

nr 2/2021

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Rechtsvertretung

recht & gesellschaft

Gesichtserkennungstechnologie in der Strafverfolgung

Unterstützungsleistungen des Bundesheeres

Selbständige Erwerbstätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen

debatte corona

COVID-19 und mobile Arbeit

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

verlagoesterreich.at
juridikum.at

 VERLAG
 ÖSTERREICH

Alle Menschen haben ein Recht auf Schutz vor den negativen Folgen des Klimawandels

Zeit für ein neues Grundrecht?

Nikolaus Wieser¹

Die Corona-Pandemie hat Unglaubliches möglich gemacht. Bislang war es kaum vorstellbar, dass Reisebewegungen weltweit binnen kürzester Zeit fast gänzlich eingestellt werden. Quasi von heute auf morgen blieben tausende Flugzeuge am Boden und schleuderten damit keine Tonnen an CO₂ in die Luft. Auch wenn sich die vermeintlichen Delfine in den Kanälen von Venedig als Zeitungsente entpuppten, gab es Hoffnung, dass die menschlichen Auswirkungen auf das Klima zumindest verlangsamt werden. Skepsis daran war schon anfangs laut² und ein Jahr später zeigt sich bisher keine Trendwende.³ Aktuell tut sich in Sachen Klimaschutz jedoch einiges: Die USA stellen nun mit neuem Präsidenten den Führungsanspruch im Kampf gegen die Klimakrise. Beim virtuellen Gipfel *Leaders Summit on Climate* ließ *Joe Biden* mit dem Ziel aufhorchen, bis 2030 den CO₂-Ausstoß der USA gegenüber dem Jahr 2005 zu halbieren.⁴ Auch wenn die EU mit ihren Klimazielen 2030 bereits Ambitionierteres anstrebt (Reduktion um mind 55 % im Vergleich zu 1990)⁵, bleibt diese Forderung mit Blick auf die Politik von *Donald Trump* ein positiver Wandel. In Österreich wurde zudem ein Entwurf zur Überarbeitung des Klimaschutzgesetzes⁶ publik. Seitdem werden vor allem die Notfallmechanismen wie „CO₂-Steuererhöhungen“ diskutiert.⁷ Worum es eigentlich gehen sollte, zeigt ein aktueller Bericht des Rechnungshofes:⁸ Es bleibt nicht mehr viel Zeit, um echte Weichenstellungen im Klimabereich vorzunehmen und wenn die Klimaziele 2030 nicht eingehalten werden, drohen der Re-

1 Herzlicher Dank gilt *Eva Pentz* für inhaltliches Feedback und *Paul Hahnenkamp* für die gemeinsame Heftbetreuung.

2 NN, Corona und die Folgen für die Umwelt, [addendum.org 10.4.2020](https://www.addendum.org/10.4.2020), www.addendum.org/coronavirus/shutdown-umwelt (30.4.2021).

3 *Berg*, Trotz Corona-Pandemie: CO₂-Konzentration war noch nie so hoch, [derstandard.at 25.3.2021](https://www.derstandard.at/25.3.2021), www.derstandard.at/story/2000125351508 (30.4.2021).

4 *Friedman/Davenport*, Biden Will Pledge to Cut Greenhouse Gas Emissions Nearly in Half, [nyt.com 20.4.2021](https://www.nytimes.com/2021/04/20/climate/biden-climate-change.html), www.nytimes.com/2021/04/20/climate/biden-climate-change.html (30.4.2021).

5 *Kommission*, Klima- und energiepolitischer Rahmen bis 2030, https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_de (30.4.2021).

6 Klimaschutzgesetz BGBl I 2011/106 idF BGBl I 2017/58.

7 *Lauffer*, Viel Diskussion um neues Klimaschutzgesetz, [derstandard.at 29.4.2021](https://www.derstandard.at/29.4.2021), www.derstandard.at/story/2000126267924 (30.4.2021). NN, Gewessler wirbt für Klimaschutzgesetz, [orf.at 25.4.2021](https://www.orf.at/25.4.2021), <https://www.orf.at/stories/3210534/> (30.4.2021).

8 *Rechnungshof*, Klimaschutz in Österreich – Maßnahmen und Zielerreichung 2020, Reihe Bund 2021/16.

publik aufgrund internationaler Verpflichtungen Zahlungen von rund 9 Mrd Euro. Abzuwarten bleibt, ob der Gesetzgeber die Dringlichkeit erkennt und sich der Emissions-schwergewichte wie dem Verkehrssektor annimmt.

Einen anderen Weg gehen Klima-Aktivist:innen, die mit Klimaklagen⁹ gegen den Staat vor Gericht ziehen: Bereits im Vorjahr brachten 8.063 Menschen beim VfGH einen Individualantrag gegen Steuervorschriften (wie die Kerosinsteuerbefreiung für Luftfahrt-unternehmen) ein; der VfGH wies diesen jedoch aus Formalgründen zurück.¹⁰

Nun hat einer der Beschwerdeführer:innen, der an einer temperaturabhängigen Form von Multipler Sklerose erkrankt und daher besonders von der Erderhitzung betroffen ist, beim EGMR eine Klage gegen Österreich eingereicht.¹¹ Ziel der Klage ist ua die Anerkennung von Klimaschutz als Grundrecht durch den EGMR, abgeleitet vom Recht auf Leben.¹² Beim EGMR sind seit Ende 2020 bereits zwei weitere Klimaklagen – der Schweizer *KlimaSeniorinnen*¹³ bzw von sechs Kindern aus Portugal¹⁴ – anhängig. Beiden Klagen wurde seitens des Gerichtshofs Priorität eingeräumt, auch für die österreichische Klage wurde dies beantragt. Nach den Niederlanden 2019,¹⁵ hat im April 2021 auch in Deutschland bereits eine Klimaklage Erfolg gezeigt: Das Bundesverfassungsgericht erklärte das deutsche Klimaschutzgesetz für teilweise verfassungswidrig und anerkannte quasi ein Grundrecht¹⁶ auf Klimaschutz. Ob der EGMR ähnlich entscheidet, bleibt abzuwarten.

Vor kurzem vielleicht noch schwer vorstellbar, werden Grundrechte damit ein wirksamer Hebel im Kampf gegen den Klimawandel. Ist nach der Pandemie auch die Zeit für ein eigenständiges Grundrecht auf Klimaschutz gekommen? Damit wären die Schutz-pflichten des Staates auf der höchsten Ebene der Rechtsordnung klar festgeschrieben und der:m Einzelnen einklagbare Rechte einräumt. Formulierungsvorschläge hat bspw das Klimavolksbegehren eingebracht.¹⁷ Eine Adaptierung im Stil der EMRK ist diesem Text vorangestellt.

Mag. Nikolaus Wieser ist Mitherausgeber des *juridikum*; nikolaus.wieser@univie.ac.at

9 Vgl dazu grundlegend *Fitz*, Klimakrise vor Gericht, *juridikum* 2019, 104.

10 VfGH 30.9.2020, G 144-145/2020-13 ua.

11 NN, Klimaklage gegen Österreich bei EGMR eingereicht, *orf.at* 12.4.2021, <https://orf.at/stories/3208882/> (30.4.2021).

12 NN, Österreich vor Gericht: Menschenrecht auf Klimaschutz, Pressemeldung v 2.3.2021, www.ots.at/presseaus-sendung/OTS_20210302_OTS0071 (30.4.2021).

13 Website der KlimaSeniorinnen, <https://klimaseniorinnen.ch/unsere-klage-am-egmr/> (30.4.2021).

14 *Hummel*, „So etwas gab es bisher nicht“, *sueddeutsche.de* 2.4.2021, www.sueddeutsche.de/1.5245950 (30.4.2021).

15 *Riss*, Wie in den Niederlanden Klimaschutz zum Gerichtsakt wurde, *derstandard.at* 18.2.2020, www.derstandard.at/story/2000114689328 (30.4.2021).

16 Zur genauen Terminologie vgl Pressemitteilung v 29.4.2021 zu BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18 ua, www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/bvg21-031.html (30.4.2021).

17 S Forderungskatalog des Klimavolksbegehrens unter <https://klimavolksbegehren.at/forderungen> (30.4.2021).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 141 Alle Menschen haben ein Recht auf Schutz vor den negativen Folgen des Klimawandels
Zeit für ein neues Grundrecht?
Nikolaus Wieser

merk.würdig

- 145 Freundschaft in Zeiten von COVID-19
Ines Rössl
- 150 Mit Leichter Sprache (Un)Recht verstehen
Zwei Beispiele aus der Arbeit des Bochumer Zentrums für Disability Studies
Kathrin Römisch / Franziska Witzmann

debatte

- 154 Trautes Heim, Glück allein
COVID-19 und mobile Arbeit
Peter C. Schöffmann

recht & gesellschaft

- 164 Automatisch ein Problem
Gesichtserkennungstechnologie in der Strafverfolgung
Teresa Exenberger / Alina Hanel
- 174 Selbständige Erwerbstätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen
Verboten oder erlaubt?
Kevin Frey Hinterberger / Johannes Peyrl
- 183 Verfolgung, Flucht, Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft
Überlegungen zu Österreichs Maßnahmen im Zusammenhang mit austrofaschistischem und nationalsozialistischem Staatsbürgerschaftsentzug
Martin Stiller
- 192 Unterstützungsleistungen des Bundesheeres
Die Zulässigkeit von Unterstützungsleistungen des Bundesheeres zur Bewältigung der Migrationskrise
Florian Horner
- 201 „Ich muss insbesondere aus sicherheitspolizeilichen Gründen auf einer lückenlosen Erfassung aller jüdischen Mischlinge bestehen“
Die antisemitische Gesetzgebung während der NS-Zeit in Österreich und den Niederlanden
Andreas Schrabauer

thema

- 211 Vorwort der Gastherausgeber_innen
Jakob Fux / Emanuel Matti / Antonia Wagner
- 214 Verstaatlichte Rechtsberatung im Asylverfahren
Die BBU-GmbH und die Frage der Unabhängigkeit der Rechtsberatung
Sebastian Frik
- 226 Garantieren die Verteidigungsrechte von Jugendlichen ein faires Verfahren?
Katharina Beclin
- 235 Ästhetik des Strafverfahrens am Beispiel von Normativität und Faktizität der Strafverteidigung
Alexia Stuefer
- 247 „Gleiche Waffen“ in rechtlichen Verfahren?
Gedanken zu den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit an die Verfahrensgestaltung
Jasmin Ziegelbecker

256 Die Welt nach meinen Wünschen und Vorstellungen
Die Verpflichtung der ErwachsenenvertreterIn zur Untätigkeit aufgrund der Wünsche der vertretenen Person
Martin Marlovits

268 Verfahrenshilfe als Garant für den Rechtsstaat?
Kritische Betrachtung eines alt bewährten Instituts
Micha Kriebner

nach.satz

276 Sexualisierte Gewalt an den EU-Außengrenzen
Ein EU-Deal und seine Verliererinnen
Anastasia Hammerschmid / Amelie Herzog

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 Präsenzdiener: Euro 25,-
Einstiegsabo: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 22,-
(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blafnig, Miriam
Broucek, Isabell Doll, Lorenz Dopplinger, Nina
Eckstein, Karol Felsner, Jakob Fux, Judith Fitz, Ümra
Gencer, Paul Hahnenkamp, Philipp Hense-Lintschnig,
Kevin Fredy Hinterberger, Emanuel Matti, Hanna
Palmanshofer, 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 (Wien)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Katharina Beclin, Teresa Exenberger, Sebastian Frik,
Jakob Fux, Anastasia Hammerschmid, Alina Hanel,
Amelie Herzog, Kevin Fredy Hinterberger, Florian Horner,
Micha Kriebner, Martin Marlovits, Emanuel Matti,
Johannes Peyerl, Kathrin Römisch, Ines Rössl,
Peter Schöffmann, Andreas Schrabauer, Martin Stiller,
Alexia Stuefer, Antonia Wagner, Nikolaus Wieser,
Franziska Witzmann, Jasmin Ziegelbecker

Gastherausgabe des themas:

Jakob Fux, Emanuel Matti, Antonia Wagner

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“.

Freundschaft in Zeiten von COVID-19

Ines Rössl

1. Verordnete Reduktion privater Sozialkontakte

Die COVID-19-Bestimmungen,¹ die private Sozialkontakte regeln und dabei typischerweise auf den (zeitweisen)² gemeinsamen Haushalt abstellen, gehen von einem eng gefassten Familien- und Beziehungsbild aus.³ Alleinstehende Personen, Menschen in nicht-monogamen Beziehungsformen oder auch Jugendliche und junge Erwachsene, die in diesem Alter ihre ersten Sexualerfahrungen machen, finden sich in der Pandemie in einer Situation wieder, in der unter Beziehung tendenziell nur die traditionelle Kleinfamilie und die stabile und monogame Lebenspartnerschaft verstanden wird.

Die COVID-19-Maßnahmen zielen darauf ab, die Verbreitung des Virus einzudämmen. Die Reduktion von privaten Sozialkontakten ist seit Beginn der Pandemie ein wesentlicher Bestandteil dieser Strategie. Die Bezugnahme auf Haushalte macht in dieser Hinsicht natürlich Sinn. Allerdings muss bedacht werden, dass auch jene Sozialbeziehungen grundrechtlich geschützt sind, die sich außerhalb des Haushalts und der Kernfamilie abspielen. Dazu zählen auch Freundschaften.

Freundschaftsbeziehungen werden auf unterschiedlichste Weisen gelebt und treffen daher in der Pandemie auf jeweils spezifische Hindernisse. Manche Freundschaften beruhen auf regelmäßigen gemeinsamen Unternehmungen, andere Freund*innen sehen einander nur selten. Manche Menschen haben wenige Bezugspersonen, andere verfügen über ein großes Kontakt Netzwerk. Junge Menschen bspw fühlen sich in der Pandemie isoliert, weil ihnen die „Gesellschaft der Altersgleichen“ fehlt.⁴ Sie sind dementsprechend auch besonders davon betroffen, dass Begegnungen im öffentlichen Raum idR auf Personen aus maximal zwei Haushalten beschränkt sind.⁵ LGBTI-Personen verlieren während der Pandemie teilweise den Kontakt zu ihren Communities, denen angesichts der gesellschaftlichen Marginalisierung wesentliche psychosoziale Unterstützungsfunktionen zukommen.⁶ Wohnge-

1 Der Beitrag berücksichtigt die Rechtslage bis 12.3.2021.

2 Die Berücksichtigung des „zeitweisen“ gemeinsamen Haushalts erfolgte erstmals in der COVID-19-LockerungsVO v 30.4.2020 BGBl II 2020/197 und wurde in Folge beibehalten.

3 Vgl Wiesböck, Die heilige Familie, Die Zeit 28.12.2020, www.zeit.de/2020/54/corona-kontaktbeschaenkung-familie-diversitaet-soziale-kontakte-diskriminierung/komplettansicht (1.2.2021).

4 Großegger, „Ich will, dass das Corona-Virus mal endlich vorbeigeht“. Die große Angst vor dem zweiten Lockdown – Leben im Ausnahmezustand: Wie junge Frauen damit umgehen (2020) 10 f.

5 Vgl § 2 Abs 3, § 13 Abs 1, 2 iVm Abs 3 Z 12 4. COVID-19-SchutzmaßnahmenVO BGBl II 2021/76 idF BGBl II 2021/111.

6 Vgl Rothmüller/Wiesböck, Intimität, Sexualität und Solidarität in der COVID-19 Pandemie. Bericht über erste Ergebnisse (2021) 8 f.

meinschaften wiederum rücken einerseits zusammen und sind andererseits damit konfrontiert, die privaten Außenkontakte der Mitbewohner*innen besprechen und koordinieren zu müssen.⁷

Inwiefern wurden und werden Freundschaftsbeziehungen seit Beginn der COVID-19-Pandemie rechtlich eingeschränkt? Und welches Bild von Freundschaft steht hinter den einschlägigen Bestimmungen? Im Folgenden werden aus Platzgründen nur jene Kontaktbeschränkungen skizziert, die für Treffen zwischen Einzelpersonen relevant sind. Außen vor bleiben also insb die diversen Veranstaltungsverbote, die auch gruppenweise Zusammenkünfte betreffen, sowie Besuchsregelungen in Krankenanstalten uä.

2. Ausgangsbeschränkungen seit März 2020

Mitte März wurde per VO das Betreten öffentlicher Orte verboten, sofern nicht bestimmte Ausnahmen zum Tragen kamen.⁸ Erlaubt war das Betreten des öffentlichen Raumes nur zur Gefahrenabwehr, zur Betreuung von unterstützungsbedürftigen Personen, zur Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse des täglichen Lebens und für berufliche Zwecke. Ebenfalls als Ausnahme gelistet war die Bestimmung, dass zu haushaltsfremden Personen ein Mindestabstand von einem Meter einzuhalten war, „wenn öffentliche Orte im Freien alleine [oder...] mit Personen, die im gemeinsamen Haushalt leben, [...] betreten werden sollen“. Vor allem diese letzte Ausnahme warf Fragen auf, musste aber wohl – sollte sie nicht die übrigen Ausnahmetatbestände obsolet machen – so ausgelegt werden, dass man haushaltsfremde Personen wie etwa Freund*innen gerade nicht (auch nicht im Freien) gezielt treffen oder besuchen gehen durfte.⁹ Die Ausgangsbeschränkungen wurden seitens des VfGH als verfassungswidrig eingestuft,¹⁰ da sie die gesetzliche Ermächtigung im COVID-19-Maßnahmengesetz¹¹ überschritten hatten.

Ab der „Lockerungsverordnung“ vom 30.4.2020 wurde es im Zuge der (vorübergehenden) Entspannung der epidemiologischen Lage wieder möglich, Menschen im öffentlichen Raum zu treffen, solange ein Mindestabstand eingehalten und indoor zusätzlich ein Mund-Nasen-Schutz getragen wurde.¹² Zeitweise fielen auch diese Abstandsregeln,¹³ sie wurden jedoch Mitte Oktober wieder eingeführt.¹⁴

7 Vgl. *Rotbmüller/Wiesböck*, Intimität 17 f.

8 §§ 1, 2 COVID-19-MaßnahmenVO v 15.3.2020 BGBl II 2020/98.

9 Vgl. *Klaushofer/Kneibis/Palmstorfer/Winner*, Ausgewählte unions- und verfassungsrechtliche Fragen der österreichischen Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des COVID-19-Virus, *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2020, 649 (699 f.). AA *Blaßnig*, In Zeiten der Infodemie. Staatliche Desinformation in der Corona-Krise, *juridikum* 2020 433 (435 f.).

10 VfGH 14.7.2020, V 363/2020.

11 COVID-19-Maßnahmengesetz, erlassen durch das COVID-19-Gesetz v 15.3.2020 BGBl I 2020/12.

12 § 1 COVID-19-LockerungsVO v 30.4.2020 BGBl II 2020/197.

13 Entfall der „Maskenpflicht“ indoor durch die 5. COVID-19-LockerungsVO-Novelle v 13.6.2020 BGBl II 2020/266; Entfall der generellen Abstandspflicht durch die 9. COVID-19-LockerungsVO-Novelle v 29.7.2020 BGBl II 2020/342.

14 3. COVID-19-MaßnahmenVO-Novelle v 22.10.2020 BGBl II 2020/455.

Denn im Herbst näherte man sich dem nächsten „Lockdown“. Eine im September erfolgte Änderung des COVID-19-Maßnahmengesetzes¹⁵ modifizierte in Reaktion auf das genannte VfGH-Erkenntnis die gesetzliche Grundlage für Ausgangsregelungen. Auf dieser Basis wurden im November 2020 abermals per VO Ausgangsbeschränkungen erlassen, zunächst nur in den Nachtstunden,¹⁶ schließlich rund um die Uhr.¹⁷ Die Ausgangsbeschränkungen wurden seitdem immer wieder verlängert, galten in manchen Phasen ganztägig (vulgo „harter Lockdown“), in anderen nur in den Nachtstunden.

3. Pflegen enger Freundschaften als Grundbedürfnis

Wurde im Frühjahr 2020 nur klargestellt, dass unter die Ausnahme der „Deckung der notwendigen Grundbedürfnisse des täglichen Lebens“ auch Begräbnisse¹⁸ und Eheschließungen¹⁹ im engen familiären Kreis fielen (begrifflich eigenwillig, sind doch Begräbnisse und Eheschließungen gerade nichts Alltägliches), so enthalten die einschlägigen VO seit Mitte November 2020²⁰ eine ausführlichere Konkretisierung, was alles unter diese Ausnahme fällt. Zu den Grundbedürfnissen des täglichen Lebens gehört demnach ua auch der Kontakt mit dem/der nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Lebenspartner*in, mit einzelnen engsten Angehörigen (Eltern, Kinder und Geschwister)²¹ und mit „einzelnen wichtigen Bezugspersonen, mit denen in der Regel mehrmals wöchentlich Kontakt gepflegt wird“.

Hiermit wird anerkannt, dass das Pflegen enger Freundschaften zu den Grundbedürfnissen zählt, deren Deckung von den Ausgangsbeschränkungen ausgenommen ist. Da es sich um eine demonstrative Aufzählung handelt (arg „insbesondere“) ist die Regelung offen für eine grundrechtskonforme Interpretation, sodass das Recht auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK im Einzelfall berücksichtigt werden kann. Dennoch lohnt es sich, näher hinzusehen, unter welchen Bedingungen der Verordnungsgeber ausdrücklich von einer ausreichend engen Freundschaft ausgeht.

4. Welche Freund*innen darf man persönlich treffen?

Zunächst lässt sich festhalten, dass „wichtige Bezugsperson“ nicht jede*n Freund*in umfasst. Sondern es geht laut Erläuterungen des Gesundheitsministeriums um Personen,

15 BGBl I 2020/25.

16 COVID-19-SchutzmaßnahmenVO v 1.11.2020 BGBl II 2020/463.

17 COVID-19-NotmaßnahmenVO v 15.11.2020 BGBl II 2020/479.

18 Änderung der COVID-19-MaßnahmenVO v 19.3.2020 BGBl II 2020/107.

19 Änderung der COVID-19-MaßnahmenVO v 9.4.2020 BGBl II 2020/148.

20 Seit der COVID-19-NotmaßnahmenVO v 15.11.2020 BGBl II 2020/479. (Die Bestimmung des § 1, welche die Ausgangsbeschränkungen samt Ausnahmen regelt, kehrt seitdem – mit wenigen Korrekturen – in allen COVID-19-SchutzmaßnahmenVO und COVID-19-NotmaßnahmenVO wieder).

21 So die Präzisierung des Begriffs der engen Angehörigen seit der 1. COVID-19-NotmaßnahmenVO-Novelle v 25.11.2020 BGBl II 2020/528.

mit denen ein „verdichteter Kontakt im Sinne eines dauernden Austauschs“²² und eine „tiefe Verbundenheit“²³ besteht. Davon ausgehend ergeben sich jedoch weitere Fragen: Etwa ist unklar, was das Wort „einzelne“ im gegebenen Zusammenhang bedeutet. Die erste Novellierung der Bestimmung²⁴ präziserte, dass einander nur Personen aus zwei Haushalten gleichzeitig treffen dürfen, wobei bei einem der beiden Haushalte nur eine Person an dem Treffen beteiligt sein darf. Daraus ließe sich mE schließen, dass sich die Kontaktbeschränkung auf „einzelne“ wichtige Bezugspersonen zumindest nicht auf das jeweilige Treffen bezieht.²⁵ Heißt die Bestimmung also, dass man nicht alle wichtigen Bezugspersonen treffen darf, sondern dass man sich während der Geltungsdauer der VO auf „einzelne“ beschränken muss? Oder soll das Wort „einzelne“ einfach unterstreichen, dass es sich um besonders wichtige Bezugspersonen handeln muss, von denen man typischerweise nur wenige hat?²⁶ Und was heißt „Kontakt“? Mit Novellierung vom 25.11.2020²⁷ wurde zunächst präzisiert, man dürfe nur solche Bezugspersonen treffen, mit denen in der Regel mehrmals wöchentlich „physischer Kontakt“ besteht. Kurz darauf wurde (zunächst in der Schutzmaßnahmenverordnung, dann auch in der Notmaßnahmenverordnung) dieser Passus geändert auf enge Bezugspersonen „mit denen in der Regel mehrmals wöchentlich physischer oder nicht physischer Kontakt gepflegt wird“.²⁸ Unklar bleibt weiterhin, worauf sich das „in der Regel“ bezieht, zumal viele Menschen seit der Pandemie ihre Kontakte stark eingeschränkt haben. Ist also der „Normalzustand“ vor der Pandemie angesprochen oder vor dem Inkrafttreten der jeweiligen Ausgangsbeschränkungen? Und wie können Menschen zu neuen Bezugspersonen werden, wie dürfen Freundschaften intensiviert oder neu geknüpft werden? – Ausschließlich online?

5. Private und politische Dimensionen von Freundschaft

In jedem Fall ist das Bild, das sich der Ordnungsgeber von Freundschaften macht, etwas schief: Wer (aus welchen Gründen auch immer) nur selten im privaten Kontext mit Menschen Kontakt hat, aber dennoch einzelne Personen zu wichtigen Bezugspersonen zählt, darf selbst diese nicht – und zwar auch nicht im Freien und mit Abstand – treffen. Denn die VO gehen offenbar davon aus, dass Nähe aus der Häufigkeit des Kontakts resultiert.

22 Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Rechtliche Begründung zur COVID-19-NotmaßnahmenVO 3.

23 Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, Rechtliche Begründung zur 1. Novelle der COVID-19-NotmaßnahmenVO 3.

24 1. COVID-19-NotmaßnahmenVO-Novelle v 25.11.2020 BGBl II 2020/528.

25 Anders aber die vom Gesundheitsministerium veröffentlichte „Rechtliche Begründung zur COVID-19-Notmaßnahmenverordnung“: Das Wort „einzelne“ stelle klar, „dass damit nur Treffen mit einigen wenigen Personen zulässig sind“.

26 In diese Richtung s zB Stöger in „Ars Boni 77 – COVID-19-Notsituationsverordnung“ bei 1h:12min:20sek, www.youtube.com/watch?v=BR6OD61zRcg (20.2.2021).

27 1. COVID-19-NotmaßnahmenVO-Novelle v 25.11.2020 BGBl II 2020/528.

28 2. COVID-19-SchutzmaßnahmenVO v 4.12.2020 BGBl II 2020/544; 2. COVID-19-NotmaßnahmenVO v 22.12.2020 BGBl II 2020/598.

Man kann sich fragen, wie viele Menschen selbst mit ihren allerengsten Freund*innen „mehrmals wöchentlich“ Kontakt pflegen (sei es telefonisch, per Mail, Chat oder physisch). Mit Blick auf die notwendige Grundrechtsabwägung ist es kein ganz unplausibles Argument, zu sagen: Wer ohnehin nur sehr selten mit Menschen Kontakt hat, in dessen Grundrecht auf Privatleben wird kaum eingegriffen, wenn man ihr/ihm während der Pandemie das physische Treffen von Menschen untersagt. Diesem Gedanken scheinen die verordneten Kontaktbeschränkungen zu folgen. Umgekehrt jedoch ließe sich auch ins Treffen führen: Gerade wer nur selten Menschen trifft, hat es nötig, zumindest hie und da jemanden in persona treffen zu dürfen (zupal im Freien und mit Abstand). Dies muss umso mehr gelten, je länger die Pandemie und die damit verbundenen Beschränkungen von privaten Sozialkontakten dauern. Bei der Schutzbedürftigkeit der Freundschaft geht es zudem nicht nur um die private Dimension psychischen Wohlergehens. „Im Gespräch“, schreibt *Hannah Arendt*, „manifestiert sich die politische Bedeutung der Freundschaft und der ihr eigentümlichen Menschlichkeit, weil dies Gespräch, so sehr es von der Freude an der Anwesenheit des Freundes durchdrungen sein mag, der gemeinsamen Welt gilt, die in einem ganz präzisen Sinne unmenschlich bleibt, wenn sie nicht dauernd von Menschen besprochen wird.“²⁹ Umgekehrt entsteht die „Menschenwelt“, das „Bezugsgewebe menschlicher Angelegenheiten“, erst im Zwischenraum zwischen den Menschen, im gemeinsamen Sprechen und Handeln, wenn sich Menschen „direkt, über die Sachen, welche den jeweiligen Gegenstand bilden, hinweg aneinander richten und sich gegenseitig ansprechen.“³⁰ In Freundschaften stiften Menschen also etwas Gemeinsames, das – so zumindest *Hannah Arendts* Konzeption – keiner behaupteten Gleichheit oder Ähnlichkeit bedarf, sondern das im Gegenteil darauf beruht, dass sich die Beteiligten voneinander unterscheiden und dennoch (und gerade dessen eingedenk) zum Gespräch und Handeln zusammenkommen. Wir brauchen die Anderen, die von uns verschiedenen Stimmen und Sichtweisen, „um zu handeln, zu denken, zu verstehen“.³¹ Ohne gelebte Freundschaften wäre die Welt daher nicht nur subjektiv ärmer, sondern sie wäre eines solidarischen Handlungsraumes beraubt. Angesichts dessen ist die Beschränkung privater Sozialbeziehungen im Zuge der COVID-19-Pandemie nicht nur eine Frage der (psychischen) Gesundheit und persönlichen Freiheit. Sie hat auch eine politische Dimension.

Mag.^a Ines Rössl ist Redaktionsmitglied des *juridikum* und Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien; ines.roessler@univie.ac.at

29 *Arendt*, Von der Menschlichkeit in finsternen Zeiten. Gedanken zu Lessing (1959), in *Bormudt* (Hrsg), *Hannah Arendt: Freundschaft in finsternen Zeiten. Gedanken zu Lessing* (2018) 26 (49 f).

30 *Arendt*, *Vita activa. Oder vom tätigen Leben*¹⁴ (2014, dt Erstausgabe 1967) 225 (226: Begriff der „Menschenwelt“), vgl auch *Nordmann*, Über die Liebe und die Räume der Freundschaft. Nachwort der Herausgeberin, in *Arendt*, *Wahrheit gibt es nur zu Zweien. Briefe an die Freunde* (2015) 387.

31 *Thürmer-Robr*, Anfreundung mit der Welt. Zum politischen Denken von Hannah Arendt, in *Thürmer-Robr*, *Fremdheiten und Freundschaften. Essays* (2019) 53 (66).

Mit Leichter Sprache (Un)Recht verstehen

Zwei Beispiele aus der Arbeit des Bochumer Zentrums für Disability Studies

Kathrin Römisch / Franziska Witzmann

1. Einleitung

Behinderte Menschen¹, insb Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen, haben häufig einen erschwerten Zugang zu Informationen und Wissensbeständen, was eine gleichberechtigte Inanspruchnahme von Rechten verhindert. Neben Institutionalisierung tragen hierzu paternalistische Verhaltensweisen ihres sozialen Umfelds bei, die sich ua in geringem Zutrauen in ihre Fähigkeiten und mangelnder Aufklärung zeigen. Ganz besonders spielen der fehlende Zugang zu Informationen in geeigneten Formaten sowie zu Bildung und (neuen) Medien eine Rolle. Art 21 UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) verankert das Recht auf gleichberechtigten Zugang zu Information und Kommunikation. Informationen müssen demnach barrierefrei zugänglich sein, wozu die Bereitstellung von Materialien in „Leichter Sprache“ gehört (vgl Art 9 UN-BRK). Leichte Sprache ist eine Sprachvarietät des Deutschen und folgt festen Regeln. Sie hat ihren Ursprung in der Behindertenbewegung: Die Selbstvertreter_innen erhofften sich durch den Einsatz Leichter Sprache mehr Kenntnisse über eigene Rechte – als wesentliche Voraussetzung für die Selbstvertretung,² „denn oftmals ist das Wissen um Institutionen, um Rechtslagen und hiermit zusammenhängende Aspekte eine Voraussetzung dafür, Diskriminierung zu benennen und Teilhabe einfordern zu können.“³ Das Bochumer Zentrum für Disability Studies (BODYD) an der Evangelischen Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe stellt die UN-BRK und damit die Rechte von behinderten Menschen in das Zentrum seiner Arbeit und damit auch die Zugänglichkeit und den Transfer von Wissen über Menschenrechte. Anhand von zwei Beispielen aus der Arbeit von BODYD – der Übersetzung der Istanbul-Konvention und des Projekts ReWiKs – wird gezeigt, welche Rolle Leichte Sprache dabei spielt und zB Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen bei der Ausübung ihrer Rechte unterstützen kann.

1 Wir bevorzugen den Begriff „behinderte Menschen“ statt „Menschen mit Behinderungen“, da dies das soziale Modell von Behinderung im Sinne von „behindert werden“ besser zum Ausdruck bringt.

2 Vgl. Seitz, Leichte Sprache? Keine einfache Sache, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ) 2014, 9 (4).

3 Seitz, APuZ 2014, 3 f.

2. Emanzipation durch Wissenstransfer

Das Forschungsinteresse der Disability Studies gilt der (De)Konstruktion von Behinderung und Normalität und der kritischen Analyse von Machtdiskursen. Ziel ist es, diskriminierende Praktiken, zB Benachteiligungen in Bildung, Arbeit, Gesundheitsversorgung, Mobilität, sichtbar zu machen und ein menschenrechtsorientiertes Konzept von Behinderung zu entwerfen, welches das Recht von behinderten Menschen auf Selbstbestimmung und Gleichberechtigung anerkennt. Entstanden aus der Behindertenbewegung bleiben Disability Studies deren emanzipatorischem Anspruch verpflichtet: „Nichts über uns ohne uns!“ und gestalten den Wissenstransfer, dh die Produktion von Wissen ebenso wie dessen Aneignung und Verbreitung, in entsprechender Weise. In Disability Studies forschen behinderte Menschen selbst – als Akademiker_innen oder als Ko-Forschende mit nicht-akademischem Hintergrund – und machen so ihr Erkenntnisinteresse und Erfahrungswissen zu Gegenstand und Bezugspunkt der Forschung. Weiterhin dienen auch „klassische“ Formen des Wissenstransfers der Emanzipation – sprich Selbstbestimmung und Selbstverantwortung – von behinderten Menschen. Vor diesem Hintergrund gehört es zu den Aufgaben von BODYDS, Verfügbarkeit und Zugang zu Wissensbeständen zu fördern. Die folgenden zwei Beispiele illustrieren, wie BODYDS beim Wissenstransfer in Leichter Sprache vorgeht: Vor der Übertragung von (komplexen) Inhalten in Leichte Sprache muss das Team überlegen, nach welchen Kriterien es Inhalte für den Transfer auswählt und auf welchem Weg die Transferprodukte ihre Zielgruppe bestmöglich erreichen. Insbesondere in Hinblick auf Menschen mit erschwertem Zugang zu Informationen sind dies wichtige Fragen.

3. Die Istanbul-Konvention

Ende 2020 veröffentlichte BODYDS eine Informationsschrift in Leichter Sprache über das „Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ (Istanbul-Konvention).⁴ Das Übereinkommen adressiert gezielt auch Gewalt gegen behinderte Frauen und Mädchen. Studien zeigen, dass diese doppelt so häufig wie andere Frauen und Mädchen Gewalterfahrungen machen,⁵ dazu zählen physische und sexuelle Gewalt, Mobbing und spezifische Formen von Gewalt wie Zwangssterilisierung und -abtreibung sowie institutionelle Gewalt. Besonders betroffen sind Frauen, die unter Betreuung stehen, wie Frauen mit kognitiven und/oder psychosozialen Beeinträchtigungen. Sie haben kaum Zugang zu Bildung über ihre Rechte, einschließlich ihrer sexuellen und reproduktiven Rechte, über Formen von Gewalt und Gewaltschutz. Ohne Bewusstseinsbildung und angemessene Vorkehrungen fehlt ihnen meist

4 BODYDS (Hrsg), Die Istanbul-Konvention. In Leichter Sprache, www.bodys-wissen.de/files/bodys_wissen/Downloads/Istanbul-Konvention%20in%20Leichter%20Sprache_barrierefrei.pdf (01.3.2021).

5 Vgl zB *Schröttle et al*, Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen in Deutschland (2013).

die Möglichkeit, ihre Rechte durchzusetzen bzw sich darüber zu informieren und entsprechende Unterstützung bzw Rechtsberatung einzuholen. „Die Istanbul-Konvention in Leichter Sprache“ erklärt Formen von Gewalt, welche Rechte Frauen haben, wo sie Hilfe bekommen und was zB bei der Polizei und vor Gericht passiert. BODYD hat damit ein Anliegen aus der Zivilgesellschaft umgesetzt: Eine Übersetzung des Übereinkommens in Leichte Sprache ist von Seiten des Europarats nicht vorgesehen und wird nun sukzessive aus der Zivilgesellschaft geleistet.⁶

Die Resonanz auf die Informationsschrift ist ermutigend. Außer von der Selbstvertretung wurde sie von zahlreichen öffentlichen Stellen (ua Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte in den Kommunen, Einrichtungen der Behindertenarbeit) mit großem Interesse aufgenommen. In Deutschland und Österreich leben viele Nutzer_innen Leichter Sprache in Einrichtungen – entgegen der in der UN-BRK festgelegten Zielrichtung der selbstbestimmten Lebensführung und De-Institutionalisierung. Dies erschwert für sie den Zugang zu Information und Bildung, weshalb den Akteur_innen der Behindertenarbeit hier eine wichtige Rolle zukommt. Dem Recht auf Information (Art 21 UN-BRK) ist mit der Herstellung barrierefreier Formate nicht genüge getan: Die Informationen müssen ihre Zielgruppe auch erreichen.

4. ReWiKs: Sexuelle Selbstbestimmung durch Reflexion – Wissen – Können

Partizipative Verfahren können die Emanzipation marginalisierter Gruppen effektiv befördern. Das von der deutschen Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) geförderte Projekt ReWiKs⁷ hatte zum Ziel, die Umsetzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung in Einrichtungen der Behindertenhilfe zu fördern. An drei Standorten wurden dafür entsprechend der drei Bereiche „Reflexion“, „Wissen“ und „Können“ Reflexionsmanuale (Humboldt Universität zu Berlin, *Sven Jennessen*), Fortbildungsmaterial (Katholische Hochschule Nordrhein-Westfalen, *Barbara Ortland*) sowie Praxishandbücher (Evangelische Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe, *Kathrin Römisch*) erarbeitet. Da sich die Materialien gleichermaßen an behinderte Menschen und an Mitarbeitende stationärer Einrichtungen richten, liegen so gut wie alle Materialien auch in Leichter Sprache vor. Behinderte Menschen sollen damit im Sinne eines Empowerments ermächtigt werden, Veränderungsprozesse eigeninitiativ (mit)zugestalten. So können zB die Bewohner_innen das Reflexionsmanual einsetzen, um ihre Einrichtung einzuschätzen und Probleme zu identifizieren. Mithilfe der Praxishandbücher können sie dann selbstbestimmte Lösungen entwickeln. Um den entsprechenden Personen den Zugang zu den

6 Autism Europe hatte als erste Behindertenorganisation den Konventionstext für eine englischsprachige Easy-Read-Version adaptiert. Auf dieser Grundlage hat BODYD die deutsche Leichte-Sprache-Fassung erstellt.

7 *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg), Sexuelle Selbstbestimmung durch Reflexion – Wissen – Können. Menschen mit und ohne Behinderungen gestalten gemeinsam den Lebensbereich Wohnen. Ein Modellprojekt gefördert durch die BZgA (Schriftenreihe Forschung und Praxis der Sexualaufklärung und Familienplanung) (2020).

Materialien zu sichern, war von vornherein eine partizipative Konzeptentwicklung geplant, die im Projektverlauf immer mehr intensiviert wurde. Bereits durch die partizipative Erarbeitung konnten Empowermentprozesse auf verschiedenen Ebenen stattfinden. Die behinderten Teilnehmer_innen trauten sich im Verlauf des Projekts immer stärker, sich einzubringen, und die Mitarbeitenden reflektierten vorhandene paternalistische Denkmuster und Verhaltensweisen. Ein Bewusstsein für das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und für Partizipation durch Leichte Sprache konnte so bei allen Beteiligten angestoßen werden.

Zugang zu Informationen ist ein Menschenrecht und Voraussetzung für gesellschaftliche Teilhabe, Selbstbestimmung und die Ausübung von Rechten. Insbesondere für Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen ist der Zugang zu Informationen ua wegen mangelnder Barrierefreiheit erschwert. Leichte Sprache eignet sich, sprachlich-kommunikative Barrieren abzubauen. Barrieren im Zugang zu Medien und Bildung jedoch bleiben bestehen, solange die Menschen gezwungen sind, in Einrichtungen zu leben, und somit in ihrer Selbstbestimmung behindert werden.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Kathrin Römisch ist stellvertretende Leiterin des Bochumer Zentrums für Disability Studies an der Ev. Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe; roemisch@evh-bochum.de

Franziska Witzmann, M.A., ist wissenschaftliche Mitarbeiterin des Bochumer Zentrums für Disability Studies an der Ev. Hochschule Rheinland-Westfalen-Lippe; witzmann@evh-bochum.de

Trautes Heim, Glück allein

COVID-19 und mobile Arbeit

Peter C. Schöffmann*

1. Einleitung

1.1. Wandel mobiler Arbeit durch die Pandemie

Vor der Pandemie spielte Telearbeit¹ eine untergeordnete Rolle. Zwar stieg in den EU-27 zuletzt die gelegentliche Telearbeit (zuletzt 11 % in 2019); ständige Telearbeit blieb aber über Jahre hinweg konstant (zuletzt 3,2 % in 2019).²

Ein Telearbeitsplatz ist also in der Regel nicht einziger, sondern zusätzlicher Arbeitsplatz. In Österreich hatten vor der Pandemie rund 13 % einen weiteren Arbeitsplatz zu Hause.³ Bei der Verteilung herrscht erhebliche Ungleichheit: Ausschlaggebend sind vor allem Bildungsgrad und Führungsfunktion. Neben dem Büro nutzten 30,3 % der Arbeitnehmer*innen (AN) mit Hochschulabschluss einen zusätzlichen Telearbeitsplatz, aber nur 14,5 % jener mit höherem Schulabschluss und überhaupt nur 3,5 % jener mit Pflichtschulabschluss.⁴ 21,9 % jener AN mit höheren oder führenden Tätigkeiten nutzten auch die Telearbeit, wohingegen das nur auf 6,7 % von AN mit mittlerer Tätigkeit zutrifft.⁵ Diese Unterschiede ziehen sich durch alle Mitgliedstaaten der EU-27. Vor allem das Einkommen ist ein starkes Indiz: Im zweithöchsten Einkommensfünftel leisten beinahe 30 % Telearbeit, aber nur etwas mehr als 5 % im untersten Einkommensfünftel.⁶

In Österreich stieg die Telearbeit nach Ausbruch der Pandemie von rund 13 %⁷ auf 42 % an.⁸ Die Ungleichheiten besteht aber fort: Sie stieg bei AN mit Hochschulabschluss in den EU-27 während April 2020 auf über 60 %, während jene mit sekundärem Bildungs-

* Das Manuskript wurde im März 2021 abgeschlossen, also noch vor einem Inkrafttreten des „Homeoffice Maßnahmenpaket 2021“ (94/ME XXVII. GP und 1301/A XXVII. GP).

1 Für eine Erläuterung der verschiedenen Begriffe (Telearbeit, Homeoffice und mobile Arbeit) s Punkt 1.2.

2 *Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macias/Bisello*, Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide? (2020) 7 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/wyva>).

3 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung. Modul der Arbeitskräterhebung 2015 (2018) 78.

4 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung 196.

5 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung 197.

6 *Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macias/Bisello*, Teleworkability 10 ff.

7 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung 78.

8 *Zeglovits*, Zeit- und ortsungebundenes Arbeiten (2020) 3 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/rcm2>).

abschluss nicht einmal 30 % erreichten.⁹ Zudem gibt es eine große Gruppe an AN, deren Arbeitsplätze gar nicht „teleworkable“ sind. Eine Abwägung, ob sie ihre Erwerbstätigkeit aufgrund einer Pandemie im Betrieb oder zu Hause erbringen, stellt sich also gar nicht. Dazu zählen etwa Produktionsarbeiter*innen, Pflegekräfte oder Arbeitnehmer*innen im Einzelhandel.¹⁰ Dennoch ist Telearbeit – zumindest für die Dauer der Pandemie – ein Massenphänomen.

Im Wesentlichen können wir die Konsequenzen der Pandemie mit Blick auf die Telearbeit so zusammenfassen: Erstens betrifft Telearbeit nicht mehr nur eine kleine privilegierte Gruppe, sondern viele AN. Telearbeit wird zweitens nicht mehr vereinzelt an manchen Tagen geleistet, sondern dauerhaft über Wochen und Monate.¹¹ Drittens liegt die Vermutung nahe, dass AN nicht mehr aus eigenem Interesse Telearbeit leisten, sondern vor allem das betriebliche und öffentliche Interesse ausschlaggebend ist.¹²

All diese Aspekte führen dazu, dass Rechtsfragen im Zusammenhang mit mobiler Arbeit erstmals wirklich relevant werden. Dieser Beitrag wird drei Fragen genauer beleuchten: Wer trägt die Kosten für mobile Arbeit (dazu unter 2.1.)? Gibt es eine Pflicht oder ein Recht zur mobilen Arbeit (2.2.)? Was ist bei der Organisation der Belegschaft zu berücksichtigen (2.3.)? Dabei wird auch auf die Änderungen durch das „Homeoffice Maßnahmenpaket 2021“ eingegangen,¹³ die mit 1.4.2021 in Kraft treten sollen. Diese Fragen fanden bisher wenig Beachtung, weil sie für Führungskräfte weniger relevant sind. Sie haben ein überdurchschnittliches Gehalt, Auslagen werden häufig ohnehin über Pauschalen („All-in“) zusätzlich abgegolten und sie haben im Zweifel eine höhere Verhandlungsmacht. Zusätzlich sind sie regelmäßig als leitende Angestellte von der Betriebsorganisation der AN ausgenommen, werden also nicht vom Betriebsrat vertreten.

Offenkundig wird damit, dass mobile Arbeit – abhängig von Einkommen und Hierarchie – für die einen Privileg, für andere aber eine prekäre Arbeitsform und für wieder andere unerfüllbarer Wunsch sein kann. Gerade bei AN, die lediglich ein Mindesteinkommen beziehen, bedeutet Telearbeit eine signifikante finanzielle Belastung, soweit kein Kostenersatz von den Arbeitgeber*innen (AG) geleistet wird. Zusätzlich kann Telearbeit zur Isolation führen, was nicht nur soziale, sondern auch rechtliche Folgen hat, wenn sich die Belegschaft nicht mehr organisiert und dadurch betriebliche Mitbestimmung entfällt.

9 Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macías/Bisello, Teleworkability 21.

10 Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macías/Bisello, Teleworkability 44 und 66 ff.

11 Vgl dazu Corral/Isusi, Impact of the COVID-19 confinement measures and telework in Spain (2020) 12 (abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc122651.pdf>).

12 Das schließt nicht aus, dass es formell eine Vereinbarung gibt. Die AN haben in diesem Fall aber kaum eine echte Alternative. Vgl näher Corral/Isusi, Impact confinement measures Spain 12.

13 Ein Ministerialentwurf wurde am 26.2.2021 vorgelegt (94/ME XXVII. GP). Darauf aufbauend wurde am 26.2.2021 ein überarbeiteter Entwurf als Initiativantrag von Abgeordneten der Koalitionsparteien eingebracht (1301/A XXVII. GP).

1.2. Begriffsbestimmung

Die Begriffe „Homeoffice“, „Telearbeit“ oder „mobiles Arbeiten“ waren – bisher – nicht verbindlich festgelegt. Teilweise werden sie synonym oder zumindest einander überschneidend verwendet.¹⁴

Unter Telearbeit versteht man üblicherweise Arbeit außerhalb der Betriebe der AG unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik (IKT).¹⁵ Beim Homeoffice liegt der Schwerpunkt hingegen nicht auf der Verwendung von IKT, sondern auf der Erbringung der Arbeitsleistung in Privaträumen. Der Begriff der mobilen Arbeit ist noch weiter und umfasst Arbeitsleistungen „unabhängig von einem festen Arbeitsplatz [an] jedem denkbaren Ort“¹⁶.

Nach dem neuen § 2h Abs 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)¹⁷ soll Homeoffice vorliegen, wenn „regelmäßig Arbeitsleistung in der Wohnung“ erbracht wird. Laut den Materialien seien auch Wohnungen von Lebensgefährt*innen oder nahen Angehörigen erfasst, nicht aber etwa ein Co-Working-Space.¹⁸

Der Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen ist also sehr eng. Sie erfassen keine anderen Formen der mobilen Arbeit. Für diese können die neuen Homeoffice-Bestimmungen nicht zu Anwendung kommen. Ein Grund für diesen Ausschluss ist nicht erkennbar. Die Arbeitsvertragsparteien hätten es ja selbst in der Hand, einen geeigneten Ort im Rahmen der Vereinbarung zu wählen (dazu 2.2.). Die AG könnten also auch einen Vorschlag der AN ablehnen, wenn sie den vorgesehenen Arbeitsort für ungeeignet halten.¹⁹ Die vorgesehene Bestimmung kann also zu einem Schutzdefizit führen,²⁰ wenn sich die Parteien nicht auf die vom Gesetz vorgegeben Räume beschränken.

2. Problemfelder

2.1. Kostentragung bei Telearbeit

Allgemein verbinden AN mit Telearbeit verschiedene positive Effekte, die sich im Wesentlichen mit „Work-Life-Balance“ umschreiben lassen.²¹ Sie ist aber gerade auch mit Vorteilen für die AG verbunden. Sie sparen sich neben Büroflächen auch damit verbundene Kosten (etwa Einrichtung, Reinigung). Diese tragen auf den ersten Blick AN, die in der eigenen Wohnung, die auf eigene Kosten beheizt wird, am eigenen Tisch, mit dem

14 Dazu näher *Felten*, Home-Office und Arbeitsrecht, DRdA 2020, 511 (512 f).

15 Vgl etwa Punkt 2. der Rahmenvereinbarung über Telearbeit der Europäischen Sozialpartner; vgl auch § 36a Beamtendienstgesetz.

16 So *Oberthür*, Die Arbeitssicherheit im Mobile Office, NZA 2013, 246.

17 BGBl 1993/459 idF BGBl I 2020/131; die vorgesehenen Änderung des § 2h AVRAG finden sich im Initiativantrag 1301/A XXVII. GP.

18 1301/A XXVII. GP Erl 4.

19 Stellungnahme von *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 2.

20 Stellungnahme von *Gruber-Risak*, 12/SN-94/ME XXVII. GP 1.

21 *Corral/Isusi*, Impact confinement measures Spain 24.

eigenen Laptop arbeiten.²² Der finanzielle Anreiz, Büroflächen abzubauen und AN zur mobilen Arbeit zu bewegen, ist daher erheblich.²³

Aus rechtlicher Perspektive sind zwei Fragen interessant, die miteinander verbunden sind. Zunächst: Wer muss – im Rahmen des Arbeitsvertrages – ganz grundsätzlich die Arbeitsmittel bereitstellen? Daran schließt sich eine zweite Frage an: Kann diese Pflicht auf die AN übertragen werden und steht ihnen dafür Ersatz zu?

Arbeitsmittel sind grundsätzlich von den AG bereitzustellen.²⁴ Diese Pflicht ergibt sich aus keiner konkreten Bestimmung,²⁵ sondern regelmäßig aus dem Arbeitsvertrag selbst.²⁶ Schaffen AN selbst Arbeitsmittel an, so steht ihnen ein Kostenersatz nach § 1014 ABGB analog zu. Nach hA können diese Kosten nur sehr beschränkt den AN endgültig umgehängt werden, da es damit zu einer Überwälzung des typischen Unternehmensrisikos käme.²⁷

Mit dem „Homeoffice Maßnahmenpaket 2021“ wird für die Arbeit im Homeoffice eine konkrete Bestimmung vorgesehen: Nach § 2h Abs 3 AVRAG²⁸ sind für „das regelmäßige Arbeiten im Homeoffice [die] erforderlichen digitalen Arbeitsmittel bereitzustellen.“ Die Bestimmung ist problematisch.²⁹ Sie legt den Umkehrschluss nahe, dass die AG ausschließlich digitale Arbeitsmittel bereitzustellen haben, „analoge“ Arbeitsmittel (wie Möbel oder Bürozubehör) hingegen von den AN zu besorgen sind. Dies stünde nicht nur im Widerspruch mit den (oben erwähnten) allgemeinen Wertungen des Arbeitsrechts, sondern auch mit dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz³⁰, wonach die AG etwa ergonomische Möbel zur Verfügung zu stellen haben (§ 67 Abs 2 leg cit).³¹

AN können damit über einen Teil ihres Entgelts nicht mehr frei verfügen, sondern müssen es im Interesse ihrer AG ausgeben. Gerade für jene, die ohnehin nur ein kollektivvertragliches Mindestentgelt verdienen, ist dieser Eingriff erheblich. Mindestentgeltbestimmungen werden dadurch unterlaufen, wenn AN ihr Entgelt nicht mehr für private Zwecke verwenden können.

Zwar werden AN bei der Anschaffung ergonomischer Möbel steuerlich unterstützt (vgl etwa § 16 Abs 1 Z 7a EStG), damit gehen diese Kosten, die bisher von den AG zu tragen waren, nun aber zu (Steuer-)Lasten der Allgemeinheit. AG haben durch Homeoffice ohnehin schon Kostenvorteile, etwa durch die Reduktion von Büroflächen. Es ist schwer nachvollziehbar, warum die Kosten für Arbeitsmittel von der öffentlichen Hand zu tragen sind.³²

22 Zur Bereitstellung der Arbeitsmittel in Österreich s *Zeglovits*, *Zeit- und ortsungebundenes Arbeiten* 8.

23 Dazu NN, *What a way to make a living*, *The Economist* 12.9.2020, 19 ff.

24 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ (2018) § 1151 Rz 116/1.

25 Ausnahmen finden sich etwa im Theaterarbeitsgesetz (§ 11).

26 Vgl dazu *Monsch*, *Bring Your Own Device* (2017) 33 f.

27 Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*³ (2018) § 1151 Rz 116/1.

28 1301/A XXVII. GP.

29 *Gruber-Risak*, 12/SN-94/ME XXVII. GP 2; *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 4f.

30 BGBl 1994/450 idF BGBl I 2018/100.

31 Vgl *Gruber-Risak*, 12/SN-94/ME XXVII. GP 3.

32 So auch *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 4f.

2.2. Recht auf und Pflicht zum Homeoffice

Unklar war bisher auch, ob AG Homeoffice einseitig anordnen können oder AN einen Anspruch auf Telearbeit haben.

2.2.1. Rechtslage in Österreich

In Österreich wurde die einseitige Anordnung von Homeoffice unterschiedlich beurteilt. Nach *Friedrich* sei – etwa im Fall der behördlichen Betriebsschließung – eine einseitige Anordnung von Homeoffice denkbar. Dieser hätten die AN aufgrund ihrer Treuepflicht zu folgen.³³ *Felten* lehnt dies hingegen ab, weil der private Wohnraum der AN etwa durch das Recht auf Privat- und Familienleben und das Hausrecht besonders geschützt sei.³⁴ § 2h Abs 2 AVRAG³⁵ sieht nunmehr vor, dass Homeoffice zwischen den Arbeitsvertragsparteien schriftlich zu vereinbaren ist. Damit scheint die Freiwilligkeit für beide Seiten zunächst gewährleistet. Eine einseitige Anordnung der AG durch Weisung ist damit nicht mehr möglich. Weisungen können nur das vertraglich Vereinbarte konkretisieren. Ist aber Homeoffice selbst zwingend schriftlich zu vereinbaren, besteht für eine einseitige Konkretisierung kein Platz.

Um eine Homeoffice-Vereinbarung zu erzwingen, könnten AG aber zur Änderungskündigung greifen. Sie bieten also den AN eine Vertragsänderung (hier: Arbeit im Home-Office) an und sprechen ihnen – für den Fall, dass ihr nicht zugestimmt wird – die Kündigung aus. Der Druck auf die AN ist damit offenkundig erhöht. Sie werden einem Angebot regelmäßig auch dann zustimmen, wenn es nicht ihren eigenen Interessen entspricht.

Werden AN gekündigt, weil sie auf ihren bisherigen Arbeitsplatz – und damit auf die Einhaltung ihrer Vereinbarung – beharren, liegt eine (verbotene) Motivkündigung (§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG) nahe. Die stRsp lehnt dies aber ab, weil die AG „auf dem durch die Rechtsordnung vorgesehenen Weg“ versuchen, dispositive Vertragspunkte zu ändern, was nicht per se rechtswidrig sein könne.³⁶

Insofern ist die Freiwilligkeit der AN nur unzureichend abgesichert. Dies steht zwar im Widerspruch zur Rahmenvereinbarung über Telearbeit der Europäischen Sozialpartner. Sie hält in Punkt 3 fest, dass „[d]ie Weigerung eines Arbeitnehmers, Telearbeit zu leisten, [...] nicht die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses [rechtfertigt].“ Dabei handelt es sich aber um eine Vereinbarung nach Art 155 Abs 2 Alt 1 AEUV, die keine Umsetzungspflicht nach sich zieht.³⁷

33 *Friedrich*, Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB und COVID-19, ZAS 2020, 156 (157 f).

34 *Felten*, DRdA 2020, 511 (516 ff); vgl auch *Bartmann/Ondrejka*, Home-Office in Zeiten von COVID-19, ZAS 2020, 163 (164 f).

35 1301/A XXVII. GP.

36 RIS-Justiz RS0018143.

37 *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ (2019) Art 155 Rz 11.

2.2.2. Blick über die Grenze

Auch außerhalb von Österreich gewann die mobile Arbeit durch die Pandemie an Bedeutung. Bemerkenswert war der deutsche Vorstoß, ein Recht auf mobile Arbeit gesetzlich zu verankern. Der Entwurf des Mobile-Arbeit-Gesetzes sah einen Anspruch von zumindest 24 Tagen mobiler Arbeit vor.³⁸ Mittlerweile wurde der Entwurf eingestampft.³⁹ Die Corona-Arbeitsschutzverordnung sieht aber vor, dass AG – als Maßnahme der Kontaktreduktion – unter bestimmten Voraussetzungen den AN anbieten müssen, die Arbeitsleistung in deren Wohnungen zu erbringen (§ 2 Abs 4 leg cit).⁴⁰

Spanien wählt einen anderen Weg. Durch das Königliche Gesetzdekret 28/2020⁴¹ wurde in Spanien ein näherer rechtlicher Rahmen für mobile Arbeit (*trabajo a distancia*) geschaffen. Darin finden sich neben einem vorgeschriebenen Mindestinhalt einer Vereinbarung über mobiles Arbeiten (Art 7) etwa auch Bestimmungen über die Arbeitsmittelbereitstellung (Art 11) und Aufwandsersatz (Art 12), die den AG übertragen werden.

Interessant ist, dass die Vereinbarung über mobile Arbeit für AG und AN gleichermaßen widerrufbar ist (Art 5 Abs 3). Konkrete Rahmenbedingungen dieses Widerrufs sind durch Kollektivvertrag oder Einzelvereinbarung näher zu regeln (Art 8 Abs 3). Jene AN, die ab Beginn ihres Arbeitsvertrages und im vollen Ausmaß ihrer Arbeitszeit mobile Arbeit leisten, sind bei der Zuweisung von Arbeitsplätzen im Betrieb vorrangig zu berücksichtigen (Art 8 Abs 2). Auch wenn diese Ansprüche von einer konkreten vertraglichen Ausgestaltung abhängen, geht dies doch in Richtung eines Rechts auf Beschäftigung im Betrieb.

2.2.3. Widerrufbarkeit auch in Österreich?

Eine vergleichbare gesetzliche Regel fehlt in Österreich. Die Homeoffice-Vereinbarung iSd § 2h AVRAG ist lediglich kündbar (Abs 4 leg cit). Nach dem ersten Entwurf⁴² wurde aber ein wichtiger Grund sowie die Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Monatsletzten vorausgesetzt. Der wichtige Grund sowie Kündigungsfrist und -termin sind also kumulativ zu berücksichtigen.

Die Bestimmung wurde vielfach kritisiert, weil ein wichtiger Grund – nach zivilrechtlichen Maßstäben – zur sofortigen Vertragsbeendigung berechtigt. Hingegen ist das ordentliche Kündigungsrecht naturgemäß zwar an Kündigungsfristen und -termine gebunden, aber grundlos möglich. Eine Kombination aus wichtigem Grund und Frist wird hingegen weder dem ordentlichen noch dem außerordentlichen Kündigungsrecht gerecht.

