

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

*MRK-Entscheidungen* Wolf Okresek *Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

Oktober 2013

20

897 – 944

## Aktuelles

**Gebührenvalorisierungen und Normalkostentarif** ➔ 897

## Verwaltungsreform 2014

**Das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren nach dem VwGVG**

*Elisabeth Hochhold und Sonja Neudorfer* ➔ 901

## Beiträge

### **Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht**

*Ernst Karner* ➔ 906

**Die Volksanwaltschaft als „Nationaler Präventionsmechanismus“**

*Gabriele Kucsko-Stadlmayer* ➔ 913

## Evidenzblatt

**Fremdwährungskredit: Haftung für verborgenes Spekulationsrisiko**

*Christopher Cach* ➔ 922

**Pflicht des Krankenhausträgers zur Alternativtherapie?** ➔ 926

**Unterlassener Mängelbehebungsauftrag**

**als Grundrechtsverletzung** ➔ 934

## MRK-Entscheidung

**Medienberichterstattung über Vorgänge**

**im Priesterseminar St Pölten** ➔ 941

## Sprache und Recht

**Die Paradoxie der Verstärkung** *Max Leitner* ➔ 944

# Die Volksanwaltschaft als „Nationaler Präventionsmechanismus“<sup>\*)</sup>

Die Durchführung des UN-Fakultativprotokolls zur Antifolterkonvention (OPCAT) brachte der Volksanwaltschaft die wichtigste Kompetenzerweiterung in ihrem 35-jährigen Bestehen. Seit 1. 7. 2012 werden mit Hilfe von Besuchskommissionen Kontrollen an allen Orten staatlich legitimer Freiheitsentziehung durchgeführt. Als Beratungsorgan wurde ein Menschenrechtsbeirat eingerichtet. Anhand praktischer Beispiele analysiert die Autorin die Bedeutung dieser Novelle für die Rolle der Volksanwaltschaft im österreichischen Rechtssystem.

Von Gabriele Kucsko-Stadlmayer

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Das OPCAT-Durchführungsgesetz
- C. Praktische Beispiele
  - 1. Beschäftigungsmöglichkeiten in der Schubhaft
  - 2. „Traiskirchen“
  - 3. Zugang der Kommissionen zu medizinischen Daten in Heimen
- D. Ergebnis

## A. Einleitung

Das vorliegende Thema zeigt exemplarisch, wie sehr die Internationalisierung der Rechtsordnung die traditionellen juristischen Fächergrenzen sprengt.<sup>1)</sup> Besonders deutlich wird dies am Gebiet der Menschenrechte, deren möglichst effektiven Schutz heute jedes Rechtsgebiet, insbesondere auch das Völkerrecht, mit bezweckt.<sup>2)</sup> Trotz ihrer Wurzel in der naturrechtlichen Idee, dass solche Rechte allen Menschen wegen ihres Menschseins und unabhängig von Geschlecht, nationaler und ethnischer Herkunft, Weltanschauung usw. zustehen, ist man sich einig, dass ihre Bindungswirkung positivrechtlicher Verankerung und wirksamer Durchsetzbarkeit bedarf.<sup>3)</sup> UNO, Europarat und EU verstehen sich heute als Wertegemeinschaften auf Basis der Menschenrechte, deren Rechtsakte weit über Proklamationen hinausgehen und die Effektivität dieser Rechte verbessern wollen. Neu ausdifferenzierte Kontrollmechanismen sollen dabei auch Defizite staatlicher Sanktionssysteme ausgleichen.<sup>4)</sup> Für die Rechtsdogmatik ist es eine reizvolle Aufgabe, die hier zusammentreffenden Regelungsansätze ernst zu nehmen, kohärent darzustellen und in ihrer Wirkung auf das Gesamtsystem der Rechtsordnung zu untersuchen.

Mein Thema betrifft eine bahnbrechende Verfassungsänderung, die sich 2012 knapp vor und wohl auch etwas im Schatten der großen Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit ereignete. Sie hat der VA die wichtigste Kompetenzerweiterung in ihrem 35-jährigen Bestehen gebracht.<sup>5)</sup>

Zum besseren Verständnis ist das institutionelle Konzept der VA kurz zu schildern. Auch dieses steht in einem internationalen Kontext. „Ombudsman-Ein-

richtungen“ sind unabhängige staatliche Beschwerdestellen, die von angesehenen Persönlichkeiten geleitet werden, leicht zugänglich („niederschwellig“) sind, dem Bürger das Gefühl der Ohnmacht gegenüber der Verwaltung nehmen, auf Behebung von Missständen der Verwaltung hinwirken, auf Beschwerde hin oder von Amts wegen einschreiten können, dafür aber nur „sanfte“ rechtliche Befugnisse haben sollen (insb Untersuchungen, Empfehlungen, Berichte).<sup>6)</sup> Das staatsrechtliche Modell des parlamentarischen Ombudsmann wurde 1809 von Schweden begründet, von Dänemark 1955 prototypisch weiterentwickelt und hat sich dann seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts – als Reaktion auf den überbordenden Verwaltungsstaat – insbesondere in Europa rasant verbreitet.<sup>7)</sup>

Die österreichische VA wurde 1977 gegründet<sup>8)</sup> und am dänischen Modell ausgerichtet.<sup>9)</sup> Mit der Staats-

\*) Antrittsvorlesung an der Universität Wien, gehalten am 27. 5. 2013.

1) Dazu näher *Grimm*, Das öffentliche Recht vor der Frage seiner Identität, (2012) 43.

2) Deshalb wird heute auch der Einzelne als Völkerrechtssubjekt angesehen: *Hailbronner/Kau*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte, in *Vitzthum* (Hrsg), Völkerrecht<sup>5</sup> (2010) 158 ff; *Peters*, Völkerrecht<sup>2</sup> (2008) 260 ff; *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band 1<sup>4</sup> (2004) 133 f.

3) In der US-amerikanischen Rechtslehre spricht man von „a shift to positive law“: *Clapham*, Human Rights. A Very Short Introduction (2007) 23.

4) Näher *Hailbronner*, Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekt, in *Vitzthum* (Hrsg), Völkerrecht<sup>5</sup> (2010) 225 ff; *Hummer*, Der internationale Menschenrechtsschutz; Entwicklung und Grundlagen, in *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Band 1<sup>4</sup> (2004) 258 ff; *Hafner ua* (Hrsg), Völkerrecht und die Dynamik der Menschenrechte, Liber Amicorum Wolfram Karl (2012).

5) BGBl I 2012/1, in Kraft getreten am 1. 7. 2012. Dem waren mehrere Jahre politischer Diskussion vorausgegangen, die Novelle wurde dann im Nationalrat aber fast einstimmig beschlossen.

6) Näher *Kucsko-Stadlmayer*, Europäische Ombudsman-Institutionen (2008) 2 f (19 ff).

7) Zur historischen Entwicklung vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Europäische Ombudsman-Institutionen 1 ff. Im europäischen Teil der OSZE bestehen nur am Heiligen Stuhl, in Liechtenstein, Monaco, San Marino, Turkmenistan und Weißrussland keine parlamentarischen Ombudsleute auf nationaler oder regionaler Ebene (soweit dort Institutionen mit dem Namen „Ombudsman“ oä bestehen, sind diese nicht vom Parlament bestellt und daher nicht unabhängig. Näher *Kucsko-Stadlmayer*, Europäische Ombudsman-Institutionen, 10 f [227 ff, 253 ff]).

8) BGBl 1977/121.

9) Nach diesem Modell sollte die Prüfbefugnis des Ombudsmanns auf die Verwaltung beschränkt sein (dh nicht auch die unabhängige Gerichtsbarkeit erfassen) und keinerlei Zwangsbefugnisse haben.

