellte finanzielle Mittel zur Verfügung, die Spanien für den Aufbau der engmaschigen Grenzanlagen nutzte. Daneben erfand das spanische Innenministerium juristische Konstruktionen, um Migrierenden den Zugang

---

4 EGMR 23.2.2012, 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*; EGMR 21.10.2014, 16643/09, *Sharifi u.a./Italien und Griechenland*.

5 EGMR 3.10.2017, 8675/15 und 8697/15, N.D. und N.T./Spanien.

6 Erhebliche Kritik äußerten unter anderem PRO ASYL, Brot für die Welt, der Jesuiten-Flüchtlingsdienst, Anwaltsorganisationen aus Deutschland, Griechenland und der Türkei sowie die Demokratische Richtervereinigung Spaniens. Zustimmung erfuhr das Urteil im europäischen Diskurs fast ausschließlich von national-konservativen und extrem rechten Akteuren, wie den spanischen Polizeigewerkschaften, der ÖVP und der AfD.

7 Siehe für andere Kritikpunkte *Schmalz*, Gruppen, Massen, Kollektive. Der Fall N.D. und N.T. in weiterer Perspektive, *Kritische Justiz* 2020, i.E.

8 Siehe dazu *Kreienbrink*, Einwanderungsland Spanien. Migrationspolitik zwischen Europäisierung und nationalen Interessen (2004).

zum Recht zu verwehren, selbst wenn es ihnen gelang, die Grenzanlagen zu überqueren. Das Territorium Spaniens beginne erst hinter den Reihen der Polizeibeamt\*innen der Guardia Civil, so das Innenministerium. Dieses *concepto operativo*<sup>9</sup> sollte dazu dienen, keine juristische Verantwortlichkeit der spanischen Grenzbehörden für die Push-Backs entstehen zu lassen. Durch solche Migrationskontrollpolitiken zielen die europäischen Exekutiven darauf ab, die Grenzen Europas gleichzeitig als Grenzen des europäischen Rechtsstaates zu institutionalisieren.<sup>10</sup> Tatsächlich gelang es durch dieses Migrationskontrollregime, dass ab Mitte der 2000er Jahre deutlich weniger Migrierende Spanien erreichten.

Spanien setzte neben dieser Militarisierung auf eine umfassende Auslagerung der Grenzkontrollen an Drittstaaten. Dabei war es im Prinzip egal, ob die konservative oder sozialistische Partei in Regierungsverantwortung stand, denn über die Externalisierung der Migrationskontrollen bestand ein parteiübergreifender Konsens.<sup>11</sup> Im Rahmen von Rückübernahmeabkommen und anderen bilateralen Partnerschaften zahlte Spanien an nord- und westafrikanische Staaten erhebliche Mittel, damit die Migration bereits weit im Vorfeld der EU-Grenzen kontrolliert und poliziert wird. Spanien und die EU nahmen mit dieser Strategie bewusst in Kauf, dass Flüchtende daran gehindert werden, in Europa Anspruch auf internationalen Schutz zu beantragen. Gerade subsaharische Migrierende waren von dieser Politik betroffen, indem die marokkanische Polizei regelmäßig Flüchtlingscamps in der Nähe der Enklaven zerstörte und die Bewohner\*innen inhaftierte oder in die Wüste zurückschob. In ganz Marokko sind Schwarze Menschen von Racial Profiling betroffen, einer verdachtsunabhängigen polizeilichen Kontrollpraxis, die auf rassistischen Zuschreibungen basiert. Diese Kontrollpraktiken sind Teil der europäischen Migrationskontrollpolitik, indem die Polizeibehörden der Drittstaaten vorgelagerte Grenzkontrollen durchführen und dabei spezifische Flüchtlingsgruppen in den Fokus nehmen.<sup>12</sup>

Die Strategie der Externalisierung machte die spanische Migrationskontrollpolitik zu einer Blaupause, die die ordnungspolitischen Akteure in den Innenministerien anderer EU-Staaten nachahmen wollten.

### 3. Entscheidungsgründe im Rechtsverfahren N.D. und N.T. gegen Spanien

Der EGMR hatte die Möglichkeit, dieser Externalisierungspolitik einen Riegel vorzuschieben und die Grenzkontrollpraxis Spaniens rechtsstaatlich einzuhegen. Stattdessen stützte das Gericht in seinem Urteil die wesentlichsten Bausteine der Migrationskontrollpolitik.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> *Koos/Thiel*, Kaugummigrenze? Push-Backs in Melilla und Ceuta, *Kritische Justiz* 2015, 376.

<sup>10</sup> *Buckel/Pichl*, Endet der Rechtsstaat an Europas Grenzen?, *Süddeutsche Zeitung* 18.1.2019, <https://www.sueddeutsche.de/kultur/migration-europa-europaeischer-gerichtshof-melilla-1.4291794> (21.9.2020).

<sup>11</sup> *Wolf*, Kämpfe um die Transformation des spanischen Migrationsregimes, in *Forschungsgruppe „Staatsprojekt Europa“* (Hrsg.), *Kämpfe um Migrationspolitik* (2014) 131.

<sup>12</sup> Siehe dazu: *Jakob/Schlundwein*, Diktatoren als Türsteher Europas. Wie die EU ihre Grenzen nach Afrika verlagert (2017); *Alami*, African Migrants in Morocco Tell of Abuse, *New York Times* 28.11.2012, <https://www.nytimes.com/2012/11/29/world/middleeast/african-migrants-in-morocco-tell-of-abuse.html> (21.9.2020).

<sup>13</sup> EGMR 13.2.2020 (GK), 8675/15 und 8697/15, *N.D. und N.T./Spanien*. Kurzzitate der Rechtssache beziehen sich auch in weiterer Folge auf die Entscheidung der Großen Kammer.

Positiv hervorzuheben ist zunächst, dass die Große Kammer grundsätzlich eine Jurisdiktion Spaniens für die Push-Backs bejahte.<sup>14</sup> Damit stellten sich die Richter\*innen gegen die juristische Konstruktion einer flexiblen beziehungsweise operativen Grenze, wie sie das spanische Innenministerium vertreten hatte.

Entscheidend war aber im Folgenden die Auslegung des Verbots der Kollektivausweisung durch das Gericht. Art 4 des 4. ZP zur EMRK soll garantieren, dass Menschen nicht pauschal in größeren Gruppen abgeschoben werden und ihre individuellen Gründe für einen Verbleib auf dem Territorium eines Konventionsstaates, die in einem Verfahren zu prüfen sind, Geltung erlangen. Der Gerichtshof führte indes aus, dass es Ausnahmen gäbe, die die Konventionsstaaten von ihrer Verpflichtung entbinden, ein individuelles Verfahren bei Kollektivausweisungen durchzuführen. Zwei Ausnahmetatbestände kommen laut dem EGMR in Betracht, die in dieser Form bislang in der Rechtsprechung und im Rahmen der Auslegung der EMRK nicht vorgekommen sind: Erstens liege kein Verbot der Kollektivausweisung vor, wenn das Fehlen einer individuellen Prüfung auf das „eigene Verhalten“ der Betroffenen zurückzuführen sei, vor allem wenn sie Gewalt anwenden oder einen Vorteil daraus ziehen, sich in einer größeren Gruppe über Grenzen zu bewegen.<sup>15</sup> Zweitens ent falle eine Konventionsverletzung, wenn den Betroffenen legale Einreisewege beziehungsweise andere Möglichkeiten zur Asylantragsstellung offenstehen.<sup>16</sup>

Diese allgemeinen Aussagen, die eine über diesen Einzelfall hinausreichende Bedeutung in der Rechtsprechung des EGMR haben, wendete die Große Kammer sodann auf den konkreten Fall an. Die Beschwerdeführer seien in einer großen Gruppe unterwegs gewesen, die gewaltsam die spanische Grenze überquerte. Außerdem habe Spanien verschiedene Möglichkeiten zur legalen Einreise geschaffen. Nach Ansicht des EGMR hätten die Beschwerdeführer Arbeitsvisa beantragen, die spanischen Botschaften auf dem marokkanischen Territorium aufsuchen oder an der Registrierungsstelle Beni Enzar um Asyl ersuchen können.<sup>17</sup> Weil sie dies unterließen, habe Spanien keine Verpflichtung gehabt, ein individuelles Verfahren durchzuführen.

Dass es im Gerichtshof juristische Positionen gibt, die die Rechte Schutzsuchender noch weitreichender einschränken wollen, demonstrierte der tschechische Richter Pejchal in seinem Sondervotum zum Urteil. Die freie europäische Gemeinschaft basiere auf den Steuern der Bürger\*innen, mit denen unter anderem auch der EGMR finanziert werde. Die Erfüllung der Steuerverpflichtung sei die Grundlage für ein funktionierendes Menschenrechtssystem. Die beiden Beschwerdeführer aus Subsahara-Afrika seien demgegenüber nicht Teil dieser „freien Gemeinschaft“. Für ihre Beschwerden sei alleine der Afrikanische Menschenrechtsgerichtshof zuständig. Pejchal führte dabei Art 37 Abs 1 lit c

---

14 N.D. und N.T./Spanien Rn 107.

15 N.D. und N.T./Spanien Rn 200 f.

16 N.D. und N.T./Spanien Rn 208 ff.

17 N.D. und N.T./Spanien Rn 212 f.

EMRK an, demzufolge der Gerichtshof jederzeit während eines Verfahrens entscheiden kann, eine Beschwerde zu streichen, wenn die Umstände Grund zu der Annahme geben, dass eine weitere Prüfung aus anderen vom Gerichtshof festgestellten Gründen nicht gerechtfertigt ist.

#### 4. Kritik der kontrafaktischen Entscheidung

Das Urteil des EGMR ist nicht nur rechtspolitisch unhaltbar, sondern enthält rechtsdogmatische Irreführungen und kontrafaktische Annahmen über die Situation an der spanischen Grenze. Viele Ausführungen des EGMR dienen offensichtlich alleine dazu, das gewünschte Ergebnis, eine Ablehnung der Beschwerden, im Mantel einer juristischen Begründung zu erzielen. Dem EGMR wird oft vorgeworfen, „politische“ Entscheidungen zu treffen, nicht zuletzt seitens vieler Konventionsstaaten, die mit den früheren Urteilen des Gerichtshofes zur Migrationskontrollpolitik nicht einverstanden waren. Das N.D. und N.T.-Urteil zeigt aber offenkundig, wie der EGMR bisherige Maßstäbe seiner Rechtsprechung unterläuft.

Zunächst behauptete die Große Kammer, die Ausnahmetatbestände zum Verbot der Kollektivausweisung ergeben sich aus dem „well-established case law“ des Gerichtshofes.<sup>18</sup> Bei genauerem Hinsehen zeigt sich vielmehr, dass die Verweise auf die ältere Rechtsprechung mit der Konstellation im Fall *N.D. und N.T./Spanien* nicht zu vergleichen ist. Tatsächlich hatte der EGMR in früheren Entscheidungen auch auf das „eigene Verhalten“ der Beschwerdeführer abgestellt. Bei der Rechtssache *Dritsas und andere/Italien*<sup>19</sup>, auf die die Richter\*innen verweisen, ging es aber nicht um einen migrationsbezogenen Sachverhalt. Demonstrant\*innen auf dem Weg zum G8-Gipfel wurden von italienischen Beamten\*innen festgehalten und weigerten sich ihre Ausweispapiere zu zeigen. Die Schutzsuchenden an der spanischen Grenze hatten hingegen keine Möglichkeit ihre Identität gegenüber der Guardia Civil zu offenbaren. Auch der Fall *Berisha und Haljiti/Mazedonien*<sup>20</sup>, der sich im Urteil *N.D. und N.T./Spanien* als Verweis findet, lässt sich nicht für die Konstruktion der Ausnahmetatbestände anführen, weil die zugrundeliegenden Sachverhalte nicht miteinander vergleichbar sind. Denn in diesem Fall hatte der EGMR kein Verbot der Kollektivausweisung angenommen, wenn die Behörden eine gemeinsame Zurückweisungsentscheidung für ein Ehepaar treffen, sofern diese zuvor einen gemeinsamen Asylantrag stellten. Die spanischen Behörden verzichteten indes vollkommen auf eine behördliche Entscheidung und die Beschwerdeführer waren auch nicht miteinander verwandt. Die Verweise des EGMR hatten daher die Funktion zu suggerieren, die Ausnahmetatbestände zum Verbot der Kollektivausweisung würden sich logisch aus der bisherigen Rechtsprechung ergeben und eine weitere juristische Begründung sei nicht not-

18 *N.D. und N.T./Spanien* Rn 200.

19 EGMR 1.2.2011, 2344/02, *Dritsas u.a./Italien*.

20 EGMR 16.6.2005, 18670/03, *Berisha und Haljiti/Mazedonien*.

wendig. Eine solche ins Leere führende Verweiskette ist indes ein Beleg für das dünne rechtsdogmatische Eis, auf dem sich die Große Kammer in seinem Urteil bewegt. Alternative Fakten produzierte die Große Kammer mit ihren Ausführungen über angebliche legale Einreisewege, die den Beschwerdeführern angeblich offenstanden. Sowohl das UN-Flüchtlingshilfswerk als auch die Menschenrechtskommissarin des Europarates hatten in ihren schriftlichen Stellungnahmen zum Verfahren<sup>21</sup> wie auch in der öffentlichen Anhörung deutlich gemacht, dass subsaharische Migrierende in der Praxis keinen Zugang zu legalen Einreisewegen haben. Das Racial Profiling verhindere, dass Migrierende überhaupt in die Nähe der Registrierungsstelle in Beni Enzar oder zu den Botschaften gelangen können. Ohnehin sei der Grenzübergangsposten in Beni Enzar erst nach dem Vorfall im August 2014, als N.D. und N.T. die Grenze überquerten, eröffnet worden. Der EGMR nahm diese Stellungnahmen zwar zur Kenntnis, aber befand sie im Hinblick auf eine Konventionsverletzung für irrelevant:

„In this regard the Court observes that several third parties to the proceedings before the Grand Chamber argued that physically approaching the Beni Enzar border crossing point was, in practice, impossible or very difficult for persons from sub-Saharan Africa staying in Morocco. However, the various reports submitted to that effect, particularly by UNHCR and the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, are not conclusive as to the reasons and factual circumstances underlying these allegations. Some of them mention racial profiling or severe passport checks on the Moroccan side. However, none of these reports suggests that the Spanish Government was in any way responsible for this state of affairs.“<sup>22</sup>

Mit dieser Argumentation liefert die Große Kammer des EGMR jedweder Auslagerung der Migrationskontrollpolitik einen Freifahrtsschein. Das EU-Grenzregime und die Aushebelung der Menschenrechte von Schutzsuchenden basieren gerade auf der Verantwortungsverschiebung auf Drittstaaten. Dieses Problem hatte der portugiesische EGMR-Richter Pinto de Albuquerque schon 2012 im Urteil zur Rs *Hirsi* erkannt, als er in seinem Sondervotum einforderte, sämtliche Maßnahmen, die Drittstaaten *auf Geheiß* von Vertragsparteien der EMRK ergreifen, um Migrierende am Zugang zum Asylverfahren zu hindern, müssten menschenrechtlich überprüfbar sein.<sup>23</sup>

Nur wenige Monate später konterkarierte der EGMR im Übrigen seinen Ruf nach legalen Einreisewegen. Der Rechtsfall *M.N./Belgien* behandelte die Anträge syrischer Flüchtlinge auf humanitäre Visa, die diese in der belgischen Botschaft in Beirut beantragt hatten.<sup>24</sup> In der ablehnenden Entscheidung der belgischen Behörden und der faktischen Überlassung der Betroffenen im Kriegs- und Krisengebiet, sahen die Beschwerdefüh-

---

21 *N.D. und N.T./Spanien* Rn 152 ff.

22 *N.D. und N.T./Spanien* Rn 218.

23 EGMR 23.2.2012, 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a./Italien*, Sondervotum Albuquerque.

24 EGMR 5.5.2020, 3599/18, *M.N. u.a./Belgien*.

rer\*innen ihre Menschenrechte verletzt. Der EGMR verneinte bereits die Zulässigkeit der Beschwerde, weil in der belgischen Botschaft keine territoriale Zuständigkeit des Konventionsstaates vorliege. Zynischerweise bezog sich der EGMR direkt auf sein *N.D. und N.T.*-Urteil, wenn die Große Kammer ausführt, die Ablehnung der humanitären Visa solle nicht die Bemühungen der Staaten beeinträchtigen, den Zugang zu Botschaften zu erleichtern<sup>25</sup> – nur dass diese Maßnahmen keinerlei juridischer Kontrolle unterworfen sind.

Nach dem Urteil des EGMR zu den Push-Backs aus Melilla legte das ECCHR, das die Beschwerdeführer vertreten hatte, mit einer umfassenden Recherche zur Externalisierungspolitik Spaniens und Marokkos nach. Das Londoner Forschungsinstitut Forensic Architecture wurde damit beauftragt, Statistiken, Menschenrechtsberichte und Zeugnisse von Betroffenen auszuwerten, um die Annahmen des EGMR zu widerlegen. Sie legten in einem Report und einer Videodokumentation umfangreich dar „[...] that Spanish and Moroccan authorities have constructed a system which denies black people from Sub-Saharan Africa the possibility to apply for protection in Melilla, or at nearby embassies.“<sup>26</sup> Auch viele andere NGOs kritisierten die Ausführungen des EGMR als unhaltbar. Selten dürfte eine Entscheidung aus Straßburg auf derart großen Widerstand aus der Menschenrechtsszene gestoßen sein.

Das Sondervotum von Richter Pejchal ist indes ein Hinweis auf die juristischen Kämpfe, die offensichtlich innerhalb des EGMR um seine Migrationsrechtsprechung vorstattengehen. Hatte der EGMR in den Jahren vor 2015 eine ganze Reihe von progressiven Urteilen zur Seenotrettung und zum Dubliner-Zuständigkeitssystem gefällt,<sup>27</sup> ist die Große Kammer bei der Gewährung von Rechten für Schutzsuchende an der Grenze mittlerweile deutlich restriktiver. Richter Pejchal steht dabei für eine Fraktion innerhalb des EGMR, die Migrierenden den Zugang zum Recht an der Grenze vollständig verwehren will. Der EGMR soll seiner Argumentation zufolge, die aus einem neokolonialen-neoliberalen Amalgam besteht, nur europäischen Bürger\*innen als Schutzinstitution offenstehen. Andere Stimmen im EGMR wollen demgegenüber an der bisherigen Rechtsprechung festhalten und auch in Zeiten der Krise keine Zugeständnisse an ordnungspolitische Diskurse der Migrationsabwehr machen.<sup>28</sup> Bei einer derartigen Spannbreite an Positionen ist es nicht verwunderlich, dass der EGMR rechtspolitisch fragwürdige Kompromisse zulasten einer rechtsdogmatischen Belastbarkeit seiner Rechtsprechung ingeht.

---

25 *M.N. u.a./Belgien*, Rn 126.

26 <https://www.ecchr.eu/pressemitteilung/new-investigation-challenges-european-court-of-human-rights-ruling-on-pushbacks/> (8.9.2020).

27 *Pichl/Vester*, Die Verrechtlichung der Südgrenze, in *Forschungsgruppe „Staatsprojekt Europa“* (Hrsg.), *Kämpfe um Migrationspolitik* (2014) 187.

28 Siehe dazu folgende Sondervoten: EGMR 1.9.2015, 16483/12, *Kblafia u.a./Italien*, Sondervotum Serghides; EGMR 11.12.2018, 59793/17, *M.A. u.a./Litauen*, Sondervotum de Albuquerque.

## 5. Rechtspolitische Folgen des EGMR-Urteils

Nur kurze Zeit nach dem Urteil des EGMR eskalierte die Situation an der EU-Außengrenze in der griechischen Ägäis. Nachdem die Türkei zeitweise den sogenannten EU-Türkei-Deal faktisch aufgehoben hatte, wurden Schutzsuchende zwischen den griechischen und türkischen Grenzbeamt\*innen brutal hin- und hergeschoben. Die griechische Regierung und ihre Verteidiger\*innen, zum Beispiel EVP-Fraktionschef Manfred Weber, beriefen sich dabei explizit auf das EGMR-Urteil, das angeblich diese Zurückweisungen an der Grenze erlaube. EU-Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen bedankte sich bei der griechischen Regierung, in diesen Zeiten als „Schutzschild“ Europas zu fungieren, selbst als das Recht auf Asyl für einen Monat vollständig ausgesetzt wurde – ein klarer Bruch mit dem EU-Recht, den die Kommission als „Hüterin der Verträge“ eigentlich scharf kritisieren müsste.<sup>29</sup>

Das Urteil N.D. und N.T. gegen Spanien hat gezeigt, dass der EGMR immer weniger ein Adressat ist, um die brutalen Auswirkungen der europäischen Migrationskontrollpolitik anzugreifen. Die europäische Externalisierungspolitik ist ohnehin auf eine Art und Weise gestrickt, um einer juristischen Verantwortlichkeit zu entgehen. Dass der EGMR die Möglichkeiten nicht genutzt hat, um diesen rechteverwehrenden Politiken eine überzeugende menschenrechtliche Antwort entgegenzusetzen, stellt auch die Arbeit von Akteur\*innen die sich einer strategischen Prozessführung für Schutzsuchende verpflichtet haben, vor Probleme. Es ist zwar keine Lösung vollständig von Beschwerden vor dem EGMR Abstand zu nehmen, aber auch andere inter- und transnationale Rechtsforen sollten zukünftig von Menschenrechtsorganisationen verstärkt mobilisiert werden. Der Europäische Gerichtshof hat beispielsweise, trotz der Flüchtlingskrisenrhetorik der EU-Mitgliedstaaten, bislang an seiner Rechtsprechung zur Gewährung subjektiver Rechte von Asylsuchenden festgehalten<sup>30</sup> und erschwert damit das Ziel der EU-Innenministerien, rigorose innereuropäische Abschiebungen durchzuführen.

Maximilian Pichl ist Rechts- und Politikwissenschaftler und forscht an den Universitäten Frankfurt am Main und Kassel. Er ist Vorstandsmitglied im Bundesfachverband unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (BUMF) und Mitglied im Netzwerk Migrationsrecht; max.pichl@uni-kassel.de

---

29 *Lehnert*, Die Herrschaft des Rechts an der EU-Außengrenze, Verfassungsblog vom 4.3.2020, <https://verfassungsblog.de/die-herrschaft-des-rechts-an-der-eu-aussengrenze/> (8.9.2020).

30 *Pelzer*, Die Rechtsstellung von Asylbewerbern im Asylzuständigkeitssystem der EU (2020).

# Grundrechtswissen in Österreich

## Eine empirische Untersuchung zum 100-jährigen Bestehen des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920\*

Konrad Lachmayer / Robert Rothmann

---

### 1. 100 Jahre B-VG

#### 1.1. Verfassung und Verfassungsgerichtshof

Mit 1.10.2020 jährte sich das Inkrafttreten des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) zum 100. Mal.<sup>1</sup> Beim B-VG handelt sich um eine der ältesten noch in Kraft befindlichen Verfassungen in Europa.<sup>2</sup> Auch wenn das B-VG 1920<sup>3</sup> auf den Staatsgrundgesetzen aus 1867 aufbaut,<sup>4</sup> gilt es als wegweisender Schritt des europäischen Konstitutionalismus und brachte wesentliche Weiterentwicklungen mit sich. Als prominentestes Beispiel kann in diesem Zusammenhang auf die – vom Architekt<sup>5</sup> der Verfassung, Hans Kelsen<sup>6</sup> – forcierte (Weiter-)entwicklung<sup>7</sup> des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) verwiesen werden.<sup>8</sup> Entgegen dem damals vorherrschenden amerikanischen Modell<sup>9</sup> monopolisierte das Verfassungsgericht die Zuständigkeit von Verfassungsfragen in einem zentralisierten

---

\* Für die kritische Durchsicht des Beitrags danken wir insb Isabell Doll, Harald Eberhard, Iris Eisenberger, und Paul Hahnenkamp sowie Susanne Gstöttner, Johannes Steinböck, Lukas Wieser und Eugenie Rupprecht für die Unterstützung im Rahmen des Forschungsprojekts.

- 1 Eine durchgängig 100-jährige Geschichte war dem B-VG indes nicht beschwert als dieses im Jahr 1934 durch eine austrofaschistische „Verfassung“ in rechtswidriger Weise ersetzt wurde. Erst durch das V-ÜG 1945 wurde das B-VG wieder in Kraft gesetzt. Es trat eine Phase der Stabilität der Verfassung ein, wobei diese Aussage nicht darüber hinwegtäuschen soll, dass allein das B-VG über 120 Mal novelliert wurde.
- 2 Siehe etwa *Gamper*, Änderung und Schranken der Verfassung, in *Bußjäger/Gamper/Kahl* (Hrsg), 100 Jahre B-VG. Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext (in Druck); *dies*, Constitutional Borrowing from Austria? Einflüsse des B-VG auf ausländische Verfassungen, ZÖR 2020, 99 (101 f).
- 3 BGBl I 1920/1.
- 4 Vgl Art 149 B-VG; *Faber in Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht (22. Lfg 2019) Art 149 B-VG Rz 1.
- 5 So *Olechowski*, Hans Kelsen und die österreichische Verfassung, Aus Politik und Zeitgeschichte 2018, 18ff.
- 6 Zur Rolle von Kelsen bei der Entstehung des B-VG 1920 siehe etwa *Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in *Walter/Ogris/Olechowski* (Hrsg), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (2009) 211; *ders*, Hans Kelsens Verfassungsentwürfe, in *Jabloner/Olechowski/Zeleny* ua (Hrsg), Die Verfassungsentwicklung 1918-1920 und Hans Kelsen (2020) 157.
- 7 Siehe zur Entwicklung des VfGH aus dem Reichsgericht der k u k Monarchie etwa *Frank*, Art 147 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht, (17. Lfg 2016) Rz 1 ff.
- 8 *Wiederin*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in *Simon/Kalwoda* (Hrsg), Schutz der Verfassung. Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. (Beihefte zu „Der Staat“ Bd. 22, 2014) 283.
- 9 Siehe *Öhlinger*, Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in *Funk* ua (Hrsg), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. FS für Ludwig Adamovich (2002) 581 (581 f).

Höchstgericht.<sup>10</sup> Der Möglichkeit der Normenkontrolle kam dabei besondere Bedeutung zu. Im Rahmen der Ausgestaltung der unterschiedlichen Funktionen des VfGH standen anfänglich vor allem die bundesstaatlichen Kontrollfunktionen im Mittelpunkt der Konzeption.<sup>11</sup> Zunächst tat sich der VfGH mit seiner Rolle als Grundrechtsgericht noch schwer.<sup>12</sup> In der 2. Republik entfaltete sich – bei wachsenden Kompetenzen insb auch des Individualrechtsschutzes – die Grundrechtsjudikatur mit zunehmender Dynamik,<sup>13</sup> sodass der VfGH heute primär in seiner Funktion des Grundrechtsschutzes tätig wird.<sup>14</sup>

## 1.2. Grundrechte?

Der institutionellen Verankerung des VfGH (als Krone des B-VG 1920) steht die fehlende Niederlegung der Grundrechte im Rahmen des Konstitutionalisierungsprozesses aufgrund fehlender politischer Einigung (insb in Hinblick auf soziale Grundrechte konnte kein Konsens erzielt werden) gegenüber;<sup>15</sup> es wurde daher der monarchische Grundrechtskatalog des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger verfassungsgesetzlich übernommen,<sup>16</sup> aber nicht textuell in das B-VG integriert. So findet sich der Hinweis auf die Grundrechte bedauernswerterweise nur in den Schlussbestimmungen des B-VG.<sup>17</sup> Trotz mehrfacher Anläufe in unterschiedlichen Jahrzehnten konnte auch 80 Jahre später im Österreich-Konvent keine Einigung über einen österreichischen Grundrechtskatalog erzielt werden.<sup>18</sup> Eine weitere österreichische Besonderheit, konkret die Möglichkeit verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte auch neben dem Kerndokument des B-VG erlassen zu können, führte zu einer fragmentierten Verteilung der Grundrechte über das gesamte österreichische Verfassungsrecht.

## 1.3. Wie viele Grundrechte?

Als beachtlich anzusehen ist, dass es bis dato keine vollständige (listenhafte) Aufzählung aller österreichischen Grundrechte gibt.<sup>19</sup> Im Jahr 1920 – zum Zeitpunkt der Erlassung

10 Siehe *Grabenwarter*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof, in *von Bogdandy/Grabenwarter/Huber* (Hrsg), Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen (2016) 413 (423 ff).

11 *Öhlinger*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich – Der Wandel von Funktion und Methode in einer neunzigjährigen Geschichte, in *Wrase/Boulanger* (Hrsg), Die Politik des Verfassungsrechts (2013) 243 (246 f).

12 Siehe *Eberhard*, Judicial activism and judicial self restraint in der Judikatur des VfGH, in *Bernat* ua (Hrsg), FS Christian Kopetzki (2019) 141 (143f).

13 *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 (244 f).

14 So machten die Verfahren gem Art 144 B-VG 4.693 der insg 5.151 erledigten Fälle des Jahres 2019 aus. Siehe den Jahresbericht des VfGH unter [www.vfgh.gv.at/downloads/taetigkeitsberichte/VfGH\\_Taetigkeitsbericht\\_2019.pdf](http://www.vfgh.gv.at/downloads/taetigkeitsberichte/VfGH_Taetigkeitsbericht_2019.pdf) (1.9.2020).

15 Siehe dazu unter 3.

16 Siehe dazu *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 (219).

17 Siehe hinsichtlich der Integration von Grundrechten (auch über das StGG hinausgehend) Art 149 B-VG.

18 Siehe etwa *Funk*, Soziale Grundrechte und Konsenssuche im Österreich-Konvent, in *Hammer* ua (Hrsg), FS Öhlinger (2004) 248 (249 ff).

19 Siehe hierzu bspw die Webseite des VfGH, die unter „Rechtsgrundlagen“ immerhin 26 Grundrechte auflistet; [www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/rechtsgrundlagen/grundrechte.de.html](http://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/rechtsgrundlagen/grundrechte.de.html) (1.9.2020).

des B-VG – bestanden rund 30 Grundrechte; diese Zahl verdoppelte sich in den letzten 100 Jahren annähernd. Die aktuelle Zahl österreichischer Grundrechte hängt letztlich davon ab, wie Grundrechte unterschieden und zusammengeführt werden. So kann etwa das (allgemeine) Grundrecht auf Datenschutz wiederum als Recht auf Geheimhaltung, Recht auf Richtigstellung und Recht auf Löschung verstanden werden.<sup>20</sup> Je nach Zählweise bestehen heute in Österreich sodann zwischen 60 und 80 Grund- und Menschenrechte.<sup>21</sup> Dessen ungeachtet handelt es sich jedenfalls um eine erhebliche Zahl an Grundrechten, die in vielen anderen Staaten nicht in diesem Ausmaß bestehen; dabei ist die Zahl sozialer Grundrechte denkbar klein,<sup>22</sup> aber die Anzahl an liberalen Grundrechten, prozeduralen Rechten sowie Gleichheits- und Minderheitenrechten erweist sich als beachtlich. Diese große Vielfalt an Grundrechten findet sich in 13 unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Rechtsquellen verstreut.<sup>23</sup>

## 2. Grundrechtswissen 2020 – Eine rechtssoziologische Untersuchung

### 2.1. Erkenntnisinteresse

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen stellt sich somit die Frage, wie es um das Grundrechtswissen der Österreicher\*innen tatsächlich bestellt ist. Soweit ersichtlich fehlt eine derartige Untersuchung bisher, jedenfalls in den letzten Jahren.<sup>24</sup> Um diesem Defizit zu begegnen, führten die Autoren eine empirische Erhebung durch, die aus rechtssoziologischer Perspektive auf die Rechtskenntnis und das subjektive Grundrechtsverständnis der österreichischen Bevölkerung abzielt. Der vorliegende Beitrag stellt die Kernergebnisse dieser Befragung vor und diskutiert diese in Verbindung mit historischen und verfassungsrechtlichen Begebenheiten.

<sup>20</sup> § 1 DSGVO.

<sup>21</sup> Siehe [www.grundrechte.at](http://www.grundrechte.at) (1.9.2020).

<sup>22</sup> Ansätze finden sich etwa im Recht auf Bildung oder den Rechten der Kinderrechtskonvention. Siehe dazu etwa mwN *Damjanovic*, Soziale Grundrechte, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 516; *Eberhard*, Soziale Grundrechtsgehalte im Lichte der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik, ZÖR 2021, 513; *Holoubek*, Zur Struktur sozialer Grundrechte in *Hammer* ua (Hrsg), FS Öhlinger (2004) 507; *Öblinger/Stelzer*, Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Österreichs, in *Iliopoulos-Strangas* (Hrsg), Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts (2010) 497; *Wiederin*, Soziale Grundrechte in Österreich? in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Grundrechtsschutzes (2005) 153.

<sup>23</sup> Damit angesprochen sind neben dem B-VG, das StGG 1867, die EMRK und ihre Zusatzprotokolle, der StV v St. Germain und der StV Wien, das Gesetz zum Schutz des Hausrechts, das BVG über die persönliche Freiheit, das BVG zum Verbot der rassistischen Diskriminierung, das BVG über die Rechte der Kinder, der Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung vom 30.10.1918 StGBI 3, sowie das DSG, das ZDG und das ParteienG. Zur Thematik eines einheitlichen Grundrechtskatalogs siehe unter 4.

