

nr 4/2023

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

# Parlamentarische Kontrolle

recht & gesellschaft

NS-Rechtsprechung gegen Homosexuelle  
Verwaltungsrechtliche Perspektiven auf den Sozialstaat  
Diversität im Aufsichtsrat – auch für das dritte Geschlecht?

Für Context herausgegeben von Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Susanne Gstöttner,  
Paul Hahnenkamp, Hanna Palmanshofer, Antonia Reiss, Nikolaus Wieser

verlagoesterreich.at  
juridikum.at

 VERLAG  
ÖSTERREICH

# vor.schau

## Die Herausgeber:innen

---

Liebe Leser:innen,

wir hoffen, Sie sind gut in den Herbst gestartet und freuen uns, Ihnen die letzte Ausgabe des *juridikum* für das Jahr 2023 zu präsentieren. Es folgt eine *vor.schau* in das Heft 4/23. Das von *Lorenz Dopplinger, Hanna Palmanshofer, Lukas Tschernjak* und *Antonia Wagner* herausgegebene *thema* wirft ein Schlaglicht auf die im juristischen Diskurs für gewöhnlich im Schatten der Rechtmäßigkeitskontrolle stehende parlamentarische Kontrolle. Die Beiträge in diesem Schwerpunkt zeigen, dass die parlamentarischen Kontrollinstrumente weitaus vielfältiger sind, als die mediale Überbelichtung der Untersuchungsausschüsse suggeriert. Deutlich wird auch die gemeinsame Funktion der Instrumente: Die parlamentarische Kontrolle zielt darauf ab, Informationen zu sammeln, die als Basis für demokratische Entscheidungsprozesse dienen können. Die Informationen adressieren aber ebenso die Öffentlichkeit, die somit an der Kontrolle der Exekutive mitwirkt. Während in Zukunft diese Mitwirkung durch ein primär die Einzelinteressen förderndes Grundrecht auf Informationsfreiheit gestärkt werden soll, bleibt die parlamentarische Kontrolle dem öffentlichen Interesse verpflichtet. Gerade das macht sie auch in Zukunft unverzichtbar. Das von *Kati Danielczyk* gestaltete *vor.bild* widmet sich in dieser Ausgabe dem „What-aboutism“.

In der Kategorie *merk.würdig* machten sich *Ellen Hagedorn* und *Lorenz Handstanger* über das „Recht auf Klima“ Gedanken. Solange nicht klar sei, welche(s) Recht(e) auf Klima(schutz) durchgesetzt werden sollen, gehe der Rechtsschutz weitgehend ins Leere. Ausgehend von einer Kontroverse in der deutschen Strafrechtswissenschaft fragen die beiden Autor:innen, wie „Recht auf Klima“ gemeint sein könnte und welche Aspekte zu klären wären, bevor ein „Recht auf Klima“ justiziabel wird.

*Teresa Exenberger* fragt in ihrem Beitrag, was die neu geschaffene Ermittlungs- und Beschwerdestelle für Misshandlungsvorwürfe durch Polizeibeamt:innen für Betroffene leisten kann. *Exenberger* behält sich ein Resümee vor, da sich die Wirksamkeit der Beschwerde erst in der Praxis zeigen werde, jedoch gibt sie mangelnde Unabhängigkeit aufgrund der institutionellen Anbindung zu bedenken. Nur wenn Betroffene das Vertrauen und die Sicherheit hätten, sich ohne Repressalien oder Gegenanzeigen an die Beschwerdestelle wenden zu können, könne eine solche wirksam sein.

*Martin Gruber-Risak* beschäftigt sich in der verschriftlichten und überarbeiteten Fassung seines im Jänner 2023 an der WU Wien gehaltenen Vortrags mit dem Kriterium der „per-

sönlichen Abhängigkeit“ als Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und der Frage, inwiefern dieses angesichts sich verändernder Arbeitswelten noch relevant ist. Gerade im Zusammenhang mit Plattformbeschäftigung zeige sich, dass sich die Wichtigkeit des Kriteriums nach und nach reduziere, wobei es aber dennoch nicht ganz an Bedeutung verloren habe.

Für die Rubrik *recht & gesellschaft* arbeitete *Luis Paulitsch* den Fall von Franz Matyas auf, welcher im Jänner 1940 wegen „Unzucht wider die Natur“ (§ 129 Ib StG) vom damaligen Landgericht Wien verurteilt wurde. Anhand von Matyas' Schicksal beschreibt *Paulitsch* die Praxis der österreichischen Rechtsprechung gegen Homosexuelle während der NS-Zeit. Der Beitrag zeigt auf, wie Bestimmungen des österreichischen und reichsdeutschen Strafrechts zu Ungunsten von Homosexuellen in Österreich verwendet wurden und sich hinter vordergründiger Objektivität gezielte Unterdrückung verbarg.

*Konrad Lachmayer* betrachtet in seinem Beitrag den österreichischen Sozialstaat aus (allgemein-)verwaltungsrechtlicher Perspektive. Wenngleich dem Sozialstaat mangels verfassungsrechtlicher Verankerung geringere Aufmerksamkeit zukomme, so spiele er doch eine zentrale Rolle im Verwaltungsrecht und zeige verfassungsrechtliche Bezugspunkte auf. Darüber hinaus könne der Sozialstaat als verwaltungsrechtliches Leitprinzip zur Auslegung einfachgesetzlicher Bestimmungen herangezogen werden, ohne dass es dafür einer verfassungsrechtlichen Verankerung bedürfe.

*Benjamin Kraudinger* zeigt in seinem Beitrag die Konfliktfelder zwischen Frauenförderung und der Einführung des dritten Geschlechts auf. Anhand des Beispiels der Quotenregelung nach § 87 Abs 6 AktG weist er nach, dass Personen, die einem dritten Geschlecht angehören, derzeit eine Benachteiligung gegenüber Männern oder Frauen erfahren könnten. Der Gesetzgeber müsse sich darauf gefasst machen, in Zukunft einen anderen Weg zu gehen, um Unverständnis und Ärger einer immer diverseren Bevölkerung zu vermeiden.

Der *nach.satz* ist von *Meryem Vural* gestaltet. Der Beitrag widmet sich den verschiedenen Regulierungsmodellen und Regulierungstendenzen von Sexarbeit in Europa sowie einer kürzlich ergangenen Zulässigkeitserklärung des EGMR über eine Beschwerde gegen das französische Prostitutionsgesetz durch davon betroffene Sexarbeiter:innen.

Viel Freude beim Lesen  
wünschen die Herausgeber:innen.

Das Juridikum wird herausgegeben von Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Susanne Gstöttner, Paul Hahnenkamp, Hanna Palmanshofer, Antonia Reiss und Nikolaus Wieser; [organisation@juridikum.at](mailto:organisation@juridikum.at)

# WHATABOUTISM



Kati Danielczyk

# Inhaltsverzeichnis

## vor.satz

- 421 vor.schau  
Die Herausgeber:innen

## vor.bild

- 423 Whataboutism  
Kati Danielczyk

## merk.würdig

- 426 Klima – was ist das eigentlich?  
*Eine Reflexion über Klima(schutz) als Rechtsgut*  
Ellen Hagedorn / Lorenz Handstanger
- 430 Polizeigewalt: Kontrolliert sich die Polizei in Zukunft besser?  
*Eine unabhängige Ermittlungs- und Beschwerdestelle soll 2024 zu arbeiten beginnen*  
Teresa Exenberger
- 434 Persönlich abhängig oder nicht, ist das wirklich noch die Frage?  
*Reflexionen zum Schutzbereich des Arbeitsrechts am Beispiel der Essenzusteller\*innen*  
Martin Gruber-Risak

## recht & gesellschaft

- 443 „(Nicht) jede unzüchtige Berührung“  
*NS-Rechtsprechung gegen Homosexuelle in Österreich*  
Luis Paulitsch
- 451 Verwaltungsrechtliche Perspektiven auf den österreichischen Sozialstaat  
Konrad Lachmayer
- 462 Diversität im Aufsichtsrat – auch für das dritte Geschlecht?  
Benjamin Kraudinger

## thema

- 473 Vorwort der Gastherausgeber:innen  
Lorenz Dopplinger / Hanna Palmanshofer / Lukas Tschernernjak / Antonia Wagner
- 477 Politische und parlamentarische Kontrolle: zwei Seiten einer Medaille?  
Alice Pohl
- 483 Die substantiierte Begründungspflicht bei der Nichtbeantwortung parlamentarischer Anfragen  
*Am Beispiel der Anfragen zu Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung*  
Sophie Wittich
- 494 Grenzorgane für Informationsbegehren des Untersuchungsausschusses  
*Wer entscheidet, was dem Untersuchungsausschuss vorzulegen ist?*  
Toni Dirlinger
- 510 Der Prüfmaßstab auf dem Prüfstand  
*Der Rechnungshof im System parlamentarischer Kontrolle und die Auswirkungen eines eingeschränkten Prüfmaßstabs auf die Prüfpraxis des Rechnungshofs*  
Herbert Weissensteiner
- 521 Parlamentarische Kontrolle und Volksanwaltschaft  
Martin Hiesel

- 531 Die Parlamentarische Bundesheerkommission  
*Anwältin der Soldatinnen und Soldaten oder Anachronismus?*  
David Schneeberger
- 542 Die parlamentarische Kontrolle der Staatsanwaltschaft  
Julia Innerhofer

## nach.satz

- 554 Regulierung von Sexarbeit in Europa: Nun ist der EGMR am Zug  
Meryem Vural

## Impressum

### juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft  
www.juridikum.at, ISSN Print edition 1019-5394, ISSN  
Electronic edition 2309-7477

### Herausgeber:innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare  
Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben  
von: Maximilian Blaßnig, Isabell Doll, Susanne Gstöttner,  
Paul Hahnenkamp, Hanna Palmanshofer, Antonia Reiss,  
Nikolaus Wieser

### Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH  
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77  
www.verlagoesterreich.at  
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140  
E-Mail: order@verlagoesterreich.at  
Anzeigenkontakt: Marcus Dalfen  
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419  
m.dalfen@verlagoesterreich.at (DW 123).  
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner  
j.steiner@verlagoesterreich.at

### Preis:

Jahresabonnement: Euro 68,-  
Abo für Studierende, Erwerbslose,  
Zivil- und Präsenzdienler: Euro 25,-  
Einstiegsabo: Euro 11,-  
Einzelheft: Euro 22,-  
(Alle Preise inkl MWSt, exkl Versandkosten)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Angelika Adensamer, Maximilian Blaßnig, Isabell Doll,  
Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Karol Felsner, Judith  
Fitz, Jakob Fux, Ümra Gencer, Jana Germ, Susanne  
Gstöttner, Paul Hahnenkamp, Kevin Fredy Hinterberger,  
Stephanie Klammer, Lilo Martini, Emanuel Matti, Hanna  
Palmanshofer, Marija Petričević, Valerie Purth-Eisendle,  
Antonia Reiss, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Christoph  
Stoll, Petra Sußner, Lukas Tschernjak, Antonia Wagner,  
Laura Widerhofer, Nikolaus Wieser

### Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien),  
Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz),  
Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja  
Buckel (Frankfurt/Main), Ulrike Davy (Bielefeld),  
Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano  
(Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth  
Holzleithner (Wien), Matthias C. Kettemann (Innsbruck),  
Susanne Krasmann (Hamburg), Andrea Kretschmann  
(Berlin), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien),  
Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea  
Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J.  
Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram

(Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer  
(Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze  
(Wien), Alexander Somek (Wien), Richard Soyer  
(Wien/Linz), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald  
Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela  
Windisch-Graetz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

### Autor:innen dieser Ausgabe:

Toni Dirlinger, Lorenz Dopplinger, Teresa Exenberger,  
Martin Gruber-Risak, Ellen Hagedorn, Lorenz  
Handstanger, Martin Hiesel, Julia Innerhofer, Benjamin  
Kraudinger, Konrad Lachmayer, Hanna Palmanshofer,  
Luis Paulitsch, Alice Pohl, David Schneeberger, Lukas  
Tschernjak, Meryem Vural, Antonia Wagner, Herbert  
Weißensteiner, Sophie Wittich

### Gastherausgabe des themas:

Lorenz Dopplinger / Hanna Palmanshofer /  
Lukas Tschernjak / Antonia Wagner

## Offenlegung

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

### Layout und Satz:

 Datagroup Int. Timisoara

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

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber:innen:

Maximilian Blaßnig: maximilian.blassnig@univie.ac.at  
Isabell Doll: isabell.doll.id@gmail.com  
Susanne Gstöttner: susanne.gstoettner@jus.sfu.ac.at  
Paul Hahnenkamp: paul.hahnenkamp@tuwien.ac.at  
Hanna Palmanshofer: hanna.palmanshofer@univie.ac.at  
Antonia Reiss: antonia.reiss@univie.ac.at  
Nikolaus Wieser: nikolauswieser@gmail.com

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge  
der Kategorie „recht & gesellschaft“ durchlaufen ein  
„double-blind-review“-Verfahren.

# Klima – was ist das eigentlich?

## Eine Reflexion über Klima(schutz) als Rechtsgut

Ellen Hagedorn / Lorenz Handstanger

---

### 1. Ein Anlassfall

Am 7. November 2022 sprach das deutsche AG Flensburg einen Aktivistin frei, der sich zur Rettung eines Baumes vor der Fällung auf einem fremden Grundstück ohne Erlaubnis aufgehalten hatte. Der Grund: Sein Handeln, das tatbestandlich als Hausfriedensbruch nach § 123 dStGB zu qualifizieren war, sei durch einen rechtfertigenden Notstand gedeckt. Das Rechtsgut, das er dabei verteidigte laut des AGs: der Klimaschutz. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 34 dStGB führte zu diesem Ergebnis.<sup>1</sup> Diese Entscheidung ist eine der in der deutschen Strafrechtswissenschaft meistkommentierten Entscheidungen auf Amtsgerichtsebene in vergangener Zeit,<sup>2</sup> mittlerweile gibt es eine Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein im selben Fall.<sup>3</sup>

Dieser Beitrag möchte eine Frage, die sich bei der Lektüre des Urteils sowie der daran geäußerten Kritik stellt, in den Blick nehmen: Wie gestaltet sich das Rechtsgut (dh der vom Strafrecht zu schützende und in der Rechtsordnung vorfindbare Wert), auf das hier Bezug genommen wird? Das AG Flensburg sah den Klimaschutz in der Bundesrepublik Deutschland als Allgemeinrechtsgut, ua in der Form der Herstellung von Klimaneutralität als relevantes Rechtsgut an.<sup>4</sup> Aus einer solchen Argumentation ergeben sich mehrere Probleme.

---

1 AG Flensburg 7.11.2022, 440 Cs 107 Js 7252/22, im Folgenden nur: AG Flensburg.

2 Als Auswahl: Wolf, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand: Zum Freispruch von Klimaaktivist:innen durch das Amtsgericht Flensburg, Verfassungsblog; Diekjobst, Klimanotstand über Gewaltenteilung? Zur Annahme eines rechtfertigenden Notstandes aufgrund der Klimakrise durch das Amtsgericht Flensburg, Verfassungsblog; Engländer, Der entgrenzte Notstand – zur Anwendbarkeit des § 34 StGB bei sogenannten Klimaprotesten, JZ 2023, 255; Nourot, Klimaschutz und Bahnhofswald, Verfassungsrecht und rechtfertigender Notstand im Strafrecht – Gedanken und Anmerkungen zu einem überraschenden Urteil aus Flensburg, Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie Heft 53 (2023); Zieschang, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand bei Hausfriedensbruch? AG Flensburg, Urteil vom 7. November 2022 – 440 Cs 107 Js 7252/22- juris; nicht rechtskräftig, Juristische Rundschau 2023, 136.

3 OLG Schleswig-Holstein 9.8.2023, 1 ORs 4 Ss 7/23, im Folgenden nur: OLG Schleswig-Holstein. Die Entscheidung verweist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das AG zurück. Sie trägt die Auslegung des AGs in vielen Punkten mit, kommt aber schließlich zu dem Ergebnis, dass – anders als das AG urteilte – keine zulässige Notstandshandlung vorlag, da sie jedenfalls im Hinblick auf die Sperrwirkung rechtlich geordneter Verfahren (hier des verwaltungsgerichtlichen) nicht angemessen war, OLG Schleswig-Holstein, Rn 59, 61 f (juris).

4 AG Flensburg, Rn 25 (openJur 2022, 22268): „Das notstandsfähige Rechtsgut ist hier der Klimaschutz [...]. Er findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 20a GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet diese Staatszielbestimmung die staatlichen Organe in der aktuellen Situation zu einer Reduktion von Treibhausgasemissionen und zielt insofern auch auf die Herstellung von Klimaneutralität ab“.

## 2.1. Klima oder Klimaschutz?

Ganz zu Anfang stellt sich folgende Frage: Ist das Gut, das geschützt werden muss, nicht eigentlich das Klima selbst? Die dieses Gut verteidigende Handlung, dh die potenzielle Notstandshandlung, ist doch als Maßnahme des *Klimaschutzes* zu verstehen. Wo das AG von „Klimaschutz“<sup>5</sup> spricht, spricht das OLG von „Klima“<sup>6</sup>. Was ist nun sinnvollerweise das einschlägige Rechtsgut? Jedenfalls muss sich bei der beim Notstand zu prüfenden Gefahr auf das zuvor festgelegte Rechtsgut bezogen werden. Im Falle der Bestimmung des „Klimas“ als Rechtsgut könnte auf den Klimawandel und damit verbundene Katastrophen abgestellt werden, im Falle des „Klimaschutzes“ eigentlich nur auf die Nicht-Einhaltung bestimmter Klimaschutzregelungen. So gesehen ergibt die Forderung, das Rechtsgut als ein Recht auf ein „für das menschliche Leben geeignetes Klima“ zu verstehen<sup>7</sup>, durchaus Sinn. Aber was ist ein solches Klima? Eine Konkretisierung erscheint nicht zuletzt im Hinblick auf das Rechtsstaatsgebot und das damit verbundene Bestimmtheitsgebot erforderlich. Zudem stellt sich die Frage, ob ein Staat tatsächlich ein bestimmtes Klima garantieren kann, das doch stets global geprägt ist (s dazu unten 2.4.). Hier wäre es – zumindest auf nationaler Ebene – dann vielleicht doch sinnvoller auf den „Klimaschutz“ in der Form der Einhaltung staatlicher, bestimmter Klimaschutzziele abzustellen.

## 2.2. Mittel oder Ziel?

Ist das vom AG hochgehaltene Rechtsgut des „Klimaschutzes“ – ohne Verweis auf internationale Verpflichtungen oder nationale und unionale Bestimmungen – hinreichend bestimmt? Diese Frage stellt sich vor allem vor dem Hintergrund, dass das AG Flensburg als gegenwärtige Gefahr für dieses Rechtsgut „Klimaschutz“ auf bereits stattgefunden und in naher Zukunft zu erwartende weitere Naturkatastrophen abstellt.<sup>8</sup> Bedeutet Klimaschutz also eine Verhinderung solcher Katastrophen und ihrer Effekte auf Individualrechtsgüter? Dies wäre eine Definierung des Klimaschutzes über die Erreichung eines bestimmten Ziels. Oder sollte sich Klimaschutz in der Verwendung durch das AG vielmehr auf Maßnahmen, wie etwa konkrete Gradziele oder CO<sub>2</sub>-Reduzierungen, die Deutschland messbar erreichen muss, richten? Der deutsche Staat wäre dann zu bestimmten Mitteln verpflichtet, müsste aber keine Zielerreichung garantieren.<sup>9</sup>

---

5 AG Flensburg, Rn 25.

6 OLG Schleswig-Holstein, Rn. 26 f, genauer: „menschengerechtes globales Erdklima“.

7 S. z.B. *Wolf*, Klimaschutz als rechtfertigender Notstand – ein Follow up, Verfassungsblog: „das für das menschliche Leben, für die menschliche Zivilisation geeignete Klima als bedrohtes Rechtsgut“.

8 AG Flensburg, Rn 28 f.

9 Dies wäre va für den Fall, dass etwa die derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisse sich als falsch herausstellen sollten und tatsächlich eine weitergehende CO<sub>2</sub>-Reduzierung erforderlich wäre, relevant, da der deutsche Staat dann nicht für die dennoch eintretenden Katastrophen verantwortlich gemacht werden könnte.

### 2.3. Allgemein oder individuell?

Im Falle des deutschen Verfassungsrechts ergibt sich der Wert des Klimaschutzes einerseits aus der Staatszielbestimmung des Art 20a GG, andererseits aber auch aus den Grundrechten, dh Art 1 bis 19 GG. Das AG Flensburg spricht hier von einer „doppelten konstitutionellen Rechtsgrundlage des Klimaschutzes“<sup>10</sup>. Das BVerfG hatte im Klimabeschluss<sup>11</sup> im März 2021 entschieden, dass Art 20a GG den Staat zum Klimaschutz verpflichtet, was auch auf die Herstellung von Klimaneutralität abzielt.<sup>12</sup> Im selben Zuge stellte das BVerfG aber auch die aus den Grundrechten folgende Schutzpflicht des Staates vor den Gefahren des Klimawandels fest.<sup>13</sup> Damit erkannte das BVerfG sowohl eine allgemeine Staatsverpflichtung als auch individualrechtliche Schutzpflichten an. Wie aber hängen diese objektivrechtliche und diese subjektivrechtliche Dimension zusammen? Das AG bestimmt Klimaschutz als Allgemeinrechtsgut auf der Grundlage von Art 20a GG,<sup>14</sup> bezieht sich aber subsidiär doch auf eine individualverfassungsrechtliche Grundlage des Klimaschutzes, die sich aus dem Klimabeschluss des BVerfG ergebe.<sup>15</sup> Und auch das OLG, welches ausschließlich das „menschengerechte Klima“ als relevantes Rechtsgut<sup>16</sup> – ebenfalls in der Form eines Kollektivrechtsgut aus Art 20a GG – ansah,<sup>17</sup> blieb darin nicht kohärent. Beide Gerichte griffen später doch auf die Gefahren für Individualrechtsgüter zurück. Das AG bestimmte die relevante Gefahr aus den drohenden Naturkatastrophen und den aus ihnen resultierenden Beeinträchtigungen der Individualgrundrechte aus Art 2 Abs 2 S 1 und Art 14 Abs 1 GG.<sup>18</sup> Das OLG bezog sich auf Ebene der Gefahr auch auf die individualschützenden Rechtsgüter.<sup>19</sup> Kann also die Trennung in ein Allgemeinrechtsgut Klimaschutz aus Art 20a GG und Individualrechte aus den Grundrechten vielleicht gar nicht eingehalten werden? Beinhaltet das (Allgemein-)Rechtsgut Klimaschutz also per se immer schon Individualschutz? Die Justiziabilität eines solchen Rechtsgutes könnte von einem klareren Verständnis hinsichtlich der (Nicht-)Notwendigkeit dieser Differenzierung profitieren.

### 2.4. National oder Global?

Selbst, wenn klar wäre, welche nationalen Verpflichtungen bestünden, wie verhielten sich diese dann zu internationalen?

---

10 AG Flensburg, Rn 27.

11 BVerfG 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, im Folgenden nur: BVerfG.

12 BVerfG, Leitsatz 2.

13 BVerfG, Leitsatz 1.

14 AG Flensburg, Rn 25.

15 AG Flensburg, Rn. 26.

16 Und das sogar verbunden mit der Aussage, es werde bezweifelt, ob das Rechtsgut „Klima“ auch individualverfassungsrechtlich in den Grundrechten normiert sei, vgl OLG Schleswig-Holstein, Rn. 29, mit Verweis auf *Engländer*. Der entgrenzte Notstand – zur Anwendbarkeit des § 34 StGB bei sogenannten Klimaprotesten, JZ 2023, 255.

17 OLG Schleswig-Holstein, Rn 27.

18 AG Flensburg, Rn 28.

19 OLG Schleswig-Holstein, Rn 30: „Die kollektiven und individualschützenden Rechtsgüter sind auch gefährdet.“

Einerseits zeichnet sich der Klimawandel gerade dadurch aus, ein *globales* Problem zu sein, das nicht auf rein *nationaler* Ebene bekämpft werden kann, sodass eine nationale Pflicht zur Garantie eines humanen Klimas witzlos erscheint. Andererseits kann aber das Grundgesetz nur die deutsche Staatsgewalt binden (Art 1 Abs 3 GG), nicht aber die Staatsgewalten anderer Nationen. Ein Staat kann seinen Bürger:innen nur die Einhaltung nationaler Maßnahmen garantieren.<sup>20</sup> Ergäbe es also Sinn, diese nationalen Verpflichtungen an den internationalen zu orientieren? Aber welche wären dies?<sup>21</sup> Das BVerfG spricht von einer „internationalen Dimension“<sup>22</sup> des Klimaschutzgebots. Der Staat sei zu international ausgerichtetem Handeln verpflichtet.<sup>23</sup> Unklar ist aber, was diese Erkenntnis auf der Ebene nationaler Entscheidungen bedeutet.

### 3. Fazit

Rechtsschutz hängt immer an der Durchsetzbarkeit des in Rede stehenden Rechts. Durchsetzbar aber ist nur, was bestimmt ist. Um das Recht – auf nationaler und internationaler Ebene – zu einem zielführenden Werkzeug der Verhinderung des Fortschreitens des Klimawandels zu machen, müssen die Rechtspositionen auf dieses zu schützende Gut „Klima“ klar sein. Am Beispiel des deutschen AG-Urteils zeigt sich, dass die Anwendung im einfachgesetzlichen Recht mit bloßen Verweisen auf einen verfassungsrechtlichen Wert des Klimaschutzes noch nicht genügt. Die klassische Spannung zwischen Rechtssicherheit auf der einen und Gerechtigkeit – hier im Sinne von Klimagerechtigkeit – auf der anderen Seite kann so nur ertragen, aber nicht gelöst werden. Gerichte müssen aufgrund der Unklarheiten in der deutschen Rechtslage derzeit in Verfahren durch Auslegung selbst bestimmen, was ein Rechtsgut Klima(schutz) eigentlich bedeutet und wie es konstruiert werden kann. Damit geht eine gewisse Unwägbarkeit einher. Die in Österreich stattfindende Debatte zur Einführung eines konkretisierten Klimagrundrechts<sup>24</sup> scheint in diesem Licht mehr als sinnvoll.