ÖJZ 2013/107

Art 148 a – j  
B-VG;  
§§ 11 – 20  
VolksanwG

OPCAT;  
Menschenrechtsschutz;  
Volksanwaltschaft

rechtslehre ging man damals davon aus, dass es zur Verhinderung von Machtmissbrauch der Exekutive zwei unterschiedliche funktionale Leitbilder gibt: nämlich Rechtsschutz – als Anspruch des Individuums auf prozessförmliche Durchsetzung seiner subjektiven Rechte<sup>10)</sup> – und Kontrolle – als Ermächtigung von Staatsorganen zur Überwachung der Exekutive nach rechtlichen, politischen und wirtschaftlichen Maßstäben.<sup>11)</sup>

Die VA wurde klar dem zweiten Konzept zugeordnet. Rechtsschutz im genannten Sinn ist ihre Sache nämlich nicht: Zwar kann der Einzelne sich bei ihr beschweren, und der behauptete „Missstand“ kann auch in einer Verletzung subjektiver Rechte einschließlich der Grund- und Menschenrechte bestehen. Vor einer solchen Beschwerde ist aber der ganze Rechtsmittelzug bis hin zu VfGH und VwGH auszuschöpfen, und selbst wenn die VA dann noch einen Rechtsverstoß erkennt, kann sie ihre Auffassung von rechtmäßigem Verhalten nicht durchsetzen. Zu Recht sieht der EGMR die Beschwerde bei einem solchen Organ daher nicht als „wirksames Rechtsmittel“ iSd Art 13 EMRK.<sup>12)</sup>

Der österreichische Verfassungsgesetzgeber 1977 hat die VA überhaupt nicht als Teil des Rechtsschutzsystems betrachtet.<sup>13)</sup> Die RV betonte explizit, man wolle im sogenannten „Musterland des Rechtsschutzes“<sup>14)</sup> keine Konkurrenz zum bewährten gerichtlichen Rechtsschutzsystem riskieren. Aus lauter Vorsicht wurde die VA trotz ihrer „sanften“ Befugnisse nur sechsjährig befristet eingerichtet.<sup>15)</sup> Um ihre Gründung zu rechtfertigen, betonte man, sie könne ja immerhin helfen, wenn jemand „in einem unfreundlichen Verhalten eines Verwaltungsorgans ein Unrecht erblickt“, und die „guten Dienste“ der VA würden wohl auch „darin bestehen, dem einzelnen deutlich zu machen, dass ihm kein Unrecht geschehen ist.“<sup>16)</sup> Die Staatsrechts-

lehre sah die Kernfunktion der VA wegen ihrer organisatorischen und funktionellen Anbindung an den NR in der Unterstützung der parlamentarischen Kontrolle der Vollziehung.<sup>17)</sup>

Die Verfassungsnov 2012 hat der VA nun explizit den „Schutz der Menschenrechte“ aufgetragen. Dies drängt zur Frage, ob damit ihre Funktion für den Rechtsschutz so gestärkt wurde, dass ihre traditionelle Zuordnung zu überdenken ist. Ich werde kurz den Inhalt der Neuerungen skizzieren, drei praktische Beispiele schildern und auf ihre Bedeutung für das österreichische Rechtsschutzkonzept eingehen.

## B. Das OPCAT-Durchführungsgesetz

Das maßgebliche Gesetzeswerk trägt den Titel „OPCAT-Durchführungsgesetz“.<sup>18)</sup> „OPCAT“ steht für „Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment“ der UNO.<sup>19)</sup> Ziel ist die Verhinderung von Folter, die zu den schwersten, erschreckenderweise immer noch weit verbreiteten Menschenrechtsverletzungen gehört.<sup>20)</sup>

Die Konvention gilt nicht nur für Folter im engen Sinn, also das gezielte Zufügen physischen oder psychischen Leids, um etwa ein Geständnis zu erzwingen. Sie gilt auch für jede „unmenschliche und erniedrigende Behandlung“, wie sie bei überschießenden polizeilichen Zwangsakten, aber auch bei fragwürdigen psychiatrischen Behandlungen, dem Missbrauch von Kindern und Jugendlichen oder der Gewalt an behinderten Menschen leider vorkommt.<sup>21)</sup>

10) Grundlegend zur Relevanz des Rechtsschutzes für das subjektive Recht – als Ausfluss des status positivus – G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte<sup>2</sup> (1919) 349 ff.  
 11) Zu den beiden theoretischen Antipoden „Kontrolle“ und „(Individual-) Rechtsschutz“ vgl. Haas, Der Ombudsmann als Institution des Europäischen Verwaltungsrechts (2012) 366; zum Konzept der Kontrolle vgl. Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen (1984) 38 ff.  
 12) EGMR 25. 3. 1983, 5947/72, *Silver ua*; 10. 5. 2001, 28945/95, *T. P. und K. M./UK*; 26. 11. 2002, 33218/96, *E. ua/UK*.  
 13) Ausführlich dazu etwa *Kucsko-Stadlmayer*, Art 148 a in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG; *Klecatsky/Pickl*, Die Volksanwaltschaft (1989) 12; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 1255 (so auch schon unmittelbar nach Schaffung der VA: *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>2</sup> [1978] 309 f.; *Berka*, Verfassungsrecht<sup>1</sup>, nennt die VA in seinem Kapitel über „Das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem“ nicht. *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* sowie *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer* behandeln die VA gemeinsam mit den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts und den UVS im Kapitel „Rechtsschutz und Kontrolle“, ohne diese beiden Bereiche auseinanderzuhalten.  
 14) RV 94 BlgNR 14. GP 4.  
 15) Sie wurde zunächst durch BGBl 1977/121 „zur Probe“ für die Zeit von 1. 7. 1977 bis 30. 6. 1983 sondergesetzlich eingerichtet, dann aber schon mit der B-VG-Novelle BGBl 1981/350 in ein neues Siebentes Hauptstück des B-VG (nicht in das Sechste über „Garantien der Verfassung und Verwaltung“) aufgenommen.  
 16) RV 94 BlgNR 14. GP 4. *Viktor Pickl*, erster Direktor der VA, meinte, durch die VA werde es zu einer Klimaveränderung zwischen Verwaltung und Bürger kommen: *Pickl*, Die Volksanwaltschaft – ein Fall für das „sanfte Recht“, Das öffentliche Haushaltswesen in Österreich (1987) H 3 – 4. Nur *Klecatsky* und *Ermacor* maßen der VA Ansätze einer Rechtsschutzfunktion zu: *Klecatsky*, Menschenrechte, innerstaatlicher Rechtsschutz und Volksanwaltschaft, JBl 1985, 577; *Ermacor* in *Ermacor ua* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 546.

17) *Ermacor*, Die politische Kontrolle der Verwaltung, in *Ermacor ua* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 545 ff; *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Art 148 a B-VG (2009) Rz 6 mwN; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>9</sup> (2012) Rz 665.  
 18) Bundesgesetz zur Durchführung des Fakultativprotokolls vom 18. 12. 2002 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe – OPCAT-Durchführungsgesetz, BGBl I 2012/1 (NR: 24. GP RV 1515 AB 1541).  
 19) Beschlossen am 18. 12. 2002 in der 57. Sitzung der Generalversammlung der UNO, Resolution A/RES/57/199, deutsch: „Zusatzprotokoll zur Antifolterkonvention“, BGBl III 2012/190. Die Ratifikationsurkunde für Österreich wurde am 4. 12. 2012 hinterlegt, das Protokoll trat daher gem Art 28 Abs 2 am 3. 1. 2013 in Kraft.  
 20) Vgl Amnesty International Report 2012, Zur weltweiten Lage der Menschenrechte, 7 ff; *Nowak*, Folter: Die Alltäglichkeit des Unfassbaren (2012) 7 ff. Zur Definition von Folter vgl Art 1 der UN-Antifolterkonvention (United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNCAT, 1465 UNTS 85): „Jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck erfasst nicht Schmerzen und Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“ Der Folter sind grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe gleichzuhalten (Art 16).  
 21) Zu denken ist an Strafen und Sicherungsmaßnahmen wie Netzbetten, Gurtfixierungen, Isolierungen in Einzelräumen. Vgl etwa den jüngsten Bericht des UNO-Sonderberichterstatters über Folter *Juan E. Méndez* v 4. 3. 2013, A/HRC/22/53/Add.5.

Das OPCAT führt die UN-Antifolterkonvention aus 1984<sup>22)</sup> (UNCAT) fort, um die Wirksamkeit der Folterbekämpfung zu verbessern. Dazu erweitert es die bekannten reaktiven Maßnahmen (insbesondere Strafen und Beweisverbote) um einen neuen, präventiven Ansatz:<sup>23)</sup> Es verpflichtet zu regelmäßigem „Monitoring“, das durch unangekündigte Besuche unabhängiger Gremien an Haftorten und unbeobachtete Gespräche mit den Insassen Folter schon im Vorfeld verhindern soll. Dazu kennen wir zwar schon eine Reihe internationaler Kontrollgremien.<sup>24)</sup> Insbesondere sieht die Europäische Konvention zur Verhütung von Folter<sup>25)</sup> ein internationales Komitee „CPT“ vor,<sup>26)</sup> das Kontrollen an Haftorten durchführt und darüber Berichte und Empfehlungen verfasst. Relativ dazu soll das Besuchssystem des OPCAT aber effektiver werden, indem es zwar einer Art Generalüberwachung eines UN-Unterausschusses „SPT“<sup>27)</sup> untersteht, primär aber von staatlichen Gremien ausgeht.