38 *Thüsing*, Angestellte gegen Arbeiter. Wollen wir das? Welt.de 9.10.2020, www.welt.de/debatte/kommentare/article217486854/Mobile-Arbeit-Gesetz-Angestellte-gegen-Arbeiter-Wollen-wir-das.html (9.3.2020).

39 NN, Hubertus Heil rückt vom Recht auf Homeoffice ab, Zeit.de, www.zeit.de/arbeit/2020-11/recht-auf-homeoffice-hubertus-heil-union (9.3.2021).

40 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), BAnz AT 22.01.2021 V (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/ynze>).

41 Boletín oficial del estado 23.9.2020, BOE-A-2020-11043 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/ssnw>).

42 94/ME XXVII. GP.

Diese Kündigungsbestimmung macht die Homeoffice-Vereinbarung insgesamt unattraktiv, da sich beide Parteien in der Regel gar nicht mehr einseitig davon lösen können.⁴³ Der Ministerialentwurf wurde in diesem Punkt schließlich durch einen Initiativantrag revidiert.⁴⁴ Es wurde der Satz angefügt, wonach „[d]ie Vereinbarung [...] eine Befristung sowie Kündigungsregelungen beinhalten [kann].“ Damit will der Gesetzgeber wohl für beide Vertragsparteien zusätzliche dispositive Beendigungsmöglichkeiten ermöglichen. Dies fügt sich aber denkbar schlecht in das AVRAG ein. § 16 AVRAG ordnet nämlich an, dass die §§ 2-15 – und somit auch § 2h AVRAG – zu Gunsten der AN relativ zwingend sind. Der Gesetzgeber widerspricht sich damit selbst, wenn der Absatz selbst einen Dispositionsrahmen vorsieht, den das Gesetz nicht zulässt.

2.3. Der verstreute Betrieb

Homeoffice wirft aber nicht nur Fragen im vertraglichen Bereich auf. Betroffen ist auch die Betriebsebene. Die Organisation der Belegschaft ist auf Betriebe zugeschnitten, bei denen AN regelmäßig physisch anwesend sind. Der Betrieb ist dem Grundgedanken nach ein zentraler Ort. Befinden sich die AN nicht am selben Ort, ergeben sich dadurch einerseits soziale Probleme, aber auch rechtliche Herausforderungen.

2.3.1. Rechtliche und soziale Probleme

Zunächst ist das Betriebsverfassungsrecht kaum auf Betriebe zugeschnitten, die viele verschiedene Arbeitsstätten umfassen. Offenkundig wird dies bei Fragen zur virtuellen Betriebsversammlung oder Betriebsratssitzung.

Darüber hinaus tritt ein sozialer Aspekt hinzu. Zwar sind die Rechte und Pflichten der Belegschaft und ihrer Vertreter*innen durch das ArbVG rechtlich bestimmt, ihre Organisation hat aber auch soziale Voraussetzungen. Treffen sich AN nicht regelmäßig im Betrieb, kann sich gar nicht das bilden, was man unter einer „Betriebsgemeinschaft“ versteht; also eine Belegschaft mit gemeinsamen Interessen, die sie auch gemeinsam verfolgt. Virtueller kann diese Gemeinschaft nur schwer ersetzt werden.

Dieses Problem ist im Grunde bereits bekannt; etwa bei Betrieben, in denen AN zwar nicht örtlich, aber zeitlich getrennt arbeiten (allen voran Schichtbetriebe). Auch die verschiedenen Filialen von Handelsunternehmen sind häufig nur unselbstständige Betriebsteile, die gemeinsam einen Betrieb bilden. Die Organisation fällt offenkundig schwer, wenn Filialen über das gesamte Bundesgebiet verstreut sind und AN, die etwa einen Betriebsrat gründen wollen, gar nicht wissen, wer in anderen Filialen mitmachen will. Als Negativbeispiel bleibt hier die Farce um die gescheiterte Betriebsratsgründung bei der Drogeriekette *Müller* in Erinnerung.⁴⁵

43 *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP, 5 ff; vgl auch *Gerlach*, 25/SN-94/ME XXVII. GP 2.

44 1301/A XXVII. GP.

45 NN, Müller mag Betriebsräte nicht, *Die Presse.com* 28.2.2019, <https://www.diepresse.com/5167570/muller-mag-betriebsraete-nicht> (9.3.2021).

2.3.2. Virtuelle Betriebsversammlung

Das zentrale Organ des Betriebes ist die Belegschaft. Sie tritt in der Betriebsversammlung zusammen. Die Belegschaft kann sich in einer Vollversammlung, aber auch in Teilversammlungen zusammenfinden (§ 44 ArbVG). Das macht Sinn, wenn die Belegschaft etwa in verschiedenen Schichten arbeitet oder es zwar verschiedene Arbeitsstätten gibt, die Anzahl aber noch überschaubar ist.

Arbeitet aber ein erheblicher Teil der Belegschaft mobil, sind Teilversammlungen keine Option. Hier wäre eine virtuelle Betriebsversammlung zweckmäßiger. AN können dann entweder zu einer physischen Betriebsversammlung zugeschaltet werden⁴⁶ oder die Versammlung wird gleich zur Gänze virtuell abgehalten.

Ob virtuelle Betriebsversammlungen zulässig sind, ist umstritten. Gegen sie wird aber – vor allem in der deutschen Lehre – vorgebracht, dass sie mit dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit (§ 48 Abs 1 Satz 1 ArbVG) sowie mit dem Persönlichkeits- und Datenschutz der AN nicht vereinbar sei.⁴⁷

Dogmatisch überzeugt dies aber nicht. Zweifellos gelten besondere Anforderungen, um die Integrität der Betriebsversammlung an sich als auch die Persönlichkeitsrechte der AN zu schützen. Ansichten, die eine virtuelle Betriebsversammlung von vornherein ausschließen, sind in aller Regel unzureichend begründet.

Zunächst kann bei allen gängigen Videokonferenzsystemen der Zugang von Dritten durch Passwörter uä beschränkt werden. Selbstverständlich schließt dies unbefugte Dritte nicht restlos aus. Diese Anforderung kann dem Gesetz aber gar nicht unterstellt werden.⁴⁸ Die Nichtöffentlichkeit soll die unabhängige Willensbildung der Belegschaft sichern.⁴⁹ Dieser Zweck wird noch nicht vereitelt, wenn sich irgendjemand hinter dem Vorhang versteckt oder unbefugt an der Videokonferenz teilnimmt. Auch bei Präsenzversammlungen von Großbetrieben kann die Nichtöffentlichkeit nie mit letzter Gewissheit sichergestellt werden. Gerade, wenn etwa auf Messehallen ausgewichen werden muss,⁵⁰ wäre es lebensfremd davon auszugehen, dass hier Dritte nicht mithören (könnten). Die Betriebsversammlung oder ihre Beschlüsse sind deswegen aber noch lange nicht rechtswidrig.

Die virtuelle Betriebsversammlung wird auch durch den Persönlichkeitsschutz nicht schlichtweg ausgeschlossen. Zunächst ist schon unklar, was überhaupt der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte sein soll. Dass AN sich überhaupt (etwa von einer Webcam) aufnehmen lassen, verstößt nicht von vornherein gegen ihre Persönlichkeitsrechte. Rele-

46 Es handelt sich dann um eine physische und eine virtuelle Teilversammlung.

47 Zum Grundsatz der Nichtöffentlichkeit: *Fitting*, BetrVG³⁰ (2020) § 42 Rz 1a; *Mauer* in BeckOK § 33 BetrVG Rz 3 (beck-online, Stand 1.6.2020); zum Daten- und Persönlichkeitsschutz: *Lunk* in Münchener HB zum Arbeitsrecht III⁴ (2019) § 299 Rz 22.

48 Vgl OGH 8 ObA 30/19y DRdA 2020, 359 (zust *Jabornegg*) = ZAS 2020, 282 (krit *Schöffmann*).

49 *Schneller* in *Gableitner/Mosler*, ArbVG II⁶ (2020) § 48 Rz 1.

50 So musste etwa erst kürzlich die Betriebsversammlung von FACC in einer Messehalle in Ried/Innkeis abgehalten werden, *Wiesbauer*, 650 Mitarbeiter verlieren ihren Job, MeinBezirk.at 18.9.2020, www.meinbezirk.at/ried/c-wirtschaft/650-mitarbeiter-verlieren-ihren-job_a4246692 (18.9.2020).

vant sind vielmehr (dahinterstehende) berechtigte Interessen.⁵¹ Diese können aber auch auf andere Weise gewahrt werden, etwa durch den Verzicht der Aufzeichnung oder das Unkenntlichmachen des Hintergrunds, wenn kein Einblick in das Wohnzimmer gewährt werden soll. Zusätzlich stehen den Interessen der Einzelnen jene der Belegschaft gegenüber, eine Betriebsversammlung abzuhalten.

Auch datenschutzrechtliche Bedenken – insb die behauptete Zustimmungspflicht⁵² – überzeugen nicht. Betriebsversammlungen sind (zumindest einmal je Halbjahr) verpflichtend durchzuführen. Insofern erfüllen die Einberufer*innen (also in der Regel der Betriebsrat) ihre rechtlichen Verpflichtungen (Art 6 Abs 1 lit c Datenschutz-Grundverordnung).⁵³ Die Einberufer*innen sind dabei in ihrer Entscheidung frei und haben darauf zu achten, dass möglichst viele AN teilnehmen können und der Betriebsablauf möglichst nicht gestört wird.⁵⁴ Eine virtuelle Betriebsversammlung wird häufig schon auf Grundlage dieser Interessenabwägung nahe liegen. Sind Präsenzversammlungen aufgrund der Pandemie unzweckmäßig, ist sie ohnehin die einzige Möglichkeit.

Besondere Herausforderungen stellen sich eher noch bei der Beschlussfassung. Das Betriebsverfassungsrecht sieht grundsätzlich eine Stimmabgabe durch Handheben vor; in besonderen Fällen durch Stimmzettel (§ 5 Abs 4 Betriebsrats-Geschäftsordnung 1974⁵⁵). Aufgrund der absolut zwingenden Natur des Betriebsverfassungsrecht, können auch durch eine Geschäftsordnung keine zusätzlichen Möglichkeiten geschaffen werden. Ein virtuelles Handheben ist aber grundsätzlich denkbar. Manche Videokonferenzsysteme bieten eine solche Möglichkeit. Anders als bei der Betriebsratswahl, sieht die BRGO für die Stimmzettel auch keine näheren Voraussetzungen vor. Der Einsatz von e-Votingsystemen ist hier also zumindest denkbar, wenn auch praktisch schwer umsetzbar.

Deutschland hat letztlich reagiert und mit § 129 Abs 3 Betriebsverfassungsgesetz⁵⁶ Betriebsversammlungen mittels „audiovisueller Einrichtungen“ ausdrücklich zugelassen. Es handelt sich aber laut Überschrift der Bestimmung um eine „Sonderregelung aus Anlass der COVID-19-Pandemie“. Tritt die Klausel nach der Pandemie wieder außer Kraft, steht es um die Mitbestimmung von mobilen AN also wieder schlecht. Zurecht könnte behauptet werden, dass der Gesetzgeber ja erkennbar bloß von einem Lückenbüßer ausgeht. Diesem Beispiel sollte man daher nicht folgen.

3. Abschluss

Die vorgesehenen Änderungen für das Homeoffice hinterlassen einen gemischten Eindruck. Zwar sind konkrete Regel sicher wünschenswert, die neuen Bestimmungen ziehen

51 Vgl dazu Aicher in Rummell/Lukas, ABGB⁴ § 16 Rz 29 (Stand 1.7.2015, rdb.at)

52 Lunk in Münchener HB zum Arbeitsrecht III⁴ (2019) § 299 Rz 22..

53 Vgl Schulze/Helmrich, Digitale Betriebsratsätigkeit und Datenschutz, ArbRAktuell 2020, 253 (254).

54 Vgl dazu § 39 Abs 3 ArbVG; Schmeller in Mosler/Gableitner, ArbVG II⁶ (2020) § 47 Rz 3, 10.

55 Betriebsrats-Geschäftsordnung 1974 (BRGO) BGBl 1974/355 idF BGBl II 2012/274.

56 Dt BGBl I 2020/24, 1044.

aber unzählige Fragen nach sich. Das wesentliche Problem besteht darin, dass sie sich nur schlecht in das Arbeitsrecht einfügen. Angesichts der langen Sozialpartner*innen-verhandlungen ist das doch überraschend.

Zudem wurden einige Fragen gar nicht behandelt. So sieht etwa § 26 Abs 3 Arbeitszeitgesetz (AZG)⁵⁷ vereinfachte Aufzeichnungspflichten hinsichtlich der Arbeitszeit vor. Sie betreffen vor allem die Arbeit im Homeoffice. Vor dem Hintergrund einer aktuellen EuGH-Entscheidung⁵⁸ wird die Bestimmung aber von der hL⁵⁹ als unionsrechtswidrig angesehen, weil durch § 26 Abs 3 AZG die Einhaltung der Mindestruhezeiten (Art 31 Abs 2 Grundrechtecharta) nicht gewährleistet werden kann.⁶⁰

Darüber hinaus gibt es Probleme, die das Arbeitsrecht (alleine) kaum lösen kann. So nimmt während der Pandemie (unbezahlte) Betreuungs-, Erziehungs- und Haushaltsarbeit zu, weil institutionelle Betreuungsangebote (Kindergarten, Schule) genauso wegfallen wie andere externe Dienstleistungen (etwa Reinigungskräfte). Homeoffice schafft hier zwar eine grundsätzliche (aber nur scheinbare) Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und unbezahlter Arbeit. Diese zusätzliche Arbeit belastet zudem Frauen deutlich stärker und das selbst in jenen Haushalten, in denen unbezahlte Arbeit vor COVID-19 gleich verteilt war.⁶¹ Hinzu kommt, dass AN im Homeoffice selbst dann noch arbeiten, wenn eigentlich ein Dienstverhinderungsgrund vorliegt. So wird im Homeoffice häufig auch dann noch Erwerbsarbeit geleistet, wenn die AN eigentlich krank sind oder eine Pflegefreistellung (bei Erkrankung naher Angehöriger) in Anspruch nehmen könnten. Auch das gilt für Frauen weit häufiger als für Männer.⁶²

Mag. Peter C. Schöffmann ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien; peter.schoeffmann@wu.ac.at

57 BGBl 1969/461 idF BGBl I 2018/53.

58 EuGH 14.5.2019, C-55/18, CCOO, ECLI:EU:C:2019:402.

59 Anstatt vieler *Mazal*, Neue Arbeitszeitaufzeichnung: Wahrheit statt Schönung, *ecolex* 2019, 656 (657 f).

60 Stellungnahme von *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 10 f mwN.

61 *Mader/Derndorfer/Disslbacher/Lechinger/Six*, Genderspezifische Effekte von COVID-19. Blog 1: Zeitverwendung von Paarhaushalten während COVID-19 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/2zep>).

62 *Zeglovits*, Zeit- und ortsungebundenes Arbeiten 9 f.

Automatisch ein Problem

Gesichtserkennungstechnologie in der Strafverfolgung

Teresa Exenberger / Alina Hanel

1. Einleitung

Gesichtserkennungstechnologie hält Einzug in unseren Alltag.¹ *Facebook* bietet seinen Nutzer*innen bspw an, mithilfe von Gesichtserkennungssoftware, Fotoalben nach bestimmten Personen zu durchsuchen. Smartphones von *Apple* können mit dieser Technologie komfortabel entsperret werden. Auf Flughäfen werden Reisepässe zur Authentifizierung automatisiert mit dem Gesicht verglichen. Spätestens mit dem Einsatz dieser Technologie auch in der Strafverfolgung wird sie heftig diskutiert.

Gesichtserkennungstechnologie (*Facial Recognition Technology – FRT*) stellt eine Art biometrisches Verfahren dar, welches dazu dient, Personen zu authentifizieren (1:1)² oder zu identifizieren (1:n). Die Authentifizierung zielt darauf ab, nachzuweisen, ob es sich bei einer Person um jene in einer bestimmten Datenbank handelt und wird vor allem für Zugangsberechtigungen verwendet. Eine Identifizierung soll hingegen Personen anhand ihres Gesichts unter einer Reihe von Personen erkennen. Unter Einsatz dieser Technologie soll eruiert werden, wer eine bestimmte Person sein könnte. In der Regel sind die betroffenen Personen bei der Identifizierung nicht aktiv am Prozess beteiligt. Nun wird diese Technologie auch zur Strafverfolgung eingesetzt, so auch in Österreich. Gegen die Verwendung der Software gibt es aufgrund grund- und menschenrechtlicher Bedenken heftige Kritik, nach Ansicht der Autorinnen fehlt es in Österreich an einer konkreten gesetzlichen Grundlage für ihren Einsatz. Zur konkreten Funktionsweise der vom Bundesministerium für Inneres (BMI) angekauften Software ist, wie aus unzähligen parlamentarischen Anfragen hervorgeht³, wenig bekannt. Die der Software zugrundeliegenden Algorithmen sind Betriebsgeheimnisse der Hersteller*innen und so auch dem BMI nicht bekannt.

1 Für den Beitrag stellten uns mehrere Personen einen Auszug ihres Eintrags in der *Zentralen Erkennungsdienstlichen Evidenz* (siehe 2.3.1.) zur Verfügung. Wir möchten uns an dieser Stelle für diese Unterstützung bedanken.

2 So bietet *Apple* seit dem *iPhone X* Gesichtserkennung („Face ID“) zur Benutzeridentifikation an. Dabei handelt es sich zudem um ein sogenanntes lernendes System durch Bereitstellung von künstlicher Intelligenz auf dem Smartphone. Das System kann aus eventuellen Änderungen des Gesichtes lernen, wie beispielsweise dem Tragen einer Brille oder Make-up. *Kühl*, Vertraut uns (eure Daten an)!, *zeit.de* 27.9.2017, www.zeit.de/digital/datenschutz/2017-09/apple-ios11-face-id-sicherheits-verschlusselung/ (12.2.2021). Der russische Forensik Software-Hersteller *Elcomsoft* gab in einer Präsentation an Strafverfolgungsbehörden den Ratschlag, das *iPhone* von Beschuldigten nicht frontal anzublicken. Denn nach mehrfach erfolgloser biometrischer Erkennung, ist eine Codeeingabe zur Entsperrung des Gerätes notwendig, *Becker*, Rat für Polizisten, *iPhone besser nicht anschauen*, *heise.de* 15.8.2018, www.heise.de/mac-and-i/meldung/Rat-fuer-Polizisten-iPhone-besser-nicht-anschauen-4191007.html (13.2.2021).

3 S Kapitel 2.2.

Dieser Beitrag möchte einen Einblick in das Thema „Gesichtserkennungstechnologie in der Strafverfolgung“ geben, damit zusammenhängende grund- und menschenrechtliche Bedenken aufzeigen und die aktuelle Situation in Österreich beleuchten.

1.1. Weltweiter Einsatz durch Strafverfolgungsbehörden

In den 60er-Jahren etablierte der Mathematiker *Woody Bledsoe* Gesichtserkennungstechnologie als ein eigenes Forschungsgebiet. Dies war der noch sehr rudimentäre Beginn, das menschliche Gesicht als biometrisches Charakteristikum zu entdecken. Die Forschung hat sich im letzten Jahrzehnt stark weiterentwickelt und die Komplexität an Funktionen derartiger Technologien haben rasant zugenommen.⁴ Auch staatliche Institutionen kaufen zunehmend solche Programme zur Strafverfolgung, dies meist von privaten Unternehmen. Innerhalb der EU wird bereits in mind zehn Mitgliedstaaten von der Polizei Gesichtserkennungstechnologie eingesetzt.⁵ In den USA befinden sich mehr als 117 Mio Erwachsene in einer Gesichtserkennungsdatenbank von Strafverfolgungsbehörden.⁶ In Australien wird daran gearbeitet, eine Gesichtsdatenbank – einschließlich der Verwendung von Führerschein- und Passfotos – aufzubauen, eine Nutzung durch Strafverfolgungsbehörden ist angedacht.⁷ Der Einsatz durch Strafverfolgungsbehörden steht jedoch unter massiver Kritik. So hat San Francisco aufgrund von massiven Missbrauchsbedenken bereits im Mai 2019 die Verwendung der Technologie durch die Polizei und andere Behörden verboten⁸, auch infolge der *George Floyd*-Proteste kam es in vielen weiteren Städten zu Verboten.⁹ Unlängst haben große Herstellerunternehmen von Gesichtserkennungssoftware wie *IBM*, *Amazon* und *Microsoft* den Einsatz ihrer Produkte zur Strafverfolgung insb aufgrund hoher Fehlerquoten¹⁰ untersagt bzw eingeschränkt.¹¹

4 *Taigman/Yang/Ranzato/Wolf*, DeepFace: Closing the Gap to Human-Level Performance in Face Verification, research.fb.com/publications/deepface-closing-the-gap-to-human-level-performance-in-face-verification/ (13.2.2021).

5 *Kayser-Bril*, At least 11 police forces use face recognition in the EU, algorithmwatch.org 18.6.2020, algorithmwatch.org/en/face-recognition-police-europe (19.2.2021).

6 *Ghaffary/Molla*, Here's where the US government is using facial recognition technology to surveil Americans, vox.com 10.12.2019, www.vox.com/recode/2019/7/18/20698307/facial-recognition-technology-us-government-fight-for-the-future (19.2.2021); *Frankle/Garvie/Bedoya*, The Perpetual Line-Up, Georgetown Law, Center on Privacy and Technology (2016), www.perpetuallineup.org/ (19.2.2021).

7 *Taylor*, Plan for massive facial recognition database sparks privacy concern, theguardian.com 28.9.2019, www.theguardian.com/technology/2019/sep/29/plan-for-massive-facial-recognition-database-sparks-privacy-concerns (19.2.2021).

8 *Konger/Fausset/Kovaleski*, San Francisco bans facial recognition technology, nytimes.com 14.5.2021, www.nytimes.com/2019/05/14/us/facial-recognition-ban-san-francisco.html (13.2.2021).

9 *Devich-Cyril*, Defund Facial Recognition, theatlantic.com 5.7.2020, www.theatlantic.com/technology/archive/2020/07/defund-facial-recognition/613771/ (19.2.2021).

10 *Snow*, Amazon's face recognition falsely matched 28 members of Congress with mugshots, aclu.org 16.7.2018, www.aclu.org/blog/privacy-technology/surveillance-technologies/amazons-face-recognition-falsely-matched-28 (19.2.2021); Falsche Beschuldigung eines afroamerikanischen Ladendiebes in Detroit: NN, Afroamerikaner wegen fehlerhafter Gesichtserkennung verhaftet, derstandard.at 25.6.2020, www.derstandard.at/story/2000118304631 (19.2.2021).

11 *Devich-Cyril*, Defund Facial Recognition, theatlantic.com 5.7.2020, www.theatlantic.com/technology/archive/2020/07/defund-facial-recognition/613771/ (19.3.2021).

1.2. Strafverfolgung automatisch statt manuell: Wo liegt das Problem?

Der Einsatz einer Gesichtserkennungssoftware zur Strafverfolgung wird oft mit dem Argument verharmlost, es handle sich bloß um eine technische Weiterentwicklung der Ermittlungsmöglichkeiten, ein vormals manueller Abgleich von Fotos mit einer Datenbank fände nunmehr automatisch statt. So einfach ist es jedoch nicht, denn der Einsatz von derartiger Software birgt eine Vielzahl grund- und menschenrechtlicher Risiken.

1.2.1. Wir sind alle betroffen und unsere Rechte sind gefährdet

Ein Einsatz von Gesichtserkennungstechnologie im öffentlichen Raum bedeutet, dass viele unbeteiligte Personen von diesem Einsatz betroffen sind. Wenn die Technologie zur Identifizierung eingesetzt wird, dient sie idR der Massenüberwachung und stellt einen massiven Eingriff in das Recht auf Privatsphäre gem Art 8 EMRK dar. Der Einsatz der Technologie im Zusammenhang mit Überwachungskameras – ob live oder durch nachträglichen Abgleich – bspw auf öffentlichen Plätzen bedeutet eine automatische Erfassung von Gesichtern, die gescannt und von einem Algorithmus verarbeitet werden.¹² Das Recht auf Privatleben schützt die Persönlichkeit des Menschen in umfassender Weise.¹³ Eingriffe in dieses Recht müssen gesetzlich vorgesehen sein, einem legitimen Ziel dienen sowie notwendig und verhältnismäßig sein. ISd Art 8 EMRK müssen für Videüberwachung im öffentlichen Raum ausreichende Einschränkungen und Sicherungen vorgesehen sein.¹⁴

Entscheidend für polizeiliche Überwachungsmaßnahmen sind deren nähere Ausgestaltung, weil Staaten Grundrechtseingriffe möglichst geringhalten und einen Schutz vor Missbrauch bieten müssen, welcher auf die Besonderheiten der geheimen Überwachung zugeschnitten ist.¹⁵

In Österreich wird der Einsatz der Software grundsätzlich auf § 75 Sicherheitspolizeigesetz (SPG)¹⁶ gestützt, der die Rechtsgrundlage für die Datenbank *Zentrale Erkennungsdienstliche Evidenz* (EDE) bildet. In das Recht auf Privatleben wird durch die erkennungsdienstliche Behandlung massiv eingegriffen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es hier bei der Interessensabwägung jedenfalls auf die Art der Informationen an, sowie die Dauer und den Umfang der Aufbewahrung. Die Anlage lückenloser Datenprofile wäre nach *Berka* jedenfalls verfassungswidrig.¹⁷ Allen voran muss jedoch der Eingriff gesetzlich vorgesehen sein. In § 75 SPG sehen die Autorinnen keine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Verwendung der Software zur Strafverfolgung (s Kapitel 2.3.).

12 *Amnesty International*, „Ban the Scan“. Amnesty fordert Verbot von Gesichtserkennungstechnologien, amnesty.de 27.1.2021, www.amnesty.de/informieren/aktuell/gesichtserkennungstechnologie-verbot-kampagne-ban-scan (19.2.2021).

13 *Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) 484-485.

14 *Berka*, Verfassungsrecht 487.

15 VfSlg, 17.102/2004, 19.892/2014. EGMR 6.9.1978, 5029/71, *Klass ua/Deutschland*.

16 BGBl I 1991/566 idF BGBl I 2020/144.

17 *Berka*, Verfassungsrecht 487.

Personen, deren Gesichter als Bilder erfasst und verarbeitet werden, wissen oftmals gar nichts von diesen Vorgängen. Sie können sich daher auch nicht gegen eine missbräuchliche Verwendung wehren.¹⁸ So fehlt es in vielen Ländern – wie auch in Österreich – grundsätzlich an einem effektiven Rechtsschutz für Betroffene, womit auch eine Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde (Art 13 EMRK) im Raum steht.

Auch in das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 Datenschutzgesetz 2000 – DSGVO¹⁹) wird mit der Software durch Verarbeitung der Daten eingegriffen. Zudem ist meist unklar, woher die Fotos für das Training derartiger Software stammen.²⁰ Dafür ist eine immense Menge an Fotos notwendig. Es liegt der Verdacht nahe, dass nicht alle Fotos, mit denen die Programme trainiert werden, aus datenschutzrechtlich unbedenklichen Quellen stammen,²¹ weshalb ein Kauf solcher Produkte durch staatliche Institutionen besonders kritisch zu sehen ist.

Zudem kann der Einsatz der Technologie zur Verarbeitung von Gesichtsbildern, die von Videokameras im öffentlichen Raum aufgenommen wurden, die Ausübung der Versammlungs- und Meinungsfreiheit von Personen beeinträchtigen. Der Einsatz anlässlich von Versammlungen stellt einen massiven Eingriff in die Versammlungsfreiheit (Art 11 EMRK) und Meinungsfreiheit (Art 10 EMRK) dar und könnte für Personen eine abschreckende Wirkung haben („chilling effect“), überhaupt daran teilzunehmen.

1.2.2. Verstärkung bestehender Ungleichheit

Der Einsatz von Gesichtserkennungstechnologien kann das Diskriminierungsverbot gem Art 14 EMRK und Art 1 des 12. ZP zur EMRK²² verletzen. Denn ganz allgemein funktioniert die Technologie nicht gut: Gesichter werden vielfach falsch erkannt und davon sind insb nicht-weiße Menschen, Frauen und Transpersonen betroffen. Weiße Männer werden idR weitaus besser erkannt, denn Gesichtserkennungstechnologien können nicht besser sein, als sie trainiert werden: So werden laut Forscher*innen des *Media Lab* des Massachusetts Institute of Technology (MIT), viele Technologien meist mit Bildern von weißen Männern gespeist, weshalb die Systeme diese Personengruppe exakter erkennen. Laut derselben Studie haben Gesichtserkennungsprodukte von führenden US-amerikanischen Technologieunternehmen insb nicht-weiße Frauen wiederholt falsch erkannt.²³ So sind die Sys-

18 NN, Gesichtserkennungstechnologien in der Strafverfolgung, Aktuelle Nachricht der FRA v 27.11.2019, fra.europa.eu/de/news/2019/gesichtserkennungstechnologien-der-strafverfolgung-grundrechtsrelevante-erwaegungen (19.2.2021).

19 BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2019/14.

20 Wittenhorst, Microsoft schaltet Datenbank für Gesichtserkennungs-Training ab, heise.de 18.6.2019, www.heise.de/newsticker/meldung/Microsoft-schaltet-Datenbank-fuer-Gesichtserkennungs-Training-ab-4442919.html (19.2.2021).

21 Erfolgreiche Beschwerde gegen Clearview AI: *Beuth*, Bürgerrechtler fordern Gesetz gegen Gesichtserkennung, spiegel.de 17.2.2021, www.spiegel.de/netzwelt/web/reclaim-your-face-buergerrechtler-fordern-eu-gesetz-gegen-gesichtserkennung-a-9f614b4e-1bab-4e8a-af7e-0a5ae54f5a11 (18.2.2021). *Hill*, The Secretive Company That Might End Privacy as We Know It, nytimes.com 18.1.2020, www.nytimes.com/2020/01/18/technology/clearview-privacy-facial-recognition.html (19.2.2021).

22 Das 12. ZP zur EMRK wurde in Österreich noch nicht ratifiziert.

23 *Lobr*, Facial Recognition Is Accurate, if You're a White Guy, nytimes.com 9.2.2018, www.nytimes.com/2018/02/09/technology/facial-recognition-race-artificial-intelligence.html (19.2.2021); *Chokshi*, Facial Recognition's Many

teme auch generell schlecht, nicht-binäre oder geschlechtsspezifische Identitäten zu identifizieren.²⁴ Maschinelle Lernsysteme – wie Gesichtserkennungstechnologien – laufen dabei grundsätzlich Gefahr, Vorurteile und strukturelle Ungleichheiten zu verstärken.²⁵

Der Einsatz solcher Programme in der Strafverfolgung kann daher das ohnehin bereits existierende Problem von falschen strafrechtlichen Beschuldigungen und daher von Diskriminierung noch massiv verstärken.²⁶

Diese Systeme können sich zwar verbessern, jedoch muss allgemein in Frage gestellt werden, ob es jemals möglich sein wird, alle Menschen gleich gut zu erkennen. Denn „Gesichtserkennung, auch das gilt bis heute, etabliert stets Standards der Erkennbarkeit, die nicht von jedem Gesicht gleichermaßen erfüllt werden“.²⁷

Global betrachtet birgt der Einsatz die Gefahr sich überproportional auf marginalisierte Gruppen auszuwirken und ihr Recht auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung zu untergraben. So sind bspw in der Volksrepublik China mehr als 200 Millionen Überwachungskameras im Einsatz, um mithilfe von Gesichtserkennungstechnologien, Angehörige der muslimischen Minderheit der Uiguren zu überwachen. Die Technologie wird hier verwendet, um Menschen nach Merkmalen wie Herkunft oder „Rasse“ zu identifizieren und zu überwachen.²⁸

2. Situation in Österreich

Auch wenn die österreichischen Behörden nicht gerade den Eindruck erwecken, *digital natives* zu sein, ist auch diese neue technologische Entwicklung nicht an der Polizei vorbeigegangen. Zum Einsatz der konkreten Software ist wenig bekannt, die Kommunikation des BMI zu diesem Thema ist von Intransparenz geprägt. So waren diverse Anfragen²⁹ notwendig, um Klarheit darüber zu erlangen, dass diese neue Ermittlungsmethode

Controversies, From Stadium Surveillance to Racist Software, nytimes.com 15.5.2019, www.nytimes.com/2019/05/15/business/facial-recognition-software-controversy.html (19.2.2021). Auch das *Gender Shades*-Projekt kam zu ähnlichen Ergebnissen: <https://gendershades.org/> (19.2.2021).

24 Wojcik/Remy, The challenges of using machine learning to identify gender in images, 5.9.2019, <https://www.pewresearch.org/internet/2019/09/05/the-challenges-of-using-machine-learning-to-identify-gender-in-images/> (19.2.2021); Swerling, Facial recognition software unable to recognise trans people, university study suggests, telegraph.co.uk 30.10.2019, www.telegraph.co.uk/news/2019/10/30/facial-recognition-software-unable-recognise-trans-people-university/ (19.02.2021).

25 The Toronto Declaration (2018), www.torontodeclaration.org/declaration-text/english/ (19.2.2021).

26 NN, Unschuldig verhaftet, derstandard.at (19.2.2021).

27 Meyer, Ein aufhaltsamer Aufstieg. Kurze Geschichte der automatisierten Gesichtserkennung, *Bürgerrechte & Polizei/CLIP* 121 (2020) 60.

28 Mozur, One Month, 500,000 Face Scans: How China Is Using A.I. to Profile a Minority, nytimes.com 14.4.2019, www.nytimes.com/2019/04/14/technology/china-surveillance-artificial-intelligence-racial-profiling.html (22.3.2021).

29 Anfrageantwortungen über die Plattform FragdenStaat.at, Ankauf einer Gesichtserkennungs-Software durch das Bundeskriminalamt v 11.6.2019, fragdenstaat.at/anfrage/ankauf-einer-gesichtserkennungs-software-durch-das-bundeskriminalamt/#nachricht-4320; Gesichtserkennung v 25.9.2019, fragdenstaat.at/anfrage/gesichtserkennung/; Gesichtserkennung Testbetrieb Stand Mai 2020 v 30.6.2020 fragdenstaat.at/anfrage/gesichtserkennung-testbetrieb-stand-mai-2020/#nachricht-5025 oder diverse parlamentarische Anfragen: 3406/AB v 24.6.2019 zu 3404/J, 631/AB v 19.3.2020 zu 631/J, 750/AB v 30.3.2020 zu 708/J, 1114/AB v 27.4.2020 zu 1034/J, 750/AB v 31.3.2020 zu 708/J, ua (alle Links: 19.2.2021)

im August 2020 Einzug in den Regelbetrieb der Polizei gefunden hat. Dafür gäbe es laut BMI auch schon eine gesetzliche Grundlage. Es verweist hier auf § 75 SPG (*Zentrale Erkennungsdienstliche Evidenz*). Nach Rechtsauffassung des BMI darf bei der Ermittlung jeder Straftat – unabhängig von der Strafhöhe des Deliktes – die Software zur Ausforschung unbekannter Täter*innen eingesetzt werden.³⁰

2.1. Die Software

Das BMI kaufte die Software von einem privaten Unternehmen an, ihre Programmstruktur und Algorithmen unterliegen dem Betriebsgeheimnis.³¹ Sie können daher weder vom BMI noch von externer Seite überprüft werden. Dadurch wird eine Kontrolle der Software erschwert und muss weitreichend auf Annahmen beruhen.

Gesichtserkennungsprogrammen liegen grundsätzlich ähnliche Prinzipien zugrunde. Bilder von bestimmten Personen werden mit einer Referenzmenge abgeglichen. Diese Bilder können unterschiedlichster Herkunft sein, so können bspw. Standbilder von Videos angefertigt oder Fotos von *Facebook*-Profilen entnommen und verwendet werden. Welche Datenbank herangezogen wird, um die Identität der betroffenen Person zu ermitteln, kann technisch divers ausgestaltet sein. Laut BMI wird in Österreich die EDE als Vergleichsmenge herangezogen und so seien auch nur diese Daten mit der Software verbunden (s. Kapitel 2.3.1.).³²

Österreich kaufte die Software *FaceVACS-DBScan* von der *Atos IT Solutions and Services GmbH* sowie der *Cognitec Systems GmbH* an.³³ Auf der Webseite von *Cognitec*³⁴ wird die Version *FaceVACS-DBScan Law Enforcement (LE)* beworben. Das BMI nennt in den parlamentarischen Anfragen nur den Namen des Herstellers, nicht jedoch jenen der gekauften Version. Es ist jedoch naheliegend, dass das BMI dieses Produkt ankaufte. Wie sehr und ob, das Produkt angepasst wurde, ist nicht bekannt.

Das Unternehmen selbst führt bei genanntem Produkt folgende Funktionen an: Dieses kann ein bestimmtes Foto oder Standbild eines Videos mit einem wählbarem Datensatz vergleichen, um so mutmaßliche Täter*innen zu identifizieren. Wird ein Bild in die Software eingespeist, vergleicht es dieses mit allen Bildern der verfügbaren Datenbank, in Österreich ist dies eben die EDE. Die Bilder werden nach der Trefferwahrscheinlichkeit gereiht, wobei variierbar ist, wie viele potenzielle Treffer angezeigt werden. Die vom BMI gekaufte Software zeigt zum aktuellen Zeitpunkt grundsätzlich Fotos von 30 Personen³⁵, somit werden einer*m Beamt*in zwangsläufig die Gesichter von mind. 29 nicht-involvierten Personen aufgelistet. Ob diese Personen als Verdächtige weitergeführt werden

30 3500/AB v 23.11.2020 zu 3483/J, 2.

31 3500/AB v 23.11.2020 zu 3483/J, 1 f.

32 3500/AB v 23.11.2020 zu 3483/J, 1 f.

33 *FragDenStaat.at*, Ankauf einer Gesichtserkennungs-Software durch das Bundeskriminalamt (19.2.2021).

34 Website des Unternehmens: www.cognitec.com/facevacs-dbscan-le.html (19.2.2021).

35 2662/AB v 4.9.2020 zu 2648/J, 4.

und die damit zusammenhängenden Konsequenzen zu tragen haben, ist dann abhängig von der Qualität der eingespeisten Fotos und den individuellen Fähigkeiten der bearbeitenden Polizist*innen, fremde Gesichter zuzuordnen. Personen, die als Treffer aufscheinen, werden grundsätzlich nicht davon verständigt, es sei denn sie werden als Verdächtige weitergeführt. Von einem Grundrechtseingriff sind aber alle Personen betroffen, die in der EDE mit Lichtbild eingespeist sind.

Neben diversen Bildaufbereitungstools bietet das Produkt *FaceVACS-DBScan LE* auch Suchfilter an. *Cognitec* gibt bspw das Alter und das Geschlecht als mögliche Filterkriterien an.³⁶ In einem Video aus dem Jahr 2018 ist aber auch zu sehen, dass nach dem Kriterium „Ethnicity“ gefiltert werden kann.³⁷ Sollte die in Österreich verwendete Software dieses Filterkriterium aufweisen, sehen die Autorinnen dies in Hinblick auf *racial profiling* überaus kritisch.

Als weitere Funktion bietet die Software einen Abgleich von Videomaterial an. Werden Videos eingespeist, können diese nach einer bestimmten Person durchsucht werden. Es bietet aber auch die Möglichkeit, die Videos nach Personengruppen oder häufig vorkommenden Personen zu durchforschen. Es ist anzunehmen, dass diese Funktion behördlich vorrangig im Zusammenhang mit Großveranstaltungen, wie Fußballspielen oder Demonstrationen, attraktiv ist. Demonstrationen werden bereits jetzt in Österreich nach der Bestimmung des § 54 Abs 5 SPG häufig³⁸ polizeilich videoüberwacht. Per Mausklick wäre es mit dieser Funktion also grundsätzlich möglich festzustellen, welche Personen vermehrt an Versammlungen teilnehmen.

2.2. Die Rechtsansicht des BMI

Nach Ansicht des BMI ist die Rechtsgrundlage für die Software § 75 SPG. Aus dem Wortlaut der Bestimmungen ist dies jedoch nicht offenkundig ableitbar und zunächst unklar, warum genau diese Bestimmungen als Rechtsgrundlage ins Treffen geführt wird. Diese Bestimmung lautete bis 2016 noch, dass die Sicherheitsbehörden, die Daten aus der EDE „benützen“ dürfen. Im Jahr 2016 wurde der Satz dann um die Wortfolge „und vergleichen“ ergänzt³⁹, um nach den Erläuterungen „klar“⁴⁰ zum Ausdruck zu bringen, dass die Sicherheitsbehörden die Daten der EDE „vergleichen“ dürfen. Davon solle auch der „aufgrund neuester technischer Entwicklungen mögliche automationsunterstützte Ver-

36 Vgl *Cognitec Systems GmbH*, Produktflyer „Gesichtserkennungstechnologie“, www.cognitec.com/files/tao/downloads/FaceVACS-DBScan-LE-1-2-flyer-deutsch.pdf (19.2.2021).

37 Video auf *Youtube*: FaceVACS-DBScann LE at SCTX 2018, www.youtube.com/watch?v=HCkri0LarSo&feature=youtu.be (19.2.2021).

38 Es ist nicht bekannt, wie oft Versammlungen durch die Polizei videoüberwacht werden. Wird eine Versammlung videoüberwacht, muss dies nicht den Rechtsschutzbeauftragten gemeldet werden (vgl Parl Anfragebeantwortung 3882/AB vom 5.5.2015 zu 4090/J und §§ 91a – 91d SPG).

39 Mittlerweile wurde die Wortfolge „benützen und vergleichen“ durch das Wort „verarbeiten“ ersetzt, um die Bestimmungen an den Terminus der relevanten Rechtsgrundlagen der EU anzupassen.

40 ErläutRV 763 BlgNR 25. GP 15.

gleich von Lichtbildern“⁴¹ umfasst sein. Dieser Satz ist der einzige Hinweis, darauf, dass der historische Gesetzgeber eine rechtliche Grundlage für den Einsatz der Gesichtserkennungssoftware schaffen wollte. Die Einsatzmöglichkeit der Software wurde in der Gesetzesbestimmung nämlich nicht „klar“ zum Ausdruck gebracht. Nach Ansicht der Autorinnen müsste eine derart umstrittene Ermittlungsmethode explizit in dem Gesetzestext genannt werden. Eine bloße Erwähnung in den Erläuterungen ist nicht ausreichend. Der Einsatz erfolgt daher ohne gesetzliche Grundlage und ist somit grundrechtswidrig. Dennoch sollen die vom BMI herangezogene Bestimmung im folgenden Abschnitt diskutiert werden.

2.2.1. Die Zentrale Erkennungsdienstliche Evidenz

Die EDE ist eine Datenbank, die von den Sicherheitsbehörden verwendet wird. In dieser werden bestimmte Daten von Personen gespeichert, die ihrer Wiedererkennung dienen, nämlich jene Daten, die durch „erkennungsdienstliche Maßnahmen“ ermittelt werden. Dieser Begriff ist derart abstrakt, dass er wenig erahnen lässt, was dahintersteht. Gemeint sind nach § 64 Abs 2 SPG technische Verfahren zur Feststellung von biometrischen oder genetischen Daten. Das heißt also, in den Bestimmungen § 64 ff SPG ist im Wesentlichen geregelt, wann eine zwangsweise Abnahme von DNA oder Finger- oder Handflächenabdrücken, das Fotografieren von Gesicht oder das Erfassen von diversen „auffälligen“ Körperteilen (bspw Tattoos oder Narben) erlaubt oder das zwangsweise Abwiegen oder Vermessen von Menschen möglich ist. Grundsätzlich sind das also Maßnahmen, die die Privatsphäre sowie die Würde des Menschen stark beeinträchtigen. Diese Daten werden in die EDE gespeist, welche eine Personenbeschreibung mit den Kategorien Typus, Größe, Gestalt, Haare, Augen, Sprachen und besondere Merkmale beinhaltet. Unter der Kategorie „Typus“ wird wohl die Hautfarbe erfasst.⁴²

Die erkennungsdienstliche Behandlung darf nach detaillierten Voraussetzungen gem § 64 ff SPG erfolgen. Grob und ohne Anspruch auf Vollständigkeit, lassen sie sich folgendermaßen umreißen: Eine Person, die verdächtig ist, eine gerichtliche Straftat begangen zu haben, darf erkennungsdienstlich behandelt werden, wenn die Annahme besteht, dass sie entweder im Rahmen einer kriminellen Verbindung iSd § 16 Abs 1 Z 2 SPG tätig wurde oder „dies wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen“ zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe erforderlich scheint. Konkret bedeutet dies, dass auch bei Delikten mit geringer Strafdrohung eine solche Maßnahme durchgeführt werden darf und, dass die zusätzlichen Voraussetzungen insb Aktivist*innen schnell zugeschrieben werden können.

41 ErläutRV 763 BlgNR 25. GP 15.

42 Personen, die den Autorinnen einen Auszug ihrer in der EDE gespeicherten Daten zur Verfügung stellten, wurden in der Kategorie „Typus“ als „weiß“ klassifiziert. Welche weiteren Klassifikationen es unter dieser Kategorie gibt, ist uns nicht bekannt.

Derzeit befinden sich mehr als 600.000 Personendatensätze mit Lichtbild⁴³ in der EDE und wenn man einmal drinnen ist, ist es mühsam wieder rauszukommen, da die amtswegige Löschung nur unter engen Voraussetzungen stattfindet. Zwar sind in § 73 SPG Gründe für eine amtswegige Löschung statuiert, jedoch sind diese sehr dürftig. Selbst wenn eine Person nicht mehr verdächtig ist, die besagte strafbare Handlung begangen zu haben, dürfen die Daten uU noch weiter gespeichert werden. Wird jemand verurteilt, werden die erkennungsdienstlichen Daten grundsätzlich erst ab Vollendung des 80. Lebensjahres amtswegig gelöscht.⁴⁴

Die Kontrollbestimmungen fallen im Wesentlichen durch ihre Abwesenheit auf. Für die Verarbeitung von EDE-Daten gibt es weder eine Einbindung von Rechtsschutzbeauftragten noch eine Kontrolle durch StA oder Gerichte. Protokollierungs- und Informationspflichten bestehen grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen des DSGVO (§§ 43 und 50 DSGVO). Personen, die vermuten, dass ihre Daten in der EDE gespeichert sein könnten, haben die Möglichkeit ein Auskunftsbeglehen an die jeweilige Landespolizeidirektion zu stellen und die Löschung ihrer Daten zu beantragen.

Die EDE ist für sich genommen bereits äußerst problematisch. Eine Verknüpfung mit der aus grund- und menschenrechtlicher Sicht bedenklichen Gesichtserkennungssoftware sehen die Autorinnen kritisch.

3. Fazit

Gesichtserkennungstechnologien zur Strafverfolgung sind höchst problematisch. Auch sprechen sich viele zivilgesellschaftliche Organisationen und Initiativen aus tiefgehenden grund- und menschenrechtlichen Bedenken gegen den Einsatz dieser Technologien aus.⁴⁵ So fordert bspw Amnesty International ein grundsätzliches Verbot der Entwicklung, Produktion, sowie des Verkaufes und Exportes von Gesichtserkennungstechnologien für Massenüberwachungszwecke durch die Polizei und andere staatliche Stellen.⁴⁶

In Österreich war und ist der – schleichende – Übergang des Einsatzes der Gesichtserkennungssoftware in den Regelbetrieb überaus besorgniserregend. Der Einsatz derartiger Software birgt vielschichtige grund- und menschenrechtliche Risiken, allen voran haben die Systeme selbst hohe Fehlerquoten und verstärken bestehende Ungleichheiten. Oft ist auch die Herkunft der Trainings-Fotos aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich. Der Einsatz von Videoüberwachung auf Demonstrationen kann auf die Ausübung der Ver-

43 750/AB vom 31.3.2020 zu 708/J, 2.

44 So wurden den Autorinnen Auszüge aus der EDE vorgelegt, in denen das geplante Lösungsdatum im Jahr 2072 liegt.

45 Zivilgesellschaftliche Initiative für ein Verbot biometrischer Verfahren zur Massenüberwachung: edri.org/our-work/facial-recognition-document-pool/ (13.2.2021).

46 *Amnesty International*, Ban the Scan, www.banthescan.amnesty.org/ (13.2.2021); *Amnesty International*, Amnesty International Calls for Ban on the Use of Facial Recognition Technology for Mass Surveillance, [amnesty.org](https://www.amnesty.org/en/latest/research/2020/06/amnesty-international-calls-for-ban-on-the-use-of-facial-recognition-technology-for-mass-surveillance/) 11.6.2020, www.amnesty.org/en/latest/research/2020/06/amnesty-international-calls-for-ban-on-the-use-of-facial-recognition-technology-for-mass-surveillance/ (13.2.2021).

sammlungs- und Meinungsfreiheit abschreckende Wirkung haben. Vielfach gibt es für Betroffene keinen ausreichenden Rechtsschutz, vor allem, weil sie idR von einem Einsatz gar nichts wissen.

Wie in vielen Ländern fehlt es auch in Österreich darüber hinaus an einer expliziten rechtlichen Grundlage. Den Hinweis des BMI auf § 75 SPG sehen die Autorinnen nicht als ausreichend an. Diese Bestimmung hatte bei ihrer Einführung keine derartige Software und vor allem nicht deren Risiken vor Augen, weshalb die Bestimmung aus Sicht der Autorinnen völlig ungeeignet ist, eine derartige Technologie ausreichend zu regeln. Auch ein späterer Versuch der Anpassung des § 75 SPG ändert an dieser Einschätzung nichts, der enthaltene Verweis auf die Anwendung einer solchen Software in den Erläuterungen ist schier unzureichend.

Zusammenfassend sehen die Autorinnen einen Einsatz von Gesichtserkennungssoftware zur Strafverfolgung nicht nur kritisch, sondern sehen ein Verbot derartiger Software als einzige Möglichkeit den grund- und menschenrechtlichen Bedenken entsprechend zu begegnen.

Mag.^a Alina Hanel, BA, ist Juristin und Politikwissenschaftlerin; alina.hanel@gmx.at

Mag.^a Teresa Exenberger ist Juristin und arbeitet bei Amnesty International; teresa.exenberger@amnesty.at

Selbständige Erwerbstätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen

Verboten oder erlaubt?

Kevin Fredy Hinterberger / Johannes Peyrl

1. Einleitung

Dieser Beitrag beleuchtet, unter welchen Voraussetzungen Drittstaatsangehörige¹ in Österreich erwerbstätig sein dürfen. Dabei ist grundsätzlich zwischen unselbständiger und selbständiger Tätigkeit zu unterscheiden, wobei sich weitere Differenzierungen im Hinblick darauf ergeben, ob die Drittstaatsangehörigen über ein Aufenthaltsrecht verfügen. Dabei will der Beitrag eine Frage beantworten, die bislang in der Literatur noch nicht adressiert worden ist: Dürfen irregulär aufhältige Drittstaatsangehörige,² dh jene Personen, die über kein Aufenthaltsrecht in Österreich verfügen, selbständig tätig sein oder ist ihnen diese Tätigkeit aus fremdenrechtlicher Perspektive untersagt?

2. Unselbständige Beschäftigung

Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)³ und Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)⁴ stellen gemeinsam die einschlägigen Rechtsvorschriften für den Zugang von Drittstaatsangehörigen zu unselbständiger Beschäftigung in Österreich dar (für Unionsbürger*innen sind keine Übergangsfristen bezüglich Arbeitnehmer*innenfreizügigkeit mehr in Kraft)⁵.

1 Die Legaldefinition für nichtösterreichische Staatsangehörige ist im AuslBG der Begriff „Ausländer“. Gem § 2 Abs 1 AuslBG sind Ausländer*innen alle Personen, die nicht die österreichische StaatsbürgerInnenenschaft besitzen. Dh es sind grundsätzlich auch EWR-BürgerInnen umfasst; auf diese sind aber gem § 1 Abs 2 lit 1 AuslBG die Bestimmungen des AuslBG nicht anzuwenden, sodass im Ergebnis nur Drittstaatsangehörige unrechtmäßig beschäftigt sein können. Ähnliches gilt bei selbständiger Erwerbstätigkeit auch für EWR-Bürger*innen aufgrund der Niederlassungsfreiheit gem Art 49 AEUV.

2 Näher zum Begriff „irregulär aufhältig“: *Hinterberger*, Regularisierungen irregulär aufhältiger Migrantinnen und Migranten (2020) 79 ff.

3 BGBl 1975/218 idF BGBl I 2021/54.

4 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2021/54.

5 Die primärrechtlich zulässigen Einschränkungen der Arbeitnehmer*innenfreizügigkeit für kroatische Staatsbürger*innen sind am 31.7.2020 ausgelaufen, siehe dazu Anhang V Vertrag über den Beitritt der Republik Kroatien zur Europäischen Union, ABl L 2012/112, 67. Die Frage nach Zulässigkeit einer Erwerbstätigkeit von Unionsbürger*innen mit Aufenthaltsverbot gem § 67 FPG wird hier ausgeklammert.

Diese ist grundsätzlich genehmigungspflichtig, wobei sich der Zugang zum Arbeitsmarkt meist direkt aus dem Aufenthaltstitel ergibt,⁶ da aufgrund der Single-Permit-RL⁷ nur ein Dokument für Aufenthaltsrecht und Arbeitsmarktzugang erteilt werden darf.

Irregulär aufhaltigen Drittstaatsangehörigen ist idR der Zugang zum Arbeitsmarkt verwehrt, wovon mit einer Ausnahme auch Geduldete umfasst sind.⁸ Allerdings dürfen Personen, die zuvor vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen waren,⁹ gem § 3 Abs 8 AuslBG beim*bei der gleichen Arbeitgeber*in auch nach Wegfall des Ausnahmetatbestandes arbeiten. Das gilt auch, wenn diese Personen kein weiteres Aufenthaltsrecht in Österreich haben.¹⁰ Außerdem kann der Fall eintreten, dass eine Beschäftigungsbewilligung aufrecht ist, obwohl kein Aufenthaltsrecht (mehr) vorliegt.

Nur in wenigen Fällen (insb Personen mit „Aufenthaltsbewilligung – Student“ bzw „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“, Asylwerber*innen, Saisonarbeitskräfte) ist aufgrund der Single-Permit-RL die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zusätzlich zu einem Aufenthaltstitel zulässig. Die Beschäftigungsbewilligung ist gem § 4 ff AuslBG zu beantragen, um eine unselbstständige Beschäftigung ausüben zu können. Die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung ist an den rechtmäßigen Aufenthalt gebunden¹¹ und ist eine für Arbeitnehmer*innen äußerst nachteilige Berechtigung, insb da nur Arbeitgeber*innen antragslegitimiert sind und die Beschäftigungsbewilligung bei Beendigung der Beschäftigung ipso iure wegfällt.¹²

3. Selbständige Tätigkeit von Drittstaatsangehörigen

Anders gestalten sich die Regeln im Hinblick auf selbständige Tätigkeiten von Drittstaatsangehörigen. Der einschlägige § 32 NAG normiert Folgendes: „Mit Ausnahme der Fälle des § 2 Abs 1 Z 7 bedarf die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit – unbeschadet zusätzlicher Berechtigungen nach anderen Bundes- oder Landesgesetzen – der Ausstellung eines Aufenthaltstitels mit entsprechendem Zweckumfang“. Im NAG regelt

6 ZB berechtigt eine „Rot-Weiß-Rot-Karte“ zu Aufenthalt und zur Ausübung der entsprechenden Erwerbstätigkeit; für die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ ergibt sich der unmittelbare Zugang zum Arbeitsmarkt aus § 17 AuslBG; vgl vertiefend *Deutsch/Nowotny/Seitz*, *Ausländerbeschäftigungsrecht Kommentar*² (2018) § 1 AuslBG Rz 2 ff und *Marhold/Başar*, *Erwerbstätigkeit von AusländerInnen in Österreich: Die Hürden und Fallen der AusländerInnenbeschäftigung*, *juridikum* 2016, 93 (95 ff).

7 RL 2011/98/EU über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl L 2011/343, 1.

8 Vgl *Hinterberger*, *Arbeitsmarktzugang von Fremden mit „Duldung“ oder „Aufenthaltstitel aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen“ – Eine gleichheitsrechtliche Analyse*, *DRdA* 2018, 104 (107–109).

9 Das sind etwa Ehegatt*innen von EWR-Bürger*innen nach Ende der Angehörigeneigenschaft (insb Scheidung).

10 In naher Zukunft kann dies auch der Fall sein, wenn UK-Bürger*innen zwar weiterhin unselbstständig erwerbstätig sind, aber bis 31.12.2021 keinen Aufenthaltstitel beantragen; § 3 Abs 1 und 2 Brexit-DV BGBl II 2020/604, vgl auch Art 18 Austrittsabkommen UK, ABl L 2020/29, 7: es kann der Fall eintreten, dass auch rechtmäßig erwerbstätige UK-BürgerInnen ab 1.1.2022 unrechtmäßig in Österreich aufhältig sind.

11 §§ 3 ff AuslBG; hierzu *Deutsch/Nowotny/Seitz*, *Ausländerbeschäftigungsrecht* §§ 3 ff AuslBG.

12 *Peyrl*, *Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt von Drittstaatsangehörigen in Österreich* (2018) 261.

bspw § 8 Abs 1 Z 2, dass die „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gem § 17 AuslBG berechtigt. Ähnliche Bestimmungen bzgl der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit finden sich zur „Niederlassungsbewilligung“, zum Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ oder etwa zu den „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“,¹³ wobei letztere in § 54 ff Asylgesetz (AsylG)¹⁴ geregelt sind.¹⁵

Darüber hinaus bedürfen selbständige Tätigkeiten, die über eine bloß vorübergehende Erwerbstätigkeit gem § 2 Abs 1 Z 7 NAG hinausgehen, nach den Gesetzesmaterialien „auch der Erfüllung der auch von einem Inländer zu erbringenden Voraussetzungen“¹⁶ wie bspw einer Gewerbeanmeldung.¹⁷ Sollte kein Aufenthaltstitel vorliegen, ist ein Visum C bzw Visum D nach dem Fremdenpolizeigesetz (FPG)¹⁸ erforderlich. Nach der Rsp des VwGH zielen § 24 FPG und § 32 NAG dabei darauf ab, dass bereits vor der Einreise bei der Visumserteilung überprüft werden kann, ob tatsächlich eine selbständige Tätigkeit – und nicht etwa eine unerlaubt unselbständige – ausgeübt werden soll.¹⁹

§ 32 NAG verweist darauf, dass – neben entsprechenden Aufenthaltstiteln – auch anderweitige Bundes- oder Landesgesetze die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit von Drittstaatsangehörigen erlauben können. IdS normiert § 7 Abs 2 Grundversorgungsgesetz-Bund (GVG-B)²⁰, dass die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit innerhalb der ersten drei Monate nach Einbringung des Asylantrags unzulässig ist.²¹ E contrario folgt daraus, dass die Tätigkeit ab dem vierten Monat nach Einbringung erlaubt ist.²² Nach einem rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahren wird die selbständige Tätigkeit gem § 32 NAG aus fremdenrechtlicher Sicht wiederum unrechtmäßig.²³ Gegen diese – recht einschränkende – Auslegung des VwGH spricht aber, dass § 32 NAG nur die *Aufnahme* einer selbständigen Erwerbstätigkeit von einer aufenthaltsrechtlichen Zulässigkeit abhängig macht, nicht jedoch die *Weiterausübung* einer (zulässig begonnenen) Tätigkeit. Allerdings legt das Telos der Bestimmung nahe, dass die vom VwGH gewählte Auslegung rechtsdogmatisch möglich ist.

Eine bloß vorübergehende selbständige Erwerbstätigkeit wird also solche definiert, „die innerhalb von zwölf Monaten nicht länger als sechs Monate ausgeübt wird, wenn ein Wohn-

13 § 8 Abs 1 Z 4 und Z 9 NAG.

14 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2020/146.