Ellen Hagedorn arbeitet als Universitätsassistentin (prae doc) am Institut für Rechtsphilosophie der Uni Wien; ellen.hagedorn@univie.ac.at

Lorenz Handstanger arbeitet als Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Rechtsphilosophie der Uni Wien; lorenz.handstanger@univie.ac.at

20 Etwa in Deutschland durch das Klimaschutzgesetz bestimmt.

21 Auch Verpflichtungen des internationalen Klimarechts scheinen nicht klar zu sein, insbesondere offen formulierte allgemeine Verpflichtungen wie das Prinzip der *common but differentiated responsibilities*. Darüber hinaus enthält etwa auch das Pariser Klimaabkommen zwar Verpflichtungen zu verschiedenen Verfahrensschritten wie der Einreichung von *Nationally Determined Contributions*, aber keine damit verbundenen konkreten und spezifischen Mitigationspflichten zum Klimaschutz. Es wird davon ausgegangen, dass eine gemeinsame Auslegung des internationalen Klima(vertrags)rechts und der Menschenrechtsvorschriften zu anderen Ergebnissen führen könnte als eine alleinige Auslegung des Klimarechts. Diese Annahme wird wahrscheinlich in dem bevorstehenden Gutachten des IGH zu den Verpflichtungen der Staaten im Zusammenhang mit dem Klimawandel getestet werden: S etwa (im Erscheinen) *McMenamin*, Advisory Opinion on Obligations of States in Respect of Climate Change: Potential Contribution of Human Rights Bodies. *Climate Law* 2023.

22 BVerfG, Leitsatz 2c.

23 Dazu etwa: *Fitz/Rathmayer*, Heute für Morgen. Über die Entdeckung der Generationengerechtigkeit im deutschen Grundgesetz, RdU 2021, 32.

24 Bericht der Bundesministerin für Klimaschutz März 2021, 160/E XXVII; *Ennöckl*, Möglichkeiten einer verfassungsrechtlichen Verankerung eines Grundrechts auf Klimaschutz, ZöR 2022, 361.

# Polizeigewalt: Kontrolliert sich die Polizei in Zukunft besser?

Eine *unabhängige* Ermittlungs- und Beschwerdestelle soll 2024 zu arbeiten beginnen

Teresa Exenberger

---

Angekündigt hatte die Bundesregierung *eine eigene unabhängige Behörde* bereits im Jänner 2020.<sup>1</sup> Mehrfach wurde das Projekt verschoben. Viele hatten zeitweise nicht mehr an eine Umsetzung geglaubt – und dann wurde das Gesetz zur Einrichtung einer Ermittlungs- und Beschwerdestelle zur Untersuchung von Misshandlungsvorwürfen gegen Polizeibeamt\*innen, angesiedelt im Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK), im Juli 2023 doch noch verabschiedet.

## 1. Was ist eigentlich das Problem?

In Österreich bleiben Misshandlungsvorwürfe gegen Polizeibeamt\*innen meist straflos.<sup>2</sup> Die Gründe sind vielfältig. Ein Hauptgrund liegt darin, dass Polizeibeamt\*innen bei Misshandlungsvorwürfen gegen die eigenen Kolleg\*innen ermitteln; die Polizei ermittelt also gegen sich selbst. Dies führt zu Interessenkonflikten und fehlender Unparteilichkeit der involvierten Beamt\*innen. Generell führen Misshandlungsvorwürfe gegen Polizeibeamt\*innen fast nie zu einer Anklage. Strafrechtliche Ermittlungen gegen Beamt\*innen laufen meist ins Leere und die Verfahren werden eingestellt.<sup>3</sup> Dies ua auch deshalb, da die Amtshandlungen den betreffenden Beamt\*innen aufgrund fehlender individueller Kennzeichnung auf der Uniform nicht zuordenbar sind.<sup>4</sup> Die Feststellung der individuellen Schuld ist jedoch im Strafverfahren wesentlich für eine Verurteilung. Obendrein sind Betroffene, die eine Misshandlung anzeigen, der Gefahr einer Gegenanzeige ausgesetzt. So kam es laut ALES-Studie in 10 % der untersuchten Fälle zu einer Verleumdungsanzeige durch die Polizei.<sup>5</sup>

---

1 Regierungsprogramm 2020–2024 „Aus Verantwortung für Österreich“, [https://www.dievolkspartei.at/Download/Regierungsprogramm\\_2020.pdf](https://www.dievolkspartei.at/Download/Regierungsprogramm_2020.pdf) (25.9.2023), 153.

2 Exenberger, Außer Kontrolle? Misshandlungsvorwürfe gegen die Polizei: Herausforderungen einer menschenrechtskonformen Umsetzung einer unabhängigen Ermittlungsstelle, *juridikum* 2020, 237 f.

3 ALES, Studie über den Umgang mit Misshandlungsvorwürfen gegen Exekutivbeamte (2018), <https://www.bmj.gv.at/dam/jcr:9b6aaebb-1998-4f83-b515-054774c4fad/b/ales%20studie%20endfassung%20nov18.pdf> (21.9.2023), 51.

4 Adensamer, Dauerbrenner polizeiliche Kennzeichnungspflicht, *juridikum* 2019, 46.

5 ALES, Studie 52.

Auch hinsichtlich der Staatsanwaltschaften besteht Handlungsbedarf. Die Staatsanwaltschaft ist auch weiterhin die Leiterin des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Doch fehlt es bei ihr – wie auch bei Polizeibeamt\*innen – bspw an einer fundierten Ausbildung zu den Besonderheiten strafrechtlicher Ermittlungen gegen Staatsbedienstete.<sup>6</sup>

## 2. Völkerrechtliche Vorgaben für wirksame Ermittlungen von unrechtmäßiger Polizeigewalt

Aufgrund der nicht ausreichend wirksamen Untersuchungen von unrechtmäßiger Polizeigewalt verletzt Österreich seine völkerrechtlichen Verpflichtungen, allen voran das Verbot der Folter gem Art 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>7</sup>, Art 7 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) und Art 12, 13 der UN-Antifolterkonvention (CAT)<sup>8</sup>. Mehrfach wurde Österreich von den Vereinten Nationen und dem Europarat aufgefordert, wirksame und unabhängige Ermittlungen von Misshandlungsvorwürfen sicherzustellen.<sup>9</sup> Internationale Standards sehen konkret fünf Kriterien vor, damit derartige Ermittlungen auch tatsächlich wirksam sind:

Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Untersuchungen (1), Gründlichkeit der Untersuchungen (2), Unverzüglichkeit, also rasche Untersuchungen (3), eine umfassende Kompetenz zu untersuchen (4) und die Beteiligung der Opfer in die Verfahren (5).<sup>10</sup>

## 3. Ermittlungs- und Beschwerdestelle Misshandlungsvorwürfe: eine verpasste Chance?

Das Regierungsprogramm sah die „...unabhängige Ermittlung bei Misshandlungsvorwürfen (...) in einer eigenen Behörde“ vor.<sup>11</sup>

Das ist es jedenfalls nicht geworden, auch wenn die Einrichtung eines unabhängigen Beirats „[z]um Zweck der Sicherstellung der gesetzmäßigen Aufgabenerfüllung der Ermitt-

6 *Amnesty International Österreich*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Gesetz über das Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK-G) geändert werden soll, 21.4.2023, [https://www.amnesty.at/media/10744/amnesty\\_stellungnahme-ermittlungsstelle-polizeigewalt\\_april-2023.pdf](https://www.amnesty.at/media/10744/amnesty_stellungnahme-ermittlungsstelle-polizeigewalt_april-2023.pdf) (21.9.2023), 2 f.

7 Vgl EGMR 28.10.1998, 24.760/94, *Assenov/Bulgarien*, Rz 102 ff, EGMR 6.4.2000, 26.772/95, *Labita/Italien*, Rz 131 ff; EGMR 11.7.2000, 40.035/98, *Dikme/Türkei*, Rz 131 ff.

8 *Nowak/Birk/Monina*, The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocol: A Commentary (Oxford University Press, 2019), [www.atlas-of-torture.org/en/entity/cxma1n25deb?searchTerm=&page=1](http://www.atlas-of-torture.org/en/entity/cxma1n25deb?searchTerm=&page=1) (27.9.2023).

9 Concluding Observations des Committee against Torture zum 6. Staatenbericht Österreichs v 9.12.2015, CAT/C/AUT/CO/6, Z 36, 37 12CTP, Bericht des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) an die österreichische Regierung über seinen Besuch in Österreich v 22.9.-1.10.2014, (Council of Europe, 2015), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680653ec4> (25.9.2023); Bericht des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) an die österreichische Regierung über seinen Besuch in Österreich v. 23.11.–3.12.2021, (Council of Europe, 2021) <https://rm.coe.int/1680abc16d> (25.9.2023), 14. Das CPT besuchte Österreich in den Jahren 1990, 1994, 1999, 2004, 2009, 2014 und 2021.

10 Vgl auch *Swanidze*, Effective Investigation of Ill-Treatment. Guidelines on European Standards (2014), <https://rm.coe.int/16806f11a3> (27.9.2023); *Exenberger*, *juridikum* 2020, 244.

11 Regierungsprogramm 2020–2024, 153.

lungs- und Beschwerdestelle“ gem § 9a BAK-G idF BGBl I 2023/107 positiv zu werten ist. Von 16 Mitgliedern des Beirats sollen doch insgesamt acht Mitglieder vom Verfassungsgerichtshof, der Rechtsanwaltskammer, der Universitätenkonferenz, der Ärztekammer und insgesamt acht Mitglieder von gemeinnützigen Einrichtungen, welche vom Bundesministerium für Justiz bzw für Inneres ausgewählt werden und „die sich der Wahrung der Grund- und Menschenrechte oder der Opferrechte widmen“, vorgeschlagen werden. Die Stelle selbst soll mit Anfang 2024 im BAK – einer Stelle des Innenministeriums – angesiedelt sein.<sup>12</sup> Das BAK untersteht wie die Polizei der Weisungsbefugnis des\*der Innenministers\*in und kann völkerrechtlich somit nicht als unabhängig gesehen werden.<sup>13</sup> Nach der Rechtsprechung des EGMR sollen verdächtige und ermittelnde Beamt\*innen weder in einer hierarchischen noch in einer institutionellen Verbindung stehen.<sup>14</sup> Auch der Versuch des Gesetzgebers, das Weisungsrecht gem § 7 BAK-G<sup>15</sup> idF BGBl I 2023/107 dahingehend abzuschwächen, dass Weisungen an das BAK schriftlich zu erteilen sind, ist in der Praxis wohl nicht geeignet, der mangelhaften Unabhängigkeit dieser Stelle ausreichend entgegenzuwirken.<sup>16</sup> Nicht zuletzt soll die Leitung der Stelle gem § 2 Abs 2 BAK-G idF BGBl I 2023/107 – nach bestimmten Anhörungen – direkt von dem\*der Innenminister\*in bestellt werden.

Das Gesetz umfasst des Weiteren weder die in einigen Gemeinden eingerichteten Gemeindegewachkörper bzw Gemeindegewachswachen noch die Justizwachebeamt\*innen. Dies, obwohl sie alle staatliche Bedienstete sind, über Befehls- und Zwangsgewalt verfügen und auch völkerrechtlich gem Art 12/13 CAT und Art 3 EMRK klar mitumfasst sind.

In § 2 Abs 11 BAK-G idF BGBl I 2023/107 ist eine spezielle Ausbildung für Bedienstete der Stelle vorgesehen. Eine umfassende Ausbildung sowie regelmäßige Schulungen – unter besonderer Berücksichtigung medizinischer Untersuchungen<sup>17</sup> – sind nicht nur für die Ermittler\*innen, sondern auch für involvierte Staatsanwält\*innen essentiell und für rasche und gründliche Ermittlungen und völkerrechtlich geboten.

Als Grundvoraussetzung für wirksame Ermittlungen bedarf es zudem dringend einer Kennzeichnungspflicht für Polizeibeamt\*innen durch gut sichtbares Tragen der Dienstnummern auf der Uniform.<sup>18</sup> So wird sichergestellt, dass Amtshandlungen den betreffenden Exekutivbeamt\*innen individuell zuzuordnen sind. Ohne eine solche Zuordnungs-

12 Gesetz über das Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK-G) idF BGBl I 2023/107.

13 *Amnesty International Österreich*, Stellungnahme, 5 f.

14 EGMR 15.5.2007, 52.391/99, *Ramsahai ua/Niederlande*; EGMR 9.11.2017, 47.274/15, *Hentschel u Stark/Deutschland*, Rz 103.

15 Gesetz über das Bundesamt zur Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung (BAK-G).

16 *Amnesty International Österreich*, Stellungnahme 6.

17 Siehe: Istanbul Protokoll, Professional Training Series No. 8 /Rev.2, Manual on Effective Investigation and Documentation of Torture and other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, (United Nations Human Rights Office of the High Commissioner 2022), [https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/2022-06-29/Istanbul-Protocol\\_Rev2\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/2022-06-29/Istanbul-Protocol_Rev2_EN.pdf) (11.10.2023).

18 Siehe EGMR 9.11.2017, 47.274/15, *Hentschel u Stark/Deutschland*, Rz 103.

möglichkeit besteht die Gefahr, dass trotz allfälliger wirksamer Ermittlungen durch die neue Stelle, eine strafrechtliche Verfolgung weiterhin ins Leere läuft.

Aufs Ganze gesehen und angesichts der ursprünglich im Regierungsprogramm ange-dachten „*unabhängigen Ermittlungen*“ sowie den diesbezüglichen völkerrechtlichen Ver-pflichtungen Österreichs – allen voran nach unabhängigen Untersuchungen –, mangelt es dieser Stelle in der Konzeption jedenfalls genau daran: und zwar an Unabhängigkeit. Ohne Sicherstellung unabhängiger Ermittlungen besteht jedoch „die Gefahr, dass wei-terhin das Vertrauen der Betroffenen fehlt und sie sich bei Misshandlungsvorwürfen nicht an die Stelle wenden“. <sup>19</sup> Allerdings gibt die Einrichtung einer derartigen Stelle prinzipiell Hoffnung auf eine Professionalisierung der Ermittlungen und somit wirksamere Unter-suchungen von Misshandlungsvorwürfen. Durch die Etablierung eines „*unabhängigen Beirats*“ gibt es grundsätzlich die Möglichkeit der Kontrolle und auch der öffentlichen Thematisierung allfälliger Missstände und etwaigen Reformbedarf in diesem Zusam-menhang. Die tatsächliche Wirksamkeit der Ermittlungsstelle wird sich erst nach ihrer Einrichtung in der Praxis zeigen. Nur wenn Betroffene das Vertrauen und die Sicherheit haben, sich an die Stelle zu wenden – ohne Repressalien wie Gegenanzeigen zu befürchten – kann die Stelle wirksam sein.

Mag.<sup>a</sup> Teresa Exenberger arbeitet als Juristin bei Amnesty International in Wien; [teresa.exenberger@amnesty.at](mailto:teresa.exenberger@amnesty.at)

---

<sup>19</sup> *Amnesty International Österreich*, Stellungnahme 6.

# Persönlich abhängig oder nicht, ist das wirklich noch die Frage?<sup>1</sup>

Reflexionen zum Schutzbereich des Arbeitsrechts am Beispiel der Essenszusteller\*innen

Martin Gruber-Risak

---

## 1. Problemstellung

Nicht erst seit den Ausgangsbeschränkungen der COVID-19-Pandemie begegnen einem auf den Straßen der größeren Städte Österreichs sog. „Rider“, dh Essenszusteller:innen auf Fahrrädern und e-Bikes mit auffällig bunter Bekleidung und riesigen Rucksäcken. Ihre Tätigkeit wird über eine App auf ihrem Mobiltelefon organisiert. Für Kund:innen, die über die beiden größten in Österreich operierenden Plattformen Foodora und Lieferando bestellen, scheint es abseits der zur Verfügung stehenden Restaurants und der Rucksackfarbe nicht allzuvielen Unterschiede zwischen den beiden Unternehmen zu geben. Arbeitsrechtlich trennen die beiden aber Welten: Während für Foodora im Wesentlichen nur selbständige freie Dienstnehmer:innen fahren, sind es bei Lieferando „echte“ Dienstnehmer:innen. Der unterschiedliche rechtliche Status resultiert in massiven Unterschieden für alle Beteiligten, da nur auf Dienstnehmer:innen das Arbeitsrecht in vollem Umfang zur Anwendung kommt. Für die Plattformen bedeutet das in erster Linie geringere Kosten, da ein Kollektivvertrag mit Mindestentgelten und 13. und 14. Monatsentgelt ebenso wenig zur Anwendung kommt wie bezahlter Urlaub und Krankenstand. Letzteres ist auch für die Kund:innen von Bedeutung, da die Wahrscheinlichkeit in Kontakt mit kranken Zusteller:innen zu kommen bei Selbständigen höher ist, da diese keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall haben und daher eher krank Zustellungen vornehmen. Und natürlich unterschieden sich vor allem für die Beschäftigten die Arbeitsbedingungen spürbar, was nicht zuletzt die erste österreichische Fairwork-Studie aus 2022 zeigt.<sup>2</sup> Diese erhob erstmals die Arbeitsbedingungen in der öster-

---

1 Überarbeitete und insb um Fußnoten erweiterte Fassung des am 23. 1. 2023 an der WU Wien gehaltenen Vortrags im Rahmen des Berufungsverfahren einer Professur für Arbeits- und Sozialrecht.

2 *Griesser/Plank/Vogel/Gruber-Risak/Herr/Spilda/Steward/Graham*, Fairwork Austria Ratings 2022: Labor Standards in the Platform Economy (2022); Langversion: *Grießer/Gruber-Risak/Herr/Plank/Vogel*, Faire Arbeit in der österreichischen Plattformökonomie? Working Paper Reihe der AK Wien – Materialien zu Wirtschaft und Gesellschaft 242 (2023); zu den rechtlichen Aspekten *Gruber-Risak/Griesser/Plank*, Arbeiten in der österreichischen Plattformwirtschaft – Ergebnisse der ersten österreichischen Fairwork-Studie und arbeitsrechtliche Einschätzungen, DRdA 2023, 2.

reichischen Plattformwirtschaft umfassend mit qualitativen Methoden und zeigte, dass lediglich ein Plattformunternehmen Arbeitsverträge mit den Plattformbeschäftigten abschließt, alle anderen stufen die über sie beschäftigten Personen als Selbständige ein. Vor diesem Hintergrund stellt sich dann zwangsläufig die Frage was eigentlich die Rider der beiden Plattformen abseits der Farbe ihrer Rucksäcke so sehr unterscheidet, dass die einen in den Genuss des Arbeitsrechts kommen und die anderen hingegen nicht. Die Trennlinie ist hier bekanntlich die „persönliche Abhängigkeit“<sup>3</sup> – zumindest nach Selbsteinschätzung von Foodora liegt diese bei den bei ihr beschäftigten Essenzusteller:innen nicht vor und sind diese daher, sollte diese Einordnung auch korrekt sein, derzeit aus Sicht der Rechtsordnung weniger schutzbedürftig. Damit ist die Frage aufgeworfen, wie das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit in Zeiten der Digitalisierung zu interpretieren ist und ob es weiterhin noch für die Beantwortung der Frage geeignet ist, den Geltungsbereich des Arbeitsrechts zu umschreiben.<sup>4</sup>

## 2. Zur persönlichen Abhängigkeit

Die persönliche Abhängigkeit äußert sich nach stRsp „in organisatorischer Gebundenheit, insb an Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle [...]. Für den Arbeitsvertrag wesentlich ist daher eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, welcher hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist.“<sup>5</sup> Es zeigt sich jedoch, dass der tragende Grund für die meisten arbeitsrechtlichen Regelungen nicht die so verstandene persönliche Abhängigkeit, dh die Beschränkung der persönlichen Freiheit bei der Leistungserbringung ist, sondern die wirtschaftliche Unterlegenheit einer der Vertragsparteien. Diese führt nämlich dazu, dass das sonst grundsätzlich bestehende Marktmodell des freien Aushandelns des Vertragsinhaltes zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Der Nachweis der wirtschaftlichen Unterlegenheit im Einzelfall ist jedoch ungleich schwieriger als der Nachweis der letztlich auf die Umstände der Leistungserbringung abstellenden, persönlichen Abhängigkeit.<sup>6</sup> Deshalb wird schon seit langem auf diese rekurriert und das nicht nur in Österreich und Europa, sondern eigentlich weltweit.<sup>7</sup>

Das war so lange unproblematisch als klar war, dass nur die Personen ihre persönliche Freiheit in einem derartig großen Maß aufgeben, die keine anderen Alternativen zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts als die Verwertung ihrer Arbeitskraft haben. Und das können sie in der Regel nicht in selbständiger Weise machen, da es ihnen dafür an Res-

---

3 Dazu *Brodil/Gruber-Risak*, Arbeitsrecht in Grundzügen<sup>11</sup> (2022) Rz 40 ff mwN.

4 *Gruber-Risak*, Where do we go from here? – Trends in der Arbeitswelt und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, DRdA 2022, 105 (106).

5 OGH RIS-RS0021306 bzw RS0021284.

6 So zB *Gruber-Risak*, Working in 2023: Heaven or Hell?, in *Güldenbergs/Ernst/North*, Managing Work in the Digital Economy (2021) 99 (103).

7 *Waas/Heerma von Voss*, Restatement of Labour Law in Europe, Vol I – The Concept of Employee (2017).

sourcen und unternehmerischer Struktur fehlt. Deshalb müssen sie sich in eine fremde Organisation eingliedern und werden so als wirtschaftlich Abhängige auch persönlich abhängig.<sup>8</sup>

Diese Regelungstechnik hat sich über viele Jahrzehnte gut bewährt, da persönliche Abhängigkeit und wirtschaftliche Unselbständigkeit zumeist korrelierte und man daher mit dem durchaus praktikablen Kriterium der persönlichen Abhängigkeit sein Auslangen finden konnte. Freilich hat das Anwachsen des Arbeitsrechts auch dazu geführt, dass die Kosten der Arbeit in einem Arbeitsverhältnis gegenüber jenen bei der Kontrahierung mit Selbständigen höher sind und es daher ökonomisch durchaus sinnvoll sein kann auf Selbständige zur Leistungserbringung zurückzugreifen. Das zeigt nicht zuletzt die Plattformwirtschaft, die sich geradezu als Vergrößerungsglas für viele durch die Digitalisierung aufgeworfene Probleme darstellt. So auch für das sogenannte „Statusproblem“, dh die Frage ob Leistungserbringer:innen nun Arbeitnehmer:innen oder Selbständige sind.

Die Europäische Kommission spricht in ihrem zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vom 9.12.2021<sup>9</sup> davon, dass derzeit neun von zehn Personen, die über Plattformen arbeiten als Selbständige eingestuft werden und dass dabei ein hohes Risiko der Scheinselbständigkeit besteht. Schätzungen zufolge sollen europaweit bis zu 5,5 Millionen Menschen falsch eingestuft sein. Dass das auch tatsächlich der Fall ist, zeigen die zahlreichen Gerichtsprozesse zu dieser Thematik, die nicht selten zu einer Umqualifikation der Arbeitenden geführt haben.<sup>10</sup>

### 3. Rechtsprechung zum Status von Plattformbeschäftigten

In zahlreichen Mitgliedsstaaten der EU ebenso wie auf Europäischer Ebene war die Rechtsprechung bereits – anders als derzeit noch in Österreich – mit der Frage der rechtlichen Einordnung der Plattformbeschäftigten konfrontiert. Dabei zeigt sich, dass es überaus herausfordernd sein kann, hier eine adäquate Lösung zu finden und den bestehenden Arbeitnehmer:innenbegriff an die durch die Digitalisierung veränderten neuen Rahmenbedingungen anzupassen. Ich möchte hier beispielhaft einige Entscheidungen herausgreifen.

Der wohl bekannteste Fall war jener im Vereinigten Königreich, in der *Rs Aslam und Farrar gegen Uber BV*, der am 19.2.2021 vom *UK Supreme Court*<sup>11</sup> in letzter Instanz entschieden wurde. Demnach sind Uber-Fahrer:innen als *workers* nach Englischem

8 Gruber-Risak, DRdA 2022, 105; zum EU-Recht, Risak/Dullinger, Der ArbeitnehmerInnen-Begriff im EU-Recht – Status quo und Veränderungspotenzial, DRdA 2018, 206 (2017).

9 COM(2021) 762 final; dazu Ratti, Der lange Weg zur Regulierung der Plattformarbeit in der EU, in Brameshuber/Brockmann/Marbold/Miranda Boto, Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy (2023) 49.

10 Umfassend dazu Hießl, The Classification of Platform Workers in Case Law: A Cross-European Comparative Analysis, Comparative Labor Law & Policy Journal Vol 42/2 (2022); Prassl/Laulom/Maneiro/Vázquez, Die Bedeutung nationaler Gerichte für den Schutz von Plattformarbeitern: Eine vergleichende Analyse, in Brameshuber/Brockmann/Marbold/Miranda Boto, Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy 91.