<sup>24</sup> Im Zuge von Recherchen lassen sich zwar wiederholt Presseaussendungen und Präsentationsunterlagen (Folien) von Umfragen verschiedener österreichischer Markt- und Meinungsforschungsinstitute auffinden; diese fokussieren inhaltlich jedoch primär auf die subjektive Wichtigkeit der (internationalen) Einhaltung von Menschenrechten oder die Bereitschaft an NGO's zu spenden; siehe zB [www.integral.co.at/downloads/Presstext/2016/12/Presstext\\_Menschenrechte\\_-\\_Dez\\_2016.pdf](http://www.integral.co.at/downloads/Presstext/2016/12/Presstext_Menschenrechte_-_Dez_2016.pdf) (1.9.2020) oder auch <https://volksgruppenv1.orf.at/slowenen/aktuell/stories/131386.html> (1.9.2020).

## 2.2. Studiendesign und Erhebung

Die Daten der Studie basieren auf einer mehrstufigen Erhebung im Zeitraum Mai 2019 bis Juni 2020. Die Stichprobe(-n) umfasst insgesamt 504 Personen. Als Teilnahmevoraussetzung für die empirische Erhebung wurde ein Mindestalter von 14 Jahren sowie ein Wohnsitz in Österreich festgelegt. Die Ausrichtung fokussiert zudem auf Nicht-Jurist\*innen.<sup>25</sup> Zur Datenerhebung wurden unterschiedliche Verfahren eingesetzt, wobei Papierfragebögen (27%) und persönliche Interviews im Zuge einer Straßenbefragung (15%) ebenso zur Anwendung gekommen sind, wie ein Online-Survey (61%).<sup>26</sup>

In inhaltlicher Hinsicht fokussierte die Erhebung vor allem auf das Verständnis des Grundrechtsbegriffs, die Kenntnis einzelner Grundrechte (und Grundrechtsquellen), sowie mögliche Rechtsbehelfe im Fall einer Grundrechtsverletzung. Neben den üblichen soziodemografischen Merkmalen sowie einigen dichotomen bzw. nominalen Variablen wurde methodisch vor allem auf qualitative Fragen mit offenen Antwortmöglichkeiten abgestellt, um eine vertiefenden Erfassung der alltagsweltlichen Vorstellungen der Befragten zu gewährleisten. Diese offenen Antworten wurden im Anschluss einer inhaltlichen Codierung unterzogen, wobei sowohl das qualitative Material selbst als auch juristische Konzepte und Grundrechtstypologien zur Klassifizierung und Bildung von Kategorien herangezogen wurden.<sup>27</sup>

## 2.3. Begriffsverständnis und Definition

Als Einstieg in die Studie wurde zunächst die offene Frage gestellt, was die Teilnehmer\*innen allgemein unter dem Begriff „Grundrechte“ verstehen bzw. wie sie diesen definieren. Dabei zeigt sich, dass lediglich 4% aller Befragten eine Aussage treffen, die (auch nur annähernd) ein Grundrechtsverständnis von „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten“ iSd B-VG vorweisen. Weitere 8% machen Angaben, die in wesentlichen Zügen korrekt sind, wobei als Kriterium auf eine Nennung der Verfassung, die den Grundrechten immanente Eigenschaft als höherrangige Rechte sowie die Konzeption von Grundrechten als primär staatsgerichtete Abwehrrechte wertgelegt wurde. Insgesamt lassen somit nur 12% aller Befragten ein rechtlich korrektes bzw. wesentlich richtiges Begriffsverständnis erkennen;<sup>28</sup> in lediglich 10% aller Fälle wird ein ausdrücklicher Zusammenhang zwischen Grundrechten und Verfassung hergestellt.<sup>29</sup>

---

25 Um Personen mit juristischem Bildungs- bzw. Arbeitshintergrund zu sichten, wurde eine entsprechende Kontrollvariable eingefügt. Der Anteil dieser Untergruppe beträgt rund 5%.

26 Der Online-Survey wurde über das Open Source Umfragetool LimeSurvey durchgeführt.

27 Die Zuordnung der einzelnen Antworten ist, dem qualitativen Datenmaterial entsprechend, approximativ. Die Codierung orientiert sich am manifesten Wortlaut, dh es wurde nicht interpretiert wie die Antworten (unter Umständen auch) gemeint sein könnten, sondern anhand der tatsächlich vorliegenden Formulierung codiert.

28 Analysiert man den Datensatz ohne jene Gruppe an Personen, die von sich angibt, einen juristischen Bildungs- oder Arbeitshintergrund zu haben, reduziert sich der Anteil der als korrekt anzusehenden Definitionen lediglich um 1%.

29 Die Befragten verweisen dabei auf den Begriff „Verfassung“ bzw. Varianten wie „Verfassungsrecht“ oder „verfassungsgesetzlich“.

Die Mehrheit aller Befragten macht ansatzweise richtige (14%) bis mangelhafte (37%) Angaben. Eingehende Analysen des qualitativen Datenmaterials zeigen, dass die Antworten in diesen beiden Kategorien nicht immer trennscharf voneinander abgrenzbar sind; es handelt sich um alltagssprachliche Aussagen, die inhaltlich vielfach Überschneidungen aufweisen und sich im weitesten Sinne auf den Begriff der „Menschenrechte“ beziehen, oder von Rechten sprechen, „die jedem Menschen“ oder „allen Menschen ungeachtet ihrer Herkunft“ zustehen. Derartige Annahmen sind insoweit nicht unrichtig, da österreichische Grundrechte regelmäßig auch als Menschenrechte ausgestaltet sind und sich somit nicht ausschließlich auf Staatsbürger\*innen beziehen. Die kategorische Gruppe mangelhafter Angaben beinhalten jedoch auch eine Reihe von Aussagen, in denen primär auf soziale Grundrechte verwiesen wird, welche in der österreichischen Verfassung, wenn überhaupt, nur ansatzweise verwirklicht sind.<sup>30</sup>

In Abgrenzung dazu machen rund 8% der Befragten unzureichende bzw wesentlich unkorrekte Aussagen. Dies ist bspw dann der Fall, wenn davon ausgegangen wird, dass es sich um Rechte handelt, „die nicht an der Staatsbürgerschaft anknüpfen“ oder „allen Menschen, auf der ganzen Welt zustehen“, wobei der territoriale Bezug zu Österreich nicht nur fehlt, sondern explizit falsch geäußert wird. Darüber hinaus lassen sich rund 16% an Antworten ausmachen, die lediglich eine (un-)korrekte Aufzählung von Grundrechten beinhalten, jedoch keine Beschreibung oder Definition des Begriffs formulieren, wobei dies mitunter als Zeichen der Überforderung zu interpretieren ist; die qualitativ-offene Einstiegsfrage wurde wiederholt als relativ anspruchsvoll bezeichnet. Schließlich machen rund 6% aller Befragten keine Angaben.

Es zeigt sich somit bereits anhand der ersten Fragen ein tendenziell diffuses Verständnis, dass überwiegend eine Verbindung zu allgemeingültigen (bzw universellen) Menschenrechten sowie sozialen Grundrechten herstellt, den verfassungsrechtlichen Bezug und dessen staatlich-territoriale Komponente aber vielfach nicht zum Ausdruck bringt.

In soziodemografischer Hinsicht zeigen sich ua leichte aber inhaltlich plausible und statistisch signifikante Zusammenhänge mit Alter und Bildung; je höher der Bildungsgrad<sup>31</sup> und je älter die Befragten,<sup>32</sup> desto eher liefern diese auch eine korrektere Beschreibung bzw Definition des Begriffs.

## 2.4. Kenntnis einzelner Grundrechte

In einer weiteren (offenen) Frage wurde ermittelt, welche Grundrechte die Befragten generell kennen.<sup>33</sup> Im Schnitt lassen sich rund vier Nennungen zählen;<sup>34</sup> diese beinhalten

30 Jedenfalls finden sich keine grundrechtlichen Verankerungen auf ein Recht auf Wasser oder ein Recht auf Grundversorgung.

31 Korrelation (Spearman-Rho):  $r_s = ,164^{**}$  ( $\alpha = 0,01$ ).

32 Korrelation (Spearman-Rho):  $r_s = ,146^{**}$  ( $\alpha = 0,01$ ).

33 „Welche österreichischen Grundrechte kennen Sie? (offene Antwortmöglichkeit, bitte max. 10 Nennungen).“

34 Mittelwert = 4,34; Median = 4.

jedoch auch vermeintliche Rechte bzw Ansprüche, welche „die Menschen“ nach Ansicht der Befragten „haben sollten“. Lässt man nur jene Nennungen gelten, die sich auch im österreichischen Verfassungsrecht wiederfinden, reduziert sich die Anzahl auf zwei bis drei Grundrechte.<sup>35</sup> Nur etwa 1% der 504 Befragten nennen zehn oder mehr Grundrechte; schließlich machen rund 20% aller Befragten entweder überhaupt keine oder keine korrekte Angabe.

Als häufigste Nennung lässt sich mit 48% das Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit feststellen.<sup>36</sup> Mit einem deutlichen Abstand folgt an zweiter Stelle mit rund 31% die Glaubens-, Gewissens- bzw Religionsfreiheit.<sup>37</sup> Demgegenüber steht bereits an dritter Stelle die unzutreffende Annahme von 29% der Befragten, dass in der österreichischen Verfassung soziale Grund- bzw Menschenrechte verankert wären, wobei besonders häufig ein „Recht auf Arbeit“,<sup>38</sup> „(sauberes) Wasser“,<sup>39</sup> „Nahrung“<sup>40</sup> oder Formen der „Gesundheitsversorgung“<sup>41</sup> verwiesen wird. Darüber hinaus finden sich wiederholt Aussagen hinsichtlich eines Rechts auf „Wohnraum“, „Schlafplatz“ oder „warme Nächtigungsmöglichkeit“.<sup>42</sup>

Daran anschließend folgen sodann wieder Freiheitsrechte, wie das Recht auf Leben mit rund 27%,<sup>43</sup> und das Recht auf Freiheit mit 24%.<sup>44</sup> Immerhin noch 23% der Befragten erwähnen das Wahlrecht;<sup>45</sup> schließlich folgt mit 22% eine Gruppe von Aussagen, die im weitesten Sinne den Gleichheitssatz berühren, wobei auch von einem „Antidiskriminierungsrecht“ gesprochen wird,<sup>46</sup> und mit 18% die Vereins- und Versammlungsfreiheit.<sup>47</sup> In Hinblick auf die Kenntnis einzelner Rechtspositionen zeigt sich somit, dass politische Freiheitsrechte im Vordergrund stehen; die zusammengefasste Gruppe der Verfahrens-

35 Mittelwert = 2,64; Median = 2.

36 ISv Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK. Die Befragten sprechen auch von „freier Meinungsäußerung“ oder „Redefreiheit“.

37 ISv Art 14 und 16 StGG sowie Art 9 EMRK. Die Befragten sprechen auch von einem „freier Religionsausübung“, „freier religiöser Wahl“ oder „Glaubens- & Gewissensfreiheit“.

38 Die Befragten sprechen auch von einem „Recht auf Arbeit“, oder „Arbeitsrecht“.

39 Die Befragten sprechen auch von „Leitungswasser bekommen, ohne zahlen zu müssen“, „Zugang zu Wasser“ oder „Recht auf sauberes Trinkwasser“.

40 Die Befragten sprechen auch von einem „Recht auf Nahrung“, „Nahrungsmittel“, „Recht auf Essen“ oder „zu essen zu haben“.

41 Die Befragten sprechen auch von einem „Recht auf gesundheitliche Versorgung“, „Gesundheit“, „medizinische Versorgung“ oder einem „Recht auf medizinische Verpflegung“.

42 Die Befragten sprechen auch von einem „Recht auf Wohnen“, „Wohnmöglichkeit“, „ein Dach über dem Kopf“, „Recht auf Obdach“; auch eine „Versorgung von Strom“ wird genannt.

43 ISv Art 85 B-VG, Art 2 EMRK sowie Art 6 ZPEMRK. Die Befragten sprechen auch von der „Unantastbarkeit des Lebens“, einem Recht auf „Leben von der Empfängnis bis zum Tod“ oder einem „Recht auf nicht umgebracht werden“.

44 ISv Art 5 EMRK sowie dem BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit. Die Befragten sprechen auch von einem „Grundrecht auf persönliche Autonomie“, der „Freiheit als solcher“, sowie einem „Recht auf Freiheitsäußerung“ und einem „Freiheitsgebot“.

45 ISv Art 26, 60, 95 und 117 B-VG. Die Befragten sprechen auch von „Wahlgeheimnis“, „freier Wahl des politischen Bekenntnisses“, oder schlicht dem „Recht wählen zu gehen“.

46 ISv Art 7 B-VG sowie Art 2 StGG. Die Befragten sprechen auch von „Gleichberechtigung“, „Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz“ sowie „Chancengleichheit“, „Recht auf Gleichgesinntheit“ oder „Gleichstellung Mann u. Frau“.

47 ISv Art 12 StGG. Die Befragten sprechen auch von einem „Recht auf Versammlungsausübung“, „Demo-Recht“ oder dem „Recht auf Protest“.

rechte liegt mit 9% nicht mehr unter den Top 10;<sup>48</sup> Rechte von (ethnischen) Minderheiten sind mit 2% nicht mehr unter den Top 15 vertreten.<sup>49</sup>

## 2.5. Rechtsbehelfe

Schließlich adressiert die empirische Erhebung die Möglichkeiten, sich gegen Grundrechtsverletzungen zu wehren.<sup>50</sup> Dabei zeigt das Antwortverhalten eine bunte Vielfalt verschiedener Rechtswege und verfahrensrechtlicher Begrifflichkeiten. So wird von den Befragten „eingeklagt“, „verklagt“, „beklagt“ und „angeklagt“ ebenso wie ein „Recht auf Ausübung eingelegt“, „Einspruch erhoben“ oder ein „Gegenspruch eingeleitet“. Insgesamt verweisen rund 27% der Gesamtstichprobe in ihren Antworten im weitesten Sinne auf den Begriff „Gericht“, wobei sämtliche Varianten wie zB „Bezirksgericht“, „Verwaltungsgericht“ oder „OGH“, aber auch „Gerichtsweg“, sowie „EU-Gericht“ gezählt wurden. In lediglich rund 9% aller Antworten wird ausdrücklich der VfGH genannt.<sup>51</sup> Ebenfalls nur rund 13% aller Befragten ziehen in Betracht, im Fall einer Grundrechtsverletzung eine\*n Anwält\*in zu konsultieren. Zudem wird angemerkt, dass das zu Rate ziehen eines\*einer Anwält\*in wesentlich davon abhängt, ob man „genug Geld habe“ und es sich leisten könne. Weiters verweisen nur rund 5% auf die Möglichkeit, sich an einschlägige Interessenvertretungen und NGOs wie bspw die Arbeiterkammer oder Amnesty International zu wenden. Bemerkenswert ist auch, dass die Befragten wiederholt davon sprechen, im Fall erst „googlen“ zu müssen, um in Erfahrung zu bringen „wie man vorgeht“. <sup>52</sup> Als Maßnahme wird zudem in Erwägung gezogen, Grundrechtsverletzungen via Social Media zu veröffentlichen oder die Presse zu informieren.<sup>53</sup>

## 2.6. Zusammenfassung und Diskussion

Wie ist dieser empirische Einblick nun aus verfassungsrechtlicher Sicht einzuordnen? Zwar zeigt sich keine völlige Unkenntnis, das ermittelte Wissen der Bevölkerung kann jedoch – im Vergleich zur Anzahl und Vielfalt bestehender Grundrechte in Österreich –

48 ISv Art 83 Abs 2 B-VG sowie Art 6 EMRK. Die Befragten sprechen von „gerechter Behandlung vor einem Gericht“, „Recht auf fairen Prozess“, „Keine Verurteilungen ohne Verfahren/Richter“, „das Recht sich vor Gericht verteidigen zu können“ oder der „Unschuldsvermutung“.

49 ISv Art 62 ff des Staatsvertrags von Saint-Germain, Art 7 des Staatsvertrags von Wien sowie dem BVG über die Rechte von Kindern oder zB dem Minderheiten-Schulgesetz für das Burgenland. Die Befragten sprechen auch einfach von „Minderheitenschutz“ oder einem „Recht der Kinder auf Schutz“.

50 „Frage: Was können Sie machen, wenn Ihre Grundrechte verletzt werden? (offene Antwortmöglichkeit).“

51 Wenig überraschend lässt sich in diesem Punkt eine signifikante Korrelation mit jener Personengruppe ausmachen, die für sich angibt, einen juristischen Bildungs- oder Arbeitshintergrund zu haben; Korrelation (Spearman-Rho):  $r_s = ,206^{**}$  ( $\alpha = 0,01$ ). Darüber hinaus zeigt sich, ähnlich gelagert, auch ein signifikanter Zusammenhang mit dem Bildungsniveau der Respondent\*innen; Korrelation (Spearman-Rho):  $r_s = ,188^{**}$  ( $\alpha = 0,01$ ).

52 So bspw auch „weiß ich nicht, müsste ich googlen, wie man vorgeht“ oder auch „‘Dr. Google‘ und Wikipedia helfen jetzt zumindest einen Überblick zu erhalten“.

53 So zB „in den Social Medien verbreiten“, „auf den Social Media Plattformen veröffentlichen“ oder „nicht schweigen (ORF anrufen)“ sowie „an die Öffentlichkeit gehen Politiker kontaktieren in die Presse gehen“.

als eher bescheiden bezeichnet werden. Mit Bezug auf das B-VG 1920 lassen sich jedenfalls drei Ergebnisse als markant hervorheben:

- Die überwiegende Zahl der Befragten äußert keinen Zusammenhang zwischen Grundrechten und Verfassung.
- Nur ein Drittel aller Befragten verweist im weitesten Sinne auf die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes; der explizite Bezug zum VfGH, als höchste innerstaatliche Instanz des Grundrechtsschutzes<sup>54</sup> bleibt von einer deutlichen Mehrheit unerwähnt.
- Soziale Grundrechte (im weitesten Sinn) werden von rund einem Drittel der Befragten als Teil der österreichischen Grundrechte gesehen.

Als Erklärung dieses Befunds bietet sich weiterführend vor allem die formale Fragmentierung der österreichischen Grundrechte an; zudem scheint es an einer entsprechenden Offenlegung des historischen Grundrechtsnarrativs zu mangeln – für die grundrechtliche Wissensvermittlung und Stärkung des Grundrechtsbewusstseins scheinen beide Aspekte von wesentlicher Bedeutung.

### 3. Erklärungsansatz: Fragmentierungsthese

#### 3.1. Rechtsvergleichender Blick

Ein rechtsvergleichender Blick zeigt eine völlig andere grundrechtliche Ausgangssituation. Das deutsche Grundgesetz von 1949 setzt – in Reaktion auf die Gräueltaten des Nationalsozialismus – die Grundrechte an den Beginn der Verfassung. Die deutsche Verfassung beginnt in Art 1 GG mit dem Satz „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“<sup>55</sup> Daran anschließend finden sich bis Art 19 GG die einzelnen Grundrechte sowie die damit in Zusammenhang stehenden Regeln. Im deutschen Verfassungsrecht können die Grundrechte daher einfach nachgelesen werden. Überdies normiert Art 79 Abs 1 1. Satz GG das sogenannte Inkorporationsgebot, demzufolge Änderungen der deutschen Verfassung nur im Rahmen des Grundgesetzes erfolgen dürfen.<sup>56</sup>

Im Vergleich dazu sind die Grundrechte in Österreich über die gesamte Breite des Verfassungsrechts verstreut. Diese Situation der grundrechtlichen Fragmentierung findet ihre Ursache in zwei Gründen, einem politischen und einem normativen.

#### 3.2. Verfassungspolitische Ursachen der Fragmentierung

Grundrechte sind in Österreich politisch umstritten. Das bekannteste Beispiel dafür stellt das Ringen um die Grundrechte im Jahr 1920 dar. Während von Seiten der sozialdemo-

<sup>54</sup> Damit soll weder die Bedeutung des OGH noch des VfGH für den Grundrechtsschutz geschmälert werden.

<sup>55</sup> Zur Menschenwürde siehe *Korinek*, Der Schutz der Menschenwürde im Verfassungsrecht und im internationalen Recht, in *Harrer/Honsell/Mader* (Hrsg), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly (2011) 257 (257 ff).

<sup>56</sup> Eine entsprechende Studie zur Relation von Grundrechten zur Verfassung scheint in Deutschland nicht zu bestehen. Umgekehrt wurden aber verfassungsrechtliche Inhalte abgefragt, die einen deutlichen Bezug zu Grundrechten aufweisen; siehe [www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/grundgesetzstudie](http://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/grundgesetzstudie) (1.9.2020).

kratischen Partei laizistische Elemente und Gesetzgebungsaufträge für Arbeiter\*innenrechte und soziale Absicherungen im Grundrechtsentwurf vorgesehen waren, enthielten die konservativen Entwürfe traditionelle Freiheitsrechte sowie den Gleichheitssatz, welcher dann auch im Rahmen des B-VG umgesetzt wurde.<sup>57</sup> Die Übernahme des StGG 1867 gewährleistete die Kontinuität des Grundrechtsschutzes; soziale Grundrechte wurden in kompilatorischer Form nicht in das österreichische Verfassungsrecht aufgenommen.<sup>58</sup>

Der Versuch der Erstellung eines österreichischen Grundrechtskatalogs begleitet die Zweite Republik bis hin zum Österreich-Konvent 2003-2005, bei dem es wiederum aufgrund politischer Differenzen – insb im Hinblick auf die Integration von sozialen Grundrechten – zu keiner Einigung<sup>59</sup> kam.<sup>60</sup>

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage gibt es in Österreich somit nicht das „eine“ Dokument, in dem die Grundrechte nachgelesen werden können. Vielmehr liegt eine graduelle Übernahme unterschiedlicher Grundrechtskataloge vor; neben dem StGG wurde bspw auch die EMRK sowie die UN-Kinderrechtskonvention übernommen. So sind es bis heute zahlreiche völkerrechtliche Dokumente, die ihren Weg in die österreichische Verfassung gefunden haben, und auf diese Weise Grundrechte gewährleisten.<sup>61</sup> Schließlich integrierte die Rsp des VfGH auch die EU-GRC,<sup>62</sup> zwar nicht formell aber prozedural-materiell, in den verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutz.<sup>63</sup> Damit angesprochen ist aber bereits eine andere Facette des österreichischen Verfassungsrechts, konkret das fehlende Inkorporationsgebot.

### 3.3. Fehlendes Inkorporationsgebot als charakteristisches Verfassungsdesign

Die Fragmentierung der Grundrechte in Österreich basiert nicht nur auf dem politischen Dissens maßgeblicher Entscheidungsträger\*innen, sondern auch auf einer Besonderheit des österreichischen Verfassungskonzepts. Im Gegensatz zu vielen anderen Staaten fin-

57 Siehe dazu *Schäffer*, Die Entwicklung der Grundrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in Österreich, Bd VII/1<sup>2</sup> (2014) 3 (25ff).

58 Ansätze finden sich etwa im Gleichheitssatz (siehe *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz [2008] 659ff), im BVG Kinderrechte (*Fuchs*, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 91) oder in der Auslegung einzelner Bestimmungen der EMRK.

59 *Funk*, Soziale Grundrechte und Konsenssuche im Österreich-Konvent, in *Hammer* ua (Hrsg), FS Öhlinger (2004) 248 (249 ff).

60 Die politischen Konflikte um Grundrechte manifestieren sich aber nicht nur in Bezug auf die Integration sozialer Grundrechte, sondern auch bei der Umsetzung und Festlegung von Minderheitenrechten, wie der Ortstafelkonflikt – ebenso wie dessen Beilegung – zeigte. Siehe etwa *Bender-Säbelkampf/Lachmayer*, Kampf ums Recht: Minderheitenschutz, Rechtsstaat und Verfassungsgerichtshof. Das österreichische Fallbeispiel im europäischen Spannungsfeld, in *Andrássy Gyula Deutschsprachige Universität Budapest* (Hrsg), Der Donau-Raum in Europa (2012) 336 (337 ff).

61 Angesprochen ist damit etwa der StV St Germain 1919, StV Wien 1955 oder das BVG Verbot rassistischer Diskriminierung.

62 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl 2000, C 364/1.

63 Siehe VfSlg 19.632/2012 sowie etwa *Grabenwarter*, Europäische Grundrechte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, JRP 2012, 298; *Mayr*, Verfassungsgerichtlicher Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab im Spannungsfeld nationaler, konventions- und unionsrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen, ZfV 2012, 401; *Merli*, Umleitung der Rechtsgeschichte, JRP 2012, 355; *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587.

den sich die verfassungsgesetzlichen Bestimmungen in Österreich nicht in einem einzigen Verfassungsdokument.<sup>64</sup> Bereits das B-VG 1920 sprach gem Art 44 Abs 1 leg cit im Hinblick auf die Änderung von Verfassungsrecht von „*Verfassungsgesetze[n] oder in einfachen Gesetzen enthaltene[n] Verfassungsbestimmungen*“.

So finden sich neben dem Kerndokument des B-VG 1920 nicht nur zahlreiche weitere Bundesverfassungsgesetze und inkorporierte völkerrechtliche Abkommen, sondern auch über 300 Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen.<sup>65</sup> Die formale Zersplitterung der Verfassung schuf einerseits die Möglichkeit für eine schrittweise Erweiterung der verankerten Grundrechte, führte andererseits aber auch zu deren problematischen Verteilung über zahlreiche unterschiedliche verfassungsrechtliche Rechtsquellen.

Wenngleich auf Basis der durchgeführten Studie kein Kausalzusammenhang nachweisbar ist, scheint es aus rechtssoziologischer Sicht grundsätzlich plausibel, dass die geschilderte Fragmentierung der Verfassung, die Vermittlung des Grundrechtswissen erheblich erschwert. Das Auffinden von Grundrechten setzt – zumindest für Nicht-Jurist\*innen – eine gewisse „Lust zum Lösen von Denksportaufgaben“ oder „archivarischen Fleiss“ voraus.<sup>66</sup> Da der allgemeinen Bevölkerung eine derart intensive Auseinandersetzung mit den Rechtsquellen des Verfassungsrechts realistischerweise nicht zugemutet werden kann, bleiben die Grundrechte für die Rechtsadressat\*innen in Österreich letztlich in einem Konvolut von Rechtstexten versteckt.

#### 4. Notwendigkeit des Grundrechtswissens

Der vorliegende Beitrag versteht sich nicht als Plädoyer für einen neuen Anlauf zu einem österreichischen Grundrechtskatalog. Die Erinnerungen an das Scheitern vor 15 Jahren im Rahmen des Österreich-Konvents sind dafür zu präsent. Im letzten Jahrzehnt steht das Thema eines nationalen Grundrechtskatalogs – in Ablehnung der EMRK – überdies im Kontext populistischer Bewegungen, die sich dadurch auch eine Einschränkung bzw verstärkte Kontrolle der Grundrechtsentwicklungen erhoffen oder – wie etwa in Ungarn – überhaupt eine „illiberale Demokratie“<sup>67</sup> begründen wollen.

Vielmehr geht es um die Frage nach den notwendigen Bedingungen, wie das Grundrechtsbewusstsein und -wissen in der Bevölkerung gestärkt werden kann. Dabei liegen die fehlende Puzzlestücke nicht nur in der Abwesenheit eines Grundrechtskatalogs, sondern auch in der mangelhaften Offenlegung eines entsprechenden Grundrechtsnarrativs

---

64 Siehe etwa *Wiederin*, Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung, ZöR 2004, 175 (180 f); *Lachmayer*, Zwischen Ordnung und Chaos. Von der Notwendigkeit der Verfassungsvereinigung und der Illusion des Inkorporationsgebotes, JRP 2007, 200.

65 Vor der Verfassungsvereinigung im Jahr 2008 (BGBl I 2008/2) fanden sich noch über 1.300 Bestimmungen.

66 Auch wenn damit keine Verfassungswidrigkeit iSd Rechtsstaats-Rsp des VfGH vorliegt, so bedeutet die legitistische Situation eine große Herausforderung für die adressierte Bevölkerung. Für die angeführten Zitate s VfSlg 3130/1956 und 12420/1990.

67 Siehe *Jákab*, Das ungarische Konzept der Umgestaltung, in *Müller* (Hrsg), Krise – der liberalen Demokratie? (2019) 99 (103).

zur Vermittlung des Wissens. Grundrechte sind in diesem Sinn als normativ festgeschriebene Geschichte und zivilisatorische Errungenschaften zu lesen. Einen wesentlichen Aspekt stellt dabei die gelebte Kultur im Umgang mit den historischen Wurzeln der Grundrechte dar.

Verfassungsgesetzlich gewährleistete subjektiv-öffentliche Rechte sind nicht zufällig entstanden. Gesellschaftliche Unterdrückung und soziale Ungerechtigkeit manifestierte den ursprünglichen Drang der Bevölkerung fundamentale Rechtspositionen in einer Verfassung zu verbrieften. So kann in Österreich exemplarisch auf *Franz Hebenstreit* verwiesen werden, dessen Verfahren aus dem 18. Jahrhundert (!) von der Stadt Wien im Jahr 2010 bemerkenswerter Weise wieder aufgenommen wurde. *Hebenstreit von Streitenfeld* war österreichischer Freiheitskämpfer für Demokratie und Grundrechte in Zeiten der amerikanischen und französischen Revolution. Er wurde Opfer einer Politjustiz und aufgrund des Vorwurfs auf Hochverrat 1795 hingerichtet; „sein Schädel [wurde bis 2012] – gegen alle heutigen Grundsätze der Zivilisation und Ethik – im Kriminalmuseum in der Leopoldstadt ausgestellt.“<sup>68</sup> *Hebenstreit* wurde nachträglich freigesprochen; im kollektiven Gedächtnis Österreichs spielt er dennoch eine untergeordnete Rolle.<sup>69</sup>

Derartige Narrative bilden aber bloß die Basis zur Schaffung und Aktivierung eines österreichischen Grundrechtsbewusstseins; letztlich geht es auch um die praktische Überführung des Wissens in die Lebensrealität des 21. Jahrhunderts. Wie die COVID-19 Krise zeigt<sup>70</sup> sind grundrechtliche Fragen höchst aktuell; unsere Gesellschaft sieht sich auch heute noch mit zahlreichen Herausforderungen in der Aufrechterhaltung verfassungsgesetzlich gewährleisteter subjektiv-öffentlicher Rechte konfrontiert.<sup>71</sup> Dabei gilt es der Bevölkerung nicht nur die persönliche Betroffenheit als solche erkennbar zu machen, sondern im Fall von konkreten Eingriffen und Verletzungen auch entsprechende Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

In der Vermittlung von Grundrechtswissen bedarf es in Österreich jedenfalls weiteren Aufwands; dies geht nicht zuletzt auch unmittelbar aus der empirischen Erhebung hervor, in welcher die Befragten die Thematik nicht nur wiederholt als „sehr wichtig“ bezeichnen und „mehr Schutz“ fordern, sondern auch die Ansicht vertreten, dass es in Medien, Schulen und anderen Bildungseinrichtungen „mehr Information“ und „bessere Aufklärung“ dazu bräuchte. Ein solcher Aufwand zur Grundrechtsvermittlung erweist

68 MA 53, Franz Hebenstreit nach 215 Jahren freigesprochen und rehabilitiert, [www.ots.at/presseaussendung/OTS\\_20100701\\_OTS0175](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20100701_OTS0175) (1.9.2020).

69 Siehe dazu etwa *Emanuel*, Ausgang: Franz Hebenstreit (1747-1795). Schattenrisse der Wiener DemokratInnen 1794 (2010).

70 Siehe dazu die Erkenntnisse des VfGH v 14.7.2020, G 202/2020, V 408/2020, V 411/2020, V 363/2020; sowie in diesem Heft *Blaßnig*, In Zeiten der Infodemie. Staatliche Desinformation in der Corona-Krise, *juridikum* 2020, 433.

71 So wurden unter dem Eindruck gesundheitlicher Notwendigkeiten rasch zentrale Freiheitsrechte eingeschränkt; zahlreiche grund- und gesundheitsrechtliche Problemstellungen harren in diesem Zusammenhang nun der höchstgerichtlichen Entscheidung durch den VfGH. Als Bsp kann etwa das Versammlungsrecht dienen; siehe dazu *Gstöttner/Lachmayer*, Versammlungsrecht in Zeiten der Pandemie. Eine verfassungsrechtliche Analyse der neuen epidemierechtlichen Bestimmungen, *Nova & Varia* 2020, 124.

sich weder als unüberwindbar noch als unmöglich; es gilt schlicht die nötigen Rahmenbedingungen zu schaffen, um die erforderliche Übersetzungsleistung von fragmentierten Gesetzestexten in eine verständliche und zugängliche Form zu gewährleisten, wobei vor allem die Verknüpfung zwischen Grundrechten und deren staatlich-territorialer Wirkung über die österreichische Verfassung sowie die Bedeutung des VfGH als zentrale Instanz des Grundrechtsschutzes hervorzuheben wäre.<sup>72</sup>

Dr. Konrad Lachmayer ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Europarecht und Grundlagen des Rechts an der Fakultät für Rechtswissenschaften der Sigmund Freud Privatuniversität; konrad.lachmayer@jus.sfu.ac.at.

Robert Rothmann, Bakk. phil. MA ist Rechtssoziologe, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Research Institute – Digital Human Rights Center und Lehrbeauftragter an der Sigmund Freud Privatuniversität; robert.rothmann@mail.sfu.ac.at.

---

<sup>72</sup> Nicht zuletzt soll dieses Anliegen künftig auch über die anlässlich des 100-jährigen B-VG Jubiläums entwickelte Informationsplattform [www.grundrechte.at](http://www.grundrechte.at) verfolgt werden.