15 Siehe dazu den Verweis auf „andere Bundesgesetze“ in § 32 NAG.

16 ErläutRV 952 BlgNR 22. GP, 132.

17 Siehe hierzu 3.3.

18 BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2020/146.

19 VwGH 12.11.2015, Ra 2015/21/0103.

20 BGBl 1991/405 idF BGBl I 2019/53.

21 Dies steht im Einklang mit Art 15 Abs 1 AufnahmeRL 2013/33/EU zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung), ABl L 2013/180, 96.

22 IdS VwGH 22.8.2019, Ra 2018/21/0134; vgl *Handig*, Drittstaatenangehörige und Gewerbeberechtigung, ecolex 2008, 965 (966).

23 VwGH 22.8.2019, Ra 2018/21/0134; 23.11.2017, Ra 2015/22/0162; 18.10.2012, 2012/23/0019.

sitz im Drittstaat aufrecht erhalten wird,²⁴ der weiterhin den Mittelpunkt der Lebensinteressen bildet, und es sich um keinen Fall der Pflichtversicherung²⁵ gem § 2 Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz (GSVG)²⁶ handelt. Jene Personen benötigen lediglich ein Visum gem § 24 Abs 1 FPG und gerade keinen Aufenthaltstitel mit entsprechendem Zweckumfang, um in Österreich bloß vorübergehend selbstständig erwerbstätig sein zu dürfen.²⁷

Gem § 2 Abs 2 lit b AuslBG gilt auch die Beschäftigung in einem arbeitnehmer*innenähnlichen Verhältnis als Beschäftigung iSd Vorschriften des AuslBG, wobei in diesem der*die Vertragspartner*in als Arbeitgeber*in gilt.²⁸ Arbeitnehmer*innenähnlichkeit ist trotz Fehlen einer persönlichen Abhängigkeit anzunehmen, wenn aufgrund faktischer wirtschaftlicher Unselbstständigkeit die Kriterien für fremdbestimmtes Arbeiten in einem gewissen Umfang gegeben sind.²⁹ Es kann daher der Fall eintreten, dass eine Erwerbstätigkeit trotz formaler Selbstständigkeit als Beschäftigung zählt und daher in den Anwendungsbereich des AuslBG fällt.

§ 32 NAG stellt aber – wie oben beschrieben – lediglich auf die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ab; es ist daher möglich, dass eine – formal selbstständige Tätigkeit zwar gem § 32 NAG ausgeübt werden dürfte, weil etwa eine Niederlassungsbewilligung vorliegt,³⁰ diese aber ausländer*innenbeschäftigungsrechtlich als Beschäftigung gilt und daher bewilligungspflichtig wäre.³¹ Weiters liegt ausländer*innenbeschäftigungsrechtlich gem § 2 Abs 4 AuslBG eine Beschäftigung in bestimmten Fällen bei Gesellschafter*innen vor, wenn für ein Arbeitsverhältnis typische Leistungen erbracht werden.³² In diesen Fällen ist trotz möglichem Vorliegen eines Aufenthaltsrechts, das eine selbstständige Erwerbstätigkeit zulässt, Strafbarkeit der*des Vertragspartnerin*s gegeben, wenn die Tätigkeit beschäftigungsrechtlich nicht zulässig ist.³³

3.1. Selbstständige Tätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen

In der Literatur wurde – soweit ersichtlich – die Frage bislang noch nicht beantwortet, wie die selbstständige Tätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen aus fremdenrechtlicher Perspektive zu beurteilen ist. Zwei Argumentationsstränge sind denkbar: Einerseits könnte argumentiert werden, dass die selbstständige Tätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen erlaubt ist, weil keine ausdrückliche Verbotsnorm be-

24 Dasselbe gilt laut Rsp des VwGH auch für Drittstaatsangehörige, die ihren Lebensmittelpunkt in einem anderen EWR-Mitgliedstaat haben; VwGH 12.11.2015, Ra 2015/21/0103.

25 § 2 Abs 1 Z 7 NAG; siehe dazu ebenso die Parallelbestimmung in § 2 Abs 4 Z 16 FPG.

26 BGBl 1978/560 idF BGBl I 2020/158.

27 VwGH 12.11.2015, Ra 2015/21/0103.

28 § 2 Abs 3 lit a AuslBG.

29 *Kind*, Kommentar zum AuslBG (2018) § 2 Rz 31.

30 Mit diesem Aufenthaltstitel ist eine selbstständige, aber keine unselbstständige Erwerbstätigkeit zulässig; vgl § 8 Abs 1 Z 4 NAG.

31 Die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung scheidet in diesem Bsp an § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG, da kein Aufenthaltsrecht vorliegt, das eine solche zulässt.

32 Ausführlich dazu *Kind*, AuslBG § 2 Rz 69 ff.

33 Vgl § 28 AuslBG.

steht. Andererseits könnte vorgebracht werden, dass diese verboten ist, weil die Systematik des NAG ausdrücklich einen Aufenthaltstitel mit entsprechendem Zweckumfang für selbstständige Tätigkeiten vorsieht. Daraus folgt in einem Größenschluss, dass irregulär aufhältige Drittstaatsangehörige nicht selbstständig tätig sein dürfen, da dies teilweise nicht einmal Drittstaatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht gestattet ist.

Unseres Erachtens sprechen gute Gründe für letztere Ansicht. In einer systematischen Gesamtschau ergibt sich aus § 32 NAG, dass Drittstaatsangehörige aus einer fremdenrechtlichen Perspektive nur selbstständig aktiv werden dürfen, wenn sie über einen Aufenthaltstitel mit entsprechendem Zweckumfang verfügen oder sie anderweitig dazu gesetzlich berechtigt sind (insb § 7 Abs 2 GVG-B). Selbst wenn der*die Fremde über eine Gewerbeberechtigung verfügt, ändern dies nichts an der Unrechtmäßigkeit der selbständigen Erwerbstätigkeit, wenn dem*der Fremden nie ein Aufenthaltstitel iSd § 32 NAG erteilt wurde.³⁴ Eine fremdenrechtlich unrechtmäßig ausgeführte selbständige Tätigkeit vermag auch keine nachhaltige Integration in den österreichischen Arbeitsmarkt iSv Art 8 EMRK zu begründen, wenn es an einem erforderlichen Aufenthaltsrecht fehlt.³⁵ Eine etwaige Gewerbeberechtigung oder das Vorliegen von Werkverträgen ändert daran nichts.³⁶ Hält sich ein*e Drittstaatsangehörige*r ohne Aufenthaltsrecht in Österreich auf und übt diese Person eine selbständige Tätigkeit aus, ist eine Rückkehrentscheidung bzw uU ein Einreiseverbot zu erlassen.³⁷

3.2. Rechtsfolgen der selbständigen Erwerbstätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen

Somit ist festzuhalten, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit von Drittstaatsangehörigen, die sich irregulär in Österreich aufhalten, jedenfalls fremdenrechtlich nicht erlaubt ist. Nach stRsp des OGH kann bei einer unselbständigen Erwerbstätigkeit von Drittstaatsangehörigen gem § 879 ABGB kein Arbeitsvertrag zustande kommen, weil diesem ein gesetzliches Verbot der Erwerbstätigkeit entgegenstehen würde und ein solcher Vertrag daher nichtig sei.³⁸

Fraglich ist nun, ob gleiches auch für Verträge gelten muss, die irregulär aufhältige Personen im Rahmen ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit schließen.³⁹ Hierbei ist zwischen selbständigen Tätigkeiten, die arbeitnehmer*innenähnlich sind und solchen, die dies nicht sind, zu unterscheiden.

34 VwGH 12.12.2012, 2012/18/0174.

35 VwGH 28.5.2019, Ra 2016/22/0011; 23.11.2017, Ra 2015/22/0162; 29.6.2010, 2010/18/0233. Siehe jedoch auch VwGH 22.8.2019, Ra 2018/21/0134, wonach dieser Umstand „auch nicht von einem solchen Gewicht [sei], dass er die Bedeutung eines mehr als 13-jährigen Aufenthalts des Fremden im Bundesgebiet maßgeblich zu relativieren vermöchte“.

36 VwGH 28.5.2019, Ra 2016/22/0011; 12.12.2012, 2012/18/0174.

37 VwGH 20.1.2009, 2006/18/0151.

38 OGH 4.6.1963, 4 Ob 12/63; zuletzt OGH 22.4.2010, 8 ObA 58/09a und VwGH 15.1.2020, Ra 2019/09/0160; näher *Engelhart*, Die Nichtigkeit von Arbeitsverträgen (2020) 127–131 und *Hinterberger*, Undokumentiert beschäftigte MigrantInnen und die (mangelnde) Durchsetzung ihrer arbeits- und sozialrechtlichen Ansprüche, DRdA-infas 2021, 254 (256).

39 Verträge, die nicht im Rahmen dieser Erwerbstätigkeit geschlossen werden, bleiben von diesen Überlegungen unberührt. Es kann keinen Zweifel geben, dass etwa bei einem Supermarkteinkauf ein entsprechender Vertrag zustandekommt.

Arbeitsverhältnisse, in denen aufgrund des Vorliegens von Arbeitnehmer*innenähnlichkeit das AuslBG anwendbar ist,⁴⁰ sind in Fortführung der zitierten OGH-Rsp somit als nichtig zu qualifizieren, wenn die erforderliche Berechtigung nicht gegeben ist.⁴¹ Ob eine Beschäftigung iSd § 2 Abs 2 AuslBG vorliegt, richtet sich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt⁴² und nicht danach, wie die Beziehung zum*r Auftraggeber*in (Werkvertrag oder freier Dienstvertrag) zivilrechtlich zu qualifizieren ist.⁴³

Unklar ist jedoch, welche Rechtsfolgen selbständige Tätigkeiten von irregulär aufhaltigen Drittstaatsangehörigen auslösen, die nicht als arbeitnehmer*innenähnlich zu qualifizieren sind. Judikatur zur Frage, ob einzelne (Werk-)Verträge im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit gem § 879 ABGB nichtig wären, gibt es soweit ersichtlich nicht. Im Gegenteil geht offenbar der VwGH von deren Gültigkeit aus, wenn er betont, dass das Vorliegen von Werkverträgen nichts an der Unrechtmäßigkeit der Beschäftigung ändern würde.⁴⁴ Im Gegensatz zu einem unselbständigen Arbeitsverhältnis wird auch nicht ein (einziger) Arbeitsvertrag geschlossen, sondern die selbständige Erwerbstätigkeit zerfällt in viele Rechtsakte und Verträge. So gibt es nicht nur ein Kerngeschäft (insb Werkverträge mit Kund*innen), sondern auch interne Verträge, die die Aufrechterhaltung des Betriebes sichern (zB Mobilfunkverträge). Somit könnte argumentiert werden, dass die genannte OGH-Rsp nicht übertragbar ist und folglich Verträge, die im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit geschlossen werden, als gültig anzusehen sind. Dies würde auch dem Verkehrsschutz entsprechen: Schließlich gibt es keine Nahebeziehung der Vertragspartner*innen wie bei unselbständigen/arbeitnehmer*innenähnlichen Arbeitsverhältnissen und auch keine allgemeine Verpflichtung, vor Abschluss jedes Werkvertrages zu überprüfen, ob der*die Vertragspartner*in fremdenrechtlich selbständig tätig sein darf.

Jedoch könnte auch die Ansicht vertreten werden, dass die oa OGH-Rsp übertragbar ist und die Verträge nichtig sind. Denkbar ist, einen Verstoß gegen das fremdenrechtliche Verbot der selbständigen Erwerbstätigkeit höher zu qualifizieren als die Interessen des Verkehrsschutzes. So geht der OGH bspw im Grundverkehrsrecht davon aus, dass ein Vertrag über einen Liegenschaftserwerb ohne die erforderliche grundverkehrsrechtliche Genehmigung nichtig ist.⁴⁵ Auch bei Gesellschaftsverhältnissen ist – jedenfalls im Innenverhältnis – in solchen Konstellationen Nichtigkeit gegeben.⁴⁶ Dementsprechend könnte diese weite Auslegung des § 879 ABGB auch zur Nichtigkeit der Verträge führen. Abschließend lässt sich nicht beurteilen, welcher Meinung der Vorrang zu geben ist, weshalb es einer klärenden Rsp des OGH bedürfte.

40 Siehe zur Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer*innenähnlichkeit und Selbständigkeit VwGH 14.12.2012, 2010/09/0221 und 19.9.2011, 99/09/0216.

41 Beschäftigungsbewilligung gem § 4 AuslBG bzw Aufenthaltsrecht, mit dem die Aufnahme einer dem AuslBG unterliegenden Beschäftigung möglich ist.

42 § 2 Abs 4 AuslBG; siehe auch VwGH 5.11.2014, Ro 2014/09/0050.

43 VwGH 14.12.2012, 2010/09/0221.

44 VwGH 28.5.2019, Ra 2016/22/0011.

45 Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 879 (Stand 1.8.2019, rdb.at) Rz 56 ff.

46 Vgl Engelhart, Nichtigkeit 72 ff.

Unabhängig von dieser Frage ist aber festzustellen, dass keine (Verwaltungs-)Strafnorm existiert, die eine unrechtmäßige selbständige Erwerbstätigkeit mit einer Verwaltungsübertretung oder gerichtlichen Strafe bedrohen würde, wie dies bei unselbständiger Beschäftigung der Fall ist.⁴⁷ Denn gem § 1 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG)⁴⁸ kann eine Tat nur als Verwaltungsübertretung bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war. Dazu ist nicht ausreichend, dass die Handlung in einem Materiengesetz verpönt ist, sondern es muss eine Strafnorm bestehen.⁴⁹ Zwar begeht eine Verwaltungsübertretung, wer Handlungen setzt, die vom Zweckumfang eines Aufenthaltstitels nicht erfasst sind,⁵⁰ davon ist aber der Fall nicht umfasst, dass Personen gar keinen Aufenthaltstitel besitzen. Somit begeht zwar zB ein*e Manager*in mit einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für besonders Hochqualifizierte eine Verwaltungsübertretung, wenn sie*er neben ihrer*seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit auch selbständig tätig ist, nicht aber – bezüglich der verpönten Erwerbstätigkeit – irregulär aufhältige Drittstaatsangehörige. Dies lässt sich damit erklären, dass ein rechtswidriger Aufenthalt bereits per se gem § 120 Abs 1a FPG eine Verwaltungsübertretung darstellt und damit eine daraus resultierende unrechtmäßige Erwerbstätigkeit gleichsam konsumiert ist.⁵¹ Wenn allerdings eine arbeitnehmer*innenähnliche Beschäftigung gem § 2 Abs 2 AuslBG ausgeübt wird, ist der*die Vertragspartner*in wie ein*e Arbeitgeber*in gem § 28 Abs 1 AuslBG strafbar. Mit Ausnahme des letztgenannten Verwaltungsstrafatbestandes ist somit die selbständige Erwerbstätigkeit von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen zwar fremdenrechtlich verboten, mangels korrespondierender Strafnorm aber nicht strafbar.

3.3. Gewerberechtliche Anmeldung

In den meisten Fällen ist zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine Gewerbeberechtigung erforderlich.⁵² Für Drittstaatsangehörige ist § 14 Abs 1 Gewerbeordnung (GewO)⁵³ einschlägig. Dazu führen die Gesetzesmaterialien aus, dass „bei Ausländern, denen die Gewerbeberechtigung nicht durch Staatsvertrag garantiert ist, bei Asylanten [sic!] und bei Staatenlosen das Recht zur Ausübung eines Gewerbes von ihrem legalen Aufenthalt in Österreich abhängig gemacht werden“⁵⁴. Unter „Asylanten“ sind demnach Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte zu verstehen.⁵⁵

47 Vgl insb § 28 Abs 1 AuslBG.

48 BGBl 1991/52 idF BGBl I 2018/58.

49 Nullum crimen sine lege; vgl *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilguni*, VStG² § 1 (Stand 1.5.2017, rdb.at) Rz 1. Nur die Höhe einer Strafe muss nicht explizit im MaterienG angeführt sein; vgl § 10 Abs 2 VStG.

50 § 77 Abs 1 Z 1 iVm § 8 Abs 4 NAG.

51 Die Strafdrohung gem § 120 Abs 1a FPG beträgt 500 Euro bis zu 2.500 Euro, jene von § 77 Abs 1 NAG fällt mit 50 Euro bis zu 250 Euro deutlich geringer aus. Da also ein unrechtmäßiger Aufenthalt mit höherer Strafe bedroht ist als eine zweckwidrige Handlung mit Aufenthaltstitel, bestehen uE keine Sachlichkeitsbedenken.

52 Zum System der Generalklausel mit Ausnahmen: *Feik*, Gewerbeberecht in *Bachmann ua* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹³ (2020) 253 (266).

53 BGBl 1994/194 idF BGBl I 2020/65.

54 ErläutRV 1117 BlgNR 21. GP 74 f.

55 §§ 3 und 8 AsylG und siehe auch Art 26 StatusRL 2011/95/EU über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für

Gem § 14 Abs 2 GewO können Gewerbeanmelder*innen in dem Fall, dass die Gewerbeberechtigung eine Voraussetzung zur Erlangung des Aufenthaltstitels ist, eine Bescheinigung erhalten, dass die Voraussetzungen für die Gewerbeausübung mit Ausnahme des Aufenthaltstitels vorliegen. Dies ist nur relevant, wenn der Zweck des Aufenthaltstitels unmittelbar die selbständige Erwerbstätigkeit ist und für diese eine Gewerbeberechtigung benötigt wird (insb „Rot-Weiß-Rot – Karte“ für selbständige Schlüsselkräfte⁵⁶), nicht aber wenn der Aufenthaltstitel aus anderen Zwecken erteilt wird, aber auch eine Gewerbeausübung zulässt (zB „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, „Aufenthaltsberechtigung plus“). In diesen Fällen kann eine Gewerbeberechtigung nach Erhalt des Aufenthaltstitels erteilt werden.

Gem § 88 Abs 1 GewO ist die Gewerbeberechtigung zu entziehen, wenn sich die Gewerbeinhaber*innen „nach den für ihn in Betracht kommenden Rechtsvorschriften“ nicht mehr zulässigerweise in Österreich aufhalten. Damit ist der Fall angesprochen, dass Drittstaatsangehörigen zunächst eine Gewerbeberechtigung erteilt wurde, weil sie über ein Aufenthaltsrecht verfügten, das in weiterer Folge aber nicht mehr verlängert wurde (etwa „Rot-Weiß-Rot – Karte“) oder aber zB das Asylverfahren rechtskräftig negativ abgeschlossen wurde und kein Aufenthaltsrecht aus berücksichtigungswürdigenden Gründen erteilt wurde. Eine Gewerbeausübung ohne die nötige Gewerbeberechtigung stellt auch eine Verwaltungsübertretung dar (§§ 366 ff GewO).

4. Fazit

Somit kann die im Titel gestellte Frage beantwortet werden: Die selbständige Erwerbstätigkeit von Drittstangehörigen, die sich irregulär in Österreich aufhalten, ist fremdenrechtlich nicht erlaubt. Allerdings ist diese Erwerbstätigkeit (von Sonderfällen abgesehen) nicht strafbar, sodass dieses verwaltungsrechtliche Verbot kaum durchgesetzt werden kann. Da es bezüglich (echter) selbständiger Erwerbstätigkeit weder eine Strafnorm gibt noch eine mit § 29 AuslBG vergleichbare Regelung existiert,⁵⁷ sind daher letztlich Vertragspartner*innen auch in prekären und ausbeuterischen Vertragsverhältnissen kaum geschützt.

Hinsichtlich der (zivilrechtlichen) Rechtsfolgen, die die rechtswidrig ausgeübte selbständige Tätigkeit von irregulär aufhaltigen Drittstaatsangehörigen hat, ist zwischen selbständigen Tätigkeiten, die arbeitnehmer*innenähnlich sind und solchen, die dies nicht sind, zu unterscheiden. Arbeitsverhältnisse, in denen aufgrund des Vorliegens von Arbeitnehmer*innenähnlichkeit das AuslBG anwendbar ist, sind in Fortführung der zitierten

Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl L 2011/337, 9 und Art 18 Genfer Flüchtlingskonvention, BGBl 1955/55; vgl *Handig*, ecolex 2008, 966.

⁵⁶ § 41 NAG iVm § 24 AuslBG.

⁵⁷ Auch bei einem gem § 879 ABGB nichtigen Arbeitsverhältnis stehen den „Arbeitnehmer*innen“ im Wesentlichen die gleichen Ansprüche zu, wie wenn das Dienstverhältnis rechtmäßig zustandegekommen wäre; *Hinterberger*, DRdA-infas 2021, 256 ff.

OGH-Rsp zu unselbständiger Beschäftigung als nichtig zu qualifizieren, wenn die erforderliche Berechtigung nicht gegeben ist. Nicht abschließend geklärt werden kann, welche Rechtsfolgen selbständige Tätigkeiten von irregulär aufhältigen Drittstaatsangehörigen auslösen, die nicht als arbeitnehmer*innenähnlich zu qualifizieren sind. Einerseits könnte argumentiert werden, dass die genannte OGH-Rsp nicht übertragbar ist und folglich Verträge, die im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit geschlossen werden, als gültig anzusehen sind. Andererseits könnte jedoch auch die Ansicht vertreten werden, dass die oa OGH-Rsp übertragbar ist und die Verträge nichtig sind. Abschließend lässt sich nicht beurteilen, welcher Meinung der Vorrang zu geben ist, weshalb es einer klärenden Rsp des OGH bedürfte.

Dr. Kevin Fredy Hinterberger ist Redaktionsmitglied des Juridikum und hat seine Doktorarbeit 2020 zu Regularisierungen irregulär aufhältiger Migrantinnen und Migranten publiziert (www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748902720); kevin.hinterberger@akwien.at

Dr. Johannes Peyrl ist Experte für Migrationsrecht und Vortragender an mehreren Universitäten und Fachhochschulen; johannes.peyrl@fhv.at

Verfolgung, Flucht, Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft

Überlegungen zu Österreichs Maßnahmen im Zusammenhang mit austrofaschistischem und nationalsozialistischem Staatsbürgerschaftsentszug

Martin Stiller

1. Einleitung

Der mehr als 70 Jahre zurückliegende Staatsbürgerschaftsentszug während des *Austrofaschismus*¹ und des nationalsozialistischen Regimes, der tausende Österreicher_innen betraf, hat trotz der verstrichenen Zeit weiterhin Auswirkungen auf das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht.² Erst jüngst, im Herbst 2019, wurde das österreichische Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 (StbG) adaptiert³ und es wurden die bisher bestehenden Möglichkeiten zum (Wieder-)Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft ausgedehnt.

1.1. Die neue Rechtslage

Ähnlich der bisherigen Rechtslage besteht die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen (s 1.2.) die österreichische Staatsbürgerschaft durch Anzeige⁴ gebührenfrei (wieder) zu erwerben (§ 58c Abs 1 StbG). Diese Möglichkeit steht jenen Personen offen, die sich aufgrund ihres Eintretens für die demokratische Republik Österreich in der Zeit des Austrofaschismus zwischen dem 5.3.1933 und dem 13.3.1938 Verfolgung ausgesetzt sahen oder solche zu befürchten hatten und Österreich daher vor dem 15.5.1955 verlassen haben. Ebenso steht diese Möglichkeit jenen Personen offen, die Österreich vor dem 15.5.1955 verlassen haben, weil sie Verfolgungen durch Organe der NSDAP oder der Behörden des Dritten Reiches mit Grund zu befürchten hatten oder erlitten haben. Neu ist, dass diese Anzeigemöglichkeit neben ehemaligen österreichischen Staatsbürger_innen

1 Der Begriff *Austrofaschismus* bezeichnet das Herrschaftssystem in Österreich zwischen 1933 und 1938. Zur Gültigkeit dieser nicht unumstrittenen Bezeichnung s vor allem *Talos*, Das austrofaschistische Österreich 1933-1938 (2017).

2 Die Meinungen, Kommentare und Analysen, die in diesem Beitrag geäußert werden, sind die des Autors und reflektieren nicht unbedingt die Position der Internationalen Organisation für Migration oder des Europäischen Migrationsnetzwerks, mit denen der Autor verbunden ist.

3 Staatsbürgerschaftsrechtsänderungsgesetz 2018 BGBl I 2019/96.

4 Die Staatsbürgerschaft wird durch Anzeige im Wege eines Feststellungsbescheids erworben, ein förmliches Verleihungsverfahren wird nicht durchgeführt; vgl *Krumphuber* in *Plunger/Esztegar/Eberwein*, Kommentar zum Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 sowie zu den Artikeln 20-25 AEUV (2017) § 6 Rz 4.

zunehmend auch die Staatsangehörigen der restlichen Nachfolgestaaten der österreichisch-ungarischen Monarchie und Staatenlose umfasst, sofern sie ihren Hauptwohnsitz im Bundesgebiet hatten und Österreich aus den oben genannten Gründen vor dem 15.5.1955 verlassen haben.

Ebenso neu ist der mit 1.9.2020 in Kraft getretene § 58c Abs 1a StbG. Demnach haben Nachkommen in direkter absteigender Linie einer Person, die gemäß Abs 1 die Staatsbürgerschaft erworben hat oder erwerben hätte können, ebenso die Möglichkeit, die österreichische Staatsbürgerschaft durch Anzeige zu erwerben, sofern auch sie die unten genannten Voraussetzungen erfüllen. Aufgrund dieser Änderungen werden „ungefähr 50.000–80.000 Antragstellungen“ bei den österreichischen Behörden erwartet.⁵

1.2. Voraussetzungen für den (Wieder-)Erwerb der Staatsbürgerschaft

Nach dem Wortlaut des § 58c Abs 1 StbG haben Antragsteller_innen die allgemeinen Voraussetzungen, die für den Staatsbürgerschaftserwerb durch „Fremde“ erfüllt sein müssen, lediglich eingeschränkt zu erfüllen, sodass nur die Voraussetzungen gemäß § 10 Abs 1 Z 2 bis 6 und 8 und Abs 2 Z 1 und 3 bis 7 StbG erfüllt sein müssen. Das umfasst unter anderem, dass die betroffene Person nicht wegen einer oder mehrerer Vorsatztaten durch ein inländisches oder ausländisches Gericht oder wegen eines Finanzvergehens durch ein inländisches Gericht rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, bei einem inländischen Gericht kein Strafverfahren wegen einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Vorsatztat oder eines Finanzvergehens anhängig ist oder durch die Verleihung der Staatsbürgerschaft die internationalen Beziehungen der Republik Österreich nicht wesentlich beeinträchtigt werden.

Darüber hinaus dürfen bestimmte fremdenpolizeiliche Tatbestände nicht vorliegen.

Hingegen entfallen bei einem (Wieder-)Erwerb der Staatsbürgerschaft gemäß § 58c StbG unter anderem das Erfordernis eines mehrjährigen rechtmäßigen und ununterbrochenen Aufenthalts in Österreich (§ 10 Abs 1 Z 1 StbG), der Nachweis des gesicherten Lebensunterhalts (§ 10 Abs 1 Z 7 StbG) sowie der Nachweis ausreichender Deutschkenntnisse (§ 10a Abs 1 Z 1 StbG). Weiters dürfen betroffene Personen neben der österreichischen Staatsbürgerschaft ihre erworbene fremde Staatsangehörigkeit behalten, da in ihrem Fall die – sonst notwendige – Aufgabe dieser Staatsangehörigkeit (§ 10 Abs 3 StbG) nicht verpflichtend ist.

Auf den ersten Blick wirkt § 58c StbG zweifelsohne sehr begünstigend – immerhin ist kein Aufenthalt in Österreich nötig, der Nachweis der Deutschkenntnisse entfällt, die bisherige fremde Staatsangehörigkeit darf beibehalten werden und der Staatsbürgerschaftserwerb ist gebührenfrei. Das alles sind Vorzüge, die der großen Mehrheit der staatsbürgerschaftswerbenden Personen nicht zukommen. Doch bei genauerer Betrachtung

⁵ Vgl 88 StProtNR 26. GP 334.

tung, auch unter Berücksichtigung des rechtshistorischen Kontexts, stellt sich die Frage: Gehen diese Begünstigungen weit genug und ist die geschaffene Regelung gerecht? Zur Beantwortung dieser Frage ist ein Blick in die Vergangenheit und auf die Entwicklung des österreichischen Staatsbürgerschaftsrechts nötig.

2. Historische Entwicklungen im österreichischen Staatsbürgerschaftsrecht

Die rechtshistorische Betrachtung beginnt in der Zeit vor dem austrofaschistischen und nationalsozialistischen Regime, in der das Bundesgesetz vom 30. Juli 1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft⁶ die – damals als *Bundesbürgerschaft* bezeichnete – Staatsbürgerschaft der Republik Österreich regelte. Zentrale Bedeutung hatte dabei § 5 Abs 1 leg cit, wonach die Staatsbürgerschaft durch Abstammung von Österreicher_innen mit der Geburt erworben wurde.⁷ § 10 Abs 1 Z 1 iVm § 15 leg cit bestimmte, dass der Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit zum Verlust der österreichischen Bundesbürgerschaft führte. Unter dem konservativen Bundeskanzler *Dollfuß*⁸ erfuhr dieses Gesetz im August 1933 eine wesentliche Änderung,⁹ als unter anderem „Österreich feindliche Handlungen“ im Ausland als weiterer Ausbürgerungsgrund gesetzlich verankert wurde. Als „Österreich feindlich“ galten aber nicht nur Aktivitäten für die in Österreich seit Juni 1933 verbotene NSDAP, sondern auch kommunistische und sozialdemokratische Betätigungen, da beide Parteien seit 1933 bzw 1934 verboten waren.¹⁰ Während des austrofaschistischen Regimes verloren durch diesen „politisch motivierten Staatsbürgerschaftsverlust“¹¹ ca 11.000 österreichische Angehörige des Schutzbundes, Sozialdemokrat_innen und Kommunist_innen¹² die österreichische Staatsbürgerschaft. Nach dem *Anschluss* Österreichs an das Deutsche Reich am 13.3.1938 wurde im Juli 1938 die deutsche Staatsangehörigkeit auch für Österreich eingeführt¹³ und im Juni 1939 wurden die staatsangehörigkeitsrechtlichen Bestimmungen des Deutschen Reichs samt Ausbürgerungsmöglichkeiten auch für die *Ostmark* für anwendbar erklärt.¹⁴ Demnach waren auch Österreicher_innen – allen voran Jüd_innen – von deutschen Ausbürgerungen betroffen, da diese Ausbürgerungen so weit gingen, dass Jüd_innen ihre deutsche Staatsangehörigkeit allein aufgrund ihres Aufenthalts im Ausland – dazu zählten auch

6 BGBl 1925/285.

7 *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft, Band I (1989) 63.

8 Vgl *Müller*, Die Stellung des Konservatismus im Austrofaschismus (2011), passim.

9 VO der BReg v 16.8.1933, womit das Bundesgesetz v 30.7.1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft abgeändert wird BGBl 1933/369.

10 *Reiter-Zatloukal*, Migration und politisch motivierter Staatsbürgerschaftsentzug im 20. Jahrhundert, in *Dahlvik/Sievers/Fassmann*, Migration und Integration – wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich: Jahrbuch 1/2011 (2011) 80.

11 *Reiter/Rothländer*, Ausbürgerung, *juridikum* 2006, 4 (173 ff).

12 *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft und Vertreibung, Bericht über ein Projekt der österreichischen Historikerkommission, www.kakanien-revisited.at/beitr/fallstudie/HBurger_HWendelin1.pdf (3.2.2021).

13 VO über die deutsche Staatsangehörigkeit im Lande Österreich RGBI 1938/104, S 790.

14 2. VO über die deutsche Staatsangehörigkeit im Lande Österreich RGBI 1939/115, S 1072.

Konzentrationslager¹⁵ – verloren.¹⁶ Mangels weiterer Staatsangehörigkeit wurden alle diese ausgebürgerten Personen staatenlos.

„Alle Gesetze und Verordnungen des Deutschen Reichs über die deutsche Staatsangehörigkeit“ traten nach der österreichischen Unabhängigkeitserklärung vom 27.4.1945¹⁷ über Kundmachung der österreichischen provisorischen Staatsregierung vom 29.5.1945¹⁸ außer Kraft. Mit dem Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz vom 10.7.1945 (St-ÜG)¹⁹ wurde die fiktive Weitergeltung des Bundesgesetzes vom 30. Juli 1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft in der am 13.3.1938 geltenden Fassung gesetzlich fixiert.

Demnach waren ab 27.4.1945 nur jene Personen österreichische Staatsbürger_innen, „die am 13. März 1938 die österreichische Bundesbürgerschaft besessen haben“ oder jene Personen, die in der Zeit vom 13.3.1938 bis 27.4.1945 bei Weitergeltung des Bundesgesetzes vom 30. Juli 1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft in „der am 13. März 1938 geltenden Fassung die Bundesbürgerschaft durch Rechtsnachfolge nach einem österreichischen Bundesbürger [...] erworben hätten“. Das galt aber nur unter der Voraussetzung, dass „in ihrer Person vor dem 27. April 1945 kein Tatbestand eingetreten ist“, mit dem – wie etwa beim Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit – der Verlust der Bundesbürgerschaft verbunden war (§ 1 Abs 1 St-ÜG). Somit wurden die durch das NS-Regime zwischen 1938 und 1945 verfügten Ausbürgerungen zwar rückgängig gemacht, aber für jene Verfolgten und Geflüchteten, die eine fremde Staatsangehörigkeit angenommen hatten, führte diese Regelung zum Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft.²⁰

Die österreichischen staatsbürgerschaftsrechtlichen Bestimmungen waren in den Nachkriegsjahren einer Vielzahl an Veränderungen unterworfen, wobei auf das Schicksal verfolgter und geflüchteter Menschen keine Rücksicht genommen wurde, insb nicht auf jenes von Jüd_innen.²¹

Demgegenüber war der Wiedererwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft von *Illegalen*²² oder vom austrofaschistischen Regime ausgebürgerten Nationalsozialist_innen

15 Vgl. *Stiller*, Eine Völkerrechtsgeschichte der Staatenlosigkeit: Dargestellt anhand ausgewählter Beispiele aus Europa, Russland und den USA (2011) 86 f.

16 11. VO zum Reichsbürgergesetz v 25.11.1941 RGBl I 1941/133, S 722.

17 Proklamation über die Selbständigkeit Österreichs StGBI 1945/1.

18 2. Kundmachung über die Aufhebung von Rechtsvorschriften des Deutschen Reichs StGBI 1945/16.

19 StGBI 1945/59.

20 In diesem Zusammenhang wurde im Rahmen der parlamentarischen Diskussion zum letztlich nicht angenommenen Staatsbürgerschaftsänderungsgesetz 2008 die Meinung vertreten, dass es „eine zweite Ausbürgerungswelle gegeben (hat). Die NS-Verfolgten sind von der Zweiten Republik de jure und de facto ausgebürgert worden“; vgl 14 StProtNR 24. GP 314.

21 *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft, kakanien-revisited.at; *Sternfeld*, Betrifft: Österreich (1990) 217, 221.

22 Nach der Definition des Verbotsgesetz (StGBI 1945/13) war *Illegaler*, wer „in der Zeit zwischen dem 1. Juli 1933 und dem 13. März 1938, wenn er innerhalb dieser Zeit das 18. Lebensjahr erreicht hat, jemals der NSDAP oder einem ihrer Wehrverbände (SS, SA, NSKK, NSFK) angehört hat“.

– wohl aus wahltaktischen Motiven²³ – relativ leicht und relativ schnell möglich. Wie-wohl diese unmittelbar nach der Wiedererrichtung der Republik nicht österreichische Staatsbürger_innen wurden,²⁴ wurden die *Illegalen* bereits 1947, rückwirkend mit 27.4.1945, Österreicher_innen.²⁵ Das legistische Entgegenkommen ging bis zum Jahr 1957 so weit, dass die staatsbürgerschaftsrechtlichen Bestimmungen geändert wurden und ausgebürgerte Nationalsozialist_innen die österreichische Staatsbürgerschaft durch „einfache Erklärung“²⁶ bis 31.12.1958²⁷ wieder erlangen konnten. Ebenso konnten die zuvor vom „Besitz und Erwerb“ der österreichischen Staatsbürgerschaft ausgeschlossenen Personen²⁸ – mutmaßlich Nationalsozialist_innen²⁹ – die Staatsbürgerschaft wieder-erlangen.³⁰ Somit war zwölf Jahre nach Kriegsende der Weg zum (Wieder-)Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft für alle ehemaligen Nationalsozialist_innen frei.³¹ Hingegen wurde die Gesetzeslage zum Wiedererwerb der Staatsbürgerschaft für Verfolgte und Geflüchtete erst 48 Jahre nach Kriegsende, am 31.7.1993, merklich entschärft. Diese Entwicklung war wohl auch durch den eigenen Umgang mit der österreichischen Geschichte beeinflusst. Lange Zeit wurde über Österreichs Rolle im NS-Regime geschwiegen bzw diese Rolle beschönigt dargestellt.³² In der österreichischen Unabhängigkeitserklärung wurde Österreich mit Verweis auf die Moskauer Deklaration als „das erste freie Land, das der Hitlerischen Aggression zum Opfer gefallen ist“, bezeichnet und der *Anschluss* vom März 1938 als Okkupation dargestellt, die durch „militärische kriegsmäßige Besetzung [...] dem hilflos gewordenen Volke Österreichs aufgezwungen worden ist“.³³ Dieses „Selbstverständnis und die Selbstdarstellung des offiziellen Österreich“³⁴ wandelte sich mit der Zeit, nicht zuletzt aufgrund der *Waldheim*-Debatte im Jahr 1986,

23 Bailer, Für Österreich war Wiedergutmachung kein Thema (1991) 345.

24 Vgl § 1 Abs 2 St-ÜG, der eigentlich einen Verlusttatbestand vorsah; vgl Thienel, Staatsbürgerschaft 73.

25 Vgl I. Abschnitt des III. Hauptstücks, Bundesverfassungsgesetz v 6.2.1947 über die Behandlung der Nationalsozialisten – Nationalsozialistengesetz BGBl 1947/25, sowie Thienel, Staatsbürgerschaft 80. Das galt aber nur, sofern sie am 13.3.1938 die österreichische Staatsbürgerschaft besessen hatten.

26 Bailer, Wiedergutmachung 366.

27 Vgl § 4 Abs 3 Staatsbürgerschafts-Überleitungsgesetz 1949 BGBl 1949/276 idF BGBl 1957/84.

28 Das waren jene, die zwischen 1933 und 1938 die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt hatten, deutsche Staatsangehörige, die im genannten Zeitraum die österreichische Bundesbürgerschaft erlangt hatten und Mitglied der NSDAP oder einer ihrer Organisationen waren, sowie Personen, die ein bestimmtes Verbrechen gegen die Republik Österreich durch Unterstützung der NS-Bewegung begangen hatten und schuldig gesprochen wurden, mit Ausnahme jener, die lediglich wegen ihrer Zugehörigkeit zur NSDAP oder zu einer ihrer Organisationen verurteilt wurden; vgl Abschnitt II. des III. Hauptstücks Nationalsozialistengesetz.

29 Vgl Thienel, Staatsbürgerschaft 80.

30 Vgl Bundesverfassungsgesetz v 8.2.1956, womit staatsbürgerschaftsrechtliche Bestimmungen geändert werden BGBl 1956/24; vgl weiters Tóth, Der Handschlag. Die Affäre Frischenschlager-Reder (2010) 59.

31 Zum Bemühen der Republik Österreich, den 1951 in Italien verurteilten NS-Kriegsverbrecher *Walter Reder* wieder zum Österreicher zu machen, s Tóth, Handschlag 50 ff.

32 Vgl Uhl, Das „erste Opfer“. Der österreichische Opfermythos und seine Transformationen in der Zweiten Republik, ÖZP 2001, 30 (21).

33 Proklamation über die Selbständigkeit Österreichs StGBI 1945/1.

34 Uhl, Opfermythos, ÖZP 30, 21.

die im öffentlich-politischen Diskurs zu einer „neuen Sensibilität in der Beurteilung der NS-Vergangenheit“³⁵ geführt hat.

Der ehemalige sozialdemokratische Bundeskanzler *Vranitzky* erklärte als erster offizieller Vertreter Österreichs³⁶ im Jahr 1991: „Wir bekennen uns zu allen Taten unserer Geschichte und zu den Taten aller Teile unseres Volkes, zu den guten wie zu den bösen; und so wie wir die guten für uns in Anspruch nehmen, haben wir uns für die bösen zu entschuldigen – bei den Überlebenden und bei den Nachkommen der Toten.“³⁷ Wohl auch im Lichte dieser neu gefundenen Verantwortung wurde – im Sinne einer „möglichst weitgehenden Wiedergutmachung“³⁸ – im Jahr 1993 die Wiedererlangung der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Anzeige für „sämtliche Fälle politischer, rassistischer und sonstiger Verfolgung bis 9. Mai 1945“ vorgesehen.³⁹ Nach einem weiteren politischen Vorstoß zur Gesetzesänderung im Dezember 2008⁴⁰ wurde § 58c StbG im Oktober 2019, aufbauend auf der seit 1993 bestehenden Regelung, adaptiert und ausgedehnt.

3. Der neue § 58c StbG – eine gerechtfertigte und gerechte Lösung?

Im parlamentarischen Verfahren zur Änderung von § 58c StbG wurde an unterschiedlichen Stellen erwähnt, dass „die Republik alle Vertriebenen und ihre Nachkommen ‚nach Hause holen‘ will“,⁴¹ „Wiedergutmachung für erlittenes Unrecht“⁴² geleistet und „bestehendes Unrecht“⁴³ ausgeräumt werden soll.

Demgegenüber haben aber auch nach der adaptierten Rechtslage verfolgte und geflüchtete ehemalige Staatsbürger_innen fast genau „wie jeder Fremde, der mit Österreich nie etwas zu tun gehabt hat“,⁴⁴ weiterhin bestimmte, oben genannte Voraussetzungen zu erfüllen. Zwar gelten nicht alle der auf andere „Fremde“ anwendbaren Voraussetzungen, jedoch scheint der Umstand, dass verfolgte und geflüchtete ehemalige Staatsbürger_innen überhaupt Voraussetzungen für den Wiedererwerb der Staatsbürgerschaft erfüllen müssen, der intendierten Wiedergutmachung und der Ausräumung bestehenden Unrechts entgegenzustehen. Den Materialien zu den Änderungen des Staatsbürgerschaftsgesetzes aus den Jahren 1993 und 2019 ist nicht zu entnehmen, warum diese Voraussetzungen auch für verfolgte und geflüchtete ehemalige Österreicher_innen gelten sollen und warum die Erfüllung dieser Voraussetzungen als gerechtfertigt oder gerecht angesehen wird.

35 *Ubl*, Opfermythos, ÖZP 30, 27.

36 Vgl 88 StProtNR 26. GP 335.

37 Vgl 35 StProtNR 18. GP 3283.

38 ErläutRV 1093 BlgNR 18. GP 3.

39 ErläutRV 1093 BlgNR 18. GP 3.

40 Antrag 150/A 24. GP.

41 Antrag 536/A 26. GP 3.

42 Vgl 88 StProtNR 26. GP 334.

43 Vgl 88 StProtNR 26. GP 330.

44 *Sternfeld*, Österreich 221.

Es kann argumentiert werden, dass diese Personen „Fremde“ seien, weil sie selber eine fremde Staatsangehörigkeit angenommen haben und nur dieser Umstand aufgrund der damaligen Rechtslage zum Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft geführt habe. Außerdem müsste Österreich davor geschützt werden, dass beispielsweise verurteilte Straftäter_innen zu österreichischen Staatsbürger_innen würden. Daher seien die – ohnehin eingeschränkten – Voraussetzungen zum Staatsbürgerschaftserwerb zu erfüllen. Offenbar aufgrund der eingeschränkt zur Anwendung kommenden Voraussetzungen und der Gebührenfreiheit des Staatsbürgerschaftserwerbs wurde im Jahr 2009 auch argumentiert, dass der „Opfergeneration [...] schon Genüge getan“ sei.⁴⁵

Der Republik Österreich steht es selbstverständlich – so wie jedem anderen Staat – überwiegend frei, selbst zu entscheiden, wer seine Staatsbürger_innen werden und wer von diesem Status ausgeschlossen bleibt.⁴⁶ Der Republik Österreich stand und steht es daher auch frei, das Staatsbürgerschaftsgesetz zu adaptieren und die jüngst geschaffene Regelung beizubehalten. Doch losgelöst von diesen rechtlichen Möglichkeiten bleibt die Frage, ob die nunmehrige Regelung zum Wiedererwerb der Staatsbürgerschaft nur unter zu erfüllenden Voraussetzungen mit der angestrebten Wiedergutmachung in Einklang steht. Ebenso scheint fraglich, ob diese staatsbürgerschaftsrechtliche Trennung innerhalb der Gruppe der verfolgten und geflüchteten ehemaligen Staatsbürger_innen in jene, die die Voraussetzungen erfüllen, und jene, auf die das nicht zutrifft, gerechtfertigt ist. Und schließlich stellt sich auch die Frage, ob die bestehende Regelung wirklich das beste Ergebnis ist, das die Republik Österreich – die sich ihrer „Täterrolle während der Zeit des Nationalsozialismus gestellt hat“⁴⁷ – erreichen konnte.

Meinem Dafürhalten nach müssen alle drei Fragen entschieden verneint werden. Denn dass diese Menschen, denen die Staatsbürgerschaft zunächst entzogen und aufgrund der – intendierten⁴⁸ oder wegen „voll legislativer Schwierigkeiten“⁴⁹ unbedachten – Gesetzgebung nach der Wiederrichtung der Republik Österreich vorenthalten wurde, überhaupt Voraussetzungen erfüllen müssen, um die Staatsbürgerschaft wieder zu erlangen, scheint mir mit einer ernst gemeinten Wiedergutmachung nicht vereinbar. Daran ändert auch nichts, dass die zu erfüllenden Voraussetzungen eingeschränkt werden. Eine ernst gemeinte staatsbürgerschaftsrechtliche Wiedergutmachung kann – auch im Lichte der österreichischen Verantwortung – nur bedeuten, dass die Herstellung jenes Zustands, der auch ohne Verfolgung bestanden hätte, *bedingungslos* ermöglicht wird. Dieser Zustand ist der Besitz der österreichischen Staatsbürgerschaft. Denn es ist unbestreitbar,

45 Vgl 14 StProtNR 24. GP 316.

46 Vgl Thienel, Staatsbürgerschaft 102 und EuGH 7.7.1992, C-369/90, *Mario Vicente Micheletti ua /Delegación del Gobierno en Cantabria*, ECLLEU:C:1992:295, Rn 10.

47 NN, NR-Präsident Sobotka: 75. Jahrestag der Befreiung von Auschwitz ist Appell, gesamtgesellschaftliche Verantwortung wahrzunehmen, www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2020/PK0051/index.shtml (24.1.2021).

48 *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft, kakanien-revisited.at.

49 *Remner*, Drei Monate Aufbauarbeit der provisorischen Staatsregierung der Republik Österreich (1945) 12.

dass die austrofaschistische bzw die – auch von Österreicher_innen ausgehende⁵⁰ – nationalsozialistische Verfolgung die Ursache für die Flucht der betroffenen Personen war. Nur aufgrund ihrer Verfolgung und ihrer staatsbürgerschaftsrechtlichen Behandlung waren diese Personen „geradezu gezwungen“⁵¹ eine fremde Staatsangehörigkeit anzunehmen, um der Staatenlosigkeit und der damit verbundenen Rechtlosigkeit⁵² zu entgehen und so ihr Leben zu retten.⁵³ Wären die Verfolgungshandlungen unterblieben, wären diese Personen mit „größter Wahrscheinlichkeit“⁵⁴ Österreicher_innen geblieben. Dass der Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit nach dem Krieg aufgrund der fiktiven Weitergeltung des Bundesgesetzes vom 30.7.1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft dem Wiedererwerb der Staatsbürgerschaft im Weg stand und nunmehr der Grund dafür ist, dass diese Personen „Fremde“ sind, war für sie keinesfalls vorhersehbar. Wenn nach Ansicht des Staatskanzlers *Renner* Mitläufer_innen in Schutz zu nehmen waren – er stellte die Frage, wie man „von Gelehrten, Künstlern, Gewerbetreibenden, Kaufleuten [...] verlangen (kann), dass sie heldenhaft ihre Existenz in die Schanze schlagen, um sich der Werbung einer Partei zu entziehen [...]“⁵⁵ – so kann und darf im Gegenzug verfolgte und geflüchtete ehemaligen Staatsbürger_innen der Umstand, dass sie eine fremde Staatsangehörigkeit erworben haben, nicht zum Nachteil gereichen, insb im Hinblick auf die immer wieder erwähnte Wiedergutmachung und Verantwortung Österreichs.

Ähnlich verhält es sich mit der neu geschaffenen Möglichkeit des Staatsbürgerschaftserwerbs durch Anzeige für Nachkommen verfolgter und geflüchteter Personen. Wie oben ausgeführt, folgten bereits das Bundesgesetz vom 30.7.1925 über den Erwerb und den Verlust der Landes- und Bundesbürgerschaft sowie alle nachfolgenden staatsbürgerschaftsrechtlichen Regelungen dem Abstammungsprinzip. Da aber verfolgte und geflüchtete ehemalige Staatsbürger_innen ihre österreichische Staatsbürgerschaft verloren bzw nicht wiedererlangt haben, konnten ihre Nachkommen die österreichische Staatsbürgerschaft eben nicht aufgrund ihrer Abstammung erwerben. Auch in diesem Fall liegt dem Staatsbürgerschaftsverlust die austrofaschistische bzw nationalsozialistische Verfolgung zugrunde, ohne die die Nachkommen der verfolgten und geflüchteten ehemaligen Staatsbürger_innen die österreichische Staatsbürgerschaft durch Abstammung mit der Geburt erworben hätten. Nunmehr sollen zwar auch die Nachkommen die Staatsbürgerschaft erleichtert erwerben, aber nur dann, wenn auch sie die oben genannten Voraussetzungen

50 *Hubauer*, Wahlen als Wendepunkte der 80er Jahre – Kurt Waldheim als Bundespräsident und das Ende der Kleinen Koalition, www.mediathek.at/journale/journaleaufsaetze/wahlen-der-80er-jahre-als-wendepunkte/die-praesidentschaft-von-kurt-waldheim-und-das-ende-der-kleinen-koalition/ (23.1.2021).

51 *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft, kakanien-revisited.at.

52 Vgl zur Staatenlosigkeit *Stiller*, Staatenlosigkeit (passim). *Hannah Arendt* bezeichnete Betroffene als „lebende Leichname“; *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (1991) 462.

53 *Burger/Wendelin*, Staatsbürgerschaft, kakanien-revisited.at.

54 Antrag 536/A 26. GP 3; vgl auch 88 StProtNR 26. GP 337.

55 *Renner*, Aufbauarbeit 9 f.

erfüllen – Voraussetzungen, die ohne den Staatsbürgerschaftsverlust ihrer Vorfahren nicht zur Anwendung kommen würden. Auch in diesem Fall greift selbstverständlich die bereits oben erwähnte staatliche Souveränität zum Staatsbürgerschaftserwerb. Doch abseits der rechtlichen Möglichkeiten stellt sich auch hier die Frage, ob die geschaffene Regelung tatsächlich ein „ehrliches und sauberes Gesetz [...] ohne Fußangeln“⁵⁶ ist.

4. Conclusio

Wiewohl die vorgenommene Gesetzesänderung zu begrüßen ist, insb die Ausdehnung des erleichterten Staatsbürgerschaftserwerbs auf Nachkommen, scheint klar, dass dies nur ein halbherziger und unzureichender Schritt in Richtung der viel beschworenen Wiedergutmachung ist. Die auch nach der jüngsten Gesetzesänderung erhalten gebliebenen Voraussetzungen für den Wiedererwerb der Staatsbürgerschaft stehen mE der vollumfänglichen staatsbürgerschaftsrechtlichen Wiedergutmachung im Weg. Das staatliche Interesse an Kontrolle darüber, wer Staatsbürger_in wird, ist zwar verständlich, es darf aber nicht übersehen werden, dass es generell keine Sicherheit gibt, dass Staatsbürger_innen beispielsweise keine Straftaten begehen oder ein Verhalten setzen, das die internationalen Beziehungen der Republik Österreich wesentlich beeinträchtigt. Die Republik Österreich kann sich solcher Staatsbürger_innen auch nicht ohne Weiteres entledigen. Es wird daher mit zweierlei Maß gemessen, wenn derartiges Verhalten ehemaliger Staatsbürger_innen (und deren Nachkommen), die ohne die austrofaschistische bzw nationalsozialistische Verfolgung Österreicher_innen (geblieben) wären, zum Anlass genommen wird, um sie weiterhin von der österreichischen Staatsbürgerschaft auszuschließen. Dieses Vorgehen scheint mit der „besondere(n) historische(n) Verantwortung“⁵⁷ Österreichs nicht in Einklang zu stehen. Denn eine mit dieser besonderen historischen Verantwortung in Einklang stehende staatsbürgerschaftsrechtliche Wiedergutmachung kann nur bedeuten, dass die Herstellung jenes Zustands, der auch ohne Verfolgung bestanden hätte, *bedingungslos* ermöglicht wird.

Dr. Martin Stiller arbeitet als juristischer Mitarbeiter der Internationalen Organisation für Migration in Wien; mstiller@iom.int

⁵⁶ Vgl auch 88 StProtNR 26. GP 337.

⁵⁷ Vgl auch 88 StProtNR 26. GP 333.

Unterstützungsleistungen des Bundesheeres

Die Zulässigkeit von Unterstützungsleistungen des Bundesheeres zur Bewältigung der Migrationskrise

Florian Horner

1. Einleitung

Bis zu 20.000 Flüchtende¹ täglich überschritten im Herbst 2015 die österreichische Grenze. Die damit einhergehenden Bilder überfüllter Bahnhöfe und der Zustände an den Grenzübergängen haben sich stark in das kollektive Gedächtnis eingepägt. Von Anfang an erbrachte das Bundesheer Hilfeleistungen bei der Bewältigung der Situation. Diese umfassten neben der sicherheitspolizeilichen Assistenz insb sogenannte Unterstützungsleistungen (wie etwa Transport-, Verpflegungs- und Pionierleistungen²). Darüber hinaus wurde das Bundesheer auch mit dem gesamtstaatlichen Transportmanagement (österreichweite Koordinierung des Transports der Flüchtenden per Bus und per Bahn) betraut.³

Gegenstand dieses Beitrags ist die Untersuchung der Zulässigkeit dieser grundsätzlich entgeltlichen Unterstützungsleistungen, die das Bundesheer 2015 und 2016 am Höhepunkt der Migrationskrise⁴ an das Innenministerium geleistet hat.^{5,6}

1 Der vorliegende Beitrag verwendet zum Zwecke der leichteren Lesbarkeit durchgängig den Begriff „Flüchtende“. Gemeint sind damit illegal oder legal eingereiste oder aufhältige hilfs- und schutzbedürftige Fremde (vgl § 1 Z 2 Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, BGBl 1991/405 idF BGBl I 2019/53). Zum Begriff der „Transitflüchtenden“ siehe Abschnitt 4.1.

2 Auf- und Abbau der für die Unterbringung und Verpflegung der Flüchtenden benötigten Infrastruktur.

3 Zur Entwicklung der Migrationskrise und insb zu einer detaillierten Chronologie der Unterstützungsleistungen siehe *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 „Assistenz- und Unterstützungsleistungen des Bundesheeres zum Grenzmanagement“ TZ 2 und 3, www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/BUND_2020_38_Assistenz_und_Unterstützungsleistungen.pdf (5.1.2021).

4 Mit dem zusammenfassenden Begriff der „Migrationskrise“ meint der vorliegende Beitrag die Fluchtbewegungen nach und durch Österreich ab September 2015. Unabhängig von der Frage bzw Diskussion über eine allfällige Wertigkeit dieses Begriffs, soll er hier als wertfrei verstanden werden.

5 Nicht Gegenstand dieses Beitrags ist jedoch die Beurteilung der Zulässigkeit des sicherheitspolizeilichen Assistenz-einsatzes im Rahmen der Migrationskrise. Siehe zu diesem *Hense-Lintschnig*, „Grenzmanagement“ und Assistenz-einsatz – Über „Handarbeit“ mit Beistand an Österreichs Binnengrenzen, *juridikum* 2016, 319; *Hense-Lintschnig*, Assistenz-einsatz 2015 ff ... und kein Ende in Sicht, *juridikum* 2018, 21; *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 7, 8 und 9.

6 Auch wenn dieser Beitrag keine Beurteilung anderer Unterstützungsleistungen des Bundesheeres (wie etwa der im Rahmen der Bewältigung der COVID-19-Pandemie erbrachten) unternimmt, so lassen sich die hier entwickelten Zulässigkeitskriterien und die hier angestellten grundsätzlichen Überlegungen doch auch auf jene Leistungen übertragen.

2. Unterstützungsleistungen und Assistenzeinsätze des Bundesheeres – Begriffsdefinitionen und Typologie

Gemäß den ErläutRV insb zu § 2 Wehrgesetz 2001⁷ ist das Bundesheer in der österreichischen Rechtsordnung „der einzige Organkomplex der Verwaltung, dessen Aufgaben vollständig und abschließend auf verfassungsgesetzlicher Ebene verankert sind. Die zentralen diesbezüglichen Bestimmungen finden sich in Art 79 B-VG“.⁸

In Abs 1 ist dabei „als primäre und originäre Kernaufgabe des Bundesheeres“⁹ die militärische Landesverteidigung genannt. In Abs 2 sind zusätzlich zwei Assistenzaufgaben (die sogenannte sicherheitspolizeiliche Assistenz und die Assistenz in Katastrophenfällen) als subsidiäre Aufgaben des Bundesheeres normiert.

Im Übrigen sind allfällige weitere Aufgaben des Bundesheeres (ausschließlich und vollständig) auf verfassungsrechtlicher Ebene zu regeln (Art 79 Abs 3 B-VG).¹⁰

Daneben übt das Bundesheer jedoch noch weitere Tätigkeiten aus, welche mangels eigener verfassungsrechtlicher Grundlage argumentativ der militärischen Landesverteidigung zugerechnet und als Unterstützungsleistungen bezeichnet werden.¹¹

Bei diesen Unterstützungsleistungen erbringt das Bundesheer Leistungen an Dritte – Private oder staatliche Organe – grundsätzlich gegen Entgelt.¹² Sie sind eine Art „Serviceleistung“ des Bundesheeres, zu deren Erbringung im Hinblick auf seine Ausstattung bzw Ausrüstung mitunter nur das Bundesheer in der Lage ist.¹³ Die Erbringung von Unterstützungsleistungen gegenüber Privaten erfolgt auf Basis eines zivilrechtlichen Vertrags, gegenüber staatlichen Organen hingegen auf Basis einer Verwaltungsvereinbarung.

Typische Beispiele sind etwa die Herstellung und Verteilung von Verpflegung, die Zurverfügungstellung von Unterkünften, die Personalbeistellung (zB für Pioniereinsätze) und die Beistellung von Heeresgut (zB Kraftfahrzeuge, militärisches Gerät und militärische Infrastruktur).¹⁴

7 Wehrgesetz 2001 – WG 2001, BGBl I 2001/146 (WV) idF BGBl I 2019/102.

8 S die Erläuterungen zu § 2 ErläutRV 300 BlgNR 21. GP 25; siehe auch *Ulrich*, Handbuch Wehrrecht (2008) 22 und *Ulrich*, Assistenzeinsatz und Unterstützungsleistungen, Miliz Info 4/2015, 5.

9 S abermals ErläutRV 300 BlgNR 21. GP 25.

10 Als einzig relevante derartige Zusatzaufgabe des Bundesheeres sind diverse Fälle einer Hilfeleistung im Ausland nach § 1 Z 1 lit a bis c Bundesverfassungsgesetz über Kooperation und Solidarität bei der Entsendung von Einheiten und Einzelpersonen in das Ausland BGBl I 1997/38 normiert (Auslandseinsätze). Für mögliche zukünftige eigenständige Aufgaben des Bundesheeres (wie etwa der Schutz kritischer Infrastruktur oder der Botschaftsschutz) siehe *Hense-Lintschmig*, Protest Policing – Eine kritische rechtsdogmatische Perspektive, juridikum 2016, 474 (482) mwN.

11 S hierzu im Detail Abschnitt 3.1.

12 S § 64 Bundeshaushaltsgesetz 2013 BGBl I 2009/139, wonach Organe des Bundes für Leistungen an Dritte ein Entgelt unter Zugrundelegung mindestens des gemeinen Wertes zu vereinbaren haben.