11 UK Supreme Court 19.2.2021, [2021] UKSC 5.

Arbeitsrecht anzusehen, wobei zur Begründung mehrere Argumente angeführt werden (Festlegung der Preise und der Arbeitsbedingungen durch Uber, faktisch beschränkte Ablehnungsrechte bei angebotenen Aufträgen, Kontrolle über die Leistungserbringung durch ein Rating-System, Beschränkung der Kommunikation mit Kund:innen). In Spanien hat das dortige Höchstgericht (*Tribunal Supremo*) ebenfalls für Essenzusteller:innen (diesmal die Plattform *Glovo*) deren Arbeitnehmer:innen-Status festgestellt. Ein wichtiges Argument war hier, dass die Plattform selbst das wichtigste (digitale) Produktionsmittel sei und zudem das Reputationssystem ein wesentliches Kontrollinstrument darstelle.<sup>12</sup> Auch das deutsche Bundesarbeitsgericht (BAG)<sup>13</sup> sieht einen über eine Plattform Arbeitenden, der die Präsentation von Markenprodukten im Einzelhandel und an Tankstellen durch auf die Plattform hochzuladende Fotos kontrolliert, als Arbeitnehmer an, der in einem durchgängigen Arbeitsverhältnis beschäftigt war. Das BAG ging davon aus, dass die Tätigkeit über die Plattform so gesteuert wurde, dass der Auftragnehmer diese nicht nach Ort, Zeit und Inhalt frei gestalten konnte. Zwar war der Plattformbeschäftigte vertraglich nicht zur Annahme von Angeboten verpflichtet, es wurde aber mit einem Anreizsystem operiert, das ihn veranlasste, kontinuierlich Tätigkeiten zu erledigen. Freilich ist dieses Bild nicht ganz einheitlich, gibt es doch auch Entscheidungen, die eine Arbeitnehmer:innen-Eigenschaft von Plattformbeschäftigten verneinen. So der Beschluss des EuGH in der Rs *Yodel Delivery*<sup>14</sup>. Hier wird betont, dass über Plattform arbeitende Paketzusteller:innen nicht als Arbeitnehmer:innen iSd der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG anzusehen sind, wenn ihnen Entscheidungsspielräume durch Vertretungs- und Weitergaberechte, Ablehnungsrechte, Arbeitszeitautonomie und das Fehlen von Nebenbeschäftigungs- und Wettbewerbsverboten eingeräumt sind. Dies freilich alles unter der Bedingung, dass die Selbständigkeit nicht bloß fiktiv ist und auch sonst kein Unterordnungsverhältnis zwischen ihnen und der Plattform besteht. Ähnlich wie der EuGH argumentiert zuletzt im Dezember 2022 auch ein Gericht in Belgien zu Uber-Fahrer:innen und verneint deren Eigenschaft als Arbeitnehmer:innen, weil es ihnen freisteht wo, wann und wie lange sie arbeiten wollen sowie welche Fahrten sie annehmen oder ablehnen.<sup>15</sup> Dieses rechtsvergleichende Schlaglicht zeigt, wie schwierig es offensichtlich ist mit dem bestehenden Instrumentarium den arbeitsrechtlichen Status von Plattformbeschäftigten zu bestimmen. Überall dort, wo ein eher traditionelles Verständnis vertreten wird, das zudem noch stark auf formale Elemente abstellt, dort werden Plattformbeschäftigten eher nicht in den Schutzbereich des Arbeitsrechts einbezogen. Wo der faktische Vollzug von größerer Relevanz ist, sieht es anders aus, da hier gefragt wird, ob bestimmte Rechte nur deshalb in den Vertrag aufgenommen wurden, um die Qualifikation als Arbeitsvertrag zu vermeiden oder ob es auch tatsächliche Spielräume für die Arbeitenden gibt.

---

12 Tribunal Supremo 25.9.2020, rec. 476/2019.

13 BAG 1.12.2020, 9 AZR 102/20, AuR 2021, 329 (*Gruber-Risak/Warter*).

14 EuGH C-692/19, AuR 2020, 524 (krit *Risak*) = DRdA 2021, 127 (krit *Warter*).

15 <https://www.politico.eu/article/belgian-judge-uber-driver-is-self-employed/> (25.9.2022).

Bisweilen wird auch darüber hinaus gegangen und der Arbeitnehmer:innenbegriff behutsam weiter entwickelt. Dabei werden die speziellen Umstände der virtuellen Dimension der Plattformarbeit mit einbezogen, wobei es vor allem um die Besonderheiten der digitalen Arbeitsorganisation geht, seien dies nun harte Sanktionsmechanismen oder auch weichere Formen des *nudging* und der *gamification*.<sup>16</sup>

Kommt man nun zum Eingangsbeispiel der Essenzusteller:innen zurück, so zeigen die im Zuge der 2022 für die Fairwork-Studie erhobenen Daten, dass hier die Arbeit – egal ob unselbständig oder selbständig – in Form von Schichten organisiert wird.<sup>17</sup> Wird nun eine Schicht vereinbart, so besteht zumindest während dieser auch für die selbständigen Fahrer:innen eine gewisse Arbeitsverpflichtung. Dies ergibt sich insb aus dem sogenannten Batch-System, das Pünktlichkeit hinsichtlich des Beginns und der Beendigung einer übernommenen Schicht in der Form honoriert, dass besser gereichte Fahrer:innen für die Buchung attraktiver Schichten zuerst freigeschaltet werden. Auch wenn ein zumindest formales Ablehnungsrecht für einzelne Aufträge besteht, so ergibt sich aus den Interviews, dass eine Ablehnung mit einem gewissen Aufwand und Rechtfertigungsdruck verbunden ist. Zudem ist nicht geklärt wie dies mit den, den selbständigen Fahrer:innen garantierten zwei Bestellungen pro Stunde während einer Schicht zusammenspielt – dh ob Fahrer:innen bei Ablehnung diese Garantie verirken und damit massiver ökonomischer Druck besteht, das Ablehnungsrecht nicht auszuüben. Auch erscheint es überaus fraglich ob bei der Schichtplanung eine Ablehnung von Aufträgen mit eingeplant ist, dh die Schichten entsprechend überbucht werden. Ist das nicht der Fall, so wird nämlich auch schon vom Plattformdesign her davon ausgegangen, dass eine Ablehnung von Aufträgen faktisch nicht erfolgt. Das legt auch die bereits erwähnte Garantie einer bestimmten Anzahl von Mindestaufträgen nahe, nämlich dass die Schichteinteilung möglichst nahe am konkreten Bedarf erfolgt, und diese Anzahl an Aufträgen auch tatsächlich erfolgen kann – alles andere würde zu bezahlten Stehzeiten führen und ökonomisch für die Plattformbetreiber:innen wenig Sinn machen. Während der Ausführung des Auftrages besteht dann durch die App gesteuert eine hohe Kontrolldichte, die unter anderem auf strengen Zeitvorgaben basiert, sodass hier von persönlicher Abhängigkeit<sup>18</sup> und damit vom Vorliegen eines Dienstverhältnisses zumindest für die Dauer einer Schicht auszugehen ist.

Es spricht aber auch vieles dafür, eine durchgängige Arbeitsverpflichtung über die einzelne Schicht hinaus anzunehmen, da im Rahmen des Batch-Systems das Fahren zumindest einer Schicht im Monat erforderlich ist, um „aktiv“ zu bleiben und weiterhin für die Vereinbarung von Schichten freigeschaltet zu werden. Gerade dieses als „Belohnung für loyale“ Fahrer:innen vom Management eingeführte Batch-System legt nahe, dass eine durchgängige Beschäftigung erwünscht ist und es auch zu Sanktionen kommt, wenn we-

---

16 Vgl Gruber-Risak, DRdA 2023, 108.

17 Eingehend dazu Griesser/Gruber-Risak/Herr/Plank/Vogel, Faire Arbeit in der österreichischen Plattformökonomie? 12; Gruber-Risak/Griesser/Plank, DRdA 2023, 5.

18 Dazu insb ausführlich schon Dullinger, in Lutz/Risak, Arbeit in der Gig-Economy (2017) 196.

niger als die Mindestsicht gefahren wird. Im Sinne der BAG-Rsp<sup>19</sup> ergibt sich aus diesem sogar mit Sanktionen und nicht nur Belohnungen versehenen Anreizmodell klar, dass den Plattformbetreiber:innen daran gelegen ist, dass registrierte Fahrer:innen auch eine Mindestaktivität aufweisen, was letztlich in einer durchgängigen Arbeitsverpflichtung und sohin auch in einem durchgängigen Arbeitsverhältnis resultiert.

#### 4. Erleichterung der Durchsetzung des korrekten Status

Das Beispiel der Essenzustellung zeigt sehr gut, dass in der Plattformwirtschaft die Leistungsverpflichtung einerseits ebenso wie die persönliche Abhängigkeit andererseits oft gar nicht so leicht zu argumentieren und in der Praxis dann idR noch viel schwieriger zu beweisen ist. Die *Rider* sind letztlich bloß mit einer App auf ihrem Smartphone konfrontiert, über die die konkreten Aufträge erteilt werden und über die sie auch kontrolliert werden. Wie und unter welchen Kriterien das nun passiert, das wissen sie freilich nicht. Sie stehen sohin einer digitalen Black Box gegenüber, was zu einem Beweisnotstand führt und es ihnen in aller Regel schwer möglich macht, das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit zu beweisen. Die nur mit großem Aufwand aufzudeckende Scheinselbständigkeit schafft in der Folge einen starken Anreiz dafür, Plattformbeschäftigte falsch einzuordnen und damit das Arbeitsrecht zu vermeiden.<sup>20</sup>

Auch die Europäische Kommission<sup>21</sup> sieht diese Gefahr und widmet unter diesen Erwägungen der Erleichterung der Durchsetzung des Arbeitnehmer:innenstatus in ihrem bereits erwähnten Entwurf für eine Plattformarbeitsrichtlinie breiten Raum. Dabei wird vorgeschlagen mit der widerleglichen Vermutung eines Arbeitsvertrages zur Plattform zu operieren.<sup>22</sup> Für österreichische Arbeitsrechtler:innen mag dieser Zugang neu erscheinen, aber zahlreiche europäische Arbeitsrechtsordnungen wie zB Kroatien, Estland, Griechenland, Malta, die Niederlande, Portugal, Slowenien, Frankreich, Belgien und Spanien kennen solche im Detail freilich sehr unterschiedliche Strategien zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit abseits der Plattformwirtschaft schon länger.<sup>23</sup> In Spanien wurde zudem erst im Mai 2022 eine solche spezifische Vermutung für die Essenzustellung in Form des sogen „Riders Law“ eingeführt.

---

19 BAG 1.12.2020, 9 AZR 102/20, AuR 2021, 329 (zust *Gruber-Risak/Warter*).

20 Dazu schon *Risak*, (Arbeits-)Rechtliche Aspekte der Gig-Economy, in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 47; *Prassl/Risak*, Uber, TaskRabbit & Co: PLatforms as Employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork, Comparative Labor Law & Policy Journal 2016, 618.

21 COM(2021) 762 final 18.

22 So schon *Lutz/Risak*, Gute Arbeitsbedingungen in der Plattformökonomie – was tun? in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 355; *Risak*, Fair working conditions for platform workers – possible regulatory approaches at the EU level (2018) 14; *Gruber-Risak/Warter/Berger*, Plattformarbeit – was tun? Grundlagenpapier für die AK Wien (2020) [https://wien.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/arbeidigital/crowdwork/Strukturpapier\\_Plattformarbeit\\_3.pdf](https://wien.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/arbeidigital/crowdwork/Strukturpapier_Plattformarbeit_3.pdf) (25.9.2023).

23 Dazu *Gruber-Risak*, Gesetzliche Vermutungen als Instrument zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit, in FS Neumayer (2023) 2505.

Konkret sieht der Richtlinien-Entwurf in Art 4 vor, dass Mitgliedstaaten eine rechtliche Vermutung einführen müssen, dass die Vertragsbeziehung zwischen einer Arbeitsplattform und den über sie arbeitenden Personen ein Arbeitsverhältnis ist. Damit diese gesetzliche Vermutung zur Anwendung kommt, muss die Person, die über die Plattform arbeitet, aber eine gewisse Schwelle überschreiten; sie muss nämlich nachweisen, dass die digitale Arbeitsplattform in einem gewissen Umfang die Leistungserbringung kontrolliert.

Art 4 Abs 2 RL-Entwurf enthält deshalb fünf Kriterien, von denen zwei erfüllt sein müssen, damit die gesetzliche Vermutung eingreift. Die Kriterien sind relativ weit gefasst und gehen über jene eines klassischen Arbeitsverhältnisses hinaus, die ja enger sein müssen, ansonsten wäre ja eine Widerlegung gar nicht mehr möglich. Eine gewisse Einschränkung erfährt die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vermutung freilich dadurch, dass nicht eines, sondern jedenfalls zwei der aufgezählten Kriterien erfüllt sein müssen.

Der RL-Entwurf zählt dabei folgende fünf Kriterien auf, damit die Vermutung schlagend wird (Art 4 Abs 2):

- a) effektive Bestimmung der Höhe der Vergütung oder Festlegung von Obergrenzen der Vergütung;
- b) Aufforderung der Plattformarbeit leistenden Person, bestimmte verbindliche Regeln in Bezug auf Erscheinungsbild und Verhalten gegenüber dem Empfänger der Dienstleistung bzw in Bezug auf die Arbeitsleistung einzuhalten;
- c) Überwachung der Arbeitsleistung oder Überprüfung der Qualität der Arbeitsergebnisse, auch auf elektronischem Wege;
- d) effektive Einschränkung der Freiheit, die Arbeit zu organisieren – insbesondere den Ermessensspielraum bei der Wahl der Arbeitszeit oder der Abwesenheitszeiten –, Aufgaben an- bzw abzulehnen oder die Dienste von Unterauftragnehmern oder Ersatzkräften in Anspruch zu nehmen, auch durch den Einsatz von Sanktionen;
- e) effektive Einschränkung der Möglichkeit, einen Kundenstamm aufzubauen oder Arbeiten für Dritte auszuführen.<sup>24</sup>

Die gesetzliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses kann nach Artikel 5 von der digitalen Arbeitsplattform widerlegt werden. Dabei kommt es auf den jeweiligen nationalen Arbeitnehmer:innen-Begriff an, dh jenen des Landes in dem der gewöhnliche (physische) Arbeitsort (und auch Gerichtsstand) der Person liegt, die Plattformarbeit verrichtet (Artikel 8 der Rom I-Verordnung).<sup>25</sup>

Derzeit liegt bereits ein am 12.12.2022 angenommener Bericht des EMPL-Ausschusses des Europäischen Parlaments (sog *Gualmini*-Bericht)<sup>26</sup> und eine Stellungnahme („Allge-

24 Dazu *Gruber-Risak/Warter*, What's Union law got to do with it? – Rechtliche Ansätze auf EU-Ebene zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Plattformbeschäftigten, in *Haas/Klaus/Lamura*, Plattformarbeit: Herausforderungen plattformvermittelter Arbeit im deutschsprachigen Raum (erscheint 2024).

25 Dazu *Kozak*, Crowdwork mit Auslandsbezug, in *Lutz/Risak*, Arbeit in der Gig-Economy 304 (310).

26 A-90301/2022; Das Plenum des Europäischen Parlaments bestätigte diese Entscheidung am 2.3.2023.

meine Ausrichtung“) des Rates der EU vom 12.6.2023 vor.<sup>27</sup> Der *Gualimi*-Bericht dreht die Vermutung in ihrer Konzeption insofern um, als auf Kriterien verzichtet wird und diese jedenfalls greift, wenn über eine Plattform Arbeit verrichtet wird. Die Vermutung kann dann nur widerlegt werden, wenn die beiden dort aufgezählten Kriterien erfüllt sind. Der Rat der EU kehrt wieder zur Indikatorenmethode der Kommission zurück, die aber gegenüber dieser erweitert wird: von nunmehr sieben Kriterien müssen drei erfüllt sein. Es ist somit derzeit noch nicht klar, wie die Richtlinie letztlich im Detail aussehen wird; die Mitgliedstaaten werden jedenfalls eine Umsetzungsfrist von zwei Jahren haben. Ist die Umsetzung erfolgt, dann könnte sich eine foodora-Fahrerin wohl auf die gesetzliche Vermutung berufen, was die Durchsetzung ihres Arbeitnehmerinnen-Status erleichtern würde. Sie müsste dann eben nicht die persönliche Abhängigkeit in allen Feinheiten nachweisen, sondern es reicht aus, dass sie sich darauf beruft, dass bspw die Plattform die Preise festlegt (Kriterium a des RL-Entwurfes) und ihre Arbeitsleistung über die App via Geotracking und Eingaben der Restaurants und Kund:innen kontrolliert wird (Kriterium c des RL-Entwurfes).

## 5. Ausweitung von Arbeitnehmer:innenrechten auf Solo-Selbständige

Aber auch bei aller zeitgemäßen Interpretation des Arbeitnehmer:innenbegriffes und der Erleichterung des Nachweises des Arbeitnehmer:innenstatus wird eine Gruppe von Personen verbleiben, die sich trotz mangelnder Arbeitnehmer:innen-Eigenschaft in einer vergleichbaren wirtschaftlichen Situation wie diese befinden. Dies ist insb dann der Fall, wenn die beiden Vertragsparteien unterschiedliches Gewicht in die Verhandlungen einbringen und deshalb die Gefahr eines nicht sozialverträglichen Vertragsabschlusses besteht.<sup>28</sup>

Das hat auch die Europäische Kommission erkannt, die im September 2022 neue Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen<sup>29</sup> publizierte. In Fällen, in denen sich Selbständigen ohne eigene Arbeitnehmer:innen in einer Situation befinden, die mit der von Arbeitnehmer:innen vergleichbar ist, wird davon ausgegangen, dass von ihnen ausgehandelte Tarifverträge nicht unter das Kartellverbot des Artikel 101 AEUV fallen – und zwar unabhängig davon, ob die Personen auch die Kriterien für die Einstufung als Scheinselbständige erfüllen. Damit wird ein klassisches Arbeitnehmer:innenrecht, nämlich kollektiv die Entgelt- und Arbeitsbedingungen zu verhandeln, auch für Nicht-Arbeitnehmer:innen geöffnet, wenn sich diese in einer ähnlichen faktischen Verhandlungs-

---

27 10107/23.

28 Dazu *Schwertner*, Neue EU-Regeln für Tarifverträge für Solo-Selbständige, ZAS 2022/23; *Brameshuber*, (Ein Grundrecht auf Tarifverhandlungen für wirtschaftlich abhängige Arbeitnehmerähnliche Selbständige, in *Brameshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto*, Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig Economy 275.

29 ABl 2022/C 374/02.

situation wie diese befinden.<sup>30</sup> Nach den Leitlinien ist dies bei folgenden drei Gruppen der Fall: wirtschaftliche abhängige Solo-Selbständige sowie – ohne eine solche gesonderte Prüfung der wirtschaftlichen Abhängigkeit – solche, die „Seite an Seite“ mit Arbeitnehmer:innen arbeiten, und auch solche, die über Plattformen arbeiten. Damit kommt es bei Plattformbeschäftigten nicht mehr auf die persönliche Abhängigkeit an, ob sie kollektiv insbesondere ihre Entgelte gegenüber der Plattform verhandeln können, sondern sie können dies unabhängig von ihrem Vertragsstatus jedenfalls tun, ohne als wettbewerbswidriges Preiskartell angesehen zu werden.

## 6. Ergebnis

Abschließend ist die Ausgangsfrage erneut zu stellen: „Persönlich abhängig oder nicht – ist das wirklich noch die Frage?“ Die Antwort darauf ist, dass das über weite Strecken weiterhin der Fall ist. Gerade im Zusammenhang mit der Plattformbeschäftigung zeigt sich jedoch, dass sich die Wichtigkeit dieses Kriteriums bei der praktischen Rechtsdurchsetzung nach und nach reduziert: Weiterungen des Begriffes an sich, die Erleichterung der Durchsetzung des korrekten Vertragsstatus und bisweilen sogar die Zuerkennung von klassischen Arbeitnehmer:innenrechten über den Arbeitnehmer:innen-Status hinaus. Es spricht vieles dafür, dass sich der Trend fortsetzen wird und in Zukunft verstärkt schutzbedürftige Selbständige in den Schutzbereich des Arbeitsrechts (oder zumindest eines Teiles desselben) einbezogen werden.<sup>31</sup> Wenngleich sie nicht formal auf Basis eines Arbeitsvertrages beschäftigt sind, benötigen sie den Schutz auf Grund ihrer wirtschaftlichen Stellung. Passiert das nicht, so kommt es zu massiven Verwerfungen, da dann auf Grund des formalen Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit einer immer stärker anwachsenden Gruppe von Personen der notwendige soziale Schutz vorenthalten wird.<sup>32</sup>

Martin Gruber-Risak ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien; martin.gruber-risak@univie.ac.at

---

30 Dazu *Schwertner*, Arbeitnehmerähnliche Selbständigkeit und Kollektivvertrag, DRdA 2023, 125.

31 *Gruber-Risak/Hatzopoulos/Mulcahy*, Policies to support the self-employed in the labour markets of the future, Bruegel Policy Contribution Issue N° 8/22, <https://www.bruegel.org/sites/default/files/2022-06/PC-08-2022-030622-1.pdf> (25.9.2023).

32 *Gruber-Risak*, DRdA 2023, 107; zur Neudefinition des Schutzbereiches in Österreich *Mosler*, Brauchen wir einen neuen Arbeitnehmer\*innenbegriff, DRdA 2023, 118; zum EU-Recht *Risak/Dullinger*, DRdA 2018, 213.

# „(Nicht) jede unzüchtige Berührung“

## NS-Rechtsprechung gegen Homosexuelle in Österreich

Luis Paulitsch

---

### 1. Einleitung

Am 29. September 1939 wird Franz Matyas im Tröpferlbad in der Klostergasse in Wien-Währing von der Polizei angehalten: Ein Zeuge habe ihn beobachtet, wie er einem 14-Jährigen nachgestiegen sei; anschließend wären die beiden gemeinsam in das öffentliche Bad gefahren.<sup>1</sup> Matyas ist zum damaligen Zeitpunkt 37 Jahre alt, verheiratet und Metallschleifer von Beruf. Er gibt auf der Wachstube zu Protokoll, dass er dem Jugendlichen Geld angeboten habe, damit ihm dieser den Rücken wäscht – andere Absichten hätte er dabei nicht gehabt. Im Übrigen führe er mit seiner Frau eine glückliche Ehe, merkt Matyas weiter an.<sup>2</sup>

Allerdings belastet ihn der 14-Jährige bei der Kriminalpolizeistelle: Matyas und er hätten sich gegenseitig gewaschen, dabei sei ihm der ältere Mann mit den Händen über die Geschlechtsteile gefahren. Außerdem hätte Matyas vom Jugendlichen verlangt, ihn auf dieselbe Weise im Intimbereich anzufassen, wozu es aber nicht gekommen sei.<sup>3</sup> Trotz Matyas' neuerlichen Beteuerungen, dass er „normal veranlagt“ sei, erhebt die Staatsanwaltschaft Wien kurze Zeit später Anklage gegen ihn. „Unzuchtshandlung“ mit einem Jugendlichen, so der Vorwurf.

### 2. Strafrechtliche Grundlagen

Franz Matyas ist einer von rund 1.300 Beschuldigten, die zwischen 1938 und 1945 in Wien aufgrund von § 129 I b des österreichischen Strafgesetzes (StG) gerichtlich verfolgt wurden.<sup>4</sup> Der Straftatbestand ging im Wesentlichen auf das StG von 1803<sup>5</sup> zurück und verbot seit 1852<sup>6</sup> ausdrücklich die „Unzucht wider die Natur (...) mit Personen desselben Geschlechts“; die Strafbestimmung richtete sich damit gleichermaßen gegen Männer

---

1 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 5.

2 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 14.

3 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 10.

4 Die Zahl der Beschuldigten ergibt sich aus den am Wiener Stadt- und Landesarchiv erfassten Strafakten der Wiener Gerichte (ua Landgerichte I und II, Jugendgericht und Sondergerichte), die vom Zentrum QWIEN ab dem Jahr 2013 digitalisiert und ausgewertet wurden (aktuell 768 Akten).

5 Patent vom 3. September 1803 (JGS Nr 626).

6 RGBl 1852/117.

wie Frauen.<sup>7</sup> Gemäß § 130 StG drohte bei einer gleichgeschlechtlichen Handlung eine schwere Kerkerstrafe von einem bis zu fünf Jahren. Im Falle einer schweren Kerkerstrafe konnten verschärfte Maßnahmen wie „Fasttage“ und ein „hartes Lager“ verhängt werden. Es handelte sich hierbei um die strengste Form der Freiheitsstrafe nach dem damaligen StG.<sup>8</sup> In der Praxis gelangte das drakonische Strafmaß von einem bis zu fünf Jahren bei gleichgeschlechtlichen Sexualdelikten jedoch nur selten zur Anwendung, weil das österreichische Strafrecht den Richtern einen großen Spielraum ermöglichte, etwa durch die Anwendung des „außerordentlichen Milderungsrechts“.<sup>9</sup>

Mit dem Einmarsch der Wehrmacht in Österreich kam es ab März 1938 auch im Bereich der Justiz zu drastischen Maßnahmen, insb zu personellen Säuberungen und der Einsetzung des „Volksgerichtshofs“.<sup>10</sup> Viele österreichische Rechtsvorschriften blieben allerdings weiterhin in Kraft, so auch der Straftatbestand gegen gleichgeschlechtliche Handlungen gemäß § 129 I b StG. Zwar hatten die Nazis zunächst ein einheitliches „Reichsstrafrecht“ forciert, dies scheiterte aber ua an der breiten Ablehnung aus österreichischen Juristenkreisen.<sup>11</sup> Abgesehen von der Einführung spezifischer NS-Strafnormen<sup>12</sup> war das österreichische StG daher bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs noch in seiner ursprünglichen Form erkennbar.<sup>13</sup>

Für die gerichtliche Verfolgung von Homosexuellen hatte der „Anschluss“ jedenfalls spürbare Auswirkungen: Zum einen verhängten die Richter in Verfahren wegen § 129 I b StG fortan weitaus höhere Strafen; selbst Erstverurteilungen bei „einmaliger“ Homosexualität wurden nicht mehr unter drei Monaten schweren Kerkers ausgesprochen.<sup>14</sup> Zum anderen kam es ab dem Jahr 1939 in ganz Österreich zu einem sprunghaften Anstieg der rechtskräftigen Verurteilungen wegen gleichgeschlechtlicher Delikte, so auch

7 Im StG 1803 war noch pauschal von „Unzucht gegen die Natur“ die Rede. Im StG 1852, das offiziell lediglich eine „Neuauflage“ seines Vorgängers war, wurden die Formen der „Unzucht“ präzisiert; siehe dazu *Greif*, „Unzüchtige Umarmungen“ – Weibliche gleichgeschlechtliche Unzucht in der Zwischenkriegszeit, *juridikum* 2014, 293 f.