# Thema: Sanfte Verwaltung

## Vorwort der Gastherausgeber\_innen

Maximilian Blaßnig / Lorenz Dopplinger

---

### 1. Eine negative Annäherung an die sanfte Verwaltung

*„Die Figur des Hirten erscheint hier als Gegenentwurf zu jener des Souveräns, der über das Land gebietet und die Truppen befiehlt, der Gesetze erlässt und Recht spricht, der Steuern eintreibt und Kriegsdienste einfordert, sich ansonsten um Tun und Lassen seiner Untertanen aber nicht weiter schert. Während der Souverän herrscht, aber nicht regiert, verhält es sich beim Hirten gerade umgekehrt.“<sup>1</sup>*

In Ermangelung einer allgemein anerkannten Definition des Phänomens der sanften Verwaltung<sup>2</sup> bietet es sich an, eine Metapher wie jene des *guten Hirten* heranzuziehen. Der Soziologe *Ulrich Bröckling* betreibt in seinem Werk „Gute Hirten führen sanft“ eine Soziologie der „Menschenregierungskünste“ und spürt der Hirtenmetapher nach, wobei er die groben Konturen dieses Bildes zunächst mithilfe einer negativen Definition zeichnet.<sup>3</sup> Auch für das österreichische (Verwaltungs-)Recht liegt es nahe, eingangs festzuhalten, was nicht unter sanfte Verwaltung fällt: Sie ist keine Form der Verhaltenssteuerung, die auf die klassischen staatlichen Steuerungsmittel des Befehls, des unmittelbaren Zwanges und der Sanktion setzt. Sanfte Verwaltung verzichtet darauf, den Rechtsunterworfenen ein gewünschtes oder verpöntes Verhalten rechtsförmlich zu ge- oder verbieten. Hierin liegt demgemäß ein taugliches Abgrenzungskriterium, um die sanfte Verwaltung von den typisierten Verwaltungsakten (Verordnung, Bescheid und AuvBZ) zu unterscheiden.<sup>4</sup>

---

1 *Bröckling*, Gute Hirten führen sanft. Über Menschenregierungskünste<sup>3</sup> (2019) 19.

2 Vgl *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2017) Rz 682, der aus der deutschen Literatur den Begriff des „informalen Verwaltungshandelns“ übernimmt. Auch der von *Bröckling* gewählte Rückgriff auf den Begriff „sanft“ zur Umschreibung dieser Techniken ist der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht fremd, vgl bspw *Stöger*, Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente und Verfassungsrecht. Einige Gedanken, ALJ 2014, 89 (95). Die konkrete Wendung „sanfte Verwaltung“ taucht, soweit ersichtlich, erstmals im Titel eines von *Pöschl/Merli/Wiederin* im Wintersemester 2017 an der Universität Wien geleiteten Seminars auf.

3 Vgl *Bröckling*, Gute Hirten 15 ff, der sich bei seiner Analyse va auf *Michel Foucault* bezieht, der im ersten Beitrag dieses Schwerpunktes (*Fleisch*, Die Verwaltung des Selbst und der Anderen. Neue Verwaltungstechnologien mit Foucault gedacht, *juridikum* 2020, 489) ausführlicher behandelt wird.

4 Zur „Normativität“ als essentielles Merkmal dieser förmlichen Verwaltungsakte s ZB *Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 762-771 (Verordnung), Rz 860-881 (Bescheid) und Rz 978-999 (AuvBZ).

## 2. Eine positive Annäherung an die sanfte Verwaltung

„Der Hirte muss seine Schäfchen jeden Tag von Neuem zählen, um sicherzustellen, das[s] keines fehlt; er muss mit den Bedürfnissen eines jeden vertraut sein, muss dessen Verhalten und geheimste seelische Regungen kennen. Je mehr er von ihm weiß, desto subtiler kann er es lenken. [...] Eine solche Führung beruht nicht auf Zwang, sondern auf der Bereitschaft der Geführten, sich führen zu lassen. Mehr noch als am folgsamen Handeln der Schafe erweist sich die Autorität des Hirten daran, dass diese sein Wollen zu ihrem eigenen machen.“<sup>5</sup>

Zu den augenscheinlichsten Formen sanfter Führung durch die „säkularen Nachfolger des guten Hirten“<sup>6</sup> zählt die Technik des *Nudging*<sup>7</sup>: Sie beruht auf dem Gedanken, dass sich Menschen vorhersehbar irrational verhalten. Diese Vorhersehbarkeit ermöglicht es, durch ein gezieltes *Anstupsen* unsere tagtäglich zu treffenden Entscheidungen zu beeinflussen, ohne auf harte Steuerungsinstrumente zurückgreifen zu müssen.<sup>8</sup> In der Verwaltungspraxis finden sich zahlreiche weitere Formen sanfter Verhaltenssteuerung. Im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung steht va staatliches Informationshandeln,<sup>9</sup> etwa Empfehlungen, Leitlinien, Stellungnahmen, Warnungen, Beratungen, Werbekampagnen oder sonstige Informationsservices. Neben Information ist auch Geld eine Steuerungsressource, die die öffentlich angestrebten Ziele in gewissen Situationen besser zu erreichen vermag als imperative Machtmittel. Zu denken ist etwa an Förderungen, die von verschiedensten staatlichen Akteur\*innen genutzt werden, um mannigfaltige Ziele zu erreichen, bspw in den Bereichen des Klimaschutzes, der Forschung, der Medienpolitik oder des Wohnbaus. Die Vielfalt sanfter Verwaltungstechniken spiegelt sich in den Beiträgen dieses Schwerpunktes wider.

## 3. Die sanfte Verwaltung als rechtliche Herausforderung

Indem die sanfte Verwaltung mit Steuerungsinstrumenten abseits der typisierten Hoheitsakte operiert, stellt sie das Recht immer wieder vor Herausforderungen. So wird der Staat bis heute regelmäßig primär vom *imperium* her gedacht. Besonders deutlich wird dies beim Rechtsschutz, der weitgehend an typisierte Hoheitsakte anknüpft und im Bereich informellen Verwaltungshandelns lückenhaft ist. Auch die Grundrechtsbindung wurde lange Zeit auf Hoheitsgewalt beschränkt; erst allmählich wurde sie auf schlicht-hoheitliches und sogar nicht-hoheitliches Verhalten des Staates erstreckt.<sup>10</sup> Diese Divergen-

5 Bröckling, Gute Hirten 21 f.

6 Bröckling, Gute Hirten 25.

7 Ausführlich beschrieben wurde das *Nudging* im Jahr 2008 durch den Rechtswissenschaftler Cass R. Sunstein und den Verhaltensökonom Richard H. Thaler, s Thaler/Sunstein, Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness (2008).

8 Bröckling, Gute Hirten 188 f.

9 Raschauer, Verwaltungsrecht Rz 683. Vgl auch Feik, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007).

10 Siehe dazu Dopplinger, Die Grundrechtssubjektivität staatlicher Akteure. Eine rechtsvergleichende Analyse des Grundrechtsverhältnisses (2020) 51 ff.

zen fußen ua auf der Annahme, abseits klassischer Formen der Hoheitsgewalt bestünde kein gleichartiges Gefahrenpotenzial für die Freiheit der Menschen. Inzwischen ist freilich evident, dass subtile Instrumente in ihrer Wirkmacht imperativen Machtmitteln häufig ebenbürtig, teils sogar überlegen sind. Es reicht folglich nicht aus, allein die Hoheitsgewalt zu bändigen und in rechtsstaatliche Ketten zu legen. Versucht der Staat, Bindungen und Verantwortung durch neue Techniken der Verhaltenssteuerung abzustreifen, gilt es, ihn – soweit erforderlich – wieder einzufangen. Im Detail ist dies aufwändig, da pauschale Ansätze zu kurz greifen, mithin Präzisionsarbeit geboten ist. Hier treten nicht zuletzt Rechtsprechung und Rechtswissenschaft auf den Plan, um die Grenzziehungen auszuloten: Sie haben die einzelnen Instrumente der sanften Verwaltung in den Blick zu nehmen, ihre Wirkweise zu analysieren und zu prüfen, inwieweit sie den verschiedenen für die staatliche Verwaltung geltenden Regelungsregimen (von Amtshaftung bis verwaltungsgerichtlicher Kontrolle) unterliegen.

#### 4. Die Beiträge des Schwerpunktes

Zunächst zeichnet *Adrian Fleisch* in Anlehnung an *Michel Foucaults* Vorlesungen zur Geschichte der Gouvernementalität die Entstehung sanfter Verwaltungstechniken nach und verortet sie in Relation zu anderen „Regierungskünsten“: Die vielfältigen Steuerungsformen, mit denen uns die moderne Verwaltung begegnet, von Befehl und Zwang, über verfahrensgeleitete administrative Rechtsetzung bis hin zur sanften Verhaltenssteuerung, lassen sich auf jeweils unterschiedliche Epochen zurückführen und gelangen heute nebeneinander zum Einsatz.

Anschließend explorieren eine Reihe von Beiträgen einzelne Spielarten sanfter Verwaltung: *Sidar Yaylagül* untersucht die staatliche Warnung als Instrument der informationellen Steuerung zur Gefahrenabwehr. Erscheint diese Technik für die Gewarnten als sanft, da sie nur informiert, aber zu keinem Verhalten gezwungen werden, verhält es sich für jene genau umgekehrt, vor denen gewarnt wird. Für sie geht die Warnung mit – bisweilen gravierenden – negativen Folgen einher, weshalb die Frage nach adäquatem Rechtsschutz unausweichlich ist.

*Laura Winninger* behandelt das Konzept „Beraten statt strafen“, das 2018 mit dem neuen § 33a in das Verwaltungsstrafgesetz (VStG)<sup>11</sup> eingeführt wurde. Wenn es nicht unbedingt notwendig oder auch nur zweckmäßig erscheint, die Übertretung von Strafvorschriften auch tatsächlich mit Strafen zu ahnden, sollen die Delinquent\*innen durch Beratung auf den rechten Weg geleitet werden. Die konkrete Umsetzung dieser Idee ist jedoch weit weniger sanft, als es ihr Name verspricht, zumal stets ein Verwaltungsstrafverfahren droht. Der Staat nimmt dabei eine schillernde Position ein, indem er bald als sanfter Hirte, bald als züchtigende Strafbehörde auftritt.

---

11 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl 1991/52 (WW) idF BGBl I 2018/58.

*Stefanie Bermesser* geht der Frage nach, inwiefern es sich bei staatlichen Ehrungen und Auszeichnungen um Formen sanfter Verhaltenssteuerung handelt. Diese Distinktionszeichen sollen insb Loyalitäten zwischen den Geehrten und dem Staat stärken, zudem dienen sie vorrangig der staatlichen Selbstinszenierung. Nach einer kurzen historischen Kontextualisierung widmet sich der Beitrag insb dem Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich als bedeutendster staatlicher Auszeichnung.

Abschließend fragt *Laura Rathmanner*, wer durch das Instrument der Bereitstellung von Geo- und Verkehrsdaten gesteuert wird. Die Autorin skizziert die diversen Einsatzgebiete dieser Daten und zeigt auf, wie durch deren Zurverfügungstellung gleichzeitig private und öffentliche Interessen gefördert werden. Die Geo- und Verkehrsdaten bilden hierbei nur einen kleinen Ausschnitt eines stark unionsrechtlich geprägten umfassenderen Informationsfreiheitsregimes, das ua darauf abzielt, die Informationen als wirtschaftlichen Rohstoff nutzbar zu machen.

## 5. Zum Abschluss: Sanfte Verwaltung während der COVID-19-Pandemie

Die Vielfalt sanfter Steuerungsmittel und ihren – hoheitliche Handlungsformen flankierenden – Gebrauch führte jüngst der Umgang mit der COVID-19-Pandemie besonders deutlich vor Augen: Neben gesetzlich und verordnungsmäßig verfügbaren Grundrechtsbeschränkungen, die außergewöhnliche Dimensionen aufweisen, werden zahlreiche andere, weniger prominente Instrumente verwendet. Wiewohl sie in der allgemeinen Diskussion, die lange va um Ausgangsbeschränkungen und Maskenpflicht kreiste, fast un bemerkt blieben, sind weiche Motivatoren der Krisenbekämpfung inzwischen omnipräsent: Klebestreifen am Boden weisen uns sanft auf den geforderten Mindestabstand hin, der Desinfektionsspender im Eingangsbereich lädt zur Beherzigung hoher Hygienestandards ein und Symbolbilder in Toiletten rufen unablässig die Bedeutung gründlichen Händewaschens in Erinnerung. Auch die Regierung kommuniziert verstärkt mit Symbolen: Während dem Versuch, mit einer Corona-Ampel die aktuelle Gefahrenlage möglichst klar zu kommunizieren, bislang wenig Erfolg beschieden war, etablierte sich der Babyelefant als Begleiter im stark frequentierten öffentlichen Raum. Unterlegt wird diese informationelle Steuerung durch eine flächendeckende Informationskampagne unter dem Motto: „Schau auf dich, schau auf mich“.<sup>12</sup> Geworben wird für die Einhaltung empfohlener und verordneter Verhaltensweisen, wobei die beiden Kategorien nicht immer leicht zu entwirren sind.<sup>13</sup> Welche Steuerungstechniken im weiteren Verlauf der Krisenbewältigung hinzutreten und welche letztlich als untauglich verworfen werden, gilt es mit In-

---

12 Zu dieser Informationskampagne s zB die beiden Anfragebeantwortungen durch den Bundeskanzler 1601/AB 27. GP und 1610/AB 27. GP.

13 Vgl auch den Debattenbeitrag in diesem Heft zu staatlicher Desinformation in der Corona-Krise, *Blaßnig*, In Zeiten der Infodemie. Staatliche Desinformation in der Corona-Krise, *juridikum* 2020, 433. Demnach hatte die desinformierende Regierungskommunikation zu den Ausgangsbeschränkungen verhaltenssteuernde Wirkung. Inwiefern es sich bei Desinformation noch um eine Form sanfter Verwaltung handelt, kann freilich diskutiert werden.

teresse zu beobachten. Gerade im Fall einer zunehmenden Pandemie-Müdigkeit<sup>14</sup> ist in den kommenden Monaten damit zu rechnen, dass verstärkt subtile Motivatoren aus dem Bereich der Verhaltenspsychologie genutzt werden. Dieser Schwerpunkt soll helfen, den Blick für die damit einhergehenden Problemstellungen zu schärfen.

Maximilian Blaßnig studiert Rechtswissenschaften und Politikwissenschaft an der Universität Wien, arbeitet als Studienassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; maximilian.blassnig@univie.ac.at

Dr. Lorenz Dopplinger arbeitet als Universitätsassistent (post doc) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; lorenz.dopplinger@univie.ac.at

---

14 *ORF*, WHO Europa warnt vor zunehmender CoV-Müdigkeit, *orf.at* v 6.10.2020, <https://orf.at/stories/3184092/> (7.10.2020).

# Die Verwaltung des Selbst und der Anderen

## Neue Verwaltungstechnologien mit Foucault gedacht

Adrian Fleisch

---

### 1. Einleitung

Dieser Beitrag soll die Hintergründe und Entstehungsgeschichte der heterogenen Phänomene neuer Verwaltungsmechanismen skizzieren. Das Ziel ist hierbei, einen formellen historisch-diskursiven Rahmen abzustecken und nicht etwaigen Fragen bezüglich der Rechtmäßigkeit oder Legalität jener Formen nachzugehen, die als „sanfte Verwaltung“ zusammengefasst werden.

Inwiefern verändern diese neuen Methoden die Verwaltung? Verändert sich nur ein Diskurs über politische Macht und staatliche Souveränität, insofern die Kompetenzen, die ausschließlich dem Verwaltungsapparat entspringen, offener zu Tage treten? Oder unterminieren diese neuen Verwaltungstechniken doch, wie Kritiker\*innen oft anklingen lassen, das Legalitätsprinzip und damit den Rechtsstaat? Zwei Erklärungsweisen scheinen sich zu etablieren: Zum einen, dass der Staat durch diese neuen Regierungstechniken seinen Subjekten mehr Freiheit bei gleichen Ergebnissen lassen kann, zum anderen umgekehrt, dass hier ein verkappt autoritärer Staat seine eigenen rechtsstaatlichen Prinzipien über Bord werfe, um Macht zu konzentrieren. Ohne diesen beiden Erklärungen jegliche Aussagekraft abzusprechen, liegt der Ursprung der Phänomene der sanften Verwaltung mit *Foucault* gedacht tiefer. Direkt im zentralen Epistème der staatlichen Strukturen der Nachkriegsordnung: Dem Neoliberalismus. Die Verwaltung der Menschen wird mittels ökonomischer Tools möglich, da deren Verhalten durch die Verallgemeinerungen eines ökonomistischen Menschenbilds auf alle gesellschaftlichen Bereiche nunmehr als nichts anderes als eine – wenn auch oft komplexe und mit „vorhersehbar irrationalen“<sup>1</sup> Aspekten gespickte – Kosten-Nutzen-Rechnung verstanden wird.

*Michel Foucault*, der große Genealoge und Machttheoretiker der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts, zeichnet in seiner Arbeit zwischen 1975 und '80 – insbesondere den Vorlesungsreihen von 1978 und 1979 am Collège de France<sup>2</sup> – eine Geschichte der modernen *Regierungskunst* nach, dem Liberalismus. Der Liberalismus entwickelte sich Ende

---

1 Der Begriff stammt vom Verhaltensökonom *Dan Ariely*, der einem populärwissenschaftlichen Buch, in dem er seine Arbeit zu irrationalem Verhalten und die Möglichkeiten zu dessen gezielter Steuerung vorstellt, den Titel „Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions“ (2010) gab.

2 *Foucault*, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität I (2006); *Foucault*, Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität II (2006).

des 18. Jahrhunderts aus einer Regierungsrationalt t (einer Menge an Prinzipien und Technologien zur Regierung von Menschen), die *Foucault* die „Staatsräson“ nennt.<sup>3</sup> Ausgehend davon soll hier ein kurzer Überblick über die verschiedenen Arten an „Regierungskünsten“, die das heterogene Geflecht des gegenwärtigen Staates ausmachen, geliefert werden, um mittels dieses *Foucault'schen* Analyserasters das Phänomen der „sanften Verwaltung“ verorten zu können.

## 2. Eine sehr kurze Genealogie des Liberalismus nach Foucault

Was hier in diesen wenigen Absätzen skizziert werden soll, beschreibt *Foucault* in zwei Jahren Vorlesungen: Staatsräson – hier lehnt er sich an einen italienischen Gelehrten des 17. Jahrhunderts namens *Giovanni Palazzo* an<sup>4</sup> – ist eine nicht ganz zufriedenstellende Übersetzung des polysemen Begriffs *raison d'Etat*, was soviel heißen kann wie „die Vernunft bezuglich des Staates“, aber auch „Essenz des Staates“, „situative Vernunft“ oder „Wesen des Zustands“. Der *Foucault'sche* Begriff erschöpft sich nicht im Verständnis der Staatsräson als aktive Rationalität, nach dem sie das Verhalten des Staates gegenüber den Individuen bestimmt: Eine Vernunft, die das Wohl des Staates über das seiner Subjekte stellt, was die landläufige Definition des Begriffs ist<sup>5</sup>. Bei *Foucault* ist sie auch passiv als das grundlegende Prinzip des Staates zu verstehen:

„Nichts an dieser Definition der Staatsräson [der von Palazzo und anderen, grob verkürzt die oben angefuhrte, Anm<sup>6</sup>] bezieht sich auf etwas anderes als den Staat selbst. [...] Kein Kosmos, keine Natur, keine Ordnung des Göttlichen ist in der Definition [...] pr sent. [...] Staatsräson ist eben die Essenz des Staates, und sie ist gleichermaßen die Kenntnis, die es erlaubt, gewissermaßen dem Hintergrund der Staatsräson zu folgen und ihm zu gehorchen.“<sup>7</sup>

Diese zirkuläre Logik – der Staat, der ausschließlich auf dem neuen Prinzip der Staatsräson aufgebaut ist, die wiederum nichts als den Staat selbst als Ziel hat – ist dem Gesetz übergeordnet. Die Staatsräson „muss den Gesetzen selbst befehlen“.<sup>8</sup> Dieses Prinzip entwickelt sich Ende des 16. Jahrhunderts und setzt sich mit dem Westfälischen Frieden von 1648 in Europa durch.<sup>9</sup> Im bekannten Ausspruch des Sonnenkönigs *Ludwig XIV* wird diese neue Logik auf den Punkt gebracht. Wenn er sagt: „L'état c'est moi“, drückt sich darin nicht primär jene Hybris aus, die der Satz seinen modernen H rer\*innen nahelegt,

3 Vgl *Foucault*, Sicherheit 345.

4 *Palazzo*, Discorso del governo e della ragion vera di stato (1606).

5 Vgl *Rumpf*, Die Staatsräson im demokratischen Rechtsstaat, Der Staat 1980, 273 (274 f).

6 Neben dem Text von *Palazzo* bezieht sich *Foucault* insbesondere auf den etwas späteren Staatstheoretiker *Bogislav Philipp von Chemnitz*.

7 *Foucault*, Sicherheit 372.

8 *Foucault*, Sicherheit 378.

9 Vgl *Foucault*, Sicherheit 422, 439 ff.

sondern der notwendige Versuch des absoluten Herrschers, sich mit dem Staat zu identifizieren, damit sich das neue Regierungsprinzip auf ihn bezieht – trotz des Verfalls der religiös begründeten Idee vom Gottesgnadentum. In ihrer aktiven Rolle ist die Staatsräson die konservative Kunst, die Revolution zu vermeiden und wehrt sich gegen jegliche Idee einer Eschatologie oder logischen Geschichtsentwicklung. Im Laufe der nächsten Jahrhunderte entwickeln sich Technologien und Institutionen in ihrem Sinne: Die Polizei entsteht. Dieser Begriff ist noch wesentlich breiter gefasst als er heute allgemein verstanden wird: Die Polizei bezeichnet die „Gesamtheit der Mittel [...], durch die man die Kräfte des Staates erhöhen kann, wobei man zugleich die Ordnung dieses Staates erhält.“<sup>10</sup> Außenpolitisch wird aus einer Rivalität zwischen den Fürsten, die ausschließlich kriegerisch ausgetragen wurde, eine „Konkurrenz“, also ein politisch-ökonomischer Wettbewerb zwischen den Staaten, die ein gewisses Gleichgewicht in Europa erhalten soll.

Im 17. und 18. Jahrhundert stellt sich der Staatsräson eine andere Vernunft entgegen, die *Foucault* die „juristische Vernunft“<sup>11</sup> nennt. Diese Vernunft setzt dem Staat ein transzendental begründetes Recht entgegen. Der Souverän bzw der Staat darf diese „Grenzen [...], die von Gott kommen oder die ein für allemal am Anfang festgelegt wurden“, nicht überschreiten, bzw „kann das Recht die Regierung als illegitim ausweisen [...] und im Extremfall sogar die Untertanen von ihrer Gehorsampflicht entheben“<sup>12</sup>, wenn die Regierung gegen das Gesetz verstößt. Derartige Ideen scheinen etwa in dieser Zeit bei den Vertragstheoretikern auf, nach denen der Staat die Macht von seinen Subjekten verliehen bekommt und sich an deren Spielregeln halten muss, um sie zu behalten. Diese juristische Vernunft liegt jedoch aus diesem Grund ausschließlich außerhalb des Staats und seiner Rason und versucht ihm Grenzen zu setzen und verändert damit die Staatsräson selbst noch nicht. „Das öffentliche Recht ist, um es kurz zu sagen, im 17. und 18. Jahrhundert oppositionell“.<sup>13</sup>

Mitte des 18. Jahrhunderts sieht *Foucault* eine neue „Regierungskunst“ auftauchen, die die Staatsräson überlagert und verändert. Es wird nicht mehr von „der souveränen Einzelperson, die ‚ich, der Staat‘ sagen kann“ ausgegangen, sondern von „der Rationalität der Regierten, der Regierten als Wirtschaftssubjekte und allgemeiner als Interessenssubjekte“.<sup>14</sup> Während zuvor das einzige Ziel des Regierens war, „das Wachstum des Staates an Kraft, Reichtum und Macht, also das unbegrenzte Wachstum des Staates sicherzustellen“<sup>15</sup>, entsteht nun eine Form der Regierung, die auf ihre eigene Schlankeit und Genügsamkeit bedacht ist. Der entstehende liberale Staat wird „von der Frage des Zuviel und des Zuwenig heimgesucht“.<sup>16</sup> Diese Selbstbegrenzung des Staates drückt sich in

---

10 *Foucault*, Sicherheit 451.

11 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 24.

12 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 25.

13 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 24.

14 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 428.

15 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 49.

16 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 51.

Folge in der Schaffung bzw Stärkung von diversen Institutionen aus, die zum einen integraler Teil des Staats werden, zum anderen verbriefte Rechte gegen ihn halten, so etwa Parlamentarismus und Verfassung. Der neue liberale Staat versucht nun also, die juristische Vernunft in sich zu integrieren.

Die Idee der schlanken Regierung rührt jedoch aus einem gänzlich anderen Diskursfeld als dem juristischen her: „Das Erscheinen der politischen Ökonomie und das Problem der minimalen Regierung waren [...] miteinander verbunden“, es geschah ein „Anschluss der politischen Ökonomie an die Staatsräson“. <sup>17</sup> Der Markt, der seit sehr langer Zeit ein „bevorzugter Gegenstand der Regierungspraxis war“ <sup>18</sup>, wird weiter aufgewertet: Er wird zum Ort des Wahrsprechens. Er beantwortet nicht mehr nur die Frage nach der Gerechtigkeit und der *gerechten* Regierung, wie noch im Merkantilismus, sondern grundlegend die Frage nach dem *guten* Regieren und dem guten Staat. Handel und der Markt wurden von einem zentralen Mittel der Staatsräson zu seinem Prinzip. Damit ordnet es auch die juristischen Strukturen der Staaten grundlegend neu.

An diesem Punkt beginnt eine die gesamte Epoche des Liberalismus durchziehende Doppelgleisigkeit. Zwei inkommensurable Menschenbilder – der *homo oeconomicus* als Grundlage der liberalen Selbstbeschränkung der Regierung und der *homo legalis* als Grundlage des langsam entstehenden Rechtsstaats – müssen gleichzeitig in den Staatsbürger\*innen existieren. In seiner Auffassung, dass Rechtssubjekt und ökonomisches Subjekt grundsätzlich unvereinbar sind, stellt sich *Foucault* gegen einen Großteil der etablierten Staatstheorien, die jeweils versuchen, eines der Beiden vor das andere zu reißen. <sup>19</sup> Der liberale Staat setzt in die Staatsräson zwei Prinzipien ein, die unterschiedliche Wahrheiten aussagen. *Homo legalis* und *homo oeconomicus* widersprechen sich andauernd.

### 3. *oeconomicus contra legalis*

Die anthropologischen Konzepte, die Rechtswissenschaft und politische Ökonomie beanspruchen, unterscheiden sich nach dem Nietzscheaner *Foucault* vor allem in den in ihnen ausgedrückten Willensformen: Den *homo oeconomicus*, den *Foucault* auf die englischen Empiristen zurückverfolgt, treiben seine total subjektiven Interessen an. Diese sind unmittelbar, unübertragbar und nicht weiter zurückführbar. Es ist ihm nicht möglich, eines seiner Interessen abzulegen oder zu verändern, sondern höchstens es in seiner

<sup>17</sup> *Foucault*, Geburt der Biopolitik 52.

<sup>18</sup> *Foucault*, Geburt der Biopolitik 57.

<sup>19</sup> In der marxistischen Tradition wird die Entstehung und Funktion des Rechtssubjekts auf den Tauschakt reduziert, (vgl zB *Paschukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus (2003) 92 ff) von klassisch liberaler Seite umgekehrt ökonomisches Handeln auf das natürlich oder kontraktualistisch begründete Recht auf Eigentum (vgl etwa *Locke*, Treatises of Government II (1689) Kap 5, wobei *Foucault* zeigt – wie unten behandelt, dass es bei ihm und den Empiristen dennoch nicht ganz möglich ist, dass ökonomisches und rechtliches Subjekt in letzterem zusammenfallen können, da die Idee eines Subjekts von Interessen schon bei ihnen verankert ist, vgl *Foucault*, Geburt der Biopolitik, 373 ff). Erneut umgekehrt wird dieses Prinzip bei den Neoliberalen, worauf weiter unten eingegangen wird.

ökonomischen Überlegung anderen Interessen nachzureihen. Er ist als Subjekt nichts weiter als „der Ort einer Mechanik von Interessen“.<sup>20</sup> Im Gegenzug muss das Rechtssubjekt, der *homo legalis*, genau umgekehrt von Beginn an seine Naturrechte beschneiden, um sich in ein positives Rechtssystem einzuordnen. Der Mensch interagiert in der ökonomischen Rationalität idealiter in einem Win-Win Modus<sup>21</sup> mit anderen – keine\*r der beiden Handelspartner\*innen würde einen Tausch eingehen, der den jeweiligen Interessen widerspricht. *Foucault* nennt dies „eine Dialektik der spontanen Vervielfachung“<sup>22</sup>, in der übereinstimmende Interessen zur (kurzfristigen) Zusammenarbeit führen. Umgekehrt pflegt das Rechtssubjekt mit den Anderen „eine Beziehung der Negativität, des Verzichts, der Begrenzung zwischen dem einen und dem anderen. Das wird die Dialektik oder die Mechanik des Rechtssubjekts kennzeichnen, und in dieser Bewegung entstehen Gesetz und Verbot.“<sup>23</sup>

Damit diese beiden Seiten in einer modernen liberalen Regierungskunst zusammengeführt werden können, ohne zu zerfallen, wird im Liberalismus ein neues Gesellschaftsmodell zum Bezugsrahmen: die bürgerliche Gesellschaft. Sie ist die Form, innerhalb derer ein Zusammenschluss der Individuen auf Basis ihrer Interessen möglich ist. Diese Zusammenschlüsse und die damit einhergehenden Über- und Unterordnungen nennt *Foucault* „spontan“, weil alle diese Formen in der bürgerlichen Gesellschaft prekär sind und sich gegenseitig überlagern. Beispielsweise kann die Chefin eines Büros etwa als Mitglied des örtlichen Fußballvereins einen ihrer Mitarbeiter als Vereinsvorstand haben, während eine andere Mitarbeiterin – das Beispieldorf ist so klein, dass politische Ämter ehrenamtlich bekleidet werden –, die ebenfalls im Team des Fußballvereinsobmannes ein einfaches Mitglied ist, als Bürgermeisterin auf einer weiteren Ebene eine übergeordnete Rolle den anderen gegenüber spielt.

Die bürgerliche Gesellschaft ist für *Foucault* eine Figur, die eine Perspektive auf die Geschichte ermöglicht, nach der ausschließlich egoistische Entscheidungen und der blinde Fleck, den diese auf einer gesamtgesellschaftlichen Ebene chaostheoretisch herbeiführen, der Motor für historische Entwicklungen sind. Die Geschichte ist nicht mehr eine logische Entwicklung, sondern Produkt der spontanen Zusammenschlüsse. Es kann keinen Ursprung der bürgerlichen Gesellschaft in einem Naturzustand geben, da die Gesellschaft immer schon bürgerlich war – eine „spontane Synthese der Individuen“.<sup>24</sup> Damit müssen auch Rechtsprinzip und Vertrag etwas sein, das a posteriori in den Zusammenschluss

---

20 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 375.

21 *Foucault* wird von voreiligen Leser\*innen in diesem und anderen Zusammenhängen gerne vorgeworfen, er selbst wäre im Laufe seiner Analyse zum Neoliberalen geworden. Weder dieser Artikel noch *Foucault* wollen ökonomische Tauschbeziehungen, insbesondere Warentausch und Verkauf von Arbeitskraft, affirmieren. Er geht in seiner Beschreibung grundsätzlich völlig d'accord mit der Darstellung bei *Marx* von Lohnarbeiter\*innen als „freie Arbeiter im Doppelsinn“, die ebenso aus eigenem Vorteil auf individueller Ebene ihre Arbeitskraft gegen Lebensmittel tauschen, vgl. *Marx*, MEW 23 (1962) 182, 742.

22 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 400.

23 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 377.

24 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 411.

Eingang findet. Das Recht ist im Liberalismus Produkt des Staates, und nicht mehr, wie bei *Hobbes* oder *Rousseau*, sein Ausgangspunkt.<sup>25</sup> Daraus leitet sich für „die Bürgerlichen“ auch normativ das Primat der bürgerlichen Sphäre ab: Des Privaten, für dessen Schutz sich der liberale Staat verbürgen muss.

