

Der neue Menschenrechtsbeirat bei der Volksanwaltschaft

Mathias Vogl

Übersicht

- I. Die Vorgeschichte
- II. Der innerstaatliche Diskussionsprozess
- III. Die Umsetzung des OPCAT
- IV. Der Menschenrechtsbeirat
 - A. Zusammensetzung, Bestellung und Funktionsdauer
 - B. Entschädigung
 - C. Verschwiegenheit
 - D. Befangenheit
 - E. Vorsitz
 - F. Arbeitsweise
 - G. Aufgaben
 - 1. Beratung der VA
 - 2. Anhörungsrechte
- V. Abschließende Bewertung

Dieser Beitrag ist Harald Stolzlechner gewidmet, der sich seit Anbeginn seines wissenschaftlichen Wirkens in vielfältiger Weise mit grund- und menschenrechtlichen Themen beschäftigt.¹

¹ Vgl etwa nur *Harald Stolzlechner*, Die politischen Rechte der Ausländer in Österreich, Salzburger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 1 (1980); *denselben*, Der Schutz des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK) im Licht der Rechtsprechung des VfGH und der Straßburger Instanzen, ÖJZ 1980, 85; *denselben*, Der Schutz des Hausrechts in Österreich, EuGRZ 1983/1, 1; *denselben*, Demonstrationsfreiheit und Straßenpolizeirecht, ZfV 1987/4, 389; *denselben*, Art 5 des 7. ZPMRK – Lediglich ein „Spezieller Gleichheitssatz“ oder ein positives Gleichbehandlungsangebot? ÖJZ 1996, 361; *denselben*, Soll das Legalitätsprinzip geändert werden, in Berka/Schäffer/Stolzlechner/Wiederin (Hrsg), Verfassungsreform. Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents, Dokumentation des Symposiums zum Gedenken an Friedrich Koja vom 2. April 2004 (2004) 49.

I. Die Vorgeschichte

Die Generalversammlung der Vereinten Nationen nahm am 10. Dezember 1984 in ihrer 39. Zusammenkunft das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT) an.² Das CAT wurde von Österreich am 14. März 1985 unterzeichnet, trat gem seinem Art 27 Abs 1 am 26. Juni 1987 objektiv in Kraft, wurde von Österreich am 29. Juli 1987 ratifiziert und trat gem seinem Art 27 Abs 2 für Österreich mit 28. August 1987 in Kraft.³ Die Einhaltung des Vertragswerks wird vom UN-Ausschuss gegen Folter (Art 17 CAT) überwacht.

Das CAT wurde durch das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter oder andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (OPCAT) ergänzt, welches von der 59. Generalversammlung der Vereinten Nationen am 18. Dezember 2002 angenommen wurde.⁴ Das OPCAT wurde von Österreich am 25. September 2003 unterzeichnet, trat gem seinem Art 28 Abs 1 objektiv am 22. Juni 2006 in Kraft, wurde von Österreich am 4. Dezember 2012 ratifiziert und trat gem seinem Art 28 Abs 2 für Österreich mit 3. Jänner 2013 in Kraft.⁵

Das OPCAT begründet in den Vertragsstaaten ein System zur Verhütung von Folter, bei dem Menschen, die sich an Orten der Freiheitsentziehung (Art 4 OPCAT) befinden, einerseits durch die Einrichtung eines Unterausschusses zur Verhütung von Folter, der ein Unterausschuss des bestehenden Ausschusses gegen Folter ist,⁶ und andererseits durch die Einrichtung von unabhängigen nationalen Präventionsmechanismen (NPM; Art 17 ff OPCAT) wirksam vor Folter und erniedrigender Behandlung geschützt werden sollen.⁷

² United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT = Convention against Torture); Resolution 39/46.

³ Siehe UNTC Chapter IV Treaty 9 sowie BGBl 1987/492.

⁴ Resolution 57/199. Zur vorgelagerten Vorgeschichte siehe die Homepage der Internationalen Vereinigung zur Verhütung von Folter (APT) <http://www.apf.ch/en/history-of-the-opcat-1/> (22.3.2013).

⁵ Siehe UNTC Chapter IV Treaty 9b sowie BGBl III 2012/190.

⁶ Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (SPT; Art 5 ff OPCAT). Der Unterausschuss, der über umfassende Zugangsrechte zu Orten der Freiheitsentziehung und ebensolch umfassende Informationsrechte verfügt (Art 12 lit a und b OPCAT), führt in den Vertragsstaaten Besuche durch und teilt nach diesen seine Empfehlungen und Bemerkungen mit.

⁷ Vgl *Mathias Vogl*, Rechtsschutz und Vollziehung, in Bundesministerium für Inneres (Hrsg), Schriftenreihe BMI – Band 2, Der Rechtsschutzbeauftragte (2004) 11 (18); zuletzt ErlRV 1812 BlgNR 24. GP, 2.

II. Der innerstaatliche Diskussionsprozess

Im Rahmen des zweiten Rechtsschutztages im Bundesministerium für Inneres (BMI) im Oktober 2003 wurden das kurz zuvor unterzeichnete Protokoll und seine Bedeutung erläutert und mit Hinweis auf dessen in höchstem Maß vorhandenen Sachverstand eine Weiterentwicklung des seit 1999 im Bundesministerium für Inneres angesiedelten Menschenrechtsbeirats (MRB) zu einem NPM, allenfalls in einer Nahebeziehung zum Nationalrat, wie sie bei anderen Rechtsschutzeinrichtungen bereits besteht, und unter Erfüllung aller vom CPT⁸ für derartige Einrichtungen geforderten Kriterien vorgeschlagen.⁹ Der MRB hätte ursprünglich als ein Beirat für Menschenrechtsfragen im BMI im Sicherheitspolizeigesetz¹⁰ gesetzlich verankert werden sollen.¹¹ Auf Grund des Todes eines Schubhäftlings während einer Abschiebung wurde der MRB noch vor Beschlussfassung im Parlament vom Bundesminister für Inneres als Beirat gem § 8 BMG¹² zunächst durch Verordnung per 1. Juli 1999 eingesetzt.¹³ Mit der SPG-Novelle 1999¹⁴ erfolgte schließlich die gesetzliche Einrichtung in den §§ 15a bis 15c SPG.¹⁵

⁸ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Eingerichtet durch die Europäische Konvention zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, BGBl 1989/74; umfassend *Ursula Kriebaum*, Folterprävention in Europa (2000).

⁹ Vgl *Vogl* in Bundesministerium für Inneres 19.

¹⁰ Sicherheitspolizeigesetz – SPG, BGBl 1991/566.

¹¹ Vgl RV 1479 BlgNR 20. GP.

¹² Bundesministerengesetz 1986, BGBl 76 (WV).

¹³ Menschenrechtsbeirats-Verordnung, BGBl II 1999/202.

¹⁴ BGBl 1999/146.

¹⁵ Zur Entstehung siehe *Gerhart Holzinger*, Der Menschenrechtsbeirat – Organisation, Aufgaben, Möglichkeiten, Die Bundespolizei 6/99, 17; *denselben*, Der Menschenrechtsbeirat beim Bundesministerium für Inneres, juridikum 0/00, 16; *denselben*, Der Menschenrechtsbeirat als Instrument des präventiven Menschenrechtsschutzes, in FS Funk (2003) 255 (256); *Magdalena Pöschl*, Der Menschenrechtsbeirat, JRP 2001, 47 (48), *Wolf Szymanski*, Der Menschenrechtsbeirat – Berater des Bundesministers für Inneres in Menschenrechtsfragen, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Band 16, Neue Wege des Grundrechtsschutzes (2001), 75 (76); *Bernd-Christian Funk*, Der Menschenrechtsbeirat, Präsentation und erste Ergebnisse, ZfV 2001/1216, 570 (571); *Claudia Mahler*, Der österreichische Menschenrechtsbeirat, MRM – MenschenRechtsMagazin 1/2002, 28 f; *Manfred Novak*, Verhütung von Menschenrechtsverletzungen durch präventives Besuchssystem: Controlling der Sicherheitsexekutive durch Menschenrechtsbeirat in Österreich, in FS Trechsel (2002) 55 (58 ff); *Vogl* in Bundesministerium für Inneres 13 ff; *Heinz Peter Rill/Heinz Schäffer*, Vor dem Siebten Hauptstück B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar-Bundesverfassungsrecht (6. Lfg 2010) Rz 93 (FN 253); *Peter Andre*, § 15a SPG, in Thanner/Vogl (Hrsg), SPG² (2013) Anm 1.

Im Dezember 2004 trat eine Arbeitsgruppe, an der Vertreter¹⁶ der betroffenen Ressorts, der Gebietskörperschaften, der Zivilgesellschaft und sonstige externe Experten teilnahmen, zur Erörterung der Möglichkeiten zur Umsetzung des OPCAT zusammen. Das Ergebnis der Überlegungen wurde vom Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten¹⁷ in einem „Optionenpapier“ zusammengefasst und im Februar 2006 an die beteiligten Ressorts, Institutionen und nichtstaatlichen Organisationen zur Kommentierung ausgesendet. Im Wesentlichen handelte es sich zu diesem Zeitpunkt um folgende Varianten:

- Vergleichbar dem Rechnungshof oder der Volksanwaltschaft (VA) Anbindung an den Nationalrat als Organ der politischen Verwaltungskontrolle;
- Angliederung an das Bundeskanzleramt als „Koordinationsressort“;¹⁸
- Eingliederung in die VA;
- Einrichtung einer neu zu schaffenden „nationalen Menschenrechtsagentur“.

Im November 2006 wurden in einer ganztägigen Konferenz im Außenamt unter Beteiligung aller Stakeholder die verschiedenen Umsetzungsmöglichkeiten intensiv diskutiert. In vielen Punkten konnten weitgehend übereinstimmende Sichtweisen erzielt werden. Zunehmend kristallisierte sich die Einbindung des NPM in die VA als nahe liegende Variante heraus, weshalb diese Möglichkeit in einer weiteren Besprechung näher erörtert wurde. Diese Überlegungen fanden Eingang in das Regierungsprogramm für die XXIII. Gesetzgebungsperiode.¹⁹ Wenngleich es in der Folge Gespräche und weiterführende Diskussionen gab,²⁰ erfolgte keine Umsetzung in dieser Gesetzgebungsperiode.

¹⁶ Soweit auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen nur in weiblicher oder männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

¹⁷ Nunmehr Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (BMeiA; siehe § 1 Z 2 BMG idF BGBl I 2007/6).

¹⁸ Vgl etwa Teil 2 der Anlage zu § 2 BMG, Abschnitt A Z 1, 14 und 15. Die Schaffung mehrerer jeweils ressortspezifischer NPM wurde zwar im Einklang mit internationalen Vorgaben als grundsätzlich möglich erachtet, wurde aber insbesondere im Hinblick auf die von Art 18 Abs 1 OPCAT geforderte funktionale Unabhängigkeit der NPM und der Unabhängigkeit ihres Personals sowie aus synergetischen Erwägungen (etwa bei freiheitsbeschränkenden Maßnahmen im Rahmen eines gerichtlichen Strafverfahrens) nicht weiter verfolgt.