8 Das StG kannte vier Formen der Freiheitsstrafe: Arrest, strenger Arrest, Kerker und schwerer Kerker.

9 Die richterliche Strafe konnte unterhalb der gesetzlichen Mindeststrafe verhängt werden, sofern mehrere Milderungsgründe vorlagen, zB die Unbescholtenheit oder das junge Alter des/der Angeklagten (§ 54 StG, „außerordentliches Milderungsrecht“); vgl in dem Zusammenhang auch die Strafpraxis des LG Linz in Verfahren wegen § 129 I b StG zwischen 1918 und 1938 in *Greif*, *Verkehrte Leidenschaften. Gleichgeschlechtliche Unzucht im Kontext von Strafrecht und Medizin* (2019) 361 f.

10 Siehe *Neugebauer*, *Der NS-Terrorapparat*, in *Tálos/Hanischn/Neugebauer/Sieder*, *NS-Herrschaft in Österreich. Ein Handbuch* (2002) 721 (734 f).

11 *Garscha*, *NS-Strafrecht in Österreich. Zur Einführung deutscher Rechtsnormen in die „Ostmark“*, in *Rosner*, *Recht und Gericht in Niederösterreich. Die Vorträge des 17. Symposiums des Niederösterreichischen Instituts für Landeskunde* (2002) 233 (243 f).

12 Siehe ausführlich dazu *Loebenstein*, *Strafrecht und Strafenpraxis im nationalsozialistischen Staat*, in *Davy/Martel/Reiter/Somek*, *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter Herrschaft des Nationalsozialismus* (1990) 200 (202 ff).

13 *Garscha* in *Rosner* 237 f.

14 *Brunner/Sulzenbacher*, *Das Projekt der „Namentlichen Erfassung der homosexuellen und transgener Opfer in Wien“*, in *Q WIEN/WAS!*, *Zu spät? Dimensionen des Gedenkens an homosexuelle und transgener Opfer des Nationalsozialismus* (2015) 98 (106 ff).

an den Wiener Straflandesgerichten I und II.<sup>15</sup> Ein Großteil der Strafen wurde unbedingt ausgesprochen. Daran lässt sich ebenfalls eine gesteigerte Härte seitens der österreichischen Gerichte in der NS-Zeit erkennen.<sup>16</sup>

### 3. Die Hauptverhandlung

Der Gerichtsprozess gegen Franz Matyas fand am 12. Jänner 1940 am „Landgericht Wien“<sup>17</sup> (LG Wien) vor einem Schöffensenat statt. Dies ist insofern bemerkenswert, als die meisten Verfahren wegen § 129 I b StG vor einem Einzelrichter angeklagt wurden.<sup>18</sup> Eine Anklage vor einem Schöffengericht wurde vor allem dann erhoben, wenn Jugendliche in die gleichgeschlechtliche Tat involviert waren – wie eben auch im Fall Matyas. In der Hauptverhandlung bestritt Matyas weiterhin den Tatvorwurf; er hätte nur seinen Rücken gereinigt bekommen wollen, da er aufgrund seines Berufs als Metallschleifer oft am ganzen Körper schmutzig sei. Eine Berührung im Intimbereich des 14-Jährigen wäre ihm allenfalls unabsichtlich passiert und nicht in der Absicht, mit ihm „Unzucht zu treiben“.<sup>19</sup>

Doch der Jugendliche blieb auch vor Gericht bei seiner Aussage: Sein Glied und Hodensack wären vom Angeklagten mehrere Male bewusst angegriffen worden, außerdem hätte er sofort das Gefühl gehabt, dass hier „etwas Unsittliches“ passiere.<sup>20</sup> Noch am selben Tag gelangte das Schöffengericht zur Auffassung, dass die Berührungen zwei bis drei Mal stattgefunden hätten und nur erfolgt wären, um die „Geschlechtslust“ des Angeklagten zu befriedigen. Matyas wurde zu einer unbedingten schweren Kerkerstrafe von acht Monaten verurteilt; die „Verführung eines Jugendlichen“ sah das Gericht als erschwerenden Umstand an.<sup>21</sup>

Der erstinstanzliche Prozess gegen Matyas ist beispielhaft für die damaligen Gerichtsverfahren wegen gleichgeschlechtlicher Handlungen: In der Regel genügte es den Richtern, von den Belastungszeug:innen ausreichend überzeugt zu sein, um eine:n Angeklagte:n nach § 129 I b StG zu verurteilen. Insofern musste eine bezeugende Person vor Gericht aussagen bzw den Tatvorwurf (glaubhaft) bestätigen, ein bloßer Verdacht der

---

15 *Kirchknopf*, Die strafrechtliche Verfolgung homosexueller Handlungen in Österreich im 20. Jahrhundert, zeitgeschichte 2016, 68 (76); *Eder*, Homosexualitäten. Diskurse und Lebenswelten. 1870–1970 (2011) 78.

16 Vgl. *Müller/Fleck*, „Unzucht wider die Natur“. Gerichtliche Verfolgung der „Unzucht mit Personen desselben Geschlechts“ in Österreich von den 1930er Jahren bis zu den 1950er Jahren, OeZG 1998, 400 (404).

17 Im Mai 1939 waren die Landesgerichte für Strafsachen I und II mit dem Landgericht für Zivilrechtssachen, dem Handelsgericht und dem Jugendgerichtshof allesamt zum „Landgericht Wien“ vereinigt worden; Verordnung zur Änderung der Gerichtsgliederung im Lande Österreich v 13.4.1939, RGBl I, 751.

18 Das österreichische Strafprozessrecht ermöglichte in erster Instanz eine Anklage vor dem Einzelrichter, wenn anzunehmen war, dass die zu verhängende Freiheitsstrafe nicht mehr als sechs Monate betragen würde; Gesetz v. 5.12.1918 über die Vereinfachung der Strafrechtspflege (Strafprozeßnovelle vom Jahre 1918), StGBI 1918/93.

19 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 43.

20 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 44.

21 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 58.

Staatsanwaltschaft reichte nicht aus.<sup>22</sup> Selbst in der NS-Zeit waren die Verfahren gegen Homosexuelle somit nicht völlig aussichtslos und es kam vereinzelt auch zu Freisprüchen.<sup>23</sup>

Insgesamt dürften die Gerichtsverfahren wegen § 129 I b StG auch zwischen 1938 und 1945 also weiterhin einigermaßen regulär bzw unter Berücksichtigung der noch geltenden Beschuldigtenrechte abgelaufen sein.<sup>24</sup> Dies deckt sich mit dem Befund unter Rechtshistoriker:innen, dass Gerichtsprozesse im Nationalsozialismus vordergründig objektiv abgehandelt wurden, um den Anschein eines gesetzlich geregelten Verfahrens zu bewahren.<sup>25</sup> Freilich beschränkt sich diese Beobachtung auf die ordentliche Gerichtsbarkeit und nicht etwa auf die von den Nazis eigens eingeführten Sondergerichte, bei denen auch Homosexuelle als „Gewohnheitsverbrecher“ sogar zum Tode verurteilt werden konnten.<sup>26</sup>

#### 4. Das Rechtsmittelverfahren

Zwischen 1938 und 1945 gab es einige wenige Fälle, in denen wegen § 129 I b StG Angeklagte ein erstgerichtliches Urteil bekämpften und in zweiter Instanz tatsächlich Erfolg hatten.<sup>27</sup> In Hinblick auf den Rechtsmittelweg kam es mit dem „Anschluss“ jedoch zu einer wesentlichen Änderung: Im Februar 1939 wurde der Oberste Gerichtshof (OGH) als österreichisches Höchstgericht für Zivil- und Strafsachen abgeschafft und dessen Aufgabenbereich an das Reichsgericht<sup>28</sup> in Leipzig übertragen.<sup>29</sup> Fortan mussten Rechtsmittelwerber:innen, die gegen ein Urteil eines Schwur- oder Schöffengerichts vorgehen wollten, Nichtigkeitsbeschwerde an das Reichsgericht erheben; Rechtsmittel gegen Entschiede von Schwur- und Schöffengerichten innerhalb der „Ostmark“ waren damit ausgeschlossen.<sup>30</sup> Urteile, die von einem Einzelrichter gefällt wurden, konnten weiterhin bei den österreichischen Oberlandesgerichten bekämpft werden.

22 Vgl Brunner/Sulzenbacher in QWIEN/WAS 107.

23 Paulitsch, „[...] aus dem Kreise der anständigen Volksgenossen ausgeschlossen.“ NS-Gerichtbarkeit am Beispiel des Verbrechens „Unzucht wider die Natur“, in Brunner/Sulzenbacher, Homosexualität und Nationalsozialismus in Wien (2023) 75 (81 f).

24 Im Verordnungsweg wurden essenzielle Beschuldigtenrechte beseitigt, zB konnten ab 1939 erstgerichtliche Urteile von der übergeordneten Instanz verschärft werden, selbst wenn das Rechtsmittel nur zugunsten eines Beschuldigten eingebracht worden war; Verordnung zur weiteren Überleitung der Rechtspflege im Lande Österreich und in den sudetendeutschen Gebieten v 28.2.1939, RGBI I, 358.

25 Vgl Lautmann, Willkür im Rechtsgewand. Strafverfolgung im NS-Staat, in Schwartz, Homosexuelle im Nationalsozialismus (2014) 35 (37); Garscha/Scharf, Justiz in Oberdonau (2007) 48 f.

26 Vor dem Wiener Sondergericht wurden zwischen 1938 und 1945 insgesamt 48 Fälle wegen „Unzucht wider die Natur“ behandelt und mindestens ein Todesurteil ausgesprochen; zum Verfahren des im Februar 1944 hingerichteten Franz Doms siehe Brunner, Als homosexuell verfolgt. Wiener Biografien aus der NS-Zeit (2023) 42 ff.

27 Siehe zB WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 6968/38, 33 f; LG I Vr 2089/40, 93.

28 Höchste Instanz für Zivil- und Strafsachen im Deutschen Reich (1879 bis 1945).

29 Verordnung zur weiteren Überleitung der Rechtspflege im Lande Österreich und in den sudetendeutschen Gebieten v 28.2.1939, RGBI I, 358–362.

30 Für österreichische Strafsachen und Strafsachen aus dem Sudetenland wurde am Reichsgericht ein gemeinsamer Strafsenat errichtet (6. Strafsenat); siehe Klatt, Zum Verhältnis des deutschen und österreichischen Strafrechts in der Zeit des Nationalsozialismus (2009) 72.

Auch Franz Matyas beschloss damals, gegen seine vom LG Wien verhängte Strafe juristisch vorzugehen. Weil das Urteil von einem Schöffensenat gefällt worden war, brachte Matyas' Anwalt eine Nichtigkeitsbeschwerde beim Reichsgericht in Leipzig ein. Im Rechtsmittel wurde ua vorgebracht, dass das Erstgericht das Gesetz unrichtig angewandt hätte (Nichtigkeitsgrund nach § 281 Z 9 lit a StPO): Das LG Wien habe Matyas dafür verurteilt, dass er dem Jugendlichen ein paar Mal bewusst ans Glied gegriffen hätte. Selbst wenn dies passiert sei, würde „blosses Betasten des Gliedes ohne masturbatorische Absicht“ nach der bisherigen Judikatur den Tatbestand des § 129 I b StG nicht erfüllen. Matyas sei somit zu Unrecht verurteilt worden, da er keine „onanistischen Handlungen“ hätte vornehmen wollen.<sup>31</sup>

Die österreichischen Gerichte vertraten bis dahin keine einheitliche Auffassung, welche Handlungen unter Personen desselben Geschlechts den Tatbestand des § 129 I b StG verwirklichen. Im Jahr 1928 hatte der OGH etwa festgestellt, dass nicht jede „unzüchtige Berührung“ unter Personen desselben Geschlechts den Straftatbestand erfülle – selbst dann nicht, wenn die bloße Berührung auf einen „erregten Geschlechtstrieb zurückzuführen oder zu dessen Erregung oder Befriedigung bestimmt ist“.<sup>32</sup> Sowohl davor als auch danach hatte der OGH in dieser Frage jedoch auch restriktivere Ansätze vertreten.<sup>33</sup> In Hitlerdeutschland waren die Nazis hingegen bereits 1935 mit einer Strafgesetznovelle<sup>34</sup> dazu übergegangen, jegliche Form von „Unzucht“ unter Männern zu verbieten. Zuvor hatte der deutsche Straftatbestand des Reichsstrafgesetzbuchs (§ 175 RStGB) nur für die „widernatürliche Unzucht“ gegolten, worunter allein beischlafähnliche Handlungen fielen – im Wesentlichen also Analverkehr, nicht aber gegenseitige Masturbation. Ab 1935 konnte im „Altreich“ de facto jede als sexuell gewertete Berührung zwischen Männern verfolgt werden (zur Rechtssituation von Frauen siehe unten).<sup>35</sup>

Bei der Bewertung des „Unzuchtsakts“ gab es zwischen Österreich und Deutschland also juristische Differenzen. Diese sollten auch das Reichsgericht im Fall Matyas beschäftigen: In seinem ausführlichen Urteil vom 4. Juni 1940 verwies der 6. Strafsenat des Reichsgerichts auf eine kurz zuvor gefällte Entscheidung des 3. Strafsenats, wonach der Unzuchtsbegriff im tschechischen Strafgesetz im Sinne von § 175 RStGB zu interpretieren sei. Für den 6. Strafsenat sei folglich auch der Unzuchtsbegriff im österreichischen StG nach deutschem Strafrecht auszulegen, zumal dies „dem Wandel der Lebens- und Rechts-

---

31 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 63–74.

32 OGH 27.11.1928, 4 Os 774/28, SSt VIII/147; vgl ferner OGH 22.10.1937, 4 Os 690/37, SSt XVII/129.

33 Vgl zuletzt OGH 8.11.1938, 4 Os 642/38, SSt XVIII/74; zur Entwicklung bzw den Unstimmigkeiten in Rechtsprechung und Lehre bei der Auslegung des § 129 I b StG siehe *Winkler*, Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte, juridikum 2022, 321.

34 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs v 28.6.1935, Deutsches RGBI 70, 839–843.

35 *Jellonek*, Homosexuelle unter dem Hakenkreuz. Die Verfolgung von Homosexuellen im Dritten Reich (1990) 114 f; siehe auch *Bastian*, Homosexuelle im Dritten Reich. Geschichte einer Verfolgung (2000) 53 f.

anschauung Rechnung trägt, den die Staatserneuerung mit sich gebracht hat“. Die Nichtigkeitsbeschwerde von Franz Matyas wurde vom Reichsgericht somit verworfen.<sup>36</sup>

Von nun an war Klarheit geschaffen worden, dass jede „unzüchtige Berührung“ auch den österreichischen Straftatbestand des § 129 I b StG erfüllt. Die aktive Rolle des Reichsgerichts in dieser Auslegungsfrage erscheint insofern außergewöhnlich, als es bei anderen Rechtsfragen zurückhaltender agierte.<sup>37</sup> Allerdings war im SS-Wochenblatt „Das Schwarze Korps“ zuvor bereits eine Kampagne gestartet worden, nachdem das Reichsgericht ein Urteil des LG Linz wegen § 129 I b StG noch aufgehoben hatte.<sup>38</sup> Zudem hatten auch innerhalb der Justiz Interventionen stattgefunden, von der bisherigen OGH-Judikatur in puncto „unzüchtige Berührung“ (unter Männern) abzugehen.<sup>39</sup> Im „Altreich“ war daher ein entsprechender Druck vorhanden gewesen, als sich das Reichsgericht mit der Nichtigkeitsbeschwerde von Franz Matyas befasste.

## 5. Folgen des Reichsgericht-Urteils?

Das Urteil des Reichsgerichts im Fall Matyas markierte für Österreich im Umgang mit Homosexualität eine Zäsur: Bis zum Jahre 1940 dürften nämlich etwaige Verweise auf frühere OGH-Erkenntnisse durchaus noch berücksichtigt worden sein. So findet sich ein anderer Fall beim OLG Wien, in dem in zweiter Instanz eine neuerliche Verhandlung anberaumt wurde, um zu prüfen, ob die gleichgeschlechtlichen Berührungen in „masturbatorischer Absicht“ erfolgt seien.<sup>40</sup> Auch nach dem Urteil des Reichsgerichts im Fall Matyas versuchten manche Beschuldigte weiterhin, die ihnen zur Last gelegte Tat wegen fehlender „masturbatorischer Absicht“ zu rechtfertigen.<sup>41</sup> Es ist jedoch kein Verfahren bekannt, in dem ein österreichisches Gericht von der weiten Rechtsauslegung des Reichsgerichts in puncto „unzüchtige Berührung“ wieder abgerückt wäre.

Bei einer anderen Auslegungsfrage kam es hingegen zu keiner Rechtsangleichung: Wie bereits erwähnt, war in Österreich die „Unzucht (...) mit Personen desselben Geschlechts“ unter Strafe gestellt, weshalb lesbische Frauen ebenfalls gerichtlich verfolgt wurden. So finden sich in den erfassten Gerichtsakten des LG Wien zwischen 1938 und 1945 auch 67 weibliche Beschuldigte. Wengleich Frauen tendenziell zu niedrigeren Strafen verurteilt wurden, ist bei den Verfolgungsanträgen während der NS-Zeit durchaus ein erhöhter Trend erkennbar.<sup>42</sup> Im Unterschied dazu richtete sich die deutsche Strafbestim-

<sup>36</sup> WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 86.

<sup>37</sup> Vgl Klatt, Strafrecht 150 f.

<sup>38</sup> Radikales Vorgehen in der ‚Ostmark‘ gefordert. ‚Das fehlte gerade‘. Artikel aus: ‚Das Schwarze Korps‘ vom 15.2.1940, in Grau (Hrsg), Homosexualität in der NS-Zeit. Dokumente einer Diskriminierung und Verfolgung (2004) [1993] 255.

<sup>39</sup> Grau, Dokumente, 258–260; vgl auch Weingand, Homosexualität und Kriminalstatistik in Österreich, in Invertito. Jahrbuch für die Geschichte der Homosexualitäten (2011) 40 (58 f).

<sup>40</sup> WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 4248/39, 189–191.

<sup>41</sup> WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 3204/40, 119; 174/44, 63–65.

<sup>42</sup> Kirchknopf, Verfolgung 79 f.

mung des § 175 RStGB ausschließlich gegen Männer. Dieser Umstand wurde zwar von namhaften deutschen Juristen kritisiert,<sup>43</sup> homosexuelle Handlungen unter (erwachsenen) Frauen blieben im „Altreich“ jedoch bis zum Kriegsende straffrei.

Während männliche Beschuldigte wie Franz Matyas nach dem „Anschluss“ also mit der für sie günstigeren österreichischen Judikatur argumentierten, beriefen sich weibliche Beschuldigte vor Gericht auf die deutsche Gesetzeslage: So finden sich in den Verfahren am LG Wien gleich mehrere Fälle, in denen wegen § 129 I b StG angeklagte Frauen mit der Straffreiheit von lesbischem Verkehr im „Altreich“ argumentierten.<sup>44</sup> In einem Rechtsmittelschriftsatz hieß es etwa, dass die „Nichtstrafbarkeit der Tat in 9/10 des Reiches“ gewiss ein Umstand sei, der einem „Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahe kommt.“<sup>45</sup>

Es gibt allerdings keine Anzeichen dafür, dass § 129 I b StG bezüglich Frauen zwischen 1938 und 1945 von den österreichischen Gerichten anders ausgelegt wurde. Dies zeigen auch die damaligen Rechtsmittelverfahren: In einem Verfahren ging das OLG Wien auf dieses Vorbringen gar nicht erst ein, obwohl die verurteilten Frauen in ihren Berufungen auf die deutsche Rechtssituation hingewiesen hatten.<sup>46</sup> Und in einem späteren Verfahren hielt das OLG Wien zu einem ähnlichen Einwand einer Rechtsmittelwerberin ausdrücklich fest, dass die Tat in einem Gebiet begangen worden sei, wo noch österreichisches „Landrecht“ gelte.<sup>47</sup> Dasselbe gilt übrigens für jene Fälle, in denen sich männliche Angeklagte auf für sie günstigere Gesetzesbestimmungen im „Altreich“ beriefen.<sup>48</sup>

## 6. Schlussbemerkungen

Im Unterschied zu einer deutlich intensiveren Ermittlungstätigkeit gegen Homosexuelle<sup>49</sup> zeigen sich in der österreichischen Rechtsprechung während der NS-Zeit weniger signifikante Veränderungen – die Rechtsangleichung im Fall Matyas stellt hier eine Ausnahme dar. Die ordentlichen Gerichte entschieden weiterhin auf Grundlage des österreichischen StG und verurteilten daher ebenfalls Frauen wegen gleichgeschlechtlicher Praktiken. Diese Kontinuität zeigt sich auch bei der Strafbemessung: Wie oben angemerkt, stiegen mit dem „Anschluss“ zwar die Verurteilungen wegen § 129 I b StG und auch das verhängte Strafausmaß deutlich an; dennoch urteilten die Richter in der Tradition der vormals geltenden Rechtsordnung und machten dabei ua von ihrem „außerordentlichen

43 So zB vom damaligen Reichsminister und Reichsrechtsführer Hans Frank; siehe *Klatt*, Strafrecht 74.

44 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 2089/40, 85 und 89; LG I Vr 768/42, 77 und 81 f.

45 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 768/42, 77.

46 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 2089/40, 93.

47 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 768/42, 95 f.

48 So wies zB ein Berufungswerber darauf hin, dass § 175 RStGB hinsichtlich des Alters differenziere und das deutsche Gesetz bei Personen unter 21 Jahren bei besonders leichten Fällen sogar Straflosigkeit vorsehe; WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A11: LG I Vr 1435/41, 109.

49 Siehe dazu ausführlich *Sperber*, Die Homosexuellenverfolgung durch die Gestapo Wien, in *Brunner/Sulzenbacher* 161 ff; *Sudmann*, Karl Seiringer und das Sittendezernat der Wiener Kriminalpolizei, in *Brunner/Sulzenbacher* 177 ff.

Milderungsrecht“ Gebrauch. Auch deshalb kritisierten deutsche NS-Ideologen die österreichischen Gerichtsurteile in puncto Homosexualität als zu milde.

Und was geschah mit Franz Matyas, nachdem seine erstinstanzliche Verurteilung vom Reichsgericht bestätigt worden und damit rechtskräftig war? In der Folge brachten er bzw seine Ehefrau beim LG Wien mehrere Male einen Antrag auf Strafaufschub um einige Monate ein; in den diesbezüglichen Schreiben wurde festgehalten, dass Matyas aufgrund schwerer Magenbeschwerden momentan haftunfähig sei.<sup>50</sup> Das Gericht bewilligte Matyas' Anträge in regelmäßigen Abständen und führte einmal sogar von Amts wegen eine Überprüfung seiner Haftunfähigkeit durch.<sup>51</sup> Im Endeffekt gelang es Matyas, durch wiederkehrende Anträge seiner schweren Kerkerstrafe bis zur Befreiung vom Nationalsozialismus zu entgehen. Am 28. Mai 1949 beschloss der Bundespräsident schließlich eine bedingte Nachsicht seiner Haftstrafe unter einer Probezeit von fünf Jahren.<sup>52</sup>

In ihrem Umgang mit Rechtsbehelfen zeigt sich ein weiteres Mal die ambivalente Rolle der ordentlichen Gerichte während der NS-Zeit: Die „Bitten um Strafaufschub“ wurden von den Gerichten nämlich durchaus ernstgenommen bzw überprüft und in manchen Fällen auch bewilligt.<sup>53</sup> Allerdings darf an dieser Stelle nicht der Schluss gezogen werden, dass vermeintliche Homosexualität im Nationalsozialismus als Bagatelldelikt gewertet wurde: Nach aktuellem Stand gab es allein in Wien mindestens 117 Männer, die nach dem Ende ihres Gerichtsverfahrens wegen gleichgeschlechtlicher Handlungen kurze Zeit später in ein Konzentrationslager deportiert wurden – nur 37 von ihnen überlebten.<sup>54</sup> Darüber hinaus sollte die gerichtliche Verfolgung von Homosexuellen auch in der 2. Republik fortgesetzt werden: Erst im Jahr 1971 kam es mit der „Kleinen Strafrechtsreform“ zur Aufhebung des generellen Verbots gleichgeschlechtlicher Handlungen.<sup>55</sup> Das Verbot der „Gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren“ (§ 209 StGB) sollte dagegen erst 2002 vom VfGH<sup>56</sup> gekippt werden.<sup>57</sup>

Mag. Luis Paulitsch M.A. ist Jurist, Zeithistoriker und Medienethiker und arbeitet als Referent des Österreichischen Presserats; luis.paulitsch@presserat.at

50 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 93-95, 111, 117, 121, 137, 144a.