#### 4. Die Krise der liberalen Regierungskunst und der Neoliberalismus

In den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts kam es zu einer Krise des Liberalismus: Ein Aspekt dieser Krise waren offensichtlich die gouvernementalen Gegenmodelle des Faschismus und Nazismus in Westeuropa einerseits und der Diktatur in der jungen Sowjetunion andererseits. Überdies kam es zu einer internen Krise, einer theoretischen und polemisch-ideologischen Kritik, deren Strömungen später unter dem Begriff *Neoliberalismus* zusammengefasst werden. *Foucault* unterteilt sie grob in den deutschen Ordoliberalismus und die amerikanische Chicagoer Schule. Beide haben „dieselben Gegenstände des Widerwillens, nämlich die gesteuerte Wirtschaft, die Planung, der Staatsinterventionalismus“<sup>26</sup>, kurzum stellen sie sich gegen die ökonomische Theorie von *John Maynard Keynes*, und stellen sie in Zusammenhang mit oben genannten Gegenmodellen: Interventionismus, Protektionismus und Planwirtschaft sind für sie untrennbar verkettet: „Das sind verschiedene Dinge, aber man wird niemals das eine entwickeln können, ohne auf die eine oder die andere Weise zum Anderen zu gelangen.“<sup>27</sup> In einem „theoretische[n] und spekulative[n] Gewaltstreich“, wie *Foucault* diese Ideologie der „Staatsphobie“ bezeichnet, stellen sie sich in Opposition zu einer ökonomischen Theorie, die sie gleichzeitig sowohl mit dem Nazismus, als auch mit der Sowjetdiktatur in Verbindung bringen.<sup>28</sup>

Der deutsche Ordoliberalismus wird insbesondere nach Ende des Zweiten Weltkriegs für die Entwicklung ganz Europas prägend. Die zentrale Problemstellung für die Ordoliberalen war folgende: „Wie läßt sich die Legitimität eines Staates auf die Freiheit der Wirtschaftspartner aufbauen, wenn man davon ausgeht, daß letztere erstere begründen[?]“<sup>29</sup> Der Staat soll von nun an aktiv marktwirtschaftliche Prozesse fördern:

*„Man sieht, daß das Eingreifen der Regierung – und das haben die Neoliberalen immer gesagt – nicht weniger dicht, weniger häufig, weniger aktiv oder weniger kontinuierlich als in einem anderen System ist. [...] Die Regierung, das versteht sich von selbst, da wir uns in einem liberalen System befinden, soll die Wirkungen des Marktes nicht beeinflussen. Sie soll auch nicht [...] die zerstörerischen Wirkungen des Marktes auf die Gesellschaft korrigieren. [...] Im Grunde soll sie – und hierdurch soll ihr Ein-*

25 Vgl *Foucault*, Geburt der Biopolitik 407 ff.

26 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 117.

27 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 159.

28 Vgl *Foucault*, Geburt der Biopolitik 159 ff.

29 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 152.

*greifen ihrem Ziel näher kommen d. h. der Errichtung eines Marktes, der allgemein die Gesellschaft regelt – diese Gesellschaft beeinflussen, damit die Wettbewerbsmechanismen in jedem Augenblick und an jedem Punkt des sozialen Dickichts die Rolle eines regulierenden Faktors spielen können.*<sup>30</sup>

Dieser Rolle sollte eine neoliberale Verwaltung nachkommen. Während jedoch im deutschen Ordoliberalismus, noch umgekehrt der Rechtsstaat als die Institution gesehen wurde, die dem Markt seine Form geben und sein Bestehen garantieren sollte, kehrt der Anarcho-Kapitalismus der Chicagoer Schule dieses Prinzip um. *Wilhelm Röpke*, eine zentrale Figur des deutschen Neoliberalismus sagte noch:

*„[Die Konkurrenz] ist ein Ordnungs- und Steuerungsprinzip im engeren Bereiche der arbeitsteiligen Marktwirtschaft, aber kein Prinzip, auf dem man eine Gesellschaft als Ganzes aufbauen könnte. Soziologisch-Moralisch ist sie sogar ein gefährliches Prinzip, das eher auflöst als verbindet.*<sup>31</sup>

Die Chicagoer antworten mit der simplen Universalisierung des Marktprinzips auf alle möglichen Gesellschaftsphänomene. *Foucault* meint: „Es geht darum, [die ökonomische Form des Marktes] im gesamten Gesellschaftskörper und im ganzen Sozialsystem, das sich gewöhnlich nicht durch monetäre Tauschhandlungen vollzieht oder von ihnen bestätigt wird, zu verallgemeinern.“<sup>32</sup>

## 5. Verwaltung mit so wenig Staat wie möglich

Diese Verallgemeinerung macht vor dem Rechtssystem nicht halt. Dort jedoch in einer anderen Form: Die oben beschriebene Dualität von *homo legalis* und *homo oeconomicus* wird zugunsten des Letzteren aufgelöst. Im frühen liberalen Modell, das bis in den Ordoliberalismus unhinterfragt war und auch die Definition in sämtlichen heute existierenden Rechtsstaaten ist, wird das positive Recht anhand des Gesetzmäßigkeitsprinzips *nullum crimen, nulla poena sine lege* definiert, also dass – um es umgekehrt auszudrücken – ein Vergehen genau das ist, das durch ein Gesetz mit einer Strafe belegt ist.<sup>33</sup> *Foucaults* Betrachtung des Rechts fokussiert grundsätzlich stark auf dessen strafenden Charakter, kann jedoch in diesem Kontext getrost terminologisch an den österreichischen Diskurs angepasst bzw erweitert werden, um zu sagen: *Ein Vergehen ist genau das, was gesetzlich sanktioniert ist*. Wir nennen das hier die rechtsstaatliche Definition. Diese verformt sich bei den amerikanischen Neoliberalen auf interessante Weise: *Foucault* zitiert, leider etwas ungenau, den Ökonomen *Gary Becker*, der angeblich folgende Definition

30 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 206 f.

31 *Röpke*, Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart. II. Teil (1942) 292; vgl *Foucault*, Geburt der Biopolitik 335.

32 *Foucault*, Geburt der Biopolitik 336.

33 Vgl *Foucault*, Geburt der Biopolitik 347; *Foucault* sagt: „Ein Vergehen ist dasjenige, was mit Ordnungsstrafen bestraft wird“.

geliefert habe: „Ich [*Gary Becker* nach *Foucault*, eigentlich *Frédéric Jenny*<sup>34</sup>, Anm] nenne jede Handlung ein Verbrechen<sup>35</sup>, die ein Individuum Gefahr laufen läßt, zu einer Strafe verurteilt zu werden.“<sup>36</sup> Dieser kleine, aber feine Unterschied hat gravierende Auswirkungen auf das Verständnis von Rechtsstaatlichkeit und Legalität. Obwohl beide Definitionen antiessentialistisch bezüglich des Vergehens sind, ist die Perspektive eine andere. Die rechtsstaatliche Definition definiert es aus der Handlung *eo ipso*, während die neoliberale das Individuum ins Zentrum seiner Begrifflichkeit stellt. Dieses Individuum kann und muss sich andauernd in ein Verhältnis zum Gesetz begeben, das Gesetz befolgen oder brechen, auch darin unterscheidet es sich nicht vom Rechtssubjekt der rechtsstaatlichen Definition. Paradoxerweise entleert der Bezug auf das Subjekt des Verbrechens ebendieses von allen psychologischen oder anthropologischen Menschenbildern. „Man geht auf die Seite des Subjekts nur insofern über, [...] als man es von [...] dem Aspekt des Erklärungsrasters seines Verhaltens aus erfassen kann, unter dem es als ökonomisches Verhalten erscheint.“<sup>37</sup> Das neoliberale Rechtssubjekt *ist* der *homo oeconomicus*. Mit dieser Gleichsetzung von Rechtssubjekt und ökonomischem Subjekt eröffnen sich unzählige Möglichkeiten für neue gouvernementale Technologien.<sup>38</sup> Wir kommen zu dem, was als „sanfte Verwaltung“ verstanden werden kann.

Das Verbrechen ist nun eine Ware wie alles andere, nur gibt es für sie eine negative Nachfrage. Die Aufgabe des Staates besteht nun insofern nicht mehr darin, das Verbrechen in seiner Totalität zu bestrafen und damit seine Ziele der Wiedergutmachung und der Vorbeugung umzusetzen, sondern es gliedert sich in eine Rechnung ein, in welcher der Staat die negative Nachfrage mit möglichst wenig Aufwand möglichst gut bedienen will. Die Frage der Strafbarkeit, wer wofür wie streng bestraft werden soll, wird zu einer Kosten-Nutzen-Rechnung. In vielen Bereichen erscheint uns diese Perspektive heute schon unglaublich trivial, als prägnantes Beispiel nennt *Foucault* das „Drogenproblem“. Die Politik und der Diskurs bezüglich Drogendelikten ist unvorstellbar außerhalb eines neoliberalen Rechtsverständnisses.<sup>39</sup> Keine seriöse Drogenpolitik kann davon ausgehen, durch Gesetze Drogen abschaffen zu können, sondern höchstens zu reduzieren – so das überhaupt das Ziel ist und nicht nur Gesundheit und Produktivität der Benutzer\*innen zu maximieren. Es geht von Beginn an um die Steuerung von Angebot und Nachfrage. Mit dem Aufkommen neuer Disziplinen und Forschungsfelder – am einflussreichsten wahrscheinlich die Verhaltensökonomie – öffnen sich neue Möglichkeiten, Angebot und

34 In Wahrheit kommt das folgende Zitat aus einer Zusammenfassung von *Jenny*, *La théorie économique du crime*, in *RosalAftalion* (Hrsg), *L'économique retrouvée. Vieilles critiques et Nouvelles analyses* (1977); vgl *Foucault*, *Geburt der Biopolitik* 364, Anm 25. Die Definition, auch wenn so nicht bei einem der Köpfe der Chicagoer Schule expliziert, beschreibt dennoch treffend deren idiosynkratischen Umgang mit rechtswissenschaftlicher Terminologie.

35 Die Begriffe Verbrechen und Vergehen sind in diesem Zusammenhang Synonym zu verstehen. Für den österreichischen Kontext ist es sinnvoll, allgemein vom Vergehen zu sprechen.

36 *Foucault*, *Geburt der Biopolitik* 347.

37 *Foucault*, *Geburt der Biopolitik* 349.

38 *Foucault*, *Geburt der Biopolitik* 347 ff.

39 *Foucault*, *Geburt der Biopolitik* 357 ff.

Nachfrage diverser für die Regierung relevanter Verhaltensmuster zu steuern. Techniken wie Nudging und Werbung sind an und für sich nichts Neues, werden nun aber eingesetzt, um das Verhalten der Bevölkerung der Nachfrage der Regierung anzupassen. Das Angebot an schlechtem Verhalten soll reduziert werden, um die negative Nachfrage zu befriedigen, während das Angebot an gutem Verhalten hochgekurbelt werden kann, ohne auf die alten rechtsstaatlichen Systeme der gesetzlichen Verbote und Strafen zurückgreifen zu müssen. Genau darum geht es, wenn von sanfter Verwaltung gesprochen wird. Die Regierung von Menschen passiert nicht mehr von außen mittels Gesetz und Sanktion, sondern durch die Menschen hindurch, durch die Steuerung ihres Verhaltens, ihrer Wünsche und der Norm, an der sie sich ausrichten.

## 6. Heterogene Verwaltung

Abschließend muss noch einmal herausgestrichen werden, dass der reale Staat, das reale Rechtssystem, in dem wir uns befinden, immer eine Mischung der Systeme der beschriebenen Epochen ist: Es verbinden sich Elemente, die sich ohne Umweg auf die Staatsräson zurückverfolgen lassen, etwa viele Mechanismen, die in der Polizei und den Wachorganen hervortreten, mit anderen zentralen Elementen, insbesondere in Rechtsprechung und Legistik, die dem rechtsstaatlichen Verständnis zuordenbar sind – etwa die Verfassung. Außerdem gibt es eben auch jene Elemente in der Verwaltung, die nach den neuen neoliberalen Prinzipien strukturiert sind. Der reale Staat ist ein heterogenes Gebilde, das in der Schematik *Foucaults* verständlicher wird, der zwar keine Staatstheorie vorstellt, jedoch mit seiner Genealogie der Regierungskunst die Mechanismen der Regierung auf beeindruckende Weise offenlegt. Die Konflikte zwischen diesen miteinander verschmolzenen, dennoch inkongruenten Regierungskünsten sind allgegenwärtig.

Was die neuen Technologien angeht, die sich im Verwaltungsapparat breitzumachen scheinen, so stellen sie die augenscheinlichste Veränderung der Neoliberalisierung und allumfassenden Ökonomisierung der Gesellschaft und dem Wissen um sie dar, die *Foucault* schon seit den Fünfzigerjahren feststellte, sich jedoch offenkundig nach seinem verfrühten Ableben weiter akzeleriert hat. Nudge, Werbung und Co sind Teile der neuen Regierungsrationalität, die ihre Subjekte nicht mehr durch Gesetz und Strafdrohung steuern muss, sondern direkt ihr Verhalten beeinflusst, das im Neoliberalismus zu nicht mehr als einer speziellen Art von Nachfrage implodiert ist.

# Staatliche Warnungen

## Funktion – Rechtsqualität – Rechtsschutz

Sidar Yaylagül

---

### 1. Einleitung

Warnungen sind in der staatlichen Verwaltung keine Seltenheit. Sie sind in unterschiedlichen Regelungsmaterien in variierender Ausgestaltung zu finden. Zahlreiche Bestimmungen zu Warnmeldungen finden sich im Gesundheitsrecht, wie etwa in § 75q Abs 7 AMG<sup>1</sup>, auf dessen Grundlage das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen (BASG) eine Warnung vor gefährlichen Arzneimitteln aussprechen darf. Aus dem Lebensmittelrecht kann als prominentes Beispiel § 43 Abs 1 LMSVG<sup>2</sup> genannt werden – dieser erlaubt der/m Bundesminister\*in für Gesundheit bei begründetem Verdacht, eine Warnung vor bestimmten Produkten öffentlich auszusprechen.<sup>3</sup> Eine Fülle von Befugnissen findet sich auch im Finanzmarktaufsichtsrecht: In diesem Zusammenhang können etwa § 4 Abs 7 BWG<sup>4</sup>, § 92 Abs 11 WAG<sup>5</sup> und § 288 VAG<sup>6</sup> genannt werden. Diese befugen die Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) zu einer öffentlichen Kundmachung des Namens sowie sonstiger Informationen, wie der Geschäftsanschrift, sollte ein\*e Finanzdienstleister\*in ohne entsprechende Konzession Dienstleistungen erbringen.<sup>7</sup> Eine Warnung liegt auch vor, wenn das Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie eine Broschüre mit der Überschrift „SEKTEN – Wissen schützt!“ herausgibt, um Jugendliche vor diversen Sekten zu schützen.<sup>8</sup>

Die genannten Beispiele haben gemeinsam, dass es staatliche Akteur\*innen sind, die warnen. Fraglich ist, wie sich diejenigen, vor denen oder vor deren Produkt gewarnt wird, gegen solche Äußerungen wehren können. Während den Betroffenen bei kreditschädigenden Äußerungen, die von Privaten getätigt werden, zivilrechtliche Unterlassungs- und Widerrufsansprüche gem § 1330 ABGB<sup>9</sup> offenstehen, wirft der Rechtsschutz gegen staat-

---

1 Arzneimittelgesetz (AMG) BGBl 1983/185 idF BGBl I 2020/23.

2 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG) BGBl I 2006/13 idF BGBl I 2019/104.

3 Näher zu Warnungen im Gesundheitsbereich siehe *Scholz*, Produktwarnungen im Gesundheitsrecht (Teil I) Rechtsnatur und Rechtsschutz, RdM 2017, 13.

4 Bankwesengesetz (BWG) BGBl 1993/532 idF BGBl I 2019/46.

5 Wertpapieraufsichtsgesetz (WAG) BGBl I 2017/107 idF BGBl I 2019/104.

6 Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 (VAG) BGBl I 2015/34 idF 2020/38.

7 Näher zu Warnungen im Finanzmarktaufsichtsrecht siehe *N. Raschauer*, Investorenwarnungen im Finanzmarktaufsichtsrecht. Ausgewählte Überlegungen zu Zweck und Problematik behördlicher Warnmeldungen, ÖZW 2008, 95 (96).

8 OGH 19.1.1999, 1 Ob306/98a.

9 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) JGS 1811/946 idF BGBl I 2020/16.

liche Warnungen gewisse Fragen auf. Muss „staatliche Rufschädigung“<sup>10</sup> hingenommen werden? In diesem Beitrag soll die Funktionsweise von staatlichen Warnungen dargestellt werden. Weiters wird der Frage nachgegangen, inwiefern ein Rechtsschutzbedürfnis besteht. Schließlich werden unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten aufgezeigt und deren Effektivität behandelt.

## 2. Funktionsweise von staatlichen Warnungen

Inhaltlich können sich Warnungen einerseits auf allgemeine Umstände wie Viren, Seuchen oder freilaufende Tiere beziehen. Andererseits können sie sich gegen bestimmte Produkte, Personen oder Personengruppen richten.<sup>11</sup> Sie beinhalten einen Gefahrenhinweis, mit dem ein bestimmtes Verhalten oder ein Umstand bewertet wird.<sup>12</sup> Damit ist regelmäßig auch ein Appell verbunden, wie das Abraten von oder die Aufforderung zu einem bestimmten Verhalten.<sup>13</sup> Mit einer Warnmeldung soll ein potentieller Schaden an einem schutzwürdigen Rechtsgut (etwa Sicherheit, Gesundheit, Eigentum) abgewendet werden.<sup>14</sup> Es werden keine Pflichten begründet oder Zwang angedroht.

Staatliche Warnungen, die sich gegen bestimmte Personen/Personengruppen richten, entfalten ihre Wirkung meist über ein Dreiecksverhältnis: Zu unterscheiden ist zwischen warnender Behörde, den von der Warnung Betroffenen und gewarnten Personen.<sup>15</sup> Mit einer Warnung wird regelmäßig eine Verhaltenssteuerung verfolgt. Die Gewarnten sollen ohne Zwang zu einem bestimmten Verhalten veranlasst werden, wie zB mit einem bestimmten Finanzunternehmen keine Geschäfte abzuschließen oder nicht an einen bestimmten Ort zu fahren.<sup>16</sup> Erst die freiwillige Befolgung der Warnung durch die gewarnten Personen führt zum intendierten Erfolg.<sup>17</sup>

Im Vergleich zu typisierten Hoheitsakten setzt die Äußerung einer Warnmeldung kein förmliches Verfahren voraus. Warnungen werden im Hinblick auf unmittelbare Gefahren, deren Abwendung rasches Handeln erfordert, eingesetzt. Allerdings ist ein begründeter Verdacht hinsichtlich des Vorliegens einer Gefahr erforderlich. Besteht etwa der Verdacht, dass ein Arzneimittel aufgrund eines Qualitätsmangels eine Gefahr für die Gesundheit der Patient\*innen darstellt, ist die Öffentlichkeit darüber zu informieren.<sup>18</sup> Die Gefahr geht in so einem Fall von einem gefährlichen Arzneimittel aus, das bereits im Umlauf ist und Patient\*innen verabreicht wird. Die Vertreter\*innen des Arzneimittels müssen zuvor nicht informiert oder angehört werden.

---

10 Müller, Pressearbeit als (regulierungs-)verwaltungsrechtliche Handlungsform, ZfV 2010, 17 (19).

11 Feik, Öffentliche Verwaltungskommunikation. Öffentlichkeitsarbeit, Aufklärung, Empfehlung, Warnung (2007) 29.

12 Gröschner, Öffentlichkeitsaufklärung als Behördenaufgabe, DVBl 1990, 619 (622).

13 Feik, Verwaltungskommunikation 427.

14 Feik, Verwaltungskommunikation 30.

15 Feik, Verwaltungskommunikation 29 f.

16 Vgl VfSlg 18.747/2009.

17 Feik, Verwaltungskommunikation 31.

18 § 75q Abs 7 AMG.

Ähnlich verhält es sich im Finanzmarktaufsichtsrecht. Wenn Finanzunternehmen ohne entsprechende Konzession Dienstleistungen anbieten oder betrügerischen Tätigkeiten nachgehen, ist die FMA dazu ermächtigt, Warnungen gegen diese Unternehmen auszusprechen. Dabei handelt es sich um sogenannte *Investorenwarnungen*. Dieser Begriff ist nicht vom Gesetzgeber vorgegeben, sondern hat sich durch die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde in der Praxis etabliert.<sup>19</sup> Die Unternehmen sind namentlich zu nennen. Die Warnungen werden im Amtsblatt der Wiener Zeitung oder in einem anderen bundesweit verbreiteten Medium kundgemacht und darüber hinaus auf der Homepage der FMA veröffentlicht.<sup>20</sup> Dabei werden in der Literatur zwei Gruppen von Warnungen unterschieden.<sup>21</sup> Kundmachungen iSd §§ 4 Abs 7 BWG, 92 Abs 11 WAG und 4 Abs 11 VAG setzen für die Veröffentlichung von Informationen kein anhängiges Verwaltungsstrafverfahren voraus. Bereits Indizien, dass die Konzession überschritten oder Dienstleistungen gänzlich ohne Konzession erbracht werden, reichen für den Ausspruch einer Warnung aus. Bei der zweiten Gruppe handelt es sich um Äußerungen, mit welchen bereits verhängte aufsichtsbehördliche Maßnahmen oder verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen bekannt gegeben werden.<sup>22</sup> Diesbezüglich ist festzuhalten, dass nicht jede Information der Öffentlichkeit eine Warnung darstellt. Die Veröffentlichung von bereits verhängten Maßnahmen erfüllt allein noch keine Warnfunktion.

Bei Investor\*innenwarnungen stehen vor allem der Anleger- und Gläubiger\*innenschutz im Vordergrund. Potenzielle Kund\*innen sollen davon abgehalten werden, Dienstleistungen dieser Unternehmen zu beziehen.<sup>23</sup> Investorenwarnungen sind nur auszusprechen, sofern sie erforderlich und im Hinblick auf die Nachteile des/der Betroffenen verhältnismäßig sind.<sup>24</sup> Somit wird die Behörde gesetzlich dazu angehalten, vor der Veröffentlichung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Der Anleger\*innenschutz und das öffentliche Interesse an der Finanzmarktstabilität konkurrieren hier mit dem Interesse des/der Betroffenen auf Geheimhaltung, Schutz der Erwerbsfreiheit und des Eigentums.<sup>25</sup> Aufgrund der Autorität, die staatlichen Warnungen immanent ist, kommt ihnen zudem besondere „Prangerwirkung“ zu.<sup>26</sup> Der Umstand, dass eine Warnung von einer staatlichen Stelle ausgesprochen wird, verschafft ihr eine gewisse Glaubwürdigkeit bei den angesprochenen Bevölkerungskreisen.<sup>27</sup> Somit ist es wohl generell nicht zutreffend, bei einer Warnung von einem gelinderen Mittel zu sprechen, nur weil kein Zwang angedroht

19 N. Raschauer, ÖZW 2008, 95.

20 N. Raschauer, ÖZW 2008, 98.

21 N. Raschauer, ÖZW 2008, 96 f.

22 Etwa §§ 70 Abs 7 BWG, 92 Abs 6 WAG und 22c FMABG.

23 VfSlg 18.747/2009.

24 §§ 4 Abs 7 BWG, 288 VAG und 92 Abs 11 WAG bedienen sich folgendem Wortlaut: „[...] eine Information der Öffentlichkeit erforderlich und im Hinblick auf mögliche Nachteile des Betroffenen verhältnismäßig ist [...]“.

25 N. Raschauer, ÖZW 2008, 98 f.

26 Feik, Verwaltungskommunikation 428.

27 OGH 19.1.1999, 1 Ob306/98a.

wird.<sup>28</sup> Denn die Folgen einer öffentlichen und medienwirksamen Warnung, wie etwa Rufschädigung, Verdienstentgang oder Unternehmensentwertungen, können für die Betroffenen verheerend sein. Meist sind die Schäden, die damit einhergehen, irreversibel. Eine Person oder ein Unternehmen, gegen die sich eine medienwirksame Warnung richtet, wird Schaden davontragen, selbst wenn sich die Warnung als unberechtigt entpuppen sollte. Sobald im Zuge einer Warnung eine Information veröffentlicht wird, entfaltet sie ihre Wirkung. Die veröffentlichten Informationen lassen sich nicht wie hoheitliche Verwaltungsakte aufheben, um ihre Wirkung zu beseitigen.<sup>29</sup> Eine bereits eingetretene Rufschädigung oder ein Verdienstentgang sind selbst mit einem Widerruf der Warnung nicht gänzlich wiedergutzumachen.<sup>30</sup>

### 3. Grundrechtliche Aspekte

Warnungen können dazu geeignet sein, Grundrechte zu berühren.<sup>31</sup> Ein Grundrechtseingriff liegt dann vor, wenn die Ausübung eines Grundrechts unmöglich gemacht oder erschwert wird. Dabei ist jede Auswirkung auf den Schutzbereich einzubeziehen, auch mittelbare Folgen.<sup>32</sup> Sie können etwa dazu geeignet sein, in die Erwerbsfreiheit<sup>33</sup>, die Eigentumsfreiheit<sup>34</sup>, Privatsphäre<sup>35</sup> oder das Grundrecht auf Datenschutz einzugreifen.<sup>36</sup> Wie bereits dargestellt, kommt es oft zu Folgewirkungen von staatlichen Warnungen. Diese treten nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch das Verhalten der Gewarnten ein.<sup>37</sup> Fraglich ist, inwiefern solche Beeinträchtigungen dem Staat zuzurechnen sind. Beispielsweise wird bei Warnungen der FMA ausdrücklich vor einem bestimmten Unternehmen gewarnt.<sup>38</sup> Eine solche Aussage ist nicht nur dazu geeignet, sondern gerade darauf gerichtet, die Erwerbsfreiheit des Unternehmens negativ zu beeinflussen.<sup>39</sup> Somit sind die negativen Folgen nicht nur bloße Folgeerscheinungen, sondern regelmäßig auch das Ziel von Warnungen, die sich gegen ein Unternehmen richten.<sup>40</sup> Die Intentionalität alleine ist allerdings kein taugliches Kriterium für die Beurteilung, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt.<sup>41</sup> Denn auch Warnungen, die nicht auf eine Grundrechtsbeschränkung zielen,

---

28 MwN Mayer, Staatliche Warnungen vor „Sekten“ und Rechtsschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, in Mayer (Hrsg), Staat und „Sekten“ – staatliche Information und Rechtsschutz (2001) 19 (24).

29 Müller, ZfV 2010, 19.

30 Müller, ZfV 2010, 19.

31 VfSlg 18.747/2009.

32 Berka, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2018) Rz 1285.

33 Art 6 Staatsgrundgesetz (StGG) RGBl 1867/142 idF BGBl 1988/684.

34 Art 5 StGG und Art 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK (ZPEMRK) BGBl 1958/210 idF BGBl III 1998/30.

35 Wiederin, Art 8 EMRK, in Korinek/Holoubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht 5. Lfg (2002) Rz 51.

36 VfSlg 18.747/2009.

37 Feik, Verwaltungskommunikation 31.

38 VfSlg 18.747/2009.

39 VfSlg 18.747/2009.

40 VfSlg 18.747/2009.

41 Pöschl/Kabl, Die Intentionalität – ihre Bedeutung und Berechtigung in der Grundrechtsjudikatur, ÖJZ 2001, 41 (48).

können sich auf einen grundrechtlich geschützten Bereich auswirken. Als weitere Kriterien dafür, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt, können die Intensität der Beeinträchtigung sowie die Vorhersehbarkeit der Auswirkungen herangezogen werden.<sup>42</sup>

Warnungen vor einem Virus sind nicht dazu geeignet, in Grundrechte einzugreifen. Allerdings kann im Zusammenhang mit Viren vor bestimmten Regionen oder Gemeinden gewarnt werden. Solche Warnungen können zu Folgewirkungen, wie Umsatzeinbrüchen bei den örtlichen Gastronom\*innen oder Hotelbetrieben führen. Dennoch wird eine Grundrechtsverletzung wohl in den meisten Fällen zu verneinen sein. Da weder vor den Gewerbetreibenden gewarnt wird, noch deren Erwerbsfreiheit eingeschränkt werden soll. Zudem wird mit einer solchen Warnung kein/e Gewerbetreibende/r tatsächlich an der Ausübung eines Erwerbszweigs gehindert.<sup>43</sup> Anders wäre es, wenn vor allen Gastronom\*innen in einer Gemeinde gewarnt wird: In diesem Fall liegt eine Warnung vor, die dazu geeignet ist, in die Erwerbsfreiheit dieser Gastronom\*innen einzugreifen, da sich eine solche Warnung gegen einen bestimmten Personenkreis richtet.

Nach Art 13 EMRK<sup>44</sup> muss dem/der Betroffenen gegen Eingriffe in die Konventionsrechte eine wirksame Beschwerde offenstehen. Dabei ist gegen jeden Staatsakt, mit dem ein Grundrecht verletzt werden kann, eine Beschwerdemöglichkeit zu eröffnen. Irrelevant ist, ob es sich um einen typisierten Hoheitsakt, schlichte Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung handelt.<sup>45</sup> Eine wirksame Beschwerdemöglichkeit setzt einen Rechtsanspruch auf inhaltliche Prüfung voraus und dass eine wirksame Abhilfe gegen die Grundrechtsverletzung geboten werden kann.<sup>46</sup>

## 4. Rechtsqualität

### 4.1. Förmliche Hoheitsakte?

Entscheidend für den innerstaatlichen Rechtsschutz ist, welche Rechtsqualität staatlichen Warnungen zuzuschreiben ist. Hierbei ist zu bestimmen, ob sie der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen sind. Bei hoheitlichen Akten führt der Rechtsschutzweg zu den Verwaltungsgerichten und bei nicht-hoheitlichen Akten zu den ordentlichen Gerichten.<sup>47</sup> Im Rahmen der hoheitlichen Verwaltung handeln die Behörden mit *imperium*, dh unter Einsatz von Befehls- und Zwangsgewalt.<sup>48</sup> Somit ist die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Verwaltung primär danach anzustellen, welches rechtstechnische Mittel (Verordnung, Bescheid, Maßnahme) durch den

42 Pöschl/Kabl, ÖJZ 2001, 48.

43 Vgl VfSlg 11.864/1988.

44 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) BGBl 1958/210 i d F BGBl III 2010/47.

45 Berka, Verfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 1623.

46 Berka, Verfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 1624.

47 Karkulik, Rechtsschutz gegen die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, JRP 2014, 169 (171).

48 B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2013) Rz 12.

Gesetzgeber vorgesehen ist.<sup>49</sup> Eine Warnung ergeht nicht in der Form eines Bescheides oder einer Verordnung. Die Kategorisierung der Warnung als Akt unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber demjenigen, vor dessen Leistungen und Tätigkeiten gewarnt wird, könnte erwogen werden.<sup>50</sup> Allerdings wird mit einer Warnung weder Befehl noch Zwang ausgeübt.<sup>51</sup> Auch begründen Warnungen keine Rechte oder Pflichten, sondern wirken faktisch.<sup>52</sup>

## 4.2. Schlichte Hoheitsverwaltung oder privatrechtliche Akte?

Nachdem es sich nicht um einen typisierten Hoheitsakt handelt, ist zu prüfen, ob Warnungen eine Ausformung der schlichten Hoheitsverwaltung darstellen. Kennzeichnend dafür ist der Mangel an Normativität, „also Handeln, dem nicht der rechtliche Gehalt oder das rechtliche Potenzial zur Gestaltung oder verbindlichen Feststellung der Rechtslage zukommt.“<sup>53</sup>

Bei der Beurteilung, ob schlichte Hoheitsverwaltung vorliegt, stellt der Oberste Gerichtshof (OGH) darauf ab, ob ein hinreichend enger innerer und äußerer Zusammenhang zu einer hoheitlichen Materie besteht.<sup>54</sup> Darunter fallen jedenfalls faktische Tätigkeiten, welche im Zuge einer hoheitlichen Handlung vorgenommen werden und Informations-tätigkeiten im Rahmen einer staatlichen Aufsichtspflicht.<sup>55</sup> Ein hinreichend enger Zusammenhang zur Hoheitsverwaltung besteht, wenn beispielsweise der/die Arbeitsinspektor\*in im Zuge einer Betriebskontrolle nur „geht und schaut“<sup>56, 57</sup> In diesem Fall wird zwar weder ein Bescheid erlassen, noch ein Akt verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gesetzt, doch könnten solche hoheitliche Akte im Falle der Aufdeckung eines Missstandes drohen.<sup>58</sup> Schlichte Hoheitsverwaltung wird auch bejaht, wenn ein/e Bundesminister\*in vor Religionsgemeinschaften warnt<sup>59</sup> oder wenn der Leiter einer Bun-

---

49 B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> Rz 695.

50 Vgl N. Raschauer, Staatliche Warnungen – rechtsstaatliche Grenzgänger, in Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2009 (2009) 271 (280); bejahend Müller, ZfV 2010, 21 ff.

51 N. Raschauer in Lienbacher/Wielinger 281; Berka, Lebendiges Verfassungsrecht, JBl 2009, 613 (615); UVS Wien 17.8.2007, 02/13/2281, 2284/2007; VfSlg 18.747/2009.

52 N. Raschauer in Lienbacher/Wielinger 281; Wildpammer, Warnmeldungen der Behörden am Beispiel der Finanzmarktaufsicht und der Lebensmittelsicherheit, in Schmid/Tiefenthaler/Wallnöfer/Wimmer (Hrsg), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht (2010) 49 (72).

53 B. Raschauer, Realakte, schlicht hoheitliches Handeln und Säumnisschutz, in Holoubek/Lang (Hrsg) Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 265 (268).

54 ZB OGH 14.10.1997, 1 Ob 303/97 h; OGH 17.2.1982, 1 Ob 49/81; mwN Cohen, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung (1. Teil), JBl 2014, 163 (166 ff).

55 MwN siehe Cohen, JBl 2014, 165; Holoubek, Haftung für schlichtes Verwaltungshandeln, insb staatliche Warnungen und Empfehlungen, in Holoubek/Lang (Hrsg) Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 249 (254); Lenzbauer, JAP 2014/2015, 21.

56 B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> Rz 699.

57 Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 25.