Diese bezeichnet das OPCAT als „Nationale Präventionsmechanismen“ – kurz: „NPM“. Deren Mandat soll sich zur höchstmöglichen Effektivität der Folterverhütung auf alle Orte staatlicher und bloß „staatlich legitimierter“ Freiheitsbeschränkung erstrecken. Dies schließt nicht nur Einrichtungen der Polizei- und Strafhaf, sondern etwa auch psychiatrische und geriatrische Abteilungen in Krankenanstalten, private Pflegeheime, Wohngemeinschaften für Demenzzranke oder Jugendwohlfahrtseinrichtungen mit ein (Art 4 OPCAT).<sup>28)</sup> In Österreich sind über 4.000 Einrichtungen betroffen.<sup>29)</sup>

Was brachte das OPCAT-Durchführungsgesetz der VA nun Neues?

### Eine Neudefinition der Aufgaben mit

- expliziter Ermächtigung zur Prüfung von Menschenrechtsverletzungen (Art 148 a Abs 1 u 2 B-VG),

- konkreten Kontrollpflichten zur Folterprävention (Art 148 a Abs 3 B-VG),
- der Ermächtigung zur Begutachtung von Gesetzesentwürfen und zur Anregung von Gesetzesänderungen (§ 7 VAG),
- der Ermächtigung zur Erstattung von Spezialberichten (Art 148 d Abs 1 B-VG)
- der Pflicht, mit Wissenschaft, Lehre und Bildungseinrichtungen zu kooperieren und die Öffentlichkeit zu informieren, (§ 7 Abs 3 VAG) und
- der Pflicht, mit dem SPT (Unterausschuss zur Verhütung der Folter) zusammenzuarbeiten, dh auch internationale Haftstandards in die Prüfung zu integrieren, (§ 17 VAG) und

### eine Neuorganisation durch Anreicherung mit Expertengremien, die jederzeit Zutritt zu den überprüften Stellen haben und ein effektives Kontrollsystem sicherstellen.

Das Wort „Nationaler Präventionsmechanismus“ findet sich im Verfassungstext nicht. Die für die neuen Aufgaben zuständige verfassungsmäßige Einrichtung ist die VA. Die Neuregelungen schufen aber die Voraussetzungen dafür, dass diese völkerrechtlich als „NPM“ notifiziert und das OPCAT ratifiziert werden konnte.<sup>30)</sup>

Die Besonderheit dieser Lösung auf internationaler Ebene war nicht, die Aufgaben des NPM überhaupt der VA zu übertragen. Dies folgt vielmehr einem europäischen Trend: Fast alle Staaten, in denen parlamentarische Ombudsleute auf nationaler Ebene bestehen, haben das sog „Ombudsman-Modell“ gewählt.<sup>31)</sup>

Wichtigster Grund dafür ist neben der Beliebtheit der Ombudsleute ihre besondere institutionelle Eignung für die OPCAT-Prüfungen: Sie sind 1. unabhängig von den geprüften Stellen, haben 2. ein umfassendes Mandat zur Verwaltungskontrolle, das schon viele Haftorte mit umfasst, 3. eine funktionierende Infrastruktur und sind oft, wie auch in Österreich, 4. nicht nur zur Reaktion auf Beschwerden, sondern bei vermuteten Missständen auch zu einem Einschreiten ex officio ermächtigt, was der Idee der präventiven Kontrolle sehr entgegenkommt.<sup>32)</sup> Nur wenige Staaten Europas haben

22) United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment v. 10. 12. 1984, in Kraft seit 26. 6. 1987, von Österreich ratifiziert am 29. 7. 1987, BGBl 1987/492.

23) Dieser geht auf eine Idee des Schweizer Privatbankiers *Jean-Jaques Gautier* zurück: näher *Murray/Steinerte/Evans/Hallo de Wolf*, *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture* (2011) 7.

24) Antifolterkomitee (Committee against Torture, CAT); Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CPT).

25) European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe), BGBl 1989/74; unterzeichnet von Österreich am 26. 11. 1987, ratifiziert am 6. 1. 1989, in Österreich in Kraft seit 1. 5. 1989.

26) European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Europäisches Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe): CPT.

27) Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Unterausschuss zur Verhütung von Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung): SPT.

28) Näher zu Art 4 OPCAT: *Murray/Steinerte/Evans/Hallo de Wolf*, *The Optional Protocol to the UN Convention against Torture* (2011) 68 ff; *Buchinger*, *The Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture* (2009) 57 ff; *Nowak/McArthur*, *The United Nations Convention Against Torture – A Commentary* (2008) Art 4 OP 931 ff; zum OPCAT-DfG: RV 1515 BlgNR 24. GP 7 f; *Barth*, *Die Volksanwaltschaft als Kontrollinstanz an „Orten der Freiheitsentziehung“*, iFamZ 2012, 117.

29) Bericht der VA an den Nationalrat und an den Bundesrat 2012, 13; RV zum OPCAT-DfG, 1515 BlgNR 24. GP 4.

30) Erst nach Inkraftsetzung des Durchführungsgesetzes konnte das OPCAT, das schon 2003 von Österreich unterzeichnet worden war, ratifiziert werden. Die Ratifikation erfolgte somit erst nach zehnjähriger Verzögerung, am 4. 12. 2012. Zur gleichen Zeit, im Dezember 2012, wurde auch ein neues Amtsdelikt „Folter“ in das StGB eingefügt (§ 312 a StGB idF BGBl I 2012/120).

31) 23 Staaten haben also ihren Ombudsmann mit den Aufgaben des NPM betraut: 2003 Albanien; 2005 Georgien; 2006 Tschechische Republik, Serbien, Armenien, Moldawien, Ukraine; 2007 Schweden, Dänemark, Slowenien; 2008 Estland; 2009 Polen, Zypern, Mazedonien, Aserbaidshjan, Montenegro; 2010 Spanien; 2011 Kroatien; 2012 Luxemburg, Österreich und Ungarn; 2013 Bulgarien, Portugal; Planungsstadium: Finnland, Belgien, Griechenland. 15 dieser 22 Staaten sind Mitglieder der EU; das Ombudsmann-Modell ist also auch in der EU stark vertreten.

32) Außerdem hatten einige Staaten ihre Ombudsleute schon früher adaptiert, um sie gemäß den „Pariser Prinzipien“ der UNO als sog „Nationale Menschenrechtsinstitutionen“ (National Human Rights Institutions, vgl dazu die UN-Resolution 48/134) zur Unterstützung des staatlichen Systems des Menschenrechtsschutzes anerkennen zu lassen; *Kucsko-Stadlmayer* in FS Machacek-Matscher (2008) 274 ff mwN. Diese „NHRI“ sollen Aufgaben der Förderung und des Schutzes („promotion and protection“) der Menschenrechte wahrnehmen. Mit Förderung meint man die langfristige Stärkung der Effektivität der Menschenrechte; unter ihrem Schutz versteht man hingegen die Abwendung gegenwärtiger Bedrohungen sowie die Untersuchung und Sanktionierung bereits erfolgter Menschen-



als NPM eigene Institute gegründet oder die Aufgaben anderen Kontrollbehörden übertragen („Instituts- oder Kommissions-Modell“).<sup>33)</sup>

Das Besondere an der österreichischen Konstruktion ist, dass der Gesetzgeber ein schon 13 Jahre altes, bewährtes Konzept der Folterprävention zum Vorbild nehmen konnte: den Menschenrechtsbeirat im BMI und seine sachverständigen Kommissionen.<sup>34)</sup> Diese internationale singuläre Einrichtung war 1999 auf Empfehlung des CPT, ausgelöst durch den tragischen Tod des Nigerianers *Marcus Omufuma* bei einer Flugabschiebung, gegründet worden<sup>35)</sup> und hatte in der Folge wertvolle Erfahrung bei der Kontrolle von Schubhaft und Sicherheitsexekutive gesammelt. An dieses erfolgreiche Konzept wurde angeknüpft:

Zentral für OPCAT waren wieder Kommissionen, die nun für die VA regelmäßig und unangekündigt (vgl. Art 148 a Abs 3 B-VG)

- Kontrollbesuche an allen Orten staatlicher oder staatlich legitimer Freiheitsentziehung iSd OPCAT durchführen,
- über OPCAT hinaus, wie im „alten“ Menschenrechtsbeirat, auch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt begleitend prüfen (zB bei Demonstrationen, Polizeirazzien, Großveranstaltungen) und
- über OPCAT hinaus in Umsetzung der UNO-Behindertenrechtskonvention auch Einrichtungen und Programme, die für Menschen mit Behinderung bestimmt sind (zB Wohngemeinschaften für behinderte Menschen),<sup>36)</sup> kontrollieren sollen.