13 S *Grausam*, „Migrationslage in Österreich“ und Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer, Miliz Info, 4/2015, 21.

14 Weitere typische – in der Migrationskrise jedoch weniger relevante – Beispiele für Unterstützungsleistungen des Bundesheeres sind etwa die Durchführung von Flugeinsätzen (zB für Lawinwarnkommissionen) oder die Unterstützung bei Großveranstaltungen wie beim Formel-1-Rennen in Spielberg sowie bei Ski-Rennen (etwa für die Präparierung der Pisten bei den Hahnenkammrennen in Kitzbühel). Im Rahmen der Bewältigung der COVID-19-Pandemie wiederum erbrachte das Bundesheer im Jahr 2020 Unterstützungsleistungen insb in Postverteilerzentren sowie in Warenlagern von Lebensmittelgroßmärkten und Pharmakonzernen; siehe die parlamentarische Anfrage 2146/J und ihre Beantwortung 2146/AB sowie die parlamentarische Anfrage 3167/J und ihre Beantwortung 3160/AB.

Dabei hat das Bundesheer insb zu gewährleisten, dass es mit Unternehmen der Privatwirtschaft nicht in Konkurrenz tritt.¹⁵

Es besteht auch kein dem Assistenzinsatz vergleichbares „Anforderungsrecht“; dies selbst, wenn das Ersuchen von anderen staatlichen Organen kommt. Vielmehr liegt die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen und die Entscheidung über die Durchführung von Unterstützungsleistungen ausschließlich beim Bundesheer.^{16, 17}

Im Gegensatz zum Assistenzinsatz vollziehen Unterstützung leistende Soldat_innen militärische Angelegenheiten¹⁸ und bleiben auch funktionell Militärorgane; im Falle einer Unterstützung an eine zivile Einrichtung findet daher – im Gegensatz zu den Assistenzleistungen – keine Übertragung von Befugnissen statt.

3. Der Einsatz des Bundesheeres zur Erbringung von Unterstützungsleistungen

3.1. Allgemeine Zulässigkeitskriterien für die Erbringung von Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer

Mangels eigener expliziter verfassungsgesetzlicher Grundlage werden Unterstützungsleistungen in der Literatur¹⁹ nur unter der Voraussetzung als zulässig erachtet, wenn es sich um die Erfüllung von Aufgaben der militärischen Landesverteidigung, und dabei um Tätigkeiten im Rahmen der allgemeinen Einsatzvorbereitung des Bundesheeres²⁰ handelt.

Insoweit müssen diese Tätigkeiten im überwiegenden militärischen Interesse liegen und haben primär der militärischen Ausbildung der Soldat_innen zu dienen. Konkret dürfen Unterstützungsleistungen nur dann genehmigt werden, wenn sie einen bedeutenden Ausbildungswert und eine wertvolle Ergänzung bzw sinnvolle Anwendung von erlernten Ausbildungsinhalten darstellen.^{21 22}

15 S zu sämtlichen Zulässigkeitskriterien gemäß entsprechendem Grundsatzterlass des Verteidigungsministeriums Abschnitt 3.2.

16 S *Truppe* in *Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar, Bundesverfassungsrecht (9. Lieferung, 2012) Art 79 B-VG, Rz 29, mwN und *Grausam*, Unterstützungsleistungen des Bundesheeres, Miliz Info, 2/2011, 14 f.

17 Kein Zusammenhang besteht im Übrigen auch zwischen den Unterstützungsleistungen (sowie den Assistenzleistungen) des Bundesheeres und der Amtshilfe (Art 22 B-VG), da Art 79 B-VG eine *lex specialis* zu Art 22 B-VG darstellt (siehe spezifisch zu den Assistenzleistungen VfSlg 13.708 sowie *Truppe* in *Kneibls/Lienbacher*, Art 79 B-VG Rz 30 mwN).

18 Im Sinne des Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG BGBl I 1930/1 idF BGBl I 2021/2.

19 S insb *Truppe* in *Kneibls/Lienbacher*, Art 79 B-VG Rz 29; *Ulrich*, Unterstützungsleistungen 5 (7) und *Grausam*, Unterstützungsleistungen 14.

20 § 2 Abs 3 Wehrgesetz 2001 BGBl I 2001/146 idF BGBl I 2019/102.

21 S *Grausam*, Unterstützungsleistungen 14; *Truppe* in *Kneibls/Lienbacher*, Art 79 B-VG Rz 29; *Ulrich*, Wehrrecht 27; *Ulrich*, Unterstützungsleistungen 5 (7) sowie *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 5 und 10; siehe im Detail (insb zur Sonderkonstellation des Vorliegens eines „wehrpolitischen Nutzens“) Abschnitt 3.2.

22 Anderer Ansicht, und Unterstützungsleistungen „nur in einzelnen Fällen“, nicht aber prinzipiell als zulässig erachtend, *Sozialwissenschaftliche Arbeitsgemeinschaft*, Rechtsgutachten Nr 28 (1963), Die Verwendung des Bundesheeres zu verfassungswidrigen Zwecken, 6 f und 11.

Bei der Beurteilung der Genehmigung von Unterstützungsleistungen hat nicht der Nutzen für die anfordernde Stelle, sondern die Erfüllung von Aufgaben des Bundesheeres im Vordergrund zu stehen. Bei dieser Beurteilung ist ein strenger Prüfmaßstab anzulegen.²³

3.2. Der Grundsaterlass des Verteidigungsministeriums zu Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer

Das Verteidigungsministerium regelte die konkreten Voraussetzungen und Modalitäten für die Erbringung von Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer in einem wiederholt adaptierten Grundsaterlass aus dem Jahr 2007.²⁴

Unterstützungsleistungen können demnach im Rahmen der Ausbildung von Soldat_innen bzw durch die Beistellung von Heeresgut erfolgen, wenn insb nur das Bundesheer dazu in der Lage ist, der Dienstbetrieb nicht beeinträchtigt wird, keine militärischen Interessen verletzt werden und die gewerbliche Wirtschaft nicht konkurrenziert wird.²⁵

Abweichend von den grundsätzlich geltenden Voraussetzungen können Unterstützungsleistungen jedoch – so der Erlasstext – „in besonders gelagerten Fällen [...] aus wehrpolitischen Erwägungen“ ausnahmsweise auch dann genehmigt werden, wenn ein „beträchtlicher wehrpolitischer Nutzen“ zu erwarten ist. Wann ein derartiger „beträchtlicher wehrpolitischer Nutzen“ vorliegt bzw zu erwarten ist, regelte das Verteidigungsministerium jedoch nicht.²⁶

Als Zwischenfazit sei an dieser Stelle festgehalten, dass eine explizite verfassungsgesetzliche Grundlage für die Erbringung von Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer nicht existiert und erst über die Krücke der militärischen Landesverteidigung (Art 79 Abs 1 B-VG) bzw der allgemeinen Einsatzvorbereitung (§ 2 Abs 3 Wehrgesetz 2001) konstruiert werden muss; dies erscheint vor dem Hintergrund des Art 79 Abs 3 B-VG („Weitere Aufgaben des Bundesheeres werden durch Bundesverfassungsgesetz geregelt.“) bedenklich. Im Ergebnis wird aber davon auszugehen sein, dass Unterstützungsleistungen dann zulässig sind, wenn die dabei verrichteten Tätigkeiten im überwiegenden militärischen In-

23 S *Grausam*, Unterstützungsleistungen 14 f.

24 Grundsaterlass des Bundesministeriums für Landesverteidigung „Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer“ v 1.11.2007, GZ S93339/46-EFü/2007; dieser wurde zwar nicht veröffentlicht, jedoch in *Grausam*, Unterstützungsleistungen 14, detailliert beschrieben; er liegt dem Autor vor. Im Jahr 2018 fasste das Verteidigungsministerium diesen Grundsaterlass neu, beließ jedoch die hier interessierenden Punkte inhaltlich gleich (Grundsaterlass v 12.1.2018 für die Durchführung von Unterstützungsleistungen durch das Österreichische Bundesheer – Neufassung 2018, GZ S93339/1-SIV/2018); auch die Neufassung des Grundsaterlasses liegt dem Autor vor.

25 S *Ulrich*, Wehrrecht 27; *Grausam*, Unterstützungsleistungen 14 f.

26 S *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 10. In der Beantwortung 8231/AB zur Parlamentarischen Anfrage 8591/J aus dem Jahr 2016 sprach der damalige Verteidigungsminister in diesem Kontext von einer „hohen öffentlichen Anerkennung“ der durch das Bundesheer erbrachten Unterstützungsleistungen und von dem „Vertrauen der Bevölkerung in das Leistungsvermögen des Österreichischen Bundesheeres“, das dadurch gesteigert werde. Für *Ulrich* kann ein derartiger „beträchtlicher wehrpolitischer Nutzen“ allenfalls dann entstehen, „wenn auf die Mitwirkung des Bundesheeres in entsprechend publikumswirksamer Form hingewiesen werden kann“, *Ulrich*, Wehrrecht 27. *Grausam* spricht in diesem Zusammenhang von einem „Öffentlichkeitswert für das Bundesheer“ bzw von der „Sicherstellung einer hohen medialen Verwertung für das Bundesheer“, *Grausam*, Unterstützungsleistungen 15.

teresse liegen und primär der militärischen Ausbildung der Soldat_innen dienen.²⁷ Bei dieser Beurteilung ist ein strenger Prüfmaßstab anzulegen.

Unzulässig ist hingegen die vom Grundsatz erlass des Verteidigungsministeriums zu den Unterstützungsleistungen in Abweichung von den grundsätzlichen Voraussetzungen vorgesehene Ausnahmeregelung für unbestimmte Fälle der Erwartbarkeit eines „beträchtlichen wehrpolitischen Nutzens“ für das Bundesheer. Insbesondere aus Gründen der „Publikumswirksamkeit“ oder der „Imagepflege“ erbrachte Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer sind daher jedenfalls als verfassungswidrig anzusehen.^{28, 29}

4. Unterstützungsleistungen des Bundesheeres zur Bewältigung der Migrationskrise (2015 und 2016)

4.1. Verwaltungsübereinkommen

Im Jahr 2015 erbrachte das Verteidigungsministerium zunächst Unterstützungsleistungen für das Innenministerium im Zusammenhang mit der Grundversorgung (vor allem) von Asylwerbenden.

So waren bereits im August 2015 Flüchtende in mehreren temporären Betreuungseinrichtungen auf militärischen Liegenschaften untergebracht. Weitere Leistungen betrafen Pionierunterstützungen (Zeltlagerauf- und -abbau) sowie die Herstellung und Verteilung von Verpflegung. Aufgrund des hohen Zustroms an Asylwerbenden ersuchte die damalige Innenministerin in zwei Schreiben den damaligen Verteidigungsminister um weitere Unterstützung durch das Bundesheer.³⁰

Am 3.9.2015 schlossen das Innen- und das Verteidigungsministerium ein auf ein Jahr befristetes Verwaltungsübereinkommen „über die Kooperation betreffend Unterstützungsleistungen im Rahmen der Grundversorgung hilfs- und schutzbedürftiger Fremder“ durch das Bundesheer.³¹ Dabei war klargestellt, dass vom Verwaltungsübereinkommen ausschließlich Unterstützungsleistungen – und nicht Assistenzleistungen – umfasst waren.³² Die vereinbarten Unterstützungsleistungen betrafen insb (jeweils bezogen auf die Grundversorgung in Betreuungseinrichtungen):

- Pionierleistungen (Auf- und Abbau der benötigten Infrastruktur),
- die Durchführung von Transporten,

27 Von einer Zulässigkeit von Unterstützungsleistungen des Bundesheeres ging in einem Amtshaftungsverfahren implizit auch der OGH aus; OGH 19.2.1975, 1 Ob 187/74.

28 So auch *Truppe* in *Kneihls/Lienbacher*, Art 79 B-VG, Rz 29 sowie *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 10.

29 Dass diese verfassungsrechtliche Problematik schon länger bekannt ist, zeigt etwa eine mündliche parlamentarische Anfragebeantwortung des damaligen Verteidigungsministers aus dem Jahr 1963 zu den Unterstützungsleistungen des Bundesheeres insb bei der Vorbereitung der Olympischen Winterspiele 1964 in Innsbruck; StProtNR 6/NRSITZ 10. GP 179.

30 S *Grausam*, Migrationslage 21.

31 Diese Vereinbarung wurde auf der Parlamentswebsite veröffentlicht: www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/AB/AB_08202/imfname_529984.pdf (8.1.2021). Siehe auch *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 11.

32 Siehe zu dieser – in der Praxis nicht immer klaren – Abgrenzung *Hense-Lintschnig*, juridikum 2016, Fn 64 unter Verweis auf die Anfragebeantwortung des Budgetdienstes des Parlaments vom 13.10.2015 zu den steigenden Flüchtlingszahlen, 20.

- die Verpflegung in den Betreuungseinrichtungen als Überbrückung bzw als Notmaßnahme je nach lokalen militärischen Kapazitäten für bis zu vier Wochen, sowie
- die zeitlich begrenzte Unterstützung bei allgemeinen Verwaltungstätigkeiten im Bedarfsfall bzw bei Engpässen (in Form von Personalaushilfen bei der Verwaltung und Ausgabe von Hygienartikeln, Bettwäsche und persönlicher Bekleidung).

Der militärische Betrieb sollte dadurch nicht eingeschränkt werden. Die Kosten für die Unterstützungsleistungen waren dem Verteidigungsministerium zu vergüten.³³

Das Verwaltungsübereinkommen diente jedoch in der Folge nur für einen (kleinen) Teil der vom Bundesheer tatsächlich zur Bewältigung der Migrationskrise erbrachten Unterstützungsleistungen als Rechtsgrundlage.³⁴

Was nun die Analyse des Verwaltungsübereinkommens vom 3.9.2015 anbelangt, so ist diese eine vornehmlich theoretische, war das Übereinkommen doch bereits einen Tag später hinsichtlich seines Anwendungsbereiches faktisch weitgehend überholt.

So war es die Grenzöffnung in der Nacht von Freitag den 4.9. auf Samstag den 5.9.2015, und die nachfolgende Ankunft vieler Flüchtenden, die weitgehend andere Aufgaben und Herausforderungen mit sich brachte, als sie vom Übereinkommen abgedeckt waren (wie insb die Versorgung und der Weitertransport der hunderttausenden Transitflüchtenden³⁵).

Ungeachtet dessen ist zu beanstanden, dass – aus der Perspektive des August 2015 – ein Teil der vom Verwaltungsübereinkommen umfassten Unterstützungsleistungen des Bundesheeres jedenfalls nach einigen Wochen auch von Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft (zB Pionierleistungen) bzw Nichtregierungsorganisationen (zB Verpflegung) hätte erbracht werden können. Diesbezüglich wäre also nicht nur das Bundesheer zur Leistungserbringung in der Lage gewesen.³⁶

4.2. Tatsächlich erbrachte Unterstützungsleistungen

Zwischen September 2015 und dem Frühjahr 2016 erbrachte das Bundesheer auf Anforderung des Innenministeriums zur Bewältigung der Migrationskrise vor allem die folgenden Unterstützungsleistungen (jeweils bezogen im Wesentlichen auf die Betreuung von Transitflüchtenden³⁷):³⁸

- Sachleistungen: Zurverfügungstellung von Zelten, Feldbetten, Decken, Schlafsäcken und Kraftfahrzeugen sowie die Bereitstellung von Verpflegung;

33 Vgl § 63 Bundeshaushaltsgesetz 2013 BGBl I 2009/139.

34 S hierzu im Detail Abschnitt 4.2.

35 Unter „Transitflüchtenden“ sind iSd vom Budgetdienst des Parlaments getroffenen Begriffsabgrenzung Personen zu verstehen, „die zwar als Flüchtlinge nach Österreich kommen, aber nicht die Absicht haben, in Österreich Asyl zu beantragen, sondern Österreich als Transitland durchqueren, um in anderen europäischen Ländern – in erster Linie Deutschland – Asyl zu beantragen“ (s *Parlament*, Anfragebeantwortung des Budgetdienstes vom 13.10.2015 zu den steigenden Flüchtlingszahlen (2015) 5).

36 So auch *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 11.

37 Und nur zu einem geringen Teil bezogen auf die Grundversorgung von Asylwerbenden.

38 S die Parlamentarische Anfrage 8590/J und ihre Beantwortung 8202/AB.

- Arbeitsleistungen: Auf-, Um- und Abbau von Infrastruktur, Verladearbeiten, Zubereitung und Ausgabe von Verpflegung, Röntgenuntersuchungen sowie die Ausgabe von Einweggeschirr;
- Transportleistungen: Durchführung von Personen- und Materialtransporten;
- Gesamtstaatliches Transportmanagement: Österreichweite Koordinierung des Transports der Transitflüchtenden per Bus und per Bahn.³⁹

So bereitete das Bundesheer im Wege der Unterstützungsleistungen allein im Jahr 2015 rund 560.000 Tagesportionen an Essen zu, leistete rund 30.300 Personentage bzw rund 586.000 Personenstunden an Unterstützung und transportierte zwischen September 2015 und März 2016 mit eigenen Fahrzeugen rund 208.000 Personen mit einer Kilometerleistung von rund 1,56 Mio Kilometern.⁴⁰

Das Innenministerium begründete seine Anforderung der Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer mit der „akute(n), dynamische(n) Lageentwicklung sowohl im Hinblick auf die Anzahl als auch auf die Routen von Migranten“; die Leistungen seien daher „aus humanitären Gründen bzw zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit erforderlich“ gewesen.⁴¹

Eine nachfolgende Anpassung des Verwaltungsübereinkommens an die vom Bundesheer tatsächlich erbrachten Unterstützungsleistungen war zwar zwischen dem Innen- und dem Verteidigungsministerium beabsichtigt, erfolgte jedoch letztlich nicht. Von den auf Seiten des Verteidigungsministeriums in den Jahren 2015 und 2016 für die Erbringung der Unterstützungsleistungen angefallenen Kosten von insgesamt 25,97 Mio EUR ersetzte das Innenministerium letztlich 4,66 Mio EUR.⁴²

Zur Frage des Ausbildungswertes der erbrachten Unterstützungsleistungen gab das Verteidigungsministerium im Rahmen einer parlamentarischen Anfragebeantwortung an, dass beispielsweise „durch Aufbau, Abbau, Instandhaltung und Adaptierung von Infrastruktur wie Zeltlagerbau [...] das Ausbildungsziel Feldlagerbau geübt“ worden sei. Im Übrigen würden die erbrachten Unterstützungsleistungen „eine hohe öffentliche Anerkennung“ erfahren und tragen „daher wesentlich zur Steigerung des Vertrauens der Bevölkerung in das Leistungsvermögen des Österreichischen Bundesheeres bei.“⁴³

Aus einem analytischen Gesichtspunkt ist daher festzuhalten, dass, auch wenn am 3.9.2015, dem Tag der Unterzeichnung des Verwaltungsübereinkommens zwischen dem Innen- und dem Verteidigungsministerium, nur wenige geahnt haben, welches Ausmaß

39 S die diesbezügliche Pressemitteilung auf der Website des Verteidigungsministeriums vom 12.9.2015, www.bundesheer.at/cms/artikel.php?ID=7909; 8.1.2021). Siehe auch *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 20 und 21.

40 S die Parlamentarische Anfrage 8591/J und ihre Beantwortung 8231/AB; siehe auch *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 20.

41 S die Parlamentarische Anfrage 8590/J und ihre Beantwortung 8202/AB.

42 Vom Restbetrag bekam das Verteidigungsministerium indirekt über die Budgets des Ressorts für die Jahre 2016 und 2017 einen kleinen Teil ersetzt; siehe *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 11, TZ 34 und TZ 36.

43 S die Parlamentarische Anfrage 8591/J und ihre Beantwortung 8231/AB. Gegenüber dem Rechnungshof gab das Verteidigungsministerium wiederum an, mit den Unterstützungsleistungen zwar einen beträchtlichen wehrpolitischen Nutzen, aber keinen bedeutenden Ausbildungswert erzielt zu haben, s *Rechnungshof*, Reihe Bund 2020/38 TZ 11.

die Migrationsbewegung nach und durch Österreich in den darauf folgenden Tagen und Wochen annehmen würde, doch nur ein geringer Teil der vom Bundesheer in weiterer Folge zur Bewältigung der Migrationskrise tatsächlich erbrachten Unterstützungsleistungen vom Anwendungsbereich des Verwaltungsübereinkommens umfasst war.

So betrafen die Unterstützungsleistungen – wie insb das gesamtstaatliche Transportmanagement – im Wesentlichen die Betreuung der hunderttausenden Transitflüchtenden und nur zu einem kleinen Teil die Grundversorgung von Asylwerbenden. Sie erfolgten damit überwiegend ohne rechtliche Grundlage. Dazu kommt, dass das Verteidigungsministerium letztlich einen Großteil seiner Kosten für die Erbringung der Unterstützungsleistungen nicht ersetzt bekommen hat.

Daneben steht aber auch die Annahme, dass weder bei der Durchführung von Transporten noch bei der Vorbereitung und Ausgabe von Verpflegung bzw bei allgemeinen Verwaltungstätigkeiten ein bedeutender Ausbildungswert für Soldat_innen und eine wertvolle Ergänzung bzw sinnvolle Anwendung von erlernten Ausbildungsinhalten zu erblicken ist, in einem unauflösbaren Widerspruch zum Grundsatzterlass des Verteidigungsministeriums zu den Unterstützungsleistungen.

5. Fazit

Erinnert sei zunächst daran, dass Unterstützungsleistungen mangels eigener verfassungsgesetzlicher Grundlage nur dann als zulässig erachtet werden können, wenn sie im überwiegenden militärischen Interesse liegen und primär der militärischen Ausbildung der Soldat_innen dienen. Bei dieser Beurteilung ist ein strenger Prüfmaßstab anzulegen.

Angesichts dessen ist es unzulässig, dass der Grundsatzterlass des Verteidigungsministeriums zu den Unterstützungsleistungen eine Ausnahmeregelung für unbestimmte Fälle der Erwartbarkeit eines „beträchtlichen wehrpolitischen Nutzens“ für das Bundesheer vorsieht. So kann dieser wehrpolitische Nutzen denkunmöglich unter die allgemeine Einsatzvorbereitung des Bundesheeres fallen. Insbesondere aus Gründen der „Publikumswirksamkeit“ oder der „Imagepflege“ erbrachte Unterstützungsleistungen durch das Bundesheer sind daher jedenfalls als verfassungswidrig anzusehen.

Was nun die vom Bundesheer auf Anforderung des Innenministeriums zur Bewältigung der Migrationskrise erbrachten Unterstützungsleistungen anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, dass letztlich nur ein geringer Teil vom Anwendungsbereich des Verwaltungsübereinkommens zwischen Innen- und Verteidigungsministerium umfasst war. Sie erfolgten damit überwiegend ohne rechtliche Grundlage.

Dieses Zwischenergebnis ist aber insofern unbefriedigend, als mit guten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass – vor allem in den ersten Wochen der Migrationskrise im Herbst 2015 – die Unterstützungsleistungen des Bundesheeres rund um die Versorgung und Unterbringung sowie den Weitertransport der Transitflüchtenden faktisch notwendig waren. So war nur das Bundesheer in der Lage, in dieser Anfangszeit der Krise binnen kurzer Zeit ausreichend Personal für die benötigte Unterstützung aufzustellen.

Es lag somit eine Situation vor, in der das Bundesheer notwendige und sinnvolle Unterstützungsleistungen erbrachte, diese jedoch weder unter den gleichzeitig stattfindenden sicherheitspolizeilichen Assistenzinsatz zum Grenzmanagement (Art 79 Abs 2 Z 1 lit b B-VG) noch sonst unter eine andere verfassungsrechtliche Bestimmung zu subsumieren waren.

Dieses Dilemma ließe sich in Zukunft nur dann vermeiden, würde Art 79 B-VG dahingehend novelliert werden, dass in vergleichbaren Situationen der Einsatz des Bundesheeres zur Erbringung von Unterstützungsleistungen vorgesehen wird. Eine derartige Aufgabenerweiterung des Bundesheeres sollte jedoch denkbar eng gefasst werden und sich jedenfalls auf gesamtstaatliche Notstandssituationen beschränken.

So darf davon ausgegangen werden, dass die vom Bundesheer in der ersten Phase der Bewältigung der COVID-19-Pandemie ab März 2020 erbrachten Unterstützungsleistungen dafür der erste Anwendungsfall seit der Migrationskrise im Herbst 2015 hätten sein können. Keinesfalls sollte diese Aufgabenerweiterung allerdings zu einer Rechtslage führen, in der Unterstützungsleistungen ohne relevanten Ausbildungswert für die Soldat_innen, aber mit „beträchtlichem wehrpolitischen Nutzen“, zulässig werden.

MMag. Dr. Florian Horner, MBA ist Prüfungsleiter am Rechnungshof Österreich. Der vorliegende Beitrag ist ein adaptierter Auszug aus *Horner, Die Zulässigkeit des Einsatzes des Bundesheeres zur Bewältigung der Flüchtlingskrise* (Masterthesis 2019). Die Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder; florianhorner@yahoo.de

„Ich muss insbesondere aus sicherheitspolizeilichen Gründen auf einer lückenlosen Erfassung aller jüdischen Mischlinge bestehen“

Die antisemitische Gesetzgebung während der NS-Zeit in Österreich und den Niederlanden

Andreas Schrabauer

1. Einleitung

Zwei Jahre nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten¹ in Deutschland wurde am 15.9.1935 das *Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre* und das *Reichsbürgergesetz (Nürnberger Gesetze²)* erlassen.³ Die Erste Verordnung zum *Reichsbürgergesetz* definierte, wer „Jude ist“ und als „Jude galt“. Der Fokus des vorliegenden Beitrags liegt darauf, wie diese Definition von Jüdinnen und Juden am Beispiel des annektierten Österreichs ab März 1938 und der militärisch besetzten Niederlande in juristischen Bestimmungen Eingang gefunden hatte. Es wird der Frage nachgegangen, ob und wann diese Definition in Gesetzen, Erlässen und Verordnungen vor der Einführung der *Nürnberger Gesetze* in Österreich und den Niederlanden verwendet wurde, um die Betroffenen so ihrer Existenzgrundlage zu berauben. Auch wird thematisiert, in welcher Form und zu welchen Zeitpunkten Jüdinnen und Juden in beiden Ländern registriert wurden, wobei hier auch auf die Erfassung der „Mischlinge“ und „Geltungsjüdinnen und -juden“ eingegangen wird. Im Mittelpunkt stehen weiters zentrale Persönlichkeiten im „Anschluss“-Kabinett in Österreich sowie in der Führungsriege der Verwaltungsstruktur in den besetzten Niederlanden. So rekrutierte sich das Besatzungspersonal in den Niederlanden aus einem personellen Umfeld, welches bereits bei der Vertreibung, Verfolgung und Deportation der jüdischen Bevölkerung Österreichs eine besondere Rolle innehatte und seine gewonnenen Erfahrungen im Reichskommissariat umsetzte.

1 In den Quellen und in der Literatur weist die Sprachform fast ausschließlich das generische Maskulinum auf. Oftmals wurde in diesem Artikel der Gebrauch der männlichen Form beibehalten, so wie in Quellen und der Literatur angegeben.

2 DRGBI I 1935/100.

3 Das Zitat im Titel stammt von *Hanns Rauter*, Generalkommissar für das Sicherheitswesen in den besetzten Niederlanden; Schreiben *Rauters* an *Wimmer* v 30.10.1940, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen, Mappe 1259.

2. Ausgangslage und Akteure in Österreich und den Niederlanden

Mit dem „Anschluss“ im März 1938 wurde Österreich Teil des Deutschen Reichs und das Land samt seinen Verwaltungsorganen bis 1939 an das „Altreich“ angegliedert. Wie der Historiker Gerhard Botz herausgearbeitet hat, sollte das Einsetzen von hohen NS-Funktionären in Schlüsselpositionen eine rasche Herrschaftssicherung von oben gewährleisten.⁴ Darunter befanden sich eine Reihe von Personen, die in den kommenden Jahren führende Rollen im Vernichtungsprozess einnahmen, einige davon in den Niederlanden. *Arthur Seyß-Inquart* fungierte als Bundeskanzler und Reichsstatthalter und trug wesentlich zur Eingliederung Österreichs in das Deutsche Reich bei, bevor er 1939 Stellvertreter von *Hans Frank* im Generalgouvernement wurde. Als Staatssekretär agierte der Verwaltungsjurist *Friedrich Wimmer*, der sich eigenen Aussagen zufolge aktiv am Gesetz über „die Wiedervereinigung Österreichs mit dem deutschen Reich“ beteiligte.⁵ *Hans Fischböck* war zum Minister für Handel und Verkehr ernannt worden und hatte erheblichen Anteil bei der Enteignung des Besitzes der jüdischen Bevölkerung in Österreich.⁶ Schon in den Tagen vor der Machtübernahme zeigte sich der rabiate Antisemitismus innerhalb Österreichs, als es im Land zu einer Reihe von Plünderungen und gewalttätigen Pogromen gegen Jüdinnen und Juden kam. In den darauffolgenden Wochen sollte die Beraubung seitens der Bevölkerung sowie von NS-Organisationen ein solches Ausmaß annehmen, dass diese selbst den neuen deutschen Machthabern zu weit ging.⁷ Erst durch das Einschreiten höherer NS-Funktionäre sowie durch Gesetze und Verordnungen wurden die als „wilde Arisierungen“ bezeichnete willkürliche Beraubung und Ausschreitungen nachträglich in geordnete Bahnen gelenkt und die Plünderungen langsam unter staatliche Kontrolle gebracht.⁸

Nach dem militärischen Überfall der Wehrmacht im Mai 1940 und der Niederlage der niederländischen Streitkräfte wurde im Land ein ziviler Verwaltungstypus in Form eines Reichskommissariats errichtet.⁹ Für die neuen Machthaber ergaben sich daraus eine Vielzahl an Handlungs- und Entscheidungsbefugnissen, um die politische Neuordnung

4 Vgl. Botz, Nationalsozialismus in Wien. Machtübernahme, Herrschaftssicherung, Radikalisierung 1938/39 (2008) 106 f.

5 Vgl. Urban, „... und der deutschnationale Antisemit Dr. Matthäus Much“ – Nestor der Urgeschichte Österreichs? Mit einem Anhang zur Urgeschichte in Wien während der NS-Zeit, 2. Teil, in *Archaeologia Austriaca* (2002), Nr. 86, 7 (41 f.).

6 Vgl. Witek, „Arisierungen“ in Wien. Aspekte nationalsozialistischer Enteignungspolitik 1938–1940, in *Talos/Hanischn/Neugebauer/Sieder* (Hg), NS-Herrschaft in Österreich (2002) 800.

7 Vgl. Safrian, Die Eichmann-Männer (1993) 28 f.; Safrian/Witek, Und keiner war dabei. Dokumente des alltäglichen Antisemitismus in Wien 1938 (2008) 23 f.

8 Vgl. Witek, „Arisierungen“ 798 f.

9 Eine ausführliche Quellensammlung zu den Niederlanden findet sich bei Mayer/Happel/Peers, Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933–1945, Band 5: West- und Nordeuropa 1940–Juni 1942 (2012); Happel/Lambauer/Maier-Wolthausen, Die Verfolgung und Ermordung der europäischen Juden durch das nationalsozialistische Deutschland 1933–1945, Band 12: West- und Nordeuropa Juni 1942–1945 (2015).

durchzuführen sowie Repressalien und antisemitische Maßnahmen zu vollstrecken.¹⁰ Die niederländische Administration wurde einer eigenen Herrschaftsstruktur unterstellt. In dieser war es erneut *Seyß-Inquart*, der als *Reichskommissar für die Niederlande* alle rechtlichen Mittel ausschöpfen konnte. Für die Durchführung seiner Anweisungen war es ihm möglich, auf deutsche Polizeieinheiten sowie im Bereich der Verwaltung auf niederländische Behörden – in ihren Ämtern verbliebene Generalsekretäre – zuzugreifen. Für die Ausübung seines Amtes standen dem Reichskommissar vier Generalkommissare zur Seite, die wiederum die niederländische Administration sowie die zugeordneten Generalsekretäre beaufsichtigten. Folgende Generalkommissariate wurden gebildet: (1) Generalkommissar für Verwaltung und Justiz (*Friedrich Wimmer*); (2) Generalkommissar für das Sicherheitswesen (*Hanns Rauter*); (3) Generalkommissar für Finanz und Wirtschaft (*Hans Fischböck*) und ein (4) Generalkommissar zur besonderen Verwendung (*Fritz Schmidt*).¹¹

Damit wurde vier Österreichern eine politisch und strukturell entscheidende Funktion übertragen. Abgesehen von ihrer SS-Zugehörigkeit hatten *Seyß-Inquart*, *Wimmer* und *Fischböck* bereits in Österreich höhere politische Positionen innegehabt. *Hanns Rauter* war Stabschef des paramilitärischen Steirischen Heimatschutzes – der im Jahr 1933 in die NSDAP übergang – gewesen und noch im selben Jahr ins Deutsche Reich geflüchtet, wo er Tätigkeiten in diversen NS-Organisationen ausübte. *Rauter* hatte allgemein eine Sonderrolle, denn neben seiner Funktion als Generalkommissar für das Sicherheitswesen war er Höherer SS- und Polizeiführer und somit den Weisungen von *Heinrich Himmler* unterstellt.¹²

3. Säuberung im Staatsdienst

Bereits während der Machtübernahme, am 15.3.1938, kam es in Österreich zur Verdrängung und Zwangspensionierung von Jüdinnen und Juden aus dem Staatsdienst. Im Erlass über die *Vereidigung der öffentlichen Beamten des Landes Österreichs*¹³ wurde eine Definition, wer als „Jude“ oder „Jüdin“ zu gelten hätte, festgelegt. Sie folgte den Richtlinien der *Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz der Nürnberger Rassengesetze*¹⁴, auch wenn diese im annektierten Österreich erst am 20.5.1938 offiziell in Kraft treten sollten: „*Jude ist, wer von mindestens drei der Rasse nach volljüdischen Großeltern*

10 Vgl. *Gallin*, Machtstrukturen im Reichskommissariat Niederlande, in *Bohn* (Hg), Die deutsche Herrschaft in den „germanischen“ Ländern 1940-1945 (1997) 145 (146); *Kwiet*, Reichskommissariat Niederlande. Versuch und Scheitern nationalsozialistischer Neuordnung (1968) 78.

11 Vgl. *Hirschfeld*, Fremdherrschaft und Kollaboration. Die Niederlande unter deutscher Besatzung 1940:1945 (1984) 17.

12 Vgl. *Birn*, Hanns Rauter, Höherer SS- und Polizeiführer in den Niederlanden, in *Smelser/Syring* (Hg), Die SS: Elite unter dem Totenkopf. 30 Lebensläufe (2000) 408 (412 f); *Safrian*, Und keiner war dabei. Dokumente des alltäglichen Antisemitismus in Wien 1938 (2008) 26, 131 f.

13 Vgl. Kundmachung des Reichsstatthalters für Österreich, wodurch der Erlass des Führers und Reichskanzlers über die Vereidigung der öffentlichen Beamten des Landes Österreichs bekannt gemacht wird, Gesetzblatt für das Land Österreich 1938/3.

14 Vgl. Verordnung über die Einführung der Nürnberger Rassengesetze für das Land Österreich DRGBl I 1938/594.

abstammt. Als Volljude gilt ein Großelternanteil ohne weiteres, wenn er der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat. Als Jude gilt der von zwei volljüdischen Großeltern abstammende jüdische Mischling, a) der am 16. September 1935 der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat oder danach in sie aufgenommen wird, b) der am 16. September 1935 mit einem Juden verheiratet war oder sich danach mit einem Juden verheiratet.“¹⁵

Nach dieser Definition zufolge war es künftig nicht nur „Volljuden“, sondern auch „Geltungsjuden“ verboten im Staatsdienst zu arbeiten. Der Terminus „Geltungsjude“ bezieht sich auf die im Text verwendete Formulierung „als Jude gilt“, welche Personen, die per Definition als „Mischlinge“ gelten, als „Volljuden“ einstuft.¹⁶ „Mischlinge“ hingegen blieben von der Verfolgungspolitik sowie von antisemitischen Maßnahmen verschont. In „Mischehe“ lebende Personen mussten keinen Stern tragen und waren auch de jure von späteren Deportation verschont. Dennoch war auch für sie der wachsende Verfolgungsdruck allgegenwärtig.¹⁷

In den Niederlanden war dies anders umgesetzt worden, die *Nürnberger Rassengesetze* traten erst im April 1942 in Kraft.¹⁸ Die ersten Maßnahmen gegen die jüdische Bevölkerung folgten in den Niederlanden wenige Monate nach der Besetzung und richteten sich gegen jüdische Beamt*innen. Dem aus Österreich stammenden Besatzungspersonal war diese Form der ministeriellen Säuberung nichts Neues, sondern bestens aus ihrer Zeit in Wien vertraut. Mit dieser Expertise ausgestattet, verrichteten sie nun ihre Verwaltungsarbeit im Reichskommissariat.

Den ersten Vorstoß machte *Wimmer*. Er forderte von *Snouck Hurgronje*, Generalsekretär für Auswärtige und Allgemeine Angelegenheiten, sowie von *Karel Johannes Frederiks*, Generalsekretär für Innere Angelegenheiten, nur jene Personen in den staatlichen Dienst eintreten zu lassen, die keine jüdischen Vorfahren hatten, bzw alle Staatsbedienstete zu kündigen. In einem Schreiben an die Generalsekretäre am 28.8.1940 verlangte der österreichische Verwaltungsjurist, zukünftig in den Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts keine jüdischen Beamt*innen zu ernennen, anzustellen oder zu befördern. Im selbigen Dokument legte er erstmalig eine Bestimmung vor, auf wen die Bezeichnung zutreffen solle: „Als ganz oder teilweise jüdischen Blutes ist eine Person anzusehen, die auch nur von einem Großelternanteil jüdischen Blutes [„Mischling 2. Grades“ Anm AS] abstammt. Wer der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört oder angehört hat, ist in jedem Fall als Person jüdischen Blutes anzusehen.“¹⁹

15 Vgl Erlass über die Vereidigung der öffentlichen Beamten, Gesetzblatt für das Land Österreich 1938/3.

16 Vgl *Benz*, Enzyklopädie des Nationalsozialismus (2007) 530;

17 Vgl *Hilberg*, Die Vernichtung der europäischen Juden, Band 2¹⁰ (2007) 436 f; *Gruner*, Zwangsarbeit und Verfolgung. Österreichische Juden im NS-Staat 1938–1945 (2000); *Meyer*, „Jüdische Mischlinge“. Rassenpolitik und Verfolgungserfahrung 1933–1945² (2002).

18 Vgl Rundschreiben *Harsters* betreffend die Behandlung des Judentums in den Niederlanden nach den Nürnberger Rassengesetzen v 1.4.1942, NIOD Archief 270g, Proces W. Harster, W. Zöpf, G. Slotke.

19 Schreiben *Wimmers* an die Generalsekretäre in den niederländischen Ministerien v 28.8.1940, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen und Höherer SS- und Polizeiführer, Mappe 1259.

Das an die Generalsekretäre *Frederiks* und *Hurgronje* adressierte Schreiben veranlasste beide sich mit einem Protestbrief an *Wimmer* zu richten, in dem sie auf die Grundrechte und die Möglichkeit der uneingeschränkten Religionsausübung in den Niederlanden verwiesen. Weiters merkten sie an, dass vom Reichskommissar diesbezüglich schon eine entsprechende Verordnung auszugehen hätte. Nachdem *Wimmer* eine solche in Aussicht gestellt hatte, gaben die beiden nach und führten ab 6.9.1940 die Vorgaben *Wimmers* aus, keine jüdischen Beamt*innen mehr in den Staatsdienst aufzunehmen.²⁰

Am 13.9.1940 erließ *Seyß-Inquart* eine Verordnung betreffend der *Regelung der rechtlichen und finanziellen Verhältnisse von Beamten, Angestellten und Arbeitern sowie gewisser beeideter Personen*, mittels welcher künftig die Ernennung, Entlassung und Beförderung von Personen im staatlichen Dienst geregelt werden sollte. Die Verordnung richtete sich im Wortlaut zwar nicht explizit gegen Jüdinnen und Juden, allerdings hatte *Wimmer* zwei Tage zuvor ein Schreiben an *Frederiks* und *Hurgronje* übermittelt, in welchem er seine Forderung wiederholte, keine Personen in den Staatsdienst eintreten zu lassen, die auch nur einen jüdischen Großelternanteil hätten. Zugleich verlangte er eine Auflistung über Wohnsitz, Geburtsort, Alter und Einkommen aller Personen im Verantwortungsbereich der Generalsekretäre, die mehr als zwei, zwei oder einen jüdische(n) Großelternanteil(e) hatten. *Wimmers* Forderung, ein Einstellungsverbot für jüdische Beamt*innen zu erwirken, wurde vom niederländischen Innenministerium per Rundschreiben an die Behörden weitergeleitet und ab Oktober 1940 vollstreckt, jedoch mit der Ausnahme, dass sich das Einstellungsverbot ausschließlich gegen „Volljuden“ richtete. Beim Einstellungsverbot allein blieb es nicht. Schon im November folgte die Entlassung jüdischer Beamt*innen im Staatsdienst.²¹

Ein Vergleich zwischen der Definition in Österreich und jener in den Niederlanden zeigt, dass die Kategorisierung im Reichskommissariat schrittweise erfolgte und ausschließlich gegen „Volljuden“ gerichtet war, in Österreich hingegen, wo zusätzlich die Kategorie des „Geltungsjuden“ Anwendung fand, restriktiver ausgelegt wurde. Erklären lässt sich diese Zurückhaltung in den Niederlanden durch die anfängliche Politik der Besatzungsmacht, die bei der Verdrängung der jüdischen Bevölkerung aus dem sozialen, materiellen und ökonomischen Leben noch vorsichtig agierte. Die Niederlande galten als „germanisches Brudervolk“, dessen nichtjüdische Bevölkerung für die nationalsozialistische Ideologie gewonnen und unter deutsche Führung gestellt werden sollte. Bei der Umsetzung ihrer politischen Vorhaben wollten die Besatzer keine Verstimmungen in der Bevölkerung riskieren.²² Den Generalkommissar für Verwaltung und Justiz hatte dies aber nicht daran gehindert in seinem Schreiben an die Generalsekretäre eine weit schärfere Umsetzung zu fordern, als jene, die in Österreich vollstreckt worden war. Zu diesem

20 Vgl. *Middelberg*, Judenrecht, Judenpolitik und der Jurist Hans Calmeyer in den besetzten Niederlanden 1940–1945 (2005) 154.

21 Vgl. *Middelberg*, Judenrecht 155 und 158.

22 Vgl. *Middelberg*, Judenrecht 65; *Hirschfeld*, Fremdherrschaft 25.

Zeitpunkt herrschte innerhalb des NS-Regimes eine Debatte darüber, ob auch gegen „Mischlinge 1. und 2. Grades“ schärfer vorgegangen werden sollte.²³ *Wimmers* Forderung wurde zwar nicht realisiert, aus mehreren Dokumenten geht aber hervor, dass seine Kategorisierung eine tragende Rolle bei der Ausarbeitung des Gesetzestextes zur Meldeverordnung in den Herbstmonaten 1940 sowie in der Debatte darum, wer von dieser betroffen sein sollte, spielte.²⁴ Zu einer erstmaligen Definition in einem Gesetzestext kam es im Oktober 1940 in der *Verordnung zur Anmeldung von Unternehmen*²⁵, diese bezog sich auf „Volljuden“ und „Geltungsjuden“.

4. Volkszählung vs Meldepflicht: die Erfassung der Jüdinnen und Juden

Vor der NS-Machtübernahme im März 1938 lebten in Österreich etwa 181.000²⁶ Jüdinnen und Juden sowie eine nicht näher zu bestimmende Zahl von 25.000 Personen, die nicht der jüdischen Religionsgemeinschaft angehörten, aber auf Grund der Kategorisierung der *Nürnberger Rassengesetze* als „Geltungsjuden“ definiert wurden, der überwiegende Teil davon in Wien.²⁷ Durch die rabiate Vertreibungs- und Verfolgungspolitik der Nationalsozialisten bzw die antisemitische Stimmung in der Bevölkerung mussten tausende Jüdinnen und Juden mit Ende Dezember 1938 ihre Heimat verlassen.²⁸ Am 17.5.1939 wurde eine Volkszählung durchgeführt, im Zuge welcher die Behörden auch die Jüdinnen und Juden erfassten. Laut dieser Erhebung lebten 94.530 Personen gemäß den Definitionsbestimmungen der *Nürnberger Gesetze* in Österreich.²⁹

Es wird angenommen, dass die erhobenen Daten nicht für die späteren Deportationen der jüdischen Bevölkerung verwendet wurden, da es im September 1939 zu einer weiteren Registrierung kam. Diese wurde auf Anordnung *Eichmanns* – auch wenn diesbezüglich keine Belege vorliegen – durch die mittlerweile von der SS kontrollierten jüdischen Kultusgemeinde organisiert. Bei der vier Monate nach der Volkszählung durchgeführten Erfassung wurden Name, Geburtsdatum und Adresse aufgenommen. Es ist davon auszugehen, dass bei dieser Zählung die Bestimmungen der *Nürnberger Rassengesetze* herangezogen und

23 Vgl *Meyer*, „Jüdische Mischlinge“ 29 f.

24 Schreiben *Rauters* an *Wimmer* v 12.9.1940, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen, Mappe 1259.

25 Vgl Verordnung des Reichskommissars für die besetzten niederländischen Gebiete über die Anmeldung von Unternehmen v 22.10.1940, in Reichskommissariat Niederlande, Verordnungsblatt 1940, 546 f.

26 Wie in der Literatur erwähnt und auch ein „Report of the Vienna Jewish Community“ aus dem Jahr 1940 bestätigt, handelt es sich bei dieser Zahl um einen Annäherungswert. Der Report enthält eine Grafik vom 15.3.1938, aus dem sich für Österreich die Zahl von 181.778 Jüdinnen und Juden ergibt. Vgl „Report of the Vienna Jewish Community“. A description of the Israelitische Kultusgemeinde Wien in the period from May 2nd 1938 – December 31st 1939, (1940). Archiv IKG Wien, Bestand Wien, A / VIE / IKG / II / AD / 3 / 2.

27 Vgl *Safrian/Freund*, Die Verfolgung der österreichischen Juden 1938–1945. Vertreibung und Deportation, in *Talos/Hanisch/Neugebauer/Sieder* (Hg), NS-Herrschaft in Österreich (2002) 767.

28 Vgl *Safrian*, Die Eichmann-Männer 28 f.

29 Vgl *Moser*, Demographie der jüdischen Bevölkerung Österreichs 1938–1945 (1999) 31; *Safrian/Freund*, Vertreibung und Ermordung. Zum Schicksal der österreichischen Juden 1938–1945. Das Projekt „Namentliche Erfassung der österreichischen Holocaustopfer“ (1993) 10.

somit auch „Geltungsjuden“ erfasst wurden. In der Forschungsliteratur sowie in einem „Report of the Vienna Jewish Community“³⁰ aus dem Jahr 1940 ist an dieser Stelle der Begriff „Glaubensjude“ zu finden, hinter dem sich vermutlich die beiden Kategorisierungen „Volljude“ und „Geltungsjude“ verbergen. Dem Ergebnis nach lebten 66.260 „Glaubensjüdinnen und -juden“ in Österreich. Somit war die Bevölkerungszahl der Jüdinnen und Juden seit dem März 1938 um mindestens 120.000 gesunken, da viele flüchten mussten. Im Anschluss an die von der Kultusgemeinde durchgeführte Zählung erfolgte eine Sammlung aller personenbezogenen Daten in einem Karteisystem, welches auch an die Zentralstelle für jüdische Auswanderung erging.³¹ Die von *Eichmann* geleitete Zentralstelle war eine Behörde, in deren Zuständigkeit neben der erzwungenen Ausreise sowie der Beraubung auch die späteren Deportationen der Jüdinnen und Juden aus Österreich lag.³² In den Niederlanden kam es zeitgleich mit der Entlassung bzw dem Einstellungs- und Beförderungsverbot von jüdischen Beamt*innen in den Ministerien zu den ersten vorbereitenden Schritten zur Erfassung der jüdischen Bevölkerung. Einem Schreiben *Hanns Rauters* an *Wimmer* vom 12.9.1940 ist zu entnehmen, wie ersterer sich in einem ihm vorliegenden Entwurf gegen eine Meldefrist von 20 Tagen ausspricht, da mit den vorhandenen Ressourcen eine Registrierung in solch kurzer Zeit nicht zu bewerkstelligen wäre. Insbesondere, so betonte *Rauter*, würde es so zu keiner Erfassung der „Mischlinge 1. und 2. Grades“ kommen.³³ Einige Wochen später, am 30.10.1940, sandte der Höhere SS- und Polizeiführer *Rauter* eine Antwort auf eine weitere ihm vorgelegte vierte Fassung der geplanten Verordnung. Darin spricht er sich für eine möglichst strikt normierte Definition und gegen die ihm in der Rohfassung vorliegende Variante aus, die keine Erfassung der „Mischlinge 2. Grades“ vorsah. *Rauter* blieb hartnäckig dabei eine Definition in den Gesetzestext aufzunehmen, die auch „Mischlinge 2. Grades“ beinhaltet, und verwies auf *Wimmers* Schreiben an die Generalsekretäre vom 28.8.1940, keine Beamt*innen in den Staatsdienst zu ernennen oder befördern bzw all jene zu entlassen, die auch nur einen jüdischen Großelternanteil hätten. Seine Forderung begründete er wie folgt: „Ich muss insbesondere aus sicherheitspolizeilichen Gründen auf einer lückenlosen Erfassung aller [Hervorhebung i. O.] jüdischen Mischlinge bestehen, und zwar 1.) um erstmalig zuverlässige Unterlagen über die Situation jüdischer Mischlinge in den Niederlanden zu gewinnen, 2.) um eine Übersicht über den Grad der Beeinflussung der verschiedensten Lebensgebiete durch Personen jüdischen Blutes zu erhalten.“³⁴

30 Vgl. „Report of the Vienna Jewish Community“.

31 Vgl. *Exner/Schimany*, Amtliche Statistik und Judenverfolgung. Die Volkszählung von 1939 in Österreich und die Erfassung der österreichischen Juden, Geschichte & Gesellschaft 32 (2006) 108 f.; *Exner/Schimany*, Bevölkerungsstatistik und Bevölkerungswissenschaft in Österreich 1938 bis 1955. Schriften des Instituts für Demographie der Österreichischen Akademie der Wissenschaften. Bd 21 (2007), 77 f.; *Anderl/Rupnow*, Die Zentralstelle für jüdische Auswanderung als Beraubungsinstitution (2004).

32 Vgl. *Safrian*, Die Eichmann-Männer 36 f.

33 Schreiben *Rauters* an *Wimmer* v 12.9.1940, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen, Mappe 1259.

34 Schreiben *Rauters* an *Wimmer* v 30.10.1940, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen, Mappe 1259.

Insgesamt waren zwischen den Generalkommissariaten neun Entwürfe zur Durchsicht und Überarbeitung hin und her verschickt worden, ehe am 10.1.1941 mit der *Meldepflicht von Personen, die ganz oder teilweise jüdischen Blutes sind*³⁵ die Rechtsgrundlage für die Erfassung der jüdischen Bevölkerung vorlag. Die Bestimmungen betrafen alle Personen mit einem jüdischen Großelternanteil, also neben „Volljuden“ auch die „Mischlinge 1. Grades“ und „Mischlinge 2. Grades“. Im Konkreten entspricht dies *Wimmers* Definition bei der anfangs geforderten Entlassung bzw dem Einstellungs- und Beförderungsverbot jüdischer Beamt*innen im Staatsdienst, eben jener, die *Rauter* in den vergangenen Monaten so vehement eingefordert hatte und in die Verordnung mitaufnehmen wollte.

Ein Verordnungsabschnitt regelte die behördlichen Formalitäten: So musste die Anmeldung schriftlich bei den jeweiligen Einwohnerämtern vorgenommen werden und umfasste die Nennung von Vor- und Zuname, Geburtstag, -monat und -ort sowie Angaben zu Wohnsitz, zur Staatsangehörigkeit, zum Religionsbekenntnis, zur beruflichen Tätigkeit und zur Lebensgemeinschaft (ledig, verheiratet, geschieden, verwitwet). Alle nach dem 30.1.1933 in die Niederlande eingewanderte Jüdinnen und Juden hatten ihren ehemaligen Wohnort anzugeben bzw Angaben über die Anzahl der jüdischen Großeltern zu tätigen. Eine Gefängnisstrafe von fünf Jahren wurde jenen angedroht, die versuchten sich der Registrierung zu entziehen.³⁶

Im Spätsommer 1941 lag ein Ergebnis vor, welches *Wimmer* an sämtliche Dienststellen im Reichskommissariat übermittelte. Insgesamt kam es im Melderegister zu mehr als 160.000 Eintragungen. Entsprechend dieser Kategorisierung existierten in den Niederlanden ca 140.000 „Volljuden“, die Zahl der „Mischlinge 1. Grades“ umfasse etwa 14.500 und jene der „Mischlinge 2. Grades“ etwa 5.700 Personen.³⁷

Noch in den Wochen vor der Veröffentlichung machten immer wieder Zweifel die Runde, ob sich tatsächlich alle der entsprechend der Meldeverordnung Aufgeforderten auch registrieren hatten lassen. So ging *Rauter* im Vorfeld von Anmeldungen im Umfang von 200.000 bis 250.000 Jüdinnen und Juden aus, eine weit höhere Zahl, als mit dem Endergebnis vorlag. Ebenso hielt *Rauter* – und auch *Wimmer* teilte diese Ansicht – die Datensätze zu den „Mischlingen 1. und 2. Grades“ im Melderegister für viel zu gering.³⁸ Aus diesem Grund gab der Höhere SS- und Polizeiführer am 1.7.1941 eine Presseverlautbarung in Auftrag, in welcher er die Jüdinnen und Juden sowie „*Personen teilweise jüdischen Blutes*“ aufforderte, der Meldeverordnung nachzukommen. *Rauter* verlängerte die Registrierungspflicht bis zum 20.7.1941 und drohte bei Verweigerung – entgegen der in der Verordnung vorgesehen Gefängnisstrafe – mit der Verschickung in ein Arbeitsla-

35 Vgl Verordnung des Reichskommissars für die besetzten niederländischen Gebiete über die Meldepflicht von Personen, die ganz oder teilweise jüdischen Blutes sind v 10.01.1941, in Reichskommissariat Niederlande, Verordnungsblatt 1941, 21 f.

36 Vgl Verordnung des Reichskommissars v 10.01.1941, in Reichskommissariat Niederlande, Verordnungsblatt 1941, 21 f.

37 Schreiben des Generalkommissars *Wimmer* v 5.9.1941, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen, Mappe 1260.

38 Aktenvermerk *Rauters* v 21.5.1941, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen, Mappe 1259.

ger.³⁹ An *Rauters* Pressemitteilung lässt sich die ideologische Sichtweise der lokalen Machthaber und ihrer verhärteten *Sicherheitspolitik* ablesen, die zum einen durch die Vorstellung mit einer weit größeren Zahl an Jüdinnen und Juden konfrontiert zu sein, geprägt war, obwohl die Faktenlage ein ganz anderes Bild lieferte; und zum anderen durch den andauernden Versuch, die jüdische Bevölkerung unter eine Art Generalverdacht zu stellen.

Ein Vergleich der Erfassungsmethode der jüdischen Bevölkerung im Reichskommissariat mit jener in Österreich zeigt, dass die in den Niederlanden durchgeführte Registratur mit äußerster statistischer Präzision erfolgte. Vor allem sticht die aufwändige Generierung von Datensätzen hervor, die in anderen von den Nationalsozialisten besetzten Gebieten nicht in solch umfassendem Ausmaß stattfanden. In Ländern wie Frankreich oder Belgien, aber auch in vielen osteuropäischen Ländern nahm die Registrierung der jüdischen Bevölkerung bei weitem nicht jene Ausmaße an, wie im Reichskommissariat.⁴⁰

5. Resümee

Antisemitische Maßnahmen wurden in beiden Ländern zu unterschiedlichen Zeitpunkten und in unterschiedlicher Form durchgesetzt. Während im annektierten Österreich der rabiate Antisemitismus in der Bevölkerung umgehend nach der Machtübernahme zu willkürlichen gewaltsamen Ausschreitungen gegen Jüdinnen und Juden führte und erste juristische Schritte relativ schnell erfolgen mussten, war die Ausgangslage in den besetzten Niederlanden eine andere. Nach der Besetzung des Landes kam es dort zu keinen Pogromen gegen die Jüdinnen und Juden, so wie in Wien, sondern es ging hier zunächst noch darum, die Bevölkerung für die nationalsozialistische Ideologie zu gewinnen. Erste Maßnahmen gegen Jüdinnen und Juden gab es vorerst nur sukzessive. Das aus Österreich stammende Besatzungspersonal in den Niederlanden musste seine in Wien erarbeiteten Vertreibungs- und Verfolgungspraktiken auf die Situation im Reichskommissariat anpassen.

Konnte in Österreich die „Säuberung“ der Ministerien sofort nach dem „Anschluss“ durchgeführt werden, geschah dies in den Niederlanden nicht offiziell per Gesetz, sondern erst Wochen später durch ein internes Schreiben *Wimmers* an die niederländischen Behörden. Zwar agierten der Reichskommissar und die Generalkommissare anfangs noch zurückhaltend, doch zeigt sich bereits bei der Kündigung und Zwangspensionierung der Beamt*innen, wie restriktiv *Wimmer* die Definition, wer „Jude“ war, umsetzen wollte. Er forderte, dass keine „Mischlinge 2. Grades“ mehr im Staatsdienst tätig sein sollten, strenger als dies in Österreich vor Einführung der *Nürnberger Rassengesetze* im Mai 1938 der Fall war. Es folgten aber Proteste niederländischer Generalsekretäre, die

39 Presseverlautbarung v 1.7.1941, NIOD Archief 77, Generalkommissar für das Sicherheitswesen, Mappe 1259.

40 Vgl *Middelberg*, Judenrecht 211 f.

sich mit Verweis auf die Grundrechte sowie die uneingeschränkte Religionsausübung gegen *Wimmers* Forderung stellten. Die ministerielle Arbeit blieb vorerst nur „Volljuden“ untersagt. In Österreich hingegen hatte es im März 1938 keine Proteste solcher Art gegeben.

Auch bei der Erfassung und Registrierung der Jüdinnen und Juden im Jahr 1939 treten Unterschiede hervor. In Österreich kam es zu einer Volkszählung auf Basis der Bestimmungen der *Nürnberger Rassengesetze* bzw zu einer weiteren von den Nationalsozialisten erzwungenen, von der Jüdischen Kultusgemeinde organisierten, Registrierung. Bei der zweiten Zählung lässt sich nicht eindeutig klären, nach welchen Kriterien die Personen ausgewählt wurden, es ist aber zu vermuten, dass dies nach den Kategorisierungen „Volljude“ und „Geltungsjude“ geschah.⁴¹ In den Niederlanden wurden die *Nürnberger Rassengesetze* erst im April 1942 eingeführt. Die Erfassung der jüdischen Bevölkerung setzte man auf Basis einer eigenen Verordnung durch. Vor allem das rücksichtslose Vorgehen der Generalkommissare *Wimmer* und *Rauter* ermöglichte aber überhaupt erst eine derart lückenlose Registratur, denn bei der Ausarbeitung des Gesetzestextes zur Meldeverordnung für Jüdinnen und Juden ab dem Herbst 1940 beharrten sie mit Vehemenz auf eine Formulierung, die sich auch gegen „Mischlinge 2. Grades“ richtete, die letztendlich auch umgesetzt wurde, und die *Wimmer* bereits Monate zuvor bei der Kündigung und Zwangspensionierung im Staatsdienst einforderte. Das vehemente Vorgehen *Wimmers* gegen die „Mischlinge“ fußt in der Vermutung, dass er, so wie andere Funktionäre im NS-Regime, ein härteres Vorgehen gegen „Mischlinge 1. und 2. Grades“ forderte.