51 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 139.

52 WStLA, Landesgericht für Strafsachen, A12: LG II Vr 2788/39, 179; zur weiteren Entwicklung des Verfahrens nach 1945 siehe auch *Kirchknopf*, „[...] aus der Erwägung, daß [...] diese Rechtsauslegung [...] dem Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung trägt [...]“. Nationalsozialistische Maßnahmen im Strafrecht zur Bekämpfung der Homosexualität am Beispiel von Wiener Gerichtsakten, in *Brunner/Sulzenbacher* 55.

53 *Paulitsch* in *Brunner/Sulzenbacher* 84 f.

54 *Eder/Sulzenbacher*, Homosexualität in der NS-Ideologie und in der Strafverfolgung sowie im Spiegel ausgewählter Strafverfahren, in *Brunner/Sulzenbacher* 44 f.

55 Strafrechtsänderungsgesetz 1971, BGBl 1971/273.

56 VfGH 21.6.2002, G 6/02.

57 Der Umstand, dass im Fall von Franz Matyas ein Jugendlicher involviert war, spielt im vorliegenden Beitrag nur eine untergeordnete Rolle; zur Figur des „homosexuellen Kinderschänders“ in der österreichischen Rechtsprechung siehe ausführlich *Greif*, *Prekäre Männlichkeiten*, juridikum 2017, 492 ff.

# Verwaltungsrechtliche Perspektiven auf den österreichischen Sozialstaat\*

Konrad Lachmayer

---

## 1. Aktuelle Sozialstaatsrechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs

Während die Verfassung den demokratischen Bundesstaat als liberalen Rechtsstaat konzipiert, werden sozialstaatliche Facetten nur am Rande<sup>1</sup> als verfassungsrechtliche Werte zum Ausdruck gebracht. Nichtsdestoweniger adressiert die Rechtsprechung des VfGH regelmäßig sozialstaatliche Themen und zeigt somit auf, dass die Verfassung zur Durchsetzung sozialstaatlicher Aspekte beitragen kann. Dies ist umso bemerkenswerter als der österreichische Sozialstaat sich nicht auf eine verfassungsgesetzliche Sozialstaatsklausel wie in Deutschland oder soziale Grundrechte<sup>2</sup> in der Verfassung berufen kann.<sup>3</sup>

So qualifizierte der VfGH auch im Jahr 2023<sup>4</sup> Modalitäten bestehender Sozialhilfesysteme partiell als unsachlich. In der Entscheidung stand die Thematik ausschließlicher Sachleistungen anstelle von Geldleistung im Rahmen des Sozialhilfe-Grundsatzgesetzes zur Diskussion. Der VfGH sah das „ausnahmslose Sachleistungsgebot für die Wohnkostenpauschale sowie für Zusatzleistungen bei Härtefällen gemäß § 5 Abs. 5 bzw. § 6 SH-GG idF BGBl. I 41/2019 mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 7 Abs. 1 B-VG“<sup>5</sup> als nicht vereinbar an. Bereits zuvor forderte der VfGH in seiner Rsp, dass der Gesetzgeber sicherstellen muss, dass „das von ihm eingerichtete System der Sozialhilfe seinen eigentlichen Zweck – die Vermeidung und Bekämpfung sozialer Notlagen bei hilfsbedürftigen Personen – erfüllt“<sup>6</sup> [...]. Das eingerichtete System muss sohin seinem Zweck entsprechen sowie in sich sachlich sein“.<sup>7</sup> Auf diese Weise schöpft der VfGH die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten einer Sozialstaatsrechtsprechung aus. Der VfGH behilft sich in Ermangelung konkreter sozialstaatlicher Verfassungsgarantien mit den verfassungsgesetz-

---

\* Der Beitrag ist Franz Merli zum 65. Geburtstag gewidmet.

1 Siehe Lachmayer, Zur sozialen Dimension des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in FS Merli (2023) 365 (365 f).

2 Siehe zur sozialen Dimension der Kinderrechte Fuchs, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, in Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2011 (2011) 91 (101 f).

3 Siehe dazu Rebbahn/Pfalz, Verteilungsgerechtigkeit im Sozialrecht, in Baumgartner/Heinrich/Rebbahn/Sutter, Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017), 339 (364 f).

4 VfGH 15.03.2023, G 270/2022 ua.

5 VfGH 15.03.2023, G 270/2022 ua, Rz 26.

6 Dazu auch VfSlg 19.698/2012, 20.300/2018.

7 VfGH 15.03.2023, G 270/2022 ua, Rz 29; siehe auch VfSlg 20.359/2019.

lichen Bestimmungen, die sich insb aus Gleichheitssatz und Sachlichkeitsgebot ergeben, ist aber letztlich in seinem Handlungsspielraum begrenzt.

Dem begrenzten Spielraum auf verfassungsrechtlicher Ebene steht die Breite verwaltungsrechtlicher Garantien zur Ermöglichung des österreichischen Sozialstaats gegenüber.<sup>8</sup> Um den österreichischen Sozialstaat zu verstehen, gilt es daher dessen verwaltungsrechtliche Dimensionen näher zu untersuchen. In diesem Sinne analysiert der nachstehende Beitrag das verwaltungsrechtliche Modell des Sozialstaats. Der Blick in unterschiedliche Bereiche des materiellen Verwaltungsrechts zeigt auf, welche Verankerungen bestehen und wo deren Grenzen zu verorten sind. Die Manifestation sozialstaatlicher Werte lässt abschließend die Frage nach der Bedeutung des Sozialstaatskonzepts für das Verwaltungsrecht insgesamt stellen.<sup>9</sup>

## 2. Die Herstellung des Sozialstaates durch Verwaltungsrecht

### 2.1. Verwaltungsrechtliches Modell des Sozialstaates

In der Vielzahl sozialrechtlicher Bestimmungen auf einfachgesetzlicher Ebene manifestiert sich ein verwaltungsrechtliches Konzept des österreichischen Sozialstaats.<sup>10</sup> Aus allgemein verwaltungsrechtlicher Perspektive wird der Sozialstaat primär als Leistungsstaat bzw als Leistungsverwaltung verstanden.<sup>11</sup> Die Leistungsverwaltung stellt der Gesellschaft soziale Leistungen zur Verfügung, ohne zwischen unterschiedlichen Gruppen zu differenzieren. So wird staatliche Infrastruktur errichtet, die durch alle genutzt werden kann. Aus Sicht des Sozialstaates, mit Blick auf den Aspekt der Verteilungsgerechtigkeit, kommt es darüber hinaus darauf an, dem sozial bedürftigen Einzelnen bzw spezifischen Gruppen besondere Leistungen (etwa in der Behindertenhilfe<sup>12</sup>) zur Verfügung zu stellen. Die staatliche Leistungserbringung soll auf diese Weise bestehende gesellschaftliche Ungleichheiten ausgleichen und die Chancengleichheit verbessern. Darüber hinaus sollen jene, die entsprechende Beiträge zur Gesellschaft (sei es etwa aus Krankheit, Alter oder anderen Gründen) nicht selbst erbringen können, durch staatliche Leistungen unterstützt werden.

Das Modell des Sozialstaats setzt dabei soziale Umverteilung voraus und – zumindest teilweise – auch an der sozialen Umverteilung an. Gesellschaftliche Solidarität wird damit nicht in das Ermessen des Einzelnen gestellt, sondern sie wird durch die gesetzliche Verpflichtung des Einzelnen, zum Sozialstaat beizutragen, hergestellt. Die Durchsetzung

<sup>8</sup> Zur Bedeutung der Verankerung der Sozialstaatlichkeit auf verfassungsrechtlicher Ebene siehe *Damjanovic*, Soziale Wirtschaftsverfassung, in *Holoubek/Kahl/Schwarzer*, Wirtschaftsverfassungsrecht (2022) 679 (698).

<sup>9</sup> Siehe dazu auch *Lachmayer* in FS Merli.

<sup>10</sup> *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutter*, Vorwort, in *dies*, Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017), V: „In einem rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesen wird die staatliche Umverteilung durch die Rechtsordnung vorgegeben.“

<sup>11</sup> *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg), Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts<sup>2</sup> IV (2017) Rz 57.001: „Aufgabe der Sozialverwaltung ist der Schutz vor sozialen Risiken“.

<sup>12</sup> *Mayer/Pfeil*, Behindertenhilfe, in *Pürgy*, Das Recht der Länder II/1 (2012) 385.

der Umverteilung erfolgt – soweit einfachgesetzlich vorgesehen – letztlich auch straf- und zwangsbewährt.<sup>13</sup> Damit wird der Gedanke der sozialen Gerechtigkeit zum Ausdruck gebracht, der als Leitlinie des Sozialstaats zu verstehen ist.

## 2.2. Verwaltungsrechtliche Ausprägungen des Sozialstaates

### 2.2.1. Einleitung

In den einfachgesetzlichen Bestimmungen des Verwaltungsrechts tritt die sozialstaatliche Prägung der österreichischen Rechtsordnung besonders deutlich zum Vorschein. An dieser Stelle kann nur exemplarisch auf einzelne ausgewählte Fallbeispiele eingegangen werden.<sup>14</sup> Als Ausgangspunkt wird dabei das Steuerrecht gewählt, das in signifikanter Weise zur Finanzierung des Sozialstaates beiträgt (2). Daran anschließend ist das Sozialversicherungsrecht zu nennen, das als Kernelement des Sozialrechts verstanden wird<sup>15</sup> (3). Dem Sozialrecht der Länder, etwa im Rahmen der Sozialhilfe oder im Zusammenhang von Pflegeleistungen, kommt für das Gesamtbild des Sozialstaates ebenfalls eine besondere Bedeutung zu (4). Auf Ebene der Gemeinden spielen insb Leistungen der Daseinsvorsorge eine wesentliche Rolle (5).

### 2.2.2. Steuerrecht

Das Steuerrecht schafft die finanzielle Basis für den österreichischen Sozialstaat,<sup>16</sup> da eine Vielzahl staatlicher Infrastruktur ebenso wie sozialrelevanter Dienstleistungen durch staatliche Abgaben finanziert werden.<sup>17</sup> Ein wesentliches sozialstaatliches Element innerhalb des Steuerrechts bildet das sog Existenzminimum,<sup>18</sup> also jene Steuerfreigrenze, unter der auf Einkommen keine Steuern eingehoben werden dürfen.<sup>19</sup> Außergewöhnliche Belastungen, die absetzbar sind und damit das Existenzminimum erhöhen (zT auch mit Selbstbehalt), beziehen sich insb auf die Bereiche Krankheit und Behinderung.<sup>20</sup> Der Ge-

13 Siehe zB zur Eintreibung von Beiträgen durch den Versicherungsträger § 64 ASVG (BGBl 1995/189 idF BGBl I 2023/110) iVm § 3 VVG (BGBl 1991/53 idF 2022/14) bis hin zum gerichtlichen Straftatbestand des Vorenthaltens von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung gemäß § 153c SrGB (BGBl 1974/60 idF BGBl I 2023/100).

14 So können etwa soziale Versorgungssysteme nicht näher analysiert werden. Siehe dazu etwa *Adamovich/Funkl/Holzinger/Frank*, Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts Rz 57.008 ff.

15 Jenseits klassischer sozialstaatlicher Bezüge finden sich etwa auch im Schulrecht sozialstaatliche Bezüge; siehe dazu *Lehne*, Der Staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag (2022) 135 f, 140 ff.

16 Zur Finanzierung des Sozialstaates siehe *AK Wien*, Finanzierung des Sozialstaates, sozialleistungen.at 2023, <https://sozialleistungen.at/c/SL8096522/Finanzierung-des-Sozialstaats> (7.9.2023).

17 Daneben kommt auch dem Sozialversicherungsrecht für die diesbezüglichen Bereiche eine wesentliche Bedeutung zu. Siehe zu diesen sogleich unter 2.2.3.

18 Im Rahmen des Existenzminimums steht der VfGH aus gleichheitsrechtlichen Überlegungen ein solches auch Kindern zu.

19 Inwieweit die Gewährleistung eines Existenzminimums in Österreich auch verfassungsrechtlich abgesichert ist, erscheint unklar.

20 Weiters bestehen Rechte auf Ausnahmen und Privilegierungen.

danke der sozialen Umverteilung kommt im Besonderen in den progressiv ausgestalteten Steuersätzen des Einkommensteuerrechts zum Ausdruck.<sup>21</sup> Die fehlende Neugestaltung von Schenkungs- und Erbschaftssteuer haben das Umverteilungspotential und den Spielraum des Sozialstaats verringert. Im Rahmen des Umsatzsteuerrechts zeigen ermäßigte Steuersätze auf Waren des täglichen Bedarfs, wie etwa Lebensmittel oder Medikamente,<sup>22</sup> auch eine sozialstaatliche Seite auf. Kommunalabgaben tragen zwar ebenso wesentlich zu staatlichen Leistungen bei, eine Umverteilungskomponente kommt diesen aber grundsätzlich nicht zu.<sup>23</sup>

### 2.2.3. Sozialversicherungsrecht

Typischerweise steht das Sozialversicherungsrecht im Mittelpunkt der sozialstaatlichen Perspektive. Im Allgemeinen Verwaltungsrecht werden zumeist organisationsrechtliche Facetten der Ausgestaltung der sozialen Selbstverwaltung in den Vordergrund gerückt.<sup>24</sup> Das Leistungsrecht und die damit verbundenen Ansprüche des Einzelnen stehen demgegenüber im Hintergrund. Nichtsdestoweniger spielen die unterschiedlichen Aspekte des Leistungsrechts für den österreichischen Sozialstaat eine wesentliche Rolle. Die Abdeckung von Risiken in den Bereichen Krankheit, Unfall und Arbeitslosigkeit sowie die Versorgung im Alter durch ein Pensionssystem stellen einen wesentlichen Beitrag zum Sozialstaat dar.

Im Sozialversicherungsrecht kommt der sozialen Umverteilung eine gewisse Rolle zu.<sup>25</sup> So knüpft die Beitragshöhe im Grundsatz an die individuellen Einkommensverhältnisse an<sup>26</sup> und trägt damit bei gleicher anteilmäßiger Leistung<sup>27</sup> zur Umverteilung bei. Dabei bestehen allerdings auch signifikante Einschränkungen. Auf der einen Seite ist die Teilnahme am Sozialversicherungssystem auf selbstständige und unselbstständige Einkünfte beschränkt,<sup>28</sup> zum anderen besteht aufgrund des Versicherungsprinzips eine Höchstbei-

21 Siehe die Steuersätze in § 33 EStG, BGBl 1988/400 idF BGBl I 2022/194.

22 Siehe den ermäßigten Steuersatz von 10% in § 10 Abs 2 UStG (BGBl 1994/663 idF BGBl I 2021/3) für die in der Anlage 1 genannten Gegenstände.

23 Siehe einen Überblick über bestehende Gemeindeabgaben nach Steuerarten bei *Sutter/Pfalz*, Verteilungsgerechtigkeit im Finanzverfassungs- und Finanzausgleichsrecht, in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutner*, Verteilungsgerechtigkeit, 487 (529 ff).

24 Siehe etwa *Eberhard*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2014) 190 f.

25 Siehe *Pöschl*, Höchstbeitragsgrundlage und Mehrfachversicherungen als Instrumente der Umverteilung und als verfassungsrechtliches Problem, in *Kneib/Lienbacher/Runggaldier*, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? (2005) 100 (100): „Sozialversicherung ist auf Umverteilung angelegt“; *Wiederin*, Umverteilung und Existenzsicherung durch Sozialversicherungsrecht: Verfassungsrechtliche Absicherung sozialer Mindeststandards auch ohne „Sozialstaatsprinzip“? in *Kneib/Lienbacher/Runggaldier*, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht? (2005) 79, zeigt auf, dass verfassungsrechtliche Verpflichtungen zur Umverteilung ebenso wenig bestehen wie Verbote.

26 Inwiefern von einem Grundsatz der Beitragsbemessung nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip gesprochen werden kann, ist umstritten; befürwortend *Pöschl*, Höchstbeitragsgrundlage 112; ablehnend *Rebhahn/Pfalz* in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutter* 346.

27 Siehe etwa § 51 ASVG bzw. § 27 GSVG (BGBl 1978/560 idF BGBl I 2023/101) zur prozentualen Bestimmung der Beträge auf Basis der Beitragsgrundlage gemäß § 44 ff ASVG bzw. § 25 ff GSVG.

28 Sozialversicherungsbeiträge fallen so etwa im Bereich der Vermietung und Verpachtung nicht an.

tragsgrundlage.<sup>29</sup> Entscheidend für die Umverteilung ist aber auch das Modell der Mitversicherung<sup>30</sup> und der Selbstversicherung.<sup>31</sup> Schließlich werden Leistungen im Bereich der Kranken- und Unfallversicherung<sup>32</sup> großteils abhängig vom Bedarf und nicht von der Höhe der eingezahlten Beiträge erbracht.<sup>33</sup> Die sozialen Elemente des staatlichen Pflichtversicherungssystems dienen nicht zuletzt der notwendigen Rechtfertigung des damit verbundenen Eingriffs in Grundrechte und den freien Wettbewerb.<sup>34</sup>

Das System der Sozialversicherung ist in der Hoheitsverwaltung verankert. Sowohl das Beitragsrecht, also die Verpflichtung zur Leistung der Sozialabgaben, als auch das Leistungsrecht als Teil des sozialversicherungsrechtlichen Rechtsverhältnisses sind der Hoheitsverwaltung zuzuordnen und werden unter Anwendung des AVG von den Sozialversicherungsträgern vollzogen.<sup>35</sup> Eine Besonderheit stellt sodann im Leistungsrecht die Notwendigkeit dar, die Leistungen vor den ordentlichen Gerichten im Rahmen einer Sukzessivkompetenz<sup>36</sup> einzuklagen, womit nach erstinstanzlicher Behördenentscheidung ein gerichtlicher Rechtsweg zur Verfügung steht.

Rechtliche Ansprüche ergeben sich im Leistungsrecht auf Basis des sozialversicherungsrechtlichen Schuldverhältnisses. Bei der Erfüllung der Leistungsansprüche wird bemerkenswerterweise auch gesetzlich noch immer von der „Gewährung“<sup>37</sup> von Leistungen gesprochen. Dem Einzelnen kommen diesbezüglich umfangreiche Ansprüche auf Versicherungsleistungen zu.<sup>38</sup> Werden diese eingeklagt, so besteht aber „nur“ das Recht auf eine Geld- und nicht auf eine Sachleistung.<sup>39</sup> Dabei kommt auch ökonomischen Erwägungen eine Rolle zu, die eine Einschränkung der Leistung bewirken können.<sup>40</sup>

---

29 Siehe etwa § 45 ASVG und § 25 Abs 5 GSVG.

30 Siehe etwa § 51d ASVG (Zusatzbeitrag für Angehörige); § 123 ASVG (Ansprüche von Angehörigen auf Leistungen aus der Krankenversicherung).

31 Siehe etwa § 16 ff ASVG (Freiwillige Versicherung).

32 Siehe demgegenüber die Pensions- und Arbeitslosenversicherung. Dabei besteht aber auch ein Anspruch auf Zulagen bei Unterschreiten eines Mindestbetrags; siehe zum Ergänzungsbeitrag gemäß § 21 Abs 4 AIVG (BGBl 1977/609 idF BGBl I 2023/109) und zur Ausgleichszulage gemäß § 292 Abs 1 ASVG.

33 Siehe etwa die Ansprüche auf Heilmittel (§ 136 ASVG) oder Heilbehelfe (§ 137 ASVG); anders etwa im Hinblick auf Geldleistungen wie das Krankengeld (§ 141 iVm 125 ASVG).

34 Merli, *Rechtliche Grenzen für den Umbau und Abbau des Sozialstaates*, in *Hofmann/Holländer/Merli/Wiederin*, *Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich* (1998) 13 (15).

35 Siehe *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg), *Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts* Rz 57.007.

36 Siehe § 65 ASGG BGBl 1985/104 idF BGBl I 2023/60.

37 Siehe etwa § 121 Abs 1 ASVG („Die Leistungen der Krankenversicherung werden gewährt als...“) sowie § 222 Abs 1 ASVG („In der Pensionsversicherung [...] sind zu gewähren“).

38 Siehe für eine Übersicht der Leistungen etwa § 117 ASVG (Krankenversicherung) oder § 222 ASVG (Pensionsversicherung).

39 Siehe etwa OGH 21.06.2006, 10 Obs 68/04d, SVSlg 52.379 = infas 2004 S 44 zu Leistungen aus der Krankenversicherung oder aktuell OGH 27.09.2022, 2 Ob 145/22w.

40 Siehe in Bezug auf (einkommensabhängige) Kostenbeteiligungen in der Krankenversicherung *Rebhahn* in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Suttner* 414 f.

### 2.2.4. Sozialhilfe

Neben der Absicherung typischer Risiken durch das Sozialversicherungssystem, bestehen vielfältige weitere Regelungsbereiche, die auf weitere soziale Problemstellungen eingehen. Diesbezüglich kommt dem Landesrecht in vielen Zusammenhängen eine besondere Bedeutung zu. Ausgangspunkt auf landesrechtlicher Ebene sind die Landesverfassungen,<sup>41</sup> die überwiegend die soziale Dimension des staatlichen Handelns explizit berücksichtigen.<sup>42</sup> Dabei werden oftmals wirtschaftliche, ökologische und soziale Bedingungen gleichermaßen genannt.<sup>43</sup> Art 12 Oö Landes-Verfassungsgesetz geht insofern weiter, als explizit die „Gewährung“ von Krankenpflege, Behindertenhilfe und Sozialhilfe angesprochen werden. Bemerkenswerterweise werden derartige landesverfassungsgesetzlichen Verankerungen im Schrifttum wieder relativiert.<sup>44</sup>

Auf (einfach-)gesetzlicher Landesebene ist das System der Sozialhilfe, die zu einer Befriedigung existenzieller Bedürfnisse beiträgt, von besonderer Relevanz. Die Sozialhilfe wird aus kompetenzrechtlichen Gründen auf Basis eines bundesrechtlichen Rahmens auf Landesebene ausgestaltet. Im Jahr 2019 wurde das eingangs erwähnte Sozialhilfe-Grundsatzgesetz (SH-GG)<sup>45</sup> gem Art 12 Abs 1 B-VG erlassen,<sup>46</sup> das grundlegende rechtliche Rahmenbedingungen vorgibt. Gem. § 2 Abs 1 SH-GG umfasst die Sozialhilfe „Geld- oder Sachleistungen, die zur Unterstützung des allgemeinen Lebensunterhalts und zur Befriedigung des Wohnbedarfs gewährt werden“.

Sozialhilfe beinhaltet Leistungen, die mit subjektiven Rechten, also einem Leistungsanspruch ausgestattet sind. Diese sind typischerweise im Rahmen der Hoheitsverwaltung verankert.<sup>47</sup> So hält etwa § 3 Abs 4 NÖ SAG explizit fest, dass ein Rechtsanspruch auf Sozialhilfe besteht.<sup>48</sup> Leistungen der Sozialhilfe beziehen sich etwa gem § 12 Abs 1 nÖ SAG auf „Leistungen zur Unterstützung des allgemeinen Lebensunterhalts; [...] zur Be-

41 *Baumgartner/Fister*, Verteilungsgerechtigkeit im Verfassungsrecht, in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutter*, Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017) 107 (212 f).

42 Siehe Art 7 Tir Landesordnung (Tir LGBI 1988/61 idF Tir LGBI 2022/36); Art 4 Nö Landesverfassung (Nö LGBI 0001-0 idF 2022/23); Art 1a, 9 Oö Landes-Verfassungsgesetz (Oö LGBI 1991/122 idF oö LGBI 2019/39), Art 7b Knt Landesverfassung (Knt LGBI 1996/85 idF knt LGBI 2023/9). Art 1 Abs 1 Bgld Landes-Verfassungsgesetz (Bgld LGBI 1981/42 idF Bgld LGBI 2020/43) determiniert Burgenland als einen demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Siehe auch Art 1 Abs 1 VlbG Landesverfassung (VlbG LGBI 1999/9 idF LGBI 2022/68) sowie Art 1 Abs 3 Knt Landesverfassung.

43 Kritisch zur Bedeutung *Kneibs*, Mindestsicherung im Mehrebenensystem, JRP 2008, 61.

44 *Baumgartner/Fister*, in *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Suttner* 214.

45 BGBl I 2019/41/2019 idF BGBl I 2023/45.

46 Sie löste das Modell der auf einer Art 15a-Vereinbarung basierenden bedarfsorientierten Mindestsicherung ab.

47 *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen<sup>9</sup> (2021) 198; siehe etwa § 25 Abs 1 NÖ SAG nÖ LGBI 2019/70 idF Nö LGBI 2022/69.