¹⁹ Siehe Kapitel Staats- und Verwaltungsreform unter Punkt 3. Demokratische Kontrolle, VA und Rechnungshof: „Die Aufgaben des Menschenrechtsbeirats (der in seiner kollegialen Struktur und eigenständigen Arbeitsweise erhalten bleibt) und des neu zu errichtenden Präventivorgans aufgrund des Fakultativprotokolls zur Antifolterkonvention/NPM werden im Bereich der VA angesiedelt. Wo es Landesvolksanwaltschaften gibt, erhalten diese dieselben Rechte für den Landesbereich.“ Nachzulesen etwa unter http://images.derstandard.at/20070109/regierungsprogramm_09012007.pdf (29.1.2013) 25.

²⁰ Vgl etwa die vom Menschenrechtsbeirat im BMI im Justizpalast am 14. September 2007 abgehaltene Fachtagung „Ein Nationaler Präventionsmechanismus (NPM) für Österreich – die Umsetzung des OPCAT“ (http://www.menschenrechtsbeirat-bmi.at/cms15/mrb_

Die Bemühungen zur Umsetzung des OPCAT spiegeln sich auch im Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode wider. Dort stand unter den als vorrangig umsetzbar bezeichneten Verwaltungsreformen im Kapitel Leistungsfähiger Staat folgender lapidarer Satz: „Zuständigkeit der VA für die Anwendung der Anti-Folter-Konvention“.²¹ In Umsetzung dieser Vorgaben wurde der Arbeitsprozess zur Umsetzung des OPCAT intensiviert. Neben den betroffenen Bundesministerien und den Ländern wurden insbesondere die VA, Nichtregierungsorganisationen, die sich der Wahrung der Menschenrechte widmen, und der im BMI angesiedelte MRB einbezogen.²² Schließlich wurde der Entwurf eines OPCAT-Durchführungsgesetzes, mit welchem vorgeschlagen wurde, die Aufgaben des NPM der VA zu übertragen, vom Ministerrat in seiner 120. Sitzung am 14. November 2011 verabschiedet.²³ Der in der RV enthaltene Gesetzesentwurf wurde am 22. November 2011 im Verfassungsausschuss des NR unter Beiziehung der Volksanwälte beraten und samt einem von Vertretern der Koalition eingebrachten Abänderungsantrag²⁴ beschlossen.²⁵ Die Beschlussfassung im Nationalrat erfolgte am 7. Dezember 2011 mit breiter Mehrheit, jene im Bundesrat nach einer Befassung des Ausschuss für Verfassung und Föderalismus des Bundesrates²⁶ am 15. Dezember 2011 einhellig.²⁷ Die Kundmachung erfolgte mit BGBl I 2012/1, wobei die für den NPM maßgeblichen Bestimmungen überwiegend mit 1. Juli 2012 in Kraft traten.²⁸

pdf/thematische_berichte/2007_Resuemee_der_OPCAT_Veranastaltung_Protokoll_Gesamt_und_Fotos.pdf [29.1.2013]).

²¹ Regierungsprogramm 2008 – 2013, Gemeinsam für Österreich (<http://www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=32965> [29.1.2013] 255). Die Entscheidung, den NPM bei der VA anzusiedeln, wurde offensichtlich mit Blick auf die Umsetzungsbemühungen anderer europäischer Staaten, die auch ihre Ombudsstellen als NPM vorsehen, getroffen (vgl ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 3; ErlRV 1812 BlgNR 24. GP, 7).

²² Vgl ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 3.

²³ Bundesgesetz zur Durchführung des Fakultativprotokolls vom 18. Dezember 2002 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe; RV 1515 BlgNR 24. GP. Zur VA als NPM siehe auch RV 1812 BlgNR 24. GP, 4.

²⁴ Dieser bezog sich auf Art 1 Z 14 (Änderung des Art 148g Abs 5 B-VG, mit dem allgemeine Funktionsvoraussetzungen und Unvereinbarkeiten definiert wurden); AB 1541 BlgNR 24. GP, 5.

²⁵ Siehe AB 1541 BlgNR 24. GP.

²⁶ Sitzung vom 13. Dezember 2011, AB 8637 BlgBR.

²⁷ 479/BNR 24. GP.

²⁸ Siehe Art 151 Abs 48 Bundesverfassungsgesetz – B-VG, BGBl 1930/1; § 23 Abs 2 Volksanwaltschaftsgesetz 1982 (nachfolgend VAG), BGBl 433; § 94 Abs 31 SPG; § 181 Abs 23 Strafvollzugsgesetz – StVG, BGBl 1969/144.

III. Die Umsetzung des OPCAT

Mit dem OPCAT-Durchführungsgesetz wurden die Aufgaben des NPM (Art 148a Abs 3 B-VG; § 11 Abs 1 VAG) bei gleichzeitigem Entfall des MRB im BMI und den Strafvollzugskommissionen²⁹ mit 1. Juli 2012 weitgehend³⁰ der VA übertragen. Zur Besorgung dieser umfassenden³¹ Aufgaben hat die VA Kommissionen³² einzusetzen und einen MRB zu ihrer Beratung einzurichten (Art 148 Abs 3 B-VG).

Im Folgenden wird ein spezieller Fokus auf die Struktur, die Arbeitsweise und die Aufgaben des MRB gelegt.

IV. Der Menschenrechtsbeirat

A. Zusammensetzung, Bestellung und Funktionsdauer

Die VA hat zu ihrer Beratung an ihrem Sitz (§ 25 GeO) einen weisungsfreien³³ MRB einzurichten (Art 148h Abs 3 B-VG). Es handelt sich dabei um

²⁹ Siehe Art 3 und 4 OPCAT-Durchführungsgesetz; ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 12.

³⁰ Lediglich das Land Vorarlberg hat von der Ermächtigung des Art 148i Abs 3 B-VG, einen eigenen Kontrollmechanismus schaffen zu können, Gebrauch gemacht und seinen Landesvolksanwalt in den Angelegenheiten des Art 148a Abs 3 B-VG für den Bereich der Landesverwaltung für zuständig erklärt (siehe § 59 Abs 5 VlbG Landesverfassung, LGBl 1999/9 idF LGBl 2012/89; § 2 Abs 4 VlbG Gesetz über die Landesvolksanwaltschaft, LGBl 1985/29 idF LGBl 2012/90).

³¹ Umfasst ist nicht nur die Kontrolle der Verwaltung im Bereich hoheitlicher Aufgabenerfüllungen, sondern ebenso im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung, somit auch die Kontrolle von Freiheitsbeschränkungen zur Abwehr krankheitsbedingter Gefahren etwa in Pflege-, Alten- und Behindertenheimen oder in Einrichtungen zur Betreuung psychisch kranker oder geistig behinderter Pflegebedürftiger, die von Privaten im Umfang ihrer Beileihung (vgl VfSlg 16.929/2003 mwN) angeordnet wurden (vgl ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 8; *Hans Peter Zierl/Martin Greifeneder*, Fallen tatsächlich auch private Einrichtungen unter die Kontrolle der Volksanwaltschaft, ÖZPR 2012/95). Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Ausdehnung des Anwendungsbereiches der Art 22 und 148b B-VG auf Gemeindeverbände, zumal Pflegeheime häufig von diesen geführt werden (vgl *Hans Peter Zierl*, Antifolterkonvention – Die Volksanwaltschaft als Kontrollorgan von Heimen und Krankenanstalten, ÖZPR 2012/63).

³² Die VA hat zur Besorgung der Besuchs-, Überwachungs- und Beobachtungsaufgaben nach Art 148a Abs 3 B-VG Kommissionen einzurichten und diese dem Vorbild des ehemaligen MRB im BMI folgend (vgl insbesondere § 15a Abs 1 und § 15c SPG idF vor BGBl I 2012/1) mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben zu betrauen (§ 11 Abs 1 VAG). Die Kommissionen sind gleichsam der verlängerte Arm der VA und unterstützen sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben als NPM.

³³ Zum ehemaligen MRB im BMI, dessen Weisungsfreiheit nur einfachgesetzlich verankert war und der als beratendes Organ in der Lit als typischerweise nicht unabhängig qualifiziert wurde (vgl *Andre* in Thanner/Vogl § 15a SPG Anm 10 mwN), siehe § 15a Abs 2 erster Satz SPG idF vor BGBl I 2012/1.

keinen Beirat iSd § 8 BMG, sondern um ein verfassungsrechtlich vorgesehene Organ der VA, das durch das spezielle Fachwissen seiner Mitglieder und seine Empfehlungen die VA unterstützen und dadurch zu einem bestmöglichen Schutz und zu einer weiter intensivierten Förderung der Menschenrechte beitragen soll. Der MRB ist daher auch kein Organ der Staatsfunktion Verwaltung, sondern ebenso wie die VA³⁴ eines der Gesetzgebung. Als solches gelten für ihn auch nicht die spezifischen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Vollziehung, wie etwa die Amts- und Organhaftung.³⁵

Der MRB besteht aus einem oder einer Vorsitzenden, einem oder einer stellvertretenden Vorsitzenden, 14 weiteren Mitgliedern und Ersatzmitgliedern (§ 15 Abs 1 VAG; § 27 GeO³⁶) und, sofern mindestens ein Land die VA gem Art 148i Abs 1 erster Satz B-VG auch für den Bereich der Landesverwaltung für zuständig erklärt hat, aus zwei weiteren Mitgliedern und Ersatzmitgliedern (§ 15 Abs 4 VAG; § 27 GeO).³⁷ Ihre Bestellung hat nach vorliegender Zustimmung (§ 15 Abs 3 VAG) zu erfolgen und bedarf der kollegialen Beschlussfassung (§ 1 Abs 2 Z 6 VAG; § 28 Abs 1 GeO). Es handelt sich dabei um Rechtsakte sui generis, für die kein Fehlerkalkül besteht, dh im Falle des Verstoßes gegen Erzeugungsvorschriften sind sie absolut nichtig.³⁸ Bei der Bestellung der Ressort- und Ländervertreter ist die VA bei je einem Mitglied an den Vorschlag des Bundeskanzlers, der Bundesminister für Inneres, für Justiz, für Gesundheit, für Landesverteidigung und Sport, für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz sowie für europäische und internationale Angelegenheiten und einen gemeinsamen Vorschlag der betei-

³⁴ Vgl *Rudolf Thienel*, Art 148a B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2. Lfg 2002) Rz 3 mwN; *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Art 148a B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (9. Lfg 2009) Rz 8 mwN.

³⁵ Vgl zur VA *Thienel* in Kneihls/Lienbacher Art 148a B-VG Rz 3 mwN FN 23. Fragen eines allfälligen Rechtsschutzes stellen sich ohnehin nicht, da der MRB über kein Imperium verfügt und seine Tätigkeit nur indirekt nach außen zu wirken vermag.