MMag. Andreas Schrabauer studierte Geschichte und Germanistik an der Universität Wien. In seinen Forschungen beschäftigt er sich u.a mit der Besatzungs- und Verfolgungspolitik im Reichskommissariat Niederlande; andreas.schrabauer@gmx.at

41 Vgl *Exner/Schimany*, Bevölkerungsstatistik 80.

Thema: Rechtsvertretung

Vorwort der Gastherausgeber*innen

Jakob Fux / Emanuel Matti / Antonia Wagner

Nicht jede*r ist in der Lage seine* ihre Rechte und Interessen gegenüber staatlichen Stellen und Privatpersonen selbstständig zu vertreten. Oft richten Prozessordnungen hohe Anforderungen an die effektive Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Für Personen, die nicht selbst in der Lage sind, ihre Interessen bestmöglich zu verfolgen, sei es aufgrund von Minderjährigkeit, Gesundheitszustand oder Komplexität des Verfahrens, trifft das Recht daher vielfältige Vorkehrungen, diese bei der Rechtsdurchsetzung zu unterstützen. Vor diesem Hintergrund stellt Vertretung eine Kernaufgabe juristischer Tätigkeit dar. Vorliegender Schwerpunkt setzt sich mit unterschiedlichen Rechtsfragen dazu auseinander.

Inwieweit ist Rechtsvertretung bereits grundrechtlich vorgezeichnet? Damit beschäftigt sich *Jasmin Ziegelbecker* mit Blick auf den Grundsatz der Waffengleichheit und deren Anforderungen an die Verfahrensausgestaltung der österreichischen Prozessordnungen. Dabei untersucht sie die grundrechtliche Durchdringung des Straf-, Zivil- und Verwaltungsverfahrens sowie des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

Besonders sichtbar wird staatliche Macht im Strafverfahren und Waffengleichheit kann weitgehend nur durch anwaltliche Vertretung bzw Verteidigung sichergestellt werden. Die Strafprozessordnung kennt detaillierte Regelungen zur (notwendigen) Verteidigung. Mit der Machthabervollmacht ist im österreichischen Prozessrecht etwa die weitestgehende Form der Vertretung vorgesehen, wenn dem*der Machthaber*in in der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht sogar die Stellung des*der Angeklagten zukommt.¹ Aufgrund der Bedeutung des Prozessrechts für die Strafverteidigung widmen sich daher auch gleich mehrere Beiträge im Rahmen dieses Schwerpunkts diesem Themenkomplex. *Alexia Stuefer* beschäftigt sich in ihrem Beitrag aus wissenschaftlicher Perspektive mit der Ästhetik des Strafverfahrens und kennt deren Grenzen aus eigener anwaltlicher Praxis. Sie untersucht die Strafverteidigung im Spannungsfeld zwischen Faktizität und Normativität und kommt zum Schluss, dass unter anderem die Digitalisierung zu Verfahrensgerechtigkeit und gleichzeitig zur Ästhetik des Strafverfahrens beitragen wird.

1 § 455 Abs 3 Strafprozessordnung (StPO) BGBl 1975/631 idF BGBl I 2007/93.

Wer benötigt Vertretung und wie wird die Qualität der Verteidigung für besonders vulnerable Personen, wie etwa im Bereich der Jugendgerichtsbarkeit oder der Erwachsenenvertretung sichergestellt? Hier hat das Prozessrecht nicht nur den Anforderungen der Verfassung gerecht zu werden, sondern auch den internationalen und europäischen Vorgaben.² Gleich zwei unserer Autor*innen schauen genau hin, inwieweit die österreichische Rechtslage diese Vorgaben umsetzt:

Katharina Beclin widmet sich den Verteidigungsrechten von Jugendlichen im Strafverfahren. Mit 1. Juni 2020 wurde die notwendige Verteidigung Jugendlicher erweitert. Diese Novellierung ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, dennoch zeigt *Beclin* Lücken in der österreichischen Umsetzung auf.

Martin Marlovits zeichnet in seinem Beitrag „Die Welt nach meinen Wünschen und Vorstellungen“ die gesetzliche Entwicklung durch das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz³ nach, die zu verstärkter Selbstbestimmung für Menschen mit psychischen Erkrankungen oder intellektuellen Beeinträchtigungen führt. Im Gegensatz zu den bisherigen Regelungen des Sachwalterrechts, nach denen der Wille der Vertretenen im Zweifel gegenüber dem Schutz vor (vermögensrechtlichen) Schäden das Nachsehen hatte, ist nunmehr der gesetzliche Grundstein für die Berücksichtigung einer selbstbestimmten Lebensführung gelegt – ganz im Sinne eines Vorrangs des „supported decision making“ vor „substitute decision making“.

Sind Parteien in gerichtlichen Verfahren unvertreten, so trifft das Gericht die Manuduktionspflicht.⁴ Diese ist im Fall der anwaltlichen Vertretung eingeschränkt, weil davon ausgegangen wird, dass Anwält*innen über die notwendigen Kenntnisse verfügen, um die Verfahrensrechte der Betroffenen zu wahren. Gerade im Bereich der Verfahrenshilfe zeigt sich jedoch in der Praxis, dass Verfahrenshelfer*innen mit den Spezifika des ihnen aufgetragenen Verfahrens oftmals nicht hinreichend vertraut sind. Anwält*innen sind regelmäßig auf gewisse Fachgebiete spezialisiert, die Verfahrenshilfebestellungsmodalitäten nehmen darauf jedoch keine Rücksicht.⁵ Problematisch kann dies im Fall der notwendigen Verteidigung sein, selbst wenn Betroffene sich ihre Verteidigung nicht ausgesucht haben, müssen sie dennoch – auf Grund der eingeschränkten Manuduktionspflicht – auf deren Expertise vertrauen.⁶

2 Im Bereich des Jugendstrafverfahren zählt dazu zB die RL 2016/800/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind ABl L 2016/132, 1.

3 2. Erwachsenenschutz-Gesetz BGBl 2017/59.

4 Vgl zur Manuduktionspflicht im bezirksgerichtlichen Verfahren *Bauer* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK StPO § 457 Rz 3 (Stand 1.12.2020, rdb.at) mwN.

5 Vgl *Kolda*, Verfahrenshilfe: Mehr Roulette als Garantie, diepresse.com 8.1.2017, www.diepresse.com/5150756 (16.4.2021).

6 S aber OGH 9.3.2016, 13 Os 147/15i: „Eine aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO relevante Anleitungspflicht gegenüber dem Verteidiger besteht grundsätzlich nicht. Nur wenn ein vom Gericht beigegebener Verteidiger (§§ 61 f StPO) offenkundig versagt, folgt aus Art 6 EMRK eine auch das Gericht treffende Verpflichtung zur Vorsorge. Diese kann in Anleitung zu sachgerechter Antragstellung im Einzelfall bestehen, erforderlichenfalls aber auch in einer Vertagung, um die ordnungsgemäße Pflichtverteidigung sicherzustellen.“

Mit dem Instrument der Verfahrenshilfe setzt sich *Micha Kriebner* in seinem Beitrag auseinander. Dieses Rechtsinstrument, das in den zentralen Prozessordnungen vorgesehen ist und eine grundrechtliche Schlagseite⁷ aufweist, wird aus anwaltlicher Sicht vor allem auf Grund der Kostenersatzregelung und dem Verteilungsmechanismus kritisiert. Mit 1.1.2021 wurde die Rechtsberatung im Asylverfahren umgestaltet und damit fand der politische und gesetzgeberische Prozess zur Sicherstellung der Unabhängigkeit dieser Tätigkeit ein vorläufiges Ende. Wie *Sebastian Frik* jedoch aufzeigt, bestehen Zweifel an der Unabhängigkeit der Rechtsberatung der Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen GmbH, die als Komplementärmechanismus im Asyl- und fremdenpolizeilichen Verfahren das Recht auf Verfahrenshilfe nach § 8a VwGVG ersetzt. Er kritisiert insbesondere das Fehlen institutioneller Garantien und die mangelnde Transparenz der Rahmenvereinbarung, welche die Unabhängigkeit der einzelnen Rechtsberater*innen absichern soll.

„Effektivität“ – wenn dieses Wort mehr als ein Schlagwort sein soll, dann braucht es im Bereich der Rechtsvertretung klare und umfassende gesetzliche Rahmenbedingungen. Wie der VfGH⁸ und der EGMR⁹ festhalten, darf das Recht auf Vertretung bzw. Verteidigung nicht bloß theoretisch und illusorisch bleiben, sondern besteht eine Pflicht des Staates, die Rechtssysteme entsprechend auszugestalten. Wie die Beiträge aufzeigen, reicht die bloße Existenz einer Rechtsvertretung zur effektiven Rechtsdurchsetzung nicht aus. Die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen zeigt sich dabei in sämtlichen von den Autor*innen behandelten Verfahrensarten. Folglich liegt es an den gesetzlichen Vorgaben sowie an den handelnden Vertreter*innen und staatlichen Akteur*innen gleichermaßen, das Recht auf Vertretung nicht zum Selbstzweck verkommen zu lassen, sondern im Gegenteil Rechte und Interessen Betroffener wirksam zu sichern.

Jakob Fux, BA ist Universitätsassistent prae doc am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht der Wirtschaftsuniversität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; jakob.fux@wu.ac.at

Dr. Emanuel Matti ist fachlicher Leiter für Sozial- und Mietrecht der Diakonie Flüchtlingsdienst gemeinnützige GmbH und Redaktionsmitglied des *juridikum*; emanuel.matti@diakonie.at

Dr.ⁱⁿ Antonia Wagner ist derzeit in Karenz und Redaktionsmitglied des *juridikum*; antonia.wagner@wu.ac.at

7 VfSlg 19.989/2015 mwN.

8 VfSlg 19.989/2015 mwN.

9 EGMR 26.2.2002, 46800/99, *Del Sol* Rn 21.

Verstaatlichte Rechtsberatung im Asylverfahren

Die BBU-GmbH und die Frage der Unabhängigkeit der Rechtsberatung

Sebastian Frik

1. Kurze Geschichte der BBU

Mit Stichtag 1.1.2021 hat die Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen GmbH – kurz BBU – die Durchführung der Rechtsberatung vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) gem § 49 BFA-Verfahrensgesetz (BFA-VG)¹ sowie dem Bundesverwaltungsgericht gem § 52 leg cit übernommen. Die bis dahin von der ARGE Rechtsberatung und dem Verein Menschenrechte Österreich durchgeführte Rechtsberatung im asyl- und fremdenrechtlichen Verfahren wurde somit, wie vom damaligen Bundesminister für Inneres (BMI) *Kickl* gefordert, verstaatlicht. So sollte der „Einfluss“ der NGOs verringert und eine „realistische Beratung“ geboten werden, was bedeutet, „dass man vielen [Asylwerber*innen] von Anfang sagen muss: es ist ein sinnloses Unterfangen was du hier betreibst“.² Bereits im Regierungsprogramm der ÖVP-FPÖ-Koalition von 2017 wurde die Errichtung der BBU mit dem Ziel festgeschrieben, unabhängige und objektive Rechtsberatung im asyl- und fremdenpolizeilichen Verfahren zu bieten.³

Die Geschäftsanteile der BBU stehen gem § 1 Abs 5 BBU-Errichtungsgesetz (BBU-G)⁴ zu 100 % im Eigentum des Bundes und obliegt die Ausübung der Gesellschafterrechte gem Abs 6 leg cit dem BMI. Somit sind sowohl die BBU, als auch das für die Vollziehung des BFA-VG, des Asylgesetzes 2005 (AsylG)⁵ und wesentlicher Teile des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG)⁶ zuständige BFA dem BMI als zuständige Behörde untergeordnet. An diesem Punkt, der Ansiedlung von Entscheidungsinstanz sowie Parteienvertretung im direkten Einflussbereich derselben Oberbehörde, setzte der Großteil der Kritik an, welche die Unabhängigkeit der Rechtsberatung als gefährdet ansah. Zahlreiche Akteur*innen der Zivil-

1 Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden BGBl I 2012/87 idF BGBl I 2020/146.

2 NN, Kickl: Neue Asyl-Agentur kommt, oe24.TV 16.10.2018, www.oe24.at/oesterreich/politik/kickl-neue-asyl-agentur-kommt/352507534 (5.3.2021).

3 ÖVP/FPÖ, Zusammen. Für unser Österreich. Regierungsprogramm 2017–2022 (2017) 35.

4 Bundesgesetz über die Errichtung der Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (BBU-G) BGBl I 2019/53.

5 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (AsylG) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2021/54.

6 Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreiseteil (FPG) BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2020/146.

gesellschaft, wie etwa der NGO-Zusammenschluss #Fairlassen, kritisierten das Ende einer unabhängigen Rechtsberatung und die mangelnde externe Kontrolle des staatlichen Asylsystems.⁷ Kritik an dem BBU-G äußerten ua auch der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK)⁸, die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter (RIV)⁹, das UN-Flüchtlingshochkommissariat (UNHCR)¹⁰ sowie der damalige oberösterreichische Landesrat und ehemalige Bundesminister für Soziales *Anschober*.¹¹ Trotz dieser Kritik wurde das Gesetz unter der Regierung *Kurz I* am 16.5.2019 vom Nationalrat beschlossen und bekannten sich die Grünen im Regierungsprogramm 2020 zur Umsetzung des BBU-G.¹² Der vorliegende Beitrag richtet den Fokus auf einige der Kritikpunkte, welche bereits im vorparlamentarischen Gesetzgebungsverfahren aufgebracht wurden und beleuchtet die Umsetzung der BBU-Rechtsberatung unter der Regierung *Kurz II*. Besonderes Augenmerk soll der Frage der tatsächlichen Unabhängigkeit der Rechtsberatung sowie der Transparenz der internen Regelungen in Hinblick auf unionsrechtliche Forderungen gewidmet werden. Hierfür soll nach einem kurzen Abriss über den strukturellen Aufbau der BBU-Rechtsberatung (2.) auf die grundrechtlichen Anforderungen der Verfahrenshilfe im Asylverfahren und sich daraus ergebende Probleme eingegangen werden (3.). Sodann werden vier strukturelle Aspekte der BBU-Rechtsberatung analysiert und in Hinblick auf die grundrechtlichen Bestimmungen kritisch betrachtet (4.), um dann zu einem abschließenden Fazit (5.) zu kommen.

2. Aufbau der Rechtsberatung

Während das BFA als Erstbehörde im asyl- und fremdenrechtlichen Verfahren eine dem BMI unmittelbar nachgeordnete Behörde ist, handelt es sich bei der BBU um eine GmbH, die in alleinigem Eigentum des Bundes steht und aufgrund der alleinigen Gesellschafterrechte beim BMI, mit diesem organisatorisch eng verknüpft ist. Während die Bestellung der Geschäftsführer*innen dem BMI obliegt, hat die Bundesministerin für Justiz (BMJ) gem § 9 BBU-G die Bereichsleitung für die Rechtsberatung zu bestellen. Nähere Regelungen zur Organisation der Rechtsberatung sind nicht im BBU-G geregelt, sondern können gem § 9 Abs 2 leg cit in einem Rahmenvertrag (RV) gem § 8 leg cit festgelegt werden. Dieser wurde am 30.11.2020 durch die BBU und das BMI unterfertigt; eine Veröffentlichung erfolgte unter Verweis auf die Amtsverschwiegenheit gem Art 20 Abs 3 B-VG nicht.¹³ Zur inhaltlichen Ausgestaltung der Rechtsberatung finden sich die wesentlichen Normen in § 13 BBU-G, wobei als grundlegende Punkte festgeschrieben sind, dass die

7 *Asylkoordination Österreich*, Website zur Kampagne #Fairlassen, www.fairlassen.at/rechtsstaat (12.3.2021).

8 ÖRAK, 24 SN 127/ME 26 GP.

9 RIV, 7 SN 127/ME 26 GP.

10 UNHCR, 15 SN 127/ME 26 GP.

11 *LR Anschober*, 23 SN 127/ME 26 GP.

12 *ÖVP/Die Grünen*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024 (2020) 197.

13 BMI, 4145/AB v 13.1.2021 zu 4142/J, 27. GP 2.

Rechtsberater*innen ihre Aufgabe unabhängig und weisungsfrei wahrzunehmen sowie die Beratungstätigkeit objektiv und nach bestem Gewissen durchzuführen haben.

Wesentlichen Einfluss auf die Ausgestaltung der Rechtsberatung kommt dem Aufsichtsrat zu. Dieser besteht gem § 10 BBU-G aus zwölf Mitgliedern, wobei sechs vom BMI, jeweils einer vom BMJ und Bundesminister für Finanzen (BMF) und vier weitere von der innerbetrieblichen Interessensvertretung bestellt werden. Für die Unabhängigkeit der Rechtsberatung ist hervorzuheben, dass es dem Aufsichtsrat obliegt zu entscheiden, ob es sich bei einer Weisung der Geschäftsführung an die Bereichsleitung Rechtsberatung um eine zulässige dienstliche oder eine unzulässige fachliche Weisung handelt. Weiters ist seine Zustimmung bei Änderungen des Umfangs der eingeräumten Handlungsvollmacht der Bereichsleitung sowie bei strittigen Entlassungen und Kündigungen von Rechtsberater*innen nötig.¹⁴ Neben dem Aufsichtsrat wurde im Regierungsprogramm der Regierung *Kurz II* die Schaffung eines Qualitätsbeirats zur zusätzlichen Absicherung der Unabhängigkeit der Rechtsberatung angekündigt, welcher am 21.12.2020 seine konstituierende Sitzung abhielt.¹⁵

Wohlgleich Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Rechtsberater*innen somit im BBU-G eindeutig normiert sind, gibt es aufgrund der Auslagerung wesentlicher systemischer Regelungen der Rechtsberatung in den RV und den möglichen indirekten Einfluss über Aufsichts- und Qualitätsbeirat einige Punkte, die eines näheren Blickes bedürfen.

3. Unions- und grundrechtliche Ausgangslage

Die wichtigste primärrechtliche Grundlage des Anspruchs auf Rechtsvertretung findet sich in Art 47 GRC, welcher ua das Recht sich beraten, verteidigen und vertreten zu lassen sowie das Recht auf Prozesskostenhilfe beinhaltet. Gem Art 47 GRC muss Prozesskostenhilfe immer dann gewährt werden, wenn der Zugang zu Gericht ohne Unterstützung eines*r Rechtsanwält*in nicht effektiv wäre; denn die in der GRC garantierten Rechte müssen nicht nur theoretisch gewährleistet werden, sondern praktisch und wirksam sein.¹⁶ Der Begriff *Faires Verfahren* gem Art 47 GRC bzw Art 6 EMRK¹⁷ umfasst ua das Recht auf Waffengleichheit und das Recht einen Rechtsbeistand zu konsultieren. Wenn ein*e Anwält*in im Rahmen eines Gerichtsverfahrens oder in dessen Vorbereitung verpflichtet wäre mit öffentlichen Stellen zu kooperieren oder Informationen zu übermitteln, könnte er*sie – vorbehaltlich etwaiger Sonderbestimmungen wie §§ 8a bis 8f Rechtsanwaltsordnung (RAO)¹⁸– den Aufgaben der Beratung und Vertretung nicht in

14 *BMJ*, 3802/AB v 14.12.2020 zu 3759/J, 27. GP 10 f.

15 *ÖVP/Die Grünen*, Regierungsprogramm 2020, 197. *BMI*, 4145/AB v 13.1.2021 zu 4142/J, 27. GP 8.

16 *Stern*, Rechtsberatung für Asylsuchende (2012) 166.

17 Laut den Erläuterungen zur GRC stützt sich Art 47 GRC maßgeblich auf Art 6 EMRK und ist die Rsp des EGMR für die Rechtsauslegung des Art 47 GRC heranzuziehen, wobei dieser von seinem Schutzbereich über jenen des Art 6 EMRK hinausgeht. Vgl *Kröll* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), GRC-Kommentar² (2019) Art 47 Rz 2.

18 Rechtsanwaltsordnung RGBI 1868/96 idF BGBl I 2020/156.

angemessener Weise nachkommen und wären dem*r Mandant*in somit die in Art 6 EMRK gewährten Rechte genommen.¹⁹

Die Unabhängigkeit von Rechtsanwält*innen ist ein wesentlicher Teil des Grundrechts auf ein faires Verfahren. Innerstaatlich ist dies etwa in den §§ 9 und 10 RAO umgesetzt, wonach das Gebot der anwaltlichen Verschwiegenheit eine der tragenden Säulen des Anwaltsberufs ist und ein unverzichtbares Kernelement der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechts auf ein faires Verfahren bildet.²⁰ Aus dem in § 10 Abs 1 RAO normierten Doppelvertretungsverbot lässt sich ableiten, dass Rechtsanwält*innen verpflichtet sind, bereits den Anschein einer Befangenheit zu vermeiden – „hierzu kommt es vor allem auf den äußeren Anschein an, dh wie sich die Situation aus Sicht der rechtssuchenden Bevölkerung darstellt“.²¹ Sekundärrechtlich normiert Art 21 Abs 2 lit b VerfahrensRL²² als Voraussetzung für die unentgeltliche Rechtsberatung und Vertretung im Asylverfahren, dass diese durch Rechtsanwält*innen oder sonstige Rechtsberater*innen, die nach nationalem Recht eigens zur Unterstützung und Vertretung von Antragsteller*innen bestimmt werden, zu erfolgen hat.

Schon aus grundrechtlicher Perspektive muss sich jegliche Alternative zur Prozesskostenhilfe durch Rechtsanwält*innen am Maßstab ihrer Unabhängigkeit messen lassen.²³ Auch aus einer systematischen Lesart des Sekundärrechts ergibt sich, dass dieses wesentlich gleiche Anforderungen an Rechtsanwält*innen und sonstige Rechtsberater*innen stellt.²⁴ Diese Regelungen sind von Bedeutung, da die Regierungsvorlage explizit vorsieht, dass die Rechtsvertretung durch Mitarbeiter*innen der BBU der Verfahrenshilfe gem § 8a Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)²⁵ vorgeht und als gleichwertiger Ersatz für die Verfahrenshilfe durch Rechtsanwält*innen gelten soll, womit sie dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf Rechnung tragen möchte.²⁶ Das Problem der Äquivalenz von Verfahrenshilfe gem § 8a VwGVG und des Rechtsberatungssystems im Asyl- und Fremdenrecht ist kein neues. Bereits die alte Regelung war problematisch, da eine Rechtsberatung durch Rechtsvertreter*innen einer NGO nicht auf demselben strukturellen Niveau steht, wie jene durch Rechtsanwält*innen.²⁷ Neben unionsrechtlichen ergeben sich hier auch gleichheitsrechtliche Probleme, auf welche jedoch in diesem Beitrag nicht näher eingegangen werden kann.²⁸

Als Fazit dieser Ausführungen kann jedenfalls der weiteren Analyse vorangestellt werden, dass Art 47 GRC nicht nur die Unabhängigkeit der Rechtsvertretung und Waffen-

19 EuGH 26.6.2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, ECLI:EU:C:2007:383, Rn 32.

20 *Lehner* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek* (Hrsg), Rechtsanwaltsordnung¹⁰ (2018) § 9 Rz 24.

21 *Rohregger* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek* (Hrsg), Rechtsanwaltsordnung¹⁰ (2018) § 10 Rz 11.

22 Richtlinie 2013/32/EU des EP und des Rates v 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Anerkennung des internationalen Schutzes (Neufassung) ABl L 2013/180, 60.

23 *Stern*, Rechtsberatung 166.

24 *Stern*, Rechtsberatung 189.

25 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2020/119.

26 ErläutRV 594 BlgNR 26. GP 6.

27 *Stern*, Verfahrenshilfe und Rechtsberatung – Neue Entwicklungen und alte Fragen, in *Filzweisner/Taucher* (Hrsg), Jahrbuch Asyl und Fremdenrecht 2016, 151 (166 ff).

28 Vgl *Stern*, Jahrbuch 2016, 151 (168).

gleichheit im Verfahren fordert, sondern wesentlich gleiche Anforderungen an die Unabhängigkeit von Rechtsberater*innen stellt, wie sie auch für Rechtsanwält*innen gelten.²⁹ Bereits der Anschein der Befangenheit der Rechtsvertretung iSe Interessenskollision ist somit ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren.³⁰ Eine Regelung welche in der rechtssuchenden Öffentlichkeit den Anschein erwecken würde, die Rechtsvertretung könne nicht unabhängig agieren wäre mit Art 47 GRC inkompatibel.³¹

3.1. Anschein der Befangenheit der BBU-Rechtsberatung

Selbst wenn die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Rechtsberatung tatsächlich rechtlich abgesichert wäre, ist für die Anscheinsbefangenheit ein geringerer Maßstab anzusetzen, wobei die Frage zu stellen ist, ob die Unabhängigkeit auch für die Asylwerber*innen als relevante rechtssuchende Bevölkerungsgruppe klar erkennbar ist. So Asylwerber*innen begründete Zweifel an der Unabhängigkeit der Rechtsberatung hegen, wäre dies im Lichte der wirksamen Ausgestaltung der Prozesskostenhilfe problematisch, zumindest in einem Spannungsverhältnis zu Art 47 GRC und auch gleichheitsrechtlich nicht mit den Anforderungen an Rechtsanwält*innen in Einklang zu bringen. Bei der BBU ist der Anschein der mangelhaften Unabhängigkeit aus mehreren Punkten gegeben. Einerseits zeigt sich die Verschränkung der BBU mit den staatlichen Behörden bereits dadurch, dass die BBU-GmbH gem § 1 Abs 6 BBU-G berechtigt ist, ihrer Firma das Bundeswappen beizusetzen.³² Andererseits gehört zu den Aufgaben der BBU nicht nur die Rechtsberatung, sondern gem § 2 leg cit auch die Durchführung von Grundversorgung, Rückkehrberatung und -hilfe, das Zurverfügungstellen von Menschenrechtsbeobachter*innen zum Zweck der systematischen Überwachung von Abschiebungen und von Dolmetscher*innen vor dem BFA und dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG). § 13 Abs 5 leg cit regelt zwar, dass einer*m Fremden nicht von derselben Mitarbeiter*in Rechts- und Rückkehrberatung gewährt werden darf, doch erscheint dies unzureichend, um etwaige Zweifel an der Unabhängigkeit auszuräumen. Verstärkt wird dies dadurch, dass eine derartige gesetzliche Regelung für Dolmetscher*innen nicht besteht, wie unter 4.1.1 näher ausgeführt wird. Schon der Umstand, dass Asylwerber*innen gem § 52a Abs 2 FPG verpflichtet werden ein Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch zu nehmen und dieses aus Gründen des effizienten Ressourceneinsatzes am selben Beratungsstandort wahrzunehmen ist, an dem auch die Rechtsberatung angeboten wird,³³ kann die Unabhängigkeit der Rechtsberatung in Zweifel ziehen. Für die Rechtsschutzsuchenden bedeutet dies in weiterer Folge, dass der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Zugang zu Verfahrenshilfe durch die Regelung des § 52 BFA-VG nicht

29 Dazu weiter: *Grill*, Der Zugang zu Informationen im Asylverfahren – aktuelle Entwicklungen, *migraLex* 2/2019, 34 (40).

30 OGH 17.11.2003, 8 Bkd 2/03.

31 *Lehner* in *Engelhart* et al, RAO¹⁰ (2018) § 9 Rz 60/1.

32 *Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte*, 36 SN 127/ME, 26 GP. 3.

33 *BMI*, 4145/AB 4.

gedeckt wird. Ein generell für Verfahrenshilfe im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgesehener Antrag gem § 8a VwGVG wird wohl aufgrund des Wortlautes, welcher die Anwendbarkeit der Norm ausschließt, so durch Bundes- oder Landesgesetz anderes bestimmt ist, ausschließt, nicht erfolgsversprechend sein. Möglich bleibt, einen Antrag auf Verfahrenshilfe direkt auf Grundlage des Art 47 Abs 3 GRC zu stellen – die grundsätzliche Zulässigkeit eines solchen Antrags hat der VwGH, bei mangelnder innerstaatlicher Anspruchsgrundlage, bereits bejaht.³⁴

4. Black Box BBU – Mangelhafte Transparenz der näheren Ausgestaltung

4.1. Der Rahmenvertrag gem § 8 BBU-G

Wie bereits angedeutet, wurden bei Verabschiedung des BBU-G wesentliche Aspekte der näheren Ausgestaltung der Rechtsberatung in einen, zwischen BMI und BBU abgeschlossenen RV ausgelagert. Die Kompetenz zum Abschluss dieser Rahmenvereinbarung auf Seiten des Bundes kommt dem BMI zu. Soweit der RV Leistungen an das BVwG umfasst (also etwa die Vertretung in einer Verhandlung), ist vor Abschluss Einvernehmen mit der BMJ herzustellen. Eine etwaige Rechtsfolge für die Nichtherstellung dieses Einvernehmens ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Im RV sollen insb die zu erbringenden Leistungen, der Kostenersatz, Abrechnungsmodalitäten, Auswahl von Rechtsberater*innen, Dolmetscher*innen und Menschenrechtsbeobachter*innen, die Vorgangsweise bei Pflichtverletzungen durch Rechtsberater*innen sowie Fortbildungen geregelt werden. Der RV wurde bis heute nicht veröffentlicht, sondern erteilte der BMI auf eine parlamentarische Anfrage vom 13.11.2020 die Auskunft, dass eine Veröffentlichung aus Gründen der Amtsverschwiegenheit nicht vorgesehen ist. Aus der Anfragebeantwortung ergibt sich jedoch, dass im RV eine systemische Absicherung der gesetzlich vorgesehenen Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Rechtsberater*innen festgehalten ist.³⁵

Eine parlamentarische Anfragebeantwortung der BMJ vom 14.12.2020 brachte lediglich Teile der näheren inhaltlichen Ausgestaltung zutage.³⁶ So regelt der RV jedenfalls, dass die Fachaufsicht nur intern im Geschäftsbereich Rechtsberatung erfolgt, somit eine externe Fachaufsicht durch die Geschäftsführung unzulässig ist. Fachliche Weisungen im Einzelfall sind jedenfalls unzulässig und generelle Anweisungen sind von der Bereichsleitung schriftlich zu erlassen und transparent kundzumachen. Weiters wurde die Verschwiegenheitspflicht der Rechtsberater*innen verfestigt. Diese dürfen keine Auskünfte über die Inhalte der Rechtsberatung an BMI, BMJ, Geschäftsführung oder Aufsichtsrat erteilen. Anfragen sind unter der Prämisse, dass sie zu keiner Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Rechtsberatung führen und nicht den Inhalt der Rechtsberatung und -vertretung betreffen, ausschließlich von der Bereichsleitung zu beantworten.

34 VwGH 3.9.2015, Ro 2015/21/0032.

35 BMI, 4145/AB 2.

36 BMJ, 3802/AB 13 f.

Während die öffentlich bekannten Informationen auf den ersten Blick auf eine zumindest rechtlich abgesicherte Unabhängigkeit der Rechtsberater*innen schließen lassen, lohnt sich dennoch ein näherer Blick auf einzelne Ausgestaltungen.

4.1.1. Verschwiegenheit

Im BBU-G finden sich zwei Regelungen hinsichtlich der Verschwiegenheit der Rechtsberater*innen. Einerseits wird in § 13 Abs 1 BBU-G normiert, dass Rechtsberater*innen in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Andererseits findet sich eine generelle Verschwiegenheitspflicht für die Beschäftigten der BBU in § 24 leg cit hinsichtlich aller ihnen aus ihrer Tätigkeit bei der BBU bekannt gewordenen Tatsachen – soweit nicht etwas anderes bestimmt ist oder sie nicht, vorbehaltlich des § 13 leg cit, durch den BMI von ihrer Verschwiegenheit entbunden wurden. Für Rechtsberater*innen ist § 13 leg cit als *lex specialis* zu verstehen und können diese folglich nicht von ihrer Verschwiegenheit entbunden werden.

Eine derartige Regelung besteht jedoch augenscheinlich nicht für Dolmetscher*innen, welche ihre Tätigkeit zwar gem § 15 leg cit weisungsfrei und unabhängig wahrzunehmen haben, dabei aber nur der Verschwiegenheitsverpflichtung des § 24 leg cit unterliegen und vom BMI von dieser entbunden werden können. Dem Gesetz sind keine Kriterien zu entnehmen, unter welchen Umständen der BMI Mitarbeiter*innen der BBU von der Verschwiegenheit entbinden kann und inwieweit diese gesellschaftsrechtliche Informations- bzw Auskunftspflichten treffen können. Hierbei bleibt anzumerken, dass der BMI als Vertreter des Bundes über ein gesellschaftsrechtliches Informationsrecht gem § 22 Abs 3 GmbHG verfügt. Dieses ist zwar dem Gesetzeswortlaut nach sehr eingeschränkt, doch anerkennt der OGH in stRsp, dass sich der Informationsanspruch des*der Gesellschafters*in auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckt. Lediglich bei zweckwidriger Ausübung des Informationsrechts ist eine Ablehnung zulässig.³⁷

Die Rechtsberatung im Asylverfahren muss regelmäßig auf Dolmetscher*innen zurückgreifen und haben diese somit Einblick in die Beratungstätigkeit. Dolmetscher*innen sind nicht von der Verschwiegenheitsverpflichtung des § 13 Abs 1 BBU-G umfasst, sondern können vom BMI von der Verschwiegenheit entbunden werden, womit sie Auskunftspflichten treffen könnten. Die Inhalte der Rechtsberatungen könnten somit an den BMI und von diesem an das BFA als Unterbehörde und Verfahrensgegnerin vor dem BVwG gelangen. Die Dolmetscher*innen sind in der BBU nicht dem Bereich Rechtsberatung, sondern dem Geschäftsbereich „Rückkehrberatung und Services“ zugeordnet.³⁸ Anders als im Bereich Rechtsberatung ist in diesem Bereich die Fachaufsicht allerdings nicht auf den Geschäftsbereich limitiert, weshalb davon auszugehen ist, dass diese auch von der Geschäftsleitung

37 OGH 19.6.1997, 6 Ob 33/97i. Näheres in *Kalls*, *Ausgewählte Fragen zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters*, GesRZ 2017, 15.

38 BMI, 4145/AB 7.

ausgeübt werden kann. Dies erscheint insb unter dem Gesichtspunkt bedenklich, dass § 13 Abs 5 leg cit zwar zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Rechtsberater*innen regelt, dass die Rückkehrberatung oder Rückkehrhilfe nicht vom selben Beschäftigten geleistet werden darf, der bereits die Rechtsberatung geleistet hat, eine solche Regelung für Dolmetscher*innen jedoch nicht besteht. Zwar richtet sich § 13 Abs 5 leg cit an alle „Beschäftigten“, doch ist aufgrund des Wortlautes „Rechtsberatung [...] gewährt werden“ davon auszugehen, dass die Regelung nur für Rechtsberater*innen Anwendung findet. Auch Dolmetscher*innen haben gem § 15 Abs 1 leg cit ihre Arbeit unabhängig und weisungsfrei auszuüben – nähere Ausführungen hierzu sind jedoch weder den Mat zu entnehmen noch bisher vom BMI veröffentlicht worden. Der BMJ zufolge dürfen laut RV Mitarbeiter*innen keine Auskünfte über die Inhalte der Rechtsberatung erteilen – hier bleibt dabei unklar, ob diese Regelung nur den Fachbereich Rechtsberatung betrifft oder die gesamte BBU-GmbH. Eine gesetzliche Klarstellung wäre jedenfalls wünschenswert, da bei der derzeitigen Informationslage davon ausgegangen werden muss, dass Dolmetscher*innen Auskunftspflichten auch über Inhalte von Rechtsberatungen treffen können.

4.1.2. Weisungsfreiheit

Laut BMJ wird die in § 13 Abs 1 BBU-G normierte Weisungsfreiheit der Rechtsberater*innen durch strukturelle Maßnahmen im RV sichergestellt, wie bereits näher dargelegt wurde.

Auf den ersten Blick ist davon auszugehen, dass eine Einflussnahme der Geschäftsführung auf die Tätigkeit der Rechtsberatung somit nicht möglich ist. Es finden sich jedoch kaum Regelungen zum tatsächlichen Vorgehen bei rechtswidrigen Weisungen bzw versuchten indirekten Einflussnahmen. Im RV ist vorgesehen, dass zur Beantwortung der Frage, ob eine Weisung der Dienst- oder Fachaufsicht zuzuordnen ist, in strittigen Fällen die Bereichsleitung Rechtsberatung den Aufsichtsrat befassen kann, wobei die Zustimmung des von der BMJ entsendeten Aufsichtsratsmitglieds jedenfalls notwendig ist.³⁹ Keinerlei Regelungen gibt es für einen möglichen dienstlichen Rechtsweg, wenn der Aufsichtsrat, welcher trotz der notwendigen Zustimmung des von der BMJ entsandten Mitglieds unter weitem Einfluss des BMI steht, eine fachliche Weisung der Dienstaufsicht zuordnet. Insbesondere hinsichtlich indirekter Druckausübung auf die Bereichsleitung Rechtsberatung fehlt eine rechtliche Handhabe, wie diese sich gegen Beeinflussungsversuche wehren kann. Wie UNHCR richtig ausführt, misst sich Unabhängigkeit nicht daran „ob und wie Einflussmöglichkeiten ausgeübt werden, sondern ob und wie sie ausgeübt werden können“ womit neben direkten Weisungen auch „indirekte Weisungen“ oder sonstige „Einflüsse im Berufsalltag“ problematisch sein können.⁴⁰

³⁹ BMJ, 3802/AB 11.

⁴⁰ UNHCR, 15 SN 127/ME 26 GP.

4.2. Der Aufsichtsrat

Die Bestellung des Aufsichtsrates regelt § 10 Abs 1 BBU-G. Wie bereits näher ausgeführt wurde, sind – die Mitglieder der innerbetrieblichen Interessensvertretung miteingeschlossen – zehn der zwölf Mitglieder des Aufsichtsrates als zumindest dem BMI nahestehend einzuordnen. Nach Abs 2 leg cit beschließt der Aufsichtsrat mit einfacher Stimmenmehrheit, wobei der RV vier Punkte regelt, bei welchen die Zustimmung des von der BMJ entsandten Mitglieds zwingend notwendig ist.⁴¹

Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates wird gem Abs 3 leg cit vom Gesellschafter – dem Bund – vorgegeben, womit der BMI, dem gem § 1 Abs 5 leg cit die Ausübung der Gesellschafterrechte obliegt, auch auf die laufende Tätigkeit des Aufsichtsrates Einfluss nehmen kann. Eine wesentliche Rolle kommt dem Aufsichtsrat bei der Verabschiedung des jährlichen Vorhabenberichtes der BBU zu, in welchem ein Finanz-, Kosten- und Personalplan für das Folgejahr aufzustellen ist. Der Aufsichtsrat hat diesen von der Geschäftsführung aufzustellenden Bericht zu genehmigen bevor dieser dem BMI zur Genehmigung vorzulegen ist, wobei bei diesem Schritt gem § 12 Abs 5 leg cit ein Genehmigungsautomatismus vorgesehen ist, so der BMI nicht binnen sechs Wochen seine Zustimmung verweigert.

Dieser Punkt ist besonders von Bedeutung, da durch den direkten Einfluss des BMI auf die Erstellung des Finanz- und Personalplans auch die Möglichkeit indirekter Einflussnahme bzw indirekten Drucks auf den Bereich Rechtsberatung besteht. Anders als im Qualitätsbeirat sind Vertreter*innen der Zivilgesellschaft im Aufsichtsrat nicht zwingend vorgesehen. Zwar ist die Besetzung des Aufsichtsrates mit externen Expert*innen im Regierungsprogramm der Regierung *Kurz II* festgeschrieben,⁴² eine gesetzliche Grundlage für eine derartige Regelung gibt es jedoch nicht.

4.3. Der Qualitätsbeirat

Im Regierungsprogramm der Regierung *Kurz II* wurde die Schaffung eines Qualitätsbeirates zur zusätzlichen Absicherung der Unabhängigkeit der Rechtsberatung unter Einbeziehung von Zivilgesellschaft, Jurist*innen, UNHCR und Volksanwaltschaft festgeschrieben.⁴³ Nähere Regelungen zur Ausgestaltung finden sich im RV, weshalb die öffentlich zugänglichen Informationen nicht vollständig sind; eine Novellierung des BBU-G mit gesetzlicher Festschreibung des Qualitätsbeirates ist explizit nicht vorgesehen.⁴⁴ Der Qualitätsbeirat besteht derzeit aus acht Mitgliedern wobei UNHCR, ÖRAK, RIV, das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte in Wien, das Österreichische Institut für Menschenrechte an der Universität Salzburg, BMI und BMJ nominierungsberechtigt sind. Zumindest ein Mitglied wird gem RV von BMI und BMJ gemeinsam nominiert,

41 *BMJ*, 3802/AB 11.

42 *ÖVP/Die Grünen*, Regierungsprogramm 2020, 197.

43 *ÖVP/Die Grünen*, Regierungsprogramm 2020, 197.

44 *BMJ*, 3802/AB 12.

wobei dieses in den Rechtswissenschaften habilitiert sein und über langjährige wissenschaftliche Expertise im Fremden- und Asylrecht verfügen muss. Aufgabe des Qualitätsbeirats ist die an Geschäftsführung, Bereichsleitung Rechtsberatung, BMI oder BMJ gerichtete fachliche Beratung und Empfehlung, wobei er bei allen Fragen der fachlichen Durchführung der Rechtsberatung zu befassen ist und ihm die Gelegenheit zu erteilen ist, Vorschläge zu erstatten. Zu diesem Zweck gibt sich der Qualitätsbeirat selbst eine Geschäftsordnung und hält jährlich vier ordentliche Sitzungen ab, wobei außerordentliche Sitzungen auf Verlangen von mindestens der Hälfte der Mitglieder, des Aufsichtsrates, der Geschäftsführung oder der Bereichsleitung Rechtsberatung einberufen werden müssen.⁴⁵ So der Qualitätsbeirat Vorschläge an die Geschäftsführung oder Bereichsleitung macht, hat diese sie umzusetzen oder widrigenfalls dem Aufsichtsrat begründet zu berichten, weshalb die Vorschläge nicht umgesetzt werden. Eine weitere Aufgabe des Qualitätsbeirates ist das Erstellen eines jährlichen Berichtes an Geschäftsführung, Bereichsleitung Rechtsberatung, BMI und BMJ.

Während die Einrichtung des Qualitätsbeirates grundsätzlich begrüßenswert ist, ist seine rechtliche Ausgestaltung undurchsichtig. Die Rechtsgrundlage bildet lediglich der unveröffentlichte RV und sind die Modalitäten der Bestellung der Mitglieder völlig intransparent. Zu bemängeln ist weiters, dass die Veröffentlichung der Ergebnisse und Empfehlungen des Qualitätsbeirates aus Gründen der Amtsverschwiegenheit nicht vorgesehen ist.⁴⁶ Bereits in den Stellungnahmen zur Regierungsvorlage wurde kritisiert, dass mit der BBU ein System geschaffen wird, das sich selbst kontrolliert und eine wirksame Kontrolle der Zivilgesellschaft verunmöglicht wird.⁴⁷ Wenn die Mitglieder des Qualitätsbeirates als Vertreter*innen der Zivilgesellschaft wahrgenommene Mängel nicht veröffentlichen dürfen, fällt ein wesentlicher Aspekt der Qualitätskontrolle aus. Auch gibt es augenscheinlich keinerlei Regelungen zu den Folgen nichtbeachteter Empfehlungen durch Geschäftsführung oder der Bereichsleitung Rechtsberatung. Zwar haben diese dem Aufsichtsrat begründet zu berichten, weshalb Empfehlungen nicht nachgekommen wurde, doch finden sich in den öffentlich zugänglichen Unterlagen keine Rechtsfolgen eines unterbliebenen oder mangelhaft begründeten Berichtes.

4.4. Externe Qualitätskontrolle

Die interne Qualitätskontrolle der Rechtsberatung unterliegt der Bereichsleitung, wobei deren Aufgabenbereich auch die Ausarbeitung und Etablierung eines regelmäßigen, mindestens jährlichen Evaluierungsmechanismus durch eine*n externe*n Leistungserbringer*in (etwa eine Universität) umfasst.⁴⁸ Die genaue Rechtsgrundlage dieser externen

45 *BMJ*, 3802/AB 12.

46 *BMI*, 4145/AB 8.

47 *Diakonie Österreich*, 28 SN 127/ME, 26 GP.

48 *BMJ*, 3802/AB 15.

Qualitätskontrolle ist unklar – öffentlich zugänglich sind die Informationen nur durch eine parlamentarische Anfragebeantwortung. Der externen Kontrolleinstellung sind jedenfalls Schriftsätze und Dokumentationen zur Verfügung zu stellen.

Auch bei diesem Punkt ist festzuhalten, dass das Erfordernis regelmäßiger externer Qualitätskontrolle grundsätzlich zu begrüßen ist. Problematisch ist, dass die rechtliche Grundlage im Dunklen bleibt. Ob der Aufgabenbereich der Bereichsleitung auf dem RV oder auf einer anderen vertraglichen Regelung zwischen der Bereichsleitung und der Geschäftsführung fußt, ist unklar. Problematisch ist dies deshalb, da die Gründe, aus welchen die jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen abgeändert werden können, nicht öffentlich bekannt sind. Somit scheinen die Anforderungen lediglich als Momentaufnahme und für eine systematische und transparente Qualitätskontrolle ungeeignet, wodurch die faktische Unabhängigkeit der Rechtsberatung weiter in Zweifel gezogen wird.

5. Fazit

Wenn eine Verfahrenspartei zur effektiven Wahrung ihrer unionsrechtlich garantierten Rechte auf rechtliche Beratung angewiesen ist, so hat diese grundrechtlichen Standards zu genügen. Dazu gehören insb die Unabhängigkeit von staatlichen Stellen, die Waffengleichheit und die parteiliche Vertretung. Der Beitrag hat gezeigt, dass das BBU-G diese Anforderungen nur ungenügend erfüllt. So die grundrechtlichen Anforderungen an die Unabhängigkeit der Rechtsberatung erfüllt werden sollten, ist dies weder transparent noch nachvollziehbar, weshalb jedenfalls der Anschein der mangelhaften Unabhängigkeit bestehen bleibt. Wesentliche strukturelle Absicherungsmechanismen der Unabhängigkeit finden sich nicht im BBU-G, sondern lediglich in einem von BBU-GmbH und BMI abgeschlossenen RV, welcher der Öffentlichkeit nicht zugänglich ist. Die näheren Bestimmungen zur Bestellung von Aufsichtsrat und Qualitätsbeirat werden geheim gehalten. Dabei ist besonders zu bemängeln, dass Empfehlungen des Qualitätsbeirates nicht veröffentlicht werden, womit eine zivilgesellschaftliche Kontrolle verunmöglicht wird. Soweit die Rechtsberatung der BBU auch durch externe Leistungserbringer*innen einer Qualitätskontrolle unterzogen wird, ist vollkommen unklar unter welchen Voraussetzungen diese Regelung wieder abgeändert werden kann.

Wie dargelegt wurde, stellt das Unionsrecht hohe Anforderungen an die innerstaatliche Ausgestaltung von Verfahrenshilfe zur Sicherung des Zugangs zu einem fairen Verfahren. So muss der Zugang effektiv gestaltet sein und müssen sich Alternativmechanismen zur anwaltlichen Vertretung am Maßstab unabhängiger Rechtsanwält*innen messen lassen, was bedeutet, dass bereits der Anschein fehlender Unabhängigkeit in Hinblick auf Art 47 GRC als problematisch anzusehen ist. Als wesentliches Problem wurde herausgearbeitet, dass die derzeitige gesetzliche Regelung unter massiven Transparenzdefiziten leidet. Wesentliche Regelungen finden sich nicht im BBU-G, sondern in einem zwischen BMI und Geschäftsführung der BBU abgeschlossenem RV, der bis dato nicht veröffentlicht wurde.

Während dies aus rechtspolitischer Sicht sehr zu bedauern ist, sind die tatsächlichen Rechtsfolgen schwieriger festzumachen. Fest steht, dass die Rechtsberatung durch die BBU-GmbH von staatlichen Stellen unabhängig durchzuführen ist und, dass bei einer mangelnden Umsetzung dieser Unabhängigkeit ein Verstoß gegen Art 47 GRC vorläge. Schon wenn dieser Anschein begründet vorliegt, ist dies aus unionsrechtlicher Perspektive zumindest problematisch. Durch die fehlende Veröffentlichung des RV ist der Anschein auf Interessenskonflikte der Rechtsberatung jedenfalls gegeben, weshalb nur eine Veröffentlichung des RV hier etwaige Abhilfe schaffen könnte. Wie *Stern* ausführt, kann eine Art 47 GRC nicht genügende Rechtsberatung die Verfahrenshilfe als Komplementärmechanismus ergänzen, nicht jedoch als Alternativmechanismus ersetzen.⁴⁹ Rechtlich könnte dann ein Auskommen mit einem Antrag auf Verfahrenshilfe mit Art 47 Abs 3 GRC als Rechtsgrundlage gefunden werden.

An einzelnen im RV festgelegten Punkten, etwa der Einsetzung des Qualitätsbeirates, der externen Kontrolle sowie zumindest teilweise bei der Besetzung des Aufsichtsrates, lässt sich derzeit der politische Wille erkennen, den Anschein der Unbefangenheit hochzuhalten. So scheinen die öffentlich verfügbaren Informationen einerseits nahezulegen, dass die faktische Unabhängigkeit des Bereichs Rechtsberatung strukturell abgesichert ist und ein Interesse daran besteht, unabhängige Expert*innen in Aufsichtsrat und Qualitätsbeirat zu bestellen. Doch sind diese politischen Absichtserklärungen mangelhaft gesetzlich normiert, weshalb davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit politischer Intervention besteht. Besonders die mangelhafte Transparenz der Qualitätskontrolle und der Unternehmensstruktur machen eine abschließende Beurteilung der faktischen Unabhängigkeit unmöglich.

Was neben grund- und gleichheitsrechtlichen Problemen jedenfalls übrig bleibt, ist der fahle Beigeschmack einer Rechtsberatung, die auf mehreren Ebenen eng mit der Entscheidungsbehörde im Asyl- und Fremdenrecht verknüpft ist und sich mit Verweis auf das Amtsgeheimnis der zivilgesellschaftlichen und parlamentarischen Kontrolle weitgehend entzieht. Bereits diese enge systemische Verschränkung führt zu dem Anschein einer mangelnden Unabhängigkeit der Rechtsberatung und macht die rechtliche Ausgestaltung der BBU Rechtsberatung grund- und unionsrechtswidrig.

Mag. Sebastian Frik, BA, MA ist Universitätsassistent am Institut für Rechtsgeschichte, Universität Wien und Rechtsberater in der NGO Deserteurs- und Flüchtlingsberatung; sebastian.frik@univie.ac.at

49 *Stern*, Jahrbuch 2016, 168.

Garantieren die Verteidigungsrechte von Jugendlichen ein faires Verfahren?

Katharina Beclin

1. Vorbemerkungen

Im Zuge von Strafverfahren kann es zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen kommen. Deshalb ist eine kompetente rechtliche Vertretung von Beschuldigten von besonderer Bedeutung.

Schließlich haben Lai*innen meist nur vage Vorstellungen vom Ablauf strafrechtlicher Ermittlungen und den Verfahrensrechten, die sie als Beschuldigte vor unverhältnismäßigen Eingriffen in ihre Rechte schützen und ein faires Verfahren garantieren sollen.

Bei Jugendlichen kommt zu dem altersbedingt noch geringeren Wissenstand hinzu, dass sie häufig aufgrund von Unbekümmertheit und mangelnder Lebenserfahrung die Bedeutung des Strafverfahrens und die unter Umständen massive Beeinträchtigung ihrer Zukunftschancen durch eine strafgerichtliche Verurteilung unterschätzen. Die altersbedingte „Unreife“ von Jugendlichen ist schließlich auch der Grund, warum nicht nur die Erziehungsberechtigten, sondern auch den Staat eine besondere Fürsorgepflicht ihnen gegenüber trifft.

Die daraus resultierenden Verpflichtungen wurden auch in internationalen und supranationalen Rechtsquellen, wie insb der von Österreich 1992 ratifizierten UN-Kinderrechtskonvention (KRK)¹ konkretisiert und sind innerstaatlich entsprechend umzusetzen. Gemäß Art 3 Abs 1 KRK muss das Kindeswohl stets im Zentrum der Bemühungen von Gesetzgebung und Vollziehung stehen. Die KRK enthält auch Vorgaben bezüglich des Umgangs mit tatverdächtigen bzw tatsächlich straffällig gewordenen Jugendlichen, etwa die Mindestgarantien in Art 40 KRK, wo unter anderem auch das Recht auf einen „rechtskundigen oder anderen geeigneten“ Beistand verbrieft ist. Die zuletzt von Österreich umzusetzenden Vorgaben waren jene der EU-Richtlinie (RL) 2016/800², genannt „RL Jugendstrafverfahren“. Ziel dieser RL war es, Jugendlichen, die Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren sind, zu garantieren, dass sie dem Strafverfahren folgen und ihre Rechte geltend machen können, um ihnen auf diese Weise ein faires Verfahren zu ermöglichen. Die EU-weiten Mindeststandards sollten darüber hinaus das wechselseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Strafrechtspflege fördern und die gegenseitige Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen verbessern.

1 Vgl das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention) 1577 UNTS 3, BGBl 1993/7 idF BGBl 1993/437.

2 RL 2016/800/EU des EP und des Rates v 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, ABl L 2016/132, 1. Unter „Kindern“ werden im internationalen Kontext grundsätzlich Personen unter 18 Jahren verstanden.

2. Verteidigungsrechte in der österreichischen Strafprozeßordnung

2.1. Das Recht auf professionelle Verteidigung

Jede*r – jugendliche wie erwachsene – Beschuldigte hat gemäß § 7 Strafprozeßordnung 1975 (StPO)³ das Recht, „in jeder Lage des Verfahrens den Beistand [eines*r Verteidigers*in] in Anspruch zu nehmen“. Dies gilt auch im Falle der Festnahme oder der Vorführung zur sofortigen Vernehmung aufgrund der Befürchtung, dass der*die Beschuldigte sich sonst „dem Verfahren entziehen oder Beweismittel beeinträchtigen“ werde. Statt selbst eine*n Verteidiger*in zu wählen, können Beschuldigte auch auf die Kontaktaufnahme mit einem*r sogenannten „[Verteidiger*in] in Bereitschaft“⁴ bestehen.

Beschuldigte müssen jedenfalls durch Verteidiger*innen vertreten sein, solange sie in Untersuchungshaft sind, aber auch, wenn ihnen die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher*innen droht. Weitere Fälle einer sogenannten „notwendigen Verteidigung“ gemäß § 61 Abs 1 StPO sind Hauptverhandlungen vor dem Geschworenen- oder Schöffengericht, Hauptverhandlungen vor Einzelrichter*innen, wenn der drohende Strafraum drei Jahre Freiheitsstrafe übersteigt und es sich nicht *nur* um den Vorwurf von Wohnungseinbrüchen oder Hehlerei handelt, Hauptverhandlungen, soweit die Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher*innen (§ 22 StGB) oder für gefährliche Rückfallstäter*innen (§ 23 StGB) droht, sowie in kontradiktorischen Vernehmungen in den eben erwähnten Fallkonstellationen. Darüber hinaus ist im Rechtsmittelverfahren professionelle Verteidigung erforderlich, wenn gegen ein Urteil eines Schöffen- oder Geschworenengerichts eine Berufung oder eine Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet wurde, sowie in Verfahren zur Erneuerung des Strafverfahrens nach der Feststellung einer einschlägigen Rechtsverletzung durch den EGMR.

2.2. Die Regelung der Verfahrenshilfe

Da eine professionelle Verteidigung, je nach Dauer des Verfahrens, sehr hohe Kosten verursachen kann, sieht § 61 Abs 2 StPO vor, dass der Staat die Kosten der Verteidigung im Wege der sogenannten Verfahrenshilfe ganz oder teilweise übernimmt, wenn die professionelle Verteidigung „im Interesse der Rechtspflege“ geboten ist bzw wenn und soweit diese Kosten anderenfalls den „zu einer einfachen Lebensführung notwendigen“ Unterhalt der Betroffenen oder der ihnen gegenüber unterhaltsberechtigten Angehörigen gefährden würden.⁵

3 Strafprozeßordnung 1975 BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/148.

4 Diese in § 59 Abs 4 StPO eingeräumte Möglichkeit wurde im Rahmen der Umsetzung der RL 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl L 2013/294, 1, geschaffen und soll garantieren, dass jede*r Beschuldigte in dringenden Fällen unverzüglich – zu jeder Tages- und Nachtzeit – Kontakt zu einem*einer Verteidiger*in aufnehmen kann, also etwa, wenn sich diese Notwendigkeit aufgrund einer unangekündigten und unaufschiebbaren Vernehmung ergibt.

5 S zur Verfahrenshilfe den Beitrag von *Kribernegg* in diesem thema, S 268.

Diese Bestimmung räumt einen relativ weiten Ermessensspielraum ein, da die Meinungen darüber, in welchen Konstellationen eine zweckentsprechende Verteidigung einen rechtskundigen Beistand erfordert und in welchen nicht, wohl häufig auseinandergehen werden.⁶ Punktueller Rechtssicherheit bietet die Aufzählung jener Fälle in § 61 Abs 2 Z 1 bis 4 StPO, in denen jedenfalls Verfahrenshilfe zu gewähren ist. Dies sind zum einen die oben (unter 2.1) genannten Fälle der „notwendigen“ Verteidigung, zum anderen Verfahren gegen Beschuldigte, die sich aufgrund einer Behinderung oder Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht selbst verteidigen können. Schließlich ist Verfahrenshilfe auch jedenfalls für das Rechtsmittelverfahren nach der Anmeldung einer Berufung und darüber hinaus ganz allgemein in Fällen „schwieriger Sach- und Rechtslage“ zu gewähren.

Die letztgenannte Alternative könnte auf den ersten Blick den Anwendungsbereich von Verfahrenshilfe deutlich ausdehnen. Allerdings handelt es sich hierbei um eine ähnlich unbestimmte Umschreibung wie bei der „zweckentsprechenden Verteidigung“. Der weite Ermessensspielraum ist an sich problematisch, weil er eine einheitliche Auslegung und somit die Vorhersehbarkeit der Entscheidung erschwert. Das Abstellen auf eine „schwierige Sach- und Rechtslage“ wirft aber noch weitere Fragen auf: Von welcher Sach- und Rechtslage ist bei der Einschätzung auszugehen? Von jener, die der Darstellung des* der Beschuldigten entspricht, oder jener, die dem Gericht plausibel erscheint? Was ist die Konsequenz, wenn die Rechtslage zunächst klar und einfach erscheint, weil wichtige Aspekte übersehen werden oder eben erst durch spätere Ermittlungsergebnisse bekannt werden? Richtigerweise müssten wohl alle erdenklichen Konstellationen in die Überlegungen miteinbezogen werden, da ja zu Beginn des Verfahrens noch weitgehend offen ist, welche Feststellungen an seinem Ende zu treffen sein werden.

Wird Verfahrenshilfe bewilligt, so gilt dies grundsätzlich bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens, wie auch für den Fall einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes oder eines Antrags auf Erneuerung des Strafverfahrens. Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass die Verteidigung bei jeder Verfahrenshandlung anwesend sein muss.⁷ Entscheidend ist vielmehr der Umfang der „notwendigen“, also verpflichtend vorgeschriebenen Verteidigung.

3. Sonderregelungen für Jugendliche

3.1. Umfang der notwendigen Verteidigung

All diese Vorschriften gelten selbstverständlich auch für jugendliche Beschuldigte. Allerdings sieht das Jugendgerichtsgesetz (JGG)⁸ entsprechend der besonderen Fürsorgepflicht des Staa-

6 So auch *Sautner*, Wie Armut den Zugang zum Recht beeinflusst. Die strafrechtliche Perspektive, JRP 2016, 135 (137) mit Verweis auf *Achammer* WK-StPO § 61 Rz 45 (1.9.2009, rdb.at).