58 B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> Rz 699.

59 OGH 19.1.1999, 1 Ob 306/98a.

despolizeidirektion kreditschädigende Äußerungen bei einem ORF-Interview tätig.<sup>60</sup> Gleiches gilt auch bei Warnungen vor gefährlichen Arzneimitteln<sup>61</sup> und Investorenwarnungen.<sup>62</sup> Allerdings können Warnungen, die von staatlichen Organen ausgesprochen werden, sehr wohl auch privatrechtliche Handlungen darstellen. Somit ist im Einzelfall zu entscheiden, ob schlichte Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung vorliegt.

## 5. Rechtsschutz gegen hoheitliche Warnungen

### 5.1. Materiengesetzlicher Rechtsschutz

Aus dem rechtsstaatlichen Prinzip folgt, dass Verwaltungsakte, an die gewisse Rechtswirkungen knüpfen, rechtlich nicht als unbekämpfbare Verwaltungsakte konstruiert werden dürfen.<sup>63</sup> Die Bekämpfbarkeit schlicht hoheitlichen Handelns ist auf die Ausgestaltung durch den jeweiligen Materiengesetzgeber angewiesen. Nur wenn der Gesetzgeber Rechtsschutz gesetzlich vorsieht, kann dieser Weg durch die Betroffenen beschritten werden.<sup>64</sup>

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis VfSlg 18.747/2009 zu Investorenwarnungen ausgesprochen, dass ein adäquater Rechtsschutz gegen Warnungen geboten ist. Bei einer Warnung handle es sich um einen Informationsakt, welcher dazu geeignet sei, in grundrechtlich geschützte Positionen einzugreifen. Daher sollte es dem Rechtsunterworfenen zumindest *ex post* möglich sein, den Inhalt der veröffentlichten Informationen in einem rechtsstaatlichen Verfahren überprüfen zu lassen. Zudem müssten zur Beseitigung von negativen Folgen auch Folgenbeseitigungsansprüche vorgesehen werden. Dabei wird es dem Gesetzgeber überlassen, wie er den Rechtsschutz ausgestaltet.<sup>65</sup>

Der materiengesetzliche Rechtsschutz ist sehr unterschiedlich ausgestaltet. In manchen Bereichen ist er ausgefeilter und in anderen wenig bis gar nicht vorhanden.<sup>66</sup> Den weitreichendsten Rechtsschutz gewähren jene Bestimmungen, welche nicht nur die bescheidmäßige Überprüfung einer Warnung hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit, sondern auch Folgenbeseitigungsansprüche vorsehen.<sup>67</sup> Folgenbeseitigungsansprüche richten sich auf Widerruf, Richtigstellung oder Beseitigung der Information. Im Bereich der Investorenwarnungen wurde mit der BWG-Novelle BGBl I 2009/66 die Möglichkeit eingeführt, die Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung auf Antrag in einem bescheidmäßig zu erledigenden Verfahren überprüfen zu lassen. Gegen diesen Bescheid der FMA kann beim Bundesverwaltungsgericht (BVwG) eine Bescheidbeschwerde iSd Art 130 Abs 1 Z 1 iVm

60 OGH 14.7.1992, 1 Ob2/92.

61 Siehe Scholz, RdM 2017, 16.

62 N. Raschauer in Lienbacher/Wielinger 282.

63 VfSlg 13.699/1994.

64 Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung (2018) 67 f.

65 VfSlg 18.747/2009.

66 Scholz, RdM 2017, 62.

67 § 4 Abs 7 BWG, § 92 Abs 11 WAG, § 288 VAG, § 75q Abs 7 AMG, § 75c Abs 2 AMG.

Art 131 Abs 2 B-VG erhoben werden. Gegebenenfalls ist die Veröffentlichung richtigzustellen, zu widerrufen oder aus dem Internet zu entfernen. Auch im Bereich des Versicherungs- und Wertpapierrechts ist ein gleichartiger Rechtsschutz vorgesehen (§ 92 Abs 11 WAG und § 288 VAG).<sup>68</sup> Ein weiteres Beispiel für eine nachträgliche bescheidmäßige Überprüfung einer Warnung normiert § 75q Abs 7 iVm § 75c Abs 2 AMG.<sup>69</sup> Stellt sich im Zuge der Überprüfung heraus, dass kein Qualitätsmangel vorliegt, ist die Warnung richtigzustellen, auf Antrag zu widerrufen oder aus dem Internetportal zu entfernen. Eine weniger ausgeprägte Bestimmung ist etwa § 77 Abs 1 MPG.<sup>70</sup> Diese ermöglicht es den Betroffenen lediglich, die Warnung auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen, ohne jedoch Folgenbeseitigungsansprüche einzuräumen. Schließlich gibt es nach wie vor Bereiche, die überhaupt keinen materiengesetzlichen Rechtsschutz vorsehen, wie das Lebensmittelrecht.<sup>71</sup>

## 5.2. Beschwerde an die Datenschutzbehörde

Jede natürliche oder juristische Person, die von einer Datenverarbeitung entgegen den Vorschriften des DSG<sup>72</sup> oder der DSGVO<sup>73</sup> betroffen ist, kann eine Beschwerde bei der Datenschutzbehörde erheben.<sup>74</sup> Gegen den Bescheid der Datenschutzbehörde steht eine Beschwerde an das BVwG offen. § 1 Abs 1 iVm § 24 Abs 1 DSG räumt den Betroffenen Ansprüche auf Richtigstellung unrichtiger Daten und das Recht auf Löschung unzulässig verarbeiteter Daten ein. Die Beschwerde an die Datenschutzbehörde bietet für sich genommen keinen adäquaten Rechtsschutz gegen Warnungen.<sup>75</sup> Insb kann mit den datenschutzrechtlichen Behelfen kein Widerruf einer falschen Warnung erwirkt werden. Die datenschutzrechtlichen Ansprüche können aber komplementär zu den materiengesetzlichen Ansprüchen eingesetzt werden, sowie dort Abhilfe schaffen, wo kein materiengesetzlicher Rechtsschutz normiert ist.

## 5.3. Amtshaftungsrecht

Nach § 1 Abs 1 AHG<sup>76</sup> haften Gebietskörperschaften, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Sozialversicherungsträger für den Personen- oder Sachschaden, welcher durch ihre Organe in Vollziehung der Gesetze herbeigeführt wurde. Der An-

---

68 Karkulik, JRP 2014, 176.

69 Arzneimittelgesetz (AMG) BGBl 1983/185 idF BGBl I 2020/23.

70 Medizinproduktegesetz (MPG) BGBl I 1996/657 idF BGBl I 2020/23.

71 Etwa § 43 Abs 1 und 3 LMSVG.

72 Datenschutzgesetz (DSG) BGBl I 1999/65 idF BGBl I 2018/24.

73 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ABl L 2016/119, 1.

74 DSB 13.9.2018, DSB-D216.713/0006-DSB/2018; 25.5.2020, DSB-D124.1182.

75 VfSlg 18.747/2009.

76 Amtshaftungsgesetz (AHG) BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/33.

spruch richtet sich lediglich auf Geldersatz.<sup>77</sup> Geltend gemacht werden können Schäden, die sowohl auf einem typengebundenen Hoheitsakt als auch auf schlichtem Hoheitshandeln beruhen.<sup>78</sup>

„In Vollziehung der Gesetze“ wird durch den OGH sehr weit ausgelegt. Im Sinne eines möglichst umfassenden Rechtsschutzes soll demzufolge in all jenen Fällen, wo ein spezifischer Zusammenhang zur Hoheitsverwaltung vorliegt, auch ein Schadensausgleich im Wege der Amtshaftung ermöglicht werden.<sup>79</sup> Da sich der Anspruch nach dem AHG lediglich auf Geldersatz richtet, können damit die Interessen der Rechtsschutzsuchenden nicht effektiv geschützt werden.<sup>80</sup> Denn die Betroffenen haben bei einer Warnung primär ein Interesse an Widerruf, Beseitigung oder Unterlassung. Dies würde allerdings einen entsprechenden Unterlassungs- und Widerrufsanspruch voraussetzen, welchen das AHG aber eben nicht vorsieht.<sup>81</sup> Der Amtshaftungsanspruch schließt als *lex specialis* einen Unterlassungs- oder Widerrufsanspruch nach § 1330 ABGB aus, weil nach der Rsp des OGH bei Angelegenheiten in Vollziehung der Gesetze ausschließlich das AHG zur Anwendung kommt.<sup>82</sup> Aus der weiten, prima facie rechtsschutzfreundlichen Auslegung des sachlichen Anwendungsbereichs des AHG resultiert eine Rechtsschutzlücke für all jene Fälle, in welchen Widerrufs- und Unterlassungsansprüchen eine erhebliche Bedeutung zukommt.<sup>83</sup> Da sich die Amtshaftung, anders als der materiengesetzliche Rechtsschutz, auf Geldersatz von Schäden richtet, wird mit ihr von Anfang an ein anderes Ziel verfolgt. Somit ist sie keine gleichrangige Alternative, sondern vielmehr ein komplementäres Instrument, womit zusätzlich zu der Überprüfung der Rechtmäßigkeit und den Folgebeseitigungsansprüchen auch ein Geldanspruch für entstandene Schäden geltend gemacht werden kann.

## 6. Rechtsschutz gegen privatrechtliche Warnungen

Sind Warnungen staatlicher Organe als privatrechtliche Handlungen zu qualifizieren, so muss zivilrechtlich dagegen vorgegangen werden. Ansprüche gegen die ungerechtfertigte Verbreitung kreditschädigender Äußerungen können im privatrechtlichen Bereich auf § 1330 Abs 2 ABGB gestützt werden.<sup>84</sup> § 1330 Abs 2 ABGB gewährt einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch. Zusätzlich können verschuldensunabhängige Unterlassungs- und Widerrufsansprüche geltend gemacht werden.<sup>85</sup> Im Zivilrechtsweg stehen den Betroffenen somit eine Reihe von Ansprüchen zur Beseitigung von ungerechtfertigten Warnungen zur Verfügung.

77 B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>4</sup> Rz 1322 ff.

78 Mader, § 1 AHG, in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar<sup>4</sup> (2016) Rz 27.

79 MwN Holoubek in *Holoubek/Lang* 250 f.

80 VfSlg 18.747/2009.

81 *Holoubek* in *Holoubek/Lang* 255; VfSlg 18.747/2009.

82 OGH 19.1.1999, 1 Ob 306/98 a.

83 *Holoubek* in *Holoubek/Lang* 256.

84 *Danzl*, § 1330, in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar ABGB<sup>6</sup> (2020) Rz 5.

85 *Kissich*, § 1330, in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (Stand 1.8.2019, rdb.at) Rz 78.

## 7. Zusammenfassung

Staatliche Warnungen werden zur Gefahrenabwehr eingesetzt. Aufgrund des rechtsstaatlichen Prinzips und der Grundrechte, insb Art 13 EMRK, ist den Betroffenen ein adäquater Rechtsschutz zu gewähren. Dabei steht es dem Gesetzgeber frei, wie er den Rechtsschutz ausgestaltet. Wichtig ist aber, dass auch die negativen Folgen einer rechtswidrigen Warnung beseitigt werden können. Normen, die zwar zu Warnmeldungen befugen, aber keinen adäquaten Rechtsschutz vorsehen, wie etwa § 43 Abs 1 und 3 LMSVG, sind verfassungswidrig.<sup>86</sup> Keinen ausreichenden Rechtsschutz gegen hoheitliche Warnungen bildet für sich genommen das Amtshaftungsrecht. Gleiches gilt für Beschwerden an die Datenschutzbehörde, weil auch damit keine umfassende Folgenbeseitigung erreicht werden kann.

Mag.<sup>a</sup> Sidar Yaylagül ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien; sidar.yaylaguel@univie.ac.at.

---

<sup>86</sup> Siehe VfSlg 18.747/2009.

# Beraten statt strafen – der Staat als Freund?

Laura Winninger

---

## 1. Das Konzept „Beraten statt strafen“

Das Thema „Beraten statt strafen“ führt uns gewissermaßen zum Kern des öffentlichen Rechts, nämlich zur Frage, in welchem Verhältnis der Staat zu seinen Bürger/innen steht. Seit jeher ist die Beziehung vom Bild des mit Imperium über die Bürger/innen herrschenden Vaterstaats geprägt. Nach diesem Verständnis schafft der Staat Regeln für ein friedliches Miteinander, und erzieht jene, die das Zusammenleben stören, mittels Strafen zu gesetzestreuem Mitgliedern der Gemeinschaft. Mit der strengen Erziehung wird der Staat jedoch nicht all seinen Bürger/innen gerecht. Denn die abschreckende Wirkung von Strafen verfehlt ua bei jenen ihren Zweck, die mangels besseren Wissens rechtswidrig handeln. Werden sie in dieser Situation dennoch mit Sanktionen belastet, so wirkt sich das mitunter negativ auf die Gemeinschaft aus. Denn das hohe Risiko von Strafen schreckt langfristig vor allem jene ab, die sich durch aktive Beiträge zum Gemeinschaftsleben dem kontrollierenden Blick des Staats in besonderem Maße aussetzen würden. Im Interesse der Gemeinschaft und der effektiven Verwaltung kommt der Staat daher denen entgegen, die bereit sind, aus ihren Fehlern zu lernen. An die Stelle des mit erhobenem Zeigefinger strafenden Staates tritt dann ein *väterlicher Freund*, der kleine Fehler nachsieht und seinen Bürger/innen beratend zur Seite steht.

Den Staat als wohlwollenden, beratenden Freund wünschten sich in Österreich besonders die Unternehmer/innen.<sup>1</sup> Da sie im Rahmen ihres Unternehmensbetriebes mit einer Vielzahl unterschiedlicher, streng regulierter Verwaltungsmaterien konfrontiert sind, versuchte man die Härte des Gesetzes gegenüber Wirtschaftstreibenden zunächst durch einzelne materienspezifische Beratungsregelungen abzubauen.<sup>2</sup> Trotz der punktuellen Verbesserungen beklagten die Unternehmer/innen aber die finanzielle Belastung durch unverhältnismäßig hohe Verwaltungsstrafen wegen geringfügiger Vergehen.<sup>3</sup> Sie forderten daher zum einen, dass Personen, die nur mangels Rechtskenntnis gegen Normen verstießen, entlastet werden.<sup>4</sup> Zum anderen sollte ein Ausgleich für die *zu* strengen Tatbestandsvoraussetzungen der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit geschaffen werden.<sup>5</sup>

---

1 *Wielinger*, Beraten statt strafen – Wo drückt derzeit der Schuh, ÖZW 2017, 120 (120).

2 Vgl zB § 371c Gewerbeordnung (GewO), BGBl 1994/194 (WV) idF BGBl I 2017/94.

3 *Wielinger*, ÖZW 2017, 120.

4 *Wielinger*, ÖZW 2017, 124 f.

5 *Wielinger*, ÖZW 2017, 121.

Die Komplexität der Tatbestandselemente des § 45 Abs 1 Z 4 VStG<sup>6</sup>, nach denen für eine Verfahrenseinstellung sowohl die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts als auch die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat *und* das Verschulden des/der Täter(s)/in gering sein müssen, führte nämlich dazu, dass die Behörden die Anwendung der Bestimmung scheuten<sup>7</sup> und so auch bei geringfügigen Vergehen strafen.<sup>8</sup> Vor diesem Hintergrund griff der Gesetzgeber den Wunsch der Wirtschaft nach Beratung statt Strafe auf, kam den Forderungen der Unternehmer/innen aber nur bedingt nach. So entschied er sich in der Umsetzung gegen die bisher verfolgte und von der Praxis befürwortete Lösung durch materienspezifische Regelungen.<sup>9</sup> Stattdessen wurde das Konzept „Beraten statt strafen“ mit § 33a VStG als allgemeine Regel ins VStG eingebettet.<sup>10</sup> Darüber hinaus setzte sich der Staat über die von der Wirtschaft gerügte Praxisuntauglichkeit des § 45 Abs 1 Z 4 VStG hinweg und griff bei der legislatischen Ausgestaltung des § 33a VStG erneut auf die strengen Tatbestandsvoraussetzungen der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit zurück.

## 2. Anwendungsbereich

Durch diese spezifischen Umsetzungsentscheidungen lässt der Gesetzgeber sein Verständnis des Konzepts „Beraten statt strafen“ erkennen: Die Beratung soll für alle Bürger/innen gleichermaßen zugänglich sein, aber nur jenen zugutekommen, die nicht (zu) weit vom rechten Weg abgekommen sind.

Um diese Ziele wirksam in die Praxis umzusetzen und die im Zusammenhang mit der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit beobachtete Anwendungsscheu der Behörden hintanzuhalten, schuf der Gesetzgeber § 33a Abs 3-5 VStG. Die Bestimmungen sollen dem/der Normanwender/in helfen, die Sachverhalte, die einer Beratung zugänglich sind, von jenen zu unterscheiden, die nicht in den Anwendungsbereich des § 33a VStG fallen.

### 2.1. Ausnahmen vom Anwendungsbereich (§ 33a Abs 5 VStG)

Welches Verhalten nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht vom Anwendungsbereich des § 33a VStG erfasst sein soll, wird in Abs 5 anhand von vier Fallgruppen demonstriert. Sie greifen die Tatbestandsvoraussetzungen des Abs 1 insofern auf, als die von den Ausnahmen betroffenen Delikte typischerweise mit nicht bloß geringfügigem Verschulden verbunden sind (vgl Z 1 und Z 2) oder regelmäßig mit der Gefahr nicht bloß geringfügiger Beeinträchtigungen von höherwertigen Rechtsgütern einhergehen (vgl Z 3 und Z 4).

6 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl 1991/52 (WV) idF BGBl I 2018/58.

7 Unter anderem aus Angst vor Anklagen wegen Amtsmissbrauchs, vgl *Wielinger*, ÖZW 2017, 121.

8 *Wielinger*, ÖZW 2017, 121.

9 *Wielinger*, ÖZW 2017, 121.

10 Dem Materiengesetzgeber steht es gem § 33a VStG, idF BGBl I 57/2018 aber frei, Ausnahmen von der allgemeinen Regel vorzusehen.

### 2.1.1. Vorsatzdelikte

Die erste Ausnahme betrifft Verwaltungsvorschriften, „die zur Strafbarkeit vorsätzliches Verhalten erfordern“. Damit sind materiengesetzliche Strafbestimmungen erfasst, die vom Grundsatz des § 5 Abs 1 VStG insofern abweichen, als die Strafbarkeit nicht schon bei Fahrlässigkeit, sondern ausschließlich bei vorsätzlichem Verhalten eintritt.<sup>11</sup> Verwaltungsübertretungen, die zwar konkret vorsätzlich begangen wurden, nach dem Gesetzestext aber schon bei Fahrlässigkeit strafbar sind, sind jedoch nicht von der Ausnahmebestimmung erfasst.<sup>12</sup> In diesen Fällen muss die Behörde weiterhin im Einzelfall entscheiden, ob Geringfügigkeit im Sinne des § 33a Abs 1 VStG vorliegt.

### 2.1.2. Wiederholungstaten

Neben Vorsatztäter/innen trifft auch Wiederholungstäter/innen typischerweise nicht bloß geringes Verschulden. Daher schließt der Gesetzgeber in Z 2 „Übertretungen, die innerhalb der letzten drei Jahre vor Feststellung der Übertretung bereits Gegenstand einer Beratung und schriftlichen Aufforderung durch die Behörde waren oder zu denen einschlägige noch nicht getilgte Verwaltungsstrafen bei der Behörde aufscheinen“ vom Anwendungsbereich des § 33a Abs 1 und 2 VStG aus. Bei der Schaffung dieses Ausnahmetatbestandes wurde aber außer Acht gelassen, dass es für Behörden mangels eines entsprechenden Verwaltungsstrafregisters nicht ersichtlich ist, ob eine Person innerhalb der letzten drei Jahre bereits von einer anderen Behörde wegen des gleichen Delikts beraten oder bestraft wurde.<sup>13</sup> Da Erkundigungen bei allen in Frage kommenden Behörden zu einem unzumutbaren Verwaltungsaufwand führen würden, wird der Anwendungsbereich der Z 2 in der Praxis auf Übertretungen beschränkt, die bei derselben Behörde eingehen, bei der die Beratung oder Bestrafung im ersten Fall erfolgte.<sup>14</sup> Diese Einschränkung führt allerdings dazu, dass jene Täter/innen, für deren Verwaltungsübertretungen unterschiedliche Behörden örtlich zuständig sind, ohne sachlichen Grund bevorteilt werden.<sup>15</sup>

### 2.1.3. Zwangs- und Sicherungsmaßnahmen

Da Zwangs- und Sicherungsmaßnahmen häufig mit der Gefahr schwerer Folgen für das betroffene Rechtsgut verbundenen sind, schließt der Gesetzgeber auch jene Übertretungen von einer Beratung aus, „die Anlass zu in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen einstweiligen Zwangs- und Sicherungsmaßnahmen geben“ (§ 33a Abs 5 Z 3 VStG). Somit ist einem/r Täter/in der Zugang zu behördlicher Beratung dann verwehrt, wenn er/

---

11 *Muzak*, Die Verwaltungsstrafgesetz-Novelle 2018, ZVG 2018, 359 (368).

12 *Neusiedler*, „Beraten statt strafen“ – Die Beratungsregelung des § 33a VStG, ZVG 2019, 206 (208).

13 *Muzak*, ZVG 2018, 369; Anm: die Gesetzesmaterialien erwähnen diese Problematik nicht.

14 *Muzak*, ZVG 2018, 369; *Neusiedler*, ZVG 2019, 210.

15 *Neusiedler*, ZVG 2019, 210.

sie einen Sachverhalt verwirklicht, welcher zusätzlich zur Erfüllung des Verwaltungsstraftatbestands auch einer einstweiligen Zwangs- oder Sicherungsmaßnahme zugänglich ist.<sup>16</sup> Ob die Maßnahme tatsächlich verhängt wurde, ist hingegen irrelevant.<sup>17</sup>

#### 2.1.4. Entziehung von Berechtigungen

Auch die Entziehung von Berechtigungen steht regelmäßig in Zusammenhang mit einer nicht bloß geringfügigen Beeinträchtigung von Rechtsgütern. Daher sind nach § 33a Abs 5 Z 4 VStG „Übertretungen, für welche die Verwaltungsvorschriften die Maßnahme der Entziehung von Berechtigungen vorsehen“, nicht vom Anwendungsbereich des § 33a VStG erfasst. Für die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes ist es auch hier unerheblich, ob dem/der Täter/in die Berechtigung tatsächlich entzogen wurde.<sup>18</sup>

### 2.2. Auslegung der Tatbestandselemente des § 33a Abs 1 VStG

Nach einer groben Vorausscheidung schwerwiegender Delikte, muss die Behörde anhand der Tatbestandselemente des § 33a Abs 1 VStG bestimmen, wer Zugang zur Beratung erhält. Da dem unbestimmten Gesetzesbegriff „gering“ bei der Anwendung der Bestimmung zentrale Bedeutung zukommt, besteht die Gefahr, dass die Behörden Abs 1 unterschiedlich auslegen oder die Normanwendung wegen der unklaren Tatbestandsvoraussetzungen vermeiden. Um dem vorzubeugen, gibt der Gesetzgeber den Behörden mit Abs 3 und 4 Auslegungshilfen an die Hand, die beispielhaft erklären, welche Art von Vergehen nicht von Abs 1 erfasst sind.

#### 2.2.1. Verschulden

Liest man die beiden Bestimmungen<sup>19</sup>, so fällt auf, dass die Intensität der Beeinträchtigung des Rechtsguts als einziges Tatbestandselement Erwähnung findet. Das Fehlen eines Beispiels zur Beurteilung des Verschuldens ist auf die besondere Bedeutung der konkreten Tatumstände für die Einschätzung des Verschuldensgrades zurückzuführen. So schließt nach den Materialien selbst vorsätzliches Verhalten eines/r Täter(s)/in geringes Verschulden iSd § 33a Abs 1 VStG nicht aus.<sup>20</sup> Die Entscheidung, ob „das tatbildmäßi-

---

16 *Neusiedler*, ZVG 2019, 211; *Muzak*, ZVG 2018, 369.

17 *Muzak*, ZVG 2018, 369.

18 *Neusiedler*, ZVG 2019, 213.

19 § 33a Abs 3 VStG: „Die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts ist jedenfalls nicht gering, wenn die Übertretung nachteilige Auswirkungen auf Personen oder Sachgüter bewirkt hat oder das Auftreten solcher Auswirkungen bei auch nur kurzem Andauern des strafbaren Verhaltens oder der strafbaren Tätigkeiten zu erwarten ist.“

§ 33a Abs 4 VStG: „Die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts gilt als gering, wenn geringfügige Abweichungen von technischen Maßen festgestellt wurden und keine der im Abs. 3 genannten Umstände vorliegen.“

20 AA-32 BlgNR 26. GP 1; *Fister in Lewisch/Fister/Weilgumi*, Verwaltungsstrafgesetz 1991<sup>2</sup> (2017) § 45 Rz 3.

ge Verhalten des/der Täter(s)/in hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleib[t]<sup>21</sup>, muss daher von der Behörde stets anhand sorgfältiger Ermittlungen im Einzelfall gefällt werden.

### 2.2.2. Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts

Das Fehlen von Ausführungen zur abstrakten Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts hat seinen Ursprung wohl in der Interpretation des Verhältnisses von § 45 Abs 1 Z 4 VStG zu seiner Vorgängerbestimmung.<sup>22</sup> Während § 33a VStG und § 45 Abs 1 Z 4 VStG die abstrakte Bedeutung des betroffenen Rechtsguts als eigenständiges Tatbestandsmerkmal vorsehen,<sup>23</sup> stellte § 21 Abs 1 erster Satz VStG idF BGBl 1991/52 neben geringem Verschulden alleine auf „unbedeutende Tatfolgen“ ab.<sup>24</sup> Trotz dieses Unterschiedes entspricht § 45 Abs 1 Z 4 VStG nach den Materialien „im Wesentlichen“ seiner Vorgängerbestimmung.<sup>25</sup> Daraus folgt, nach einem Teil der Lehre, dass das Tatbestandselement der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts keine eigenständige normative Bedeutung hat und daher gewissermaßen in der Voraussetzung der Intensität der Beeinträchtigung des Rechtsguts aufgeht.<sup>26</sup>

Dieses Normverständnis spiegelt sich in § 33a Abs 3 VStG wider. Denn bei näherer Betrachtung verbergen sich unter dem Titel der geringen Intensität der Beeinträchtigung des Rechtsguts Ausführungen zur abstrakten Bedeutung des Rechtsguts. Genau genommen sagt Abs 3, wonach ein Rechtsgut jedenfalls dann intensiv beeinträchtigt ist, wenn „nachteilige Auswirkungen auf Personen und Sachgüter“ eintreten, nämlich nichts über den Grad der Beeinträchtigung der genannten Rechtsgüter. Vielmehr haben nach dieser Bestimmung Leben und Gesundheit einer Person sowie Sachgüter abstrakt so große Bedeutung, dass jegliche, auch nur potenzielle, Beeinträchtigung nicht unter § 33a Abs 1 VStG fallen. Diese Auslegung steht in Einklang mit dem zweiten Satzteil des Abs 3, wonach der Abs 1 im Ergebnis auch dann nicht erfüllt ist, wenn eine Beeinträchtigung des Rechtsguts zwar zu erwarten ist, aber nicht tatsächlich eintritt.

Für die Beantwortung der Frage, welche Rechtsgüter eine abstrakt geringe Bedeutung haben, ist durch die Erkenntnis, dass erwartbare Beeinträchtigungen von Leben, Gesundheit und Sachgütern die Voraussetzungen von „Beraten statt strafen“ nicht erfüllen, freilich wenig gewonnen. Von der Lehre wird daher vorgeschlagen, die in § 25a Abs 4 VwGG<sup>27</sup> festgelegte Wertgrenze für geringe Geldstrafen (750 Euro) als Orientierungs-

21 VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/034; VwGH 10.4.2013, 2011/08/2018.

22 § 21 Abs 1 erster Satz VStG idF BGBl 1991/52: „Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des/der Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind.“

23 Vgl ErlRV 2009 BglnR 24. GP 19; *Neusiedler*, ZVG 2019, 212 f.

24 *Kneibls* in *N. Raschauer/Wessely* (Hrsg.), VStG<sup>2</sup> (2016) § 45 VStG Rz 8; *Neusiedler*, ZVR 2019, 213.

25 ErlRV 2009 BglnR 24. GP 19; *Neusiedler*, ZVR 2019, 213 f.

26 *Neusiedler*, ZVG 2019, 213 f.

27 § 25a Abs 4 Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG), BGBl 1985/10 (WV) idF BGBl I 33/2013.

punkt für die Beurteilung der Bedeutung eines Rechtsguts heranzuziehen.<sup>28</sup> Diesem Lösungsansatz ist mE, insbesondere im Hinblick auf die dadurch verbesserte Rechtssicherheit, zu folgen.<sup>29</sup>

### 2.2.3. Intensität der Beeinträchtigung des Rechtsguts

Während die Ausführungen in Abs 3 die Grenzen des Anwendungsbereiches von Abs 1 exemplarisch erläutern, legt der Wortlaut des § 33a Abs 4 VStG nahe, dass iS einer taxativen Festlegung, die Intensität der Beeinträchtigung des Rechtsguts *nur* bei geringfügigen Abweichungen von technischen Maßen vorliegt.<sup>30</sup> Gegen diese drastische Einschränkung des Anwendungsbereiches von § 33a VStG spricht jedoch der Wille des historischen Gesetzgebers, wonach auch das Unterlassen einer rechtzeitigen Meldung ein Anwendungsfall des § 33a VStG ist.<sup>31</sup> Es ist daher plausibler, die technischen Maße als Beispiel für jene Gruppe von Verwaltungsübertretungen zu sehen, die in der bloßen Verletzung von formalen Pflichten, wie Anzeige-, Meldungs- und Mitteilungspflichten, bestehen, ohne dadurch sonstige Schutzgüter zu beeinträchtigen.<sup>32</sup> Dass der Gesetzgeber gerade die Abweichung von technischen Maßen herausgreift, ist im Lichte des § 33a Abs 3 VStG jedoch kein Zufall. Denn, anders als bei Anzeige-, Mitteilungs- und Meldungspflichten, gehen mit geringen Abweichungen vom technischen Maß mitunter erhebliche Gefahren für Personen und Sachgüter einher. So kann etwa schon eine geringe Abweichung von technischen Vorgaben bei der Bremsanlage eines Fahrzeuges potenziell lebensgefährliche Folgen für die Insass/innen haben. Es ist daher Aufgabe der Behörde zu ermitteln, ob derartige Beeinträchtigungen im Sinne des Abs 3 zu erwarten waren. Erst wenn das ausgeschlossen werden kann, ist die geringe Abweichung vom technischen Maß ein mit Anzeige-, Melde- und Mitteilungspflichten vergleichbarer Fehler, der für sich genommen keine intensive Beeinträchtigung des Rechtsguts darstellt.

## 3. Deliktstypen

Die Beratung hat nach § 33a Abs 1 VStG das Ziel, strafbares Verhalten möglichst wirksam zu beenden. Dadurch beschränkt der Gesetzgeber den Anwendungsbereich *prima facie* auf unbeendete Dauerdelikte<sup>33</sup> und fortgesetzte Delikte<sup>34</sup>.

---

28 *Neusiedler*, ZVG 2019, 214 f.

29 Vgl aber VwGH 20.11.2015, 2015/02/0167, wo der VwGH die Bedeutungserheblichkeit eines Rechtsguts mit Verweis auf die Strafdrohung iHv 726 € begründet; krit *Huganek*, Die Ermahnung im Verwaltungsstrafrecht – eine Jurikaturanalyse, ZVG 2016, 407 (410).

30 *Neusiedler*, ZVG 2019, 215.

31 AA-32 BglnR26. GP 1; *Neusiedler*, ZVG 2019, 215.

32 Vgl *Bergthaler*, Aktuelle Entwicklungen bei Verwaltungsstrafen, ZAS 2018, 168 (173).

33 *Muzak*, ZVG 2018, 370.