³⁶ Geschäftsordnung der Volksanwaltschaft, ihrer Kommissionen und des Menschenrechtsbeirates (GeO der VA 2012), BGBl II 2012/249.

³⁷ Dies ist auch der Fall (siehe FN 30), sodass der MRB insgesamt aus 34 Personen besteht. Im Detail siehe zur Zusammensetzung <http://volksanwaltschaft.gv.at/menschenrechte/menschenrechtsbeirat> (5.8.2013). Die Bestellungen erfolgten mit Dekret vom 11. April 2012 mit Wirksamkeit vom 1. Juli 2012. An diesem Tag fand auch die konstituierende Sitzung des MRB statt. Im Hinblick auf die Wahrung der Anhörungsrechte des MRB vor der Bestellung der Mitglieder der Kommissionen (§ 12 Abs 2 VAG) und vor der Beschlussfassung über die GeO (§ 16 Abs 2 VAG) wird diese Vorgangsweise zur Wahrung der Anhörungsrechte als zulässig zu betrachten sein (vgl Art 151 Abs 48 B-VG). Sofern der MRB darüber hinausgehende Beschlüsse gefasst haben sollte, wären diese mangels Fehlerkalküls allerdings nichtig.

³⁸ Nur dem Vorsitzenden der VA kommt teilweise die Stellung eines Verwaltungsorgans zu; vgl *Thienel* in Kneihls/Lienbacher Art 148h B-VG Rz 8 mwN; *Kucsko-Stadlmayer* in Korinek/Holoubek Art 148h B-VG Rz 8 f.

lichten Länder³⁹ gebunden; ebenso besteht eine Bindung an die Vorschläge der sich der Wahrung der Menschenrechte widmenden Nichtregierungsorganisationen (NGO), deren Auswahl der VA obliegt (§ 15 Abs 3 VAG).

Die Mitglieder⁴⁰ müssen über erforderliche Fachkenntnisse und Fähigkeiten auf dem Gebiet der Menschenrechte verfügen (§ 15 Abs 2 VAG; § 28 Abs 2 GeO). Die Bestellung des oder der Vorsitzenden und dessen oder deren Stellvertreters oder Stellvertreterin, die anerkannte Persönlichkeiten mit ausgezeichneten Kenntnissen der Organisation und Funktionsweise der Verwaltung sowie mit einer wissenschaftlichen Qualifikation auf dem Gebiet des Verfassungsrechts sein sollen (§ 15 Abs 2 VAG),⁴¹ erfolgt durch die VA aus eigenem (§ 15 Abs 3 letzter Satz VAG).⁴² Sowohl die vorschlagenden Stellen als auch die Volksanwaltschaft haben sich um eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter⁴³, eine angemessene Vertretung ethnischer Gruppen und Minderheiten sowie um eine unabhängige, interdisziplinäre⁴⁴ und pluralistische Zusammensetzung zu bemühen (§ 15 Abs 2 und 3 VAG; § 27 GeO).

Sonstige Bestellungs Voraussetzungen oder Unvereinbarkeitsbestimmungen⁴⁵ bestehen nicht. Daher können auch Personen bestellt werden, die gerichtliche

³⁹ Die Koordination erfolgt über die Verbindungsstelle der Länder (zur Rechtsnatur siehe *Andreas Rosner*, Die Verbindungsstelle der Bundesländer, in FS 60 Jahre Verbindungsstelle der Bundesländer [2011] 53).

⁴⁰ Aus dem sprachlichen Zusammenhang des VAG, der GeO und der GeV (Geschäftsverteilung der Volksanwaltschaft, ihrer Kommissionen und des Menschenrechtsbeirates [GeV der VA 2012], BGBl II 2012/50 [siehe auch § 16 Abs 2 VAG]) lässt sich schließen, dass bei der Verwendung des bloßen Begriffs „Mitglieder“ auf alle Angehörigen des MRB, sohin auf die Vorsitzende, ihre Stellvertreterin, die weiteren Mitglieder und Ersatzmitglieder abgestellt wird.

⁴¹ Im Gegensatz zu dieser als Zielbestimmung formulierten Voraussetzung, die nicht unbedingt durch eine Habilitation nachgewiesen werden muss, sondern für deren Erbringung wohl auch sonstige wissenschaftliche Nachweise wie etwa einschlägige Publikationen oder Lehrtätigkeiten genügen (vgl ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 11), waren der Vorsitzende und sein Stellvertreter des MRB im BMI ausschließlich aus dem Kreis der Mitglieder des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs sowie jener Menschen auszuwählen, denen an einer österreichischen Universität die Lehrbefugnis für Verfassungsrecht zukam (§ 15a Abs 2 SPG idF vor BGBl I 2012/1).

⁴² Der BM für Inneres war als oberstes Organ an die an ihn erstatteten Vorschläge nicht gebunden (vgl *Andre* in Thanner/Vogl § 15b SPG Anm 9).

⁴³ Diese ist annähernd gegeben, besteht der MRB doch aus 17 männlichen und 15 weiblichen Mitgliedern und Ersatzmitgliedern. Hinsichtlich des Vorsitzes kann diese jedoch nicht konstatiert werden, zumal sowohl die Vorsitzende als auch ihre Stellvertreterin weiblichen Geschlechts sind.

⁴⁴ Dieses Element findet sich nur in der für die vorschlagenden Stellen vorgesehenen Zielbestimmung. Ihm kommt im Hinblick auf die umfassende Beratungszuständigkeit des MRB, die dieser nur mit dem erforderlichen Sachverstand hinreichend effektiv ausüben kann, jedoch eine besondere Bedeutung zu.

⁴⁵ Vgl etwa §§ 2 und 3 Geschworenen- und Schöffengesetz 1990 – GSchG, BGBl 256.

Verurteilungen aufweisen, die nicht der beschränkten Auskunft aus dem Strafregister unterliegen oder gegen die ein Strafverfahren wegen des Verdachts einer gerichtlich strafbaren, vorsätzlichen Handlung anhängig ist. Ebenso wenig sind etwa oberste Organe, Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften des Bundes oder der Länder, Geistliche und Ordenspersonen der gesetzlich anerkannten Kirchen und Religionsgesellschaften, Personen mit nichtösterreichischer Staatsbürgerschaft oder mit zu einer flüssigen Kommunikation nicht ausreichenden Deutschkenntnissen ausgeschlossen.

Die Bestellung erfolgt für sechs Jahre, wobei Wiederbestellungen zulässig sind (§ 15 Abs 5 VAG; § 28 Abs 3 GeO). § 28 Abs 5 GeO sieht vor, dass bei dem vorzeitigen Ausscheiden eines Mitglieds oder Ersatzmitglieds für den Rest der Funktionsperiode ein neues Mitglied oder Ersatzmitglied zu bestellen ist. Dies widerspricht den Vorgaben des § 15 Abs 5 VAG und wird insbesondere bei Funktionsperioden, die sich nur mehr über einen kurzen Zeitraum erstrecken, mit den Anforderungen an eine faktische Unabhängigkeit⁴⁶ nur schwer in Einklang zu bringen sein. § 28 Abs 5 GeO ist daher gesetzwidrig. Da es sich bei der GeO um einen Rechtsakt sui generis handelt, für den es kein Fehlerkalkül gibt,⁴⁷ ist § 28 Abs 5 GeO absolut nichtig. Daher sind Mitglieder und Ersatzmitglieder, die einem ausgeschiedenen Mitglied oder Ersatzmitglied folgen, ebenso wie die Vorsitzende oder ihre Stellvertreterin im Falle eines vorzeitigen Ausscheidens wiederum für sechs Jahre zu bestellen.

Die vorzeitige Abberufung eines Mitglieds oder Ersatzmitglieds ist jederzeit auf dessen Wunsch zulässig (§ 15 Abs 6 Z 1 VAG; § 28 Abs 4 Z 1 GeO). Sie ist auch zulässig, wenn das Mitglied oder Ersatzmitglied auf Grund seiner gesundheitlichen Verfassung die mit seiner Funktion verbundenen Aufgaben nicht mehr erfüllen kann (§ 15 Abs 6 Z 2 VAG; § 28 Abs 4 Z 2 GeO). Bei diesem Kriterium ist unter Berücksichtigung des Art 7 Abs 1 B-VG und der besonderen Funktion des MRB, der die VA auch im Hinblick auf aus der UN-Behindertenrechtskonvention⁴⁸ fließenden Schutzrechte von Menschen mit Behinderungen zu beraten hat, ein besonders strenger Maßstab anzulegen, sodass nur eine tatsächlich abseh-

⁴⁶ Der EGMR erachtet eine dreijährige Amtsdauer in seiner Rsp zur hinreichenden Unabhängigkeit von Tribunalen iSd Art 6 EMRK als hinreichend (vgl die Nachweise bei *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ [2012] § 24 Rz 34). Wengleich der MRB über keine nach außen gerichtete Entscheidungsbefugnis verfügt, so kommt in seiner verfassungsrechtlichen Verankerung und in der ebenso angeordneten Weisungsfreistellung seiner Mitglieder doch klar das Bestreben einer institutionellen Absicherung seiner Unabhängigkeit zum Ausdruck, für die auch eine bestimmte Dauer der Funktionsausübung erheblich ist.

⁴⁷ Vgl *Thienel* in Kneihls/Lienbacher Art 148h B-VG Rz 8 mwN; *Kucsko-Stadlmayer* in Korinek/Holoubek § 148h B-VG Rz 8 f.

⁴⁸ Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, BGBl III 2008/155.

bare dauernde Verhinderung der Aufgabenerfüllung (etwa wegen eines schweren Unfalls oder einer lebensbedrohenden Erkrankung) eine Abberufung rechtfertigen kann. Schließlich kann die VA eine vorzeitige Abberufung auch wegen einer mit der Funktion verbundenen groben Verletzung oder dauernden Vernachlässigung von Pflichten vornehmen (§ 15 Abs 6 Z 3 VAG; § 28 Abs 4 Z 3 GeO). Zu denken ist etwa an eine Verletzung der Amtsverschwiegenheit (§ 29 GeO), die wiederholte und unentschuldigte Nichtteilnahme an Sitzungen, Arbeitsgruppen und Vorbereitungssitzungen (§ 11 GeV) oder die fehlende vorbereitende Mitwirkung durch Ressort- und Ländervertreter (§ 12 GeV).

Ebenso wie die Bestellung unterliegt auch die Abberufung der kollegialen Beschlussfassung der VA (§ 1 Abs 2 Z 6 VAG) und stellt einen Rechtsakt sui generis dar,⁴⁹ gegen den es keinen Rechtsschutz gibt. Die Abberufung der von NGO normierten Mitglieder und Ersatzmitglieder sowie der Vorsitzenden oder ihrer Stellvertreterin erfolgt schriftlich und begründet (§ 15 Abs 4 letzter Satz VAG; § 28 Abs 2 letzter Satz GeO). Für die von obersten Organen vorgeschlagenen Mitglieder und Ersatzmitglieder des MRB ist dies nicht vorgesehen. Wenngleich das Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG aufgrund der Zuordnung der VA zur Staatsfunktion Gesetzgebung nicht zum Tragen kommt,⁵⁰ läuft eine mündliche Abberufung ohne Begründung oder eine schriftliche, aber begründungslose Abberufung stets Gefahr, mit dem Vorwurf von Willkür und Intransparenz behaftet zu sein. Eine gesetzliche Klarstellung, dass mit Ausnahme der wunschgemäßen Abberufung jede vorzeitige Abberufung schriftlich und begründet zu erfolgen hat, könnte Abhilfe schaffen.