7 ErläutRV 52 BlgNR 27. GP 16.

8 Bundesgesetz vom 20.10.1988 über die Rechtspflege bei Straftaten Jugendlicher und junger Erwachsener (Jugendgerichtsgesetz 1988) BGBl 1988/599 idF BGBl I 2015/154.

tes für jugendliche Verdächtige bzw Beschuldigte noch weitergehende Verteidigungsrechte vor, die in Umsetzung der RL Jugendstrafverfahren noch einmal deutlich ausgebaut wurden.⁹ So haben Jugendliche im Falle einer Vernehmung nach einer Festnahme oder einer sofortigen Vorführung zur Vernehmung *nicht nur das Recht* auf professionelle Verteidigung, sondern sie *müssen* seit 1.6.2020 anwaltlich vertreten sein. Wenn die Jugendlichen bzw ihre gesetzlichen Vertreter*innen keine*n Verteidiger*in bestellen, ist seitens der vernehmenden Behörden für ihre Verteidigung zu sorgen. Dasselbe gilt für ihre Vernehmung im Zuge einer Tatrekonstruktion oder einer Gegenüberstellung.¹⁰

Wenn Jugendliche im Verdacht stehen, ein Verbrechen begangen zu haben, ist nunmehr verpflichtend für das gesamte Verfahren eine Verteidigung beizuziehen, im Falle des Verdachts eines Vergehens immerhin ab dem Zeitpunkt, in dem nach dem Einlangen eines Berichts der Kriminalpolizei gemäß § 100 StPO weitere Ermittlungen in Auftrag gegeben oder durchgeführt werden.¹¹ Begründet wird diese Regelung in den Materialien damit, dass der zusätzliche Ermittlungsbedarf nach Erstattung eines Berichts an die Staatsanwaltschaft (StA) auf eine komplexere Sach- und Rechtslage schließen lasse.¹²

Dabei wurde übersehen – oder darüber hinweggesehen? –, dass durch das Anknüpfen der notwendigen Verteidigung an zusätzlichen Ermittlungsbedarf zu diesem relativ späten Zeitpunkt in Kauf genommen wird, dass jugendliche Beschuldigte bis dahin – trotz Vorliegen einer komplexen Sach- und/oder Rechtslage – nicht anwaltlich vertreten waren. Die Argumentation, dass die notwendige Verteidigung in Verfahren wegen Vergehen „nicht verhältnismäßig“ sei, weil Jugendliche gemäß § 37 Abs 1 JGG ohnedies „grundsätzlich“ nicht ohne Begleitung vernommen werden dürften,¹³ verkennt zum einen, dass eine Begleitung durch eine Vertrauensperson, wie sie § 37 JGG vorsieht, kein Ersatz für eine rechtskundige Vertretung sein kann. Eine wirksame Strafverteidigung setzt schließlich voraus, dass man weiß, welche Fakten rechtserheblich, also etwa für die Verwirklichung eines Straftatbestandes ausschlaggebend sind und welche Tatumstände sich strafmildernd auswirken könnten, also jedenfalls vorgebracht und protokolliert werden sollten. Selbst wenn Lai*innen eine fehlerhafte Protokollierung oder einen Verfahrensfehler erkennen sollten, wird die Geltendmachung häufig an der mangelnden Kenntnis des korrekten Prozederes und eventuell zu beachtender Fristen scheitern.

Zum anderen bedeutet „grundsätzlich“ in § 37 JGG eben, dass die geltende Rechtslage in Ausnahmefällen sehr wohl eine Einvernahme ohne Begleitung einer Vertrauensperson vorsieht, nämlich dann, „wenn eine solche Beiziehung mangels Verfügbarkeit einer geeigneten Person binnen angemessener Frist nicht möglich ist“. Dann reicht es laut § 37 JGG, wenn die Vernehmung stattdessen in Bild und Ton aufgezeichnet wird. Das mag

9 S Strafrechtliches EU-Anpassungsgesetz 2020 (StrEU-AG 2020) BGBl I 2020/20.

10 Vgl § 37 Abs 1 1. Satz JGG idF BGBl I 2020/20.

11 Vgl § 39 Abs 1 Z 1 und 2 JGG.

12 ErläutRV 52 BlgNR 27. GP 16.

13 ErläutRV 52 BlgNR 27. GP 16.

unter Umständen unzulässige Fragestellungen oder gar Übergriffe verhindern, einen Rechtsbeistand kann dies allerdings nicht ersetzen.

Darüber hinaus erstreckt sich die notwendige Verteidigung gem § 39 Abs 1 Z 3 JGG auch auf kriminalpolizeiliche Gegenüberstellungen in Verfahren wegen Vergehen, und zwar auch, wenn nicht gleichzeitig eine Vernehmung durchgeführt wird, wodurch § 37 Abs 1 JGG zum Tragen käme, und auch, wenn die Kriminalpolizei aus eigenem aktiv wurde, also kein Anwendungsfall von § 39 Abs 1 Z 2 JGG vorliegt.¹⁴ Des Weiteren müssen Jugendliche in jeder Hauptverhandlung eine Verteidigung an ihrer Seite haben, und zwar „bei sonstiger Nichtigkeit“, wie auch im Rechtsmittelverfahren, sobald eine Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet worden ist.¹⁵

Wenn eine Prozesshandlung mit „notwendiger Verteidigung“ ansteht, aber noch nicht für eine Verteidigung gesorgt wurde, ist Jugendlichen gem § 39 Abs 2 JGG ein*e Amtsverteidiger*in beizugeben, wobei der Staat bei Vorliegen der Voraussetzungen der Verfahrenshilfe wiederum (zumindest teilweise) die Kosten übernimmt. Anders als bei Erwachsenen trägt der Staat die Kosten der Verteidigung aber auch dann, wenn zwar nicht die Voraussetzungen der Verfahrenshilfe vorliegen, die Kosten der Verteidigung aber das Fortkommen der Jugendlichen, wie zB ihre Schul- oder Berufsausbildung, erschweren würden. Dies ist von Amts wegen zu prüfen, also auch ohne Vorliegen eines entsprechenden Antrags.¹⁶

Wenn Jugendliche bei der Festnahme oder Vorführung zur sofortigen Vernehmung unvertreten sind und nicht rechtzeitig für eine Wahlverteidigung gesorgt wird, ist ihnen gem § 39 Abs 3 JGG der Kontakt zum rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst zu ermöglichen. Sollten die Jugendlichen nicht selbst aktiv werden oder gar ausdrücklich eine rechtsanwaltliche Vertretung ablehnen, muss die Kriminalpolizei den anwaltlichen Bereitschaftsdienst kontaktieren. Diesen Beistand können die Jugendlichen ebenso wenig ablehnen wie die Beigabe von Amtsverteidiger*innen.

3.2. Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf Kosten der Manuduktionspflicht?

Nun stellt sich die Frage, ob sich die Ausdehnung der notwendigen Verteidigung uU sogar nachteilig auf Jugendliche auswirken könnte, falls ihre Verfahrenshelfer*innen wenig praktische Erfahrung als Verteidiger*innen haben. In solchen Fällen wäre die aus den §§ 3 und 6 StPO ableitbare Manuduktionspflicht der vernehmenden Polizeibeamt*innen möglicherweise hilfreicher, fällt aber weg, sobald Beschuldigte vertreten sind.¹⁷

Hierzu ist anzumerken, dass engagierte Strafverfolgungsorgane, die um ein faires Verfahren bemüht sind, bei offensichtlichen Fehlern der anwaltlichen Vertretung von Jugendlichen wohl nicht zögern werden, auch ohne eine entsprechende Pflicht die Vertei-

14 Schroll in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK² StGB § 39 JGG (Stand 21.1.2020, rdb.at) Rz 35.

15 Vgl § 39 Abs 1 Z 4 und 5 JGG.

16 Schroll in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 39 JGG Rz 12.

17 S hierzu zB RIS-Justiz RS0096346 und RS OGH 2005-02-09 13 Os 144/04.

digung anzuleiten. Fehlt dagegen ein solches Engagement, würde vermutlich auch die Manuduktionspflicht eher nur halbherzig wahrgenommen werden.

4. Sind die Vorgaben der „Richtlinie Jugendstrafverfahren“ erfüllt?

4.1. Anwaltlicher Beistand vor der (ersten) Vernehmung

Art 6 Abs 3 der RL Jugendstrafverfahren setzt Mindeststandards für die Verteidigung von Jugendlichen im Strafverfahren. Demnach müssen Jugendliche grundsätzlich schon *vor* der Vernehmung durch Polizei oder andere Strafverfolgungsbehörden durch eine*n Verteidiger*in unterstützt werden (lit a). In Art 6 Abs 6 *leg cit* ist allerdings eine sogenannte „Bagatelldgrenze“ vorgesehen. Demnach kann die notwendige Verteidigung eingeschränkt werden, wenn der damit verbundene Aufwand „unverhältnismäßig“ wäre. Eine solche Einschränkung ist aber ausdrücklich nur zulässig, wenn dadurch nicht das Recht auf ein faires Verfahren beeinträchtigt wird.

Wie eingangs erörtert, ist bezüglich des Rechtsschutzes von Jugendlichen im Hinblick auf das Fürsorgeprinzip generell ein strengerer Maßstab anzulegen. Da überdies die erste Vernehmung von besonderer kriminaltaktischer Bedeutung ist, sollte – iSd Garantie eines fairen Verfahrens – vor dieser jedenfalls eine Beratung durch eine*n Verteidiger*in stattfinden. Gerade Jugendliche könnten zum einen unterschätzen, wie entscheidend auch nur teilweise selbstbelastende Aussagen den Verfahrensausgang beeinflussen können; zum anderen sind Jugendliche leichter einzuschüchtern bzw zu manipulieren, wenn sie ohne Rechtsbeistand und vielleicht auch noch ohne Vertrauensperson einer Vernehmungssituation ausgesetzt sind. Strafverteidiger*innen betonen in diesem Zusammenhang die entscheidende Bedeutung des Protokolls der ersten Vernehmung als Grundlage für das weitere Verfahren. Oftmals sei der „Zug bereits abgefahren“, wenn sie erst nach der ersten Vernehmung oder gar erst am Ende des Ermittlungsverfahrens beigezogen würden.¹⁸ Eine Aufgabe des Rechtsbeistandes sei schließlich die Kontrolle der „adäquaten Protokollierung“ der Vernehmung.¹⁹

Dass es sich bei der Verteidigung im Rahmen der ersten Einvernahme um einen unverhältnismäßigen Aufwand handeln könnte, ist daher nur in engen Grenzen vorstellbar. Denkbar wäre dies in einem Fall, in dem es lediglich um den Vorwurf einer Bagatelldtat geht, keinerlei Hinweise auf eine mögliche Qualifikation vorliegen, der*die betroffene Jugendliche unbescholten ist, und daher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit einer Einstellung wegen Geringfügigkeit nach § 191 StPO oder einem Absehen von der Strafverfolgung – eventuell verbunden mit einer Belehrung durch das Pflegschaftsgericht – gem § 6 JGG zu rechnen ist.

Auf solche Ausnahmen sollte aber aus mehreren Gründen zugunsten der Rechtssicherheit verzichtet werden. Zum einen, weil es nicht Aufgabe der Polizei ist, solche recht-

¹⁸ *Zach/Katona/Birk*, Die ersten 48 Stunden – Beschuldigtenrechte im polizeilichen Ermittlungsverfahren (2018) 83.

¹⁹ *Zach/Katona/Birk*, 48 Stunden 83.

lichen Einschätzungen bis hin zur möglichen Verfahrenserledigung abschließend vorzunehmen.

Zum anderen kann man in diesem frühen Verfahrensstadium kaum alle erdenklichen Entwicklungen vorhersehen. So wäre es bspw denkbar, dass sich ein Ladendiebstahl einer geringfügigen Sache nach der Aussage des*der Kassiers*in plötzlich als versuchter räuberischer Diebstahl darstellt. Auch die Aussage des*der Jugendlichen selbst kann dazu führen, dass plötzlich von einer veränderten Sachlage auszugehen ist, die vorgeworfenen strafbaren Handlungen vielleicht doch unter einen Verbrechenstatbestand zu subsumieren sind und im Extremfall sogar die Verhängung der Untersuchungshaft im Raum steht. Dazu kommt, dass man wohl seit Einrichtung des rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienstes kaum von einem unverhältnismäßigen Aufwand sprechen kann, wenn es darum geht, rasch eine anwaltliche Beratung zu ermöglichen.

Aufgrund dieser Überlegungen erfordert mE eine adäquate Umsetzung von Art 6 der RL Jugendstrafverfahren, dass vor *jeder* Erstvernehmung eines Jugendlichen zumindest ein ausführliches Gespräch mit einem*r Verteidiger*in des Bereitschaftsdienstes ermöglicht wird.

4.2. Begleitung in der Vernehmungssituation

Da es darüber hinaus erklärtes Ziel der RL Jugendstrafverfahren ist, dass Jugendliche nie alleine einer Vernehmungssituation ausgesetzt sein sollen,²⁰ ist die Regelung des § 37 Abs 1 JGG abzulehnen, wonach bei nicht anwaltlich vertretenden Jugendlichen auch auf die Beiziehung einer Vertrauensperson verzichtet werden kann, wenn „binnen angemessener Frist“ keine geeignete Person gefunden werden kann. In so einem Fall müsste man grundsätzlich auf eine Vernehmung verzichten, zumal der Umstand, dass keine Vertrauensperson auffindbar ist, darauf hindeutet, dass sich der*die Jugendliche in einer besonders prekären Situation befinden dürfte und daher auch in besonderem Maße schutzwürdig ist.

Um die Vernehmungssituation von Jugendlichen optimal iSd verlässlichen Garantie eines fairen Verfahrens zu gestalten, müsste man daher sowohl für einen anwaltlichen Beistand als auch für die Anwesenheit einer Vertrauensperson sorgen. Denn ebenso wenig, wie eine – nicht zufällig rechtskundige – Vertrauensperson einen Rechtsbeistand ersetzen kann, kann ein Rechtsbeistand die „Geborgenheit“ bzw den persönlichen Rückhalt vermitteln, wie dies die Funktion einer Vertrauensperson ist.

5. Die Bedeutung einer adäquaten Rechtsbelehrung

In jenen Fällen, in denen die Jugendlichen selbst bzw ihre gesetzlichen Vertreter*innen, die gem § 58 Abs 4 StPO auch gegen den Willen der Jugendlichen eine*n Verteidiger*in bevollmächtigen können, über die Beiziehung einer professionellen Verteidigung ent-

²⁰ Vgl EBRV StrEU-AG 2020, 52 BlgNR 27. GP 11.

scheiden können und müssen, kann diese Entscheidung maßgeblich durch die Rechtsbelehrung beeinflusst werden.

Die §§ 50 StPO und 32a Abs 1 JGG regeln die Belehrung der jugendlichen Beschuldigten über ihre Verfahrensrechte, also auch über das Recht, eine Verteidigung zu wählen, über den Umfang der notwendigen Verteidigung und die Voraussetzungen des Anspruchs auf Verfahrenshilfe. § 38 Abs 1a JGG statuiert, dass auch die gesetzlichen Vertreter*innen so rasch wie möglich über die in § 32a JGG angeführten Verfahrensrechte zu informieren sind. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass diese die Letztverantwortung für die angemessene Verteidigung der Jugendlichen tragen, soweit kein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt.

Eine Studie des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte aus dem Jahr 2018 zeigte jedoch, dass selbst formal korrekte Belehrungen oft nicht ihren Zweck erfüllen können. Das kann daran liegen, dass Beschuldigte aufgrund der Stresssituation oder sprachlicher Schwierigkeiten nicht aufnahmefähig sind. Bisweilen sind die Belehrungen auch nicht detailliert genug, sodass die Beschuldigten und ihre Eltern bspw nicht verstehen, dass sie auch die Kosten des anwaltlichen Bereitschaftsdienstes im Wege der Verfahrenshilfe ersetzt bekommen können, und daher auf den Rechtsbeistand aus Angst vor der finanziellen Belastung verzichten.²¹

Teilweise kommt es aber auch zu irreführenden Belehrungen seitens der Polizei, wie etwa dem Hinweis, dass der Bereitschaftsdienst teuer sei,²² der Rechtsbeistand ohnedies nur in der Ecke sitzen könne und nicht in die Vernehmung eingreifen dürfe und die Beschuldigten im Falle einer Beiziehung länger warten müssten.²³ Der Hinweis auf die Möglichkeit des Kostenersatzes unterbleibt dann teilweise ebenso wie der Hinweis, dass sich Beschuldigte mit dem Rechtsbeistand vor der Vernehmung beraten könnten, und der Hinweis, dass eine telefonische Erstberatung keine nennenswerte Verzögerung nach sich ziehen müsse. Bisweilen dürfte sogar der Eindruck vermittelt werden, Beschuldigte würden es sich mit der Polizei „verschmerzen“, wenn sie auf die Beiziehung eines*r Verteidigers*in bestehen, oder würden damit signalisieren, dass sie etwas zu verbergen hätten.²⁴ Diese mancherorts praktizierte Verhinderungstaktik könnte eine Erklärung dafür sein, warum laut dieser Studie aus einigen Polizeidienststellen regelmäßig Kontaktaufnahmen zum rechtsanwaltlichen Bereitschaftsdienst erfolgen, aus anderen Dienststellen aber gar keine.²⁵ Die Belehrung muss also zB sinnvollerweise eine detaillierte Aufklärung über die Regeln der Kostentragung und der Verfahrenshilfe enthalten, damit Beschuldigte bzw unterhaltspflichtige gesetzliche Vertreter*innen nicht aus Angst vor den vermeintlich drohenden Kosten von der Beiziehung eines*r Verteidigers*in Abstand nehmen. Ein bloßer allgemeiner Hinweis auf die Möglichkeit der Verfahrenshilfe kann diesen Zweck nicht erfüllen.

21 *Zach/Katona/Birk*, 48 Stunden 84.

22 *Zach/Katona/Birk*, 48 Stunden 80.

23 *Zach/Katona/Birk*, 48 Stunden 73.

24 *Zach/Katona/Birk*, 48 Stunden 73.

25 *Zach/Katona/Birk*, 48 Stunden 79.

Es wäre daher sinnvoll, zu diesem grundlegenden Verfahrensrecht ausführlichere, zugleich aber einfach und klar formulierte Informationsblätter in verschiedenen Sprachen zur Verfügung zu stellen, da mündliche Erläuterungen nicht nur höchst unterschiedlich ausfallen, sondern sich auch einer inhaltlichen Kontrolle entziehen.²⁶

Positiv anzumerken ist die Kontrollpflicht der Gerichte bezüglich der Einhaltung der Informationspflichten, die § 32a Abs 3 JGG vorsieht. Da Gerichte aber in Verfahren wegen Vergehen oft erst zu Beginn der Hauptverhandlung, also in einem sehr späten Zeitpunkt, mit den Jugendlichen in Kontakt treten, wäre es wichtig, diese Kontrollpflicht auch der StA aufzuerlegen, die spätestens ab dem ersten Bericht der Kriminalpolizei in das Verfahren involviert ist. Dementsprechend sollte auch die Formulierung zu Beginn des § 32a Abs 1 JGG dahingehend geändert werden, dass Kriminalpolizei *und* StA zur Rechtsbelehrung der Jugendlichen verpflichtet werden.

6. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Umsetzung der RL Jugendstrafverfahren zu einer deutlichen Verbesserung der Verteidigungsrechte von Jugendlichen geführt hat. Lediglich hinsichtlich der anwaltlichen Vertretung bei Vernehmungen im Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts von Vergehen besteht Nachbesserungsbedarf. Zumindest ein Gespräch mit dem anwaltlichen Bereitschaftsdienst müsste in diesen Fällen verpflichtend sein, da Verteidiger*innen nicht nur am besten die Bedeutung eines Rechtsbeistands im Strafverfahren erklären können, sondern – nach einer Schilderung des Sachverhaltes durch die Beschuldigten – auch am verlässlichsten abschätzen können, welche Rechtsfragen in dem geschilderten Fall eine Rolle spielen könnten und inwiefern daher die Teilnahme eines*r Verteidigers*in an der Vernehmung zu empfehlen ist.

Was die Durchsetzbarkeit der Verteidigungsrechte von Jugendlichen angeht, ist zu kritisieren, dass derzeit ausschließlich die Nichtbeziehung von Verteidiger*innen zur Hauptverhandlung gem § 39 Abs 1 Z 4 JGG einen Nichtigkeitsgrund darstellt.

Im Hinblick auf die große kriminaltaktische Bedeutung der ersten Vernehmung wäre es geboten, auch eine Nichtigkeitsstrafe vorzusehen, wenn bei dieser auf die Beiziehung einer Verteidigung verzichtet wurde. Idealerweise sollte auch § 5 Z 12 JGG insofern angepasst werden, als die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Maßnahme nur zulässig sein sollte, wenn der*die Beschuldigte in der Hauptverhandlung *und der ersten Einvernahme* zu Beginn des Ermittlungsverfahrens anwaltlich vertreten war. Schließlich ist ein Recht nur dann effektiv gewährt, wenn eine Rechtsverletzung angemessen sanktioniert wird.

Mag.^a Dr.ⁱⁿ Katharina Beclin ist Assistenzprofessorin für Kriminologie an der Universität Wien; katharina.beclin@univie.ac.at

²⁶ Vgl die diesbezüglichen Empfehlungen von *Zach/Katona/Birk*, 48 Stunden 68 f.

Ästhetik des Strafverfahrens am Beispiel von Normativität und Faktizität der Strafverteidigung

Alexia Stuefer

1. Einleitung

Strafrecht, Strafverfahren und Strafvollzug haben als Erscheinungen des Rechts in mehrfacher Hinsicht eine Sonderstellung: Es sind Rechtsbereiche, die tief wie keine anderen in die Grundrechtssphäre eingreifen und nach einer Wahrheit suchen, ohne diese zu definieren. In das Strafrecht werden große Hoffnungen gelegt, es soll sühnen und strafbares Verhalten aus der Welt schaffen, obwohl es erst eingreifen kann, wenn es zu spät ist. Strafrecht trifft seit je her auf enormes öffentliches Interesse, mitunter auf Faszination. Print- und Onlinemedien geben strafrechtlichen Themen breiten Raum, obwohl in der Realität zivil- und verwaltungsrechtliche Auseinandersetzungen bei weitem überwiegen. Der überwunden geglaubte Pranger erlebt durch die Digitalisierung (Stichwort: „social media“) eine Renaissance. Dieser Beitrag stellt am Beispiel der Normativität und Faktizität der Strafverteidigung die Frage nach der Ästhetik des Strafverfahrens.¹ Der Grund dafür, die Strafverteidigung als Gradmesserin für diese Untersuchung zu wählen, liegt in ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen Aufgabe über die Prozessfairness zu wachen: Sie ist die Verteidigerin des Verfahrens selbst. Ziel der Abhandlung ist es, den Blick der Praxis und Wissenschaft auf diesen in Österreich weitgehend unbeachteten Gegenstand der Betrachtung zu lenken. Das Ergebnis zeigt eine Entfremdung zwischen Sollen und Sein im Strafverfahren und das drohende Verschwinden der in der Strafprozessordnung vorzufindenden Ästhetik und ihre Bedeutung.

2. Die normative Grundlagen im Spiegel der Zeit²

Die am 5.8.1958 ratifizierte Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) schuf mit dem Grundrecht auf ein faires Verfahren in Art 6 EMRK die normative Grundlage³ für die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechts auf Verteidigung (Art 6 Abs 3 lit c EMRK). Durch das am 1.1.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Ermittlungs-

1 Der Titel ist angelehnt an die (auf die italienische Rechtspraxis bezogene) Monografie von *Emnio Amodio*, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction* (2016).

2 Der Beitrag bezieht sich auf die österreichische Rechtslage. Paragraphennennungen ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf die Strafprozessordnung (StPO) BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/148.

3 Die zunächst als einfaches Gesetz in Kraft gesetzte EMRK wurde am 6.4.1964 durch BGBl 1964/59 in Verfassungsrang gehoben.

verfahrens erfuh das Grundrecht auf Verteidigung in den §§ 7, 48-62 und 164 ff StPO erstmals eine einfachgesetzliche Ausdifferenzierung.⁴ In einfaches Gesetzesrecht gegossen wurden auch die weiteren Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK, nämlich das Recht auf umfassende Information der beschuldigten Person (§§ 6 Abs 2, 50), auf vollständige Akteneinsicht (§§ 6 Abs 2, 51 ff), auf Beweisaufnahme (§ 55)⁵ sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 5 Abs 2). Diese Rechte sind intrinsisch miteinander verbunden, ihre Ausübung ist Verteidigung und schafft gleichzeitig ihre Grundlagen. Sie sind als subjektiv-öffentliche Rechte ausgestaltet, ihre Einhaltung ist gerichtlich durchsetzbar (§§ 106 f). Ein Meilenstein für die Rechtsposition der beschuldigten Person stellt die gesetzliche Verankerung der Möglichkeit dar, bei der ersten Vernehmung durch die Strafverfolgungsbehörden eine:n Verteidiger:in beizuziehen. Die §§ 51 ff wiederum räumen der Verteidigung das Recht ein, ab Beginn des Ermittlungsverfahrens (buchstäblich „ab der Stunde Null“) Einsicht in den vollständigen Ermittlungsakt zu erhalten.⁶ Die (in Art 6 Abs 3 lit d) ebenfalls verfassungsrechtlich verankerte Verfahrensgarantie der Waffengleichheit findet so puncto Informationen zum Stand der Ermittlungen ihre ideale Umsetzung.

Eine Ausweitung des Aktionsradius der Verteidigung bringt auch die in Schriftform angelegte Struktur des (reformierten) Ermittlungsverfahrens. Die Kommunikation zwischen Staatsanwaltschaft, Kriminalpolizei und Gericht sowie Hilfspersonen (zB Sachverständige) erfolgt schriftlich,⁷ auch die beschuldigte Person und ihre Verteidigung kann sich zusätzlich zu den mündlichen Äußerungsrechten⁸ schriftlicher Verteidigungshandlungen bedienen. Auch die Rsp anerkennt mittlerweile die Möglichkeit der beschuldigten Person, anstatt der mündlichen Aussage eine schriftliche Stellungnahme zu den Vorwürfen zu erstatten.⁹ Die Vorteile im Vergleich zur mündlichen Aussage können in der raschen Klärung des Sachverhaltes liegen, da die beschuldigte Person sich auf Aspekte strafrechtlicher Relevanz beschränken kann und sich keinen rechtlich irrelevanten Fragen oder der Gefahr der Selbstbelastung aussetzen muss. Die schriftliche Kommunikation erweist sich überdies bei der Erhebung von Beweisanträgen im Ermittlungsverfahren als sinnvoll. Die stRsp¹⁰ und (nach ihrem Bsp) die StPO¹¹ (§ 55 StPO) stellen hohe Anforderungen an die Formulierung von Beweisanträgen. Die

4 Strafprozessreformgesetz 2004 (StPRefG) BGBl I 2004/19.

5 Sachverständige im Ermittlungsverfahren s § 126 Abs 5 sowie bezogen auf die Vorbereitung der Hauptverhandlung § 222 Abs 1 und Abs 3, jeweils eingeführt durch das Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014 BGBl I 2014/71; vgl instruktiv *Soyer/Marsch*, Der Wert von Privatgutachten im Strafprozess, Sachverständige (2018), 2 passim.

6 Ausnahmen sind bei Gefahr der Vereitelung von Ermittlungen und zum Schutz von Zeug:innen vorgesehen, vgl § 51 Abs 2 StPO.

7 Als Bsp s das Berichts- und Dokumentationswesen der Kriminalpolizei (§§ 94-97, 100 und 100a).

8 Für einzelne Verfahrensschritte ist die Beiziehung der beschuldigten Person und der Verteidigung (Parteiöffentlichkeit) vorgesehen, und zwar in der Verhandlung über die Fortsetzung der Untersuchungshaft, im Rahmen von Tatrekonstruktionen, kontradiktorischen Einvernahmen von (bestimmten) Opfern und in der Verhandlung zur Entscheidung über einen Einspruch.

9 So auch OLG Wien 28.3.2017, 21 Bs 58/17h, JSt-Slg 2017/35, JSt 2017, 377 mit Anm *Rubri*.

10 Vgl *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2020) § 281 Rz 29, 317, 340 f.

11 § 55.

schriftliche Vorbereitung kann ohne den bei mündlichen Einvernahmen sowie Verhandlungen üblicherweise knappen zeitlichen Rahmen erfolgen. Die Adressat:innen (meist Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft) haben ihrerseits mehr Raum und Zeit für ihre Entscheidungsfindung.

Im Unterschied zum Ermittlungsverfahren erweisen sich die Regelungen der Verteidigung für das Haupt- und Rechtsmittelverfahren weitgehend bestandsfest. Zwei für die Verteidigung wichtige Novellen sind zu erwähnen: Mit dem Strafprozessänderungsgesetz 1993 sollte der Verteidigung ein nichtigkeitsbewehrter Einfluss auf die Stoffsammlung in kollegialgerichtlichen Verfahren eingeräumt werden (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO).¹² Das Strafprozessänderungsgesetz 2014 brachte eine Erweiterung des Fragerechts: Die von der Verteidigung beigezogene „Person mit besonderem Fachwissen“ kann ab nun gerichtlich bestellte Sachverständige direkt befragen und nicht bloß der Verteidigung dabei assistieren.¹³ Eine Stärkung der Rechte der Verteidigung im Hauptverfahren brachte die Reform des Ermittlungsverfahrens aber insofern, als die Bestimmungen, so ihrer Natur nach möglich, auch in der Hauptverhandlung anzuwenden sind.¹⁴ Dogmatisch bedeutsam für das gesamte Verfahren sind die durch die Reform des Ermittlungsverfahrens normierten Verfahrensgrundsätze.¹⁵

Zu den auch von der Verteidigung zu berücksichtigenden Rechtsquellen ist weiters die Rsp (vor allem) des OGH zu zählen.¹⁶ Die aus seinen Entscheidungen entwickelten Rechtssätze entsprechen in ihren realen Auswirkungen jenen des positiven Rechts. Der Einfluss von Judikatur zeigt sich am deutlichsten in der bisweilen wortwörtlichen Übernahme von Rechtssätzen in den Gesetzestext. Anschauliches Beispiel ist § 55 zu den bereits erwähnten Formerfordernisse von Beweisanträgen. Der geltende Wortlaut stimmt mit den vom OGH in stRsp entwickelten Rechtssätzen überein.¹⁷ Bei der Entstehung von Rechtssätzen, Judikaturlinien und -änderungen spielt die Fachliteratur eine spezifische Rolle. Das von der Rsp meistzitierte Referenzwerk ist der erstmals im Jahr 2002 erschienene Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (WK StPO), der sich von anderen Kommentarsammlungen durch die Mitwirkung von aktiven und ehemaligen Mitgliedern des OGH und der Generalprokuratur als Autor:innen¹⁸ unter enger Einbindung der Lehrstuhlinhaber:innen für Straf- und Strafverfahrensrecht inländischer Universitäten und

12 Strafprozessänderungsgesetz 1993 BGBl 1993/526, vgl AB 1157 BlgNR 15. GP 16.

13 Vgl § 249 Abs 3 idF BGBl I 2014/71. Die Bezeichnung „Sachverständige“ ist auf gerichtlich beigezogene (bestellte und beidete) Expert:innen beschränkt.

14 Vgl § 248 Abs 1 StPO.

15 Vgl zur Rezeption durch die Rsp OGH 11.12.2018, 11 Os 108/18v, RIS-Justiz RS01322356.

16 Die Einordnung als Rechtsquelle oder Rechtserkenntnisquelle in der Lit ist uneinheitlich, vgl *Kramer*, Juristische Methodenlehre⁶ (2019) 205 ff; *Reimer*, Juristische Methodenlehre² (2019) Rz 454 ff; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960, Nachdruck 2000) 238 f; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991, Nachdruck 2011) 501 ff.

17 Die elektronische Abfrage im RIS (Rechtsinformationssystem www.ris.bka.gv.at/) weist OGH 26.3.1980, 11 Os 41/80 als erste Entscheidung der Rechtssatzkette aus. Bis zum Entwurf von § 55 im Jahre 2004 werden 24 Jahre vergehen. Weitere Nachweise s RIS-Justiz RS0099453 und RIS-Justiz RS0107040.

18 S die Nennung der Autor:innen in WK StPO „Übersicht aller bisherigen Lieferungen.“

deren Veröffentlichungen¹⁹ sowie Lehrbüchern²⁰ abhebt. Strafverteidiger:innen und Rechtsanwält:innen sind in der Minderzahl.²¹ Daneben existieren weitere Kommentarsammlungen, für die Professor:innen, auch Richter:innen der ersten Instanz, der Oberlandesgerichte sowie Staatsanwält:innen und – in weit größerer Anzahl – auch Strafverteidiger:innen schreiben.²² Der WK StPO ist aufgrund daraus resultierender Mehrfachfunktionen vieler Autor:innen und wechselseitigen Bezugnahmen insb in Form von Zitierungen²³ als Leitmedium im Bereich anzusehen.²⁴ In der Methodenlehre folgt das Höchstgericht sowie der WK StPO²⁵ *Larenz, Kramer* und *Bydlinski*.²⁶ Zusammenfassend lässt die Analyse auf Metaebene ein Dreigestirn bestehend aus positiver Rechtsetzung, höchstgerichtlicher Rsp und Kommentarliteratur unter Einbettung der Rechtswissenschaft als „materielles“ Rechtsetzungsorgan erkennen.

3. Faktizität der Verteidigung²⁷

Die Institution der Verteidigung als ontologische Erscheinung gewann in jüngerer Vergangenheit, wie bereits an anderer Stelle nachgewiesen,²⁸ Bedeutung einerseits mit dem Zusammenschluss von Verteidiger:innen im Jahre 2003²⁹ zu einer Interessensvereinigung

19 Als Bsp für die Ko-Autorenschaft eines Professors für Straf- und Strafverfahrensrecht und eines Mitglieds des Höchstgerichts ist die Monografie von *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens (2017) zu nennen.

20 Pars pro toto: *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁸ (2020).

21 Die Autorin dieses Textes ist eine von ihnen.

22 *Bertel/Venier*, StPO-Kommentar (Band I 2012, Band II 2021); *Birklbauer/Haumer/Nimmervoll/Wess* (Hrsg) Linzer Kommentar zu Strafprozessordnung (2020); *Fabrizy/Kirchbacher*, StPO¹⁴ (2020); *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg) StPO-Kommentar (2013).

23 Prägender Mitherausgeber und Autor ist *Ratz*, ehemaliger Präsident des OGH, Honorarprofessor an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien und Autor zahlreicher Publikationen zum Straf- und Strafverfahrensrecht. *Schmoller* bezeichnet dessen Schriften als „offizielle Positionierung des OGH“, s *Schmoller*, Der OGH in Strafsachen „Wahrer einheitlicher Rechtsauslegung“ oder „Schulmeister der Anwälte“? in FS Stolzlechner (2013) 607. AA im Übrigen aber kritisch *Soyer/Marsch*, Stärken und Schwächen des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens gemäß §§ 284 ff StPO, AnwBl 2018, 203 (Fn 38).

24 Einzig *Bertel/Venier* verstehen ihren Kommentar – unter expliziter Bezugnahme auf das Verhältnis zwischen Höchstgericht und WK StPO – „als eine Art „Alternativkommentar““; vgl die Autoren im Vorwort zu Band I (Hervorhebung im Original). Der WK StPO bleibt auch bei ihnen Referenzwerk. Siehe dazu auch *Soyer/Marsch*, Stärken und Schwächen des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens gemäß §§ 284 ff StPO, AnwBl 2018, 203.

25 Eine systematische Darstellung der Methodenlehre in der Kommentarliteratur erfolgt an anderer Stelle.

26 In der Reihenfolge ihrer Erstveröffentlichung (sowie letzte Auflage): *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960, 6. Auflage 1991); *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982, 2. Auflage 1991); *Kramer*, Juristische Methodenlehre (1998, 6. Auflage 2019).

27 Die Betrachtungen basieren auf Kenntnissen der Autorin aus ihrer Praxis als Strafverteidigerin. Sie decken sich mit den Ergebnissen der wissenschaftlichen Tatsachenforschung (Auswahl): *Birklbauer/Soyer/Weber/Starzer/Stangl*, Die Rechtspraxis im Ermittlungsverfahren nach der Strafprozessreform. Zusammenfassung der Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung, ÖJZ 2011, 852; *Schumann/Soyer*, Verteidigungsrechte im Vorverfahren – Eine rechtstatsächliche Forschung über Voraussetzungen und Bedingungen einer Effektivierung anwaltlicher Notdienste, SV 2012, 495; *Zach/Katona/Birk*, Die ersten 48 Stunden (2018). Die Forschungen bezogen sich auf das Ermittlungsverfahren.

28 Zur Natur der Verteidigung als Institution vgl *Stuefer*, Strategien der Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen in *Kertl/Kodek* (Hrsg), Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016) Rz 24.7, *Stuefer*, Rationalität und Strafverteidigung, JSt 2018, 297 f.

29 Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (VÖStV), s www.strafverteidigung.at (26.4.2021).

und andererseits mit einer von der Reform des Ermittlungsverfahrens ausgelösten publizistischen Durchdringung der Regelungen vornehmlich durch in der Praxis der Verteidigung tätige Autor:innen mit „materialisiertem“ Echo in Gesetzgebung und Rsp.³⁰

3.1. Praxen der Verteidigung im reformierten Ermittlungsverfahren

Die Stärkung der Rechte der beschuldigten Person vollzog sich im Verlauf der 12 Jahre nach Inkraftsetzung des Strafprozessreformgesetzes 2004 auch in der Rechtspraxis. Festzustellen ist ein gestiegenes Bewusstsein für das Wesen der Verteidigung sowohl bei Ermittlungs- und Anklagebehörden und der Rsp als auch bei Beschuldigten und deren Umfeld. Insbesondere das Recht auf Beiziehung der Verteidigung bei Vernehmungen nach erfolgter Akteneinsicht wird häufig in Anspruch genommen, zögerlicher das Recht, nicht auszusagen (§ 164 Abs 1 und Abs 2) und/oder sich schriftlich zu den Vorwürfen zu äußern. Als Folge lässt sich eine Zunahme der Verfahrensfairness und erhöhte Akzeptanz der Ermittlungen auf Seiten der beschuldigten Personen beobachten.

Als *selbstverständlich* wird der Gebrauch der Rechte allerdings von keiner der Beteiligten empfunden. Bei vielen beschuldigten Personen bringt der Gedanke, eine:n Verteidiger:in überhaupt zu konsultieren, unangenehme Gefühle mit sich, mehr noch bei einer Befragung schweigen zu wollen, beides schöpfe Verdacht bei der Strafverfolgungsbehörde. Die Beweggründe weisen auf Anlagen im kollektiven Gedächtnis hin. Die Aussage vor der Behörde wird als Verpflichtung empfunden. Die Ansicht: „Wer nichts zu verbergen hat, hat auch nichts zu befürchten.“³¹ hat auf Seiten der beschuldigten Personen großes Gewicht. Spuren für diese Haltung finden sich sowohl im geltenden Recht als auch in der Rechtspraxis: Gesetz und Rsp belassen den Strafverfolgungsbehörden beim Vollzug mancher Bestimmungen einen – de-facto – Gestaltungsspielraum. Am Bsp der Beschuldigtenbefragung³² zeigt die Realität, dass das Ob und Wie der Inanspruchnahme von Rechten steuerbar ist: Autoritäres Auftreten sowie missverständliche Rechtsbelehrungen, die mitunter mit Einwirkungen auf die Willensfreiheit verbunden sind, wie etwa mit der Androhung der Festnahme und/oder der Verhängung der Untersuchungshaft bei Weigerung zur Aussage oder bei „Leugnen“, sind nach wie vor gängige Praxis.³³ Betroffene berichten von Äußerungen wie: „Der Anwalt kann während der Einvernahme eh nichts tun, er kann nur daneben sitzen, es ist nicht wie im Film.“ Solche Aussagen sind wortwörtlich genommen nicht falsch. § 164 Abs 2 dritter Satz berechtigt die Verteidi-

30 Nachweis s *Stuefer*, JSt 2018, 297 ff.

31 Der Ursprung des Zitats ist ungeklärt. In Bezug auf staatliche Überwachung formulierte es Schriftsteller *Upton Sinclair* 1918 in *The Profit of Religion*: “If you have nothing to you have nothing to fear.” Es wird verschiedentlich *Goebbels* zugeschrieben, s www.heise.de/newsticker/meldung/Missing-Link-Der-Erste-der-nichts-zu-verbergen-hatte-3798545.html (26.4.2021).

32 Regelt in §§ 49 Z 4 und Z 5; 50, 58, 59, 164 StPO.

33 Nachweise s *Zach/Katona/Birk*, Die ersten 48 Stunden, 70 ff. Ausf *Grafl/Stempkowski*, Lie to me, Wahrheitsfindung im Spannungsfeld divergierender Interessen, ÖJZ 2017, 62 mwN; *Schwaighofer*, Die Arbeit im Menschenrechtsbeirat und Probleme polizeilicher Vernehmungen, AnwBl 2012, 122.

gung tatsächlich nur zur Anwesenheit sowie nach „Abschluss der Vernehmung oder nach thematisch zusammenhängenden Abschnitten Fragen an die beschuldigte Person [zu] stellen und Erklärungen ab[zu]geben.“³⁴ Häufig führen derartige Vorgehensweisen aber zum Verzicht von Betroffenen auf die Beiziehung der Verteidigung. Die Folge ist eine negative Verstärkung des Machtgefälles in der Befragungssituation, die sich nur insofern in den Niederschriften wiederfindet, als sie nicht erwähnt ist. Das Gesetz schreibt zwar die Erstellung von Protokollen vor, nicht aber die wortwörtliche Protokollierung. Die Strafverfolgungsbehörden sind sich der damit geschaffenen Hoheit (um nicht zu sagen Macht) über den Inhalt der Niederschrift bewusst. Ungesetzliche Befragungen, wozu auch manipulative („good cop, bad cop“) und Fangfragen zählen (§ 164 Abs 4), sind de-facto nicht nachweisbar. Die in § 97 vorgesehene Möglichkeit für Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaft und Gericht, die Vernehmung von Beschuldigten (§ 164 Abs 2) und/oder Beweispersonen durch Tonaufnahme oder Ton- und Bildaufnahme aufzuzeichnen, wird de-facto nicht in Anspruch genommen,³⁵ sie ist untotes Recht. Es ließen sich weitere Beispiele anführen. Wesentlich für die gegenständliche Analyse ist indes, dass die so erstellten Protokolle *unhin-terfragt* der Anklage zugrunde gelegt, in der Hauptverhandlung verlesen und zu Grundlagen des Urteils³⁶ werden, im Falle der Rechtskraft also *wahr* werden. Hier zeigt sich in aller Drastik nicht nur das Bestehen *mehrerer Wahrheiten*, sondern auch deren endgültige Koexistenz im Prozess und (subintelligiert) im Urteil.³⁷

3.2. Exkurs:

Das Gefahrenpotential solcher Situationen erkannte die Gesetzgebung der europäischen Union. Insofern nicht freiwillig oder auf eigene Initiative, sondern aufgrund der verpflichtend umzusetzenden Richtlinie zum Jugendstrafverfahren³⁸ musste die inländische Gesetzgebung die Rechte jugendlicher Beschuldigte stärken, indem die Anwesenheit der

34 *Kirchbacher/Keglevic* vertreten (ohne methodische Begründung) in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 164 Rz 27/2 eine restriktive Auslegung, wenn sie die mit Strafprozessänderungsgesetz 2015 zur Verbesserung der Position der beschuldigten Person erfolgte Annullierung der thematischen Beschränkung des Fragerechts (§ 164 Abs 2) so kommentieren: „Die Fragen des Verteidigers sollen mit Blick auf die Verfahrensökonomie – auch wenn im Gesetz nicht mehr ausdrücklich ergänzend steht – zu keinen Wiederholungen führen.“

35 *Murschetz*, Videodokumentation – österreichische und internationale Perspektive, AnwBl 2013, 219.

36 Die Protokolle dienen als Gründe für die Feststellung der entscheidenden Tatsachen maW des Urteilspruchs (§ 260 Abs 1 Z 1; in den Worten der Lit: „dem ‚Ja‘ des Untersatzes [...] der sog Existenzbehauptung des Syllogismus der Rechtsfolgenbestimmung.“ S *Ratz* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 281 Rz 4 mit Bezug auf *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ 272 ff.

37 Skeptisch zeigt sich *S. Mayer* bereits 1884 als er (in Bezug auf das Ermittlungsverfahren) festhielt: „Rücksichten auf Vereinfachung des Geschäftsganges der Prozedur, die gewiss nicht zu verwerfen sind, wenn sie nicht gerade gegen ein wichtiges Prinzip der Verhandlung verstoßen, sind es einerseits, das inquisitorische Streben nach Wahrheitsermittlung andererseits, welche den Ergebnissen der Voruntersuchung eine kaum gerechtfertigte Bedeutung beilegen und den wahren Charakter der Hauptverhandlung beeinträchtigen.“ *S. Mayer*, Kommentar zu der österreichischen Strafprozess-Ordnung vom 23.5.1873 (1884) § 252 Rz 2.

38 RL 2016/800/EU über Verfahrensgarantien für Kinder, die Verdächtige oder Beschuldigte in Strafverfahren sind. ABl 2016/132, 1.

Verteidigung bei der Vernehmung von Jugendlichen im Falle ihrer Festnahme, Vorführung zur sofortigen Vernehmung, Tatrekonstruktion und Gegenüberstellung (mit Zeug:innen) nunmehr zwingend vorgeschrieben wird. Zieht die jugendliche beschuldigte Person „keinen Verteidiger [bei] und [ist] auch kein gesetzlicher Vertreter oder eine andere Person des Vertrauens anwesend,“ ist das jeweilige Vernehmungsorgan zur Aufnahme der Vernehmung in Ton- und Bild *verpflichtet* (§ 36a JGG).³⁹ Die Novelle bringt trotz der Vielzahl an unbestimmten Gesetzesbegriffen,⁴⁰ die weiterhin Ausnahmen zulassen, eine Verbesserung der Rechtstellung für jugendliche Beschuldigte mit sich. Die physische Anwesenheit der Verteidigung, weniger der gesetzlichen Vertretung oder der Vertrauensperson,⁴¹ sowie die Ton- und Bildaufzeichnung der Vernehmung werden Gesetzesüberschreitungen jedenfalls in der zuvor beschriebenen Intensität verhindern oder zumindest zurückdrängen. Die Vorschriften für erwachsene Beschuldigte wurden nicht geändert, das Gesetz hält also an der geübten Rechtspraxis und der stRsp fest.

3.3. Verteidigung in der Hauptverhandlung

Im Gegensatz zu Ermittlungsverfahren gilt in der Hauptverhandlung der Grundsatz der Unmittelbarkeit, der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit (Art 90 Abs 1 B-VG, Art 6 Abs 1 EMRK, §§ 12, 13, 228, 258). Die Unmittelbarkeit und die Mündlichkeit bewirken, dass die Verteidigung, ebenso wie die Staatsanwaltschaft, etwaige Opfer, Privat- oder Haftungsbeteiligte sowie deren Rechtsvertretungen ihre Rechte mündlich nach Aufruf zur Sache und spätestens im Schlussplädoyer⁴² auszuüben haben. Fragen, Anträge, Widersprüche, Stellungnahmen und Rügen sind, um prozessuale Wirksamkeit zu erlangen, also mündlich vorzutragen.⁴³ Der *Wert* des gesprochenen Wortes hängt, soll es über die Hauptverhandlung hinaus, etwa für ein etwaiges Rechtsmittelverfahren, Bestand haben, von der Genauigkeit der schriftlichen Dokumentation ab. Gesetz und stRsp⁴⁴ sehen aber

39 S §§ 36a f Jugendgerichtsgesetz (JGG) idF Strafrechtliches EU-Anpassungsgesetz (StrEU-AG 2020) BGBl I 2020/20. Bei der Vernehmung von unvertretenen jugendlichen Beschuldigten muss eine Vertrauensperson (ua gesetzliche Vertretung, Angehörige) beigezogen (vgl § 37 JGG) werden; vgl in diesem thema den Beitrag von *Beclin* zu Verteidigungsrechten von Jugendlichen, 226.

40 § 36a JGG zur Verpflichtung der Ton- und Bildaufnahme: „Ist eine Ton- und Bildaufnahme aufgrund eines unüberwindbaren technischen Problems nicht möglich, so kann die Vernehmung ausschließlich in einem Protokoll dokumentiert werden, sofern angemessene Anstrengungen zur Behebung des Problems unternommen wurden und eine Verschiebung der Befragung wegen der Dringlichkeiten der Ermittlungen untunlich wären“ (§ 36a Abs 3 JGG). Angesichts des gegenwärtigen Standes der (digitalisierten) Technik sind „unüberwindbare technische Probleme“, die die Aufnahme verhindern, schlichtweg nicht vorstellbar. Die in acht unbestimmten Gesetzesbegriffen zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Zaghaftigkeit ist angesichts des dem JGG zugrundeliegenden Bekenntnisses zur Schutzbedürftigkeit jugendlicher Beschuldigter nicht nachvollziehbar.

41 Für die Personengruppe wird die Vernehmung eine Ausnahmesituation sein, ganz überwiegend werden Angehörige selbst (emotional) betroffen und nicht in der Lage sein, die strafverfahrensrechtlichen Interessen zu wahren.

42 Der gesetzliche Begriff in § 255 lautet: „Vorträge der Parteien“.

43 In deutscher Sprache oder einer dieser gleichgestellten Amtssprache als Gerichtssprache, vgl § 53 Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (Geo) BGBl 1959/130.

44 „Quod non est in actis non est in mundo.“

keine wortwörtliche schriftliche Aufzeichnung der gesamten in der Hauptverhandlung geführten Kommunikation vor; es ist bei sonstiger Nichtigkeit ein „möglichst gerafftes“ so genanntes „Flickprotokoll“ zu erstellen. Zusammengefasst: Es muss bloß die „wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens enthalten.“⁴⁵ Die Antworten der angeklagten Personen, Zeug:innen und Sachverständigen sind „ihrem wesentlichen Inhalt nach zusammengefasst“ festzuhalten, „soweit nicht deren wörtliche Wiedergabe für die Urteils-fällung erforderlich erscheint.“ (§ 271 Abs 3 Satz 1) Nach stRsp steht nur die gänzlich unterlassene Protokollführung, nicht aber die inhaltliche Mangelhaftigkeit des Protokolls unter Nichtigkeitsanktion.⁴⁶ Argumentativ noch so fundierte Anträge, Widersprüche oder Rügen werden in der Praxis in aller Regel nicht wortwörtlich protokolliert. Zwar gestehen Gesetz und Rsp der Verteidigung zu, die wortwörtliche Festschreibung zu verlangen. Mit Blick auf ein etwaiges Rechtsmittelverfahren *muss* sie dies sogar tun, wenn sie sich der Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen versichern will.⁴⁷ Die Rsp ist hinsichtlich der Einhaltung der (von ihr entwickelten) Formvorgaben sehr restriktiv.⁴⁸ Unvollständige, unrichtige, mangelhafte Protokollierungen wirken sich zu Lasten der Verteidigung aus. Für erstinstanzliche Gerichte kann diese Rsp hingegen entlastend sein. Manipulative, aufbrausende Befragungen von Beschuldigten und Zeug:innen, autoritäres, ungehaltenes, unhöfliches Auftreten, Düpieren von Verteidiger:innen,⁴⁹ die Unterbrechung Verfahrensbeteiligter bei Ausübung des Fragerechts und der Antragstellung,⁵⁰ sind gängige Praxis mancher Vorsitzender.⁵¹ Da kein Wortprotokoll zu erstellen ist, finden auch in der Hauptverhandlung erfolgte Rechtsverletzungen nicht Eingang in den Verfahrensakt. Zwar räumt das Gesetz der Verteidigung die Möglichkeit ein, die „Feststellung einzelner Punkte“ im Protokoll zu verlangen (§ 271 Abs 1 letzter Satz), in aller Regel handelt es sich aber um Verstöße,⁵² die nicht mit Nichtigkeit bedroht sind, also keine Gefahr für den Bestand des Urteils darstellen.⁵³ Anträge auf wortwörtliche Proto-

45 § 271 Abs 1; *Fabrizy/Kirchbacher*, StPO¹⁴ § 271 Rz 1 f, 5.

46 Soweit öffentlich abrufbar seit 1952 stRsp: RIS-Justiz RS0099003.

47 Nicht vertieft wird an dieser Stelle die in § 271 Abs 6 vorgesehene Möglichkeit, nach Ausfertigung des Protokolls einen Antrag auf Berichtigung zu stellen. Erwähnt sei: Das Änderungsbegehren ist nach stRsp nur dann durchsetzbar, wenn es nichtigkeitsrelevante Verfahrensfehler betrifft. Vgl RIS-Justiz RS0120683.

48 S RIS-Justiz RS0118060.

49 So ließ sich der Vorsitzende eines Schöffensenates dazu hinreißen, einen Verteidiger mit „Halten Sie den Mund!“ anzuschreien.

50 Selbst auf nichtigkeitsrelevante Wortmeldungen, wie Begründungen von Beweisanträgen, die um den Anforderungen der „methodengerechten Ableitung aus dem Gesetz“ (vgl dazu RIS-Justiz RS0117321, RIS-Justiz RS0116565, RIS-Justiz RS0118429) zu entsprechen, präzise formuliert werden müssen, wird in der Praxis durch Zwischenrufe durch das Gericht wie: „Worauf wollen Sie hinaus?“ sowie „Worum geht es?“ reagiert. Das Zitieren von prozessrechtlich relevanten Gesetzesstellen wird mitunter als Affront angesehen: „Sie brauchen hier nicht mit Paragrafen zu kommen.“ sowie „Sie werden sich hier nicht auf die EMRK berufen.“

51 Rsp und Lit sind sich dessen bewusst, s *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz* (2017) § 232 Rz 4.

52 § 52 Abs 1 bis 3 Geo verpflichten ua zu Höflichkeit, Ruhe, Hilfsbereitschaft, Sachlichkeit; verbieten ua Werturteile sowie „spöttische Bemerkungen.“

53 Sind Fehler nicht von nachteiligem Einfluss für die Entscheidung in der Sache (Endurteil), fehlt die (materielle) Legitimation zur Beschwerdeführung. Vgl *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO (2017) § 271 Rz 5 f; vgl aber *S. Mayer*, Commentar § 271 Rz 138 f.

kollierung sind in der Praxis auch aus diesem Grunde äußerst selten. Für das (erstinstanzliche) Gericht bedeutet dies: Berührt die Art und Weise seiner Verfahrensführung keinen Nichtigkeitsgrund, kann es ohne Risiko für die Rechtskraft des Urteils Verfahrensverletzungen insofern „frei“ agieren.⁵⁴ Diese Praxis bewirkt die Bildung einer Rangordnung (Hierarchie) innerhalb des Normgefüges. Jene ohne Nichtigkeitsrelevanz, somit die überwiegende Anzahl der Verfahrensvorschriften, verlieren an Bedeutung. Auf die in § 271a Abs 1 vorgesehene Aufzeichnung des gesamten Verlaufes der Hauptverhandlung haben Angeklagte nach überwiegender Ansicht kein subjektives Recht, sie liegt im Ermessen der Vorsitzenden des Gerichts (bzw den Einzelrichter:innen).⁵⁵ Der Verteidigung steht es frei, einen darauf gerichteten Antrag zu stellen.⁵⁶ In der Praxis ist festzustellen, dass Richter:innen verstärkt von Amts wegen auf diese Möglichkeit zurückgreifen und die Aufnahme in der Folge *wortwörtlich* transkribieren lassen, obwohl § 271a Abs 1 und Abs 2 nicht explizit dazu verpflichtet. Die Wort-für-Wort Übertragung ist mit einem immensen Erkenntnisgewinn verbunden, die Dynamik der Hauptverhandlung kann – soweit es die menschliche Sprache zulässt – erstmals vollständig nachvollzogen werden. Abschließend ist auf die Verlesungspraxis einzugehen. Sie hat ihre rechtlichen Grundlagen im Wesentlichen in den §§ 245 Abs 1, 252 und 258 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 und dient der Verwirklichung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. § 258 Abs 1 verpflichtet das Gericht bei der Urteilsfällung „nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in der Hauptverhandlung vorgekommen ist. Aktenstücke können nur insoweit als Beweismittel dienen, als sie bei der Hauptverhandlung vorgelesen oder vom Vorsitzenden vorgetragen werden.“⁵⁷ Die Verletzung von Verlesungsvorschriften ist nur ausnahmsweise mit Nichtigkeit bedroht.⁵⁸ In der Praxis kommt die wortwörtliche Verlesung des gesamten Akteninhaltes als Sprechakt kaum vor. Die aus dem Ermittlungsverfahren stammenden Schriftstücke werden in aller Regel nur passagenweise wortwörtlich vorgehalten⁵⁹ und/oder verlesen.⁶⁰ Im Übrigen wird die tatsächliche Verlesung durch den „zusammenfassenden Vortrag des erheblichen Inhalts der Aktenstücke“ durch das Gericht (Vorsitz) ersetzt (§ 252 Abs 2a).⁶¹ Die Verlesung als sinnlicher Akt wird also fingiert. Die Fiktion kann zwar – bei sonstiger Nichtigkeit – nicht ohne Zustimmung

54 Als nicht nichtigkeitsrelevant sowie „heilbare“ Verfahrensverletzungen werden erachtet: die unvollständige Rechtsbelehrung von Angeklagten und Zeug:innen; die Unterbrechung der beschuldigten Person während ihrer Vernehmung; unterlassene Manuduktion von nichtvertretenen Beschuldigten ua. Weitere Bsp s *Stuefer*, Bedarf es einer Reform des Rechtsmittelverfahrens im Strafverfahren? JSt 2014, 105 (111 f); RIS-Justiz RS0097277.

55 Ausf *Sautner*, Videotechnologie im Strafverfahren: Kommunikation, Dokumentation und Reproduktion, JBl 2019, 210; *Murschetz*, Videodokumentation – österreichische und internationale Perspektive, AnwBl 2013, 220.

56 *Danek/Mann* in *Fuchs/Ratz* (2020) § 271a Rz 2.

57 § 258 Abs 1 Satz 1 und Satz 2.

58 §§ 252 Abs 1 und Abs 4.

59 Die StPO versteht darunter die „Anführung von Beweismitteln“ sowie die „ganz oder teilweise Vorlesung von früheren Aussagen“ im Rahmen der Vernehmung des Angeklagten (§ 245 Abs 1 Satz 2 und Satz 4). Zur Aussage von Zeug:innen s § 247 iVm § 252 Abs 1 Z 2; vgl *Kirchbacher* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO (2019) § 247 Rz 78.

60 Die Befragung von Zeug:innen beginnt – nach der Belehrung über die Rechte und Pflichten sowie der Konsequenzen einer Falschaussage – häufig mit der Frage: „Haben Sie vor der Polizei die Wahrheit gesagt?“

61 Strafprozessnovelle 2005 BGBl I 2004/164.

der Verteidigung erfolgen. Auf die wortwörtliche Verlesung zu bestehen, kann und wird als Affront empfunden, ein Risiko, das die überwiegende Anzahl der Verteidiger:innen scheut. So geschieht es, dass auch Laienrichter:innen in kollegialgerichtlichen Verfahren den Akteninhalt nicht *hören*; Berufsrichter:innen bereiten sich in aller Regel anhand der Lektüre des schriftlichen Aktes auf die Verhandlung vor, aber auch sie *hören* den Akteninhalt nicht.