48 Siehe auch § 5 Salzburger Sozialhilfegesetz (Sbg LGBI 1975/19 idF Sbg LGBI 2023/11) oder § 7 Wiener Sozialhilfegesetz (Wr LGBI 1975/38 idF Wr LGBI 2018/49), die einen Rechtsanspruch auf die Hilfe zur Sicherung des Lebensbedarfs festschreiben (explizit ausgeschlossen wird ein Rechtsanspruch für soziale Dienste für Salzburg). Dagegen aber einschränkender § 2 Oö Sozialhilfegesetz (Oö LGBI 1998/82 idF Oö LGBI 2021/134), der einen Rechtsanspruch nicht allgemein, sondern nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Verankerung als gegeben ansieht.

friedigung des Wohnbedarfs; [...] bei Krankheit, Schwangerschaft und Entbindung; [...] zur Vermeidung besonderer Härtefälle [sowie] Übernahme der Bestattungskosten“.<sup>49</sup> Auch der sozialen Umverteilung kommt im Rahmen der Sozialhilfe Bedeutung zu, da die Sozialhilfe grundsätzlich aus den allgemeinen Steuermitteln finanziert wird. „Es geht daher idR [...] um eine Umverteilung zwischen der Allgemeinheit (Steuerzahler) und der Gruppe der Leistungsbezieher.“<sup>50</sup> Trotz des breiten Konzepts der Sozialhilfe in Österreich, soll nicht übersehen werden, dass zahlreiche (einschränkende) Voraussetzungen für den Sozialhilfeanspruch bestehen und dass viele in Österreich lebende Menschen keinen Zugang zur Sozialhilfe haben.

### 2.2.5. Daseinsvorsorge

Auf kommunaler Ebene werden schließlich öffentliche Leistungen der Daseinsvorsorge erbracht, die eine Basis an Infrastruktur und Dienstleistungen beinhalten, die ein menschenwürdiges Leben ermöglichen. Die Daseinsvorsorge erfüllt wesentliche Funktionen des Sozialstaates, indem sie etwa die Versorgung mit Wasser, Elektrizität, Gas und Telekommunikation oder die Entsorgung von Abwässern und Abfällen gewährleistet.<sup>51</sup> Fraglich ist allerdings, wie sozial diese Leistungen der Daseinsvorsorge ausgestaltet sind. Primär wird hier im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung bzw durch private Anbieter ein (privatrechtliches) Rechtsverhältnis hergestellt. Dabei kommt der Public-Private Partnership<sup>52</sup> eine große Bedeutung zu. Bei der Ausgestaltung der Daseinsvorsorge steht die soziale Komponente nicht im Vordergrund. Für Leistungen ist grundsätzlich zu bezahlen. Hier greift wiederum die Sozialhilfe, die für sozial bedürftige Menschen entsprechende Geld- und Sachleistungen zur Verfügung stellt, um an der Daseinsvorsorge partizipieren zu können.<sup>53</sup> Gemeinden sowie Gemeindeverbände sind darüber hinaus aber auch in vielfältige Leistungen der Sozialhilfe,<sup>54</sup> der Pflege- und Altersversorgung<sup>55</sup> involviert und tragen auf diese Weise ebenso zum Sozialstaat bei.

---

49 In Wien stehen gemäß § 13 Wiener Sozialhilfegesetz Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu, wovon gemäß § 12 leg cit „insbesondere Unterkunft, Nahrung, Bekleidung, Körperpflege, Hausrat, Beheizung, Beleuchtung, Kochfeuerung und andere persönliche Bedürfnisse [umfasst sind]“. Zu den persönlichen Bedürfnissen gehört auch die Pflege der Beziehungen zur Umwelt und die Teilnahme am kulturellen Leben in angemessenem Ausmaß.

50 *Rebbahn/Pfalz* in *Baumgartner/Heinrich/Rebbahn/Sutter* 387.

51 Zu diesen Grundbedürfnissen zählen überdies Nahrung und Arbeit. Siehe idS auch Titel IV GRG „Solidarität“. Auf das Zur-Verfügung-Stellen angemessener Arbeitsbedingungen sowie die Regelungen im Bereich der Arbeitslosigkeit kann idZ nicht näher eingegangen werden. Der Zugang zu Nahrung wird insoweit indirekt hergestellt als durch Geldleistungen im Rahmen der Sozialhilfe die Finanzierung von Nahrungsmitteln erfolgen soll. Das Zur-Verfügung-Stellen von konkreten Nahrungs- und Hygieneartikeln erfolgt auf zivilgesellschaftlicher Ebene.

52 Unter Public Private Partnerships versteht *Merli*, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Public Private Partnership (2003) 59 (59): „dauerhafte Formen der Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten bei der Erfüllung von Staatsaufgaben“.

53 Siehe oben 2.2.4.

54 *Mayer/Pfeil*, Mindestsicherung und Sozialhilfe, in *Pürgy*, Das Recht der Länder II/1 (2012) 259.

55 *Krauskopf*, Altenheime und Pflegeheime, in *Pürgy*, Das Recht der Länder II/1 (2012) 351.

### 2.3. Verwaltungsrechtliche Besonderheiten des Sozialstaates

Bei einem Blick auf die unterschiedlichen Regelungsbereiche zeigt sich die Breite und Vielfalt des österreichischen Sozialstaates, der in den einzelnen Sachmaterien zT stärker, zT aber auch schwächer ausgeprägt ist.<sup>56</sup> Betrachtet man den Sozialstaat aus dem Blickwinkel des Allgemeinen Verwaltungsrechts so können etwa folgende Beobachtungen gemacht werden:

Der österreichische Sozialstaat stellt in vielfältiger Weise subjektive Rechte zur Verfügung. Sozialstaatlichkeit ist damit nicht nur eine Frage staatlichen Wohlwollens, sondern erweist sich als durchsetzbares Recht des Einzelnen.<sup>57</sup> Die Subsidiarität bestimmter Ansprüche steht dem Grundgedanken nicht entgegen. Demgegenüber sind aber auch jene Bereiche zu sehen, in denen auf Leistungen kein Anspruch besteht.<sup>58</sup> Nichtsdestoweniger bleibt auch für diese Bereiche das Recht auf Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung bestehen.<sup>59</sup>

Im Sozialstaat steht das Zusammenspiel zwischen Staat und Gesellschaft im Vordergrund. Während der Staat die Gewährleistungsfunktion übernimmt, werden vielfältige Leistungen nicht vom Staat selbst erbracht, sondern von der Gesellschaft (auf Rechnung des Staates) zur Verfügung gestellt. In diesem Sinne kommt es oftmals zu einem Zusammenspiel von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung. Der Staat übernimmt regelmäßig hoheitliche Aufsichtsfunktionen gegenüber privaten Rechtsträgern, die für Betroffene Leistungen sodann privatwirtschaftlich erbringen.<sup>60</sup> Das Verhältnis zwischen dem Betroffenen und dem Staat kann in diesem Rechtsverhältnis aber wieder hoheitlich ausge-

---

56 Vielen Facetten konnten hier nicht angesprochen werden, wie etwa das Recht auf Bildung, das das System der Kindergärten, Schulen und Universitäten miteinbezieht. Auch hier zeigt sich ein vielschichtiges Bild an verwaltungsrechtlichen Vorschriften, die sowohl eine entsprechende Infrastruktur ermöglichen, aber auch finanzielle Entlastung (etwa aufgrund des Nicht-Bestehens von Schulgeld). Im Umfeld des Rechts auf Bildung ist auch die soziale Dimension von Kinderrechten angesprochen, die sich über die Möglichkeiten der Mobilität aus sozialen Gesichtspunkten bis hin zu Diskussionen auf ein Recht auf Zugang zur Natur erstreckt (siehe *Ganner /Pechtl/Stock/Weber*, *Recht auf Natur – Freier Zugang zur Natur* (2022), verfügbar unter [https://wien.arbeiterkammer.at/service/veranstaltungen/Studie\\_Freier\\_Zugang\\_zur\\_Natur\\_2022.pdf](https://wien.arbeiterkammer.at/service/veranstaltungen/Studie_Freier_Zugang_zur_Natur_2022.pdf) (7.9.2023)). Diesbezüglich kommt etwa den Regeln des Gemeingebrauchs eine besondere Bedeutung zu; siehe dazu grundlegend *Merli*, *Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch* (1995); *ders*, *Die Nutzung und Erhaltung von Wanderwegen*, in *Hinteregger*, *Trendsportarten und Wegefreiheit* (2005) 159; *ders*, *Von öffentlichen Sachen zu öffentlichen Nutzungsrechten. Mängel und Verbesserungsmöglichkeiten im österreichischen und deutschen Recht der öffentlichen Sachen*, *Die Verwaltung* (1989) 445, in dem ein auf Rechten basierter Zugang zum Thema vorgeschlagen wird.

57 Siehe eben diskutierte Ansprüche auf Sozialhilfe (§ 3 Abs 4 nÖ SAG), Leistungen aus der Sozialversicherung (§ 117 ASVG – Krankenversicherung; § 222 ASVG – Pensionsversicherung); siehe eine Übersicht des sozialen Schutzes auf einfachgesetzlicher Ebene bei *Schäffer/Klausbofer*, *Zur Problematik sozialer Grundrechte*, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, *Handbuch der Grundrechte VII/1. Grundrechte in Österreich<sup>2</sup>* (2014) § 20, Rz 14 f.

58 Siehe etwa die Zuwendungen aufgrund eines Vertrages aus dem Unterstützungsfonds für Menschen mit Behinderung auf die gemäß § 25 BBG (BGBl 1990/283 idF BGBl I 2022/185) kein Rechtsanspruch besteht.

59 *Schäffer/Klausbofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* Rz 29.

60 Siehe zu unterschiedlichen Ausprägungen staatlicher Ingerenz über Private *Pöschl*, *Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, in *FS Mayer* (2011) 515 (529 f), *dies*, *Staatlichkeit, Ingerenz, Haftung*, in *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer*, *Staatliche Aufgaben, private Akteure III* (2019) 45 (47); zur Aufsicht der Landesregierung im Bereich der Behindertenhilfe siehe auch *Lachmayer*, *Rechtsverhältnisse in der Sozialverwaltung der Bundesländer. Am Beispiel besonderer Institutionalisierungen in der Behindertenhilfe*, *JRP* 2003, 268 (276).

staltet sein. Entscheidend bleibt es, aufgrund der konkreten gesetzlichen Regelungen die bestehenden Rechtsverhältnisse auszudifferenzieren.

In ihrer Vielfalt finden sich – Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung gleichermaßen treffende – sozialstaatliche Elemente aber weit über die Grenzen der Leistungsverwaltung hinaus. Klassisch ordnungsrechtliche Bereiche wie das Asylrecht<sup>61</sup> beinhalten dabei auch sozialstaatliche Facetten bzw stellen Weichen, um sozialstaatliche Leistungen empfangen zu können. Die hoheitliche Durchsetzung zeigt sich etwa im Lohn- und Sozialdumpinggesetz,<sup>62</sup> das die unzulässige Vermeidung des Sozialstaates durch Unternehmen unterbindet. Wirtschaftsrechtlich organisierte Bereiche privat(verwaltungs)rechtlichen Handelns können mit sozialen Funktionen ausgestattet sein.<sup>63</sup>

Herausforderungen des Sozialstaats bestehen in vielfältiger Weise. Die Europäisierung und Globalisierung der Solidarität betrifft auch das Verwaltungsrecht und schafft neue Schnittstellen. Von Fragen der Ausgestaltung der Familienbeihilfe über Österreich hinaus,<sup>64</sup> Lieferkettenregelungen zum Schutz von Menschen die Produkte in anderen Teilen der Welt herstellen<sup>65</sup> oder globale Geschäftsmodelle von Konzernen wie Uber, die (auch Einkommens-)Standards von Berufsbranchen, untergraben,<sup>66</sup> besteht großer Bedarf für sozialstaatliche Regelungen. Privatisierung, Globalisierung und Digitalisierung schaffen dabei aber nicht nur neue Problemstellungen, sondern auch neue Potenziale, um sozialstaatliche Konzepte zu verwirklichen.

### 3. Abschließende Überlegungen

#### 3.1. Sozialstaatliche Werte und Prinzipien des Verwaltungsrechts

Im österreichischen Verwaltungsrecht spiegelt sich eine Vielzahl von Werten wider, von denen die verfassungsrechtlichen Grundwerte einer liberalen, rechtsstaatlichen Demokratie besonders hervorstechen und in der Literatur des Allgemeinen Verwaltungsrechts besondere Berücksichtigung finden.<sup>67</sup> Doch auch Demokratie und Sozialstaat stehen in einer Wechselwirkung.<sup>68</sup> Wenngleich dem Sozialstaat mangels verfassungsrechtlicher Ver-

61 Siehe *Muzak*, Das Asylrecht und seine Wechselwirkungen mit dem Aufenthalts-, Fremdenpolizei-, und Grenzkontrollrecht, in *Merli/Pöschl*, Das Asylrecht als Experimentierfeld. Eine Analyse seiner Besonderheiten aus vergleichender Sicht (2017) 27 (29), der Regelungen über die Betreuung von Asylwerbern als Teil des Sozialrechts sieht und dem Asylrecht damit auch „Elemente einer Querschnittsmaterie“ attestiert.

62 *Firlei*, Lohn- und Sozialdumping – Einige grundsätzliche Überlegungen, DRdA 2016, 383.

63 Man denke etwa an das Vergaberecht oder das Wirtschaftslenkungsrecht.

64 Siehe EuGH 16.6.2022, Rs C-328/20, Kommission/Österreich, ECLI:EU:C:2022:468; *Lehofer*, Indexierung der Familienbeihilfe ist unionsrechtswidrig, ÖJZ 2022, 766.

65 *Murko*, Die Haftung österreichischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen in ihren Lieferketten, ÖJZ 2022, 104; *Hauser/Hauser*, „Lieferkettengesetz“ – Grundlagen, Implikationen und Perspektiven für Österreich, NR 2022, 116.

66 *Lachmayer/Wieser*, Zur Freyung 8 bitte! RdW 2021, 248; *Eisenberger*, Sharing Economy: Motor für die Modernisierung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts?, ÖZW 2020, 102.

67 Siehe auch *Lachmayer* in FS Merli.

68 Siehe dazu in Hinblick auf das Wahlrecht *Merli*, Armut und Demokratie, JRP 2016, 107.

ankerung geringere Aufmerksamkeit zukommt, so spielt er doch – wie gezeigt werden konnte – eine zentrale Rolle im Verwaltungsrecht und zeigt verfassungsrechtliche Bezugspunkte auf.

Der Sozialstaat erweist sich dabei aber nicht als Selbstzweck. Das Recht des Sozialstaats bringt politische Konzepte sozialer Gerechtigkeit zum Ausdruck. Auch wenn soziale Gerechtigkeit auf denkbar vielfältige Weise hergestellt werden kann,<sup>69</sup> so stehen die Schaffung von Chancengleichheit, die Unterstützung von sozial Bedürftigen und die Umverteilung<sup>70</sup> in der Gesellschaft im Vordergrund. Einzelne Instrumente des Sozialstaats bringen diese Grundidee der sozialen Gerechtigkeit auf unterschiedliche Weise zum Ausdruck.

Verfassungsrechtliche Wirkung entfalten sozialstaatliche Regelungen im Rahmen von Gleichheitssatz, Vertrauensschutz und Diskriminierungsverbot.<sup>71</sup> Darüber hinaus kann der Sozialstaat aber auch als verwaltungsrechtliches Leitprinzip zur Auslegung einfachgesetzlicher Bestimmungen herangezogen werden. Einer verfassungsrechtlichen Verankerung bedarf es dafür nicht. Als gesetzliche Handlungsmaxime kann es von der Verwaltung im Sozialverwaltungsrecht dennoch herangezogen werden.

Fragt man nach den Facetten, die in diesem sozialstaatlichen Leitprinzip des Verwaltungsrechts verankert sind, so finden sich etwa ein Solidaritätsprinzip,<sup>72</sup> ein sozialer Versorgungsauftrag, der auf einem Versorgungsgedanken basiert, die Maxime eines sozialen Ausgleichs ebenso wie ein Konzept der Umverteilung.<sup>73</sup> All diese Systemgedanken des Sozialverwaltungsrechts bestätigen den Sozialstaat als normativen Wert ebenso wie als Prinzip des Verwaltungsrechts.

### 3.2. Dynamiken des Sozialstaats<sup>74</sup>

Legitimation, Verdichtung und Grenzen des Sozialstaates stehen primär zur Disposition des einfachen Gesetzgebers. Damit verbunden ist der Auf- und Abbau des Sozialstaates, Teil eines permanent stattfindenden Prozesses, der sich auch an die gesellschaftlichen und gesellschaftspolitischen Herausforderungen anpasst.<sup>75</sup> Ein unbegrenzter Ausbau des Sozialstaates erweist sich dabei als illusorisch; auf den Umgang mit der Auflösung der

69 Dies gilt für alle grundlegenden Ideen des Konstitutionalismus wie Menschenrechte, Rechtsstaat und Demokratie.

70 Siehe dazu grundlegend *Baumgartner/Heinrich/Rebhahn/Sutter*, Verteilungsgerechtigkeit im Recht (2017).

71 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 702 ff.

72 So dient Solidarität als Rechtfertigung der Umverteilung, siehe *Pöschl*, Höchstbeitragsgrundlage und Mehrfachversicherungen als Instrumente der Umverteilung und als verfassungsrechtliches Problem, in *Kneiß/Leinbacher/Runggaldier*, Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherung? (2005) 100.

73 Siehe im Vergleich dazu das verfassungsgesetzlich verankerte Sozialstaatsprinzip in Deutschland, dazu bereits *Merli*, Armut und Verfassung in Deutschland, in *Hofmann/Holländer/Merli/Wiederin*, Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich (1998) 117 (120 ff).

74 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts Rz 57.002 bezeichnen das Sozialrecht als „besonders dynamischen Rechtsbereich“.

75 *Merli* in *Hofmann/Holländer/Merli/Wiederin* 13.

Grundstrukturen des Sozialstaates gilt es aber verstärkte Aufmerksamkeit zu richten. Während einerseits die Lebenserwartung in Österreich in den letzten 50 Jahren um ca 10 Jahre gestiegen ist<sup>76</sup> sowie Medikamente und Behandlungen zur Verfügung stehen, die vor 100 Jahren unvorstellbar waren, so zeigt sich, dass der Ressourcenaufwand für diese Leistungen ebenso gestiegen ist. Umso mehr entstehen Verlagerungseffekte aus dem staatlichen System hinaus, die etwa in den Bereich privater Versicherungen führen. Durch derartige Entwicklungen geht aber die staatliche Intensität sozialer Umverteilung ebenso verloren wie der Versorgungsgedanke der Gesellschaft.<sup>77</sup>

Ein gut ausgebauter Sozialstaat stellt die Frage nach Inklusivität, aber auch nach dem Ausschluss vom Sozialstaat. Die Fragmentierung der Gesellschaft führt zur Exklusivität in Hinblick auf die Teilhabe am staatlichen System. Jenen, die in Österreich leben, aber nicht mehr Teil des staatlichen Sozialsystems sind, kommt der Sozialstaat nicht zugute. Damit entstehen laufend neue Differenzierungen. Es wird auf diese Weise der Sozialstaat nur für Privilegierte aufrechterhalten und prozentuell zunehmend partizipieren immer weniger an den Privilegien des Sozialstaats. Damit bleibt abschließend die Frage offen, wie „sozial“ ein Sozialstaat sodann noch ist bzw sein kann.

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

---

76 Männer (1978: 68,5; 2019: 79,3); Frauen (1978: 75,7; 2019: 84,0); siehe *Statistik Austria*, Lebenserwartung in Gesundheit, <https://statistik.at/statistiken/bevoelkerungundsoziales/gesundheit/gesundheitszustand/lebenserwartung-in-gesundheit> (7.9.2023).

77 Stichworte wie Mehrklassen-Medizin bringen die Problematik zum Ausdruck.

# Diversität im Aufsichtsrat – auch für das dritte Geschlecht?

Benjamin Kraudinger

---

## 1. Einleitung

Die faktische Gleichstellung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt ist mehr als bloß ein sentimentaler Wunsch. Studien konnten bereits nachweisen, dass Unternehmen mit diverseren Führungsteams signifikant innovativer arbeiten.<sup>1</sup> Um diese Diversität auch rechtlich zu fördern, führte Deutschland im Jahr 2015 eine Quotenregelung ein, um die Aufsichtsräte bestimmter großer Unternehmen fairer zu besetzen.<sup>2</sup> Österreich folgte diesem Vorgehen rasch mit einer vergleichbaren Regelung: § 86 Abs 7–8 AktG.<sup>3</sup>

Geprägt sind die Quotenregelungen in beiden Ländern von einer binären Geschlechtervorstellung. Gerade diese binäre Betrachtung steht aber im Widerspruch mit der Verfassungsrechtsprechung.

2017 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) entschieden, dass es verfassungswidrig ist, wenn das deutsche Personenstandsgesetz<sup>4</sup> lediglich einen Geschlechtseintrag als weiblich oder männlich zulässt.<sup>5</sup> Auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) folgte mit einer vergleichbaren E und sprach aus, dass alternative Geschlechtsidentitäten, neben männlich und weiblich, personenstandsrechtlich anzuerkennen sind.<sup>6</sup>

Da die Geschlechterzuordnung des § 86 Abs 7 AktG nach hL gerade an das Personenstandsrecht anknüpft,<sup>7</sup> führt die Erweiterung des personenstandrechtlichen Begriffs nun zur Frage, ob die fehlende Nennung des dritten Geschlechts in der Quote überhaupt rechtskonform ist. Während Stimmen in Österreich die Verfassungskonformität kritisch sehen,<sup>8</sup>

---

1 *Lorenzo/Voigt/Schetelig/Zawadzki/Welpe/Brosi*, The Mix That Matters – Innovation Through Diversity, The Boston Consulting Group (2017) <http://media-publications.bcg.com/22feb2017-mix-that-matters.pdf> (13.8.2023).

2 Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst dBGBI I 2015, 642.

3 Gleichstellungsgesetz von Frauen und Männern im Aufsichtsrat – GFMA-G BGBI I 104/2017.

4 Personenstandsgesetz 2007 dBGBI I 2007, 122 idF dBGBI I 2023/190, in Folge dPStG.

5 BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16.

6 VfSlg 20.259/2018.

7 *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, Die Quote im Aufsichtsrat für Kapital- und Arbeitnehmervertreter, GesRZ 2017, 344 (349); *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> (2018) § 86 Rz 24.

8 *Birkner/Leitner*, Drittes Geschlecht im Aufsichtsrat, Der Standard 13.2.2018.

halten Teile der deutschen Lehre eine Quotenregelung nur für Frauen und Männer für rechtskonform.<sup>9</sup>

Zur Klärung dieses Konflikts wird in einem ersten Schritt die Geschichte des dritten Geschlechts in der Rechtsprechung untersucht und Entscheidungsgründe des BVerfG und des VfGH näher erläutert (2). In einem zweiten Schritt wird der Ursprung und die Zielsetzung der Geschlechterquote im Aufsichtsrat dargelegt (3). Schließlich werden die Erkenntnisse in Verbindung gebracht, um die Rechtmäßigkeit der binär ausgestalteten Geschlechterquote zu beurteilen (4).

## 2. Recht auf ein drittes Geschlecht

Noch im Jahr 2009 stellte der VfGH fest, dass neben den Geschlechtsausprägungen „männlich“ und „weiblich“ kein drittes Geschlecht existiere.<sup>10</sup> Auch in Deutschland war diese Ansicht vorherrschend, wurde aber 2013 aufgebrochen, als die gesetzliche Möglichkeit geschaffen wurde, beim Geburtseintrag die Angabe zum Geschlecht offenzulassen.<sup>11</sup>

Im Jahr 2017 wurde die betreffende Norm, § 22 Abs 3 dPStG, jedoch vom BVerfG bereits wieder aufgehoben, da sie keine Eintragung einer positive Geschlechtsbezeichnung abseits von männlich oder weiblich zugelassen hatte.<sup>12</sup> In Folge kam es zu einer Neuregelung. Seit 2018 kann in Deutschland bei einem Geburtseintrag das Geschlecht „divers“ gewählt werden und auch eine erwachsene Person kann durch Erklärung ihren Geschlechtseintrag dahingehend abändern.<sup>13</sup>

Dem österreichischen PStG<sup>14</sup> ist so ein Zwang zur Eintragung der Attribute männlich oder weiblich fremd. Es verlangt lediglich den Eintrag des „Geschlechts“. Der VfGH erkannte 2018, dass – bei verfassungskonformer Auslegung des Begriffs – intersexuelle Personen<sup>15</sup> einen Anspruch haben, einen Geschlechtseintrag zu wählen, der nicht auf weiblich oder männlich lautet.<sup>16</sup> Mit dieser Entscheidung war das dritte Geschlecht auch in der österreichischen Rechtswirklichkeit angekommen. Der VwGH bestätigte im Folgenden die Bezeichnung „inter“ als rechtskonformen Eintrag in das Personenstandsregister für eine Person mit einer Variante in der Geschlechtsentwicklung.<sup>17</sup> 2019 kam es

---

9 Spindler in Spindler/Stilz, AktG<sup>4</sup> (2019) § 96 Rn 3; DuttalFornasier, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes, NZA 2021, 605 (611).

10 VfSlg 18.929/2009.

11 DuttalFornasier, NZA 2021, 605.

12 BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16.

13 DuttalFornasier, NZA 2021, 606.

14 Personenstandsgesetz 2013 BGBl I 2013/16 idF BGBl I 2018/104.

15 Auch wenn zunehmend andere Begriffe wie etwa „intergeschlechtlich“ in der L verwendet werden, wird hier im Zusammenhang mit der E des VfGH der Begriff der „intersexuellen Personen“ beibehalten, da diese Bezeichnung auch für das Gericht die relevante Fallkonstellation darstellte: VfSlg 20.259/2018 Rz 15.