B. Entschädigung

Der Vorsitzenden, ihrer Stellvertreterin und den von NGO vorgeschlagenen Mitgliedern gebührt unabhängig vom tatsächlichen Arbeitsaufwand eine Entschädigung (§ 15 Abs 7 VAG; § 33 Abs 1 GeO), mit der alle Aufwendungen ausgenommen der Reisekosten pauschal für ein Arbeitsjahr abgegolten werden und deren Auszahlung aliquot monatlich im Nachhinein erfolgt (§ 33 Abs 3 GeO). Diese beträgt für ein Arbeitsjahr für die Vorsitzende das 748-fache, für die stellvertretende Vorsitzende jährlich das 641-fache und für die von NGO vorgeschlagenen Mitglieder das 214-fache vH des Monatsgehalt eines Beamten der Dienstklasse V, Gehaltsstufe 2 des GehG⁵¹ jährlich⁵² (§ 33 Abs 2 GeO iVm § 16 Abs 2 zweiter Satz VAG). Durch das Abstellen auf das Arbeitsjahr ist klarge-

⁴⁹ Siehe FN 38.

⁵⁰ Vgl *Thienel* in Kneihls/Lienbacher Art 148a B-VG Rz 3.

⁵¹ Gehaltsgesetz 1956, BGBl 54.

⁵² Das Monatsgehalt eines Beamten der Dienstklasse V, Gehaltsstufe 2 des GehG beträgt mit Stichtag 5.8.2013 2.341,70 Euro brutto (§ 118 Abs 5 leg cit).

stellt, dass im Falle eines vorzeitigen Ausscheidens aus der Funktion jeweils nur der aliquote Anteil der Entschädigung des Arbeitsjahres, in welchem das Ausscheiden erfolgt, gebührt.

Dem von einer NGO vorgeschlagenen Ersatzmitglied hat das Mitglied im Falle seiner Vertretung den entsprechenden Anteil der pauschalen Entschädigung zu überlassen (§ 33 Abs 2 GeO). Unklar ist, wie der entsprechende Anteil im Falle der Vertretung zu berechnen ist. Das Abstellen auf einen einzelnen Tag, somit auf ein 365stel der jährlichen Entschädigung würde bedeuten, dass das Ersatzmitglied für die Vertretung nur rund 14 Euro brutto erhalten würde und könnte – etwa bei einer vertretenden Teilnahme an einer Sitzung des MRB, die auch eine entsprechende Vorbereitung erfordert – zu unbilligen Ergebnissen führen. Gleiches gilt aber auch für das Abstellen auf einen ganzen Monat, wenn etwa die Wahrnehmung der Vertretung nur einen geringen zeitlichen Aufwand mit sich bringt. Erforderlichenfalls hat die Volksanwaltschaft kollegial über die Höhe der Entschädigung bzw der zu überlassenden Entschädigung zu entscheiden. Beamtete Ressortvertreter üben ihre Mitgliedschaft oder Ersatzmitgliedschaft als eine Nebentätigkeit (§ 37 BDG 1979⁵³) aus. Sofern diese anstelle der ihnen obliegenden dienstlichen Aufgaben ausgeübt wird, gebührt daher keine Vergütung (§ 25 Abs 2 GehG), im Übrigen eine mit Zustimmung des Bundeskanzlers angemessene Nebentätigkeitsvergütung (§ 25 Abs 1 leg cit).⁵⁴ Auch die Ausübung der Funktion der Vorsitzenden oder ihrer Stellvertreterin durch Beamtinnen wird als Nebentätigkeit einzustufen sein, wobei § 33 GeO eine *lex specialis* zu § 25 GehG darstellt.

Für die Vergütung der Reisekosten gelten die Bestimmungen der RGV⁵⁵ mit der Abweichung, dass die Vorsitzende und ihre Stellvertreterin sowie die NGO-Mitglieder und sonstige beigezogene Personen (siehe § 32 Abs 2 GeO) bei Auslandsdienstreisen immer einen Anspruch auf Ersatz der Kosten nach Gebührenstufe 3⁵⁶ haben und nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit als Dienstort der Hauptwohnsitz oder die Arbeitsstätte gelten (§ 33 Abs 4 GeO). Der Hauptwohnsitz knüpft an jene Unterkunft an, die dem Mittelpunkt der Lebensbeziehungen dient; trifft dies auf mehrere Wohnsitze zu, so ist jener mit dem überwiegenden Naheverhältnis zu bezeichnen (Art 6 Abs 3 B-VG; § 1 Abs 7 MeldeG⁵⁷). Beim Begriff Arbeitsstätte handelt es sich um Orte in den Gebäuden eines Unternehmens und/oder Betriebs, die zur Nutzung

⁵³ Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl 333.

⁵⁴ Für Vertragsbedienstete wird Ähnliches gelten. Entweder sie üben die Funktion unentgeltlich anstelle ihrer sonstigen Tätigkeit aus oder es handelt sich um eine Erweiterung ihres Vertrages, dessen Abgeltung adäquat zu bemessen ist.

⁵⁵ Reisegebührenvorschrift 1955, BGBl 133.

⁵⁶ § 3 Abs 1 GehG idF vor dem Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 2010/111.

⁵⁷ Meldegesetz 1991, BGBl 1992/9.

für Arbeitsplätze vorgesehen sind (Arbeitsstätten in Gebäuden, diese umfassen auch Wohnwagen, Container oder sonstige ähnliche Einrichtungen, sofern sie zur Nutzung für Arbeitsplätze vorgesehen sind), einschließlich jedes Ortes auf dem Gelände eines Unternehmens und/oder Betriebs, zu dem Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Arbeit Zugang haben (Arbeitsstätten im Freien).⁵⁸

Unabhängig davon, dass auch Ersatzmitglieder befugt sind an Sitzungen des MRB teilzunehmen (§ 32 Abs 2 GeO), stehen ihnen allfällige Entschädigungen und Reisekosten nur in Wahrnehmung ihrer Vertretungsfunktion zu.

C. Verschwiegenheit

Die Vorsitzende, ihre Stellvertreterin sowie die weiteren Mitglieder und Ersatzmitglieder des MRB unterliegen der Amtsverschwiegenheit im selben Umfang wie die VA (§ 148b Abs 3 B-VG; § 29 GeO). Da der MRB kein Verwaltungsorgan ist, ist Art 20 Abs 3 B-VG nicht anzuwenden. Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht ergibt sich ausschließlich aus Art 148b Abs 2 B-VG, der an die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit jenes Organs anknüpft, an das die VA in Erfüllung ihrer Aufgaben herantreten ist. Erfasst werden daher die Amtsverschwiegenheit nach Art 20 Abs 3 B-VG sowie einfachgesetzliche Verschwiegenheitspflichten, aber auch Einschränkungen der Verschwiegenheit nach Art 20 Abs 3 B-VG, hingegen fallen Informationen, die die VA im Zuge eigener Erhebungen, dh ohne an andere Organe heranzutreten, ermittelt hat, nicht darunter.⁵⁹ Eine spezifische Entbindungsregel ist nicht vorgesehen.⁶⁰ Die getroffene Regelung eignet sich auf Grund ihrer Komplexität für die Tätigkeit des MRB nur bedingt und sollte durch die Schaffung einer handhabbaren Verschwiegenheitspflicht ersetzt werden. Sonstige Auskunftspersonen (§ 32 Abs 2 GeO) unterliegen nicht der Amtsverschwiegenheit.

Auch für den MRB gilt das DSG 2000.⁶¹ Eine Beschwerde gegen Verletzungen des DSG 2000 kann allerdings an die Datenschutzkommission nicht erhoben werden, da es sich um ein Organ der Gesetzgebung handelt (§ 1 Abs 5⁶² und § 31 Abs 1 und 2 DSG 2000).

Für Bedienstete der VA, die dem MRB zur Aufgabenerfüllung zugewiesen sind (vgl § 26 Abs 2 GeO; § 9 Z 1 und 2 GeV) oder die zu einer Sitzung des MRB

⁵⁸ Vgl § 19 Abs 1 und 2 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, BGBl 1994/450; VwSlg 17.296 A/2007.

⁵⁹ Im Detail *Thienel* in Kneihls/Lienbacher Art 148b B-VG Rz 11.

⁶⁰ Vgl *Kucsko-Stadlmayer* in Korinek/Holoubek Art 148b B-VG Rz 13.

⁶¹ Datenschutzgesetz 2000, BGBl I 1999/165.

⁶² Dieser tritt gem Art 2 Abs 1 Z 9 der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 mit Ablauf des 31. Dezember 2013 außer Kraft und wird durch eine gleichlautende Bestimmung (§ 5 Abs 4 DSG 2000) ersetzt werden (vgl Art I Z 6 DSG-Novelle 2014, BGBl I 2013/83).

beigezogen werden (§ 16 Abs 3 zweiter Satz VAG; § 32 Abs 2 dritter Satz GeO) gelten überdies die dienstrechtlichen Verschwiegenheitspflichten.

D. Befangenheit

Alle Mitglieder des MRB haben sich der Teilnahme an der Abstimmung über einen Gegenstand in einer Sitzung oder der Ausübung der Funktion zu enthalten, wenn einer der in § 7 Abs 1 Z 1 bis 3 AVG⁶³ genannten Gründe vorliegt (§ 30 GeO). Sie haben somit ihre Vertretung zu veranlassen, wenn sie an der Sache selbst, einer ihrer Angehörigen oder Pflegebefohlenen beteiligt sind (Fall 1), sie in der Sache als Bevollmächtigte oder Partei bestellt waren oder noch bestellt sind (Fall 2) oder sonstige wichtige Gründe vorliegen, die geeignet sind, ihre volle Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen (Fall 3). Durch die Normierung von Befangenheitsgründen sollen eine unparteiische Ausübung der Funktion gewährleistet, allfällige Gewissenskonflikte verhindert und nach außen jeder Schein einer Parteilichkeit vermieden werden.⁶⁴ Dabei ist ein strikter Maßstab anzuwenden, sodass ein Zweifel an der vollen Unbefangenheit schon dann anzunehmen sein wird, wenn Umstände vorliegen, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Befangenheit begründen können.⁶⁵ Sollte das zur Vertretung eines Mitglieds berufene Ersatzmitglied ebenfalls seine Befangenheit geltend machen oder die Vertretung nicht bewerkstelligen können, gibt es keine weitere Vertretung.⁶⁶

Die Wahrnehmung der Befangenheit gehört zu den Pflichten der Mitglieder. Jedes Mitglied wird daher selbst zu prüfen haben, ob ein Grad der Identifikation mit der dieser zu Grunde liegenden Würdigung eines Sachverhalts eingetreten ist, der es für eine unbefangene Ausübung seiner Funktion disqualifiziert.⁶⁷ Die Nichtwahrnehmung einer Befangenheit berührt die Zusammensetzung des MRB nicht, stellt jedoch eine Pflichtverletzung dar und kann, abhängig vom jeweils vorliegenden Sachverhalt, auch zu einer vorzeitigen Abberufung (§ 28 Abs 4 Z 3 GeO) führen.