4. Die These der Distanz zwischen Normativität und Faktizität

Die Analyse von Normen und Ontologie der Strafverteidigung führt zu folgenden Erkenntnissen:

4.1. Die Ästhetik („Feierlichkeit“⁶²) der Verfahrensvorschriften und ihre Bedeutung

Die normative Kraft aller jener Bestimmungen der StPO, deren Nichteinhaltung nicht unter Nichtigkeitssanktion steht, wird durch aufgezeigte Rechtspraxis geschmälert (Hierarchiebildung). Der Wahrheitsermittlung und dem Grundrechtsschutz dienen nach der StPO aber sämtliche Verfahrensvorschriften, nicht nur jene, die für die Rechtskraft des Urteils bedeutsam, nichtigkeitsrelevant sind. Die Gesamtheit der – stets auch aufeinander bezogenen – Vorschriften der StPO lässt eine in normativer Formensprache zum Ausdruck kommende Ästhetik des Verfahrens erkennen. Die Sichtbarkeit (Wahrnehmbarkeit und Sinnlichkeit) ist *conditio sine qua non* von Verfahrensgerechtigkeit. Gerechtigkeit existiert nur in der sinnlichen Wahrnehmung mehrerer. Die Einhaltung der (für die Sichtbarkeit verantwortliche) Formensprache ist nicht nur in der öffentlichen Hauptverhandlung, sondern auch in den nichtöffentlichen Verfahrensabschnitten sowie bei Vollzug von Zwangsmaßnahmen geboten, um Verfahrensgerechtigkeit zu erreichen. Denn auch Zwang ist mit Würde auszuüben; in der Sprache von § 5 Abs 1 2. Satz ausgedrückt: „Jede dadurch (=Ausübung von Befugnissen und Aufnahme von Beweisen, Anm AS) bewirkte Rechtsgutbeeinträchtigung muss in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht der Straftat, zum Grad des Verdachts und zum angestrebten Erfolg stehen.“ In der Ästhetik des Verfahrens manifestiert sich nicht nur die Würde der beschuldigten Person, sondern auch des Staates, der auf die Einhaltung der Vorschriften durch die Beteiligten des Verfahrens angewiesen ist. Insofern kann von einer der Strafprozessordnung innewohnenden „Feierlichkeit“ gesprochen werden. Zeit- und Ressourcenmängel sind reale und nachvollziehbare Gründe für die geraffte Befragung ohne Beiziehung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren und die kurz gehaltene Hauptverhandlung. Dogmatisch bilden sie keine tragfähigen Argumente für die aufgezeigte Rechtspraxis.⁶³ Die Verteidigung befindet sich in einem Dilemma. Das Gesetz räumt ihr Antrags-, Frage- und Widerspruchsrechte sowie Rügemöglichkeiten ein. Übt sie sie in der Hauptverhandlung aus, wenn sie der angeklagten Person im Ergebnis, etwa wegen der Ver-

62 S. Mayer, *Commentar* § 252 Rz 2.

63 So im Ergebnis auch *Soyer/Marsch*, Stärken und Schwächen des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens gemäß §§ 284 ff StPO, *AnwBl* 2018, 204 ff.

schlechterung des Verhandlungsklimas, gar zu schaden drohen? Auch die Verteidigung trägt Verantwortung. Die Situation verschärft sich für beschuldigte/angeklagte Personen, die unvertreten, deren Sprachkenntnisse unzureichend sind und/oder besondere Bedürfnisse haben. Die vorliegende Analyse zwingt dazu, die Rechtspraxis auch unter dem Blickwinkel ihrer sozialen Auswirkungen zu reflektieren.⁶⁴

4.2. Ästhetik durch Digitalisierung

Der Zweck des Strafverfahrens, die Wahrheitsfindung unter Wahrung von Verfahrensgechtigkeit, kann durch Digitalisierung von Teilen des Verfahrens bedeutend gefördert werden. Das Gebot der Stunde ist die digitale Gestaltung der Hauptverhandlung.⁶⁵ Die im Ermittlungsverfahren (vor diesem Hintergrund) unter Verwendung von Ton- und Bildaufnahmen generierten Einvernahmen von beschuldigten und Beweispersonen (§§ 97, 164 Abs 2 letzter Satz) sind in der Hauptverhandlung anlässlich der Einvernahme der angeklagten Person(en) sowie von Zeug:innen vorzuführen. Die digitalisierte Technik ermöglicht – mit minimalem Aufwand – eine sequenzielle Vorführung von Teilen einer Ton- und Videoaufnahme. Das geltende Verlesungsregime (§§ 245, 252) steht dem nicht entgegen, liegt doch auf der Hand, dass die Vorführung von Aussagen insb den Unmittelbarkeitsgrundsatz zu verwirklichen, viel eher geeignet ist als die Verlesung von (eben oft rechtswidrig oder zumindest fragwürdig zustande gekommenen) Protokollen über Vernehmungen. Das Gesetz sieht die „Vorführung“ von Ton- und Bildaufnahmen über Vernehmungen bereits vor, und zwar zwingend (besonders praxisrelevant) für Aussagen von (bestimmten) Opfern (§ 165 Abs 5); allerdings – aufgrund der besonderen Verfahrenskonstellation – nicht zusätzlich, sondern anstatt ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung. Die Vorführung von Ton- und Videoaufnahmen auch von beschuldigten und Beweispersonen im Ermittlungsverfahren in der Hauptverhandlung ließe sich rechtlich durch Ausübung der „discretionäre Gewalt“ der (vorsitzenden) Richter:innen, aber leicht bewerkstelligen (insb §§ 3, 254). Recht besehen ist sie – wegen des Grundsatzes zur materiellen Wahrheitsfindung – verpflichtend. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist eine der Säulen des Erkenntnisverfahrens und damit der Urteilsfindung. Unbestreitbar ist die digitale Gestaltung der Hauptverhandlung ein Quantensprung in der (verfassungsrechtlich gebotenen) Verwirklichung (Weiterentwicklung) des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Der technische Aufwand ist minimal. Die digitale Hauptverhandlung ist daher de lege lata nicht nur zulässig, sondern rechtlich geboten.⁶⁶ Es bedarf keiner besonderen Vorstellungskraft, um den ästhetischen Aspekt dieser Form der Verhandlungsführung und ihre Bedeutung zu erkennen.

64 Zuletzt *Rickert*, Zur Dialektik des Rechts in der bürgerlichen Gesellschaft, KJ 2021, 6 ff.

65 So schon *Murschetz*, Videodokumentation – österreichische und internationale Perspektive, AnwBl 2013, 222. Vgl auch *Liebhauser-Karl*, Großverfahren in Wirtschaftsstrafsachen, RZ 2018, 244 (1. Teil), der den Einsatz des elektronischen Aktes sowie Projektoren im Verhandlungssaal befürwortet. „Inventarisiert“ werden sollte die Möglichkeit der Benützung von PCs von Verfahrensbeteiligten im Verhandlungssaal.

66 De lege ferenda *Murschetz*, Videodokumentation – österreichische und internationale Perspektive, AnwBl 2013, 222.

Die digitale Hauptverhandlung bringt auch für das Rechtsmittelverfahren immense Fortschritte. Die aufgezeichnete Hauptverhandlung kann wortwörtlich übertragen werden (§ 271a Abs 2). Das Rechtsmittelgericht wird sich anhand der Lektüre der wortwörtlichen Niederschrift einen lebhaften sinnlichen Eindruck von der stattgefundenen Kommunikation verschaffen,⁶⁷ auch durch Einsicht in die Videoaufzeichnungen, und zwar ohne seine Kognitionsbefugnis überschreiten zu müssen.⁶⁸ Die Qualität und Richtigkeit von Übersetzungen, die in der Praxis von Betroffenen – insb bei polizeilichen Einvernahmen – kritisiert wird, wird so einfach und rasch nachprüfbar. Eröffnungs- und Schlussvorträge der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung⁶⁹ gewinnen (eben auch für ein etwaiges Rechtsmittelverfahren) an Relevanz, wenn sie – im Unterschied zur aktuellen Rechtspraxis – wortwörtlich in die Schriftform übertragen werden. Ob Beweisanträge prozessordnungsgemäß gestellt wurden, lässt sich nun ebenso einfach klären, wie die Fairness und Gesetzeskonformität der Frageführung des Gerichts und der übrigen Beteiligten. Die akribische Kontrolle über die korrekte Protokollführung sowie der massive behördliche Einfluss auf den Inhalt der Protokolle entfallen zur Gänze, was insb für die Verteidigung und die unvertretenen Personen eine immense Entlastung mit sich bringt. Von großem Vorteil für die Wahrheitsfindung ist weiters, dass Mimik und Gestik der beteiligten Personen dauerhaft abrufbar werden. Die Gerichte werden die Beurteilung der Glaubhaftigkeit und Glaubwürdigkeit von Angeklagten und Zeug:innen detaillierter als nach bisheriger Rechtspraxis zu begründen haben. Es ist auch anzunehmen, dass das Wissen um die technische Aufzeichnung der Verfahrensführung Präventionseffekte hat. Gesetzwidrige Verhaltensweisen werden eher unterlassen werden; denn unvollständige Belehrungen, manipulative Befragungen, autoritäres oder herablassendes Verhalten werden durch die technische Aufzeichnung (auf Dauer) sichtbar. Das Risiko der Aufdeckung von Grenzüberschreitungen und Rechtsverletzungen durch Richter:innen, Staatsanwält:innen und Rechtsvertretungen wird bedeutend erhöht: Audio- und Videoaufzeichnungen sind verlässliche Beweismittel. De lege ferenda gilt es die Beweisfunktion von digitalen Daten auch für das Rechtsmittelverfahren zu erkennen und zu nutzen, etwa durch ihre Integration in die Rechtsmittelschrift. Die Digitalisierung hat damit das Potential der Aufwertung der Verfahrensvorschriften, die den Normen der StPO inhärente Ästhetik zu verwirklichen – im Dienste der Wahrheitsfindung und Verfahrensgerechtigkeit.

Dr.ⁱⁿ Alexia Stuefer ist ua Strafverteidigerin und externe Lehrbeauftragte an der juristischen Fakultät der Universität Wien; stuefer@anwaltsbuero.at

67 Die von S. Mayer 1884 zu § 271 formulierte Vision käme zum Durchbruch: „Das Protokoll wird zur Herstellung eines bleibenden Eindrucks und zur authentischen Verification dieser Verhandlung [...] aufgenommen [...]“. „Das Protokoll muss und soll vollständig sein [...]“. „Das Protokoll soll ein treues Bild der Verhandlungsweise darbieten [...]“. S. Mayer, *Commentar* § 271 Rz 2, 40, 81.

68 Vgl. Schillhammer, *Videodokumentation der Hauptverhandlung*, *AnwBl* 2016, 349.

69 Die Vorträge sind formal nicht Teil des Beweisverfahrens, bei der Urteilsfällung also nicht (im Sinne der von stRsp zum Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5 entwickelten Rsp) erörterungsbedürftig. Dass sie dennoch relevant sind, zeigt die Prozessberichterstattung, die mitunter ausführlich über Eröffnungsplädoyers berichtet.

„Gleiche Waffen“ in rechtlichen Verfahren?

Gedanken zu den Anforderungen des Grundsatzes der Waffengleichheit an die Verfahrensgestaltung

Jasmin Ziegelbecker

1. Einleitung

Im Zuge einer Diskussion zur Reform der gesetzlichen Rechtsberatung und -vertretung im Asylverfahren¹ im Parlament merkte die nunmehrige Justizministerin und damalige JETZT-Abgeordnete *Alma Zadić* an: „Waffengleichheit können wir nur gewährleisten, wenn die Rechtsberatung und die Rechtsvertretung unabhängig sind und ausschließlich im Interesse des Anzeigers beziehungsweise des Betroffenen erfolgen.“²

Die „Waffengleichheit“ wird – wie dieses Beispiel aus der parlamentarischen Diskussion zeigt – gerne ins Treffen geführt,³ weil sich jede_r – insb auch Nichtjurist_innen – unter diesem „bildhaften“ Begriff etwas vorstellen kann: Personen/Parteien, die sich in einem rechtlichen Verfahren gegenüberstehen, sollen sich mit „gleichen Waffen“ begegnen.

Fördernd dafür, dass die (Verletzung der) Waffengleichheit gerne argumentiert wird,⁴ wirkt außerdem der Umstand, dass ihr genauer Inhalt weder detailliert erforscht noch ausjudiziert ist,⁵ die Existenz des Grundsatzes der Waffengleichheit jedoch unstrittig ist: Obwohl nicht explizit im Wortlaut des Art 6 EMRK⁶ oder des Art 47 GRC⁷ enthalten,⁸ ist der Bestand des Grundsatzes der Waffengleichheit innerhalb dieser Grundrechte ge-

1 Im Zuge der Errichtung der Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen (BBU) durch das BBU Errichtungsgesetz BGBl I 2019/53 wurde die Aufgabe der Rechtsberatung und -vertretung von Asylwerber_innen, die vorher von der ARGE Rechtsberatung und dem Verein für Menschenrechte Österreich wahrgenommen wurden, der neu errichteten Bundesagentur übertragen. Der_die Geschäftsführer_in der BBU wird vom Bundesminister für Inneres, der_die Bereichsleiter_in der Rechtsberatung von der Bundesministerin für Justiz bestellt. Vgl in diesem Thema zur Rechtsvertretung in der BBU den Beitrag von *Frik*, S 214.

2 76 StProtNR 26. GP 62.

3 So verweist zB die Industrie laut Medienberichten „auf Waffengleichheit bei Auflagen“ im Hinblick auf Reformen hinsichtlich Schlachtungen in der Landwirtschaft, vgl *Kaimrath*, Tod auf der Weide, wie stressfreies Schlachten ermöglicht werden soll, *derstandard.at* 21.3.2021, www.derstandard.at/story/2000125211708 (27.3.2021).

4 Etwa in VfGH 3.12.2019, G 234/2019; 14.3.2017, G 405/2016 ua.

5 Oder mit den Worten von *Safferling*, Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?, NStZ 2004, 181 (182): „Der großzügige Umgang mit dem Begriff verschleiert die weniger stark ausgeprägte terminologische Präzision.“

6 Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210 idF BGBl III 2018/139.

7 Charta der Europäischen Grundrechte ABl C 2010/83, 389 ff.

8 Vgl Fn 86 in *Stern/Sachs/Alber*, Art 6 EMRK (2016) wonach im Konvent einige den Grundsatz der Waffengleichheit eigens in Art 47 Abs 2 GRC erwähnt wissen wollten.

sichert, was insb auf die Rsp des EGMR zurückzuführen ist,⁹ sowie der Tatsache, dass der VfGH seine Interpretation der Waffengleichheit auf eben diese gründet.

In diesem Beitrag wird vor dem Hintergrund der einschlägigen Judikatur, insb des VfGH und des EGMR, der Grundsatz der Waffengleichheit analysiert. Insbesondere im Zusammenhang der mit der Errichtung der Bundesagentur für Betreuungs- und Unterstützungsleistungen (BBU) GmbH einhergegangenen Eingliederung der gesetzlichen Rechtsberatung- und Vertretung in eine Bundesagentur stellt sich die Frage, ob diese Konstellation im Hinblick auf die Waffengleichheit problematisch sein könnte, insb da sowohl die Entscheidungsbehörde im Verwaltungsverfahren (Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl) als auch Rechtsberatung und -vertretung ein direktes (organisatorisches bzw finanzielles) Naheverhältnis zum Bundesministerium für Inneres haben. Aufbauend auf bisherige Überlegungen in der Literatur zum Straf-, Zivil- und Verwaltungsverfahren sowie verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird daher in einem letzten Schritt beleuchtet, ob sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit Vorgaben für die Gestaltung der gesetzlichen Rechtsvertretung im Asylverfahren ergeben.

2. Der Grundsatz der Waffengleichheit

Meist wird der Ursprung des Grundsatzes der Waffengleichheit – wie auch des Anspruchs auf ein rechtliches Gehör – im Rechtssatz „audiatur et altera pars“ gesehen. Dabei handelt es sich um einen Grundsatz aus dem römischen Recht, der übersetzt werden kann mit „gehört werde auch der andere Teil“ bzw „man höre auch die andere Seite“.¹⁰ In der deutschen Literatur und Rsp wird teilweise synonym der Begriff der Chancengleichheit verwendet.¹¹ Eine Übertragbarkeit der deutschen Debatte auf die österreichische ist jedoch nicht vorbehaltlos möglich, da sich die Waffengleichheit in Deutschland direkt auf das Grundgesetz stützt, die EMRK – im Gegensatz zu Österreich – jedoch nicht im Verfassungsrang steht.

2.1. Der Grundsatz der Waffengleichheit als Ziel und Zweck des Art 6 EMRK und Grundlage der (selbstständigen) Teilgarantien des Art 6 EMRK

Der Grundsatz der Waffengleichheit wird in der Diskussion mit der Frage nach der Struktur bzw Ausgestaltung eines Verfahrens als innerhalb der Kategorien „inquisitorisch“¹²

⁹ S Fn 12, 13, 14, 20, 30, 45, 48, 49, 65, 66, 68, 69, 70 in diesem Beitrag.

¹⁰ *Fawcett*, The application of the European Convention on Human Rights (1987) 137.

¹¹ *Peukert* in *Frowein/Peukert*, Art 6 EMRK (2009) Rz 147, dt BVerfG 22.1.1959, BVerfGE 9, 124, 130. *Schack*, Waffengleichheit im Zivilprozess, ZZP 2016, 393 erklärt, dass der Begriff Chancengleichheit auf das „Ideal“ verweist und „weniger martialisch“ klingt.

¹² Ein inquisitorisch geführtes bzw ausgerichtetes Verfahren ist insb dadurch geprägt, dass alle zur Entscheidungsfindung notwendigen Informationen von staatlichen Organen zusammengetragen werden. Dieser Begriff wird insb im Zusammenhang mit Strafverfahren verwendet.

bzw. „kontradiktorisch“¹³ verknüpft, wobei dies grundsätzlich rechtsgebietsübergreifend gilt. Demnach umschließt der Grundsatz der Waffengleichheit als Teil des Rechts auf ein faires Verfahren im Kern ein Recht auf ein kontradiktorisches („adversarial“) Verfahren,¹⁴ und zwar im Haupt- sowie im Vorverfahren.¹⁵ Während dies im Hauptverfahren der klassischen Gerichtsverfahren (Zivil- und Strafprozess) grundsätzlich unproblematisch sein sollte, wirft dies für die strukturelle Gestaltung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess grundlegende Fragen auf: Ist „eine Verfahrensstruktur, die das Schwergewicht der Sachverhaltsermittlung auf ein im Ansatz inquisitorisches Ermittlungsverfahren legt“¹⁶ und in der Hauptverhandlung dann von dem weitgehend – bereits im Ermittlungsverfahren – geklärten Sachverhalt ausgeht,¹⁷ überhaupt mit dem Grundsatz der Waffengleichheit vereinbar?¹⁸ *Ambos* sieht im Hinblick auf die deutsche Rechtslage jedenfalls Reformbedarf,¹⁹ kommt jedoch auch zum Schluss, dass das Begriffspaar mehr Gegensätze vermuten lässt, als in der Verfahrenspraxis existieren.²⁰

Vom EGMR wird die Systemfrage ausdrücklich offengelassen.²¹ Auch in der Rsp des VfGH ist die Rede davon, dass die Einhaltung des Grundsatzes der Waffengleichheit voraussetzt, dass sich die Verfahrensparteien – ausgestattet mit den gleichen prozessualen Rechten – in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüberstehen.²² Ohne die Struktur bzw. das System grundlegend in Frage zu stellen, gilt also: Waffengleichheit kann im Strafprozess durch eine solche Ausgestaltung des Verfahrens hergestellt werden, die eine effektive Verteidigung der/des Beschuldigten ermöglicht, wobei die Ausgestaltung unterschiedliche Formen annehmen kann.

Für das Verwaltungsverfahren und das verwaltungsgerichtliche Verfahren lässt sich insb. aus den Überlegungen von *Grabenwarter*²³ etwas gewinnen, der für die Zwecke der Ermittlung der Anforderungen der Waffengleichheit zwischen Mehrparteien- und Einparteienverfahren unterscheidet:

13 In einem kontradiktorischen Verfahren haben insb. alle Verfahrensparteien Gelegenheit, zu sämtlichen Äußerungen, die Eingang in die Akten gefunden haben, und zu jedem Beweisvorbringen, das auf eine Beeinflussung der Entscheidung abzielt, Stellung zu nehmen, selbst wenn das Vorbringen von Organen der staatlichen Rechtspflege erstattet wird, vgl. etwa EGMR 28.8.1991, *Brandstetter gg. Österreich*, 11170/84; 12876/87; 13468/87, Rn 67 f.

14 Vgl. etwa EGMR 23.6.1993, *Ruiz-Mateos gg. Spanien*, 12952/87, Rn 63; EGMR 20.2.1996, *Vermeulen gg. Belgien*, 19075/91, Rn 33.

15 Das Vorverfahren ist vom englischen Begriff „proceedings“ umfasst: *Ambos*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte. Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art 6 EMRK, ZStW 2003, 583 (593). So in EGMR 13.2.2001, *Garcia Alva gg. Deutschland*, 23541/94; 13.2.2001, *Lietzow gg. Deutschland*, 24479/94 ua. Vgl. auch *Berka/Binder/Kneibs*, Die Grundrechte² (2019) 824.

16 Wie in Deutschland, Österreich und der Schweiz, vgl. *Ambos*, ZStW 2003, 586.

17 In der also die Ergebnisse des Vorverfahrens den Ausgang des Hauptverfahrens in vieler Hinsicht vorwegnehmen.

18 *Ambos*, ZStW 2003, 586.

19 *Ambos*, ZStW 2003, 618 ff.

20 Vgl. bspw. *Ambos*, ZStW 2003, 594.

21 EGMR 12.5.2005, *Öcalan gg. Türkei*, 46221/99, Rn 146.

22 Szu VfSlg 16.560/2002, *Grabenwarter/Frank*, Bundesverfassungsgesetz und Grundrechte, Art 6 EMRK, Rz 22 (Stand 20.6.2020, rdb.at).

23 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 597.

Während im Mehrparteienverfahren vor einer Behörde die Stellung der Parteien zueinander eher dem Zivilprozess vergleichbar ist,²⁴ gibt es im Einparteienverfahren keine eigentliche Verfahrensgegner_in. Wenn es nun heißt, dass dennoch auch im Einparteienverfahren der Grundsatz der Waffengleichheit „in einem weiten Sinn“ zum Tragen kommt, bedeutet das, dass die Partei in einer angemessenen Weise ihre individuelle Rechtsposition gegenüber dem von der Behörde amtswegig zu wahren öffentlichen Interesse vertreten können muss.²⁵ Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren wird die Verwaltungsbehörde – also die Behörde, die zunächst über den Anspruch abgesprochen hat – nach der Konzeption des Systems der Verwaltungsgerichtsbarkeit als sogenannte belangte Behörde zur Gegenpartei (Verfahrensgegnerin)²⁶ und die Gegenparteien des Verwaltungsverfahrens zu mitbeteiligten Parteien.

Das hat zur Folge, so *Grabenwarter*, dass im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine „differenzierte Waffengleichheit“ zu wahren ist: Einerseits muss die Waffengleichheit im Verhältnis zwischen der Partei (dem_der Beschwerdeführer_in) und den mitbeteiligten Parteien gewahrt werden, zum anderen ist sie in modifizierter Form auch zwischen Behörde und der Partei (dem_der Beschwerdeführer_in) herzustellen. Dabei sind die Besonderheiten, die die Unterschiede in der Qualität der Parteien – das heißt, der belangten Behörde zB im Hinblick auf den Informationsvorsprung²⁷ aufgrund des Funktionswechsels vom Entscheidungsorgan zur Gegenpartei und dem_der Beschwerdeführer_in – bedingen, als zulässige Abwandlungen des Grundsatzes der Waffengleichheit anzusehen.²⁸ Die Unterschiede zwischen den Parteien können im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zur Gänze ausgeglichen werden. In einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren muss dennoch darauf geachtet werden, dass auch ein angemessenes Gleichgewicht zwischen belangter Behörde und der Partei, die das Verwaltungsgericht angerufen hat, besteht.²⁹ Dem ist zuzustimmen: Vollständige Waffengleichheit³⁰ is vollständiger verfahrensrechtlicher Gleichstellung ist – wie auch in der vorhergenannten Konstellation im Zusammenhang mit dem Strafprozess – aus den genannten Gründen (zB Informationsvorsprung) in dieser Struktur nicht möglich, ohne das System als Ganzes in Frage zu stellen. Um jedoch die Waffengleichheit soweit wie möglich zu gewährleisten, sollte der Gesetzgeber in seiner Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens darauf Bedacht nehmen, der_dem Beschwerdeführer_in eine wirksame Beschwerde zu ermöglichen.

24 Die Behörde hat jedoch im Unterschied zum Zivilgericht auch das öffentliche Interesse zu vertreten und zu wahren, vgl *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 597 f.

25 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 598.

26 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 599.

27 ZB durch Kenntnis des gesamten Akteninhalts bzw im Fall einer Kollegialbehörde Kenntnisse über die allfällige geheime Beratung. Auch die Möglichkeit über Amtssachverständige zu verfügen, spielt in den Informationsvorsprung hinein.

28 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 599.

29 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 600.

30 Im Gegensatz zu der von *Grabenwarter* genannten „differenzierten Waffengleichheit“, vgl *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 599. Vgl zur vollständigen Waffengleichheit auch unten 2.4.

2.2. Der Grundsatz der Waffengleichheit und ein gleichberechtigter Zugang zu Informationen als selbstständige Teilgarantie

Ein zentraler Aspekt der Waffengleichheit ist also, dass sie eine gewisse (abstrakte) verfahrensrechtliche Gleichstellung verlangt.³¹ Es kommt darauf an, ob ein Vorteil einer Gegenpartei abstrakt besteht und somit ausgenutzt werden könnte. Eine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit setzt jedoch nicht voraus, dass dieser Vorteil tatsächlich ausgenutzt wurde.³² Verfahrensrechtliche Gleichstellung verlangt in erster Linie einen – gleichberechtigten – Zugang zu Informationen hinsichtlich des Verfahrens. Darauf gründet sich das (selbstständige) Recht auf Akteneinsicht bzw Zugang zu Verfahrensakten.³³

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat das Recht auf Akteneinsicht in Bezug auf die Waffengleichheit zwei Funktionen: Erstens geht es darum, die Teilnahme einer Partei am (verwaltungs-)gerichtlichen Verfahren selbst – eben unter Bedingungen der Waffengleichheit – sicherzustellen. Zweitens ist das Recht auf Akteneinsicht auch im Verwaltungsverfahren sicherzustellen, da für die Waffengleichheit im Verfahren insgesamt relevant ist, ob die Partei bereits im – vorgelagerten – Verwaltungsverfahren die Möglichkeit zur Akteneinsicht hatte.³⁴ Das auf dem Prinzip der Waffengleichheit beruhende Recht auf Akteneinsicht ist keine absolut geschützte Rechtsposition.³⁵ Das bedeutet im Wesentlichen, dass das Zugangsrecht zu entscheidungsrelevanten Informationen in einem (verwaltungsrechtlichen) Mehrparteienverfahren (oder einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren) gegen das Recht anderer Verfahrensparteien auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und Geschäftsgeheimnisse abzuwägen ist.³⁶ Dabei ist stets Voraussetzung der Wahrung der Waffengleichheit, dass auch den anderen Parteien die entsprechenden Informationen nicht offenstehen.³⁷

2.3. Der Grundsatz der Waffengleichheit und das Recht auf rechtliches Gehör bzw Stellungnahme als selbstständige Teilgarantie

Eng verknüpft mit dem Recht auf Akteneinsicht ist der Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser wird auch als besondere Ausprägung des Grundsatzes der Waffengleichheit ge-

31 *Grabenwarter/Struth in Ehlers/Becker*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ (2014) Rz 46.

32 *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (8. Lfg 2007) Art 6 EMRK Rz 79 mit Verweis auf EGMR 27.6.1968, *Neumeister gg Österreich*, 1936/63 und EGMR 30.10.1991, *Borgers gg Belgien*, 12005/86.

33 Einfachgesetzlich ist das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren in § 17 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) BGBl 1991/51 idF BGBl I 2018/58 verankert. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren kommt § 21 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2020/119 zur Anwendung. Für den Strafprozess ist insb §§ 51 ff, 68 Strafprozessordnung 1975 (StPO) BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/148 einschlägig, für den Zivilprozess § 219 Zivilprozessordnung (ZPO) RGBl 1895/113 idF BGBl I 2020/148.

34 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 601.

35 VfGH 10.10.2019, E 1025/2018.

36 Die vorenthaltenen Informationen sind „auf das unbedingt notwendige Ausmaß zu beschränken“ und nach Möglichkeit die vorzuhaltenden Informationen zur Entscheidungsfindung nicht heranzuziehen. Die Abwägung ist „nachvollziehbar zu begründen“, sodass die Verfahrensparteien diese zum Gegenstand einer Beschwerde an das VwGH bzw einer Revision an den VfGH machen können, vgl VfGH 10.10.2019, E 1025/2018.

37 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 604.

sehen und bedeutet im Wesentlichen ein Recht auf Stellungnahme zum Verfahrensgegenstand, zu Beweisen und zum Vorbringen der gegnerischen Parteien.³⁸

In Deutschland gehen einige Stimmen aufgrund des weiten Umfangs des Grundrechts auf rechtliches Gehör iSd Art 103 Abs 1 GG³⁹ – der auch Aspekte der Waffengleichheit umfasst – davon aus, dass der Waffengleichheit kein eigener Grundrechtsgehalt zukommt, der über die Garantien des Grundrechts auf rechtliches Gehör hinausgeht.

2.4. Der Grundsatz der Waffengleichheit und dessen Vorgabe für die finanziellen Rahmenbedingungen von Verfahren

Die Waffengleichheit enthält zudem Vorgaben für die finanziellen Rahmenbedingungen von Verfahren, wobei damit vor allem die Verfahrenshilfe gemeint ist.⁴⁰ Demnach gibt es eine staatliche Verpflichtung, Verfahrenshilfe bzw Prozesskostenhilfe zu leisten, wenn Personen nicht über ausreichende Mittel verfügen und diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zum Gericht wirksam zu gewährleisten.⁴¹

Die Kostenregelung im Zivilprozess⁴² dagegen, die unter dem Argument der fehlenden verfahrensrechtlichen Gleichstellung der Parteien kritisiert wurde, da einer Partei ein „wesentlich höheres Prozessrisiko“ bzw Kostenrisiko auferlegt wird, sah der VfGH als sachgerecht an. Dies wurde im Wesentlichen damit argumentiert, dass dies dem in der ZPO generell vorherrschenden Erfolgsprinzip entspricht und es sachgerecht ist, der vollständig unterlegenen Partei die Kosten der gegnerischen Partei sowie des_der gegnerischen Nebenintervenient_in aufzuerlegen.⁴³

Auch hinsichtlich des Kostenersatzbeitrages im Strafverfahren wurde vor dem VfGH vor dem Hintergrund der Waffengleichheit argumentiert, dass die Beträge, die der Bund als Kostenersatzbeitrag zu leisten habe,⁴⁴ in einem komplexen Fall unverhältnismäßig gering seien, konkret decke selbst der Maximalbeitrag die Kosten einer zweckentsprechenden Verteidigung nicht annähernd ab. Dies widerspreche dem Grundsatz der Waffengleichheit, verschiebe das Prozessrisiko eklatant zu Gunsten des Staates und sei somit unverhältnismäßig. Der VfGH wies die diesbezüglich erhobenen Anträge auf Aufhebung der Regelungen mit der Begründung ab, die Kostenbeiträge seien nicht unsachlich festgelegt. Zudem gebe es keinen allgemeinen Anspruch eines_r Angeklagten auf Kostenersatz nach der EMRK.⁴⁵

38 *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 EMRK Rz 68 ff. Einfachgesetzlich ausgestaltet findet sich dieses Recht bspw für das Verwaltungsverfahren in § 45 Abs 3 AVG.

39 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, dt BGBl 1948, 1.

40 Vgl zB *Storr in Fischer/Pabell/Raschauer*, Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit² (2019) Kap 3 Rz 23 mwN. Siehe zur Ausgestaltung der Verfahrenshilfe in Österreich auch den Beitrag von *Kribernegg* in diesem Thema, S 268.

41 Dieses in Art 6 Abs 3 lit c EMRK für die Strafverteidigung festgelegte Recht wurde durch Art 47 Abs 3 GRC auf alle gerichtlichen Verfahren erweitert.

42 § 41 Abs 1 ZPO.

43 VfGH 3.12.2019, G 234/2019.

44 § 393a Abs 1 StPO.

45 VfGH 14.3.2017, G 405/2016 ua.

Nicht verpflichtet ist der Staat durch Einsatz öffentlicher Mittel *vollständige* Waffengleichheit zwischen den Parteien hinsichtlich des Zugangs zu Gericht herzustellen. Das gilt solange die betreffende Partei die Möglichkeit hat, ihren Fall so vertreten zu können, dass sie gegenüber ihrem_r Gegner_in nicht „übermäßig“ bzw „wesentlich“ benachteiligt ist.⁴⁶ Fraglich ist nun, was dies konkret bedeutet und unter welchen Voraussetzungen eine wesentliche bzw übermäßige Benachteiligung gegeben ist. Leider liefern die bisherige Rsp und Literatur wenig Anhaltspunkte, die Begriffe „wesentlich“ bzw „übermäßig“ lassen jedoch darauf schließen, dass eine Verletzung des Grundsatzes der Waffengleichheit nur in exceptionellen Ausnahmefällen angenommen werden soll.

2.5. Der Grundsatz der Waffengleichheit und die Unabhängigkeit im Sachverständigen- und Zeugenbeweis als selbstständige Teilgarantie

Nach der Rsp des VfGH⁴⁷ lassen sich für den Sachverständigenbeweis aus der Garantie der Waffengleichheit beim Zeug_innenbeweis⁴⁸ den Gesetzgeber bindende Vorgaben ableiten: Der EGMR hat wiederholt ausgesprochen, dass die in Art 6 Abs 1 EMRK in der spezifischen Ausformung des Art 6 Abs 3 lit d EMRK verankerten Garantien auch im Hinblick auf die Ansehung des Sachverständigenbeweises zum Tragen kommen.⁴⁹ Dabei sind die prozessuale Stellung des Sachverständigen während des gesamten Verfahrens sowie die Art und Weise seiner Funktionsausübung zu berücksichtigen.⁵⁰ Es müssen entsprechende Regelungen sicherstellen, dass ein_e Sachverständige_r grundsätzlich sowohl vom Entscheidungsorgan als auch von den Parteien in vergleichbarer Weise unabhängig ist wie das Entscheidungsorgan selbst. Das Verfahren ist dabei so auszugestalten, dass die Möglichkeit besteht, die Bestellung anderer Sachverständiger zu erwirken, die nicht in einem auch nur anscheinmäßigen Abhängigkeitsverhältnis zu einer Verfahrenspartei stehen oder die das „Vertrauen der Gegenpartei“ genießen.⁵¹

2.6. Der Grundsatz der Waffengleichheit des Art 47 GRC

Vom EuGH sowie dem EuG wird der Grundsatz der Waffengleichheit meist mit dem „Unionsrecht auf ein faires Verfahren“, also Art 47 Abs 2 GRC, in Verbindung gebracht bzw wird er gelegentlich aber auch zu den Elementen gezählt, die von dem – in Art 47 Abs 1 GRC verankerten – Grundsatz des effektiven gerichtlichen Verfahrens umfasst sind.⁵²

46 Vgl etwa EGMR 15.2.2005, *Steel u Morris/Vereinigtes Königreich*, 68416/01, Rn 62.

47 VfGH 4.10.2018, G 48/2018 ua.

48 Art 6 Abs 1 iVm Art 6 Abs 3 lit d EMRK.

49 EGMR 28.8.1991, *Brandstetter/Österreich*, 11170/84, Rn 42.

50 VfGH 4.10.2018, G 48/2018 ua. EGMR 28.8.1991, *Brandstetter/Österreich*, 11170/84, Rn 42.

51 VfGH 4.10.2018, G 48/2018 ua; *Grabenwarter in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Art 6 EMRK Rz 99.

52 *Nowak in Heselhaus/Nowak*, Handbuch der europäischen Grundrechte³, § 57 Recht auf ein faires Verfahren (2020) Rz 27.

Obwohl oft bloß als die unionsrechtliche Umsetzung des Art 6 EMRK und Art 13 EMRK gesehen, geht der Gewährleistungsumfang des Art 47 GRC tatsächlich über Art 6 EMRK hinaus, sodass es sich – so *Pabel* – im Wesentlichen um „eine umfassende Rechtsschutzgarantie im Hinblick auf alle im Unionsrecht enthaltenen Rechte“ handelt.⁵³

2.7. Der Grundsatz der Waffengleichheit als Sonderfall des Gleichheitssatzes

Naheliegender ist eine Einordnung der Waffengleichheit als Sonderfall des Gleichheitssatzes⁵⁴ schon aufgrund der begrifflichen Ähnlichkeit. Tatsächlich fand der VfGH in der Verletzung der Waffengleichheit in zwei Entscheidungen⁵⁵ eine Verletzung des Gleichheitssatzes. Grundrechtsdogmatisch folgt für *Grabenwarter*⁵⁶ die Spezialität der Waffengleichheit gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz aus der sachlichen und persönlichen Beschränkung seiner Reichweite: Der sachliche Anwendungsbereich ist auf jenen des Art 6 EMRK bzw nunmehr auf jenen des Art 47 GRC beschränkt, also insb auf die Gleichheit in einem Verfahren. Der persönliche Anwendungsbereich umfasst bei diesem speziellen Gleichheitssatz ausschließlich die Parteien eines bestimmten Verfahrens.

3. Fazit

Als Vorgabe für die gesetzliche Rechtsvertretung im Asylverfahren lässt sich aus dem Grundsatz der Waffengleichheit Folgendes ableiten: Es ist geboten, dass die gesetzliche Rechtsvertretung – wie auch Sachverständige⁵⁷ – in einem gerichtlichen Verfahren grundsätzlich sowohl vom Entscheidungsorgan als auch von den Parteien in vergleichbarer Weise unabhängig⁵⁸ ist, wie das Entscheidungsorgan selbst.⁵⁹ Die Waffengleichheit wird jedoch nicht automatisch verletzt, da grundsätzlich auch die Möglichkeit zur Bestellung einer gewillkürten Vertretung besteht.⁶⁰

Auch aus dem Kriterium der „Bedeutung“ der auf dem Spiel stehenden Angelegenheit⁶¹ kann sich im Hinblick auf die Anforderungen an die gesetzliche Rechtsvertretung vor

53 Vgl *Pabel*, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Wesen und Wandel, ZÖR 2012, 61 (74).

54 Art 7 Abs 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 idF 2021/2.

55 VfSlg 8.551/1979 und 8.687/1979.

56 *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien 596.

57 S oben 2.5.

58 Es kommt dabei schon auf das anscheinensmäßige Abhängigkeitsverhältnis zu einer Verfahrenspartei an.

59 Aus dem EU-Sekundärrecht lässt sich unter anderem die Erfordernis der unentgeltlichen Rechtsberatung- und -vertretung in Rechtsbehelfsverfahren ableiten, wobei sich auch einige Vorgaben für deren Ausgestaltung entnehmen lassen. Die Unabhängigkeit der Rechtsberatung bzw -rechtsvertretung wird darin nicht explizit genannt, vgl Art 20 RL 2013/32/EU Richtlinie des EP u des Rates v 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl L 2013/180, 60.

60 Dafür sollte wiederum Verfahrenshilfe zur Verfügung stehen, s 2.4.

61 Das Kriterium der Bedeutung („importance“) der auf dem Spiel stehenden Angelegenheit wurde allerdings bisher ausschließlich im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Gewährung der Verfahrenshilfe vom EGMR bemüht, vgl EGMR 15.2.2005, *Steel and Morris/Großbritannien*, 68416/01, Rn 61; siehe auch *Stern*, Das Recht auf Rechtsvertretung bzw -beratung im Asylverfahren im Lichte des Rechts auf eine wirksame Beschwerde, FABL 2009, 61 (67).

dem Hintergrund der Waffengleichheit im Asylverfahren etwas gewinnen lassen: Im Asylverfahren geht es im Kern um die Gewährung von internationalem Schutz für geflüchtete Personen, denen im schlimmsten Fall bei einer Rückkehr in ihr Heimatland eine Verletzung von Art 2 und Art 3 EMRK droht. Insofern würde dies wohl höhere Anforderungen an die Waffengleichheit stellen, als in anderen Verfahren, bezüglich der hinsichtlich der betroffenen Angelegenheit objektiv weniger „Bedeutung“ zuzumessen ist. Der Partei soll in diesem Rahmen ausreichend Gelegenheit geboten werden, ihren Fall vorzutragen und Beweise unter Bedingungen zu präsentieren, die keinen wesentlichen bzw. substantziellen Nachteil gegenüber dem_r Gegner_in darstellt.⁶²

Obwohl sich also keine konkrete Handlungsverpflichtung für den Gesetzgeber aus den Vorgaben der Waffengleichheit an die Ausgestaltung der gesetzlichen Rechtsvertretung im Asylverfahren ableiten lässt, ist es sicherlich dem Grundsatz der Waffengleichheit zuträglich, diese so zu gestalten, dass sie möglichst unabhängig vom Entscheidungsorgan ist, um eine „wirksame“ Beschwerde sicherzustellen.

Zusammengefasst erfüllt der Grundsatz der Waffengleichheit im Wesentlichen zwei Funktionen: Erstens fungiert er bei groben Gleichheitsverletzungen bzw. Verstößen gegen das Recht auf ein faires Verfahren als Korrekturinstrument bei der übermäßigen verfahrensrechtlichen Bevorteilung einer Partei. Zweitens liefert er sowohl für den Gesetzgeber als auch für die Vollziehung eine „Zielrichtung“ iSe Ideals für die Ausgestaltung von Verfahren, die die Parteien soweit als möglich verfahrensrechtlich gleichstellt.

Mag.³ Jasmin Ziegelbecker, BA arbeitet als Juristin im Bereich Aufenthaltsrecht; j.ziegelbecker@aba.gv.at

62 So die stRspr des EGMR, s bspw EGMR 15.2.2005, *Steel and Morris/Großbritannien*, 68416/01, Rn 62 f; s auch *Stern*, FABL 2009, 67.

Die Welt nach meinen Wünschen und Vorstellungen

Die Verpflichtung der ErwachsenenvertreterIn zur Untätigkeit aufgrund der Wünsche der vertretenen Person

Martin Marlovits

1. Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz

Mit 1.7.2018 ist das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG)¹ in Kraft getreten und hat damit das seit 1984 geltende Sachwalterrecht² abgelöst. Mit dem Reformpaket³ soll die Autonomie und Selbstbestimmung von Menschen mit einer psychischen Erkrankung oder intellektuellen Beeinträchtigung gestärkt werden. Die Umsetzung dieser Ziele erfordert neben der legislatischen Änderung ein grundlegendes Umdenken sowohl bei den RechtsanwenderInnen als auch bei allen Beteiligten wie der Gesellschaft als solcher. „Selbstbestimmung“ darf nicht länger als ein von der „chronisch normalen“⁴ Mehrheit einer vermeintlichen Minderheit gewährtes Zugeständnis verstanden werden, sondern muss in inklusiven Ansatzes als zentrales Prinzip unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung gelten. In diesem Sinne führen auch die ErläutRV aus, dass Fürsorge nicht mehr von oben herab, paternalistisch und allein nach den Vorstellungen und Anschauungen der VertreterIn geleistet werden kann. Vielmehr muss sie sich an den Bedürfnissen, den Wünschen und dem feststellbaren Willen der betroffenen Menschen orientieren.⁵

Mit der Reform sollten zudem die Grundsätze des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK)⁶ in das österreichische Recht übernommen und die zentrale Forderung nach selbstbestimmter Entscheidung für Menschen mit Beeinträchtigungen umfassend bundesgesetzlich implementiert werden.

Unter anhaltender Kritik der Ausübung von Sachwalterschaften wurde das Recht der Stellvertretung von volljährigen Personen, die aufgrund einer psychischen Erkrankung oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht (mehr) in der Lage sind, alle ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen, umfassend neu geregelt.

1 2. Erwachsenenschutz-Gesetz BGBl I 2017/59.

2 Bundesgesetz vom 2.1983 über die Sachwalterschaft für behinderte Personen BGBl I 1983/136.

3 Neben den materiellrechtlichen Änderungen im ABGB zur Erwachsenenvertretung (§§ 239 bis 276) und dem Kuratorenrecht (§§ 277 bis 284) wurden auch die verfahrensrechtlichen Bestimmungen im Außerstreitgesetz (§§ 116a ff), das EheG, die ZPO, das VSPBG, das UbG, das HeimAufG, die NO uam geändert.

4 Vgl *Schulze*, Auch chronisch normale Menschen suchen Rat, sciencev2.orf.at/stories/1742493/index.html (19.4.2021).

5 ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 1.

6 BGBl III 2008/155.

Die bisherige *SachwalterIn* wurde zur *gerichtlichen ErwachsenenvertreterIn* und deren Rechte und Pflichten neu definiert, wobei diese Grundsätze der Stellvertretung für jede Form der gesetzlichen Vertretung gem § 1034 ABGB gelten, sofern keine abweichenden Regelungen bestehen.

Der Gesetzgeber hat diesen Reformprozess in einem bis dato beispiellosen partizipativen Gesetzgebungsprozess umgesetzt, in dem vor allem auch Menschen mit einer psychischen Erkrankung oder intellektuellen Beeinträchtigung selbst als sogenannte *SelbstvertreterInnen* aktiv einbezogen wurden und ihre Erfahrungen in die Ausgestaltung der Gesetze eingeflossen sind; ganz im Sinne des zentralen Grundsatzes der UN-BRK „Nichts über uns, ohne uns!“⁷

1.1. Die „vier Säulen“ der gesetzlichen Vertretung

Das ABGB unterscheidet nunmehr im 6. Hauptstück seines ersten Teils „Von der Vorsorgevollmacht und der Erwachsenenvertretung“ vier Arten der Vertretung einer schutzberechtigten⁸ volljährigen Person, wobei ein strikter Stufenbau nach der Intensität des Eingriffs in die Autonomie der betroffenen Person vorgesehen ist:

Die *Vorsorgevollmacht* wurde bereits mit dem Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006⁹ eingeführt und mit wenigen Änderungen in das 2. ErwSchG übernommen.

Gänzlich neu ist hingegen das Rechtsinstitut der *gewählten Erwachsenenvertretung*, mit der erstmals einer volljährigen Person, deren Entscheidungsfähigkeit bereits gemindert ist, die Möglichkeit gegeben wird, selbst eine VertreterIn zu wählen, die sofort für sie tätig werden soll. Die betroffene Person muss dafür die Tragweite einer Bevollmächtigung zumindest in Grundzügen verstehen und sich entsprechend verhalten können. Ist die betroffene Person nicht (mehr) in der Lage, eine gewählte ErwachsenenvertreterIn zu bestimmen oder will sie das nicht, so kann – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – eine Angehörige oder sonstige nahestehende Person als *gesetzliche ErwachsenenvertreterIn* im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis (ÖZVV) registriert werden. Dieses Institut ersetzt die schon bisher mögliche *Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger*¹⁰; weitet deren Umfang aber erheblich aus.

Eine *gerichtliche ErwachsenenvertreterIn* darf nur dann bestellt werden, wenn keine subsidiären Hilfen (bspw in Form von Erwachsenensozialarbeit oder Unterstützung im Rahmen der Familie) zur Verfügung stehen und die genannten Formen im konkreten Fall nicht (mehr) möglich sind. Eine Bestellung erfolgt für längstens drei Jahre, wobei eine Erneuerung nach Ablauf dieser Frist möglich ist. In diesem Fall ist gem § 128 Außer-

7 Vgl Präambel lit o „in der Erwägung, dass Menschen mit Behinderungen die Möglichkeit haben sollen, aktiv an Entscheidungsprozessen über politische Konzepte und über Programme mitzuwirken, einschließlich solcher, die sie unmittelbar betreffen“.

8 Zum Begriff der „schutzberechtigten Person“ nach § 21 Abs 1 ABGB s ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 8.

9 Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 (SWRÄG 2006) BGBl I 2006/92.

10 §§ 284b ff ABGB idF SWRÄG 2006.

streitgesetz (AußStrG)¹¹ grundsätzlich das gesamte Bestellungsverfahren neu durchzuführen – einschließlich einer verpflichtenden Abklärung im Auftrag des Gerichts durch den örtlich zuständigen Erwachsenenschutzverein.¹²

1.2. Primat der Selbstbestimmung und Subsidiarität der Stellvertretung

Gemäß § 239 Abs 1 ABGB ist im rechtlichen Verkehr dafür Sorge zu tragen, dass volljährige Personen, die aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer vergleichbaren Beeinträchtigung in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind, möglichst selbständig, erforderlichenfalls mit entsprechender Unterstützung, ihre Angelegenheiten selbst besorgen können. Eine Person, die aktuell nicht in vollem Umfang entscheidungsfähig ist, muss in erster Linie jene Unterstützung erhalten, die erforderlich ist, damit sie eine Entscheidung treffen und damit ihre Angelegenheiten selbst besorgen kann. Nur wenn trotz Unterstützung Entscheidungsfähigkeit nicht erreicht werden kann, ist eine StellvertreterInnenentscheidung zulässig.¹³

Ein stellvertretendes Handeln ist zudem nach § 240 Abs 1 ABGB nur dann möglich, wenn dies zur Wahrung der Rechte und Interessen der vertretenen Person *unvermeidlich* ist. Nach Abs 2 *leg cit* darf keine ErwachsenenvertreterIn für die volljährige Person tätig werden, soweit sie bei der Besorgung ihrer Angelegenheiten ausreichend unterstützt wird.¹⁴

Das 2. ErwSchG schreibt damit die grundsätzlich schon im Sachwalterrecht normierte Verpflichtung fort, Eingriffe in die Rechtsstellung der vertretenen Person so gering wie möglich zu halten und eine VertreterIn nur dann und in jenem Umfang zu bestellen, wenn und soweit dies unvermeidlich ist.¹⁵ Dieses Prinzip der Subsidiarität der Stellvertretung gegenüber einer autonomen Entscheidung durch die betroffene Person selbst wurde durch die in Art 12 UN-BRK enthaltene Verpflichtung, die nötigen Unterstützungsleistungen bereitzustellen, deutlich bestärkt und zu einer allgemeinen Leitlinie für das Handeln der gesetzlichen VertreterIn erhoben, die sich primär an den Wünschen und Vorstellungen der vertretenen Person zu orientieren hat.

1.3. Die UN-Behindertenrechtskonvention

Die UN-BRK, der mittlerweile 182 Staaten beigetreten sind, verfolgt den Zweck, auch Menschen mit Behinderungen den vollen Genuss der Menschenrechte und Grundfrei-

11 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (AußStrG), BGBl I 2003/59 idF BGBl I 2017/59.

12 Sogenanntes „Clearing“ iSd § 4a ErwSchVG BGBl I 1990/156 idF BGBl I 2017/59.

13 *Barth/Ganner in Barth/Ganner* (Hrsg), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts³ (2018), 16.

14 OGH 20.12.2018, 4 Ob 180/18a.

15 OGH 16.3.2016, 3 Ob 29/16k: „Die Sachwalterbestellung soll zu keiner ungezielten Reduzierung der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen führen. Es ist daher das Ausmaß der fehlenden Einsichtsfähigkeit festzustellen und (nur) für genau diesen Bereich ein Sachwalter zu bestellen“, *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 268 Rz 22; *Parapatits*, iFamZ 2016/98, 172.

heiten in diskriminierungsfreier Weise zu ermöglichen.¹⁶ Österreich hat sie im Jahr 2008 ratifiziert und sich damit verpflichtet, ihre Bestimmungen in nationales Recht umzusetzen. Aufgrund des vom Nationalrat beschlossenen Erfüllungsvorbehalts ist sie innersstaatlich nicht unmittelbar anwendbar, sondern bedarf der Umsetzung durch Ausführungsgesetze, wobei nach Art 4 Abs 5 UN-BRK ihre Bestimmungen ohne Einschränkung oder Ausnahme für alle Teile eines Bundesstaates gelten.¹⁷

Als Staatsvertrag iSd Art 50 Abs 1 B-VG verpflichtet die UN-BRK zur völkerrechtskonformen Interpretation. Seit dem Inkrafttreten am 26.10.2008 sind Bund, Länder und Gemeinden somit gleichermaßen zur Umsetzung verpflichtet und neben der Verwaltung sowohl die (Bundes- und Landes-)Gesetzgebung als auch die Rsp gefordert, Maßnahmen im Einklang mit der Konvention zu setzen bzw konventionskonform zu entscheiden.

Der Fachausschuss der UN zur Überprüfung der Umsetzung in den Mitgliedstaaten hat in seinen *Abschließenden Bemerkungen* zum ersten Staatenbericht Österreichs¹⁸ die Besorgnis zum Ausdruck gebracht, dass im Jahr 2012 etwa 55.000 ÖsterreicherInnen beschwert wurden, die Hälfte davon in allen Lebensbereichen. Aus Sicht des Komitees erschien die österreichische Gesetzgebung zur Sachwalterschaft veraltet und mit Art 12 der Konvention (Gleiche Anerkennung vor dem Recht) unvereinbar. Es wurde empfohlen, die fremdbestimmte Entscheidungsfindung durch unterstützte Entscheidungsfindung für Menschen mit Behinderungen zu ersetzen und mehr zu unternehmen, um sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen Zugang zu unterstützter Entscheidungsfindung haben und nicht unter Sachwalterschaft gestellt werden.

Die Empfehlungen des Fachausschusses waren letztlich der entscheidende Impuls, um das Sachwalterrecht nicht nur in Teilbereichen anzupassen, sondern umfassend zu reformieren.

1.4. Kein konstitutiver Verlust der Geschäftsfähigkeit

Mit dem 2. ErwSchG wurden auch zentrale Begriffe des Zivilrechts neu definiert. Nach § 24 Abs 1 ABGB wird nun die *Handlungsfähigkeit* als Fähigkeit zum Erwerb von Rechten und Pflichten beschrieben. Sie erfordert die sogenannte *Entscheidungsfähigkeit* nach Abs 2 leg cit, für die es darauf ankommt, dass die betroffene Person die Bedeutung und

¹⁶ Schauer, 2006 bis 2015: Zehn Jahre Sachwalterrecht im Spiegel der iFamZ, iFamZ 2015, 97.

¹⁷ Auch die Europäische Union ist der Konvention im Jahr 2010 beigetreten und damit ist sie die erste UN-Menschenrechtskonvention, der die EU als solche beigetreten ist, womit sowohl die Organe der EU als auch die Mitgliedstaaten an die Umsetzung gebunden sind. Damit ergibt sich für die gesamte EU eine einheitliche Entwicklung im Bereich der Behindertenpolitik und des Behinderten und Altenrechts. S Ganner, Einblicke in die UN-BRK und ihre Umsetzung in Österreich in Ganner/Rieder/Voithofer/Welti (Hrsg), Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland (2021), 21.

¹⁸ *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on the initial report of Austria, (2013), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRPD%2fC%2fAUT%2fCO%2f1&Lang=en (19.4.2021).

die Folgen ihres Handelns verstehen, ihren Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann.¹⁹ Sie kann in unterschiedlichen Ausprägungen vorkommen, wie bspw in Gestalt der *Geschäftsfähigkeit* nach § 865 Abs 1 ABGB in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten, bei der als zusätzliche Anforderung gs die Volljährigkeit der handelnden Person hinzukommen muss.

War bisher mit der Bestellung einer SachwalterIn ex lege der Verlust der Geschäftsfähigkeit verbunden und konnte die vertretene Person im Wirkungsbereich der gesetzlichen VertreterIn nicht rechtswirksam handeln, so regelt nunmehr § 242 Abs 1 ABGB, dass die Handlungsfähigkeit einer vertretenen Person durch eine Vorsorgevollmacht oder eine Erwachsenenvertretung nicht eingeschränkt wird. Ist die vertretene Person im Hinblick auf ein konkretes Rechtsgeschäft entscheidungsfähig, so kann sie selbst – ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen VertreterIn – Rechtsgeschäfte abschließen. Für die Rechtswirksamkeit einer Handlung ist einzig maßgebend, ob die betroffene Person im Einzelfall die erforderliche Handlungsfähigkeit aufweist.²⁰

Nur soweit dies zur Abwendung einer ernstlichen und erheblichen Gefahr für die vertretene Person erforderlich ist, kann das Gericht im Wirkungsbereich der gerichtlichen ErwachsenenvertreterInnen nach Abs 2 leg cit einen sogenannten *Genehmigungsvorbehalt* anordnen, wodurch die Wirksamkeit bestimmter rechtsgeschäftlicher Handlungen der vertretenen Person oder bestimmter Verfahrenshandlungen der Genehmigung der ErwachsenenvertreterIn – und in Angelegenheiten des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs zusätzlich jener des Gerichts – bedarf.

1.5. Wirkungsbereich der gesetzlichen VertreterIn

Schon das Sachwalterrecht sah eine Differenzierung der von der VertreterIn zu besorgenden Angelegenheiten vor. Obgleich nach § 268 Abs 3 ABGB aF der Umfang der Vertretung begrenzt werden sollte, erfolgte in mehr als der Hälfte der Fälle eine Bestellung für alle Angelegenheiten.²¹ Für die vertretene Person bedeutete dies, dass sie – abgesehen von geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens – innerhalb des Wirkungskreises der SachwalterIn ohne deren Einwilligung rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten konnte.

Nach § 272 Abs 1 ABGB idgF darf nunmehr eine gerichtliche ErwachsenenvertreterIn nur für einzelne oder Arten von gegenwärtig zu besorgenden und bestimmt zu bezeichnenden Angelegenheiten bestellt werden. Die Angelegenheiten müssen in naher Zukunft vorhersehbar zu besorgen sein und bereits im Beststellungsbeschluss möglichst konkret beschrieben werden. Eine rein vorsorgliche Bestellung und die bloß abstrakte Möglich-

19 *Kathrein*, Das neue Erwachsenenschutzrecht – eine Einführung in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erwachsenenschutzrecht (2018) Rz 1.16; vgl auch ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 5 ff.

20 *Zierl/Schweighofer/Wimberger*, Erwachsenenschutzrecht² (2018) Rz 149 ff; OGH 5.7.2019, 4 Ob 115/19v.

21 S ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP zu § 272 Abs 1 ABGB.

keit, dass in Zukunft Angelegenheiten zu erledigen sein werden – wie bspw die unsubstantiierte Annahme, dass bei einem hochbetagten Menschen medizinische Entscheidungen zu treffen sein werden – reicht nicht (mehr) aus.²²

Ist die übertragene Angelegenheit erledigt (weil das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder die Angelegenheit an sich weggefallen ist), so ist nach Abs 2 leg cit die gerichtliche Erwachsenenvertretung einzuschränken oder zu beenden. Eine – vom Willen der vertretenen Person unabhängige – Stellvertretung soll nur so lange und so weitgehend wie unbedingt nötig aufrechterhalten werden.²³

2. Berücksichtigung der Wünsche der vertretenen Person

§ 241 ABGB bildet die zentrale Leitlinie für das Handeln der VertreterIn. Eine Vorsorgevollmächtigte oder ErwachsenenvertreterIn hat danach zu trachten, dass die vertretene Person im Rahmen ihrer Fähigkeiten und Möglichkeiten ihre Lebensverhältnisse nach ihren Wünschen und Vorstellungen gestalten kann, und sie, soweit wie möglich, in die Lage zu versetzen, ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen. Die ErläutRV ergänzen, dass die Aufgabe der gesetzlichen VertreterIn in aller Regel die „Selbstbefähigung“ der vertretenen Person sein muss.²⁴ Damit wird auch sehr prägnant die Zielrichtung des 2. ErwSchG – verstärkte Selbstbestimmung und Vorrang des *supported decision making* vor *substitute decision making*²⁵ – zum Ausdruck gebracht. Ziel ist es demnach, auch im Zustand der Entscheidungsunfähigkeit möglichst umfassend Selbstbestimmung zu garantieren, für die vertretene Person aber nachteilige Maßnahmen zu vermeiden, sofern sie auf Willenserklärungen beruhen, die durch eine psychische Krankheit oder vergleichbare Beeinträchtigungen in der Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt sind.²⁶

Bevor eine VertreterIn stellvertretend tätig wird, ist sie verpflichtet alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um die Entscheidungsfähigkeit der vertretenen Person herbeizuführen. Die rechtliche Macht der VertreterIn im Rahmen ihres Wirkungsbereichs im Außenverhältnis zu handeln berechtigt sie nicht, diese auch ohne weiteres auszuüben, sondern ist mit einer Verpflichtung im Innenverhältnis zu einem „Empowerment“ (erforderlichenfalls mit Maßnahmen der unterstützten Entscheidungsfindung) der vertretenen Person verbunden. Wird diese Verpflichtung übergangen, so ist ihr Handeln

22 So bereits zum Sachwalterrecht *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB-Praxiskommentar⁴ § 268 Rz 13.

23 OGH 26.2.2019, 8 Ob 6/19v. Der OGH führt aus, dass zur Vermeidung eines „Einschränkungs- und Ausdehnungsping-Pongs“ einzuschätzen ist, ob und welche Angelegenheiten in absehbarer Zeit anfallen werden. Eine „Erledigung“ der übertragenen Angelegenheit liegt vor, wenn von der Erwachsenenvertretung nichts mehr zu tun ist und auch in absehbarer Zeit nichts mehr zu tun sein wird.