34 Ua *Klose*, „Beraten statt strafen“ – ein legistischer Schnellschuss? ÖJZ 2019, 717 (716); aA *Muzak*, ZVG 2018, 370.

Ob der Gesetzgeber auch Zustandsdelikte in den Anwendungsbereich des § 33a VStG aufnehmen wollte, ist unklar.<sup>35</sup> Teile der Lehre vertreten die Ansicht, dass bei solchen Delikten die Herstellung des rechtmäßigen Zustands nicht möglich ist, weshalb sie für eine Beratung grundsätzlich ungeeignet sind.<sup>36</sup> Allerdings kann sich, wie § 27 ECG<sup>37</sup> illustriert, hinter einer behördlichen Aufforderung, den gesetzlichen Zustand herzustellen, auch die Möglichkeit einer tätigen Reue verbergen.<sup>38</sup> Anders als das ECG stellt § 33a Abs 1 VStG aber durch die Bezugnahme auf die Beendigung eines noch andauernden strafbaren *Verhaltens* oder einer *Tätigkeit* auf die aktive Aufrechterhaltung eines Zustandes ab. Somit sind Zustandsdelikte, die mit einmaligem Handeln abgeschlossen sind, vom Wortlaut des § 33a VStG nicht erfasst. Im Ausschluss von Zustandsdelikten aus dem Anwendungsbereich des § 33a VStG wird zT eine Diskriminierung der Täter/innen dieser Delikte gesehen.<sup>39</sup> Unter der Prämisse, dass § 33a VStG eine *lex specialis* zur Ermahnung in § 45 Abs 1 letzter Satz VStG ist<sup>40</sup>, und somit ein mit der Ermahnung verbundener Schuldspruch die einzige Alternative zur Beratung darstellt, scheint die Ansicht gerechtfertigt.<sup>41</sup> Diese Auslegung übersieht jedoch die Unterschiede in den Anwendungsbereichen von § 33a VStG und § 45 Abs 1 letzter Satz VStG. Die Beratung dient in erster Linie der Anleitung zur endgültigen Beendigung des *gegenwärtigen* rechtswidrigen Verhaltens unter Rücksichtnahme auf fehlende Rechtskenntnis des/der Täter(s)/in.<sup>42</sup> Im Gegensatz dazu ist das Ziel der Ermahnung, der Gefahr *künftiger* Vergehen gleicher Art durch strengere Rechtsfolgen vorzubeugen. Für diese unterschiedlichen *teloi* spricht auch die Feststellung von *Klose*, wonach es selbst bei erfolgreicher Beratung aus spezialpräventiven Gründen erforderlich sein könnte, eine Ermahnung auszusprechen.<sup>43</sup> Es liegt somit nahe, die Beratung als *lex specialis* zur Verfahrenseinstellung zu verstehen.<sup>44</sup> Erfüllt der/die Täter/in des Zustandsdelikts, abgesehen von einem andauernden rechtswidrigen Verhalten, alle Voraussetzungen des § 33a VStG, so ist das Verfahren daher gem § 45 Abs 1 Z 4 VStG einzustellen. Im Ergebnis ist also der Ausschluss von Zustandsdelikten vom Anwendungsbereich des § 33a VStG mit keiner Diskriminierung verbunden.

#### 4. Behördenzuständigkeit

Ergänzend zur Frage nach dem Gegenstand der Beratung gilt es zu klären, wer die Verantwortung für deren Durchführung trägt. Der Gesetzgeber hält dafür in § 33a VStG

35 *Neusiedler*, ZVG 2019, 218 f.

36 *Barbist*, Die Unschuld kehrt halb zurück, *ecolex* 2018, 949 (950); *Weigl/Buchinger*, Beraten statt Strafen, RdU 2019, 11 (11); *Schneider*, Der Grundsatz „Beraten statt Strafe“ und seine Abwandlungen, insbesondere im Energierecht, *ÖZW* 2017, 133 (136).

37 § 27 E-Commerce Gesetz (ECG), BGBl I 2001/152 idF BGBl I 2015/34.

38 Ähnlich *Neusiedler*, ZVG 2019, 218 f.

39 *Neusiedler*, ZVG 2019, 219; *Schneider*, *ÖZW* 2017, 136.

40 *Bergthaler*, ZAS 2018, 173.

41 *Neusiedler*, ZVG 2019, 219.

42 AB 227 BglNR 26.GP 4.

43 *Klose*, *ÖJZ* 2019, 718, die Unzulässigkeit von Ermahnungen bei fristgerechter Herstellung des rechtmäßigen Zustandes erscheint vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt.

44 *Klose*, *ÖJZ* 2019, 717.

keine Antwort bereit. Da die zuständige Behörde für den Staat in die Rolle des *beratenden Freundes* schlüpfen muss, liegt es jedoch nahe, bei der Auswahl der Behörde neben der Nähe zu den Bürger/innen vor allem auch auf das Verständnis für ihre Probleme bei der Anwendung von Verwaltungsnormen zu achten. Nicht zuletzt deshalb sehen Beratungsnormen in den Materiengesetzen häufig die Zuständigkeit der Administrativbehörde vor.<sup>45</sup> Auch die Materialien zu § 33a VStG, wonach die Beratung vor Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens stattfinden soll, lassen vermuten, dass die jeweilige Administrativbehörde für die Anwendung des § 33a VStG zuständig ist.<sup>46</sup> Dieser Annahme steht allerdings § 32 Abs 2 VStG, der die Beratung ausdrücklich als verwaltungsstrafrechtliche Verfolgungshandlung bezeichnet, entgegen. Dies zeigt sich besonders deutlich auf Gemeindeebene, denn dort müsste bei Zuständigkeit der Administrativbehörde die Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich eine verwaltungsstrafrechtliche Verfolgungshandlung setzen, obwohl ihr die Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens im eigenen Wirkungsbereich nicht zusteht.<sup>47</sup> Dieser Umstand spricht im Ergebnis dafür, dass die Verwaltungsstrafbehörden gem § 26 VStG für die Beratung der Bürger/innen zuständig sind.

## 5. Beratung und Aufforderung

Abschließend stellt sich die entscheidende Frage, wie der Staat jenen begegnet, die die strengen Voraussetzungen des § 33a VStG erfüllen. Dem eingangs erläuterten Konzept entsprechend, zeigt sich der Staat zunächst nachsichtig und ist bereit, sein Versprechen auf eine zweite Chance einzuhalten. Denn er gewährt den Bürger/innen einen durchsetzbaren Anspruch auf Beratung, im Rahmen derer die Behörde der/dem Betroffene/n mitteilt, dass er/sie eine Verwaltungsübertretung begeht und ihm/ihr erklärt, wie das rechtswidrige Verhalten beendet werden kann.<sup>48</sup> Das freundliche Gesicht des Staates hat allerdings auch eine autoritäre Seite. Denn der Gesetzgeber verknüpft die formlose Beratung untrennbar<sup>49</sup> mit einer schriftlichen Verfahrensordnung<sup>50</sup>, in der die Behörde den/die Betroffene/n auffordert, den rechtmäßigen Zustand innerhalb angemessener Frist herzustellen.

Kommt der/die Beratene, trotz vorschriftsmäßiger Beratung, der behördlichen Aufforderung nicht fristgerecht nach, so ist das Vertrauen des Staates verspielt. Die Behörde setzt in diesen Fällen das durch die Beratung eingeleitete Strafverfahren fort<sup>51</sup> und be-

---

45 Vgl § 89 Abs 3 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (ElWOG), BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2017/108; § 148 Abs 4 Gaswirtschaftsgesetz (GWG), BGBl I 2011/107 idF BGBl I 2017/108; § 9 Arbeitsinspektionsgesetz (ArbIG), BGBl 1993/27 idF BGBl I 2018/100.

46 AB 227 BglnR 26. GP 4.

47 Klose, ÖJZ 2019, 716 f; VwSlg 12.400 A/1987.

48 AB 227 BglnR 26.GP 4; Neusiedler, ZVG 2019, 221.

49 Ist eine Aufforderung nicht erforderlich, weil etwa der rechtmäßige Zustand bereits hergestellt wurde, schließt dies die Anwendung der Bestimmung aus, vgl Muzak, ZVG 2018, 367.

50 Grabenwarter/Fister, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2019) 205; Muzak, ZVG 2018, 366.

51 Klose, ÖJZ 2019/89, 717; nach ErläutRV 193 BglnR 26.GP 6. „eingeleitet oder fortgesetzt“.

handelt den/die Betroffene/n so wie all jene, die der Staat von vornherein von der Beratung ausgeschlossen hat. Eine Einstellung oder Ermahnung kommt in diesen Fällen mangels geringen Verschuldens nicht in Betracht.<sup>52</sup> Stellt der/die Bürger/in den rechtmäßigen Zustand aber fristgerecht her, so wird er/sie belohnt, indem die Behörde das Verfahren gem § 45 Abs 1 Z 4 VStG einstellt.<sup>53</sup>

Verletzt der Staat im Rahmen der Beratung seine Pflichten, oder erlässt er trotz fristgerechter Erfüllung der behördlichen Aufforderung einen Strafbescheid, können die Betroffenen wegen Verletzung ihres subjektiven Rechts Beschwerde an das VwG erheben.<sup>54</sup> Wie das VwG mit einer von der Behörde zu Unrecht unterlassenen Beratung umzugehen hat, ist jedoch strittig.<sup>55</sup> Folgt man der Rechtsprechung und Teilen der Lehre, so ist die unterlassene Beratung im Verfahren vor dem VwG gem § 38 VwGVG<sup>56</sup> nachzuholen, und das Verfahren im Falle einer erfolgreichen Beratung gem § 45 Abs 1 Z 3 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.<sup>57</sup> Dagegen spricht aber, dass für die Anwendbarkeit des § 33a VStG das rechtswidrige Verhalten – trotz eines davor ergangenen Strafbescheids – bis zum Verfahren vor dem VwG andauern muss. Ist dies der Fall, so ist das Verschulden in aller Regel nicht (mehr) gering.<sup>58</sup> Nach *Muzak* ist daher ein rechtswidrig erlassener Strafbescheid vom VwG ohne weitere Beratung aufzuheben.<sup>59</sup>

## 6. Conclusio

Der Gesetzgeber setzt mit § 33a VStG ein klares Zeichen für seine Bereitschaft, den Bürger/innen im Verwaltungsstrafrecht auf Augenhöhe zu begegnen. Die Umsetzung von „Beraten statt strafen“ bleibt jedoch hinter dem Potenzial des Konzepts zurück. Ausschlaggebend dafür ist in erster Linie der zu eng geratene Anwendungsbereich des § 33a VStG. Denn durch den Rückgriff auf die strengen Tatbestandselemente der Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit und die Beschränkung auf das schmale Deliktsspektrum unbeendeter Dauerdelikte bzw fortgesetzter Delikte wird der Bestimmung beinahe jegliche praktische Relevanz entzogen.

Anstelle einer *lex specialis* zur Verfahrenseinstellung wäre daher eine Umsetzung von „Beraten statt strafen“ dort wünschenswert, wo das Konzept einen erkennbaren Beitrag zum Wohl der staatlichen Gemeinschaft leistet. Dies bietet sich etwa bei jenen Verwaltungsübertretungen an, die trotz geringen Verschuldens des/der Täter(s)/in mit schweren Folgen verbunden sind. Denn das Gesetz sieht für diese Fälle keine Alternativen zur Stra-

52 AB 227 BglNR 26.GP 4; *Muzak*, ZVG 2018, 368.

53 *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahrenrecht 206.

54 *Muzak*, ZVG 2018, 368; *Weigl/Buchinger*, RdU-U&T 2019/4, 12.

55 *Struth*, Die „Verwaltungsstrafgesetz-Novelle 2018“, RFG 2019, 178 (181); *Neusiedler*, ÖJZ 2020, 334.

56 § 38 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2018/57.

57 *Fister in Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren<sup>2</sup> (Stand 1.10.2018, rdb.at) § 50 VwGVG Rz 4; LVwG Oö 14.10.2019, LVwG-400406/2/ GF/RoK, *Struth*, RFG 2019/37.

58 *Weigl/Buchinger*, RdU 2019, 12.

59 *Muzak*, ZVG 2018, 368.

fe vor und die abschreckende Wirkung einer Geldstrafe würde, gerade bei Rechtsunkenntnis des/der Täter(s)/in, kein effektives Mittel zur wirksamen Beendigung des rechtswidrigen Zustandes darstellen. Durch einen Zugang zu behördlicher Beratung in diesen Fällen würden zum einen die Bürger/innen von hohen Geldstrafen verschont. Zum anderen könnte der Staat auf nachhaltige Weise die Gemeinschaft vor den schweren Deliktsfolgen schützen und ressourcenintensive Strafverfahren vermeiden.

Im Ergebnis ist die Intention des Gesetzgebers, den Bürger(n)/innen eine Chance zu geben ihre Fehler zu erkennen und daraus zu lernen, zu begrüßen. Die Umsetzung in § 33a VStG lässt das Potenzial von „Beraten statt strafen“ aber weitgehend ungenützt und droht aufgrund ihrer legislativen Ausgestaltung in der Praxis der Verwaltungsstrafbehörden eine Randerscheinung zu bleiben. Es bleibt daher zu hoffen, dass auch der Staat aus seinen Fehlern lernt und dem Konzept „Beraten statt strafen“ eines Tages zu jener Bedeutung in der Behördenpraxis verhilft, die seinem Potenzial gerecht wird.

Mag.<sup>a</sup> Laura Winneringer arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und lebt in Wien; [laura.winneringer@univie.ac.at](mailto:laura.winneringer@univie.ac.at)

# „Nur nach Art der verdienstvollen Handlung“?

## Staatliche Ehrungen und Auszeichnungen

Stefanie Bermesser

---

Staatliche Anerkennung hat in Österreich viele Gestalten – das breite Spektrum reicht von Berufstiteln über das AMA-Gütesiegel bis hin zu Preisen für familienfreundliche Arbeitgeber\_innen. Auf ihren hohen Stellenwert lässt auch der Aufbau des E-Government-Portals [oesterreich.gv.at](http://oesterreich.gv.at) schließen: Die Seite „Leben in Österreich“ enthält mit Informationen etwa zu „Asyl“, „Aufenthalt in Österreich“, „Staatsbürgerschaft“ und „Titel und Auszeichnungen“ offensichtlich alles, was man wissen muss, wenn man seinen Lebensmittelpunkt im Inland begründet.<sup>1</sup>

Im vorliegenden Beitrag soll den Fragen nachgegangen werden, welche Funktionen Auszeichnungen haben, wie Rechtsnormen und Verwaltungspraxis im Fall der Verleihung der höchsten Auszeichnung des Bundes zusammenwirken, und wie dieses Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich als Instrument staatlicher Verwaltung genutzt wird.

### 1. Monarchische Geschichte und demokratische Bedenken

Die Geschichte staatlicher Verdienstorden reicht in Europa bis zum Ende des 17. Jahrhunderts zurück.<sup>2</sup> Die Stiftung und Verleihung früher Orden, Ehrenzeichen und Auszeichnungen lag im Belieben des Königs. Als Träger\_innen kamen meist nur Angehörige bestimmter Stände in Frage, also etwa Adelige und hochrangige Militärangehörige.<sup>3</sup> Die Dekorationen, verliehen „pour le mérite“, bezeugten weniger, dass die damit bedachten Personen durch irgendeine außergewöhnliche Leistung aus der breiten Masse der Bevölkerung herausragten. Sie dienten vielmehr der Sichtbarmachung von Rangunterschieden und Standesprivilegien in einer hierarchisch gegliederten Gesellschaft, in der die Position Einzelner schon durch Herkunft und Geburt weitgehend vorgegeben war. Dementsprechend ablehnend standen einige junge Republiken,<sup>4</sup> darunter auch Österreich, staatlichen

---

1 [www.oesterreich.gv.at/themen/leben\\_in\\_oesterreich.html](http://www.oesterreich.gv.at/themen/leben_in_oesterreich.html) (2.7.2020).

2 *Fuhrmann*, Pour le mérite (1992) 30 ff.

3 *Fuhrmann*, Mérite 34 f. Die Verleihung des österr. St. Stephans-Ordens bspw. setzte voraus, dass der Geehrte aus einer seit mind. vier Generationen adeligen Familie stammte, *Laich*, Altösterreichische Ehrungen. Auszeichnungen des Bundes (1993) 28.

4 Für Deutschland siehe *Kirchner/Thiemann/Laitenberger*, Deutsche Orden und Ehrenzeichen<sup>5</sup> (1997) Rz 17; zur Tschechoslowakei *Königsberger*, Titel und Orden in der demokratischen Republik (1932) 59.

Ehrungen zunächst gegenüber: Mit Gesetz v 3.4.1919 (StGBI 1919/211) wurde nicht nur der Adel, sondern gem § 1 leg cit auch „bloß zur Auszeichnung verliehene [...] Titel und Würden“ aufgehoben, um „Gepflogenheiten auszuschließen, die zum Geiste der gegenwärtigen Staatsform im Widerspruch stehen“.<sup>5</sup> Als unverdächtig, weil von „keineswegs spezifisch monarchischer Natur“<sup>6</sup> galten lediglich Auszeichnungen, die iZm einer beruflichen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Tätigkeit verliehen wurden.

Diese konsequente Ablehnung bloßer Verdienstauserzeichnungen, also jener staatlichen Dekorationen, die nicht für überdurchschnittliche Leistungen in bestimmten Betätigungsfeldern gewährt wurden, war nicht von Dauer. Als aber mit Gesetz v 4.11.1922 über die Schaffung von Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich (BGBl 1923/16) die gesetzliche Grundlage für ein neues, nicht tätigkeitsbezogenes Ehrenzeichen begründet wurde, blieben die Zweifel an der Vereinbarkeit staatlicher Distinktionsbezeugungen mit einer auf Gleichheit beruhenden Gesellschaft bestehen. Daher betonten die Mat auch die Notwendigkeit, „[d]urch statutarische Bestimmungen [...]“ [dh: durch eine Verordnung] sicherzustellen, „daß nicht die Art der Abstufung [von Ehrenzeichen unterschiedlicher Ränge] einen undemokratischen Charakter aufweist. Denn nicht nach Rang oder vermeintlicher sozialer Stellung, sondern nur nach Art der verdienstvollen Handlungen dürfen die Voraussetzungen für die Verleihung der verschiedenen Abstufungen des Ehrenzeichens gegeben sein.“<sup>7</sup>

Unter diesem hier angesprochenen Gesichtspunkt, nämlich der Prämierung einer Leistung, die zu erbringen prima facie jeder Person freisteht, werden staatliche Ehrungen und Auszeichnungen auch als mit einer egalitären Gesellschaft vereinbar erachtet und stellen, gewissermaßen in Umkehrung ihres historischen Zweckes, die angeborene Zugehörigkeit zur Oberschicht zu versinnbildlichen, „eine spezifisch moderne Erscheinungsform der Ehre dar, weil sie sich mit Erwerbbarkeit und sozialer Mobilität verbinden.“<sup>8</sup>

## 2. Wie wirken Ehrungen und Auszeichnungen?

Aufgrund der Annahme, dass es allen Menschen gleichermaßen möglich sei, verdienstvoll zu handeln, werden staatliche Ehrungen bisweilen als Instrument „sanfter“ Verhaltenssteuerung erachtet.<sup>9</sup> Durch die Auslobung einer Belohnung, die dem/der damit Versehenen sozialen Status verheißt, soll ein Verhaltensanreiz gesetzt werden, der einen Anstoß zu gesellschaftlicher Selbststeuerung gibt und Bürger\_innen motiviert, sich um das Gemeinwohl zu bemühen.<sup>10</sup> Diesem Erklärungsansatz zufolge kommt die Setzung von Anreizen in Ergänzung hoheitlichen Verwaltungshandelns häufig dort zum Einsatz, wo

---

5 ErlRV 84 BlgKonstNV 3.

6 ErlRV 84 BlgKonstNV 3.

7 ErlRV 614 BlgNR 1. GP 3.

8 Vogt, Zur Logik der Ehre in der Gegenwartsgesellschaft (1997) 247.

9 Kirchner/Thiemann/Laitenberger, Orden<sup>5</sup> Rz 3.

10 Vogt, Logik 265 f.

Befehl und Zwang an ihre Grenzen stoßen, weil bestimmte, zB künstlerische oder wissenschaftliche Leistungen, sich ihrem Wesen nach nicht erzwingen lassen. Außerdem findet diese Form der Verhaltenssteuerung Anwendung, wenn ein Bedarf an bestimmten Dienstleistungen besteht, die schwer zu finanzieren wären, zu deren unentgeltlicher Leistung Bürger\_innen aus grundrechtlichen Erwägungen aber auch nur begrenzt verpflichtet werden können, also etwa im Bereich der Feuerwehr.

Abgesehen von ihrer verhaltenssteuernden Funktion sollen Auszeichnungen und Ehrungen aber auch Loyalität zwischen den Parteien, also dem Staat und den Geehrten herstellen und aufrechterhalten. Durch die Verleihung einer Auszeichnung und deren Annahme wird, so der Ökonom *Bruno S. Frey*, konkludent ein „psychological contract“ geschlossen, der dem Staat als Gegenleistung das künftige Wohlwollen des geehrten Individuums und dessen (prinzipielle) Übereinstimmung mit dem staatlichen Handeln sicherstellen soll. Rechtswirkungen kann dieser Vertrag freilich nicht entfalten,<sup>11</sup> wohl aber eine dauerhafte moralische Bindung herstellen. Anders als beim Einsatz von Auszeichnungen zur Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens begegnen die Beteiligten einander hier tendenziell als gleichrangige Vertragspartner\_innen: Der eine Ehrung verleihende Staat erhält als Gegenleistung auch etwas vom Glanz oder von der Autorität der geehrten Person, und dadurch die Möglichkeit, sich – ohne zu deren Berühmtheit zwangsläufig beigetragen haben zu müssen – mit prominenten Persönlichkeiten zu schmücken.<sup>12</sup> Gerade weil in solchen Fällen ein gegenseitiges Interesse an der Sichtbarmachung der wechselseitigen Loyalität besteht, fällt die Ablehnung einer Ehrung durch die damit bedachte Person potentiell auf die die Auszeichnung verleihende Entität zurück. Dass der – prima facie – weniger mächtige Teil der Verbindung den Tauschhandel ausschlägt, erfährt in der Regel einige mediale Aufmerksamkeit und wird mitunter als unfreundlicher Akt wahrgenommen.<sup>13</sup>

Aber nicht nur die Zurückweisung, sondern auch die Verleihung von staatlichen Ehrungen und Auszeichnungen, die oft als Festakt inszeniert wird, erregt in der Regel öffentliches Interesse.<sup>14</sup> Wenn man davon ausgeht, dass die Funktion von staatlichen Ehrungen sich nicht darin erschöpft, Verhaltensanreize zu setzen und Loyalität zu sichern, sondern dass es sich bei Auszeichnungen und Ehrungen (wie etwa auch bei Feier- und Gedenk-

11 *Frey*, Awards as Compensation, *European Management Review* 2007, 6 (8): „Other members of society clearly recognize this *psychological bond* [Hervorhebung original] established by accepting an award. A recipient who later turns against the bestowing institution faces disapproval by other members of society who argue or at least believe that the particular person should not have accepted the award in the first place if he or she does not side with the bestowing institution.“

12 Diese Motivation liegt wohl auch der Verleihung der österr Staatsbürgerschaft „wegen der vom Fremden bereits erbrachten und von ihm noch zu erwartenden außerordentlichen Leistungen im besonderen Interesse der Republik“ nach § 10 Abs 6 Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 (BGBl 1985/311 idF BGBl I 2020/24) zugrunde.

13 *McCreery*, *The Order of Canada*<sup>2</sup> (2018) 243; *Vogt*, *Logik* 347 f.

14 Dass zB der Journalist *Hugo Portisch* mit dem Großen Goldenen Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich ausgezeichnet wurde, ist ebenso berichtenswert wie der Umstand, dass (und warum) *Portisch* Auszeichnungen zuvor wiederholt abgelehnt hatte, *Die Presse* v 18.12.2019, [www.diepresse.com/5740664/nachgiebiger-hugo-portisch-mit-goldenem-ehrenzeichen-der-republik-ausgezeichnet?from=rss](http://www.diepresse.com/5740664/nachgiebiger-hugo-portisch-mit-goldenem-ehrenzeichen-der-republik-ausgezeichnet?from=rss) (2.7.2020).

tagen, Hymnen, Flaggen, Denkmälern und Uniformen) um symbolische Akte der politischen Ästhetik handelt,<sup>15</sup> ist die breite und medial vermittelte Wahrnehmbarkeit sogar unabdingbare Voraussetzung für ihre Wirksamkeit. In diesem Sinn schaffen Ehrungen einen sinnlich wahrnehmbaren „Staat zum Anfassen“<sup>16</sup>. Als Akte staatlicher Wertpflege und Selbstinszenierung sollen sie „den objektiven geistigen Sinnzusammenhang, die leitende Idee, den verpflichtenden Auftrag oder auch das Legitimationsprinzip dieser staatlichen Tätigkeit“<sup>17</sup> darstellen. Ihre Verleihung bringt zum Ausdruck, welche Prinzipien dem im Staat verkörperten Gemeinwesen zugrundeliegen (sollen), also etwa Leistungsbereitschaft, Fleiß, Altruismus oder Kreativität. Insofern erfüllen staatliche Ehrungen, die dem Anschein nach vor allem der Distinktion Einzelner dienen, auch eine integrative Funktion, die bestenfalls weite Teile der Bevölkerung umfasst. Ihre Verleihung versinnbildlicht, dass das „Staatsvolk“ und die im Inland lebenden Menschen nicht nur durch Rechtsnormen, sondern auch durch geteilte Werte verbunden sind.<sup>18</sup>

### 3. Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich

In Folge soll die bedeutendste Auszeichnung, die die Republik Österreich verleiht, das Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich, hinsichtlich ihrer Zielsetzung und Wirkweise dargestellt und untersucht werden, welcher Zweck mit der Verleihung verfolgt wird.

#### 3.1. Gesetzliche Grundlage

Nach der Rsp des VfGH handelt es sich bei der Schaffung und Verleihung von Ehrenzeichen um Akte staatlicher Hoheitsverwaltung. Diese Einordnung ergebe sich zum einen bereits aus der „Natur der Sache“,<sup>19</sup> womit wohl gemeint ist, dass Ehrenzeichen ihren besonderen Wert gerade daraus beziehen, dass sie Symbole des Staates sind, und dass Staatssymbole, wie oben ausgeführt, als „von fundamentaler Bedeutung für die Existenz des Gemeinwesens und die Integration der Bürger in die Staatengemeinschaft“ gelten.<sup>20</sup> Für den hoheitlichen Charakter der Materie spricht nach Ansicht des VfGH aber auch die Systematik des B-VG, wird doch die „Gewährung von Ehrenrechten“ durch den Bundespräsidenten in Art 65 Abs 3 B-VG genannt, also in einer Bestimmung, die die Kompetenzen des Bundespräsidenten als Staatsoberhaupt regelt.<sup>21</sup> Was die Schaffung von Ehrenzeichen durch Gesetz betrifft, liegt infolge des zitierten Erkenntnisses eine zwischen

---

15 *Wagrandl*, Wehrhafte Demokratie in Österreich (2019) 105 ff.

16 *Vogt*, Logik 250.

17 *Kirchner/Thiemann/Laitenberger*, Orden<sup>5</sup> Rz 1.

18 *Vogt*, Logik 241 f.

19 VfSlg 2066/1950, 429.

20 *Kirchner/Thiemann/Laitenberger*, Orden<sup>5</sup> Rz 2.

21 VfSlg 2066/1950, 429.

Bund und Ländern geteilte Kompetenz vor, abhängig von der Vollzugskompetenz in dem Sachgebiet, in dem die Auszeichnung verliehen werden soll, und davon, ob ein Verdienst um ein Land oder den Bund vorliegt.<sup>22</sup>

Auf Grundlage der damit festgestellten Kompetenz des Bundesgesetzgebers wurde das nach wie vor in Geltung stehende BG v 2.4.1952 über die Schaffung von Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich<sup>23</sup> erlassen, dessen Vorgängerregelung 1938 aufgehoben und 1945 nicht wieder in Geltung gesetzt worden war. Dass überhaupt wieder ein Bedarf an einer derartigen Auszeichnung bestand, begründen die Mat damit, dass der Bund gewissermaßen nicht hinter den Ländern zurückstehen wollte, die Anfang der 1950er-Jahre begonnen hatten, insb Verdienste um das Feuerwehr- und Rettungswesen mit gesetzlich neu geschaffenen Ehrenzeichen zu honorieren.<sup>24</sup> Außerdem seien für verdienstvolle Tätigkeiten um die Republik in den Vorjahren häufig Titel verliehen oder (im Fall von Beamt\_innen) Beförderungen beantragt worden, die sachlich nicht gerechtfertigt gewesen und nur deshalb zur Anwendung gekommen seien, weil eine passendere Anerkennung gefehlt habe.<sup>25</sup>

### 3.2. Verleihung und Verleihungspraxis

Die Verleihung von Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich, bei denen es sich um eine Erscheinungsform der in Art 65 Abs 3 B-VG genannten Ehrenrechte handelt, erfolgt durch den Bundespräsidenten oder die Bundespräsidentin auf Vorschlag der Bundesregierung (§ 1 Abs 3 BG Schaffung von Ehrenzeichen).<sup>26</sup>

Anregungen für die Verleihung eines Ehrenzeichens können von jeder Person erstattet werden; wenn sie sich auf die eigene Person oder auf nahe Familienangehörige beziehen, werden sie allerdings nicht weiterverfolgt.<sup>27</sup> Die Verleihung erfolgt in Form eines Intimationsbescheids, dh die individuelle Entschließung der Bundespräsidentin wird mit Bescheid des sachlich zuständigen Bundesministers bekannt gegeben.<sup>28</sup> Wenn auch im Verfahren der Ehrenzeichen-Verleihung die Regelungen des AVG nicht anwendbar sind,<sup>29</sup>

22 VfSlg 2066/1950, 431.

23 BGBl 1952/89 idF BGBl 1969/242, in der Folge: BG Schaffung von Ehrenzeichen.

24 ErläutRV 511 BlgNR 4. GP 2.

25 ErlRV 511 BlgNR 4. GP 2; sowie *Schmidt*, Orden und Ehrenzeichen Österreichs 1945-1999 (1999) 16.

26 In der Praxis werden Verleihungsvorschläge in der Regel von dem\_der sachlich zuständigen Bundesminister\_in erstattet (Art II iVm IV Abs 3 der Verleihungs-Richtlinie „Verfahren zur Verleihung des Ehrenzeichens für Verdienste um die Republik Österreich“, Ministerratsbeschluss v 9.7.2002). Ein Beschluss des Ministerrates wird lediglich vor der Verleihung besonders hochrangiger Ehrenzeichen gefasst (Art IV Abs 3 Verleihungs-Richtlinie).

27 [www.bundespraesident.at/ehrenzeichen](http://www.bundespraesident.at/ehrenzeichen) (5.7.2020).

28 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht Bd 4. Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts<sup>2</sup> (2017) Rz 47.006; *Raschauer* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 1999), Art 65 Rz 22.

29 Betreffend die Verleihung von Berufstiteln *Gratzl*, Die Schaffung, Verleihung und Führung von Berufstiteln, ZfV 2014, 518 (520). Zur älteren Rechtslage *Berchtold*, Der Bundespräsident (1969) 147 sowie *Raschauer* in *Korinek/Holoubek* Rz 22.

besteht dennoch eine Verfahrensbindung, weil die Verleihung auf den allgemeinen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens<sup>30</sup> zu beruhen hat. Ein Rechtsanspruch auf die Verleihung eines Ehrenzeichens besteht nicht, handelt es sich in den Worten *Raschauer* doch um eine „gnadenartige[...] Zuständigkeit“ des Bundespräsidenten.<sup>31</sup> Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik werden in 15 Stufen verliehen, die im Statut für das Ehrenzeichen, einer Verordnung,<sup>32</sup> hinsichtlich ihres Ranges und ihrer Gestaltung festgelegt sind. Die Dekorationen sollen „nach Größe und Art der Verdienste abgestuft werden“ (§ 1 Abs 2 BG Schaffung von Ehrenzeichen). Worin die besonderen Verdienste liegen, oder wie außergewöhnlich diese sein müssen, geht aus dem Gesetz aber nicht hervor. Gem Art I des Statuts werden Ehrenzeichen an Personen verliehen, „die für die Republik Österreich hervorragende gemeinnützige Leistungen vollbracht und ausgezeichnete Dienste geleistet haben.“ Dabei gilt, dass „hervorragende gemeinnützige Tätigkeiten“ sowohl dem Beruf als auch einem Ehrenamt entstammen können, wohingegen „ausgezeichnete Dienste“ von Personen, die im Dienst der Republik oder einer Gebietskörperschaft stehen, in Form ihres beruflichen Wirkens erbracht werden.<sup>33</sup> Etwas detailliertere Angaben finden sich in der Verleihungs-Richtlinie, einem Ministerratsbeschluss v 9.7.2002: Unter Art IV, Prüfungs- und Vorgenehmigungsverfahren, werden einige im Prüfungsverfahren beachtliche Grundsätze genannt: Zunächst einmal wird festgehalten, dass die Auszeichnung nur hervorragenden Vertreter\_innen ihres Berufs verliehen werden solle, wobei das Merkmal „hervorragend“ nur ex negativo definiert wird: „Es widerspräche dem Wert einer Auszeichnung, wenn ordnungsgemäße Pflichterfüllung allein als Begründung für die Verleihung genügte.“<sup>34</sup> Wer eine Auszeichnung erhalten soll, muss demnach Überdurchschnittliches geleistet haben. Weiters nimmt die Richtlinie auf die Dauer der auszeichnungswürdigen Berufstätigkeit oder des Dienstes Bezug: Diese soll mindestens zehn Jahre betragen (Art IV Abs 2 lit c). Schließlich ist eine sogenannte Interkalarfrist von meist fünf Jahren zwischen zwei Ehrenzeichen-Verleihungen vorgesehen.<sup>35</sup> In den letzten Jahrzehnten hat sich auf der Grundlage dieser mäßig bestimmten Regelungen eine gleichmäßige Verleihungspraxis etabliert.<sup>36</sup> Die ranghöchste Auszeichnung, der

30 Diese Grundsätze umfassen „das Recht auf Parteigehör, auf ordnungsgemäße Sachverhaltsermittlung, auf Ausschluss befangener Organwalter und auf Bescheidbegründung“, *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2017) 333. Dem Parteigehör iZm der Verleihung von Ehrenzeichen dient etwa die Klärung der „Annahmefähigkeit“ einer bestimmten Person, siehe *Fröblichsthal/Prosl*, Weitere Tätigkeitsbereiche des Bundespräsidenten, in *Adamovich/Cedel/Prosl*, Der österreichische Bundespräsident. Das unterschätzte Amt (2017) 68 (76). Auch die Aberkennung darf – sofern sie gesetzlich überhaupt vorgesehen ist – nur nach Anhörung der betroffenen Person erfolgen (vgl die AB der BMBWK betr die Aberkennung eines Österr Ehrenzeichen für Wissenschaft und Kunst I. Klasse, 2925/AB BlgNR 21. GP 2).