E. Vorsitz

Der Vorsitzenden obliegt die Leitung des MRB (§ 31 erster Satz GeO). Diese umfasst folgende Aufgaben:

⁶³ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl 1991/51 (WV).

⁶⁴ Vgl zu einem weiteren (auch) präventiven Rechtsschutzmechanismus *Mathias Vogl*, Rechtsschutzbeauftragte 63 mwN.

⁶⁵ Vgl *Robert Walter/Dieter Kolonovits/Gerhard Muzak/Karl Stöger*, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁹ (2011) Rz 111 mwN.

⁶⁶ Eine Stimmübertragung an ein anderes Mitglied oder Ersatzmitglied des MRB ist nicht vorgesehen. Dadurch kann es auch zu keiner „Kettenvertretung“ kommen.

⁶⁷ Vgl *Vogl*, Rechtsschutzbeauftragte 63 mwN.

- Die Vertretung des MRB gegenüber der VA nach außen (§ 31 Abs 2 GeO; § 9 Z 5 GeV).
- Die regelmäßige, zumindest jedoch vierteljährliche Einberufung des MRB zu Sitzungen am Sitz der VA (§ 32 Abs 1 iVm § 25 GeO) unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen bei gleichzeitiger Bekanntgabe der Tagesordnung; die Leitung der Sitzungen; das Achten auf die Einhaltung des III. Abschnitts der GeO; die – jederzeitige – Unterbrechung oder Vertagung der Sitzungen (§ 32 Abs 1 und 4 GeO; § 9 Z 3 GeV); das Festhalten von Beschlüssen in einem Protokoll und deren Übermittlung an die VA sowie das Führen eines Protokolls⁶⁸ bei Sitzungen des MRB (§ 32 Abs 6 GeO⁶⁹). Die Übermittlung der Einladung zu Sitzungen sowie der Unterlagen kann auch auf elektronischem Weg erfolgen (§ 32 Abs 1 letzter Satz GeO); dies wird aber nur insoweit zulässig sein, als eine elektronische Anbindung auch tatsächlich zur Verfügung steht. Die Nichteinhaltung der Verpflichtung zur mindestens quartalsmäßigen Sitzungseinberufung stellt eine grobe Pflichtverletzung iSd § 15 Abs 5 VAG dar.
- Die Koordination aller Aufgaben des MRB, insbesondere mit der VA und ihren Kommissionen (§ 31 Abs 2 GeO; § 9 Z 4 GeV).
- Organisationangelegenheiten des MRB sowie als Ausfluss der Weisungsfreiheit die Ausübung der Fachaufsicht gegenüber den Bediensteten des Sekretariats OPCAT (SOP), soweit diese dem MRB zur Aufgabenerfüllung zugewiesen sind (§ 1 und 2 GeV). Die VA hat dem MRB zur Erfüllung seiner Aufgaben die erforderlichen personellen und finanziellen Mittel bereit zu stellen (§ 26 Abs 2 GeO).⁷⁰ Die Effektivität der Beratungstätigkeit und die tatsächliche Unabhängigkeit des MRB hängen unmittelbar mit der Zugriffsmöglichkeit auf personelle Ressourcen, dem Vorhandensein angemessener Sachmittel sowie einer adäquaten Raumausstattung zusammen. Die Ausstattung ist so zu bemessen, dass der MRB die ihm übertragenen Aufgaben sinnvoll bewältigen kann.⁷¹ Aus dem Wortlaut der Bestimmung kann geschlossen werden, dass das Personal aus dem Planstellenbereich der VA und die Sacher-

⁶⁸ Für das Erstellen des Protokolls kann sich die Vorsitzende eines von der VA für die Sitzung beigegebenen Bediensteten bedienen, der in Erfüllung dieser Aufgabe fachlich der Vorsitzenden untersteht (§ 9 Z 2 GeV).

⁶⁹ Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist der VA nur das Protokoll über die Beschlüsse zu übermitteln. Da die Mitglieder der VA das Recht haben, an allen Beratungen des MRB teilzunehmen, spricht auch aus Effizienzgründen nichts dagegen, der VA das Sitzungsprotokoll, in dem die Beschlüsse enthalten sind, zu übermitteln.

⁷⁰ Zum Personalübergang vom MRB im BMI auf den NPM der VA siehe die dienstrechtlichen Begleitregelungen in § 23 Abs 4 VAG (die ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 12 sprechen fälschlicherweise von einem Übergang auf den MRB [bei der VA]).

⁷¹ Vgl zur Funktion des Ombudsmannes *Thomas Walzel von Wiesentreu*, Rechtsschutzdefizite im besonderen Gewaltverhältnis? JBl 2000, 707 (709).

fordernisse (wie insbesondere Räumlichkeiten, Büro- und Kommunikations-einrichtungen) aus den der VA zur Verfügung stehenden Sachmitteln beizustellen ist.

Im Falle der Verhinderung der Vorsitzenden des MRB obliegt die Leitung ihrer Stellvertreterin (§ 31 GeO), die damit funktionell als Vorsitzende tätig wird und diesfalls die gleichen Rechte und Pflichten hat, wie die Vorsitzende. Eine Verhinderung wird insbesondere bei Urlaub, Krankheit, Befangenheit oder bei unaufschiebbaren beruflichen oder privaten Verpflichtungen⁷² vorliegen. Aus der gesetzlichen Regelung geht hervor, dass – wie es Stellvertretungsregelungen im Allgemeinen inhärent ist⁷³ – an eine Aufgabenerfüllung durch die Stellvertreterin nur in spezifischen Verhinderungsfällen gedacht ist. Die Stellvertreterin wird formell⁷⁴ daher nur bedingt zu einer Entlastung beitragen können.

F. Arbeitsweise

Die Vorsitzende beruft den MRB mindestens einmal in jedem Jahresquartal ein. Auf begründetes Ersuchen der VA oder von sechs Mitgliedern des MRB hat sie diesen unverzüglich einzuberufen (§ 31 Abs 1 GeO). Die Tagesordnung ist mindestens zwei Wochen vor Sitzungsbeginn mit der Übermittlung der Einladung bekannt zu geben. Für die Übermittlung sonstiger Unterlagen für die Sitzung gilt diese Frist nicht, wenngleich auch die Unterlagen im Hinblick auf ein sinnhaftes Arbeiten möglichst frühzeitig den Mitgliedern des MRB übermittelt werden sollten. Anträge auf Änderungen oder Ergänzungen der Tagesordnung können von jedem stimmberechtigten Mitglied des MRB, somit auch von Ersatzmitgliedern in Wahrnehmung ihrer Vertretungsfunktion, bis zum Beginn der Sitzung gestellt werden. Von Ersatzmitgliedern können entsprechende Anregungen ausgehen (§ 32 Abs 4 GeO). Die Verwendung des Wortes „ausgehen“ impliziert, dass diese Anregungen auf dem gesetzlich vorgesehenen Einbringungsweg, somit im Wege jenes Mitglieds, welches das Ersatzmitglied gegebenenfalls zu vertreten hat, einzubringen sind. Über die gestellten Anträge hat die Vorsitzende vor Eingang in die Tagesordnung abstimmen zu lassen (§ 32 Abs 3 GeO), wobei die allgemeinen Beschlusserfordernisse gelten.

An den Sitzungen des MRB nehmen die Vorsitzende, ihre Stellvertreterin (unabhängig von ihrer Stellvertretungsfunktion und damit auch mit einem eigen-

⁷² Die Vorsitzende übernimmt mit der mit ihrer Zustimmung vorgenommenen Bestellung ein Bündel an Rechten und Pflichten. Um auch nur kurzfristigen Handlungsunfähigkeiten des MRB vorzubeugen, empfiehlt es sich, bei der Planung der beruflichen und privaten Termine auf eine Abstimmung mit ihrer Stellvertreterin zu achten.

⁷³ Vgl. *Vogl*, Rechtsschutzbeauftragte 71 mwN.

⁷⁴ Dies hindert jedoch jegliche freiwillige Unterstützung der Vorsitzenden im Rahmen von vor- oder nachbereitenden Tätigkeiten in keinem Maße.

ständigen Stimmrecht) und die sonstigen Mitglieder, im Fall ihrer Verhinderung ihre Ersatzmitglieder, teil (§ 32 Abs 2 GeO). Es handelt sich hierbei um Obliegenheiten, die bei groben Pflichtverletzungen (§ 15 Abs 6 Z 3 VAG) zu einer vorzeitigen Abberufung führen können. Die Mitglieder der VA und die Ersatzmitglieder des MRB können immer, allerdings ohne Stimmrecht, an den Beratungen des MRB teilnehmen (§ 16 Abs 3 VAG; § 32 Abs 2 GeO). Der MRB kann zu seinen Beratungen Bedienstete der VA, Mitglieder der Kommissionen, Ersatzmitglieder des MRB und sonstige Auskunftspersonen beiziehen (§ 16 Abs 3 VAG; § 32 Abs 2 GeO). Sonstige Auskunftspersonen unterliegen nicht der Amtsverschwiegenheit. Gegenüber ihnen besteht daher sowohl die Verpflichtung zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit als auch die sich insbesondere aus dem Recht auf Privatleben und dem Recht auf Datenschutz ergebende Verpflichtung zur Wahrung der Rechte dritter Personen.

Die Vorsitzende leitet alle Sitzungen des MRB. Da ihr Leitungsrecht ein umfassendes ist, obliegt ihr insbesondere das Eröffnen, Unterbrechen, Vertagen (§ 32 Abs 4 GeO) und Schließen der Sitzungen, das Feststellen der Beschlussfähigkeit, das Abstimmen über Änderungen oder Ergänzungen der Tagesordnung und die Genehmigung des Protokolls der letzten Sitzung, das Worterteilen, das Abstimmen über Anträge, das Verkünden der Entscheidungen, das Zusammenfassen und Festhalten von Beschlüssen in einem Protokoll und die Erstellung des Sitzungsprotokolls (§ 32 Abs 6 GeO). Das Verwenden von Tonträgern zur Aufzeichnung ist nicht vorgesehen,⁷⁵ jedoch bei nachweislicher Zustimmung⁷⁶ aller Sitzungsteilnehmer als ausschließliche Unterstützung bei der Erstellung des Protokolls⁷⁷ zulässig. Die Aufnahme ist spätestens nach Genehmigung des Protokolls zu löschen. Im Hinblick auf einen effizienten Sitzungsverlauf kann die Vorsitzende auch zeitliche Begrenzungen für die Erörterung einzelner Tagesordnungspunkte oder Redezeitbegrenzungen für einzelne Wortmeldungen festlegen.⁷⁸ Ebenso kann sie auch einladen, zu bestimmten Tagesordnungspunkten schriftlich Stellung zu nehmen. Nicht nur im Hinblick auf die Pluralität des MRB, sondern vor allem im Hinblick auf eine hinreichend effektive Beratungstätigkeit ist den Diskussionen zu einem Tagesordnungspunkt so viel Zeit zu wid-

⁷⁵ Vgl demgegenüber § 7 Abs 2 der nach der sog. „Herzogmantel-Theorie“ (vgl. *Robert Walter/Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ [2007] Rz 598) mit Ablauf des 30. Juni 2012 außer Kraft getretenen Geschäftsordnung des Menschenrechtsbeirates (MRB-GO), BGBl III 1999/395, betreffend den MRB im BMI.