Damit stehen selbst dort, wo die VA schon früher formal zuständig war, nun Expertengremien zur Verfügung, die rasch Schwachstellen sehen, passende Prüfstandards definieren und Missstände erkennen können. Eingerichtet wurden dazu sechs Kommissionen mit je acht Mitgliedern, also insgesamt 48 Personen mit Erfahrung auf den Gebieten des Rechts, der Häftlingsbetreuung in Polizei und Strafvollzug, der Allgemeinmedizin, Psychiatrie, Psychologie, Kranken- und Heimpflege, Sozialarbeit und des Behindertenwesens.

rechtsverletzungen. Vgl. dazu *Aichele*, Nationale Menschenrechtsinstitutionen (2003) 89 f; zu NHRI als NPM vgl. auch *Steinerte/Murray*, Same but Different? National human rights commissions and ombudsman institutions as national preventive mechanisms under the Optional Protocol to the UN Convention against Torture, *Essex Human Rights Review* 6 (1, Special Issue) (2009) 54 ff; *Süntinger*, Nationale Präventionsmechanismen – Kategorien und Bewertung, in *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Prävention von Folter und Misshandlung in Deutschland (2007) 43 f.

33) Dies sind nur sieben Staaten. Deutschland: Nationale Stelle zur Verhütung von Folter; Frankreich: Contrôleur Général des lieux de privation de liberté; Liechtenstein: Vollzugskommission; Malta: Board of Visitors for Detained Persons und Board of Visitors of the Prisons; Niederlande: Inspectorate for the Implementation of Sanctions; Schweiz: Commission nationale de prévention de la torture; UK: 18 Organisationen, koordiniert durch HM Inspectorate of Prisons. Zu diesen vgl. *Aichele*, Nationale Menschenrechtsinstitutionen (2003).

34) Vgl. §§ 15 a – 15 c SPG BGBl 1991/566 idF BGBl I 1999/146. Näher *Pöschl*, Der Menschenrechtsbeirat, JRP 2001, 47; *Funk*, Der Menschenrechtsbeirat, ZfV 2001, 570; *Holzinger*, Der Menschenrechtsbeirat als Instrument des präventiven Menschenrechtsschutzes, in *Eisenberger ua* (Hrsg.), Norm und Normvorstellung, in FS Funk (2003) 255; sowie *Felzmann*, Quo vadis Menschenrechtsbeirat? FS Machacek und Matscher (2008) 107.

35) Vgl. § 15 a bis § 15 c SPG BGBl 1991/566 idF BGBl I 1999/146.

36) Dies erfolgt in Erfüllung von Art 16 Abs 3 des UN-Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl III 2008/155, der deren Kontrolle durch unabhängige Einrichtungen zur Gewaltprävention vorsieht.

Ergänzend dazu wurde ein neuer Menschenrechtsbeirat geschaffen, der nun die VA in menschenrechtlichen Fragen beraten sowie Prüfungsschwerpunkte und -standards definieren soll. Dieser Beirat hat neben einem Vorsitzendem und einem Stv mit wissenschaftlicher Expertise je 16 Mitglieder und Ersatzmitglieder, die paritätisch von den ressortzuständigen Bundesministern<sup>37)</sup> und Bundesländern<sup>38)</sup> sowie von Organisationen der Zivilgesellschaft vorzuschlagen und von der VA zu bestellen sind. Auch diese vorschlagsberechtigten NGOs sind von der VA zu bestimmen. Diese hat aber sowohl bei der Auswahl der Personen als auch jener der Einrichtungen den zivilgesellschaftlichen Einrichtungen völlige Autonomie eingeräumt und damit in bemerkenswerter Weise auf deren Unabhängigkeit Bedacht genommen. Die Auswahl erfolgte de facto in einem moderierten Dialog durch die NGOs selbst. Neben 16 hohen Verwaltungsbeamten sind im Beirat daher 16 einschlägig tätige zivilgesellschaftliche Organisationen vertreten.<sup>39)</sup>

Diese starke Verankerung eines staatlichen Kontrollgremiums in der Zivilgesellschaft ist unkonventionell, sowohl in der österreichischen Staatsorganisation als auch im internationalen Rahmen. Hier nützt die VA geschickt die Rolle, die zivilgesellschaftliches Engagement für die Wahrung der Menschenrechte spielt und an Vertrauen in der Öffentlichkeit genießt. Überdies ist es eine intelligente Art, Zweifeln an der Unabhängigkeit der VA, wie sie aus dem stark parteipolitisch orientierten Bestellungsmodus resultieren mögen, zu begegnen.

Vor dem Hintergrund dieser Struktur werde ich an praktischen Beispielen aufzeigen, wie sich die Arbeitsweise der VA seit 2012 verändert hat. Meine ersten beiden Beispiele stammen aus dem Innenressort – nicht deshalb, weil es dort die meisten Missstände gäbe, sondern weil dort aus dem alten Menschenrechtsbeirat die größte praktische Erfahrung besteht. Die Fakten, die ich nennen werde, wurden im Parlamentsbericht 2012 der VA (III-384 BgNR 24. GP) online publiziert.

## C. Praktische Beispiele

### 1. Beschäftigungsmöglichkeiten in der Schubhaft

Ich beginne mit einem Beispiel aus dem alten Menschenrechtsbeirat. Dieser kritisierte etwa, dass in der Schubhaft,<sup>40)</sup> wo Fremde auf ihre Abschiebung warten,

37) 1 BKA, 1 BMI, 1 BMJ, 1 BMG, 1 BMLVS, 1 BMASK, 1 BMeiA.

38) Gem Art 148 i Abs 3 B-VG können die Länder die Volksanwaltschaft auch zur Besorgung der in Art 148 a Abs 3 B-VG genannten Prüfungsaufgaben in ihrem Landesverwaltungsbereich ermächtigen. Wenn zumindest ein Land dies getan hat, so haben die beteiligten Länder gemeinsam ein weiteres Mitglied des MRB zu bestellen und eine weitere NGO ebenfalls (§ 15 Abs 4 VAG). Tatsächlich haben alle Länder außer Vorarlberg von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht.

39) Amnesty International Österreich, Caritas Österreich, Diakonie Österreich, Volkshilfe, Pro Mente Austria, ZARA (Zivilcourage und Antirassismusbearbeit), SOS – Mitmensch, Neustart, HPE (Hilfe für Angehörige psychisch Erkrankter), Asyl in Not, VertretungsNetz, Verein für Gewaltprävention, Gewaltschutzzentrum Salzburg, Opferhilfe und Opferschutz, Selbstbestimmt Leben Initiative Österreich, Behindertenberatungszentrum – BIZEPS, Integrationshaus.

40) Diese findet in Wien noch in den alten Polizeianhaltezentren Hernalis und Rossauer Lände statt. Ein modernes Schubhaftszentrum in Vordernberg (Stmk) befindet sich derzeit in Bau und soll im Herbst 2013 eröffnet werden.

zu wenige Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Dies galt sowohl im „geschlossenen Vollzug“, in dem die Häftlinge in ihren Zellen eingeschlossen sind, als auch im „offenen Vollzug“, wo die Zellentüren offen und die Angehaltenen in bestimmten Teilen der Haftanstalt frei sind. Sehr oft fehlte es an fremdsprachigen Zeitungen und Büchern, Spielen, einfachen Sportgeräten und Bällen für den Aufenthalt im Freien, sodass für die Betroffenen fast nichts zu tun war. Die Gründe dafür waren vielschichtig: veraltete Hafträume in den Polizeianhaltezentren, fehlendes Budget für den erhöhten Überwachungsbedarf, eine gewisse Resignation des Wachpersonals – im Ergebnis für alle Beteiligten unbefriedigend.

Der alte Menschenrechtsbeirat hatte mit seinen Empfehlungen nur mäßigen Erfolg. Eine Verletzung von Menschenrechten war kaum auszumachen. Die Anhalteordnung<sup>41)</sup> sieht nur vage vor, dass Häftlinge sich „angemessen“ beschäftigen dürfen, dass Beschäftigung unterschiedlicher Art „grundsätzlich“ als „positives Element der Anhaltung anzusehen und von der Behörde durch entsprechende Anregungen und Angebote zu fördern“ ist (§ 15 Abs 1 u 1 a AnhO). Nach den Standards des CPT ist ein zufriedenstellendes Angebot an Aktivitäten von herausragender Bedeutung für das Wohlergehen von Gefangenen;<sup>42)</sup> diese sind rechtlich aber überhaupt unverbindlich.