16 VfSlg 20.259/2018 Rz 23.

17 VwGH 14.12.2018, Ro 2018/01/0015.

schließlich zum Erlass des BMI durch den neben „männlich“ und „weiblich“ nun auch die Einträge „divers“, „inter“ und „offen“ im Personenstandregister möglich sind, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden.<sup>18</sup>

## 2.1. Entscheidungsgründe der Gerichte

Das BVerfG begründet das Recht auf die positive Eintragungsmöglichkeit eines Geschlechts, das weder männlich noch weiblich ist, vor allem mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 Grundgesetz (GG). Dieses soll sicherstellen, dass jede Person ihre Individualität grundsätzlich selbstbestimmt entwickeln und wahren kann. Solange das Attribut des Geschlechts Teil des Personenstandsrechts ist, habe die Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit eine identitätsstiftende und -ausdrückende Wirkung. Das Fehlen einer positiven Eintragungsalternative neben „männlich“ oder „weiblich“ schränke daher betroffene Personen in der Entwicklung und Wahrung ihrer Individualität unverhältnismäßig ein.<sup>19</sup>

Daneben verlange auch das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art 3 Abs 3 GG, dass es zu keiner Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts kommen darf. Der Begriff „Geschlecht“ umfasse dabei auch ohne Weiteres Geschlechter jenseits von männlich und weiblich.<sup>20</sup> Der Eintragungszwang von ausschließlich „männlich“ und „weiblich“ und die fehlende positive Alternative diskriminiere dabei gerade diese Betroffenen. Sie müssten entweder eine Eintragung akzeptieren, die nicht ihrer Identität entspricht oder auf eine Eintragung verzichten.

Der VfGH folgte in großen Teilen der Argumentation des BVerfG und sah ebenfalls die geschlechtliche Identität und Selbstbestimmung gefährdet. Als Rechtsgrundlage diene ihm Art 8 EMRK, der einer Person garantiere, nur eine solche staatliche Geschlechtszuschreibung akzeptieren zu müssen, die der eigenen Geschlechtsidentität entspricht. Eine Verpflichtung das Geschlecht lediglich binär im Personenstand auszudrücken, würde somit einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art 8 EMRK darstellen. Der VfGH verlangte daher, dass der Begriff „Geschlecht“ iSd § 2 Abs 2 Z 3 PStG so ausgelegt wird, dass auch nichtbinäre Attribute, wie „divers“, „inter“ oder „offen“ eingetragen werden können.<sup>21</sup>

## 2.2. Konsequenzen für an das „Geschlecht“ gebundene Normen

Das BVerfG beschränkte sich in seinen Ausführungen darauf, dass die Neuschaffung eines Geschlechts abseits der traditionellen Attribute „männlich“ und „weiblich“ zu kei-

<sup>18</sup> Zl BMI-VA1300/0415/III/3/b/2019; für eine ausführliche und kritische Auseinandersetzung mit dem Erlass siehe *Petričević*, Intergeschlechtlichkeit in der Rechtswissenschaft in *Mefebue/Bühmann/Grenz*, Handbuch Intersektionalitätsforschung (2022) 450 ff.

<sup>19</sup> BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16.

<sup>20</sup> BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16 Rn 59.

<sup>21</sup> VfSlg 20.259/2018.

nen neuen Zuordnungsproblemen führe. Schon seit der Änderung des dPStG sei es möglich gewesen, den Geschlechtseintrag offen zu halten, was bereits *de lege lata* zu Komplikationen bei Normen führe, die an ein binäres Geschlechtermodell anknüpfen.<sup>22</sup> Auch der VfGH äußerte sich nicht ausführlich zur Problemlage. Ein anfallender Verwaltungsaufwand zur Anpassung bestehender Normen an das „dritte Geschlecht“ sei hinzunehmen, da das Interesse der Betroffenen an der Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität überwiege.<sup>23</sup> Hervorzuheben ist aber, dass der VfGH keine pauschale Anpassungspflicht für Regelungen vorgibt, die an binäre Geschlechterattribute anknüpfen. Es müsse für die jeweilige materielle Regelung beurteilt werden, ob diese das Recht auf Wahrung der individuellen Geschlechtsidentität gem Art 8 EMRK verletzt.<sup>24</sup> Insb für Regelungen iSd Art 7 Abs 2 B-VG gehe der VfGH davon aus, dass Art 8 EMRK regelmäßig nicht berührt sein dürfte.<sup>25</sup>

### 2.3. Zwischenfazit

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich ist die traditionelle Geschlechterdualität aufgebrochen. Zwar spricht keines der Gerichte konkret vom „dritten Geschlecht“, doch wird neben den traditionellen Geschlechtsattributen zumindest eine dritte positive Alternative gefordert – somit ist der Begriff des „dritten Geschlechts“ mE durchaus zutreffend.

Auffällig ist, dass der VfGH es unterlässt, zu prüfen, ob eine Begrenzung des Geschlechtsspektrums in männlich und weiblich auch gegen die Diskriminierungsverbote nach Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG und Art 14 EMRK verstößt. Sie verbieten unter anderem eine Schlechterbehandlung aufgrund des Geschlechts.<sup>26</sup> Wegen des begrenzten Umfangs konzentriert sich der Beitrag aber ausschließlich auf die Bestimmung des B-VG.

ME treffen die Ausführungen des BVerfG zum Diskriminierungsverbot nach Art 3 Abs 3 Satz 1 GG auch auf die österreichische Rechtslage zu. So ist es nur konsequent auch den Geschlechterbegriff in Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG um das „dritte Geschlecht“ zu erweitern.<sup>27</sup> Folglich darf auch mE eine Person aufgrund ihrer, vom traditionellen Geschlechtsbegriff abweichenden, geschlechtlichen Identität grundsätzlich nicht benachteiligt werden.

---

22 BVerfG 10.10.2017, 1 BvR 2019/16 Rn 54.

23 VfSlg 20.259/2018 Rz 34.

24 VfSlg 20.259/2018 Rz 34.

25 VfSlg 20.259/2018 Rz 35.

26 *Khakzadeh in Kabll/Khakzadeh/Schmid*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte (2021) Art 7 B-VG Rz 129.

27 *Petričević*, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit (2017) 278; zum gleichen Schluss kommend iZm dem Begriff Geschlecht im GIBG: *Rebhahn/Windisch-Graetz in Windisch-Graetz*, GIBG<sup>2</sup> Gleichbehandlungsgesetz (2022) § 3 Rz 35.

Da der VfGH keine allgemeine Anpassung aller geschlechtsbezogenen Normen fordert, sondern eine Überprüfung der jeweiligen materiellen Bestimmung verlangt,<sup>28</sup> muss erforscht werden, ob im konkreten Fall die Geschlechterquote nach § 86 Abs 7 AktG die Schutzbestimmungen von Art 8 EMRK oder Art 7 Abs 1 B-VG verletzt.

### 3. Quotenregelung nach § 86 Abs 7 AktG

#### 3.1. Zielsetzung

Der Ursprung der Quotenregelung liegt im Bericht des Justizausschusses über einen Initiativantrag aus dem Jahr 2017, der den Entwurf des Gleichstellungsgesetzes von Frauen und Männern im Aufsichtsrat (GFMA-G) enthielt. Als Hintergrund wird das Thema „Frauenquote im Aufsichtsrat“ des Arbeitsprogramms der Regierungsparteien 2017/18 angeführt.<sup>29</sup> In diesem war vorgesehen, dass mit 1.1.2018 eine Frauenquote für Aufsichtsrät\_innen nach deutschem Vorbild in Kraft tritt.<sup>30</sup> Ein höherer Frauenanteil sei auch geeignet den langfristigen Unternehmenserfolg positiv zu beeinflussen.<sup>31</sup>

Nicht nur die Materialien heben die Bedeutung der Quotenregelung für die Förderung von Frauen hervor, sondern auch die Faktenlage vor Einführung der Norm bestärkte die Bedeutung für das weibliche Geschlecht. So waren 2017 lediglich 18,1 % der Aufsichtsrät\_innen von börsennotierten Unternehmen Frauen,<sup>32</sup> obwohl sie an der gesamten österreichischen Bevölkerung einen Anteil von 50,84 % ausmachten.<sup>33</sup>

Aus dem eben Erwähnten zeigt sich, dass die Geschlechterquote im Aufsichtsrat formal zwar als Geschlechterquote gestaltet, jedoch als Instrument der Frauenförderungs politik gedacht ist<sup>34</sup> – auch wenn es sich um keine reine Frauenquote wie etwa in § 11b BGlG handelt.<sup>35</sup>

#### 3.2. Anwendungsbereich

§ 86 Abs 7 TS 1 AktG verlangt für die Anwendung der Quote eine dauerhafte Arbeitnehmerschaft von mehr als 1000 Personen oder die Börsennotierung der Aktiengesellschaft. Eine börsennotierte Aktiengesellschaft liegt vor, wenn die Aktien des Unterneh-

28 Siehe 2.2 Konsequenzen für an das „Geschlecht“ gebundene Normen.

29 AB 1742 BlgNR 25. GP 1.

30 Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018 [https://www.wienerzeitung.at/\\_em\\_daten/\\_funkinform/2017/01/30/170130\\_arbeitsprogramm1718.pdf](https://www.wienerzeitung.at/_em_daten/_funkinform/2017/01/30/170130_arbeitsprogramm1718.pdf) 30 (13.8.2023).

31 AB 1742 BlgNR 25. GP 2.

32 Haager/Wieser, FRAUEN.MANAGEMENT.REPORT.2023, <https://www.arbeiterkammer.at/interessenvertretung/arbeitundsoziales/frauen/AK.Frauen.Management.Report.2023.pdf> (10.10.2023) 38.

33 Gender Index 2017, [https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:06764342-1baf-4739-90d6-2ec04fe09253/gender\\_index\\_2017\\_stand\\_10-2017\\_barrierefrei.pdf](https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:06764342-1baf-4739-90d6-2ec04fe09253/gender_index_2017_stand_10-2017_barrierefrei.pdf) 5 (10.10.2023).

34 So auch Schima, Verpflichtende Geschlechterquote im Aufsichtsrat größerer Unternehmen, RdW 2018, 77; Simons in Hölters/Weber, AktG<sup>4</sup> (2022) § 96 Rn 45; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 86 Rz 22.

35 Bundes-Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 1993/100 idF BGBl I 2011/140.

mens an einem geregelten Markt gehandelt werden, unabhängig davon, ob sich der Marktplatz im In- oder Ausland befindet.<sup>36</sup>

Obwohl § 86 Abs 7 AktG somit weiter gefasst ist als das deutsche Vorbild (§ 96 Abs 2 dAktG<sup>37</sup> sieht eine verpflichtende Quote lediglich für börsennotierte Aktiengesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmer\_innen vor),<sup>38</sup> sind von der nationalen Norm nur ein geringer Teil der österreichischen Aktiengesellschaften betroffen. So kann davon ausgegangen werden, dass etwa 6 % der Aktiengesellschaften mehr als 1 000 Personen beschäftigen<sup>39</sup> und aktuell lediglich 72 österreichische Unternehmen an der Wiener Börse gelistet sind.<sup>40</sup> Dies lässt mE auf einen geringen Anwendungsbereich der Quotenregelung in der Praxis schließen.

§ 86 Abs 7 TS 2 AktG schränkt diesen Anwendungsbereich noch weiter ein. So gilt die Quotenpflicht nur für betroffene Unternehmen deren Aufsichtsrat aus zumindest sechs Kapitalvertreter\_innen besteht. Folgt man dem Wortlaut der Norm, so ist nicht die satzungsmäßig festgelegte, sondern lediglich die tatsächliche Anzahl an Mitgliedern einschlägig.<sup>41</sup> Die Aktionär\_innen können somit eine Anwendung der Norm verhindern, indem sie einfach die Mitgliederzahl des Aufsichtsrates verkleinern.<sup>42</sup>

Zuletzt müssen betroffene Unternehmen die Quotenregelung für beide Geschlechter nur erfüllen, wenn zumindest 20 % der Belegschaft dem unterrepräsentierten Geschlecht angehören. Ansonsten gilt die Mindestquote von 30 % lediglich für das überrepräsentierte Geschlecht.<sup>43</sup>

### 3.3. Zwischenfazit

Es steht mE fest, dass die Quotenregelung nicht als Werkzeug zum generellen Ausgleich der Geschlechter geschaffen wurde, sondern der Gleichberechtigung der Frau in der Arbeitswelt dienen soll. § 86 Abs 7 AktG stellt eine positive Maßnahme dar, um aktiv die schwache Präsenz von Frauen in Aufsichtsgremien zu bekämpfen.

Dass die konkrete Umsetzung weniger Wirkung entfaltet als wahrscheinlich von vielen gewünscht, konnte anhand des eingeschränkten Anwendungsbereichs gezeigt werden. Selbst wenn ein Unternehmen in den Anwendungsbereich fällt, kann die Pflicht durch einen verkleinerten Aufsichtsrat leicht umgangen werden.

---

36 *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 86 Rz 25.

37 Aktiengesetz 1965 dBGBl I 1965, 1089 idF dBGBl I 2023/154.

38 § 96 Abs 2 dAktG verweist auf das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG). Aus § 1 Abs 1 Z 2 MitbestG ergibt sich die Schwelle von 2000 Arbeitnehmer.

39 *Reich-Rohrwig*, Struktur der Aktiengesellschaften in Österreich (Teil I), *ecolex* 2018, 526 (527, Tabelle 6).

40 Auskunft der Wiener Börse <https://www.wienerborse.at/listing/aktien/unternehmensliste> (13.8.2023).

41 *Kalss/Brameshuber/Durstberger*, *GesRZ* 2017, 347.

42 *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> (2021) § 86 Rz 87.

43 *Eckert/Schopper/Walch in Eckert/Schopper*, AktG-ON1.00 (Stand 1.7.2021) § 86 Rz 26.

## 4. Das dritte Geschlecht in Konflikt mit § 86 Abs 7 AktG

### 4.1. Erweiterung der Norm durch Interpretation

In einem ersten Schritt muss geprüft werden, ob die Quotenregelung im Wege der Interpretation auch weitere Geschlechtsidentitäten umfassen kann. Bei Betrachtung des Gesetzeswortlauts fällt auf, dass ausschließlich von Frauen und Männern gesprochen wird. Dies stellt genau den Gegenfall zu § 2 Abs 2 Z 3 PStG dar. Der dortige Begriff Geschlecht kann ohne Schwierigkeiten auch ein drittes Geschlecht miteinschließen. Die Begriffe männlich und weiblich sind aber mE bereits so konkret, dass sie eben nur das jeweilige Geschlecht bezeichnen. Diese abgeschlossene Begriffsbedeutung spiegelt sich im E des BVerfG wider. Das Gericht hätte § 22 Abs 3 dPStG (alte Fassung) nicht für verfassungswidrig erklären müssen, wenn der Sinngehalt der Begriffe männlich oder weiblich auch ein drittes Geschlecht einschließen könnte.

Gegen die Möglichkeit § 86 Abs 7 AktG interpretativ auf Personen mit alternativer Geschlechtsidentität auszuweiten spricht auch die Entstehung der Norm. Wie bereits erläutert,<sup>44</sup> geht die Norm auf die Initiative zurück, die deutliche Unterrepräsentation von Frauen in der Arbeitswelt zu beseitigen. ME wäre es verfehlt, dem Gesetzgeber hier zu unterstellen, die Norm solle jedes Geschlecht gleichstellen. Vielmehr gehen der Gesetzgebung Untersuchungen zu den Effekten einer Gleichstellung von Frauen und Männern und die annähernd gleichmäßige Verteilung von Frauen und Männern in der Gesellschaft vor.<sup>45</sup> Gerade solche Erhebungen sind für das dritte Geschlecht noch kaum verfügbar. Da der Gesetzgeber somit klar einen Fokus auf die beiden traditionellen Geschlechter gelegt hat, ist mE davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Norm schaffen wollte, die lediglich das starke Ungleichgewicht zwischen männlichen und weiblichen Personen beheben soll.

Da somit der Wortlaut klar gegen eine Ausweitung der Norm spricht und der Gesetzgeber ein drittes Geschlecht auch nie in seine Überlegungen aufgenommen hat, ist mE eine Einbeziehung von Personen mit alternativer Geschlechtsidentität in den Anwendungsbereich des § 86 Abs 7 AktG auszuschließen.

### 4.2. Verfassungswidrigkeit der aktuellen Norm

Da eine interpretative Erweiterung der Norm zu verneinen ist, ist zu klären, ob dieser Ausschluss aus der Quotenregelung verfassungswidrig ist.

---

<sup>44</sup> Siehe 3.1 Zielsetzung.

<sup>45</sup> Siehe 3.1 Zielsetzung.

#### 4.2.1. Art 8 EMRK

Dem Wortlaut folgend schützt Art 8 EMRK das Privatleben, das Familienleben, die Wohnung sowie den Briefverkehr, und deckt damit die individuelle Lebenssphäre ab.<sup>46</sup> Die geschlechtliche Identität wurde vom VfGH wie bereits erläutert als Teil des geschützten Privatlebens anerkannt. Eine Person hat somit keine Eintragung einer Bezeichnung zu akzeptieren, die nicht ihrer geschlechtlichen Identität entspricht.<sup>47</sup> Zu einer solchen Zuordnung einer falschen Geschlechtsidentität kommt es durch § 86 Abs 7 AktG aber gerade nicht. Vielmehr setzt die Anwendung der Quote mE eine bereits erfolgte Eintragung eines Geschlechts voraus. Wie eingangs erwähnt, sieht die hL den personenstandsrechtlichen Eintrag nämlich gerade als Anknüpfungspunkt für die Quote.<sup>48</sup> Die Person wird also keiner falschen Geschlechtsbezeichnung ausgesetzt. ME greift daher die Geschlechterquote im Aufsichtsrat nicht in das Recht auf die individuelle Geschlechtsidentität ein.

Aus dem Recht auf Schutz des Privatlebens folgt auch ein beschränkter Schutz von beruflichen Tätigkeiten.<sup>49</sup> Verboten sind weitreichende Beschränkungen der Erwerbsmöglichkeiten in der Privatwirtschaft.<sup>50</sup> Um in den Anwendungsbereich der Norm zu fallen, muss es sich allerdings um schwerwiegende Eingriffe handeln.<sup>51</sup>

Diese besondere Intensität liegt aber gerade bei der Geschlechterquote im Aufsichtsrat nicht vor. Bereits aus der stark begrenzten Anzahl an Unternehmen folgt ein sehr beschränkter Anwendungsbereich von Art 86 Abs 7 AktG.<sup>52</sup> Besonders relevant ist mE aber die Mindestanzahl des unterrepräsentierten Geschlechts. Wie bereits erläutert, kommt die Quotenregelung nur zur Anwendung, wenn das unterrepräsentierte Geschlecht zumindest 20 % der Arbeitnehmer\_innenschaft ausmacht. Beschränkt man sich auf Personen mit körperlichen Merkmalen einer Variante der Geschlechtsentwicklung, gehen Schätzungen der österreichischen Sozialversicherungen von circa 400 bis 500 betroffenen Personen in Österreich aus.<sup>53</sup> Es wäre nahezu der gesamte betroffene Personenkreis in einer einzigen betroffenen großen Aktiengesellschaft (mehr als 2000 Arbeitnehmer\_innen) notwendig, um überhaupt in den Anwendungsbereich zu fallen. Selbstverständlich kann es auch kleine börsennotierte Aktiengesellschaften geben, bei denen ein geringerer Anteil ausreicht. In einer Gesamtbetrachtung kann mE aber kein schwerwiegender Eingriff in die berufliche Entwicklung festgestellt werden.

---

46 Forster in *Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Art 8 EMRK Rz 1.

47 Siehe 2.3 Zwischenfazit.

48 Siehe 1. Einleitung.

49 Forster in *Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Art 8 EMRK Rz 49.

50 EGMR 27.7.2004, 55480/00 und 59330/00, *Sidabras and others/Lithuania*, Rz 42 ff.

51 Forster in *Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Art 8 EMRK Rz 49.

52 Siehe 3.2 Anwendungsbereich.

53 Geschlechtsinkongruenz in Österreich <https://www.sozialversicherung.at/cdscontent/load?contentid=10008.718421&version=1568796537> (13.8.2023).

Da somit weder das Recht auf Wahrung der Geschlechtsidentität noch der begrenzte Schutz der beruflichen Tätigkeiten verletzt wird, steht § 86 Abs 7 AktG nicht mit Art 8 EMRK im Widerspruch.

#### 4.2.2. Art 7 Abs 1 B-VG

Der Gleichheitssatz hat eine Sonderstellung unter den Grundrechten. Er steht in direktem Zusammenhang mit der Forderung nach demokratischen und rechtsstaatlichen Garantien.<sup>54</sup> Die Grundaussage dieser Verfassungsnorm besteht darin, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll.<sup>55</sup>

Neben dem allgemeinen Gleichheitssatz findet sich auch ein besonderes Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts. Gesetzliche Regelungen sind demnach verboten, wenn sie nach dem Geschlecht von Personen differenzieren und nicht besonders gerechtfertigt sind.<sup>56</sup> Eine solche Anknüpfung an das Geschlecht nimmt aber § 86 Abs 7 AktG gerade vor. Sollte bei einer Aufsichtsratswahl eine Frau für die Erfüllung der Quote benötigt werden, so müssten Männer und Angehörige eines dritten Geschlechts auf ihre Wahlchance verzichten. Ist es ein Mann, der zur Erfüllung der Quote notwendig ist, so ist es Frauen und Angehörigen eines dritten Geschlechts nicht möglich, den Posten zu besetzen. In jedem Anwendungsfall der Quote werden daher Angehörige eines dritten Geschlechts benachteiligt.

Eine besondere Rechtfertigung für eine solche geschlechtsbezogene Benachteiligung kann aber aus Art 7 Abs 2 B-VG abgeleitet werden.<sup>57</sup> Die benachteiligende Norm ist nämlich gerechtfertigt, wenn sie die faktische Gleichstellung von Männern und Frauen fördert und nicht ungeeignete oder unverhältnismäßige Mittel vorsieht. Die Rechtfertigung folgt dem Wortlaut von Art 7 Abs 2 B-VG, der explizit Männer und Frauen anspricht.

Es stellt sich auch hier Frage, ob die Norm nicht auch weitere Geschlechtsidentitäten neben männlich und weiblich umfasst. Sollte dies der Fall sein, könnte mE eingewandt werden, dass Art 7 Abs 2 B-VG nur solche positiven Maßnahmen rechtfertigt, die zur Gleichstellung aller Geschlechter beitragen – und nicht bloß Männer und Frauen. Dagegen spricht aber nicht nur die klare Verwendung der binären Geschlechterbegriffe, sondern auch die Herkunft der Norm. So wurde Art 7 Abs 2 B-VG in der Folge des Frauenvolksbegehrens neu geschaffen. Die Mat gehen von einer tatsächlichen Schlechterstellung der Frau und der Notwendigkeit einer faktischen Gleichstellung zwischen Mann und Frau aus.<sup>58</sup> Auch die dL lehnt eine Ausweitung des Art 3 Abs 2 GG (als analoge

---

54 *Khakzadeh* in *Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Art 7 B-VG Rz 1.

55 Ebd Rz 18.

56 Ebd Rz 130.

57 Ebd Rz 137.

58 AB 1114 BlgNR 20. GP 1.

Norm zu Art 7 Abs 2 B-VG) grundsätzlich ab.<sup>59</sup> Dieser Ansicht ist mE auch für die österreichische Rechtslage zu folgen.

Somit schließt Art 7 Abs 2 B-VG das dritte Geschlecht in seine Zielsetzung der faktischen Gleichstellung nicht ein. Ein tatsächlich benachteiligtes Geschlecht zu fördern, ist daher im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit mit Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG vereinbar.

Trotz der Akzeptanz eines dritten Geschlechts ist die binäre Geschlechterquote nach wie vor erforderlich, um die Zielsetzung des Gesetzgebers – die Bekämpfung der Unterrepräsentanz von Frauen – zu verwirklichen. Dass nun nicht bloß Männer, sondern auch Personen mit alternativer Geschlechtsidentität benachteiligt werden, ist mE nicht unverhältnismäßig. So lässt sich aus den Materialien zu Art 7 Abs 2 B-VG oder zu § 86 Abs 7 AktG nicht entnehmen, dass eine Gleichstellung von Frauen und Männern nur zum Nachteil des jeweils anderen Geschlechts statthaft sei. Weiters wird die Gleichstellungsmaßnahme von dem bereits erwähnten Umstand gestärkt, dass der Großteil der Gesellschaft noch immer zu gleichen Teilen aus Männern und Frauen besteht – während Personen mit alternativer Geschlechteridentität einen noch (!) sehr kleinen Teil ausmachen.<sup>60</sup> Bestärkt wird diese Schlussfolgerung auch durch die Anmerkung des VfGH in seiner E zum dritten Geschlecht. So dürften Regelungen die iSd des Art 7 Abs 2 B-VG wirken, gerade nicht das Recht einer Person auf individuelle Geschlechtsidentität berühren.<sup>61</sup> Das Gericht spricht hier zwar nicht ausdrücklich auch vom Recht auf Gleichbehandlung. Art 7 Abs 2 B-VG dient aber gerade dazu, Maßnahmen entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Art 7 Abs 1 B-VG zu legitimieren. ME kann daher zumindest implizit davon ausgegangen werden, dass der VfGH gerade Eingriffe in das Gleichbehandlungsrecht einer Person mit alternativer Geschlechtsidentität durch Art 7 Abs 2 als gerechtfertigt erachtet.

## 5. Conclusio

Für Geschlechterquoten im Aufsichtsrat ist mE die aktuelle Rechtslage eindeutig. Die Geschlechterquote des § 86 Abs 7 AktG ist klar an Frauen und Männer gerichtet und dient nicht der allgemeinen Gleichstellung aller Geschlechter, sondern vorrangig der Bekämpfung der Unterrepräsentation des weiblichen Geschlechts in der Arbeitswelt.