⁷⁶ Aus Gründen der Nachvollziehbarkeit empfiehlt es sich, einen Beschluss darüber herbeizuführen und das Ergebnis der Abstimmung im Protokoll festzuhalten.

⁷⁷ Vgl § 1 Abs 2 DSG 2000; *Heinz Drobesh/Walter Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) 100; siehe auch den Tatbestand des § 120 Abs 2 Strafgesetzbuch – StGB, BGBl 1974/60.

⁷⁸ Vgl § 7 Abs 2 zweiter Satz MRB-GO.

men, dass zumindest die für die Herbeiführung eines Beschlusses erforderliche Mehrheit der Meinung ist, dass die Angelegenheit ausreichend erörtert wurde.⁷⁹ Eine Regelung über Anträge zur Geschäftsbehandlung fehlt; sie werden jedoch während einer Sitzung des MRB jederzeit zulässig sein. Sofern sich zu einem Antrag keine ausdrückliche Regelung im VAG oder in der GeO findet, ist über diesen – allenfalls nach einer kurzen Debatte⁸⁰ – nach den allgemeinen Regeln über die Beschlussfassung abzustimmen.

Der MRB übt seine Beratungstätigkeit nach Art 148h Abs 3 B-VG als Kollegialorgan aus (§ 10 GeV), dh die Willensbildung erfolgt durch mehrere Personen.⁸¹ Beschlüsse bedürfen der einfachen Mehrheit bei Anwesenheit der Vorsitzenden oder ihrer Stellvertreterin und mindestens sieben weiterer Mitglieder oder ihrer Ersatzmitglieder; die Vorsitzende verfügt über ein Dirimierungsrecht (§ 16 Abs 1 VAG; § 33 Abs 5 GeO). Eine Beschlussfassung im Umlaufweg ist zulässig, sofern nicht mindestens fünf Mitglieder des MRB eine mündliche Erörterung verlangen (§ 16 Abs 1 VAG iVm § 32 Abs GeO).

Die Einrichtung von Arbeitsgruppen ist durch Beschluss des MRB zur Vorbereitung, Begutachtung oder Bearbeitung einzelner Angelegenheiten⁸² zur nachfolgenden Behandlung in einer seiner Sitzungen zulässig (§ 31 Abs 3). Im Beschluss können auch weitere Vorgaben, wie etwa die Zusammensetzung, die Leitung, der Aufgabenumfang, die Arbeitsweise oder die Beiziehung externer Experten⁸³ vorgenommen werden. Interne Abstimmungen in einer Arbeitsgruppe können unter sinngemäßer Heranziehung der § 32 Abs 3 letzter Satz und § 32 Abs 5 GeO und ohne Bindungswirkung für den MRB vorgenommen werden, sofern diese zumindest drei Mitglieder umfasst und somit die für den MRB vorgesehene kollegiale Struktur bei Beratungen⁸⁴ beibehalten wird. Nimmt ein Ersatzmitglied an einer Arbeitsgruppe ohne Wahrnehmung seiner Vertretungsfunktion teil, ist es – wie im MRB selbst – nicht stimmberechtigt. Da keine Vorgaben hinsichtlich der Teilnehmerzahl an einer Arbeitsgruppe ersichtlich sind, ist die Übertragung der Vorbereitung, Begutachtung oder Bearbeitung einzelner Angelegenheiten an ein einzelnes Mitglied oder Ersatzmitglied des MRB ebenso möglich.⁸⁵

⁷⁹ Vgl den Zwischensatz des § 7 Abs 2 zweiter Satz MRB-GO.

⁸⁰ Vgl § 9 MRB-GO.

⁸¹ Vgl *Konrad Lachmayer*, Beiräte in der Bundesverwaltung (2003) 34.

⁸² Vgl § 13 Abs 1 MRB-GO.

⁸³ Vgl § 13 Abs 2 MRB-GO.

⁸⁴ Vgl *Lachmayer*, Beiräte 34.

⁸⁵ Vgl § 13 Abs 3 MRB-GO.

G. Aufgaben

1. Beratung der VA

Das in Art 148h Abs 3 B-VG verankerte Mandat des MRB zur Beratung der VA⁸⁶ ist umfassend: Er berät die VA in Erfüllung ihres menschenrechtlichen Schutz- und Förderungsauftrags sowohl in ihrer Funktion als NPM hinsichtlich des Besuchs und der Überprüfung von Orten einer Freiheitsentziehung, als auch hinsichtlich der zuvor vom MRB im BMI wahrgenommenen⁸⁷ Beobachtung und begleitenden Überprüfung des Verhaltens der zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ)⁸⁸ ermächtigten Organe und schließlich im Rahmen der Überwachung und des Besuchs von für Menschen mit Behinderungen bestimmten Einrichtungen und Programmen in Durchführung von Regelungen der UN-Behindertenrechtskonvention (Art 148a Abs 3 B-VG). Das VAG und die GeO bilden diesen umfassenden Ansatz ebenfalls ab⁸⁹ und heben in demonstrativer Aufzählung⁹⁰ die Beratung der VA im Rahmen des ihr nunmehr übertragenen Mandats bei der Festlegung genereller Prüfschwerpunkte⁹¹ sowie vor der Erstattung von Missstandsfeststellungen und Empfehlungen, bei der strukturellen Evaluierung der Erfüllung der Aufgaben sowie der Umsetzung der diesbezüglichen Empfehlungen über Ersuchen der VA und durch die Erstattung von Vorschlägen zur Gewährleistung einheitlicher Vorgangsweisen und Prüfstandards hervor (§ 14 VAG; § 26 Abs 1 Z 1 bis 3 GeO).

Die VA verfügt auch über ein umfassendes Begutachtungsrecht. Gesetzes- und Verordnungsentwürfe sind ihr zeitgerecht und mit einer angemessenen Frist zu übermitteln (§ 7 Abs 1 VAG). Über Art 19 lit c OPCAT hinausgehend steht ihr auch ausdrücklich das Recht zu, eine Änderung oder Erlassung von Gesetzen anzuregen (§ 7 Abs 2 VAG). Im Hinblick auf den umfassenden Beratungsauftrag

⁸⁶ Das Wort „ihrer“ in Art 148h Abs 2 erster Satz bezieht sich auf die Beratung der VA und nicht der Kommissionen der VA (vgl ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 1, 3, 9).

⁸⁷ § 15a Abs 1 SPG idF vor BGBl I 2012/1.

⁸⁸ Verwendet werden auch die Begriffe „faktische Amtshandlung“ und „verfahrensfreier Verwaltungsakt“ (dazu *Martin Köhler*, Art 129a B-VG, in *Korinek/Holoubek* [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht [1. Lfg 1999] Rz 48).

⁸⁹ Hinsichtlich der Beratungstätigkeit wird jeweils auf § 11 Abs 1 VAG verwiesen, der zwar einige nähere Determinierungen vornimmt, dessen Aufgaben aber mit den in Art 148a Abs 3 B-VG genannten übereinstimmen (vgl § 14 Abs 1 VAG; § 26 Abs 1 Z 1 GeO).

⁹⁰ Vgl auch ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 11: „§ 14 zweiter Satz soll den ersten Satz dieser Bestimmung keineswegs einschränken.“

⁹¹ Auf Grund der umfassenden Kontrollaufgaben der VA und ihrer Kommissionen wird es sich empfehlen, nur einige wenige Prüfschwerpunkte vorzuschlagen, diese über einen adäquaten Zeitraum systematisch und flächendeckend bei den Besuchen vor Ort zu berücksichtigen und letztlich auf Basis der gewonnenen Erkenntnisse Empfehlungen zur Beseitigung und nachhaltigen Prävention von strukturellen Mängeln zu erstatten.

des MRB hat die VA Gesetzes- oder Verordnungsentwürfe, die in Art 11 Abs 1 VAG genannte Angelegenheiten berühren, dem MRB zur Verfügung zu stellen. Dieser kann sich allerdings unabhängig davon jederzeit zu derartigen Entwürfen äußern und der VA Empfehlungen für die Stellungnahme im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zukommen lassen.

Da sich der Umfang des Beratungsmandats des MRB nach den der VA übertragenen Aufgaben richtet, lohnt es sich, einen Blick darauf zu werfen.

a. Schutz und Förderung der Menschenrechte

Hinter jeglicher Prüf-, Beobachtungs- und Besuchstätigkeit steht als oberstes Ziel der Schutz und die Förderung der Menschenrechte (Art 148a Abs 3 B-VG; § 11 Abs 1 VAG). Dieser Begriff geht über das OPCAT hinaus, das einerseits lediglich auf den Schutz vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe abstellt (Art 1 und Art 19 lit a OPCAT) und andererseits hinsichtlich der Errichtung der nationalen NPM nur die Berücksichtigung der Grundsätze der Stellung nationaler Einrichtungen zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte nennt (Art 18 Abs 4 OPCAT). Bei der Schaffung des österreichischen NPM wurden daher im OPCAT-Durchführungsgesetz zu Recht in vielfältiger Hinsicht Anleihen bei dem als Teil einer wesentlichen Weiterentwicklung des präventiven Grundrechtsschutzes im SPG anzusehenden MRB⁹² genommen.⁹³ Der menschenrechtliche Maßstab bei der Aufgabenerfüllung hat neben der nationalen Rechtslage auch internationale Menschenrechtsstandards wie etwa völkerrechtliche Verpflichtungen der Republik Österreich aus Abkommen der Vereinten Nationen oder des Europarates sowie menschenrechtliche Empfehlungen der in diesen Abkommen verankerten Vertragsorgane (zB CAT, SPT oder CPT), auf OPCAT basierende Standards des SPT für NPM oder Monitoring Standards der Vereinten Nationen und des CPT bezüglich Vorbereitung, Durchführung und Dokumentation von Besuchen vor Ort zu berücksichtigen.⁹⁴

b. Orte einer Freiheitsentziehung

Es handelt sich dabei um Orte, an denen Personen auf Grund einer Entscheidung einer Behörde oder auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem

⁹² Vgl *Vogl* in Bundesministerium für Inneres 28.