Für die VA spielt dies jetzt keine Rolle mehr. Ihr steht ein ausdifferenziertes Instrumentarium zur Verfügung, um auf Basis der Kommissionsberichte alle Facetten des Problems zu erkennen und abzustellen. Sie kann jede Art von informellem Gespräch führen, aber auch Beweise nach AVG einholen (§ 5 VAG), umfassende Unterstützungspflichten der Behörden geltend machen (Art 148 b B-VG) und Korrekturen von Mängeln verlangen, noch bevor sie einen Missstand feststellt (Art 148 c B-VG). Vor allem kann sie – wegen des weiten Missstandsbegriffs – nicht nur Rechtsverletzungen, sondern auch Verstöße gegen CPT-Standards oder einfach unzweckmäßige Ermessensübung geltend machen.

Diese Befugnisse und ihre fein schattierte Anwendung befähigen die VA, schwierigen Strukturproblemen auf den Grund zu gehen, damit im Ergebnis aber auch hohe Präventivwirkung zu erzeugen. Sie sind nicht neu, aber durch den Themenzugang, den die Kommissionen ihr eröffnen, gewinnen sie neuen Wert. Das Problem der Beschäftigung in der Schubhaft wird hoffentlich bald gelöst sein, wenn planmäßig im Herbst das moderne Schubhaftzentrum in Vordernberg eröffnet wird. Schon jetzt können wir aber vermuten, dass die Kontrolle der VA für die Zustände in Heimen, Psychiatrien und Jugendwohlfahrtseinrichtungen von großem Gewinn sein wird.

## 2. „Traiskirchen“

Mein zweites Beispiel betrifft Traiskirchen, eine Stadtgemeinde in Niederösterreich, mit dem Areal einer ehemaligen k.u.k. Kadettenschule und späterem Flüchtlingslager. Heute besteht dieses Areal aus drei Bereichen, die rechtlich verschieden zuzuordnen sind:

→ einer Polizeiinspektion (dh einer Dienststelle der Polizei),

→ der Erstaufnahmestelle Ost (dh einer Außenstelle des Bundesasylamts) und

→ der Bundesbetreuungsstelle Ost (dh einer außerhalb der Erstaufnahmestelle gelegenen Unterbringung, in der Asylwerbern Grundversorgung gewährt wird).

Fraglos ist die Tätigkeit der Polizeiinspektion und der Erstaufnahmestelle (EAS) der Bundesverwaltung zuzurechnen. Die Tätigkeit der Polizeiinspektion ist Teil der Sicherheitsexekutive, jene der EAS dem Bundesasylamt zuzurechnen und daher ebenfalls Behördentätigkeit. Beides ist „Bundesverwaltung“.

Das Problem betrifft die Bundesbetreuungsstelle (BBSt) Ost, eine von vier Betreuungsstellen des Bundes in Österreich.<sup>43)</sup> Der Begriff „Betreuungsstelle“ stammt aus dem Asylrecht. Asylwerber, die wegen politischer, religiöser oder rassischer Verfolgung in Österreich Schutz suchen, haben, wenn sie zum Asylverfahren zugelassen werden, während dieses Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf staatliche Grundversorgung. Dazu werden sie nach einem bestimmten Schlüssel auf Bund und Länder verteilt und in Betreuungsstellen untergebracht. Dort erhalten sie auch Verpflegung, Bekleidung und Taschengeld.<sup>44)</sup>

Zu der BBSt Ost wird derzeit den Kommissionen der VA der Zutritt verwehrt, sodass diese die menschenrechtlichen Standards dort nicht prüfen können. Das BMI begründet das damit, es handle sich um keinen Ort einer Freiheitsentziehung iS des neuen Art 148 a Abs 3 B-VG, wo eine sog „OPCAT-Kontrolle“ stattfinden kann. Tatsächlich ist das Areal bewacht, aber die dort lebenden Personen können es auch verlassen. Daher darf dort persönliche Freiheit gar nicht entzogen werden.

Aber ist dies für das Besuchsrecht der Kommissionen überhaupt maßgeblich? Die Schlüsselfrage ist doch, ob die VA hier eine Prüfbefugnis besitzt. Diese bezieht sich auf die gesamte Verwaltung des Bundes. Der Verwaltungsbegriff des B-VG ist ein funktioneller, sodass es darauf ankommt, ob die besorgte Aufgabe als Verwaltung zu qualifizieren ist. Dies trifft auf den Betrieb der BBSt zu: Zwar wird dort nur Grundversorgung gewährt, also regelmäßig kein Hoheitsakt gesetzt. Zur Verwaltung im funktionellen Sinn gehört aber auch die „schlichte“ Hoheitsverwaltung, dh faktische Handlungen im Nahbereich der Setzung von Hoheitsakten, sowie die gesamte nicht hoheitliche Verwaltung, die Gebietskörperschaften zuzurechnen ist.<sup>45)</sup>

Den rechtlichen Rahmen der Grundversorgung des Bundes bilden das AsylG,<sup>46)</sup> die Grundversorgungsvereinbarung nach Art 15 a B-VG (GVV)<sup>47)</sup> und das Grundversorgungsgesetz Bund 2005 (GVG).<sup>48)</sup> Nach

41) V des BMI über die Anhaltung von Menschen durch die Sicherheitsbehörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes – Anhalteordnung (AnhO) BGBl II 1999/128 idF BGBl II 2005/439.

42) CPT-Standards CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev 2010.

43) Die anderen sind die BBSt Süd (Reichenau), die BBSt West (Thalham) und die BBSt Nord (Bad Kreuzen).

44) Die Terminologie in den Grundversorgungsgesetzen der Länder ist zT abweichend.

45) *Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Kommentar zum B-VG, Art 148 a B-VG Rz 12.

46) BGBl I 2005/100.

47) BGBl I 2004/80.

48) BGBl 1991/405 idF BGBl I 2012/87.

diesen Vorschriften ist die Gewährung der Grundversorgung eng an das Asylverfahren, also an ein behördliches Verfahren, geknüpft. Das Recht zur „Teilnahme“ an der Versorgung entsteht mit Ausstellung einer Verfahrenskarte durch die EASt, also einer öffentlichen Urkunde (§ 50 AsylG). Die konkreten Leistungen der Grundversorgung (Unterbringung in Unterkünften, Verpflegung, Bekleidung, Taschengeld etc) sind von der „Behörde“, dh vom Bundesasylamt, zu gewähren (§ 4 Abs 1 GVG). Nur durch behördliche Entscheidung können diese Leistungen auch eingeschränkt oder wieder entzogen werden (§ 2 Abs 4–6 GVG). Ebenso ist das Verhalten in und das Betreten von BBSt durch eine Verordnung des BMI, also durch behördlichen Akt, zu regeln (§ 5 GVG).<sup>49)</sup> Nach der Rechtslage auf Bundesebene tragen damit Behörden die volle Verantwortung für die Gewährung, Finanzierung, Überwachung und Entziehung der Grundversorgung. Diese Tätigkeiten sind somit der Hoheitsverwaltung zuzuzählen.

Daran ändert es auch nichts, wenn sich die Behörden zur Durchführung der Versorgung privater Einrichtungen „bedienen“, wie früher „European Home-care“ und jetzt der Schweizer ORS Service AG. Dies ist sowohl in der Grundversorgungsvereinbarung (Art 3 Abs 5 GVV) als auch im GVG vorgesehen (§ 4 Abs 1). Dieses Heranziehen ist keine Beleihung eines privaten Rechtsträgers mit der eigenverantwortlichen Setzung von Hoheitsakten, sondern bloße „Verwaltungshilfe“, bei der ein privater Rechtsträger den Bund bei der Hoheitsverwaltung unterstützt. Der betraute Rechtsträger wird nicht als eigenständiger Aufgabenträger tätig, sondern nur zu Hilfsfunktionen im Rahmen behördlicher Vollziehung herangezogen.<sup>50)</sup> Selbständige Organstellung erlangt er nicht.<sup>51)</sup> Die Leitung der BBSt bleibt Bundesorganen im Ressortbereich des BMI vorbehalten, die Tätigkeit des herangezogenen Privatunternehmens bleibt dem Bund zurechenbar. An der Verantwortung der Bundesbehörden für die Grundversorgung ändert sich also nichts.

Ist der Betrieb der BBSt damit Bundesverwaltung, so kann die VA ihn im Rahmen ihres klassischen Mandats nach Art 148 a Abs 2 B-VG, wenn sie also Missstände dort vermutet, prüfen. Sie hat ein umfassendes Recht auf Auskunft, Akteneinsicht, Durchführung von Inspektionen, ungehinderten Zutritt zu allen Orten (Art 148 b B-VG und § 5 VAG iVm §§ 46–51, 54f AVG) und kann mit allen dort lebenden Menschen Gespräche führen.