24 IdS schon die Erläuterungen zum Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006, ErläutRV 1420 BlgNR 22. GP zu § 281 Abs 1, wonach die SachwalterIn danach zu trachten hatte, dass die vertretene Person ihr Leben grundsätzlich frei nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen gestalten kann.

25 S *Buchner*, Das soziale Modell von Behinderung, „Supported Decision-Making“ und Sachwalterschaft: ein Spannungsfeld?, iFamZ 2011, 266.

26 *Barth/Ganner* in *Barth/Ganner* (Hrsg), Erwachsenenschutzrecht³ (2018) 140.

im Außenverhältnis im Regelfall zwar rechtsverbindlich,²⁷ im Innenverhältnis können jedoch Schadenersatzansprüche der vertretenen Person ihr gegenüber entstehen.²⁸

In der Praxis wird diese (vorgelagerte) Verpflichtung oft übersehen und ein Handeln im Rahmen des Wirkungsbereichs als *rechtliches Müssen* (iSv. Vorrang der Tätigkeit der gesetzlichen Vertretung verstanden (arg. „wenn die vertretene Person ihre Angelegenheiten selbst besorgen könnte, hätte sie ja keine VertreterIn“)). Ein solches Verständnis ist jedoch Ausfluss einer – im Fahrwasser des bisherigen Rechts tradierten – zu weit gefassten Fürsorgepflicht und der Angst der VertreterIn vor der eigenen Haftung, sodass die Selbstbestimmung im Zweifel das Nachsehen hat. Um hier eine Haltungsänderung zu erreichen, wird es künftig auch der Rechtsprechung bedürfen, um klarzustellen, dass Vermögensnachteile der vertretenen Person nicht per se als Versagen der gesetzlichen VertreterIn zu werten sind und der Prüfung im Einzelfall, ob das Nicht-Einschreiten der VertreterIn auf einem Verschulden (durch Unterlassen) beruht oder vielmehr im Lichte der Selbstbestimmung der vertretenen Person erfolgt ist.

Von den SelbstvertreterInnen wurde immer wieder auch der Ruf nach einem *Recht, Fehler zu machen* erhoben. Diese Forderung sollte durch die eigenen Ängste der VertreterInnen nicht desavouiert werden.

Können Wünsche von der vertretenen Person nicht (mehr) artikuliert werden, ist ihr *mutmaßlicher Wille* von ihrer gesetzlichen VertreterIn zu erheben und derem Handeln zu Grund zu legen. Ein solcher Wille kann der vertretenen Person nicht unreflektiert unterstellt werden, sondern muss Ausdruck ihrer bisherigen Lebensgestaltung und Vorstellungen sein.²⁹

2.1. Das Ende der Wünsche an der Grenze zur Gefährdung

Nach § 241 Abs 2 ABGB ist die vertretene Person von ihrer gesetzlichen VertreterIn von beabsichtigten, ihre Person oder ihr Vermögen betreffenden Entscheidungen rechtzeitig zu verständigen und ist ihr die Möglichkeit zu geben, sich dazu in angemessener Frist zu äußern. Die Äußerung der vertretenen Person ist zu berücksichtigen, es sei denn, ihr Wohl wäre hierdurch erheblich gefährdet.

Eine entsprechende Informations- und Wunschermittlungspflicht war auch schon im bisherigen Sachwalterrecht enthalten (§ 281 Abs 2 ABGB aF) und betrifft das Innenverhältnis zwischen VertreterIn und VertreterIn. Neu ist, dass diese Verständigungspflicht nun alle Entscheidungen umfasst und die vertretene Person nicht nur, wie bisher, bei wichtigen Maßnahmen einzubeziehen ist.³⁰

27 Maurer, Sachwalterrecht³ § 281 ABGB Rz 2; Weitzenböck in Schwimann/Kodek⁴ § 281 ABGB Rz 3; Kremzow, Sachwalterrecht 63; vgl. OGH 9 Ob 8/07b EF-Z 2008/88, 146 = ecolex 2008/261, 731 = iFamZ 2008/129, 258.

28 Zierl/Schweighofer/Wimberger, Erwachsenenschutzrecht² Rz 568; Jahn, Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz, JAP 2017, 50.

29 Vgl. Ganner, Selbstbestimmung 389.

30 Eine Verständigungspflicht auch bei geringfügigeren Angelegenheiten wurde schon bisher in der Lehre vertreten. Traar et al, Sachwalterrecht und Patientenverfügung (2015) § 281 ABGB Rz 6.

Die gesetzliche VertreterIn ist somit grundsätzlich bei all ihren Vertretungshandlungen zu einer Befolgung des Willens der vertretenen Person verpflichtet. Sie hat sich darum zu bemühen, ihre Wünsche und Vorstellungen auch dann umzusetzen, wenn sie objektiv unvernünftig erscheinen oder von ihren eigenen Vorstellungen abweichen.³¹ Der einzige Grund für eine divergierende Vertretungstätigkeit liegt darin, dass eine Berücksichtigung der Wünsche der vertretenen Person deren Wohl erheblich gefährden würde.³² Im Zweifel wird aber nach den ErläutRV den Wünschen und Vorstellungen der vertretenen Person entsprochen werden müssen.

Die Grenze für die Verwirklichung der Wünsche und Vorstellungen der betroffenen Person über die Gestaltung ihrer Lebensverhältnisse ist dort zu ziehen, wo deren subjektive Sicht der Dinge zu einer erheblichen (objektiv fassbaren) Gefährdung für sie selbst führt. Ihre möglichst weitgehende Erfüllung tritt nach dem 2. ErwSchG als weiteres Grundprinzip in der Einkommens- und Vermögensverwaltung gleichrangig zu den bekannten Grundsätzen über die Anlegung von Mündelgeld (§§ 258 iVm 215 bis 224 ABGB) hinzu³³ und ist jeweils im konkreten Fall (bspw bei Maßnahmen der Vermögenssicherung) mit diesen abzuwägen.

Exkurs: Die Wünsche der Betreuten als Magna Charta im Reformentwurf zum deutschen Betreuungsrecht

Auch Deutschland, welches als einer der ersten Staaten die UN-BRK ratifiziert hatte und wo diese als einfaches Bundesrecht gilt, sah sich nicht zuletzt durch die *Abschließenden Bemerkungen* des UN-Fachausschusses zum ersten Staatenbericht³⁴ veranlasst, das seit 1992 geltende Betreuungsrecht iSd UN-BRK anzupassen.

Der nun vorliegende Entwurf der dt Bundesregierung zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 18.11.2020 geht zwar weiterhin von der Annahme aus, dass das in §§ 1896 ff BGB geregelte Instrument der rechtlichen Betreuung mit Art 12 UN-BRK vereinbar ist; zugleich wird das Stellvertretungsrecht Volljähriger jedoch umfassend reformiert.³⁵

Die *rechtliche Betreuung* wird „als Unterstützung der Betreuten bei der rechtlichen Besorgung ihrer Angelegenheiten [mit der] Möglichkeit der Vertretung, soweit erforderlich“, definiert.

31 Weitzenböck in *Schwimann/Kodek*⁵ § 258 ABGB Rz 8.

32 Wobei dieses Kriterium streng auszulegen sein wird. S *Zierl/Schweighofer/Wimberger*, Erwachsenenschutzrecht², Rz 145 unter Verweis auf *Gitschthaler/Schweighofer*, Erwachsenenschutzrecht § 241 Anm 1.

33 Weitzenböck in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erwachsenenschutzrecht Rz 6.27 unter Verweis auf die Regelung nach § 258 Abs 1 ABGB Rz 6.47.

34 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on the initial report of Germany (2015), <https://undocs.org/en/CRPD/C/DEU/CO/1> (10.3.2021).

35 S Gesetzentwurf Reform Vormundschafts- und Betreuungsrecht v 18.11.2020, Deutscher Bundestag 19. WP, Drucksache 19/24445 134 ff, www.dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/244/1924445.pdf (10.3.2021).

Dabei sind die Wünsche der Betreuten der Maßstab für das Handeln der BetreuerIn. Diese haben grundsätzlich Vorrang und die BetreuerIn wird verpflichtet sie festzustellen und umzusetzen. Die BetreuerIn *kann*, muss aber nicht, innerhalb ihres Aufgabenkreises *tätig werden*. Die Wunschbefolgungspflicht wird – auch bei einer Gefährdung – nicht mehr durch die bisherige „Wohlschranke“ begrenzt. *Statt objektiver Kriterien* ist hilfsweise der *mutmaßliche Wille* heranzuziehen. Eine Einschränkung des Grundsatzes der Selbstbestimmung kann sich nur aus der vom Bundesverfassungsgericht betonten *Schutzpflicht* des Staates ergeben.³⁶

Da die Diskussion um die Anpassung des nationalen Stellvertretungsrechts in beiden Rechtsordnungen in den letzten Jahren sehr ähnlich verlaufen ist und ein reger Austausch stattgefunden hat, kann die nunmehrige Entwicklung in Deutschland, die nach Ansicht des Autors wichtige Impulse setzt und in Teilbereichen die Wunschbefolgungspflicht deutlicher manifestiert, wichtige Impulse für die weitere Entwicklung des Erwachsenenschutzrechts liefern.

2.2. Selbstbestimmung am Beispiel der medizinischen Behandlung

Mit der Neuregelung der medizinischen Behandlung³⁷ wurde auch in diesem besonders sensiblen Bereich der Persönlichkeitsrechte die Selbstbestimmung der betroffenen Person in den Mittelpunkt gestellt.³⁸ Eine Behandlung darf grundsätzlich nur mit einer rechtfertigenden Einwilligung erfolgen, wobei eine stellvertretende Entscheidung erst dann in Betracht kommt, wenn die vertretene Person nach umfassender Aufklärung und Unterstützung dennoch nicht in der Lage ist, Sinn und Zweck der Behandlung zu erfassen und ihre Entscheidung unter Abwägung der Vorteile, Nachteile und Risiken zu treffen.

Wesentlich ist, ob die betroffene Person im Behandlungszeitpunkt im Hinblick auf die konkrete Behandlung entscheidungsfähig ist oder nicht. Der behandelnde Arzt hat sie in ihrer Entscheidungsfindung in angemessener Weise zu unterstützen.

Kann die Entscheidungsfähigkeit der betroffenen Person in Bezug auf die konkrete Behandlung hergestellt werden, so entscheidet allein sie selbst über die Vornahme oder Unterlassung der Behandlung.³⁹ Ist sie nicht entscheidungsfähig, so hat die VertreterIn (mit entsprechendem Wirkungsbereich) über die Behandlung zu entscheiden, wobei sie sich nach § 253 Abs 1 ABGB bei ihrer Entscheidung vom Willen der betroffenen Person leiten zu lassen hat. Sie ist verpflichtet, die betroffene Person umfassend zu informieren und ihre Wünsche iSd § 241 Abs 2 ABGB zu ermitteln. Falls eine aktuelle Äußerung nicht

³⁶ Grundlegend BGH 22.7.2009, XII ZR 77/06.

³⁷ Zum Begriff der medizinischen Behandlung nach § 252 Abs 1 ABGB s *Barth/Marlovits in Barth/Ganner, Erwachsenenschutzrecht*³ (2018), 228 ff.

³⁸ Vgl Art 25 lit d UN-BRK. Es werden ausdrücklich Verfahren eingefordert, die darauf abzielen, eine informierte Zustimmung auch von Menschen, die in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt sind, zu ermöglichen und sie bei der selbstbestimmten Wahrnehmung ihrer Entscheidungsfähigkeit zu unterstützen.

³⁹ S ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 30.

(mehr) möglich ist, können für die VertreterIn auch frühere Willensbekundungen eine wichtige Richtschnur für ihre eigene Entscheidung sein, wobei im Zweifel davon auszugehen ist, dass die betroffene Person eine medizinisch indizierte Behandlung wünscht. Gibt die entscheidungsunfähige Person zu erkennen, dass sie eine medizinische Behandlung oder deren Fortsetzung ablehnt, so bedarf die Zustimmung der gesetzlichen VertreterIn der Genehmigung des Gerichts. Eine Zustimmung gegen den Willen der vertretenen Person ist – im Innenverhältnis – jedoch nur möglich, wenn das Wohl der betroffenen Person durch ein Unterlassen der Behandlung erheblich gefährdet wird. Bei Vorliegen eines Dissens ist nach § 254 ABGB zudem in jedem Fall der örtlich zuständige Erwachsenenschutzverein als besonderer Rechtsbeistand nach § 131 Abs 1 AußStrG zu bestellen, der die betroffene Person im Verfahren vertritt. Im Falle eines (körperlichen) Widerstandes der betroffenen Person kann die Behandlung auch nicht durch die Zustimmung der gesetzlichen VertreterIn oder eine gerichtliche Genehmigung legitimiert werden, sondern ist nur unter den Voraussetzungen des Unterbringungsgesetzes (ie eine ernstliche und erhebliche Selbstgefährdung) zulässig.⁴⁰

Ist die geplante Maßnahme *nicht* als medizinische Behandlung zu qualifizieren (bspw die Verordnung von Kontrazeptiva, rein ästhetische Operationen, Organentnahmen), so kommt die Grundsatzbestimmung des § 250 ABGB für den Bereich der Personensorge zur Anwendung, wonach sich die Entscheidung der VertreterIn immer am Wohl der betroffenen Person zu orientieren hat und ist im Falle einer wichtigen Angelegenheit die Genehmigung des Gerichts einzuholen ist. Die Verpflichtung zur Erforschung des Willens sowie die Informations- und Äußerungspflicht nach § 241 ABGB kommen auch hier zum Tragen.

3. Das Recht und die Pflicht zur (Un-)Tätigkeit im konkreten Fall

Aufgrund ihrer Bestellung verfügt die gesetzliche VertreterIn über das Recht, im Rahmen ihres Wirkungsbereichs für die vertretene Person Entscheidungen zu treffen und rechtsverbindlich gegenüber Dritten aufzutreten; es zwingt sie aber nicht dazu, in jedem Fall stellvertretend einzuschreiten. Ein solches Einschreiten ist vielmehr untersagt, wenn der Wunsch der vertretenen Person umsetzbar ist ohne ihr Wohl erheblich zu gefährden.

Zugleich trifft die VertreterIn die Pflicht, Schäden von (der Person und dem Vermögen) der vertretenen Person abzuwenden, widrigenfalls sie nach allgemeinem Schadenersatzrecht für Schäden, die sie rechtswidrig und schuldhaft verursacht hat,⁴¹ haftet.

Eine Verpflichtung zum Handeln ergibt sich *prima facie* auch aus § 21 ABGB, aus dem – als Grundlage einer umfassenden Fürsorgepflicht gegenüber schutzberechtigten Perso-

40 *Barth/Marlovits in Barth/Ganner* (Hrsg), Erwachsenenschutzrecht³, 263 f. Anders die dt Rechtslage, wonach ärztliche Zwangsmaßnahmen iSd § 1906 Abs 3 BGB (iE Maßnahmen „gegen den natürlichen Willen“ der betroffenen Person) mit Zustimmung der BetreuerIn und Genehmigung des Gerichts möglich sind. S BVerfG 27.6.2016, 1 BvL 8/15, vgl dazu FamRZ 2016, 1728; dBGBI 2017 I 2426; *Biemwald*, iFamZ 2017, 238 f.

41 Vgl § 249 Abs 1 ABGB; uU kommt auch eine Amtshaftung nach AHG in Betracht.

nen – das Prinzip der Wahrung des Wohls der vertretenen Person abgeleitet wird.⁴² Im konkreten Fall wird aber auch bei einer solchen Annahme der Selbstbestimmung der vertretenen Person eine bedeutende Rolle zukommen.

Eine allfällige Handlungspflicht ist im Einzelfall aufgrund einer objektiven ex ante Betrachtung unter Abwägung aller Interessen der vertretenen Person zu beurteilen. Ein Abstellen auf vermögensrechtliche Interessen allein (bspw auf mögliche finanzielle Vorteile durch eine Vertretungshandlung) ist sicher zu kurz gegriffen, sondern haben vielmehr stets auch ideelle Interessen der vertretenen Person in die Entscheidung einzufließen. Im Zweifel hat sich das Handeln der VertreterIn daran zu orientieren. So wurde schon im bisherigen Sachwalterrecht eine Haftung wegen Nichtbeachtung der Wünsche der vertretenen Person gem § 241 ABGB angenommen.⁴³

Eine unterlassene Stellvertretung wird der VertreterIn dann nicht zum Vorwurf gemacht werden können, wenn ihr Nichteinschreiten (bspw nicht erfolgte Sicherungsmaßnahmen und Veranlagungen im Bereich der Einkommens- und Vermögensverwaltung) den nachweisbaren Wünschen der vertretenen Person entspricht und nicht zu einer erheblichen Gefährdung führt; selbst dann, wenn der vertretenen Person aus dem Unterlassen ein Schaden erwachsen ist.

4. Fazit

Während die Entmündigungsordnung⁴⁴ noch von paternalistischen Fürsorge- und Schutzbestimmungen für psychisch erkrankte Menschen (und dem Schutz der Allgemeinheit vor dem Ausdruck ihrer Wünsche) geprägt war, wurden die Vorstellungen der betroffenen Person nach einer selbstbestimmten Lebensführung im Sachwalterrecht schon ausdrücklich anerkannt und als Leitlinie für die gesetzliche VertreterIn normiert. Zugleich wurde stets ein Ausgleich mit der Sicherheit des Rechtsverkehrs gesucht und im Zweifel der Schutz der erkrankten Person vor Schäden (primär im vermögensrechtlichen Bereich) höher bewertet als die Verwirklichung ihres Willens.

Mit dem 2. ErwSchG wurden derartige Risiken nunmehr bewusst in Kauf genommen und dem Willen der vertretenen Person nach einer selbstbestimmten Lebensgestaltung der Vorrang eingeräumt – selbst dann, wenn ihre Wünsche scheinbar wider die Vernunft gerichtet sind.⁴⁵ Das „beste Gesetz“ bedarf jedoch der Umsetzung in der Praxis und neben einem Bekenntnis zu dessen Zielen zwingend ein entsprechendes Handeln aller Beteiligten:

Die jeweilige ErwachsenenvertreterIn muss die Wünsche der von ihr vertretenen Person ernst nehmen und sie dabei unterstützen, ein selbstbestimmtes Leben führen zu können –

⁴² Vgl *Ganner*, Selbstbestimmung 80.

⁴³ *Maurer*, Sachwalterrecht³ § 281 Rz 2.

⁴⁴ Kaiserliche Verordnung über die Entmündigung v 1.7.1916 RGB 1916/207.

⁴⁵ IdS *Schopenbauer*, Welt als Wille und Vorstellung, Band II Kap 18 (1997) 263: „Zunächst in unserem eigenen Bewusstsein der Wille stets als das Primäre und Fundamentale auftritt und durchaus den Vorrang behauptet vor dem Intellekt, welcher sich dagegen durchweg als das Sekundäre, Untergeordnete und Bedingte erweist.“

erforderlichenfalls durch eine angemessene Vertretungstätigkeit im Einzelfall. Länder und Gemeinden als Träger der Sozial- und Behindertenhilfe sind aufgefordert Menschen jene Hilfsangebote zur Verfügung zu stellen, die sie benötigen, um ohne Stellvertretung leben zu können (ua durch Leistungen der persönlichen Assistenz ohne Ansehung der Person nach medizinischen Diagnosen). Alle staatlichen Ebenen sind verpflichtet Leistungen barrierefrei bereitzustellen und ihre eigene originäre Verantwortung, die sich (nicht zuletzt) aufgrund der UN-BRK für alle Personen mit Unterstützungsbedarf ergibt, wahrzunehmen. Und last but not least muss die Gesellschaft als solche anerkennen, dass „Behinderungen“ nicht exklusiv sind und „Inklusion“ kein bloßes Schlagwort und utopisches Ziel, sondern eine Verpflichtung jeder Einzelnen, die ein tägliches Bemühen schuldet

Während statistisch die Anzahl an aufrechten gerichtlichen Erwachsenenvertretungen bereits deutlich gesunken ist (von rd 53.000 per 1.7.2018 auf rd 42.500 per 1.1.2021) und die Zahl der Alternativen kontinuierlich ansteigt,⁴⁶ wird der Erfolg der Reform letztlich daran zu messen sein, ob Selbstbestimmung für die betroffenen Personen auch tatsächlich angekommen ist.

Mag. Martin Marlovits arbeitet als Stellvertretender Leiter des Fachbereichs Erwachsenenvertretung bei Vertretungs-Netz – Erwachsenenvertretung, Patientenanwaltschaft, Bewohnervertretung; martin.marlovits@vertretungsnetz.at

46 Per 1.1.2021 bestehen rd 171.000 errichtete Vorsorgevollmachten, rd 16.500 aufrechte gesetzliche Erwachsenenvertretungen u rd 3.900 aufrechte gewählte Erwachsenenvertretungen.

Verfahrenshilfe als Garant für den Rechtsstaat?

Kritische Betrachtung eines alt bewährten Instituts

Micha Kriiebernegg

Eine der Grundvoraussetzungen für das Funktionieren des Rechtsstaates ist dessen Zugänglichkeit. Eine solche Möglichkeit wurde mit dem Institut der Verfahrenshilfe geschaffen, mit welchem sichergestellt werden soll, dass auch „wirtschaftlich schwächere“¹ Personen einen gebührenden Rechtsschutz erfahren. Gleichzeitig soll den Bedürftigen eine effektive Vertretung ihres Prozesstandpunktes unter gleichartigen Bedingungen gewährt werden. Als wesentlichste Teilgarantien der Verfahrenshilfe gelten die Beigebug eines/r Rechtsanwalts/anwältin (RA) als Verfahrenshelfer/in bzw die Befreiung von Verfahrenskosten. Die Verfahrenshilfe leistet unbestritten einen wesentlichen Beitrag zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens. Dennoch weisen die derzeitigen gesetzlichen Regelungen einige Schwachstellen auf, zumal ein nicht unbeträchtlicher Teil von Personen – trotz Mittellosigkeit – nicht in den Genuss der Verfahrenshilfe gelangt. Der folgende Beitrag gibt einen kompakten Überblick über die gesetzliche Ausgestaltung der Verfahrenshilfe in Österreich. Eingeleitet von einem kurzen historischen und grundrechtlichen Abriss, soll die nachstehende Abhandlung mit dem Versuch einer kritischen Betrachtung aus Sicht der Praxis sowie einer Formulierung möglicher Verbesserungsvorschläge abgerundet werden.

1. Historischer Abriss

Seine rechtspolitischen Wurzeln hat die heutige gesetzliche Ausgestaltung der Verfahrenshilfe bereits in der Römischen Kaiserzeit, wobei die Möglichkeit einer Befreiung von Prozesskosten zur damaligen Zeit auf kaiserliche Gnadenakte bzw die Gewährung eines Rechtsbeistandes durch den praetor reduziert war.²

An die heutige Ausgestaltung der Verfahrenshilfe erinnert weiters das sog „Armenrecht“ im kanonischen Recht, insb hinsichtlich der Regelungen zur Gebührenfreiheit und zur Beigebug eines/r Armenvertreter/in. Entsprechend der Regelungen in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 (§ 27) wurde den „Armen“, die ihre „Armut“ nachweisen konnten, ein

1 Dieser Ausdruck wird nach Meinung des Autors den tatsächlichen ökonomischen Verhältnissen nicht gerecht, findet allerdings Zuspruch in der Literatur und Rsp (vgl RIS-Justiz, RS0109487). Besser wäre es zB von „ökonomisch Benachteiligten“ zu sprechen.

2 *Machacek*, Gewährleisten Zivil- und Strafverfahren Chancengleichheit ohne Rücksicht auf das Vermögen?, DRdA 1971, 100 (105).

„Advokat“ zur Seite gestellt, wobei dieser „Advokat“ unter Androhung einer Strafe zur Annahme verpflichtet war. Eine nachgehende Entlohnung war nicht ausgeschlossen.³

Durch das Hofdekret vom 24.1.1791 wurde der „armen Partei“ eine Stundung der Gebühren und Vertretungskosten ermöglicht, bis sie aus dem Prozess zu Vermögen kam. Die ZPO 1895 gewährte sodann einen „Armenvertreter“ auch in Prozessen ohne RA-Zwang. Zusätzlich wurde jener Person „Armenrecht“ gewährt, welche die Prozessführung ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie erforderlichen notdürftigen Unterhaltes nicht bestreiten konnte.⁴

Mit dem Verfahrenshilfegesetz⁵ trat an die Stelle des sogenannten „Armenrechtes“ das (heutige) Institut der Verfahrenshilfe in den zivil-/strafprozessrechtlichen bzw verwaltungsrechtlichen Verfahrensvorschriften.

2. Gesetzliche Ausgestaltung

Die (verfahrens-)rechtliche Ausgestaltung der Verfahrenshilfe in Österreich findet sich insb in § 63 ff ZPO⁶, § 61 ff StPO⁷, § 8a VwGVG⁸, § 35 VfGG⁹ iVm § 63 ff ZPO, § 61 VwGG¹⁰ sowie § 45 ff RAO¹¹. Im europäischen Kontext wird die sog Prozesskostenhilfe ua in den Richtlinien 2002/8/EG¹², 2013/48/EU¹³, 2016/1919/EU¹⁴ bzw in Art 47 GRC¹⁵ geregelt. Grundrechtlich manifestiert sich diese auch im Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK.¹⁶ Dieses Grundrecht enthält eine Vielzahl an Teilgarantien, welche einen Verfahrensablauf garantieren sollen, in dem die Parteien unter gleichartigen Bedingungen ihren Prozesstandpunkt effektiv vertreten können.¹⁷ Art 6 Abs 3 lit c EMRK sieht die unentgeltliche Beigabe eines/r Verteidigers/in bei strafrechtlichen Anklagen iSd Art 6 Abs 1 leg

3 Zeumer, Reichskammergerichtsordnung vom 7. 8. 1495, Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung, www.koeblergerhard.de/Fontes/Reichs-Kammergerichts-Ordnung1495.htm (21.2.2021).

4 Machacek, DRdA 1971, 100 (105).

5 Verfahrenshilfegesetz 1973 BGBl 1973/569.

6 Zivilprozessordnung 1895 RGBl 1895/113 idF BGBl I 2011/96.

7 Strafprozessordnung 1975 BGBl 1975/631 idF BGBl I 2020/20.

8 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz 2013 BGBl I 2013/33 idF BGBl I 2017/24.

9 Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 BGBl 1953/85 idF BGBl I 2014/92.

10 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 BGBl 1985/10 idF BGBl I 2017/24.

11 Rechtsanwaltsordnung 1868 RGBl 1868/96 idF BGBl I 2020/19.

12 Richtlinien 2002/8/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen, ABl L 26/41.

13 Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABl L 294/1.

14 Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, ABl L 297/1.

15 Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2010/C 83/02, ABl C 83/389.

16 Europäische Menschenrechtskonvention 1958 BGBl 1958/210 idF BGBl III 1998/30.

17 Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2009) 361.

cit vor. Der EGMR gewährt dieses Recht mittlerweile in bestimmten Fällen auch für Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche.¹⁸ Zwar wird ein expliziter Anspruch auf Prozesskostenhilfe darin nicht gewährt, doch muss der Staat dafür Sorge tragen, dass dem/der Einzelnen der Zugang zu Gericht nicht aus wirtschaftlichen Gründen verunmöglicht wird.¹⁹ Der Zugang zu Gericht darf nicht bloß theoretisch und illusorisch, sondern muss effektiv gewährleistet sein. Zudem besteht eine Pflicht der Mitgliedstaaten der EMRK zur Errichtung eines Rechtsschutzsystems, das Einzelnen den Zugang zu Gericht auch tatsächlich möglich macht.²⁰ Dieser Zugang ist laut EGMR aber nicht absolut und kann von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Durch das Institut der Verfahrenshilfe soll sichergestellt werden, dass auch „wirtschaftlich schwächere“ Personen den gebührenden Rechtsschutz erfahren. Die begründete Ablehnung von Verfahrenshilfe für ein aussichtsloses Verfahren bedeutet wiederum nicht die Verweigerung des Zugangs zu Gericht.²¹

Im Bereich des Verwaltungsverfahrensrechts wurde Verfahrenshilfe bis vor kurzem lediglich in Verwaltungsstrafsachen gewährt. Diese fragliche Regelung wurde folglich vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben und nunmehr in § 8a VwGVG neu geregelt.²² Die Bewilligung der Beigebug eines/r Verfahrenshelfers/in kann in verwaltungsrechtlichen Verfahren allerdings auch auf einzelne Verfahrensabschnitte/-handlungen beschränkt werden.²³

3. Voraussetzungen, Dauer und Umfang

Aufgrund ähnlicher bzw teilweise gleichlautender Gesetzesbestimmungen zur Verfahrenshilfe in den verschiedenen Rechtsmaterien werden im Folgenden lediglich die Bestimmungen des §§ 63 ff ZPO zur näheren Erläuterung herangezogen.²⁴

Gem § 63 Abs 1 ZPO ist Verfahrenshilfe einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des „notwendigen Unterhalts“ zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar „mutwillig“ oder „aussichtslos“ erscheint.

Als notwendiger Unterhalt ist derjenige anzusehen, den die Partei für sich und ihre Familie zu einer einfachen Lebensführung benötigt. Die Rsp zieht hierfür einen Bereich heran, der abstrakt zwischen dem statistischen Durchschnittseinkommen von unselbstän-

18 EGMR 9.10.1979, 6289/73, *Airey/IRL*, Rn 26 ff.

19 EGMR 9.10.1979, 6289/73, *Airey/IRL*, Rn 20 ff; *Grabemwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ 357.

20 EGMR 26.2.2002, 46.800/99, *Del Sol/FRA*, Rn 21; VfGH 25.6.2015, G 7/2015-8.

21 RIS-Justiz, RS0109487.

22 VfGH 25.6.2015, G 7/2015-8.

23 VwGH 11.9.2019, Ro 2018/08/0008.

24 Auf folgende Unterschiede sei hingewiesen: In Strafverfahren ist in bestimmten Fällen von Amts wegen ein/e Verfahrenshilfeverteidiger/in beizugeben (§ 61 Abs 3 StPO). In verwaltungsrechtlichen Verfahren kommt der Beigebug eines/r Verfahrenshelfers/in aufgrund der Manuduktionspflicht der Gerichte, Einhaltung der Formvorschriften und des Amtswegigkeitsprinzips Ausnahmecharakter zu (VwGH 11.9.2019, Ro 2018/08/0008).

dig Erwerbstätigen und dem Existenzminimum liegt.²⁵ Berücksichtigung finden das Vermögen sowie Verbindlichkeiten. Ob die Bedürftigkeit verschuldet oder unverschuldet ist, ist grundsätzlich bedeutungslos.²⁶ Als ungefähre Faustregel gilt, dass einem/r alleinstehenden Verfahrenshilfeansuchenden etwa 1.000 bis 1.400 Euro monatlich verbleiben müssen.²⁷

Als mutwillig ist die Rechtsverfolgung anzusehen, wenn eine nicht die Verfahrenshilfe beanspruchende Partei von der Führung des Verfahrens absehen oder nur einen Teil des Anspruches geltend machen würde (zB prozessieren aufgrund von Publicity, Feindseligkeit, Sensationslust).²⁸ Eine Prozessführung ist offenbar aussichtslos, wenn diese schon ohne nähere Prüfung der Angriffs- oder Verteidigungsmittel als erfolglos erkannt werden kann (zB bei Unschlüssigkeit, Beweisnotstand).²⁹ Nach § 63 Abs 2 ZPO kann – mittlerweile auch wieder³⁰ – einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde Verfahrenshilfe bewilligt werden, wenn auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind.

Die Verfahrenshilfe kann nach § 64 Abs 1 ZPO ua die (einstweilige) Befreiung von Gerichtsgebühren, Gebühren von Zeugen/innen, Sachverständigen, Dolmetscher/innen, Übersetzer/innen, Barauslagen sowie die unentgeltliche Beigegebung eines/r RA – insb bei absoluter RA-Pflicht oder bei besonderen Schwierigkeiten in rechtlicher/tatsächlicher Hinsicht³¹ – umfassen. Sie ist nach § 65 Abs 1 ZPO beim Prozessgericht erster Instanz zu beantragen. Neben der bestimmten Bezeichnung der Rechtssache sind ein nicht mehr als vier Wochen altes Vermögensbekenntnis bzw Belege beizubringen (§ 66 Abs 1 ZPO). Die Verfahrenshilfe endet prinzipiell mit dem letztmöglichen Verfahrensgang, wenn sie aufgrund gebesserter Vermögensverhältnisse erlischt oder aufgrund falscher Vermögensangaben entzogen wird, wenn die weitere Rechtsverfolgung mutwillig oder aussichtslos erscheint bzw mit dem Tod des/r Verfahrenshilfeempfängers/in (§ 68 ZPO). Eine die Verfahrenshilfe genießende Partei ist mit Beschluss zur gänzlichen oder teilweisen Nachzahlung der Beträge zu verpflichten, soweit und sobald sie ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts dazu imstande ist. Nach Ablauf von drei Jahren nach Abschluss des Verfahrens kann die Verpflichtung zur Nachzahlung nicht mehr auferlegt werden (§ 71 ZPO).

25 *Fucik*, Bewilligung der Verfahrenshilfe, *ÖJZ* 2012, 197 (197); *Statistik Austria*, Allgemeiner Einkommensbericht 2020, www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/soziales/personen-einkommen/allgemeiner_einkommensbericht/index.html (24.2.2021); *Kolmasch*, Existenzminimum und Unterhaltsexistenzminimum, www.kolmasch.at/unterhaltsrecht/daten/23-existenzminimum (24.2.2021).

26 OLG Wien 11.7.1980, 11 R 121/80.

27 *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, Kommentar zur ZPO⁵ (2019) § 63 ZPO Rz 3.

28 *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 63 ZPO Rz 5 mwN.

29 OGH 27.11.2002, 7 Ob 213/02b.

30 Mit Inkrafttreten des BudgetbegleitG 2009 BGBl I 2009/52 wurde die Verfahrenshilfe für juristische Personen beseitigt. In seinem Erkenntnis vom 5.10.2011, G 26/10 stellt der VfGH klar, dass ein genereller und gänzlicher Ausschluss der Verfahrenshilfe für juristische Personen verfassungswidrig ist.

31 *Fucik* in *Rechberger*, Zivilprozessordnung³ (2006) § 64a Rz 2.

4. Bestellvorgang

Hat das Gericht die Beigebug eines/r RA beschlossen, so hat die Partei Anspruch auf die Bestellung durch die Rechtsanwaltskammer (§ 67 ZPO; § 45 Abs 1 RAO). Wünschen der Partei über die Auswahl dieses/r RA ist im Einvernehmen mit dem/r namhaft gemachten RA nach Möglichkeit zu entsprechen (§ 67 ZPO).

Die Ausschüsse der Rechtsanwaltskammern haben bei der Bestellung nach festen Regeln vorzugehen. Diese haben eine möglichst gleichmäßige Heranziehung und Belastung der RA unter besonderer Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse zu gewährleisten. Aus wichtigem Grund kann ein/e RA von der Verfahrenshilfe „befreit“ werden (§ 45 Abs 4 RAO, § 46 Abs 1 RAO).

5. Vergütung

Die Abgeltung der im Rahmen der Verfahrenshilfe erbrachten Leistungen erfolgt durch eine Pauschalvergütung, welche der Bund dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) erbringt. Diese Gelder ergehen nach einem gesetzlich vorgesehenen Schlüssel an die neun Rechtsanwaltskammern.

Die Pauschalvergütung ist verpflichtend für die Alters-, Berufsunfähigkeits- und Hinterbliebenenversorgung der Rechtsanwälte/innen zu verwenden. Die Pauschalvergütung beträgt seit dem Jahr 2006 insgesamt 18 Mio Euro pro Jahr.³² Die Höhe der vom Bund zu zahlenden Pauschalvergütung für Leistungen der bestellten RA wurde für das Jahr 2021 sowie die folgenden Jahre nunmehr mit 21 Mio Euro jährlich festgesetzt.³³

Überdies haben RA in Verfahren, in denen diese innerhalb eines Jahres für mehr als zehn Verhandlungstage oder insgesamt mehr als 50 Verhandlungsstunden tätig werden, für alle jährlich darüber hinausgehenden Leistungen Anspruch auf eine angemessene Vergütung gegenüber der Rechtsanwaltskammer (§ 16 Abs 4 RAO).

6. Verfahrenshilfe neu denken?

Das Institut der Verfahrenshilfe ist unbestritten etwas gesellschaftlich und rechtspolitisch Progressives, zumal dadurch niederschwellige Zugangsmöglichkeiten zur Inanspruchnahme von Rechtsschutz geschaffen werden und dies, so die Idee, für alle diesem Rechtsstaat unterworfenen Personen. Die derzeitige (gesetzliche) Ausgestaltung der Verfahrenshilfe mit all ihren Garantien ist aber nur eine von vielen denkbaren Möglichkeiten einen solchen Zugang zu schaffen und stößt teilweise an ihre Grenzen.

32 ÖRAK, 45. Wahrnehmungsbericht (2018/2019) 6 f.

33 Verordnung über die Neufestsetzung einer Pauschalvergütung des Bundes für Leistungen der nach § 45 RAO bestellten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte 2020, BGBl II 556/2020.

6.1. Zur Notwendigkeit einer angemessenen Entschädigung

In seinem Wahrnehmungsbericht 2018/2019 informiert der ÖRAK darüber, dass Österreichs RA im Jahr 2018 rund 40.000 Bürger/innen unentgeltlich vertreten haben. Der Wert der im Rahmen der Verfahrenshilfe unentgeltlich erbrachten Leistungen beträgt knapp 40 Mio Euro. Die österreichischen RA leisten sohin auch in dieser Hinsicht einen essenziellen Beitrag zur Rechtsstaatlichkeit.³⁴ Der ÖRAK fordert seit Jahren eine Erhöhung der Pauschalvergütung, zumal seit dem Jahr 2006 die Pauschalvergütung 18 Mio Euro pro Jahr beträgt und seit vielen Jahren keine Anpassung mehr erfolgte.³⁵ Nunmehr wird diese zwar geringfügig auf 21 Mio Euro pro Jahr angehoben. In Relation zu den tatsächlich erbrachten Leistungen der RA besteht allerdings noch ein wesentlicher Nachbesserungsbedarf.

Tatsächlich bekommen RA die derzeitige Regelung der Pauschalvergütung nur peripher zu spüren, auch wenn sich dadurch ihre Beitragszahlungen zur Altersversorgung usw verringern. Da auch RA nun einmal vom System des „freien Marktes“ nicht ausgenommen sind und viele gleichzeitig in ihrer Funktion als (Einzel-)Unternehmer/innen unter einem erheblichen wirtschaftlichen Leistungs-/Existenzdruck stehen, wäre eine Angleichung der Pauschalvergütung in Hinsicht auf die tatsächlich erbrachten Leistungen und eine tatsächliche – zumindest anteilige – direkte Honorierung dringend geboten. Dies könnte einen überaus hohen Qualitätsstandard für Verfahrensbeholfene in Hinsicht auf das rechtliche Gehör bzw das grundrechtlich geschützte Recht auf ein faires Verfahren sichern, wenngleich RA aus standesrechtlicher Sicht als bestellte Verfahrenshelfer/innen die gleiche Sorgfalt anzuwenden haben wie bei der Vertretung anderer Parteien (§ 50 RL-BA³⁶, § 16 Abs 2 RAO).

6.2. Zur Änderung der ökonomischen Zugangserfordernisse

Eine beträchtliche Zahl an Rechtsuchenden („prekäre Mittelschicht“) ist für die Gewährung der Verfahrenshilfe „zu vermögend“. Dies bedeutet wiederum, dass Personen, die zwar nur wenige finanzielle Ressourcen haben, jedoch gerade genügend um nicht in den Genuss der Verfahrenshilfe zu gelangen, aufgrund des zu erwartenden erhöhten Prozesskostenrisikos eine höhere Hemmschwelle haben, sich in/auf einen Prozess einzulassen. Dieser Umstand führt wiederum zu einem gewissen Ungleichgewicht in Anbetracht der erforderlichen Waffengleichheit bei der Inanspruchnahme von Rechtsschutz. Der Anspruch eines Rechtsstaates muss es jedenfalls sein, dass auch für diese Gruppe ein niederschwelliger Zugang zum Recht und Gericht besteht.³⁷ Zur Erreichung dieses Zieles

34 ÖRAK, 45. Wahrnehmungsbericht 6 f.

35 ÖRAK, 45. Wahrnehmungsbericht 16.

36 Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes Beschluss vom 26.09.2015 idF Beschluss vom 25.09.2020, www.rechtsanwaelte.at/kammer/gesetzestexte/ (20.04.2021).

37 Vgl die Ausführungen dazu in *Geroldinger*, Leistbarer Zugang zum Recht, AnwBl 2019, 475 (477).

könnte in Hinsicht auf die ökonomischen Voraussetzungen bei der Vermögensberechnung zB als Untergrenze das durchschnittliche Einkommen eines/einer unselbständigen Erwerbstätigen herangezogen werden.

6.3. Zur fairen Verteilung

Spricht man mit Kollegen/innen der Anwaltschaft so wird des Öfteren die Kritik geäußert, dass bei der Zuteilung von Verfahrenshilfefällen an RA nicht unmittelbar bzw zu wenig auf Schwerpunkte in deren beruflichen Tätigkeiten und Fähigkeiten eingegangen wird. Dies hat zur Folge, dass Verfahrenshelfer/innen, welche in Hinsicht auf den zugeordneten Fall primär in anderen, „fachfremden“ Rechtsgebieten tätig sind, einen erheblichen Mehraufwand/Zeitaufwand – man denke zB an die Einbringung eines Rechtsmittels an die Höchstgerichte und deren Zulässigkeitsanforderungen – für eine ordnungsgemäße Vertretung/Verteidigung aufwenden müssen.

„Fachbezogen“ arbeitende Verfahrenshelfer/innen benötigen wiederum für derartige Vertretungshandlungen erfahrungsgemäß nur einen Bruchteil der Zeit und können diese aufgrund ihrer gesammelten Erfahrungswerte – dies trifft wohl auch auf andere Berufsgruppen zu – meist in sehr hoher Qualität bieten.

Auch wenn von Verfahrenshelfern/innen abverlangt wird, in jedem erdenklichen Rechtsgebiet umfassendes Fachwissen aufweisen zu können, so stellt sich die Realität – insb aufgrund einer wesentlichen Verkomplizierung/Erweiterung der Gesetzeslage zB aufgrund des stetig wachsenden EU-Rechts – verständlicherweise oftmals anders dar. Während Einzel-RA (ohne/mit wenig Personalressourcen) hierbei vor große Herausforderungen gestellt werden, können größere RA-Sozietäten teilweise ganze Abteilungen ausschließlich zur Betreuung von Verfahrenshilfefällen einrichten oder jene mittels bezahlter Substitutionen auslagern.

Nachdem das Institut der Verfahrenshilfe ua die Gewährung eines fairen Prozesses und rechtlichen Gehörs, Ermöglichung der aktiven Teilnahme an Gerichtsverfahren sowie Hilfestellung zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen und Waffengleichheit gewährleisten soll, würde diesem Anspruch noch besser mittels Beiziehung einer fachkundigeren und praxiserfahrenen Vertretung/Verteidigung sowie auf Basis einer fairen Aufteilung unter Berücksichtigung vorhandener Kapazitäten bei den RA entsprochen werden.³⁸

6.4. Zur Frage eines alternativen Systems

Ein Vorschlag de lege ferenda wäre zB die Etablierung einer quasi-staatlichen Einrichtung zur Ermöglichung eines Zugangs zum Recht durch Gewährung unentgeltlicher

³⁸ Vgl die kritischen Ausführungen bei *Kolda*, Verfahrenshilfe: Mehr Roulette als Garantie, *diepresse.com* 4.3.2021, www.diepresse.com/5150756/verfahrenshilfe-mehr-roulette-als-garantie (4.3.2021).

Rechtsberatung/Rechtsvertretung für ökonomisch Bedürftige. Zu denken wäre dabei zB an eine staatlich organisierte Institution, in der RA – ähnlich zur Finanzprokurator – als angemessen bezahlte Verfahrenshelfer/innen fungieren. Selbstverständlich müsste eine absolute Weisungsungebundenheit und Autonomie (auch in Hinsicht auf die Altersversorgung usw) für eine solche Institution garantiert werden. RA dieser Art wären dann auch nicht dem enormen wirtschaftlichen Existenzdruck ausgesetzt, was wiederum ausreichend zeitliche Ressourcen für eine permanent hoch qualitative Vertretung/Verteidigung schaffen könnte. Auch hiebei könnte die Einrichtung fachspezifischer Untergruppen im Laufe der Zeit auf einen reichen Erfahrungsschatz zurückgreifen.

Zur Vermeidung einer etwaigen „Aufspaltung“ der RA wäre wiederum eine interne Regelung dahingehend denkbar, wonach die Übernahme von Verfahrenshilfefällen auf Freiwilligkeit basiert und nur diese Verfahrenshelfer/innen im Gegenzug (teilweise) von den Beiträgen zur Altersversorgung etc befreit werden bzw sonstige Vergütungen erhalten.

7. Schlussbemerkung

Mit den obigen Ausführungen wurde versucht, einen knappen Überblick über die gesetzliche Ausgestaltung der Verfahrenshilfe mit Blickwinkel auf das Grundrecht auf ein faires Verfahren in Österreich zu schaffen.

Fakt ist, dass das bestehende System der Verfahrenshilfe als eine unverzichtbare Komponente des Rechtsstaates anzusehen ist. Fakt ist allerdings auch, dass es nunmehr an der Zeit wäre, dieses System weiterzudenken, um durch eine faire Verteilung von Verfahrenshilfefällen und angemessene Entschädigung oder gar durch ein alternatives Verfahrenshilfesystem einen noch effektiveren Zugang zu Gericht bzw zum Recht zu schaffen und eine noch höhere Qualität an rechtlichen Vertretungs-/Verteidigungshandlungen für Verfahrensbeholdene zu sichern.

Die Gewährung von Verfahrenshilfe ist eine staatliche Verpflichtung basierend auf grundrechtlichen Vorgaben, welcher eine beträchtliche historische Entwicklung vorausgeht. Zur tatsächlichen Ermöglichung dieses Rechts hat der (Rechts-)Staat die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen.³⁹

Mag. Micha Kribernegg ist Rechtsanwaltsanwärter in der Kanzlei Dr. Günther Schmied in Graz; micha.kribernegg@gmx.net

39 Vgl ÖRAK, 45. Wahrnehmungsbericht 7.

Sexualisierte Gewalt an den EU-Außengrenzen

Ein EU-Deal und seine Verliererinnen

Anastasia Hammerschmied / Amelie Herzog

1. Frauen in griechischen Flüchtlingslagern: Multiple Probleme und viele Rechtsverletzungen

In den Flüchtlingslagern auf den griechischen Inseln leben Schutzsuchende seit Jahren unter menschenunwürdigen Bedingungen. Frauen werden dort aus mehreren Gründen benachteiligt und sind besonderen Gefahren ausgesetzt: Sie brauchen besondere medizinische Betreuung, haben zusätzliche Sorgearbeit zu leisten und sind häufiger von sexualisierter Gewalt durch andere Schutzsuchende oder vermeintliche Schutzakteur*innen betroffen.¹

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den verschiedenen europäischen und völkerrechtlichen Rechtsinstrumenten in Bezug auf sexualisierte Gewalt an Frauen² in den Lagern auf den griechischen Ägäis-Inseln.³

1.1. Eine Geographie der Problemzone

Die griechischen *Hotspots*⁴ befinden sich auf fünf Inseln nahe der türkischen Grenze.⁵ Seit der Unterzeichnung des EU-Türkei-Deals dienen sie dazu festzustellen, ob Personen in Griechenland einen Asylantrag stellen können oder in die Türkei zurückgebracht

1 *Amnesty International*, „I want to decide about my future“. Unrooted women in Greece speak out (2018) 4.

2 Die in diesem Beitrag behandelten rechtlichen Regelungen stellen auf eine binäre Geschlechterordnung ab. Um zu verdeutlichen, dass trotz eindeutiger Rechtslage Schutzvorgaben in den griechischen Flüchtlingslagern nicht eingehalten werden, behandelt dieser Text nur die besondere Lage von Cis-Frauen, trotz dem Wissen, dass Schutzsuchende mit nichtbinärer Geschlechtsidentität durch internationale Regelungen kaum geschützt werden. Dazu *Sußner*, *Flucht, Geschlecht, Sexualität. Eine menschenrechtsbasierte Perspektive auf Grundversorgung und Asylberechtigung* (2020).

3 Dabei ist es wichtig zu betonen, dass der Diskurs über die besondere Vulnerabilität von Frauen auch Gefahren der Reproduktion von stereotypen Vorstellungen von Geschlechterrollen birgt; vgl. *Krause/Schmidt*, „Being beaten like a drum.“ Gewalt, Humanitarismus und Resilienz von Frauen in Flüchtlingslagern, *GENDER* 2018/2, 47 (59).

4 Für die Reception and Identification Centers (RIC) ist die Bezeichnung *Hotspots* geläufig. Das *Hotspot*-System in seiner derzeitigen Ausgestaltung entstand aufgrund des EU-Türkei-Deals von 2016: Schutzsuchende sollen die griechischen Inseln nicht verlassen dürfen, bis geklärt ist, ob sie in die Türkei zurückgebracht werden können. Um dies möglichst schnell festzustellen, wurden beschleunigte Asylverfahren eingeführt. Vgl. *Fleischer*, *Zur menschenrechtlichen Situation im EU-Aufnahmезentrum („Hotspot“) auf der griechischen Insel Samos*, *juridikum* 2020, 111.

5 Chios, Kos, Leros, Lesvos, Samos, vgl. *Asylum in Europe*, Types of Accommodation, Greece, <https://asylumineurope.org/reports/country/greece/reception-conditions/housing/types-accommodation/> (3.3.2021).

werden.⁶ Der EU-Türkei-Deal führte jedoch keineswegs zu einer Verbesserung der Lage Geflüchteter, sondern zu einer Auslagerung des Grenzschutzes an die Türkei sowie zur Missachtung von Menschenrechten an den Grenzen, zu erschwertem Rechtszugang und zu menschenunwürdigen Bedingungen in den damit eingerichteten *Hotspots*.⁷ Derzeit befinden sich ungefähr 16.600 Schutzsuchende in Lagern auf den griechischen Inseln, wovon etwa ein Drittel Frauen und Mädchen sind. Ein Großteil davon lebt in den *Hotspots*.⁸

2.1. Menschenrechtliche Schutzpflichten

Grundsätzlich sind in Flüchtlingslagern nach derzeit geltendem internationalen Recht menschenwürdige Aufnahmebedingungen zu schaffen, wodurch auch der Schutz vor sexualisierter Gewalt umfasst ist.⁹ Erforderlich ist dabei jedenfalls die Einhaltung der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK), der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) und der beiden Menschenrechtspakte für bürgerliche und politische Rechte sowie für soziale, kulturelle und wirtschaftliche Rechte.¹⁰

Besonders relevant im Zusammenhang mit sexualisierter Gewalt in Flüchtlingslagern ist die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW). Alle EU-Mitgliedstaaten (MS) haben sie ratifiziert. Da es sich um ein Menschenrechtsdokument handelt, ergeben sich Schutzpflichten der Staaten aufgrund der CEDAW.¹¹ Die Vertragsstaaten sind demnach verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die jegliche Form von sexualisierter Gewalt gegen Frauen unterbinden.¹²

Außerdem haben mittlerweile fast alle MS der EU die Istanbul Konvention gegen Gewalt gegen Frauen ratifiziert. Auch hier trifft die Vertragsstaaten eine Schutz- und Sorgfaltspflicht.¹³ Speziell für Asylwerberinnen gilt, dass sie eines besonderen Schutzes bedürfen, der auch bei der Unterbringung zu berücksichtigen ist. Dies gilt unabhängig von der Staatsbürgerinnenschaft oder sonstigen Umständen.¹⁴

6 ECCHR, Hotspots in Griechenland: Beschwerde gegen das europäische Asyl-Büro EASO, www.ecchr.eu/fall/hotspots-in-griechenland-beschwerde-gegen-das-europaeische-asyl-buero-easo/ (3.3.2021).

7 Kleist, Wie die EU ihre Souveränität, ihre Werte und Flüchtlinge schützen kann, <https://verfassungsblog.de/wie-die-eu-ihre-souveraenitaet-ihre-werte-und-fluechtlinge-schuetzen-kann/> (29.3.2021).

8 UNHCR, Aegean Islands Weekly Snapshot, 2.3.2021, <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/85198> (3.3.2021).

9 Markard/Heuser, Möglichkeiten und Grenzen einer menschenrechtskonformen Ausgestaltung von sogenannten „Hotspots“ an den europäischen Außengrenzen (2016) 38.

10 Markard/Heuser, Möglichkeiten 23; Donnelly/Muthiab, Protecting Women and Girls in Refugee Camps. States' obligations under international law (2019) 8.

11 Donnelly/Muthiab, Protecting 28.

12 Donnelly/Muthiab, Protecting 30.

13 Art 5 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention), BGBl III 2014/164.

14 Art 60 Istanbul Konvention; Bericht des Europäischen Parlaments über die Lage weiblicher Flüchtlinge und Asylsuchender in der EU (2016) 20; Rabe, Effektiver Schutz vor geschlechtsspezifischer Gewalt – auch in Flüchtlingsunterkünften (2015) 7 ff.

Es liegt auf der Hand, dass die Lager abgesehen von den untragbaren Zuständen¹⁵ auch hinsichtlich des Schutzes von Frauen vor sexualisierter Gewalt¹⁶ menschenrechtswidrig sind.

2.2. Klare Rechtslage, rechtlose Verfahren

Auch das Unionsrecht sieht Schutzpflichten gegenüber Frauen in Flüchtlingslagern vor. Im Rahmen des „Gemeinsamen Europäischen Asylsystems“ (GEAS) regelt die Aufnahme-Richtlinie die Unterbringung während des Asylverfahrens und verpflichtet MS dazu, Maßnahmen zu ergreifen, die „geschlechtsbezogene Gewalt einschließlich sexueller Übergriffe“ verhindern.¹⁷

Frauen, die in der Vergangenheit Opfer sexualisierter Gewalt geworden sind, gelten nach europäischem Recht als besonders schutzbedürftig und haben das Recht auf besondere Betreuung.¹⁸ Sie gelten somit als vulnerable Personen wie auch unbegleitete Minderjährige oder Opfer von Menschenhandel.¹⁹

Im Zusammenhang mit dem EU-Türkei-Deal verabschiedete Griechenland 2016 ein Gesetz zur Umsetzung der EU-AsylverfahrensRL.²⁰ In diesem wurden „Schnellverfahren“ eingeführt: Personen, die über das Mittelmeer ankommen, müssen sich in den *Hotspots* registrieren und dürfen die Inseln nicht verlassen.²¹ Entscheidungen über ihren Asylstatus müssen einen Tag nach dem Interview durch die Behörden gefällt werden und die Rechtsmittelfrist gegen abgelehnte Asylanträge beträgt nur fünf Tage.²² Vulnerable Personen sind von diesen Schnellverfahren ausgenommen.²³ Sie müssen nicht in den *Hotspots* bleiben und können in Unterkünfte aufs Festland gebracht werden.²⁴

15 Vgl. *Amnesty International*, Amnesty Report Griechenland 2020, <https://www.amnesty.de/informieren/amnesty-report/griechenland-2020> (14.4.2021).

16 Vgl. *Ärzte ohne Grenzen*, Griechenland: Gefangenschaft auf der Insel, Gewalt und Chaos traumatisieren Asylsuchende auf Lesbos, <https://www.aerzte-ohne-grenzen.at/article/griechenland-gefangenschaft-auf-der-insel-gewalt-und-chaos-traumatisieren-asylsuchende-auf> (14.4.2021).

17 Art 18 (4) RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABI L 2013/180.

18 Art 25 RL 2013/33/EU.

19 Art 21 RL 2013/33/EU; *Sußner*, Flucht 88 ff.

20 Griechenland: L 4375/2016 on the organization and operation of the Asylum Service, the Appeals Authority, the Reception and Identification Service, the establishment of the General Secretariat for Reception, the transposition into Greek legislation of the provisions of Directive; übersetzt und verfügbar: <https://www.refworld.org/docid/573ad4cb4.html> (3.3.2021).

21 *Greek Council for Refugees*, Country Report Greece. Freedom of Movement, 30 November 2020, <https://asylumineurope.org/reports/country/greece/reception-conditions/housing/types-accommodation/> (3.3.2021); *Human rights watch*, www.hrw.org/news/2019/10/29/greece-asylum-overhaul-threatens-rights (3.3.2021).

22 Art 62 (2) lit c, d, L 4375/2016.

23 Art 60 (4) lit f L 4375/2016; *Masouridou/Kyprioti*, The EU Turkey Statement and the Greek Hotspots (2018), <http://extranet.greens-efa-service.eu/public/media/file/1/5625> (3.3.2021).

24 European Union Agency for Fundamental Rights, Update of the 2016 Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on fundamental rights in the ‘hotspots’ set up in Greece and Italy (2019) 25.

Die Registrierung in den *Hotspots* wird in zu wenigen Sprachen und ohne geschultes Personal für die Erkennung von Vulnerabilität durchgeführt. Die Ermittlung der Vulnerabilität erfolgt durch repetitive und möglicherweise retraumatisierende Fragestellungen bzw oft nur durch das Ausfüllen eines Formulars.²⁵ Verschiedene EU-Behörden – darunter das Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO) – sind zur Unterstützung der griechischen Behörden in den *Hotspots* tätig.²⁶ Mitarbeiter*innen der EASO sind an der Erstregistrierung und der Feststellung von Vulnerabilität beteiligt.²⁷ Dabei entscheiden in vielen Fällen die EASO-Mitarbeiter*innen über die Vulnerabilität von Personen, da die griechischen Behörden in der Regel den Empfehlungen der EASO folgen. Eine Tätigkeit, die weder im griechischen Recht noch im Unionsrecht vorgesehen ist.²⁸

3. Kein sicherer Ort und die Frage der Verantwortung²⁹

Frauen sind in den *Hotspots* unzureichend vor sexualisierter Gewalt geschützt und ihrer besonderen Vulnerabilität wird unzureichend oder gar nicht Rechnung getragen. Es bleibt insgesamt zu bezweifeln, ob in den griechischen *Hotspots* Sicherheit gewährleistet werden kann. Ein Ausbau der Infrastruktur kann zwar möglicherweise kurzfristig zu Verbesserungen führen, die allgemeine Situation der verkürzten Verfahren, des Freiheitsentzuges, der schlechten Versorgung und der drohenden Abschiebungen fördert jedoch grundsätzlich Gewalt gegenüber allen Personen und insbesondere Frauen.³⁰

Das System der *Hotspots* wird von der EU mitfinanziert, wird in relativ rechtsfreiem Raum von EU-Behörden mitgeführt, liegt innerhalb der gemeinsamen Aufgabe des „Grenzschutzes“ und resultiert aus dem EU-Türkei-Deal. Die Verantwortung für die Rechtsbrüche im *Hotspot*-System lässt sich also nicht auf Griechenland abschieben. Es liegt in der Verantwortung der EU, aus dem EU-Türkei-Deal auszusteigen, die *Hotspots* auf den ägäischen Inseln zu schließen und ein menschenrechtskonformes Asylsystem umzusetzen.

Anastasia Hammerschmid und Amelie Herzog sind Universitätsassistentinnen am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte an der Universität Wien; anastasia.hammerschmid@univie.ac.at, amelie.herzog@univie.ac.at

25 *Masouridou/Kyprioti*, The EU Turkey Statement, 22 f; *European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)*, Case Report EASO Greek Hotspots (April 2019) 2.

26 *Mentzelopoulou/Luyten*, Hotspots at EU external borders State of play (2018) 2.

27 *Masouridou/Kyprioti*, The EU Turkey Statement, 22 f.

28 *European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)*, Case Report EASO 3.

29 Vgl dazu auch den Schwerpunkt zu Lager im juridikum Heft 1/2020, 76 ff.

30 Vgl *Donnelly/Muthiah*, Protecting 2.