31 *Raschauer* in *Korinek/Holoubek* Rz 70.

32 V der Bundesregierung v 13.5.1953, betr das Statut für das Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich, BGBl 1953/54 idF BGBl II 2007/138.

33 Schreiben von *Dr. Heinz Anton Hafner*, Kabinettsvizedirektor der Österr Präsidentschaftskanzlei an die Verfasserin v 10.1.2018.

34 Verleihungs-Richtlinie, Art IV Abs 2 lit a.

35 Verleihungs-Richtlinie, Art IV Abs 2 lit b.

36 *Fröblichsthal/Prosl* in *Adamovich/Cedel/Prosl* 76.

Groß-Stern, steht bereits kraft gesetzlicher Regelung dem österr Bundespräsidenten zu<sup>37</sup> und wird darüber hinaus an ausländische Staatsoberhäupter verliehen, wohingegen eine Verleihung an Inländer\_innen zwar möglich, aber unüblich ist.<sup>38</sup> Die Auszeichnung auf der nächstniedrigeren Stufe, das Große Goldene Ehrenzeichen am Bande, erhalten Bundeskanzler\_innen, Bundesminister\_innen sowie Präsident\_innen des Rechnungshofes, außerdem Präsident\_innen des Nationalrates, sowie nach längerer Amtszeit auch Präsident\_innen von Höchstgerichten, Landeshauptleute oder Mitglieder der Volksanwaltschaft. Zudem ist es üblich, in Wien akkreditierten Botschafter\_innen anlässlich der Beendigung ihrer Mission in Österreich das Große Goldene Ehrenzeichen am Bande zu verleihen, weiters erhalten dieses ausländische Regierungschef\_innen, Parlamentspräsident\_innen oder Kardinäle der römisch-katholischen Kirche.<sup>39</sup> Verwaltungsbeamte\_innen werden höchstens mit der fünfthöchsten Dekoration, dem Großen Silbernen Ehrenzeichen mit dem Stern, versehen, das ihnen in aller Regel anlässlich der Versetzung in den Ruhestand (oder nach Erreichen der höchsten Gehaltsklasse) verliehen wird.<sup>40</sup> Von dieser Praxis wird nur in Ausnahmefällen abgegangen: „Diese seltenen Ausnahmebehandlungen können sowohl den Auszeichnungsgrad wie auch den Zeitpunkt der Auszeichnungsverleihung oder die Form der Überreichung (zB durch den Herrn Bundespräsidenten persönlich) betreffen.“<sup>41</sup>

### 3.3. Anerkennung auf Lebenszeit

Personen, denen ein oder mehrere Ehrenzeichen verliehen wurden, haben gem Art II Abs 2 des Statuts das höchstpersönliche Recht, die Dekorationen „anzulegen und zu tragen sowie sich als ‚Besitzer‘ dieser Auszeichnungen zu bezeichnen. Andere Vorrechte sind damit nicht verbunden.“

Eine Aberkennung eines einmal verliehenen Ehrenzeichens für Verdienste um die Republik Österreich ist gesetzlich nicht vorgesehen. Das hat zur Konsequenz, dass sich die Republik auch mit wegen Bestechlichkeit rechtskräftig verurteilten Straftäter\_innen<sup>42</sup> und Nationalsozialist\_innen<sup>43</sup> *schmückt*. In den letzten Jahren wurden mehrere Anläufe unternommen,

37 Der Bundespräsident nimmt dadurch als „ideelles Oberhaupt“ der Ehrenzeichen-Träger\_innen eine Rolle ein, die sonst innerhalb einer Dynastie vererbt wurde, also eine Reminiszenz an adelige Ritterorden darstellt, siehe *Fuhrmann*, *Mérite* 28 ff. Kritisch zur Vorgängerregelung v 1922, die „[m]it der Tendenz dieser Ordensstiftung [...] nicht ganz vereinbar“ sei, *Königsberger*, Titel 58.

38 *Laich*, Ehrungen 91.

39 *Laich*, Ehrungen 93.

40 *Laich*, Ehrungen 106. Für einen Überblick über die „Hierarchie der Ordensvergabe“ vgl auch *Horvath*, *Orden* 32 ff, sowie *Schmidt*, *Orden* 25 ff.

41 Schreiben von *Dr. Heinz Anton Hafner*, Kabinettsvizedirektor der Österr Präsidenschaftskanzlei an die Verfasserin v 10.1.2018.

42 Zur Frage, ob *Ernst Strasser* das ihm 2003 verliehene Große goldene Ehrenkreuz aberkannt werden könne, vgl die parlamentarische Anfrage v 24.10.2014, 2931/J 25. GP und deren Beantwortung v 23.12.2014, 2773/AB 25. GP.

43 Dem deutschen Verwaltungsjuristen *Hans Globke*, Mitverfasser der „Nürnberger Rassegesetze“, wurde 1956 das Große Goldene Ehrenkreuz am Bande verliehen. Möglicherweise wurden neben *Globke* auch andere hochrangige Nationalsozialist\_innen mit österr Ehrenzeichen ausgezeichnet. Auf eine parlamentarische Anfrage v 9.5.2018 (781/J, 26. GP), ob angesichts des Gedenkjahres 2018 eine Überprüfung der bisherigen Ehrenzeichenbesitzer\_innen ange-

einen Aberkennungstatbestand in das BG Schaffung von Ehrenzeichen aufzunehmen, die jedoch alle erfolglos blieben.<sup>44</sup> Dabei hat der Gesetzgeber den Bedarf offensichtlich erkannt und zumindest bei anderen Auszeichnungen des Bundes entsprechende Regelungen erlassen: In das BG über die Schaffung eines Ehrenzeichens für Wissenschaft und Kunst wurde mit BGBl I 2001/128 eine entsprechende Norm eingefügt, nachdem der dringende Wunsch bestanden hatte, dem Psychiater *Heinrich Gross*, der zwischen 1940 und 1945 zahlreiche Kinder und Jugendliche für medizinische Experimente missbraucht hatte und für deren Ermordung verantwortlich war,<sup>45</sup> seine Dekoration abzuerkennen; das 2002 erlassene Bundes-EhrenzeichenG enthielt bereits in seiner Stammfassung einen Aberkennungstatbestand.<sup>46</sup>

### 3.4. Mehr Symbolik als Verhaltenssteuerung

Soll es sich bei staatlichen Auszeichnungen und Ehrungen in einer Demokratie wie eingangs erwähnt um Gratifikationen handeln, die nicht dafür verliehen werden, wer jemand *ist*, sondern nur dafür, was er\_sie *leistet*, lässt sich bezweifeln, dass die Verleihungspraxis ausgerechnet der höchsten staatlichen Auszeichnung diesem Leistungsgedanken vollständig entspricht. Werden Inhaber\_innen hochrangiger politischer Ämter oder Staatsbedienstete anders als andere Bürger\_innen üblicherweise schon aufgrund ihrer Funktion geehrt – zugespitzt ausgedrückt also dafür, dass sie ihre Arbeit erledigen<sup>47</sup> –, entspricht das Ehrenzeichen eher einem Standes- oder Gefälligkeitsorden, wie sie im 18. oder 19. Jahrhundert üblich waren, als einer Ehrung für außergewöhnliche Verdienste.<sup>48</sup> Dass das Bekleiden bestimmter Positionen in Politik und Verwaltung die jeweiligen Organwalter\_innen für die Verleihung einer Auszeichnung prädestiniert, ist dabei kein ausschließlich österr Phänomen,<sup>49</sup> steht aber in einem Span-

---

dacht sei, erwiderte der Bundeskanzler, dass „[e]ine Beantwortung dieser Frage [...] im Hinblick auf den langen Bestand dieses Gesetzes nicht erfolgen [könne]“ (9.7.2018, 785/AB 26. GP).

44 29.2.2012, 1851/A(E) 24. GP; 25.2.2015, 968/A 25. GP; 13.11.2019, 76/A 27. GP. Die beiden erstgenannten Anträge wurden dem Verfassungsausschuss, der aktuellste Antrag dem Ausschuss für innere Angelegenheiten zugewiesen. Eine weitere Behandlung bzw Beschlussfassung ist nicht erfolgt.

45 *Krist/Lichtblau*, Nationalsozialismus in Wien. Opfer Täter Gegner (2017) 210 f.

46 BG über die Verleihung von Bundes-Ehrenzeichen (BGBl I 2002/44). Die darin erfolgte Normierung der Aberkennung wird im Gesetzesantrag wie folgt begründet: „§ 5 bestimmt unter welchen Voraussetzungen ein verliehenes Ehrenzeichen wieder aberkannt werden kann. Eine derartige Regelung ist in den anderen Ehrenzeichengesetzen nicht enthalten, hat sich aber auf Grund der praktischen Erfahrungen als notwendig erwiesen.“ (IA v 26.9.2001, 513/A 21. GP).

47 Kritisch dazu *Horvath*, Orden 31 f. Gerechtfertigt erschiene die quasi automatische Ehrung von Politiker\_innen und Staatsbediensteten allenfalls, wenn man annimmt, dass die Ausübung derartiger Tätigkeiten jedenfalls der Allgemeinheit dient, und dass schon das Bemühen um das im Staat verkörperte Gemeinwesen (ungeachtet der dabei erzielten Ergebnisse) eine besondere Leistung darstellt.

48 Konsequenterweise wird die Frage, worin der Verdienst um die Republik Österreich eigentlich bestand, auch in der medialen Rezeption der Verleihung gerade im Fall von Politiker\_innen ausgespart und bloß auf die entsprechende Funktionsdauer der Betroffenen hingewiesen, die Voraussetzung der Ehrung sei, vgl etwa Die Presse v 11.11.2019, [www.diepresse.com/5720193/hohe-auszeichnungen-fur-fpo-politiker-kitzmuller-und-vilimsky?from=rss](http://www.diepresse.com/5720193/hohe-auszeichnungen-fur-fpo-politiker-kitzmuller-und-vilimsky?from=rss) (1.7.2020); Der Standard v 20.9.2017, [www.derstandard.at/story/2000064345806/karlheinz-toechterle-erhaelt-grosses-goldenes-ehrenzeichen](http://www.derstandard.at/story/2000064345806/karlheinz-toechterle-erhaelt-grosses-goldenes-ehrenzeichen) (1.7.2020); Die Presse v 13.7.2017, [www.diepresse.com/5251457/strache-erhalt-doch-noch-orden-der-republik](http://www.diepresse.com/5251457/strache-erhalt-doch-noch-orden-der-republik) (1.7.2020).

49 Hinsichtlich Italien *Laich*, Ehrungen 32; für Großbritannien *Vogt*, Logik 258 f. IdZ ist zu bedenken, dass Ehrungen und Auszeichnungen im diplomatischen Verkehr auch dazu dienen, den protokollarischen Rang sichtbar zu machen,

nungsverhältnis zu der für die Modernität und Demokratiekompatibilität staatlicher Gunstbeweise ins Treffen geführten Behauptung, dass sie bei entsprechender Leistung allen Menschen unter den gleichen Voraussetzungen zugänglich seien.<sup>50</sup>

Vielleicht ist aber schon die dieser Annahme zugrundeliegende behavioristische Vorstellung, dass man Menschen durch positive Verstärkung (Belohnungen) zu bestimmten Leistungen veranlassen könne, allzu eindimensional:<sup>51</sup> Auch wenn man davon ausgeht, dass das Streben nach Anerkennung eine Konstante menschlichen Verhaltens ist, darf vermutet werden, dass Personen, die sich etwa ehrenamtlich für hilfsbedürftige Mitmenschen einsetzen oder künstlerische Leistungen erbringen, eher aufgrund ihrer intrinsischen Motivation handeln und die Verheißung einer staatlichen Ehrung für ihre Tätigkeit nicht ausschlaggebend ist.

Statt als Verhaltensanreiz dürfte das Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich eher als Instrument staatlichen „Loyalitätsmanagement[s]“<sup>52</sup> und staatlicher Selbstinszenierung zu deuten sein. Ob es den gewünschten Werbeeffekt zugunsten des Staates hat, und welchen Status es den damit Dekorierten verspricht, hängt – wie die Diskussionen iZm der Frage der dzt nicht möglichen Aberkennung nahelegen<sup>53</sup> – auch vom Verhalten und den Werthaltungen ab, die jene verkörpern, die bereits in den Genuss dieser staatlichen Auszeichnung gekommen sind.<sup>54</sup>

Wer eine Auszeichnung verleiht, erhält die Möglichkeit, sich mit den Leistungen und Vorzügen der geehrten Person zu schmücken, nimmt aber in Kauf, dass deren Fehlverhalten die eigentlich beabsichtigte staatliche Selbstdarstellung und Wertsetzung konterkariert. Dass es dem Bund trotz mehrerer parlamentarischer Initiativen ausgerechnet bei der höchsten und publikumswirksamsten Gunstbezeugung nach wie vor verwehrt ist, sich von einer einmal geehrten Person zu distanzieren, lässt erwarten, dass der (zuletzt) im Vorjahr unternommene Anlauf für eine Novellierung des BG Schaffung von Ehrenzeichen nicht der letzte derartige Versuch war.

MMag.<sup>a</sup> Stefanie Bermesser arbeitet als Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; stefanie.bermesser@univie.ac.at

---

und sich die nationalstaatlichen Verleihungsmaßstäbe daher mitunter auch an völkerrechtlichen Gepflogenheiten orientieren, denen zufolge es üblich oder aus Reziprozitätserwägungen geboten sein kann, zB Botschafter\_innen anderer Staaten mit einer Ehrung zu bedenken, vgl *Schmidt*, Orden 26.

50 Die Besetzung jener Positionen, mit denen idR eine Ehrung einhergeht, entspricht hinsichtlich der sozialen Herkunft und Ausbildung der Amtsinhaber\_innen mitunter nicht jener der Gesamtbevölkerung. Ob diese Tätigkeiten tatsächlich allen Personen unter den gleichen Voraussetzungen offenstehen, erscheint daher hinterfragenswert. Am Beispiel der von den NR-Abgeordneten ausgeübten Berufen vgl Addendum v 2.9.2020, [www.addendum.org/repraesentation/wer-im-nationalrat-sitzt-lehrer-bauern-und-berufspolitiker/](http://www.addendum.org/repraesentation/wer-im-nationalrat-sitzt-lehrer-bauern-und-berufspolitiker/) (3.9.2020). Abhängig von der Dauer ihrer Tätigkeit werden an NR-Abgeordnete regelmäßig Ehrenzeichen der Stufen 4 bis 7 verliehen, vgl *Horvath*, Orden 33; *Laich*, Ehrungen 106 ff.

51 *Clark*, Distributing Status. The Evolution in State Honours in Western Europe (2016) 3.

52 *Vogt*, Logik 265.

53 Vgl die parlamentarischen Anfragen 10694/J 24. GP, 2931/J 25. GP, 781/J 26. GP und die mediale Berichterstattung, zB *Der Standard* v 21.6.2019, [www.derstandard.at/story/2000105140598/ehre-wem-ehre-nicht-unbedingt-gebuehrt-oder](http://www.derstandard.at/story/2000105140598/ehre-wem-ehre-nicht-unbedingt-gebuehrt-oder) *Die Presse* v 16.7.2018, [www.diepresse.com/5464699/historiker-fur-aberkennung-von-orden?from=rss](http://www.diepresse.com/5464699/historiker-fur-aberkennung-von-orden?from=rss) (2.7.2020).

54 *Vogt*, Logik 245 f.

# Bitte informiere Dich:

## Die Bereitstellung von Geo- und Verkehrsdaten

Laura Rathmanner

---

### 1. Einleitung

Trotz der Allgegenwärtigkeit von Daten im täglichen Leben haben die Begriffe *Verkehrsdaten* und *Geodaten* ihren technischen Beigeschmack nie verloren und werden in der Alltagssprache, auch der juristischen, selten verwendet, sodass außerhalb von Fachkreisen bestenfalls eine vage Vorstellung damit verbunden wird. Gleichzeitig jedoch ist der Zugriff auf eben diese Daten über das Internet in unserer Gesellschaft ein fester Bestandteil des Alltags geworden. Im Vordergrund steht dabei meist die Praktikabilität; weitgehend unbekannt bleibt demgegenüber, auf welche der verschiedenen Anbieter\*innen zurückgegriffen wird, woher deren Daten stammen und welche Rolle der öffentlichen Hand und damit der Verwaltung in diesen Zusammenhängen zukommt. Während jedoch in der mittlerweile jahrzehntelangen Diskussion um die Abschaffung des Amtsgeheimnisses nach wie vor das Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungs- und Informationsinteresse zu vermessen versucht wird, scheinen Gesetzgebung und Verwaltung bei der Zurverfügungstellung von Geo- und Verkehrsdaten schon seit Längerem im Zeitalter der Informationsgesellschaft anzukommen. Nicht nur die physische, sondern auch die digitale Infrastruktur will planmäßig eingerichtet, koordiniert und erhalten, mit einem Wort: verwaltet werden. Im Folgenden soll daher ein Überblick über die rechtlichen Regelungen und Fragestellungen auf diesem Gebiet gegeben werden.<sup>1</sup>

### 2. Was sind Geo- und Verkehrsdaten und wie werden sie bereitgestellt?

Nach der Definition der Österreichischen Raumordnungskonferenz handelt es sich bei Geodaten um „orts-, lage- bzw raumbezogene Daten, die einen Teil der Erdoberfläche und die darauf, darüber oder darunter befindlichen technischen und administrativen Einrichtungen sowie geowissenschaftliche, ökonomische und ökologische Gegebenheiten beschreiben.“<sup>2</sup> Dieser Raumbezug kann direkt durch Koordinaten oder indirekt (zB Adressen)

---

1 Dieser Beitrag beruht auf einer Seminararbeit der Verfasserin im Rahmen des Seminars „Sanfte Verwaltung“ im WS 2017/2018.

2 ÖROK, Empfehlung Nr 51 zur Führung Geographischer Informationssysteme (2001/2002), [www.oerok.gv.at/fileadmin/bestellservice/publikationen\\_empfehlung\\_pdf/oerok\\_empfehlung\\_51](http://www.oerok.gv.at/fileadmin/bestellservice/publikationen_empfehlung_pdf/oerok_empfehlung_51) (22.9.2020).

hergestellt werden.<sup>3</sup> Ihre digitale Erfassung, Speicherung, Verarbeitung und Präsentation erfolgt im Wege *Geographischer Informationssysteme* (GIS),<sup>4</sup> die aus Hardware, Software, Daten mit Anwendungen und einer entsprechenden Organisation (dh fachkundigem Personal bzw Anwender\*innen, Bearbeitungsstandards und Koordinationsstrukturen) bestehen.<sup>5</sup> Ein naheliegendes Beispiel für Geoinformationssysteme der öffentlichen Hand sind die verschiedenen GIS-Portale der Länder, über die etwa der Flächenwidmungsplan abgerufen werden kann.<sup>6</sup> Hervorgehoben sei auch die Website [www.basemap.at](http://www.basemap.at), auf der eine digitale, auf amtlichen Geodaten basierende Grundkarte Österreichs zur Verfügung steht.

Geodaten können weiter in Geobasisdaten und Geofachdaten unterteilt werden. Geobasisdaten sind Geodaten zur grundsätzlichen Orientierung und Identifikation, Geofachdaten dienen der Information über ein bestimmtes Sachthema.<sup>7</sup> Sofern der Raumbezug vorliegt, handelt es sich auch bei Verkehrsdaten, dh Daten über Verkehrslage, Verkehrsaufkommen und Straßen(verkehrs)zustand<sup>8</sup>, um Geofachdaten. Sie werden zB für den Verkehrsfunk oder für die Planung der Infrastruktur, mittlerweile auch in Navigationssystemen verwendet. Ein konkretes Beispiel ist etwa die Plattform der Verkehrsauskunft Österreich ([verkehrsauskunft.at](http://verkehrsauskunft.at)), die als eine Art „Dachportal“ für verschiedene verkehrsmittelübergreifende Routenplaner fungiert, auch in Form von mobilen Apps (darunter zB die Routenplaner von VOR „anachb“, ASFINAG und ÖAMTC).

Da 90% aller Daten einen Raumbezug aufweisen<sup>9</sup>, ist die mögliche Bandbreite der Daten und – wie die bereits genannten Beispiele erahnen lassen – auch ihrer Anwendungsbeispiele entsprechend groß.<sup>10</sup> Geo- und Verkehrsdaten dienen nicht nur als Basis für Kartendienste, Navigationssysteme und für verschiedenste Planungsinstrumente, sondern auch als Forschungs- und Entscheidungsgrundlagen und können von unterschiedlichen Akteur\*innen in verschiedensten Bereichen herangezogen werden. Um eine möglichst effiziente Nutzung der Daten zu ermöglichen, sind die Bemühungen der (Unions-)Gesetzgebung auf den Aufbau einer Dateninfrastruktur gerichtet, wobei insbesondere die Interoperabilität unterschiedlicher Systeme durch einheitliche (technische) Standards im

3 Vgl Art 3 Z 2 der RL 2007/2/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 14.3.2007 zur Schaffung einer Geodateninfrastruktur in der Europäischen Gemeinschaft (INSPIRE), ABl L 2007/108, 1, dazu noch unten.

4 Oftmals werden mittlerweile Geodaten selbst bereits als „digitale Daten“ beschrieben.

5 ÖROK, Empfehlung 8.

6 ZB *Stadt Wien*, Daten und Nutzung, [www.wien.gv.at/viennagis](http://www.wien.gv.at/viennagis) (2.10.2020). In Tirol ist zwischen dem Tiroler Rauminformationssystem *tirisMaps* und der verpflichtenden elektronischen Kundmachung der Flächenwidmungspläne (*eFWP*) gem §§ 29 Abs 3, 70 ff Tiroler Raumordnungsgesetz 2016 (TROG 2016), LGBl 2016/101 idF 2020/51 zu unterscheiden.

7 ÖROK, Empfehlung 8.

8 Der Begriff der „Verkehrsdaten“ hat im Kommunikationsrecht eine andere Bedeutung (vgl § 92 Abs 3 Z 4 Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2020/90).

9 Vgl *GDI-RP® Rheinland Pfalz*, Definition, [www.geoportal.rlp.de/article/Geodaten/](http://www.geoportal.rlp.de/article/Geodaten/) (22.9.2020).

10 Einen guten Eindruck über die Bandbreite der Anwendungen gewinnt man etwa bei Durchsicht der Inhaltsverzeichnisse der Bände der jährlichen AGIT-Symposien (s dazu [agit.at](http://agit.at)).

Vordergrund steht. Teil dieser Infrastruktur ist die Zurverfügungstellung von Geo- und Verkehrsdaten der öffentlichen Hand im Rahmen verschiedener Netzdienste.

### 3. Rechtsgrundlagen

Die Regelungen über Geo- und Verkehrsdaten können im weitesten Sinn zum öffentlichen Wirtschaftsrecht (Vermessungswesen, Verkehrsrecht) gezählt werden, wobei ihre Entwicklung maßgeblich durch das Sekundär- und Tertiärrecht der EU geprägt ist. Je nach Anwendung bestehen jeweils auch Bezüge zu verschiedenen anderen Materien des Besonderen Verwaltungsrechts, insbesondere zum Raumordnungsrecht. Im Hinblick auf das *Informationselement* ergeben sich Überschneidungen bzw. Abgrenzungserfordernisse zu anderen Rechtsvorschriften, die staatliche Informations- und Veröffentlichungsverpflichtungen vorsehen. In Ermangelung eines allgemeinen Informationsfreiheits- oder Transparenzgesetzes, wie es auch in Österreich nunmehr wieder verstärkt diskutiert wird<sup>11</sup>, betrifft dies den Bereich der Umweltinformation<sup>12</sup>, der ebenfalls in weiten Teilen durch das Unionsrecht determiniert ist<sup>13</sup> sowie die in Umsetzung der *PSI-Richtlinie* ergangenen Rechtsvorschriften. Diese RL enthielt Regeln für die Erleichterung der Weiterverwendung im Besitz öffentlicher Stellen befindlicher Dokumente, aber keine Veröffentlichungsverpflichtung<sup>14</sup> und wurde mit 16.7.2019 durch die *Open Data und PSI-Richtlinie*<sup>15</sup> abgelöst, die bis zum 17.7.2021 umzusetzen ist.<sup>16</sup> Neben einer Konsolidierung<sup>17</sup> erweitert die neue RL ihren Anwendungsbereich auf Dokumente im Besitz (bestimmter) öffentlicher Unternehmen und öffentlich finanzierte Forschungsdaten.<sup>18</sup> „Georaum“ und „Mobilität“ bilden dabei zwei von sechs thematischen Kategorien „hochwertiger Daten-

11 *Kontroll- und Transparentpaket. Informationsfreiheit* bildet einen Punkt des aktuellen Regierungsübereinkommens, vgl *Die neue Volkspartei, Grüne – Die grüne Alternative*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020-2024.

12 Vgl auch den Beitrag von *Pentz/Schamschula*, Umweltinformationen für alle, in diesem Heft 418.

13 Eine *aktive Informationspflicht* (zum Begriff *Kirschner*, „Open (Government) Data, PSI-Richtlinie, Umweltinformation“. Master Thesis Universität Wien [2015] 43, othes.univie.ac.at/38887/[11.1.2018]) zur Verbreitung bestimmter Umweltinformationen über „öffentliche Telekommunikationsnetze“ hatte bereits nach der Umweltinformationsrichtlinie (RL 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der RL 90/313/EWG des Rates) zu erfolgen, die in Österreich auf Bundesebene mit dem Umweltinformationsgesetz (UIG), BGBl 1993/495, und in entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften umgesetzt wurde. Mittlerweile wird ein umfassenderer Ansatz verfolgt, vgl *Europäische Umweltagentur*, Gemeinsames Umweltinformationssystem (SEIS), www.eea.europa.eu/de/about-us/what/gemeinsames-umweltinformationssystem-seis/gemeinsames-umweltinformationssystem-seis (28.9.2020).

14 Vgl (auch zur Kritik des Wirtschafts- und Sozialausschusses an diesem „Optionsrecht“) *Ölböck*, Informationsweiterverwendungsgesetz (2008) 36, 38 f.

15 RL (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates v 20.6.2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABL L 2019/172, 56.

16 *Cooperation OGD Österreich*, News. Inkrafttreten Open Data und PSI-Richtlinie (EU) 2019/1024 – Feedback erwünscht, data.gv.at 5.7.2019, www.data.gv.at/2019/07/05/inkrafttreten-open-data-und-psi-richtlinie-eu-2019-1024-feedback-erwuenscht (22.9.2020).

17 Vgl Erwägungsgrund 4 Open Data und PSI-RL.

18 Vgl Art 1 Open Data und PSI-RL sowie *BMDW*, Open Data und PSI, www.bmdw.gv.at/Themen/Europa/OesterreichinderEU/Open-Data-und-PSI.html (22.9.2020).

sätze“ und sollen nunmehr gem Art 14 der RL nach Erlass von Durchführungsbestimmungen durch die Kommission unter Erfüllung bestimmter technischer Anforderungen grundsätzlich kostenlos und gegebenenfalls zum Massendownload zur Verfügung stehen.<sup>19</sup>

### 3.1. Geodaten

Den Kern der Regelungen zum Umgang mit Geodaten bilden die *INSPIRE-Richtlinie*<sup>20</sup>, eine der ersten Maßnahmen der Union zum Aufbau einer *Dateninfrastruktur*, und die darauf beruhenden Durchführungsverordnungen bzw Entscheidungen. Die Umsetzung der RL erfolgte auf Bundesebene mit dem Geodateninfrastrukturgesetz (GeoDIG)<sup>21</sup>. Der Schwerpunkt liegt auf der gemeinsamen Nutzung bereits vorhandener Geodaten,<sup>22</sup> wobei aus technischer Sicht vor allem die Herstellung der Interoperabilität der Geodaten angestrebt wird.<sup>23</sup> Die Zurverfügungstellung erfolgt im Wege von Netzdiensten, dh Suchdiensten, Darstellungsdiensten, Download-Diensten, Transformationsdiensten und Abrufdiensten (vgl § 6 Abs 2 GeoDIG), die über ein Netzwerk zu verknüpfen und gem Art 15 INSPIRE-RL über das Geo-Portal INSPIRE<sup>24</sup> zugänglich zu machen sind. Da sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Umsetzung der INSPIRE-RL auch auf Landesebene ergab<sup>25</sup>, bestehen neben dem GeoDIG entsprechende landesrechtliche Bestimmungen.<sup>26</sup> Während in Wien<sup>27</sup>, Vorarlberg<sup>28</sup>, Tirol<sup>29</sup>, Oberösterreich<sup>30</sup> sowie der Steiermark<sup>31</sup> und dem Burgenland<sup>32</sup> eigene Geodateninfrastrukturgesetze geschaffen wurden, wurden

19 Auf Österreichs offene Verwaltungsdaten und Informationen gemäß der PSI-RL kann über den zentralen Datenkatalog [data.gv.at](http://data.gv.at) zugegriffen werden.

20 Siehe FN 3. Die Abkürzung „INSPIRE“ steht für Infrastructure for Spatial Information in the European Community, vgl *Hinterleitner/Twaroch*, GeoDIG Geodateninfrastrukturgesetz (2010) 15.

21 BGBl I 2010/14 idF BGBl I 2012/109.

22 Vgl *Lux*, Stand zur EU-INSPIRE Richtlinie und die Auswirkungen auf Österreich aus Sicht des Umweltbundesamtes, in *Abteilung Vermessung und Geoinformation des Amtes der NÖ Landesregierung* (Hrsg), 3D Geoconvent 2008 (2008) 67 (69).

23 *Vögele/Kruse/Klenke*, Die EU-INSPIRE Richtlinie und die Informationsinfrastruktur der Umweltverwaltung, in *Strobl* (Hrsg), *Angewandte Geoinformatik 2006: Beiträge zum 18. AGIT-Symposium* (2006) 685.

24 Vgl [inspire-geoportal.ec.europa.eu](http://inspire-geoportal.ec.europa.eu) (6.10.2020). Österreich hat zudem von der Möglichkeit Gebrauch gemacht mit [www.inspire.gv.at](http://www.inspire.gv.at) einen zentralen Zugangspunkt gem Art 15 Abs 2 INSPIRE-RL zu schaffen.

25 Gem Art 23d Abs 5 B-VG haben die Länder in ihrem selbständigen Wirkungsbereich entsprechende Maßnahmen zur Durchsetzung des Unionsrechts zu treffen. Die Frage nach der Zuständigkeit ist somit nach der allgemeinen bundesstaatlichen Kompetenzverteilung zu beantworten. Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>6</sup> (2017) 118.

26 Hierbei ergaben sich in den Ländern Verzögerungen, sodass Österreich (wie im Übrigen auch andere EU-Staaten) in einem Vertragsverletzungsverfahren wegen unvollständiger Umsetzung verurteilt wurde (EuGH 28.7.2011, C-548/10, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2011:534).

27 Wiener Geodateninfrastrukturgesetz (WGeoDIG), LGBl 2010/37 idF LGBl 2013/35.

28 Landes-Geodateninfrastrukturgesetz (L-GIG), LGBl 2010/13 idF LGBl 2018/37.

29 Geodateninfrastrukturgesetz (TGeoDIG), LGBl 2010/54 idF LGBl 2019/138.

30 Oö Geodateninfrastrukturgesetz (Oö GeoDIG), LGBl 2010/79.

31 Steiermärkisches Geodateninfrastrukturgesetz (StGeoDIG 2011), LGBl 2011/35 idF LGBl 2013/87.

32 Burgenländisches Geodateninfrastrukturgesetz (Bgl GeoDIG), LGBl 2011/8.

die Umsetzungsbestimmungen in Salzburg<sup>33</sup>, Niederösterreich<sup>34</sup> und Kärnten<sup>35</sup> in bereits bestehende Gesetze integriert. Im Detail bestehen Abweichungen zum GeoDIG, die ua den Geltungsbereich sowie die Ausgestaltung des Rechtsschutzes betreffen. Während der Bundesgesetzgeber in Orientierung an der Umsetzung der PSI-RL<sup>36</sup> und mit der Begründung, dass es sich bei diesen Angelegenheiten um solche der Privatwirtschaftsverwaltung handle<sup>37</sup>, eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte (§ 17 GeoDIG) schuf, entschieden sich die Länder mit Ausnahme Tirols für eine Einbettung in das öffentlich-rechtliche Rechtsschutzsystem. Geht man von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Rechtsschutzsysteme aus, wird für den Rechtsschutz auf beide Arten Sorge getragen, wobei sich Konsequenzen aus der Zuordnung zur hoheitlichen oder zur nicht-hoheitlichen Verwaltung in erster Linie im Amtshaftungsrecht ergeben können.<sup>38</sup> Weitere Umsetzungserfordernisse auf Landesebene ergaben sich im Raumordnungsrecht, namentlich bei der Einführung des elektronischen Flächenwidmungsplans in Tirol.<sup>39</sup>

### 3.2. Verkehrsdaten

Auch im Bereich der Verkehrsdaten wurde mit der *IVS-Richtlinie*<sup>40</sup> eine spezielle unionsrechtliche Rechtsgrundlage geschaffen, die sich im Vergleich zur INSPIRE-RL wesentlich abstrakter darstellt. Sie hat die Schaffung der Rahmenbedingungen zur „koordinierten und kohärenten Einführung und Nutzung intelligenter Verkehrssysteme“ (Art 1 Abs 1 IVS-RL) zum Gegenstand und sieht va die Erlassung verbindlicher „Spezifikationen“ durch die Europäische Kommission vor.<sup>41</sup> In Umsetzung der IVS-RL wurde das IVS-G<sup>42</sup> erlassen. Dabei wurden gleichzeitig „in Österreich bereits existierende Standards und

---

33 Gesetz über Auskunftspflicht, Dokumentenweiterverwendung, Datenschutz, Landesstatistik und Geodateninfrastruktur (ADDStG), LGBl 1988/73 idF LGBl 2018/82. Abschnitt 5 „Geodateninfrastruktur“ wurde mit LGBl 2011/60 eingefügt.