⁹³ Die EBRV 1515 BlgNR 24. GP, 3 sind daher nicht zutreffend, wenn sie davon sprechen, dass der nunmehr als Beratungsorgan bei der VA eingerichtete MRB an die Stelle des MRB im BMI tritt, da dieser auch mit seinen Kommissionen umfassend präventiv-operativ tätig war (vgl §§ 15a Abs 1 und 15c Abs 1 SPG idF vor BGBl 2012/1).

⁹⁴ Vgl EBRV 1515 BlgNR 24. GP, 7.

oder stillschweigendem Einverständnis die Freiheit entzogen ist oder entzogen werden kann (Art 4 Abs 1 erster Satz OPCAT). Als Freiheitsentziehung ist jede Form des Festhaltens oder der Inhaftierung oder die Unterbringung einer Person in einer öffentlichen oder privaten Gewahrsamseinrichtung, die diese Person nicht nach Belieben verlassen darf, auf Grund der Entscheidung einer Justiz-, Verwaltungs- oder sonstigen Behörde zu sehen (Art 4 Abs 2 OPCAT).

Darunter zählen auch Freiheitsbeschränkungen auf Grund einer Festnahme durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes⁹⁵ aus eigenem, wenngleich diese als AuvBZ anzusehen sind.⁹⁶ Die ErlRV stellen zu Recht auch auf eine gewisse Dauer der Freiheitsentziehung ab; daher wird eine Anhaltung, die etwa ausschließlich der Identitätsfeststellung nach § 35 Abs 1 SPG dient, den Ort der Anhaltung auf Grund der Kurzfristigkeit der Freiheitsbeschränkung⁹⁷ an diesem zu keinem Ort der Freiheitsentziehung iSd OPCAT machen. Das freiwillige Befolgen des bloßen Wunsches eines Organs des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf die Polizeiinspektion mitzukommen, der freiwillige, wenngleich auch längerfristige Aufenthalt auf einer Polizeiinspektion oder die Beschränkung der physischen Bewegungsfreiheit als (sekundärer) Begleitumstand einer auf andere Zwecke gerichteten Amtshandlung stellen keine Freiheitsbeschränkung dar.⁹⁸ Ebenso wenig ist eine Betreuungsstelle iSd § 1 Z 4 GVG-B 2005⁹⁹ als Ort einer Freiheitsentziehung zu qualifizieren, da den in den Betreuungsstellen untergebrachten Personen unabhängig vom Verfahrensstand,¹⁰⁰ von der örtlichen Lage¹⁰¹ und von

⁹⁵ Es handelt sich dabei um Angehörige des Wachkörpers Bundespolizei, der Gemeindegewachkörper und des rechtskundigen Dienstes bei Sicherheitsbehörden, soweit diese Organe zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt sind (§ 5 Abs 2 SPG).

⁹⁶ Vgl *Josef Aichreiter*, Art 129a B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar* (3. Lfg 2004) Rz 40; *Köhler* in *Korinek/Holoubek* Art 129a B-VG Rz 46. Gleiches gilt hinsichtlich dieser Doppelfunktionalität auch für Unterbringungen auf Verlangen sowie die meisten Beschränkungen nach §§ 33 ff Unterbringungsgesetz – UbG, BGBl 1990/155; vgl *Christian Kopetzki*, *Grundriss des Unterbringungsrechts*³ (2012) Rz 768/1.

⁹⁷ Vgl EBRV 1515 BlgNR 24. GP, 8 unter Hinweis auf die Tatbestandselemente „Orte der Freiheitsentziehung“ und „entzogen ist“.

⁹⁸ Vgl *Peter Andre/Mathias Vogl*, *Anhalteordnung – AnhO* (2007) § 1 Anm 1 mwN.

⁹⁹ Grundversorgungsgesetz Bund – 2005, BGBl 1991/405.

¹⁰⁰ Asylwerber können auch während der 120stündigen Zurverfügunghaltungsverpflichtung (§ 15 Abs 3a Asylgesetz 2005 – AsylG 2005, BGBl I 2005/100) jederzeit die Betreuungsstelle verlassen. Eine Ermächtigung, sie daran mit unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt zu hindern, besteht nicht (vgl ErlRV 1078 BlgNR 24. GP, 45).

¹⁰¹ Auf dem Areal der in Traiskirchen und Thalham situierten Betreuungsstellen „Ost“ und „West“ (§ 1 Abs 1 Z 1 und 2 Betreuungseinrichtungen-Betretungsverordnung – BEBV 2005, BGBl II 2005/2) befinden sich auch die Erstaufnahmestellen „Ost“ und „West“ (§ 3 Abs 2 und 3 Asylgesetz-Durchführungsverordnung 2005 – AsylG-DV 2005, BGBl II 2005/488) sowie jeweils eine Polizeiinspektion. Die Betreuungsstellen sind von den Erstaufnahmestellen und den Polizeiinspektionen sowohl rechtlich als auch räumlich klar voneinander abgegrenzt. Sollte es in einer Betreuungseinrichtung zur Vorführung eines Asylwer-

der zeitlichen Komponente grundsätzlich¹⁰² jederzeit das Verlassen der Betreuungsstelle möglich ist.¹⁰³

Hingegen gelten Strafvollzugsanstalten (allgemeine Anstalten und Sonderanstalten) und gerichtliche Gefangenenhäuser (§§ 8 f StVG), Sicherheitsbehörden (insbesondere Polizeianhaltezentren und sonstige Hafträume) und Sicherheitsdienststellen (insbesondere Verwahrungsräume auf Polizeiinspektionen), militärische Dienststellen (§ 1 Abs 2 MBG, insbesondere bei Vorhandensein von Hafträumen oder der Möglichkeit der Verhängung von Ausgangsverboten gem § 47 HDG 2002¹⁰⁴), Krankenanstalten, Alten- und Pflegeheimen im Geltungsbereich des HeimAufG¹⁰⁵ oder des UbG¹⁰⁶ typischerweise als Orte einer Freiheitsentziehung iSd OPCAT.¹⁰⁷ Auch Orte, an denen eine über eine kurzfristige Dauer hinausgehende Freiheitsbeschränkung erfolgen kann (etwa sog „Arrestantenwagen“), fallen darunter.

bers gem § 47 AsylG 2005 vor das Bundesasylamt kommen, handelt es sich um einen AuvBZ. Selbst bei der Erstaufnahmestelle Flughafen am Flughafen Wien-Schwechat (§ 3 Abs 4 AsylG-DV 2005), die zugleich als Betreuungsstelle (§ 1 Abs 1 Z 5 BEBV 2005) und als Erstaufnahmestelle (§ 3 Abs 4 AsylG-DV 2005) dient, handelt es sich in einer Gesamtzusammenschau (zB Art, Dauer, Auswirkungen und die Art der Durchführung der betreffenden Maßnahme) um keinen Ort der Freiheitsentziehung iSd OPCAT. Ein Betroffener hat jederzeit die Möglichkeit, diesen Sondertransitbereich zum Zweck des Abflugs zu verlassen (vgl § 32 Abs 1 letzter Satz AsylG 2005) und seine Ausreise selbst zu organisieren (vgl EGMR 25.6.1996, 17/1995/523/609 [Amuur/FR] = EuGRZ 1996, 577 ff; VfSlg 15.465/1999; 16.081/2001; 16.354/2001). Längstens nach sechs Wochen ist ihm die Einreise zu gestatten (§ 32 Abs 4 AsylG 2005). Auf die umfassende Mitwirkung des UNHCR in diesen Verfahren (BGBl III 2003/32) ist ebenfalls Bedacht zu nehmen.

¹⁰² Anderes wird für unbegleitete, insbesondere unmündige Minderjährige gelten. Ob eine Betreuungsstelle etwa im Falle der Hinderung des nächtlichen Verlassens durch einen unbegleiteten Minderjährigen zu einem Ort der Freiheitsentziehung iSd OPCAT wird, kann an dieser Stelle nicht geklärt werden, scheint jedoch im Hinblick auf die sich aus der Obsorge ergebenden umfassenden Fürsorge- und Aufsichtspflichten (insbesondere der §§ 144 ff des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, JGS 1811/946) fraglich. Ähnliches gilt etwa auch für Schulen, Kindergärten, Horteinrichtungen oder stationäre sozialpädagogische Einrichtungen für die Betreuung von traumatisierten und vernachlässigten Kindern und Jugendlichen.

¹⁰³ Unberührt bleibt jedoch die Möglichkeit, dass die Kommissionen auf Ersuchen der Volksanwaltschaft gem § 13 Abs 1 VAG unter dem Titel „Prüfung von vermuteten Missständen in der Verwaltung“ tätig werden und somit im Rahmen der Zuständigkeit des Art 148a Abs 1 und 2 B-VG die Betreuungsstellen besuchen können (so auch *Gabriele Kucsko-Stadlmayer* bei ihrer Antrittsvorlesung an der Universität Wien am 27.5.2013).

¹⁰⁴ Heeresdisziplingesetz 2002, BGBl I 2000/167 (WV).

¹⁰⁵ Heimaufenthaltsgesetz, BGBl I 2004/11.

¹⁰⁶ Siehe die Aufzählung bei *Zierl/Greifeneder*, ÖZPR 2012/63, 87.

¹⁰⁷ Nicht näher beleuchtet werden kann im Rahmen dieser FS, wie weit die der VA als NPM übertragenen Kontrollbefugnisse im Rahmen einer Abschiebung auf dem Luftweg reichen.

c. Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt

Die VA hat – wie auch schon der MRB im BMI¹⁰⁸ – jene Organe zu überwachen, die zur AuvBZ ermächtigt sind (Art 148a Abs 3 Z 2 B-VG; § 11 Abs 1 Z 2 VAG), und zwar unabhängig davon, ob sie tatsächlich einen Akt AuvBZ setzen oder gesetzt haben. Unter AuvBZ sind normative Hoheitsakte zu verstehen, die einer Verwaltungsbehörde zuzurechnen sind und die in die subjektiven Rechte der durch sie Betroffenen ohne die Erlassung eines Bescheides gestaltend oder feststellend eingreifen.¹⁰⁹ Daher umfasst das Mandat der VA etwa die Kontrolle der Ausübung von Zwangsgewalt durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Rahmen der Sicherheitspolizei (§ 50 SPG) oder der Kriminalpolizei (§§ 93 StPO¹¹⁰), durch militärische Organe im Wachdienst¹¹¹ (§ 17 MBG), durch Strafvollzugsbedienstete¹¹² (§ 104 StVG), durch Zollorgane (§ 50 ZollR-DG¹¹³), durch Organe der Bundespolizei, der Gemeindegewachkörper oder anderer Aufsichtsorgane im Rahmen des bewussten und gewollten Waffengebrauches (etwa gem §§ 2, 7, 9, 10 und 12 WaffGebrG¹¹⁴; § 72 NÖ JagdG¹¹⁵), im Rahmen der Unterbringung (insbesondere §§ 8, 9 und 33 ff UbG)¹¹⁶ oder während des Aufenthalts in Heimen oder anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (insbesondere § 5 HeimAufG). Ebenso fällt aber jegliche andere faktische Amtshandlung wie etwa auch die Anordnung der Beseitigung einer Gewässerunreinigung durch die Wasserrechtsbehörde (§ 31 Abs 3 WRG¹¹⁷), die Unterbindung einer Gewerbeausübung (§ 360 Abs 2 GewO 1994¹¹⁸) oder die gänzliche oder teilweise Schließung eines Betriebs (vgl § 360 Abs 4 GewO

¹⁰⁸ § 15a Abs 1 zweiter Satz SPG idF vor BGBl I 2012/1. Die Überwachungstätigkeit war auf die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes allerdings ohne Einschränkung auf Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung bezogen (vgl etwa *Andre* in Thanner/Vogl § 15a SPG Anm 7).