Unabhängig davon ist zu prüfen, ob die VA mit solchen Inspektionen vor Ort auch ihre Kommissionen betrauen kann, über die sie seit dem Inkrafttreten des OPCAT-Durchführungsgesetzes BGBl I 2012/1 am 1. 7. 2012 verfügt (OPCAT-DfG). Es geht nicht um die Frage, ob die Kommissionen aus eigener Initiative vorgehen können.

Das B-VG erwähnt das rechtliche Verhältnis der VA zu ihren Kommissionen an zwei Stellen:

Art 148 a Abs 3 B-VG idF des OPCAT-DfG überträgt „der Volksanwaltschaft und den von ihr eingesetzten Kommissionen“ im Bereich der Bundesverwaltung folgende Aufgaben:

→ Orte einer Freiheitsentziehung zu besuchen und zu überprüfen,

→ das Verhalten der zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigten Organe zu beobachten und begleitend zu überprüfen sowie

→ für Menschen mit Behinderungen bestimmte Einrichtungen und Programme zu überprüfen bzw zu besuchen.

Art 148 h Abs 3 B-VG verpflichtet die VA, „zur Besorgung der Aufgaben nach Art 148 a Abs 3 B-VG“ Kommissionen einzusetzen.

Klar ist beiden Verfassungsbestimmungen zu entnehmen, dass die Kommissionen die VA bei der Erfüllung der neuen OPCAT-Aufgaben, bei der Überprüfung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt sowie von Behinderteneinrichtungen unterstützen sollen. Wesentlicher Grund dafür ist, dass das OPCAT die Einrichtung von Besuchsgremien mit entsprechender Expertise an Orten der Freiheitsentziehung verlangt (Art 3 OPCAT). Österreich hätte die Konvention sonst gar nicht ratifizieren können.

Damit drängt sich zunächst die Frage auf, ob die BBSt „Orte der Freiheitsentziehung“ iSd Art 148 a Abs 3 Z 1 B-VG sind, ob dort Akte der Befehls- und Zwangsgewalt stattfinden oder sie allenfalls als „Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen“ iSd Art 148 a Abs 3 Z 3 B-VG zu qualifizieren sind. Dies zu prüfen, erfordert diffizile Erwägungen, die hier nicht vertieft werden sollen.

Die noch wichtigere Frage liegt nämlich noch tiefer: ob sich die Prüfbefugnis der Kommissionen überhaupt auf die neuen Aufgaben beschränkt. Rechtlich zu klären ist, ob die Bestimmungen der Art 148 a und 148 h B-VG, die der VA neue Aufgaben zuweisen, für die Kommissionen als abschließende Kompetenzzuweisungen zu deuten sind.

Art 148 a Abs 3 B-VG gebietet diese Auslegung nicht. Er räumt der VA drei neue Aufgabenbereiche ein. Diese orientieren sich am OPCAT, an der Funktion des früheren Menschenrechtsbeirats und an der Behindertenkonvention. Eine neue Bestimmung war dafür notwendig, weil diese Prüfbereiche zum Teil nicht als „Verwaltung“ zu qualifizieren sind bzw erst mit Kommissionen überhaupt sinnvoll prüfbar sind (zB Justizanstalten, Pflegeheime, Behinderteneinrichtungen). So verpflichtet Art 148 a Abs 3 B-VG die VA auch, diese Aufgaben gemeinsam mit ihren Kommissionen zu er-

49) Vgl die Betreuungseinrichtungen-Betreuungsverordnung BGBl II 2005/2 idF BGBl II 2008/146.

50) Andere Beispiele sind die Heranziehung privater Unternehmen zur Ersatzvornahme bei der Bescheidvollstreckung oder die Übertragung von Radarmessungen im Rahmen der Verkehrsüberwachung auf Private.

51) Dazu *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2009) Rz 119; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht IV (2009) Rz 46.044; *Koja*, Die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben durch Private, in *Ermacora ua* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 442 (453 ff); *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung (2003) 77; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2011) Rz 280 a; *Stolzlechner*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung staatlicher Gefahrenabwehraufgaben auf private Sicherheitsunternehmen, in *Stolzlechner/Stober* (Hrsg), Übertragung von Aufgaben der staatlichen Gefahrenabwehr auf private Sicherheitsunternehmen (2002) 54; *Pöschl*, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in *Jablonek/Kucsko-Stadlmayer/Muzak/Pertold-Stoitzner/Stöger* (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode, in FS Mayer (2011) 515.



füllen („[...] und den von ihr eingesetzten Kommissionen“), diese also bei Besorgung der neuen Aufgaben einzusetzen. Da nur so auch die Verpflichtungen des OPCAT erfüllt werden können, ist die Verwendung der Kommissionen als Verpflichtung formuliert („obliegt“). Dies zwingt aber in keiner Weise zu dem E-Contrario-Schluss, dass die Kommissionen **nur** für diese Aufgaben einsetzbar wären und die VA sie für andere Prüfungen **nicht** heranziehen könnte.

Der Text der Bestimmung lässt auch nicht den Schluss zu, für die neuen Aufgaben würde ein neues Organ „Nationaler Präventionsmechanismus“ geschaffen, dem nur die genannten Zuständigkeiten obliegen. Das Organ, dem die neuen Aufgaben übertragen sind, ist die VA. Dass diese mit ihren Kommissionen als „NPM“ zu qualifizieren ist, ist eine völkerrechtliche Deutung, für die innerstaatliche Organschaft aber irrelevant. Das B-VG regelt die Befugnis der VA zum Einsatz ihrer Kommissionen also nicht abschließend.

Auch Art 148 h Abs 3 B-VG enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass das B-VG den Einsatz der Kommissionen durch die VA abschließend bestimmt. Dessen Satz „Zur Besorgung der Aufgaben nach Art 148 a Abs 3 hat die VA Kommissionen einzusetzen“ heißt auch wieder nur, dass die VA die neuen Funktionen gemeinsam mit von ihr zu schaffenden Kommissionen wahrnehmen **muss**. Diese sollen offenbar Teil der VA sein, um dieser die völkerrechtliche Qualifikation als „NPM“ zu verleihen. Reflektiert wird dies in den Materialien, die als „NPM im Sinn des OPCAT“ die „Volksanwaltschaft mit ihren Kommissionen“ bezeichnen.<sup>52)</sup> Dass das verfassungsrechtlich zuständige Organ weiterhin die VA ist und die Kommissionen nur in ihre Organisation integrierte Hilfsorgane, wird daraus sogar noch deutlicher. Ein Verbot für die VA, die Kommissionen für andere Aufgaben heranzuziehen, ist daraus nicht ableitbar.

Fest steht also, dass das B-VG zwar die Kompetenzen der VA, nicht aber ihre Befugnis zum Einsatz der Kommissionen abschließend regelt. Zwar ist deren Mitwirkung für einige Bereiche zwingend vorgesehen, in anderen Bereichen aber nicht ausgeschlossen. Zu prüfen ist daher, was das einfache Gesetzesrecht dazu enthält.

Auf einfachgesetzlicher Ebene ist zunächst § 11 VAG relevant. Dieser wiederholt in Abs 1 die in Art 148 a Abs 3 B-VG genannten Aufgaben. Als Aufgabenträger genannt ist aber – ähnlich wie in Art 148 h B-VG – nur die VA selbst. Diese hat mit der Besorgung der neuen Aufgaben „die von ihr eingesetzten Kommissionen zu betrauen“. Dies macht noch deutlicher als das B-VG, dass die Kommissionen Hilfsorgane der VA und weder organisatorisch noch funktionell eigenständig sind. Die Formulierung „ihre Kommissionen“ bringt abermals zum Ausdruck, dass sämtliche Zuständigkeiten nach Art 148 a B-VG der VA zugeschrieben sind. Die Kommissionen sind nur ihre Instrumente, sodass sie an ihre Weisungen gebunden sind. Wenn das Gesetz von den Kommissionen an anderer Stelle eine „unabhängige“ Funktionsausübung verlangt, ja ihnen diese geradezu als Pflicht auferlegt (§ 12 Abs 2 VAG), kann nur das Verhältnis nach außen gemeint sein, nicht aber jenes innerhalb der VA. In diese sind sie organisatorisch eingegliedert, von dieser werden sie bestellt, finan-

ziert und abberufen. Auch ihre GO und GV sind von der VA zu beschließen (§ 13 Abs 3 VAG).