34 NÖ Auskunftsgesetz, LGBl 0020-4 idF LGBl 2019/45, Abschnitt 3: Geodateninfrastruktur des Landes (LGBl 0020-3).

35 Kärntner Informations- und Statistikgesetz (K-ISG), LGBl 2005/70 idF LGBl 2019/50. Mit LGBl 2010/64 wurde Abschnitt 4a. Geodaten und Geodateninfrastruktur eingefügt.

36 Vgl ErlRV 1799 BlgNR 24 GP 22. Bei der Informationsweiterverwendung haben sich sämtliche Länder für eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung im Gegensatz zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf Bundesebene entschieden. Vgl dazu sowie zur bereits im Vorfeld geäußerten Kritik an dieser „gespaltenen“ Umsetzung mwN *Knyrim/Weissenböck*, IWG. Informationsweiterverwendungsgesetz Public Sector Information (PSI) (2007) 118 ff. Im UIG ist der Rechtsschutz demgegenüber auch auf Bundesebene öffentlich-rechtlich ausgestaltet, vgl dazu etwa *Emmöckl*, Umweltinformationsgesetz (UIG), in *N. Raschauer/Wessely* (Hrsg), *Umweltrecht*<sup>2</sup> (2010) 661 (allerdings noch zur Rechtslage vor der Verwaltungsgerichtsbarkeitsreform).

37 ErlRV 1799 BlgNR 24. GP 23.

38 Von Bedeutung ist die Zuordnung zur hoheitlichen oder nicht-hoheitlichen Verwaltung auch bei der Frage der Kompetenzverteilung.

39 Vgl § 29 TROG 2016, § 18 Abs 4 Plangrundlagen- und Planzeichenverordnung 2019, LGBl 2019/125.

40 RL 2010/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 7.7.2010 zum Rahmen für die Einführung intelligenter Verkehrssysteme im Straßenverkehr und für deren Schnittstellen zu anderen Verkehrsträgern.

41 Bis dato wurden Spezifikationen betreffend fünf der sechs vorrangigen Maßnahmen erlassen, die wohl bekanntesten davon betrafen die Einführung der EU-weiten eCall-Anwendung (Delegierte VO (EU) 2013/305, ABl L 2013/91, 1; Beschluss 2014/585, ABl L 2014/164, 6).

42 Bundesgesetz über die Einführung intelligenter Verkehrssysteme im Straßenverkehr und deren Schnittstellen zu anderen Verkehrsträgern (IVS-G), BGBl I 2013/38.

Anwendungen für intelligente Verkehrssysteme in das Gesetz mit aufgenommen.<sup>43</sup> Gem § 9 IVS-G haften die IVS-Diensteanbieter\*innen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts<sup>44</sup>; explizit verwiesen wird zudem auf das Datenschutzrecht.<sup>45</sup> Die Austria-Tech wird in § 11 Abs 1 IVS-G mit Monitoring-Aufgaben betraut.<sup>46</sup> Im Zusammenhang mit der Umsetzung<sup>47</sup> wurde in Österreich ua die Website [www.mobilitaetsdaten.gv.at](http://www.mobilitaetsdaten.gv.at) als nationaler Zugriffspunkt eingerichtet; als gemeinsames Referenzsystem der öffentlichen Hand für Verkehrsinfrastrukturdaten wurde die Graphenintegrations-Plattform GIP ([www.gip.gv.at](http://www.gip.gv.at)) geschaffen, die Vereinheitlichung von Echtzeitinformationen zum Straßenverkehr erfolgte über das Projekt EVIS ([evis.gv.at](http://evis.gv.at)).

#### 4. Zum Zwangselement<sup>48</sup>

Schon *Adolf Julius Merkl* zählte das administrative Wirtschaftsrecht zur „kulturellen Verwaltung“ im weiteren Sinne, die er der Verwaltung in Verfolgung des Sicherheits- und Machtzwecks gegenüberstellte: Während im Rahmen dieser kulturellen Verwaltung Zivilisation gefördert und im äußersten Fall auch unmittelbar erzwungen werden könne, könne der „Kultur als eine[r] Schöpfung und Eigenschaft des inneren Menschen [...] mit den äußeren Mitteln des Rechtszwangs [...] nur mittelbar gedient werden.“<sup>49</sup> Der Adressat\*innenkreis bei der Zurverfügungstellung öffentlicher Daten ist ein mehrfacher: Einerseits richtet sich die Bereitstellung an die Verwaltung selbst<sup>50</sup>, andererseits auch an Unternehmen und Privatpersonen.<sup>51</sup> Durch Erstreckung der freien Zugänglichkeit<sup>52</sup> auf die

43 Vgl ErlRV 1799 BlgNR 24. GP 3; dies bezieht sich im Wesentlichen auf die Bestimmungen zur Graphenintegrationsplattform (§ 6 IVS-G).

44 Regelmäßig wird jedoch versucht, einer möglichen Haftung mittels lizenzrechtlicher Vereinbarung (*Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie* (Hrsg), Verkehrslematikbericht 2017. Statusbericht zur Umsetzung, Forschung und Entwicklung von IVS-Anwendungen auf nationaler und internationaler Ebene gemäß IVS-Gesetz (2017) 21, [www.bmk.gv.at/dam/jcr:26a29114-08bd-4460-a8b9-c4c8591f184b/ivsbericht2017.pdf](http://www.bmk.gv.at/dam/jcr:26a29114-08bd-4460-a8b9-c4c8591f184b/ivsbericht2017.pdf) (22.9.2020)) oder mittels Haftungsausschlusses („Disclaimer“) vorzubeugen.

45 Vgl § 8 IVS-G: „(1) IVS-Diensteanbieter haben die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000, BGBl I 1999/165 zu beachten. (2) Sie haben insbesondere sicherzustellen, 1. dass die Bestimmungen über die Zustimmung zur Verwendung personenbezogener Daten eingehalten werden; 2. dass jeder Datenmissbrauch vermieden wird; 3. dass, soweit angemessen, der Verwendung anonymer Daten gefördert wird; 4. dass personenbezogene Daten nur verarbeitet werden, soweit dies für den Betrieb von IVS-Anwendungen und -Diensten erforderlich ist.“

46 In diesem Zusammenhang wird die AustriaTech auch im Rahmen der ITS-Austria Plattform, die nationale IVS-Akteur\*innen unter Anleitung der öffentlichen Hand zusammenführt, tätig.

47 Zu den Maßnahmen im Detail vgl insb die Verkehrslematikberichte. Der Verkehrslematikbericht 2020 wurde dem Parlament bereits vorgelegt und ist auf der Parlamentshomepage abrufbar.

48 Unabhängig von der Frage, ob die Rechtsordnung als solche als *Zwangsordnung* zu betrachten ist und die einzelnen Rechtsnormen als *Zwangsnormen* beschrieben werden können, kommt *Zwang* in der Rechtsordnung in mehrfacher Hinsicht zum Ausdruck. Insofern sind auch die verschiedenen Ausdrucksformen des *Verwaltungszwangs* in einem größeren Kontext zu betrachten. Hier wird das weitestmögliche Begriffsverständnis zugrundegelegt.

49 *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927, ND 1999) 229.

50 Dieser Aspekt wird – neben dem umweltpolitischen – besonders in den Erwägungsgründen der INSPIRE-RL betont.

51 Eine wesentliche Rolle spielt in diesem Zusammenhang auch die Aufgabenverteilung zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Hand.

52 Wenngleich diese nicht notwendigerweise immer im selben Umfang und unter denselben Bedingungen gewährt wird, insb ist öffentliche Zugänglichkeit nicht mit Kostenlosigkeit gleichzusetzen. Sowohl die INSPIRE-RL als auch die

Öffentlichkeit kann die Bereitstellung dieser Daten der Leistungsverwaltung zugeordnet werden. Die zahlreichen online abrufbaren Pläne und Daten stehen der Allgemeinheit als „Infrastruktureinrichtungen“ im weitesten Sinn<sup>53</sup> offen. Auch die Zurverfügungstellung von Reiseinformationendiensten stellt letzten Endes eine Infrastrukturleistung dar – hier verschmilzt jedoch die Grenze zur individuellen Leistung,<sup>54</sup> da die konkrete Abfrage mit einer Auskunft im Einzelfall vergleichbar ist. Derartige Anwendungen stellen in gewisser Weise ein Angebot dar, das nicht darauf abzielt, gegen das Interesse der oder des betroffenen Rechtsunterworfenen mit den Mitteln des Rechtszwangs durchgesetzt zu werden, sondern (auch) in deren eigenem Interesse zur Verfügung zu stehen.

Auf dem Gebiet des Umweltrechts kommen schon seit Langem andere als klassische hoheitliche Instrumente zu Anwendung, um menschliches Verhalten im Interesse des Umweltschutzes bestmöglich zu steuern.<sup>55</sup> Damit einher geht ein abweichender Zugang zu Auskunft und Information,<sup>56</sup> schließlich hängt umweltbewusstes Verhalten auch von Bewusstsein und Informationsstand der Handelnden ab. Auch unabhängig vom Umweltrecht stellen Konzepte wie das des *information government* die Bedeutung rechtlicher Planung von Informationssystemen in den Vordergrund.<sup>57</sup>

Die Bereitstellung von Informationen kann jedoch auch als Mittel zur Unterstützung der Einhaltung von Rechtsvorschriften und somit als Ergänzung zur Rechtsdurchsetzung dienen. Betrachtet man die Regelungen zur Bereitstellung von Geo- und Verkehrsdaten, so finden sich mit Verordnungsermächtigungen sowohl im IVS-G als auch im GeoDIG zudem auch klassisch-hoheitliche Instrumente, bei deren Erlass im Falle des IVS-G die

---

IVS-RL lassen die Möglichkeit einer entgeltlichen Diensteanbietung bestehen, wobei nach den einzelnen Diensten bzw. Maßnahmen unterschieden wird. Österreich hat diese Möglichkeit beibehalten bzw. von den diesbezüglichen Ermächtigungen Gebrauch gemacht, allerdings wurden zahlreiche IVS-Dienste kostenlos zur Verfügung gestellt, da abgewartet wurde, ob sich die kostenpflichtige Bereitstellung oder die Veröffentlichung im Open Data-Regime in der Praxis als kostengünstigere Strategie herausstellen und wie sich die Judikatur zur Frage der Haftung für den Inhalt der unter Open Data bereitgestellten Daten entwickeln würde (vgl. *Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie* (Hrsg.), *Verkehrstelematikbericht 2017*, 21). Nunmehr verpflichtet die Open Data und PSI-RL dazu, bestimmte Datensätze grundsätzlich kostenlos zur Weiterverwendung zugänglich zu machen (s. dazu oben unter 3.).

53 B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>5</sup> (2017) 272.

54 Vgl. B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 272.

55 B. Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 21.

56 Vgl. dazu die ausführliche Aufzählung bei B. Raschauer, *Umweltrecht Allgemeiner Teil*, in N. Raschauer/Wessely (Hrsg.), *Umweltrecht*<sup>2</sup> (2010) 13 (23 ff.).

57 Vgl. Saarenpää, *Openness, Access, Interoperability and Surveillance: Transparency in the New Digital Network Society*, in *Transparenz – Transparency*. Tagungsband des 17. Internationalen Rechtsinformatiksymposiums IRIS 2014 (2014) 239 (244). Bemerkenswert ist auch der Funktionswandel bzw. die Verlagerung des Funktionsschwerpunkts zahlreicher von der Veröffentlichungspflicht erfassten Daten durch die Veröffentlichung. Führt man sich etwa das Beispiel des Grundstückskatasters vor Augen, so ist dessen Schaffung ursprünglich auf staatliche Eigeninteressen zurückzuführen: In erster Linie steuerpolitisch motiviert, leistete er einen Beitrag zur territorialen Konsolidierung neuer Staaten (vgl. Scharr, *Kataster und Grundbuch im Kaisertum Österreich, Ausgangssituation und Entwicklung bis 1866*, in *Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen* (Hrsg.), *200 Jahre Kataster* [2017] 37 [39]). Durch die Veröffentlichung traten und treten die (nach wie vor bestehenden, wenngleich zum Teil anders gelagerten) Interessen der öffentlichen Hand dagegen gegenüber privaten Interessen, seien es die der Grundstückseigentümer\*innen, seien es die der Wirtschaft, (vgl. Kollenprat, *Der Kataster in Wirtschaft und Gesellschaft*, in *Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen* [Hrsg.], *200 Jahre Kataster* [2017] 229 [230 ff.]) in den Hintergrund; Staat und Verwaltung sollen den Einzelnen an ihrem Wissen teilhaben lassen.

Einhaltung durch die IVS-Diensteanbieter\*innen zusätzlich mit Aufnahme eines Verwaltungsstraftatbestands sichergestellt werden soll.<sup>58</sup> Schließlich sind die Regelungen im Hinblick auf den Umgang mit Daten auch als Versuch der (Unions-)Gesetzgebung zu sehen, mit der technologischen Entwicklung Schritt zu halten, zumal der „Informationsrohstoff“<sup>59</sup> Daten (bzw der Handel damit) einen bedeutenden Wirtschafts- und Wettbewerbsfaktor darstellt.<sup>60</sup> Hintergrund für die „Informationsoffensive“ der EU war von Beginn an daher weniger der Dienstleistungsgedanke, vielmehr waren wirtschaftspolitische Erwägungen maßgeblich.<sup>61</sup>

## 5. Grundrechtliche Fragestellungen

Durch das Instrument der Bereitstellung von Geo- und Verkehrsdaten können mehrere Grundrechte berührt werden, für deren Gewährleistung im Einzelfall Sorge zu tragen ist, von der Eigentumsfreiheit, die auch geistiges Eigentum erfasst, über den Gleichheitssatz, wie er etwa durch die ausdrückliche Betonung des diskriminierungsfreien Zugangs<sup>62</sup> angesprochen ist, bis hin zur – vor allem im Hinblick auf die Maßnahmen im Bereich der Intelligenten Verkehrsinformation zu beachtenden – Erwerbsfreiheit, die sich auch auf die Verdrängung privater Erwerbstätigkeit durch den Einsatz öffentlicher Mittel erstreckt.<sup>63</sup> Besondere Bedeutung kommt im gegebenen Zusammenhang dem in § 1 DSGVO verankerten Grundrecht auf Datenschutz<sup>64</sup> bzw dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>65</sup> zu, das durch die am 25.5.2018 in Kraft getretenen DSGVO<sup>66</sup> und die entsprechenden Anpassungen im nationalen Recht<sup>67</sup> neu gestaltet wurde. Gegen staatliche Informationssammlungen richtet sich auch das Grundrecht auf Achtung des Pri-

58 Von Zwang flankiert war auch die Einführung der EU-weiten eCall-Anwendung. Sowohl die dazu ergangene delegierte VO als auch der entsprechende Beschluss richteten sich in erster Linie an die Mitgliedstaaten, die VO über die Anforderung für die Typgenehmigung jedoch auch an die Unternehmen, die Fahrzeuge herstellen. Diese haben nicht nur für die Ausrüstung der Fahrzeuge mit dem eCall-System zu sorgen, sondern zusätzlich eine Reihe spezifischer Pflichten zu erfüllen; die Mitgliedstaaten wurden zur Einführung von Sanktionen bei Verstößen verpflichtet.

59 Vgl Rossi, Staatliche Daten als Informationsrohstoff, NVwZ 2013, 1263 ff.

60 Eberhard, Datenschutzrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> I (2019) 303 (305).

61 *Europäische Kommission*, Informationen des Öffentlichen Sektors – eine Schlüsselressource für Europa. Grünbuch über die Informationen des öffentlichen Sektors in der Informationsgesellschaft (1998) cordis.europa.eu/pub/economy/docs/gp\_de.pdf (11.1.2018).

62 Vgl zB § 3 Abs 21 Z 8 IVS-G.

63 Vgl B. Raschauer, Allgemeiner Teil, in B. Raschauer (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts (2010) 1 (96).

64 Im Anwendungsbereich der GRC kann zudem nach der Rechtsprechung des VfGH der Schutz personenbezogener Daten auch gem Art 8 GRC als verfassungsgesetzlich gewährleitetes Recht geltend gemacht werden, vgl Eberhard in *Holoubek/Potacs* 313.

65 Der Begriff bildet mittlerweile ein „Leitmotiv“ der europäischen Datenschutzpolitik, vgl Eberhard in *Holoubek/Potacs* 307.

66 VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG, ABl L 2016/119, 1.

67 Insbesondere durch das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, BGBl I 2017/120, vgl dazu *Graf/Križanac*, Einführung in die Datenschutz-Grundverordnung, ecolex 2017, 912 (912).

vatlebens.<sup>68</sup> Im Zuge der Auseinandersetzung um die (Un-)Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung hat sich der VfGH<sup>69</sup> mittlerweile ausdrücklich auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bezogen und damit „das Datenschutzgrundrecht bewusster und deutlicher als bisher in den systematischen Zusammenhang mit dem Schutz der Privatsphäre gestellt.“<sup>70</sup>

Zwar wird auch der genau entgegengesetzte Ansatz, nach dem in einer Informationsgesellschaft den Informationsbedürfnissen des Einzelnen im Wege eines „Grundrechts auf Information“ zum Durchbruch zu verhelfen sei, unter Berufung auf Art 8 bzw Art 10 EMRK zu begründen versucht – ein derartiges Informationsgrundrecht wird jedoch nur eingeschränkt anerkannt, dh im Einzelfall und in Bezug auf bestimmte staatliche Informationen.<sup>71</sup> Die Forderung nach *open government* könnte derzeit verfassungsrechtlich nur als allgemeines Prinzip aus der Auskunftspflicht des Art 20 Abs 4 B-VG abgeleitet werden.<sup>72</sup>

## 6. Résumé

Wen steuert das Instrument der Bereitstellung von Geo- und Verkehrsdaten, und wessen Steuerung strebt es an? Betrachtet man die Erscheinungsformen und die Funktionsweise, so wird jedenfalls die Verwaltung als Verpflichtete<sup>73</sup> tätig, indem Portale betrieben, nationale Zugriffspunkte eingerichtet werden und technische Anpassungen erfolgen. Inwiefern darüber hinaus eine Nutzung der Informationsmöglichkeit durch Dritte erfolgt und dadurch die erhofften Verbesserungen der Innovationsfähigkeit eingetreten sind oder noch eintreten werden, kann an dieser Stelle nicht festgestellt werden. Bei den bisherigen Regelungen handelt es sich in erster Linie um unionsrechtliche Rahmenregelungen, die in den einzelnen Mitgliedstaaten an sehr unterschiedliche Voraussetzungen anknüpfen<sup>74</sup>, in Bereichen, die einem raschen technologischen Wandel unterliegen. Das weitgehende Fehlen von Judikatur (und Literatur) könnte prinzipiell zwar auf ein reibungsloses Funktionieren hindeuten, ist mE jedoch eher als Hinweis darauf zu sehen, dass sich die praktischen Auswirkungen noch in Grenzen halten. Zumindest für den Bereich der Geoinformation gilt, dass in Österreich die Nachfrage nach INSPIRE-konformen Diensten des

68 Vgl N. Raschauer, Aktuelle Strukturprobleme des europäischen und österreichischen Bankenaufsichtsrechts. Zugleich eine Studie zu ausgewählten Problemkonstellationen des Wirtschaftsaufsichtsrechts (2010) 143 ff.

69 VfSlg 19.892/2014.

70 Vgl Grabenwarter, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Europarecht und im Verfassungsrecht, AnwBl 2015, 404 (404).

71 Vgl Damjanovic, Ein Grundrecht auf Information? in Reiter/Wittmann-Tiwald (Hrsg), Goodbye Privacy – Grundrechte in der digitalen Welt. Internationales Symposium veranstaltet von der Fachgruppe Grundrechte in der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter in Kooperation mit der Ars Electronica Linz (2007) 103 (103 ff).

72 So Damjanovic in Reiter/Wittmann-Tiwald 114. Diese Schlussfolgerung kann mE jedoch nur in Bezug auf ein bestimmtes (enges) Verständnis von *open government* gezogen werden.

73 Konsequenzen aus nicht-steuerungskonformem Verhalten könnten sich diesbezüglich unter Umständen auf dienstrechtlicher Ebene ergeben.

74 Vgl auch Erwägungsgrund 6 der IVS-RL.

Bundesvermessungsamts bislang gering war, was sich daraus erklärt, dass sich die Zusammensetzung und Zahl der ständigen Abnehmer\*innen nicht wesentlich verändert hat und diese in Anbetracht des technischen Aufwands einer Systemumstellung nach wie vor die bisherige Infrastruktur nutzen.<sup>75</sup> Es wird sich zeigen, wie der Gesetzgeber auf die weiteren Herausforderungen reagieren und in welche Richtung der eingeschlagene Weg weiterführen wird – ein Mangel an rechtlichen Fragestellungen herrscht gewiss nicht.

Laura Rathmanner ist Univ.-Ass. (prae doc) am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien;  
laura.rathmanner@univie.ac.at

---

75 Mündliche Auskunft im Rahmen eines Gesprächs der Autorin mit dem Leiter des Bundesamts für Eich- und Vermessungswesen, Präsident *Werner Hoffmann*, 11.1.2018. In Österreich hatten die neuen Standards daher in weiten Teilen eine *Verdoppelung* der Strukturen zur Folge – anders als in Mitgliedstaaten, deren Geodateninfrastrukturaufbau bereits von Beginn an nach den INSPIRE-Vorgaben erfolgte bzw die über keine vergleichbaren Strukturen verfügten.

# Von Gesetzgeberinnen und Gesetzgebern

## Geschlechterparität in Österreichs parlamentarischen Vertretungskörpern

Susanne Gstöttner

---

### 1. Einleitung

Die Forderung, die Vertretung von Frauen in gesetzgebenden Organen zu erhöhen, ist keine Neuheit,<sup>1</sup> bleibt aber weiter aktuell. Derzeit erreicht der Frauenanteil im österreichischen Nationalrat mit 39 % immerhin einen historischen Höchstwert, in den Landtagen liegt dieser im Schnitt bei einem Drittel.<sup>2</sup> Die Repräsentation von Frauen in parlamentarischen Vertretungskörpern steigt damit kontinuierlich an, entspricht aber nach wie vor nicht der tatsächlichen Geschlechterverteilung in der Bevölkerung. International hat Österreich sich durch die CEDAW-Konvention<sup>3</sup> verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Diskriminierung der Frau – auch im politischen Leben – zu beseitigen.<sup>4</sup> Die Empfehlungen des CEDAW-Komitees aus 2019, eine Mindestquote iVm ökonomischen Anreizen für Parteien vorzusehen, überraschen daher nicht.<sup>5</sup>

### 2. Mögliche Maßnahmen

In diesem Sinne bringt eine 2019 in Kraft getretene Regelung Parlamentsklubs finanzielle Vorteile, die im National- oder Bundesrat mehr als 40% Mandatarinnen aufweisen.<sup>6</sup> Zudem gibt es bereits parteiinterne, freiwillige Maßnahmen, um den Frauenanteil zu erhöhen; die Ausgestaltung variiert je nachdem, ob eine Frauen- (GRÜNE)<sup>7</sup>, eine allgemeine Paritätsquote (SPÖ)<sup>8</sup> oder ein „Reißverschlussystem“ (ÖVP)<sup>9</sup> vorgesehen wird. Den

---

1 Planitzer, Wenig Bewegung in Sachen Frauenquoten, *juridikum* 2013, 394.

2 *Bundeskanzleramt*, Frauen in politischen Entscheidungspositionen in Österreich 2019, [www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:a903131c-9ba9-49ca-b424-b9bacd6aa76c](http://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:a903131c-9ba9-49ca-b424-b9bacd6aa76c) (13.9.2020) 13 f; bedacht werden sollte aber auch die Parität in Bezug auf zentrale Funktionen und Gremien (Präsidium, Klubobleute, Ausschüsse).

3 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), BGBl 1982/443.

4 S Art 3 und Art 7 CEDAW.

5 *CEDAW-Komitee*, Concluding observations on the ninth periodic report of Austria, 30.7.2019, CEDAW/C/AUT/CO/9, Para 27.

6 § 4a KlubfinanzierungsG 1985 BGBl 1985/156 idF I 2019/56.

7 50 % Frauenmindestquote; GRÜNE, Satzungen der Partei, <https://gruene.at/partei/programm/parteiprogramm/statuten.pdf> (Stand 25.6.2017) 7.3.

8 40% Geschlechterquote; SPÖ, Organisationsstatut, [www.spoe.at/parteistatut/](http://www.spoe.at/parteistatut/) (Stand 25.11.2018) § 27 Abs 2.

9 ÖVP, Bundespartei Organisationsstatut, [www.dieneuevolkspartei.at/Download/Organisationsstatut\\_2017.pdf](http://www.dieneuevolkspartei.at/Download/Organisationsstatut_2017.pdf) (Stand 1.7.2017) § 48.

Erfolg dieser Schritte zeigten vor Kurzem etwa die ausgewogen gestalteten Listen einiger Parteien für die Wien-Wahl 2020.<sup>10</sup>

Insbesondere die Einführung einer verpflichtenden Quotenregelung für die>Listenerstellung ist eine häufig geforderte Maßnahme. In mehreren europäischen Staaten bestehen solche Regelungen bereits; Frankreich verankerte den gleichen Zugang für Frauen und Männer zu gewählten Entscheidungspositionen etwa in der Verfassung und sieht finanzielle Folgen für nicht geschlechterparitätisch gestaltete Wahllisten vor.<sup>11</sup>

### 3. Paritätsregelungen auf dem Prüfstand

Vor dem Hintergrund wahlrechtlicher Grundsätze geraten Quotenregelungen zuweilen unter Kritik; auch die unsachliche Diskriminierung von Männern wird ins Spiel gebracht.<sup>12</sup> Der Thüringer Verfassungsgerichtshof hob in Deutschland 2020 ein landesgesetzliches Paritätsgesetz als verfassungswidrig auf, da die Gleichheit und Freiheit der Wahl beeinträchtigt werde.<sup>13</sup> Die Richter<sup>14</sup> argumentierten, auch wenn das Gleichstellungsgebot der Thüringer Verfassung grundsätzlich die Einschränkung der verfassungsrechtlich verbürgten Rechte rechtfertigen könne, decke dieses eine starre paritätische Quotenregelung nicht.<sup>15</sup> Der EGMR hingegen befand 2019 in einer Zulässigkeitsentscheid die Nichtzulassung nicht geschlechterparitätisch besetzter Wahllisten im Kontext des Rechts auf freie Wahlen gem Art 3 1. ZPEMRK für gerechtfertigt.<sup>16</sup> Besonders hervorgehoben wurde die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Grundlage für diese Maßnahme, die Möglichkeit ihrer Rechtfertigung durch den Beitrag zur Stärkung der Legitimität der Demokratie und die erforderliche Verhältnismäßigkeit.<sup>17</sup>

Der VfGH erkannte 2014 über eine im Universitätsbereich vorgesehene Quotenregelung und akzeptierte diese als zulässig.<sup>18</sup> Eine besondere sachliche Rechtfertigung für derartige Eingriffe liefert das verfassungsgesetzliche Bekenntnis zur tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern in Art 7 Abs 2 B-VG.<sup>19</sup> Der Wortlaut dieses Gleichstellungsgebotes schließt Maßnahmen im Bereich der politischen Partizipation und des staatlichen Wahlrechts nicht aus. Zur Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten können Quotenregelungen bei

10 *Stadt Wien*, Kundmachung der Stadtwahlvorschläge für die Gemeinderatswahl am 11.10.2020, [www.wien.gv.at/politik/wahlen/grbv/pdf/kundmachung-stadtwahlvorschlag.pdf](http://www.wien.gv.at/politik/wahlen/grbv/pdf/kundmachung-stadtwahlvorschlag.pdf) (27.8.2020); zur (fehlenden) Wirksamkeit des Reißverschlussystems s *Meyer/Reidinger*, Was bringt das „Reißverschlussystem“ den Frauen?, <https://viecer.univie.ac.at/detail/news/was-bringt-das-reissverschlussystem-den-frauen/> (Stand 2.8.2018).

11 *Bundeskanzleramt*, Frauen, [bundeskanzleramt.gv.at](http://bundeskanzleramt.gv.at), 24 ff.

12 *Gamper*, „Ohne Unterschied des Geschlechtes“ – 100 Jahre Frauenwahlrecht in Österreich, *JBl* 2020, 2; *Haumer*, Der Vorschlag einer verpflichtenden Frauenquote für die Wahlvorschläge zum Nationalrat in Österreich, *SPRW* 2011 *VuV A*, 62.

13 Urteil des ThürVerfGH v 15.7.2020, *VerfGH 2/20*.

14 Beide beteiligten Richterinnen hielten die Quotenregelung im Gegensatz zur Mehrheit für gerechtfertigt.

15 *VerfGH 2/20*, 40 ff.

16 EGMR (E) 12.11.2019, 54893/18, *Zevnik/Slowenien*.

17 EGMR *Zevnik/Slowenien Rz* 31 ff.

18 VfSlg 19.866/2014.

19 VfSlg 19.866/2014, *Rz* 28.

sachlich gerechtfertigter und verhältnismäßiger Ausgestaltung verfassungskonform sein.<sup>20</sup> Für eine ausgewogene Ausgestaltung wird die Bedeutung von Öffnungsklauseln hervorgehoben.<sup>21</sup> Angemerkt sei, dass für allgemeine Wahlen – anders als bei auf bestimmte Berufsgruppen bezogenen Regelungen<sup>22</sup> – eine ausreichende Anzahl von potenziellen Kandidatinnen im Hinblick auf die Kriterien des passiven Wahlrechts (Staatsbürgerschaft, Wahlalter, ggf Hauptwohnsitz im Landesgebiet) jedenfalls zur Verfügung stehen. Auch das Anknüpfen an eine gewisse Qualifikation oder Leistung ist im Bereich von Wahlquoten nicht geboten, da der Fokus auf dem Grundsatz der Repräsentation und nicht einer speziellen Qualifikation liegt.<sup>23</sup>

Bei Regelungen für allgemeine Wahlen ist jedoch nicht nur der Gleichheitssatz zu beachten, sondern vor allem auch die Einhaltung der Grundsätze der allgemeinen, freien und gleichen Wahl geboten.<sup>24</sup> Betroffen sind davon sowohl Rechte einzelner Wahlberechtigter als auch der Parteien, besonders im Hinblick auf die freie Auswahl der Personen auf der Liste.<sup>25</sup> Versteht man die faktische Gleichstellung von Frauen und Männern – insbesondere auch im politischen Bereich – aber als zentralen Beitrag zur Legitimität des demokratischen Systems und damit wichtigen Bestandteil der Demokratie selbst,<sup>26</sup> ist eine Rechtfertigung von Geschlechterquoten vor dem Hintergrund der wahlrechtlichen Grundsätze, die ebendieser Sicherung der Legitimation des demokratischen-politischen Prozess dienen, jedenfalls möglich. Überdies verhelfen sie Frauen gerade erst zur gleichgestellten Ausübung ihres passiven Wahlrechts.

#### 4. Fazit

Trotz steigenden Frauenanteils im Nationalrat und parteiinterner Paritätsmaßnahmen besteht in Österreich nach wie vor eine klare Diskrepanz zwischen dem Geschlechterverhältnis unter Mandatar\*innen und dem der Gesamtbevölkerung. Dabei erscheint eine verfassungskonforme Ausgestaltung der konsequenterweise eingeforderten, verpflichtenden Quotenregelungen nicht nur möglich, sondern sind diese hinsichtlich der bestehenden Ungleichheiten sowie der zentralen Bedeutung der Geschlechtergleichstellung für die Demokratie notwendig. Mit der Einführung einer verpflichtenden Quotenregelung für Wahllisten läge Österreich im europäischen Trend und käme seiner internationalen Verpflichtung nach.

Mag.<sup>a</sup> Susanne Gstöttner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Fakultät für Rechtswissenschaften der Sigmund Freud Privatuniversität Wien; susanne.gstoettner@jus.sfu.ac.at

20 Pöschl, Gleichheit 2008, 399; VfSlg 19.866/2014. Auch unter dem Aspekt der Parteienfreiheit sind nur Regelungen ausgeschlossen, die Parteien ohne sachlichen Grund diskriminieren; Berka, Verfassungsrecht<sup>7</sup> 2018, Rz 237.

21 Pöschl, Gleichheit 2008, 406.

22 VfSlg 19.866/2014, Rz 31.

23 VfSlg 19.866/2014, Rz 31; Gamper, JBl 2020, FN 78.

24 Verankert etwa in Art 26 B-VG oder Art 3 1. ZPEMRK.

25 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>6</sup> 2015, § 23 Rz 110.

26 EGMR *Zevnik/Slowenien* Rz 34. Der Europarat sieht die Geschlechtergleichstellung als unerlässliche Voraussetzung für die Demokratie an sich; *Ministerrat*, Empfehlung, 21.11.2007, CM/Rec (2007) 17.