¹⁰⁹ Vgl *Aichlreiter* in Kneihls/Lienbacher Art 129a B-VG Rz 38; *Köhler* in Korinek/Holoubek Art 129a B-VG Rz 45.

¹¹⁰ Strafprozessordnung, BGBl 1975/631.

¹¹¹ § 1 Abs 1 und § 6 Militärbefugnisgesetz – MBG; vgl etwa *Nicolas Raschauer/Wolfgang Wessely*, Militärbefugnisgesetz² – MBG² (2007) § 1 Anm 3 und § 6 Anm 3.

¹¹² Dazu näher *Karl Drexler*, Strafvollzugsgesetz² – StVG² (2010) § 105 Rz 1.

¹¹³ Zollrechts-Durchführungsgesetz, BGBl 1995/659.

¹¹⁴ Waffengebrauchsgesetz, BGBl 1969/149.

¹¹⁵ NÖ Jagdgesetz 1974, LGBl 6500-28.

¹¹⁶ Vgl *Kopetzki*, Grundriss³ Rz 768/1.

¹¹⁷ Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl 215; vgl *Franz Oberleitner/Wolfgang Berger*, Kommentar zum Wasserrechtsgesetz 1959³ – WRG³ (2011) § 31 Rz 24.

¹¹⁸ Gewerbeordnung 1994, BGBl 194; vgl *Hermann Grabler/Harald Stolzlechner/Harald Wendl*, Kommentar zur GewO³ (2011) § 360 Rz 27 iVm Rz 56.

1994¹¹⁹; § 56a Abs 1 GSpG¹²⁰) unter den denkbar vielfältigen Kontrollauftrag der VA.

d. Behinderteneinrichtungen und -programme

Schließlich ist die VA mit dem Ziel, jede Form der Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch zu verhindern (§ 11 Abs 1 Z 3 VAG), auch für die Überwachung jeglicher Einrichtungen und Programme für Menschen mit Behinderungen zuständig (Art 148a Abs 3 Z 3 B-VG). Damit kommt der Gesetzgeber Verpflichtungen, die sich insbesondere aus § 16 Abs 3 der UN-Behindertenrechtskonvention ergeben, nach.¹²¹ Auch hier wird der VA ein überaus weiter Kontrollauftrag zur Gewährleistung eines hohen Maßes an Gewaltschutz für Menschen mit Behinderung¹²² überantwortet.¹²³

2. Anhörungsrechte

Der MRB ist vor der Bestellung und Abberufung¹²⁴ der Mitglieder der Kommissionen (§ 12 Abs 2 VAG; § 19 GeO), vor der Festlegung der Höhe der Entschädigung der Vorsitzenden, ihrer Stellvertreterin und der von NGO vorgeschlagenen Mitglieder und vor der Beschlussfassung der GeO (§ 16 Abs 2 VAG) anzuhören. Die Wahrnehmung des Anhörungsrechts durch den MRB setzt konkrete Vorschläge der VA voraus, die nunmehr „begutachtet“ werden sollen. Es besteht weder eine Verpflichtung des MRB, tatsächlich Stellung zu nehmen, noch eine Bindung der VA an eine Stellungnahme des MRB. Die VA kann dem MRB eine angemessene Frist für die Übermittlung seiner Stellungnahme einräumen. Erfolgt keine Rückmeldung des MRB, so hindert dies das weitere Handeln der VA nicht. Sofern dem MRB sein ihm zustehendes Anhörungsrecht jedoch nicht gewährt wird, ist der von der Volksanwaltschaft in allen Fällen kollegial zu setzende Akt mangels Fehlerkalküls¹²⁵ absolut nichtig.

¹¹⁹ Vgl *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO-Kommentar³ § 360 Rz 56.

¹²⁰ Glücksspielgesetz, BGBl 1989/620; vgl *Gerhard Strojcek/Ronald Bresich* (Hrsg), Glücksspielgesetz – GspG 1989 (2011) § 56a Anm 1 mwN.

¹²¹ Vgl EBRV 1515 BlgNR 24. GP, 3.

¹²² Vgl *Zierl/Greifeneder*, ÖZPR 2012/63.

¹²³ Im ersten Monat nach dem Inkrafttreten des HeimAufG mit 1. Juli 2005 konnten mehr als 16.000 Freiheitsbeschränkungen registriert werden, die sich in der Folge auf ca 2.400 pro Monat einzupendeln schienen; allein in den mehr als 1.650 Einrichtungen, die unter den Anwendungsbereich des HeimAufG fallen, wurden zu diesem Zeitpunkt ca 140.000 Personen gepflegt und betreut (vgl *Susanne Jaquemar/Christian Bürger/Rosalinde Pimon*, Heimaufenthaltsgesetz in der Praxis – Erste Erfahrungen der Bewohnervertreterinnen, FamZ 2006, 22 [23]).

¹²⁴ Diese Anhörung ist nur in der GeO, nicht im VAG vorgesehen.

¹²⁵ Siehe oben IV.A, insbesondere FN 37.

V. Abschließende Bewertung

Der VA stehen in Wahrnehmung der ihr mit dem OPCAT-Durchführungsgesetz übertragenen Aufgaben die gleichen Handlungsmöglichkeiten wie in Erfüllung ihrer sonstigen Ombudstätigkeit zur Verfügung. Sie kann daher – ausgenommen im Umfang der Zuständigkeit des VlbG Landesvolksanwalts – den mit den obersten Verwaltungsgeschäften betrauten Organen kollegial beschlossene Empfehlungen erstatten (Art 148 c B-VG; § 1 Abs 2 Z 1 VAG).¹²⁶ Diese müssen geeignet sein, einen festgestellten Missstand auch tatsächlich beseitigen zu können.¹²⁷ Vor der tatsächlichen Erstattung ist der MRB zu befassen (§ 14 VAG). Darüber hinaus kann die VA unabhängig von ihrem Jahresbericht jederzeit Wahrnehmungsberichte¹²⁸ an den Nationalrat und den Bundesrat erstatten (Art 148d Abs 1 zweiter Satz B-VG). Beide Handlungsformen legen ihren Fokus – offensichtlich angelehnt an die bisherige Arbeitsweise der VA – primär auf jeweils einzelne Anlassfälle (arg „in einem bestimmten Fall oder aus Anlass eines bestimmten Falles“ [Art 148c B-VG] bzw. „einzelne Wahrnehmungen“ [Art 148d Abs 1 B-VG]) und weniger auf die präventive Komponente der Beseitigung struktureller Mängel. Dieses nach der Konzeption des OPCAT bedeutsame vorbeugende Element¹²⁹ kommt jedoch in der umfassenden Ermächtigung des MRB, der VA jederzeit Empfehlungen hinsichtlich der Erfüllung aller in Art 148a Abs 3 B-VG genannten Aufgaben, insbesondere Vorschläge zur Gewährleistung einheitlicher Vorgehensweisen und Prüfstandards zu erstatten (§ 14 VAG), zum Ausdruck.

Durch seinen gesamthaften Beratungsauftrag und seine Einbettung in das Empfehlungs- und Vorschlagssystem leistet der MRB einen wesentlichen Beitrag zur Umsetzung der sich aus Art 19 lit b OPCAT ergebenden Verpflichtung und wird in Erfüllung dieser Aufgaben funktional im Rahmen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzorgans NPM tätig.¹³⁰ Wenngleich die VA an Empfehlungen, Vorschläge oder Stellungnahmen des MRB niemals gebunden ist, ist nicht auszuschließen, dass diese auf Grund des im MRB zweifellos vorhandenen hohen Sachverstandes und Expertenwissens sowie der organisatorisch diversifizierten und multifunktionalen Zusammensetzung eine normative Kraft aus ihrer Faktizität entwickeln.

¹²⁶ Vgl *Peter Kastner*, „Schutz und Förderung der Menschenrechte“ im Strafvollzug, JSt 2013/1, 22 (26).

¹²⁷ Vgl *Heinz Mayer*, B-VG⁴ (2007) Art 148 c B-VG I.

¹²⁸ Vgl ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 8.

¹²⁹ Vgl die Homepage der APT <http://www.apr.ch/en/opcat-faq-1/> (5.8.2013).

¹³⁰ In diese Richtung weisend ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 9 (letzter Abs zu Z 15); ErlRV 1812 BlgNR 24. GP, 4 (zweiter Abs zu Art 17); aA ErlRV 1515 BlgNR 24. GP, 11 (zweiter Abs zu § 12); *Andre* in Thanner/Vogl § 15a SPG Anm 1.

Zu den klassischen und altbewährten Rechtsschutzformen sind in den letzten Jahren vor allem¹³¹ im Bereich des präventiven Grundrechtsschutzes neue Kontroll- und Rechtsschutzeinrichtungen hinzugetreten.¹³² Mit der innerstaatlichen Umsetzung des OPCAT, der Weiterentwicklung des MRB im BMI zu einer gebietskörperschaften- und aufgabenübergreifenden Menschenrechtsschutzorganisation und der Übertragung eines von einem justiz- oder verwaltungsförmigen Verfahren losgelösten, weitreichenden Schutz- und Förderauftrages an die VA wurden neuerlich bahnbrechende und zukunftsweisende neue Wege beschritten. Dem neuen, unabhängigen MRB wurden dabei bedeutende Aufgaben zugewiesen. Im Hinblick auf eine möglichst hohe Effektivität des vorbeugenden Menschenrechtsschutzes in Österreich ist zu wünschen, dass er seiner Rolle gerecht wird und einen ebenso aktiven, zielorientierten und konstruktiven Part einnimmt wie vordem der MRB im BMI.

¹³¹ Auch im Bereich der nachprüfenden Kontrolle gab es erwähnenswerte Weiterentwicklungen, wie etwa die in § 88 Abs 2 SPG verankerte Beschwerde gegen schlichtes polizeiliches Handeln, allerdings eingeschränkt auf Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung (vgl. *Wolfgang Wessely*, § 88 SPG, in *Thanner/Vogl SPG*² [2013] Anm 4; kritisch hinsichtlich dieser Einschränkung *Dieter Kolonovits*, Rechtsschutz gegen „schlichtes Polizeihandeln“ nach § 88 Abs 2 SPG, in *FS Machacek/Matscher* [2008] 243 [255]).

¹³² Vgl. *Harald Stolzechner*, Die neue Sicherheitsarchitektur in Österreich – Teil 2 *JSt* 5/2003, 149.