Zentral um das Mandat der Kommissionen geht es in § 13 Abs 1 VAG. Dieser lautet:

„Die Kommissionen oder einzelne von ihr bestimmte Mitglieder führen Besuche und Überprüfungen für die Volksanwaltschaft durch.“

Diese Formulierung ist allgemein und nimmt auf OPCAT gar nicht mehr Bezug. „Besuche und Überprüfungen“ fallen bei jeder Art von Kontrolle der VA laufend an. Schon dies legt den Schluss nahe, dass sie die Kommissionen überall zur Prüfung heranziehen kann, wo ihre Zuständigkeit vorliegt, also auch dort, wo keine Freiheit entzogen, keine Zwangsakte gesetzt und keine Behinderten betreut werden.

Eindeutig bestätigt wird dies durch die Entstehungsgeschichte. Die Regierungsvorlage<sup>53)</sup> enthält nämlich folgenden Satz:

„Die Kommissionen sollen für die Volksanwaltschaft die Kontrollen vor Ort durchführen. [...] Auf Ersuchen der Volksanwaltschaft sollen die Kommissionen auch in den Angelegenheiten des Art 148 a Abs 1, 2 und 5 B-VG tätig werden; ein solches Vorgehen kann sich in besonderen Konstellationen zweckmäßig erweisen.“

Angelegenheiten des Art 148 a Abs 1, 2 und 5 B-VG regeln die allgemeine Befugnis der VA zur Verwaltungskontrolle und ihre Mitwirkung an der Erledigung von Petitionen und Bürgerinitiativen. Dies zeigt den klaren Willen des Gesetzgebers, es der VA zu ermöglichen, die Kommissionen nach Zweckmäßigkeit in ihrem gesamten Zuständigkeitsbereich einzusetzen und um Mitwirkung zu ersuchen.

Angesichts dieser Klarheit von Wortlaut und Motiven des Gesetzgebers ist es irrelevant, dass § 13 VAG sich in einem eigenen III. Abschnitt dieses Gesetzes befindet, der den Titel „Schutz und Förderung der Menschenrechte“ trägt. Die systematische Einordnung der Kommissionen in diesen Abschnitt kann nämlich keine Einschränkung ihrer Einsatzmöglichkeit auf bestimmte Angelegenheiten bedeuten. Zwar scheint die Gesetzesystematik „Schutz und Förderung der Menschenrechte“ als eigenständige Funktion zu sehen, die nur auf die Pflichten nach OPCAT-DfG referiert. Dagegen spricht jedoch, dass schon das B-VG die Menschenrechte in die allgemeine Zuständigkeit der VA zur Verwaltungskontrolle integriert: Art 148 a Abs 2 B-VG ermächtigt die VA ganz allgemein zur amtswegigen Prüfung „vermuteter Verletzungen von Menschenrechten“. Diese sollen also auch im traditionellen Prüfbereich der VA Maßstab sein. Umgekehrt kann selbst bei den neuen Zuständigkeiten die Kontrollbefugnis der VA wohl nicht auf den Maßstab der Menschenrechte eingengt sein und sind auch hier Verstöße gegen einfache Gesetze zu prüfen. Der Kontrollmaßstab ist also in allen Zuständigkeitsbereichen der VA der gleiche. Insoweit

52) RV 1515 BlgNR 24. GP 11.

53) RV zum OPCAT-DfG, 1515 BlgNR 24. GP 11.



sind die „klassischen“ Aufgaben der VA von jenen nach dem OPCAT-DfG nicht trennbar. „Schutz und Förderung der Menschenrechte“ im Titel des III. Abschnitts des VAG betont also offensichtlich nur einen bestimmten Aspekt der neuen Aufgaben, bezeichnet aber keinen eigenen, abgrenzbaren Prüfbereich. Dies schließt es aus, den ganzen III. Abschnitt des VAG als Exklusivregelung für die seit 1. 7. 2012 neuen Aufgaben zu verstehen.

Dass sich das hier entscheidende Ergebnis nur auf die Auslegung des einfachen Gesetzes und die Materialien dazu stützt, mindert seine rechtsdogmatische Bedeutung nicht. Das maßgebliche Gesetz wurde nämlich zugleich mit der B-VG-Novelle beschlossen und war somit auch in den hier relevanten Stellen vom Verfassungsgesetzgeber mitgedacht. Erst jüngst hat der VfGH betont, für die Verfassungsinterpretation sei von entscheidender Relevanz, welche einfachgesetzlichen Bestimmungen bei der Schaffung von Verfassungsbestimmungen „zeitgleich vorgelegt“ wurden.<sup>54)</sup> Selbst wenn eine gesetzliche Bestimmung nach ihrem Wortlaut einer solchen Verfassungsbestimmung widerspricht, kann sie nicht verfassungswidrig sein. Umso mehr muss dies für eine einfachgesetzliche Bestimmung gelten, die keinem verfassungsgesetzlichen Wortlaut entgegensteht. Somit steht fest, dass die Volksanwaltschaft bei der Heranziehung ihrer Kommissionen **nicht** auf die neuen Aufgaben beschränkt ist.

Zu bedenken ist zwar, dass das klassische Mandat der VA bei amtswegigem Vorgehen nach Art 148 a Abs 2 B-VG die Vermutung von Missständen voraussetzt.

**Artikel 148 a.** (2) Die Volksanwaltschaft ist berechtigt, von ihr vermutete Missstände in der Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten, insbesondere von ihr vermutete Verletzungen in Menschenrechten, von Amts wegen zu prüfen.

Wir sprechen hier von „nachprüfender“ Kontrolle im Gegensatz zur „präventiven“ nach OPCAT. Für den Einsatz der Kommissionen ist das aber keine große Hürde: Eine Vermutung von Missständen kann bei der VA ja schon dann entstehen, wenn nur ein glaubwürdiger Hinweis dafür vorliegt. Erfahrungsgemäß bleiben solche Hinweise bei großen Betreuungsstellen dann nicht aus, vor allem wenn sie überbelegt sind. Bei Anwesenheit vieler Asylwerber unterschiedlicher Ethnien besteht auch ein hohes Ordnungs- und Sicherheitsrisiko, das polizeiliche Überwachung nötig macht. Dies sind aber ohnedies Fälle, in denen eine Kommissionskontrolle zweckmäßig ist.

Im Ergebnis meine ich also, dass den Kommissionen der Zutritt zur BBSt Ost Traiskirchen zusteht, wenn sie im Auftrag der VA und wegen vermuteter Missstände Einlass begehren.

Ein besonders wichtiges Thema wird der Besuch der Kommissionen auch in den Grundversorgungseinrichtungen der Länder sein, deren Qualität bekanntlich unterschiedlich ist. Die berüchtigte Kärntner „Saualm“ wurde zum Glück kürzlich geschlossen, nachdem die VA wegen Anzeigen schwerer Missstände ein Prüfverfahren eingeleitet hatte und die Medien darüber breit

berichtet hatten. Dies geschah ohne die Kommissionen; eine flächendeckende Kontrolle der Grundversorgung in ganz Österreich wird die VA aber nur mit deren Einsatz leisten können.

### 3. Zugang der Kommissionen zu medizinischen Daten in Heimen

Zum Abschluss erwähne ich ein drittes Beispiel, das die Rolle des neuen Menschenrechtsbeirats deutlich macht:

Die VA kann ihre Prüfaufgabe nur wahrnehmen, wenn sie umfassende Einsicht in behördliche Akten erhält. Seit jeher räumt ihr daher Art 148 b B-VG ein Recht auf Akteneinsicht ein und hebt die Amtverschwiegenheit gegenüber der VA auf. Die neuen Aufgaben, wie zB die Überprüfung des fachgerechten Einsatzes von Netzbetten und Psychopharmaka, kann die VA nur erfüllen, wenn sie auch Zugang zu allen Gesundheitsdaten betroffener Personen erhält. Da dies sensible Daten sind, bedarf es dafür einer eigenen gesetzlichen Grundlage, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält. Der dafür geschaffene § 11 VAG ist indes auslegungsbedürftig:

**§ 11.** (5) Die Volksanwaltschaft und die von ihr eingesetzten Kommissionen sind, soweit dies zur Erfüllung der ihnen gesetzlich übertragenen Aufgaben zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte erforderlich ist, berechtigt, in die den Krankheitsfall betreffenden Unterlagen (Pflegedokumentation, Krankengeschichte, Befunde und sonstige relevante Aufzeichnungen über den Betroffenen) des Trägers der Anstalt, die ein Ort gemäß Abs 1 Z 1 ist, sowie in die Meldungen an den Bewohnervertreter gemäß § 7 Abs 2 des Heimaufenthaltsgesetzes – HeimAufG, BGBl I 2004/11, und in die Meldungen über die weitergehenden Beschränkungen an den Vertreter des Patienten gemäß §§ 33 f des Unterbringungsgesetzes – UbG, BGBl 1990/155, Einsicht zu nehmen und von diesen Unterlagen kostenlos Abschriften und Kopien herzustellen oder die Übermittlung dieser Unterlagen zu verlangen. [...]

Diese Bestimmung gewährt Einsicht in alle Unterlagen des „Trägers der Anstalt“. Sie enthält keine direkte Verpflichtung der Ärzte, die strenge Verschwiegenheitspflichten ihres Standesrechts ins Treffen führen. Der Konflikt ist vor allem bei Pflegeheimen schwer zu lösen, weil das Rechtsverhältnis mit dem Arzt dort regelmäßig nur vertraglich, bei anstaltsfremden Ärzten oft gar nicht geregelt ist. Die komplizierten Rechtsfragen, die hier durch das Zusammenspiel von VAG, ÄrzteG, HeimAufG und DSGVO auftreten, könnten aber durch den Menschenrechtsbeirat geklärt werden. Dass dort vielfältige Fachexpertise vertreten ist, ermöglicht ihm eine fundierte und allseits akzeptierte Stellungnahme mit streitschlichtender Wirkung. Solche Auslegungsfragen werden aller Voraussicht nach zunehmen; ihre Lösung könnte sich zu einer Hauptaufgabe des neuen Beirats entwickeln.

54) VfGH 9. 10. 2012, G 64/10.

## D. Ergebnis

All dies zeigt, welche neue Wirksamkeit die VA mit dem OPCAT-DfG erlangt hat.<sup>55)</sup> Die neuen Aufgaben fügen sich untrennbar in die alten ein, erzeugen zahlreiche Synergien und stärken die Kontrollfunktion der VA. Immer noch kann sie die von ihr für zweckmäßig gehaltenen Maßnahmen nicht erzwingen; nach wie vor ist sie kein Gericht. Ihre Konstruktion erlaubt ihr aber genau dort tätig zu werden, wo das gerichtliche Rechtssystem Lücken oder Schwächen hat:<sup>56)</sup>

- Sie kann von Amts wegen prüfen und sich damit einen flächendeckenden Überblick verschaffen.
- Ihre Prüfung ist nicht an Rechtsakte geknüpft, sodass sie – anders als die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts – auch informelle Vorgänge und Zustände kontrollieren kann.
- Sie kann Missstände aufgreifen, die nicht bestimmten Personen zurechenbar sind, wo straf- und disziplinarrechtliche Sanktionssysteme daher versagen.
- Sie kann Strukturängel der Verwaltung aufgreifen und deren komplexen Ursachen nachgehen (zB Unterbudgetierung, Schulungsmängel, Mängel der staatlichen Aufsicht etc).
- Sie kann ihren Prüfungen auch nicht normative Standards (zB des CPT) zu Grunde legen.
- Sie kann damit auch Grundrechte in ihren Prüfmaßstab integrieren, die gerichtlich nicht durchsetzbar sind, zB soziale Rechte.
- Sie kann die öffentliche Meinung sinnvoll in ihre Prüfaufgabe einbinden: Ihre Fernsehsendung „Der Bürgeranwalt“ von *Peter Resetarits*, die jeden Samstag auf ORF 2 (17.30–18.15 h) ausgewählte Fälle darstellt, erreicht Einschaltquoten bis zu 600.000.

Öffentlichkeitswirksam bezeichnet sich die VA daher neuerdings als „Menschenrechtshaus der Republik“.<sup>57)</sup> Gemeint ist damit ihre neue Stellung mit den hier geschilderten, gestärkten Kompetenzen.

Mit der Neugestaltung der VA ist auch eine neue positive Dynamik entstanden. Allein die Schulungen für die Kommissionsbesuche, die von Experten des Europarats begleitet wurden,<sup>58)</sup> haben allen Beteiligten neue Perspektiven eröffnet. Mit diesem professionellen Einstieg begegnet die VA auch dem gewaltigen Erwartungsdruck, den die BReg durch ihre budgetäre Ausstattung und sie selbst durch ihre Medienarbeit erzeugt haben. Ihre inter-

nationale Vorreiterrolle rückt sie überdies ins Blickfeld aller anderen Nationalen Präventionsmechanismen Europas, die sich am Erfolg der VA orientieren werden.

In der Verfassungsrechtsdogmatik sollten wir endgültig die Vorstellung aufgeben, die VA sei keine Rechtsschutzeinrichtung. Die Idee des subjektiven Rechts darf nicht zu einer Begriffsverengung beim Rechtsschutz im Sinn einer Reduktion auf gerichtliche Durchsetzungskonzepte führen. Diese sind elementar, reichen aber für einen umfassenden Menschenrechtsschutz nicht aus. Umso mehr gilt dies, wenn wir heute ein Konzept des „faktisch effektiven Rechtsschutzes“ definieren, der uns für das rechtsstaatliche Prinzip zentral erscheint. Gerade effektiv kann ein echter Schutz von Rechten **allein** durch Gerichte nie sein.<sup>59)</sup> Sogar *Hans Kelsen*, „Vater“ der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, betonte 1925, es sei naiv und oberflächlich, von Rechtsschutz nur bei Gerichtsurteilen zu sprechen, weil der Schutz individueller Interessen ja Sache des Staats schlechthin sei. *Kelsen* wollte damit die Rolle des Gesetzgebers für den Rechtsschutz hervorheben und konnte sich natürlich noch nicht auf die VA beziehen. Aber noch heute können wir von seinem vehementen methodischen Postulat, unseren dogmatischen Blick zu erweitern und die Rechtsphänomene in ihren Zusammenhängen zu betrachten, lernen.

55) Die seit dem OPCAT-DfG wirklich neuen Befugnisse – Erstattung von Sonderberichten (Art 148 d Abs 1 B-VG), Zusammenarbeit mit dem SPT (§§ 3 u 17 VAG), Begutachtung von Gesetzes- und Verordnungsentwürfen, Anregung von Gesetzen, Zusammenarbeit mit Bildungseinrichtungen und Information der Öffentlichkeit (§ 7 VAG) – spielen nur am Rand eine Rolle.

56) Auch die Befürchtungen, die VA werde das Justizsystem stören, haben sich nicht bewahrheitet: Die 2008 eingeführte Befugnis, bei überlangen Gerichtsverfahren Fristsetzungsanträge einzubringen, musste die VA bislang noch nie gebrauchen, weil das BMJ in den von ihr aufgegriffenen Fällen rasch die Dienstaufsicht aktiviert und die Säumnis beendet hat.

57) „Volksanwaltschaft: Menschenrechtshaus der Republik. Menschenrechte & Bürgerrechte schützen und fördern“ (Folder, Fassung Oktober 2012).

58) Diese beinhalteten – zur Stärkung der praktischen Fähigkeiten der Kommissionsmitglieder – etwa auch systematisch vorbereitete Kontrollbesuche in verschiedenen Einrichtungstypen („Shadow Monitoring“).

59) Andeutungsweise in diese Richtung *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht II Staatliche Organisation<sup>2</sup> (2013): „Der Ausbau zu einer Institution des Schutzes und zur Förderung der Menschenrechte bewirkt zusätzliche Impulse in die Richtung einer wichtigen und wirkungsmächtigen Einrichtung des Rechtsstaates“ (Rz 40.003).

### → In Kürze

**Neue Kompetenzen der Volksanwaltschaft zur Verhinderung von Folter und Misshandlung an Orten der Freiheitsentziehung. Umfassender Kontrollmechanismus verbessert die Effektivität des Schutzes der Menschenrechte in Österreich.**

### → Zum Thema

#### Über die Autorin:

Dr. Gabriele Kucsko-Stadlmayer ist Universitätsprofessorin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Kontaktadresse: Juridicum, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien. Tel: +43 (0)1 42 77 35-418, Fax: +43 (0)1 42 77 35-449, E-Mail: gabriele.kucsko-stadlmayer@univie.ac.at Internet: www.kucsko-stadlmayer.at

#### Von derselben Autorin erschienen:

Europäische Ombudsman-Institutionen (2008); Die Allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte VII/1, Österreich (2009) 49; gemeinsam mit *Walter* und *Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007); Das Disziplinarrecht der Beamten<sup>4</sup> (2010).

#### Literatur:

*Pratscher/Carniel*, OPCAT, UN-Behindertenrechtskonvention und die Rolle der Volksanwaltschaft, ÖZPR 2012, 148; *Barth*, Die Volksanwaltschaft als Kontrollinstanz an „Orten der Freiheitsentziehung“, iFamZ 2012, 117; *Murray/Steinerte/Evans/Hallo de Wolf*, The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture (2011); *Buchinger*, The Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture (2009).

#### Links:

<http://volksanwaltschaft.gv.at/menschenrechte>  
[www.apr.ch/en/opcat/](http://www.apr.ch/en/opcat/)