Angehörige eines dritten Geschlechts werden zwar in der Quotenregelung nicht beachtet – und daher aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit iSd Art 7 Abs 1 B-VG benach-

---

59 Kischel in *Epping/Hillgruber*, Beck OK Grundgesetz<sup>53</sup> Art. 3 GG (Stand 15.11.2022) Rn 183; *DuttalFornasier*, *Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes* (2021) [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/jenseits\\_von\\_maennlich\\_und\\_weiblich.html](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/jenseits_von_maennlich_und_weiblich.html) 78 (13.8.2023).

60 Zukünftige Untersuchungen und Statistiken können hier selbstverständlich ein neues Bild vermitteln, was auch zu einer Abschwächung des Arguments führen kann.

61 Siehe 2.2 Konsequenzen für an das „Geschlecht“ gebundene Normen (VfSlg 20.259/2018 Rz 35).

teilt, diese Benachteiligung ist aber durch Art 7 Abs 2 B-VG gerechtfertigt. ME kann daher davon ausgegangen werden, dass Art 86 Abs 7 AktG in der aktuellen Fassung verfassungskonform ist.

Als Resultat muss mE eine Person, die einem dritten Geschlecht angehört, die Benachteiligung gegenüber Männern oder Frauen im Konfliktfall hinnehmen. Wie lange die Gesellschaft diese Rechtslage noch akzeptiert, wird die Zeit zeigen. Der Gesetzgeber muss sich aber wohl darauf gefasst machen, in Zukunft einen anderen Weg zu gehen, um Unverständnis und Ärger einer immer diverseren Bevölkerung zu vermeiden.

Mag. Benjamin Kraudinger, BSc ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Geistiges Eigentum, Medien und Innovationsrecht an der Universität für Weiterbildung Krems und arbeitet als juristischer Mitarbeiter bei DORDA Rechtsanwälte. Die Arbeit entstand im Zuge des Dissertationsseminars „Methoden und Theorien geschlechtssensibler Rechtswissenschaft“; benjamin.kraudinger@donau-uni.ac.at

# Thema: Parlamentarische Kontrolle

## Vorwort der Gastherausgeber:innen

Lorenz Dopplinger / Hanna Palmanshofer /  
Lukas Tschernjak / Antonia Wagner

---

Die Kontrolle der Exekutive ist ein elementarer Bestandteil des demokratischen Rechtsstaats. Jurist:innen denken dabei primär an unabhängige und unparteiische Gerichte, die die Staatsgewalt in Schach halten sollen. Diese Form der rechtlichen Kontrolle dominiert nicht nur die Praxis, sondern auch die juristische Ausbildung und den rechtswissenschaftlichen Diskurs. Die für den demokratischen Rechtsstaat konstitutive Kontrolle ist freilich deutlich vielfältiger. Schon die Rechtmäßigkeitskontrolle ist nicht bei Gerichten monopolisiert.<sup>1</sup> Und ebenso essentiell wie die rechtsstaatliche ist die demokratische Dimension. Dieser Schwerpunkt nimmt daher einen Bereich in den Blick, der eine tiefere rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung verdient: die parlamentarische Kontrolle. Im Regierungssystem Österreichs ist die Regierung vom Parlament abhängig: Versagt der Nationalrat der Bundesregierung oder einzelnen ihrer Mitglieder das Vertrauen, so ist die Bundesregierung oder der:die betreffende Bundesminister:in des Amtes zu entheben.<sup>2</sup> Das Misstrauensvotum mag das schärfste Schwert des Parlaments sein, sein einziges Instrument ist es aber gewiss nicht. Vielmehr existiert heute eine breite Palette an Kontrollmechanismen, die im Laufe der Zeit immer weiter ausdifferenziert und ausgebaut wurden. Besondere Prominenz hat jüngst der Untersuchungsausschuss erlangt, der seit einer grundlegenden Reform im Jahr 2014 von einer parlamentarischen Minderheit eingesetzt werden kann.<sup>3</sup> Seither sind Untersuchungsausschüsse zu einer Konstante des parlamentarischen Alltags sowie der medialen Berichterstattung geworden.<sup>4</sup> Infolge dieser Dominanz laufen andere Kontrollinstrumente freilich Gefahr, ein Schattendasein zu fristen.

---

1 Man denke nur an die Kontrolle durch Aufsichtsbehörden oder die Datenschutzbehörde.

2 Art 74 Abs 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 zuletzt geändert durch BGBl I 2022/222.

3 Art 53 Abs 1 B-VG.

4 Ein Viertel der seit 1945 eingesetzten Untersuchungsausschüsse fand in den letzten acht Jahren statt, *Parlament Österreich*, Untersuchungsausschüsse, <https://www.parlament.gv.at/services/infoteam/haeufige-fragen/untersuchungsausschuesse/index.html> (12.10.2023). S ferner zur Übersicht die Beiträge in *Pilgermair* (Hrsg), *Parlamentarischer Untersuchungsausschuss. Praxis und Perspektiven* (2023).

Wir versuchen daher, den Blick zu erweitern und das Spektrum parlamentarischer Kontrollinstrumente auszuleuchten. Dafür bereitet *Alice Pohl* den Boden. Sie beschäftigt sich damit, wie sich die Begriffe „politische“ und „parlamentarische“ Kontrolle zueinander verhalten. Politische Kontrolle habe keinen Maßstab, sondern richte sich lediglich nach dem politischen Willen der Kontrollierenden. Parlamentarische Kontrolle stelle demgegenüber auf den Kontrollträger ab. Je nachdem, ob man „Parlament“ eng oder weit verstehe, zählen auch die Hilfsorgane des Nationalrats zur parlamentarischen Kontrolle. Solch ein weites Begriffsverständnis könne sich außerdem auf den engen funktionalen Zusammenhang der Institutionen stützen: Die von den Hilfsorganen gewonnenen Informationen dienten nicht nur der parlamentarischen Gesetzgebung, sondern auch der demokratischen Legitimation der Exekutive.

Anschließend widmet sich dieser Schwerpunkt einzelnen Mechanismen parlamentarischer Kontrolle. Wenngleich er diese nicht erschöpfend behandeln kann, versucht er doch, ihrer Vielfalt gerecht zu werden. Uns interessiert dabei insbesondere auch das Verhältnis der verschiedenen Instrumente untereinander: Was verbindet und was trennt sie? Ergänzen sie einander und wenn ja, auf welche Weise? Oder sind sie umgekehrt schlecht aufeinander abgestimmt, drohen sie leer zu laufen oder gar miteinander zu konfliktieren? Gibt es eklatante Lücken, die es zu füllen gilt? Finden wir wenig beachtete Mechanismen, aus denen sich verallgemeinerungsfähige Lehren ziehen lassen?

Mit Blick auf diese Fragen untersucht *Sophie Wittich* das meistgenutzte Kontrollinstrument: das parlamentarische Fragerecht. Dabei interessiert sie, welche rechtlichen Anforderungen Verfassung und Geschäftsordnung an Anfragebeantwortungen stellen, und ob diese in der Praxis eingehalten werden. Zunächst kommt die Autorin zum Ergebnis, dass Befragte verpflichtet sind, parlamentarische Anfragen zu beantworten; wollen sie das nicht, müssen sie dies substantiiert begründen. Anhand einer brisanten politischen Debatte – Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung – zeigt *Wittich* anschließend, dass das parlamentarische Fragerecht grundsätzlich ein sehr nützliches Werkzeug des Nationalrats sein kann. Verweigern Minister:innen die Beantwortung der Anfrage, begründen sie dies allerdings nur selten substantiiert.

Während Konflikte rund um die Beantwortung parlamentarischer Anfragen auf politischem Wege zu lösen sind, hat sich der Untersuchungsausschuss jüngst zunehmend in die rechtliche Sphäre verlagert. Zwei Faktoren spielen dabei eine maßgebliche Rolle: Zum einen wurde der Ablauf durch die Verfahrensordnung<sup>5</sup> verrechtlicht, zum anderen wurde der Verfassungsgerichtshof dazu berufen, über bestimmte Meinungsverschiedenheiten zu entscheiden. Wer bestimmt also, welche Daten dem Untersuchungsausschuss vorzulegen sind, fragt *Toni Dirlinger*. Intuitiv könnte man sofort den Verfassungsgerichtshof vor Augen haben. *Dirlinger* arbeitet allerdings heraus, dass im Konfliktfall auch andere eine entscheidungswesentliche Rolle spielen. Das eine Grenzorgan im Untersuchungsausschuss

---

<sup>5</sup> Verfahrensordnung für parlamentarische Untersuchungsausschüsse, Anlage 1 zum GOG-NR BGBl 1975/410 idF BGBl I 2021/63.

gebe es nicht. Vielmehr entschieden verschiedene Akteur:innen im Zusammenspiel, was dem Untersuchungsausschuss letztendlich vorgelegt wird.

Von diesem Kernbereich parlamentarischer Kontrolle wagen wir uns dann an ihren Rand vor, wo wir auf die Hilfsorgane des Nationalrats stoßen. Ebenso wie das Fragerecht und der Untersuchungsausschuss dienen Rechnungshof und Volksanwaltschaft unter anderem dazu, dem Parlament Informationen zu liefern: Ihre Kontrolle ist dabei allerdings nicht mehr rein politisch geleitet, sondern durch einen spezifischen Prüfauftrag und Prüfmaßstab gesteuert. Mit dieser Brille analysiert *Herbert Weißensteiner* die Gebarungskontrolle: Der Rechnungshof soll Nationalrat und Landtage bei der finanziellen Kontrolle der Staatsfinanzen unterstützen und prüfen, ob der Staat wirtschaftlich, sparsam und zweckmäßig mit dem Staatshaushalt umgegangen ist. Manche Rechtsträger – wie die Kammern – soll der Rechnungshof hingegen nur eingeschränkt prüfen, um ihre Autonomie nicht zu gefährden. *Weißensteiner* vergleicht die Standardprüfung mit den Sonderfällen und erkennt zweierlei: Die drei verfassungsrechtlichen Prüfparameter seien nicht untrennbar verflochten sondern hätten grundsätzlich jeweils einen eigenständigen Sinn und Zweck. In der Praxis jedoch flössen ihre Grenzen ineinander, weshalb die faktischen Auswirkungen der Maßstabseinschränkung vernachlässigbar seien.

*Martin Hiesel* widmet sich sodann dem zweiten Hilfsorgan des Nationalrats zur Kontrolle der Verwaltung: der Volksanwaltschaft. Zwar ist sie in Ausübung ihres Amtes auch gegenüber dem Parlament unabhängig. Gleichwohl existierten, so *Hiesel*, zwischen Volksanwaltschaft und Parlament vielfältige, enge Beziehungen. Insbesondere versorge sie Nationalrat und Bundesrat mit Informationen über die Vollzugspraxis. Mit ihren regelmäßigen Berichten zeige die Volksanwaltschaft etwa gesetzlichen Reformbedarf auf. Zudem mache sie auf Verwaltungsmissstände aufmerksam, die Nationalrat und Bundesrat veranlassen können, Instrumente parlamentarischer Kontrolle einzusetzen. So leiste die Volksanwaltschaft einen wichtigen Beitrag zur parlamentarischen Arbeit.

Funktionsweise, Aufgabe und Relevanz der Parlamentarischen Bundesheerkommission geht *David Schneeberger* nach. Dieses – in der öffentlichen Wahrnehmung – eher ungewöhnliche und unbekanntes Organ ist tatsächlich eine der ältesten Einrichtungen parlamentarischer Kontrolle. Den Autor interessiert zunächst, wie sich die Parlamentarische Bundesheerkommission historisch entwickelt hat; aus der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Bundesheerkommission lassen sich bis heute relevante Grundsätze für die parlamentarische Kontrolle ableiten. Außerdem untersucht *Schneeberger*, welchen Eigenwert die Parlamentarische Bundesheerkommission gegenwärtig noch hat, insbesondere angesichts der umfangreichen Zuständigkeiten der Volksanwaltschaft.

Abschließend schwenkt die Perspektive auf eine Grenzgängerin parlamentarischer Kontrolle: die Staatsanwaltschaft. *Julia Innerhofer* untersucht, wie parlamentarische Kontrolle einer Einrichtung funktionieren kann, die nicht (mehr) als Verwaltungsorgan gilt: Seitdem die Staatsanwaltschaft der Gerichtsbarkeit zugeordnet wird, ist eine parlamentarische Kontrolle nur noch eingeschränkt und mittelbar über die Justizministerin möglich. *Innerhofer* beleuchtet sodann die geplante Schaffung einer (unabhängigen und weisungsfreien) Bun-

desstaatsanwaltschaft und fragt, welches Bedürfnis hinter der weiterhin vorgesehenen parlamentarischen Kontrolle der neuen Weisungsspitze steht und wie diese ausgestaltet sein soll. Die Autorin kommt zum Schluss, dass die Staatsanwaltschaft schon umfassend von Gerichten kontrolliert wird. Damit kein „demokratiefreier Raum“ entsteht, solle aber weiterhin eine parlamentarische Kontrolle vorgesehen sein.

Die parlamentarische Kontrolle charakterisiert sich durch die Vielfalt ihrer Instrumente, die unterschiedliche Aspekte des Verwaltungshandelns ins Visier nehmen und daher auch mit unterschiedlichen Kontrollmaßstäben operieren. Obwohl die Kontrollmechanismen mannigfaltig sind, lassen sich gewisse Gemeinsamkeiten ausmachen. Insbesondere eint sie eine weite Perspektive, die eine vergleichsweise umfassende Kontrolle nach diffusen Parametern ermöglicht. Parlamentarische Kontrolle ist insofern besonders flexibel. Anders als die rechtliche Kontrolle setzt die parlamentarische typischerweise nicht auf bindende Entscheidungen im Einzelfall. Vielmehr zielt sie darauf ab, umfassend Informationen zu generieren. Aus diesen kann sich dann parlamentarisches Misstrauen speisen, das gerade nicht auf bestimmte Gründe beschränkt ist. Die Funktion der Informationsgewinnung erschöpft sich darin jedoch nicht. Dass das „schärfste Schwert“ des Parlaments in aller Regel nicht gezogen wird, tut ihrer Bedeutung daher auch keinen Abbruch. So ist bereits das Parlament selbst ganz generell auf diese Informationen angewiesen, sei es bei der Gesetzgebung, sei es bei der Mitwirkung an der Vollziehung. Die Informationen adressieren aber nicht nur die Abgeordneten, sondern ebenso die Öffentlichkeit. Sie fördern Transparenz und Rechenschaft in der Verwaltungsführung und tragen dazu bei, die Grundvoraussetzungen für einen informierten Wahlakt zu gewährleisten. Kurzum: Die Demokratie lebt von ihnen.

Vor diesem Hintergrund sind auch die aktuell wiederbelebten Bestrebungen nach Informationsfreiheit zu verstehen: Künftig sollen Bürger:innen selbst die Initiative ergreifen können und gestützt auf das Grundrecht auf Informationsfreiheit zu Agent:innen der Transparenz werden.<sup>6</sup> Damit wird die parlamentarische Informationsgewinnung um ein individuelles Moment ergänzt. Doch während das grundrechtliche Informationsbegehren primär vom Einzelinteresse getragen ist, bleibt die parlamentarische Kontrolle dem öffentlichen Interesse verpflichtet. Und schon das macht sie auch in Zukunft unverzichtbar.

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

MMag.<sup>a</sup> Hanna Palmanshofer, BA ist Universitätsassistentin (prae doc) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; [hanna.palmanshofer@univie.ac.at](mailto:hanna.palmanshofer@univie.ac.at)

Mag. Lukas Tschernjak, BA ist Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum*; [lukas.tschernjak@univie.ac.at](mailto:lukas.tschernjak@univie.ac.at)

Dr.<sup>in</sup> Antonia Wagner ist Referentin im Rechts-, Legislativ- & Wissenschaftlichen Dienst der Parlamentsdirektion und Redaktionsmitglied des *juridikum*, die hier vertretenen Ansichten spiegeln die persönliche Meinung der Autorin wieder; [antonia.wagner@parlament.gv.at](mailto:antonia.wagner@parlament.gv.at)

---

6 RV 2238 BlgNR 27. GP.

# Politische und parlamentarische Kontrolle: zwei Seiten einer Medaille?<sup>1</sup>

Alice Pohl

---

## 1. Einleitung

Die rechtswissenschaftlichen Begriffe „parlamentarische Kontrolle“ und „politische Kontrolle“ sind eng miteinander verbunden. Mitunter werden sie synonym verstanden.<sup>2</sup> Das positive Verfassungsrecht kennt weder den einen noch den anderen Begriff. Die Verfassung spricht nur allgemein von „Kontrolle“<sup>3</sup> und bezeichnet damit vielfältige Phänomene.<sup>4</sup> Der verfassungsgesetzliche Kontrollbegriff allein gibt daher keine Auskunft über die jeweils maßgeblichen Kontrollgegenstände, -maßstäbe, -mittel oder -wirkungen. Um diese Kontrollbegriffsvielfalt aufzufächern, unterscheidet die Rechtswissenschaft etwa Normenkontrolle, Verwaltungskontrolle, Regierungskontrolle, parlamentarische Kontrolle, Rechnungshofkontrolle, gerichtliche Kontrolle, Volksanwaltschaftskontrolle, rechtliche Kontrolle, finanzielle Kontrolle und politische Kontrolle.<sup>5</sup> Die wenigsten dieser Begriffe werden dabei einer Definition zugeführt, vielmehr wird regelmäßig ein bestimmtes Begriffsverständnis vorausgesetzt.

Dieser Beitrag versucht dies für die Begriffe „politische Kontrolle“ und „parlamentarische Kontrolle“ zu ändern und ein zweckmäßiges Verständnis zu entwickeln, das diese voneinander abgrenzt, zugleich aber deren enge Beziehung betont. Zu diesem Zweck wird zunächst überblicksmäßig das Verständnis von politischer Kontrolle in der Lehre dargestellt. In einem nächsten Schritt wird ausgehend von den Zielen der dabei identifizierten Kontrollinstrumente untersucht, inwiefern politische Kontrolle maßstabsgebunden ist. Abschließend werden politische und parlamentarische Kontrolle aus dem Blickwinkel des Kontrollmaßstabes voneinander abgegrenzt.

---

1 Der vorliegende Beitrag beruht auf dem laufenden Dissertationsvorhaben der Autorin.

2 Etwa Neisser, Die Kontrolle der Verwaltung, in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre (2006) 381 (384 ff).

3 Dazu zählen auch Begriffe derselben Wortfamilie. Wie sich mitunter aus Art 52 B-VG (Abs 1: „die Geschäftsführung der Bundesregierung zu überprüfen“; Abs 2: die „Kontrollrechte gemäß Abs. 1“) und aus Art 127a Abs 1 B-VG (Aufgabe des Rechnungshofes erst „Kontrolle“, dann „Überprüfung“) ablesen lässt, versteht der Verfassungsgesetzgeber die Begriffe „Kontrolle“ und „Überprüfung“ synonym. Vgl *Schmidlechner*, Rechtsschutzergänzende Einrichtungen in Österreich (2019) 90.

4 Ähnlich der Befund zum deutschen Verfassungsrecht: *Krebs*, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen (1984) 2.

5 Zu den mannigfaltigen Möglichkeiten der Kategorisierung grundlegend *Krebs*, Kontrolle 2 mwN.

## 2. Politische Kontrolle

Vorrangig nutzt die Lehre die Kontrolltrias aus rechtlicher, finanzieller und politischer Kontrolle.<sup>6</sup> Den Begriff „politische Kontrolle“ definiert sie dabei nicht eigens,<sup>7</sup> sondern fasst regelmäßig die Kontrollinstrumente des Interpellationsrechts (Art 52 Abs 1 B-VG),<sup>8</sup> des Resolutionsrechts (Art 52 Abs 1 B-VG), des Untersuchungsrechts (Art 53 B-VG) sowie des Misstrauensvotums (Art 74 B-VG) darunter zusammen.<sup>9</sup> Mitunter wird die Tätigkeit der Volksanwaltschaft,<sup>10</sup> selten auch jene des Rechnungshofes,<sup>11</sup> zur politischen Kontrolle gezählt.<sup>12</sup>

Die der politischen Kontrolle regelmäßig zugerechneten Instrumente eint unter anderem, dass der Verfassung kaum konkrete Vorgaben zu deren Ausübung zu entnehmen sind.<sup>13</sup> So legt die Verfassung – anders als bei jenen, die zur finanziellen oder rechtlichen Kontrolle gezählt werden –,<sup>14</sup> keinen heranzuziehenden Prüfungsmaßstab fest.

Die meisten Beiträge zur politischen Kontrolle werfen die Frage nach dem maßgeblichen Prüfungsmaßstab gar nicht auf. Nur vereinzelt finden sich dazu in der Lehre Einschätzungen, die als exemplarische Darstellungen möglicher Kontrollmaßstäbe zu verstehen sind. Von *Grabenwarter/Holoubek* werden „die Rechtmäßigkeit [...], aber vor allem auch die Zweckmäßigkeit“ als mögliche Prüfungsmaßstäbe genannt.<sup>15</sup> *Adamovich/Funk* neh-

6 Statt vieler *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss<sup>11</sup> Rz 497; oder Gliederung bei *Schambeck*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 511–596.

7 *Neisser* in *Kneibls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (17. EL, 2016) Art 53 B-VG Rz 7.

8 Zum Interpellationsrecht siehe auch den Beitrag in diesem Heft von *Wittich*, Die substantiierte Begründungspflicht bei der Nichtbeantwortung parlamentarischer Anfragen, 483.

9 *Kelsen/Fröhlich/Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 137–139; *Merkel*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 365; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2022) Rz 272 iVm 1053; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>11</sup> (2015) Rz 500 ff; *Berka*, Verfassungsrecht<sup>8</sup> (2021) Rz 572 f. Teile der Lehre sehen das Misstrauensvotum nicht als Instrument, sondern als Folge politischer Kontrolle an, etwa *Ermacorora*, Die politische Kontrolle der Verwaltung, in *Ermacorora/Winkler/Koja/Rill/Funk* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, in FS Antonioli (1979) 531 (535); *Neisser* Die Kontrollfunktion des Parlaments, in *Schambeck* (Hrsg), Österreichs Parlamentarismus – Werden und System (1986) 651 (666).

10 *Ermacorora*, Die politische Kontrolle, in *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 511 (537). S dazu den Beitrag in diesem Heft von *Hiesel*, Parlamentarische Kontrolle und Volksanwaltschaft, 521.

11 Mit dem Prüfungsmaßstab des Rechnungshofes beschäftigt sich auch der Beitrag in diesem Heft von *Weißensteiner*, Der Prüfungsmaßstab auf dem Prüfstand, 510.

12 *Neisser* in *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* 384 ff; aA *Koja*, Die politische Kontrolle der Vollziehung durch das Parlament, in *Khol* (Hrsg), Macht und Kontrolle (1979) 63 (64).

13 „Der politischen Verwaltungskontrolle sind in Bezug auf den Gegenstand und das Ziel keinerlei Schranken gesetzt“: *Merkel*, Verwaltungsrecht 364 f.

14 Siehe zB Art 127b Abs 1 S 2 B-VG: „die ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften, ferner [...] Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit“. Bei rechtlicher Kontrolle wird der im Gesetzesbestand bestehende Maßstab regelmäßig negativ positiviert. So erkennt beispielsweise das Verwaltungsgericht auf „Rechtswidrigkeit“ (Art 130 Abs 1 Z 1 u Z 2 B-VG) oder der VfGH auf „Verfassungswidrigkeit“ (Art 140 Abs 1 B-VG).

15 *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> Rz 1053.

men in einer älteren Version ihres Lehrbuches auf „politische Maximen“<sup>16</sup>, *Ermacora* auf die „politisch vorgegebenen Grundsätze“ sowie auf „Rechts- und Verfassungsgrundsätze“ Bezug.<sup>17</sup>

## 2.1. Kontrollziele

Analysiert man die Kontrollinstrumente, wird deutlich, dass sie zentrale demokratische Ziele verfolgen. Sie dienen unter anderem der Missbrauchsverhütung, der Machtbegrenzung sowie der Legitimation des Verwaltungshandelns.<sup>18</sup> Die Verwaltung erfährt ihre demokratische Rückkoppelung maßgeblich durch ihre Parlamentsabhängigkeit.<sup>19</sup> Diese zeigt sich zum einen im Legalitätsprinzip, wonach der demokratisch legitimierte Gesetzgeber das Handeln der Verwaltung inhaltlich vorzeichnet, und zum anderen im Misstrauensvotum, welches dem Gesetzgeber die Möglichkeit zur Abberufung der Regierung(smitglieder) einräumt.<sup>20</sup> Das Misstrauensvotum kann seine Legitimationsfunktion nur dann zweckmäßig erfüllen, wenn der Nationalrat über Informationen zur Verwaltungsführung verfügt.<sup>21</sup> Weil für die Verwaltung aber nach derzeitiger<sup>22</sup> Rechtslage kein Öffentlichkeitspostulat besteht und diese folglich vorwiegend nicht-öffentlich handelt,<sup>23</sup> ist der Gesetzgeber für entscheidungsrelevante Informationen maßgeblich auf die Instrumente politischer Kontrolle angewiesen.<sup>24</sup> Wenngleich der Nationalrat sein Vertrauen auch ohne Grund entziehen kann,<sup>25</sup> ist davon auszugehen, dass die Verfassung hierfür bestimmte Situationen vor Augen hatte: Grundlegende politische Wertverschiebungen oder misstrauensbegründende Umstände. Um solche Umstände ans Licht zu bringen, sind die politischen Kontrollinstrumente zwar gewiss nicht der einzige Weg, aber doch ein zentraler.<sup>26</sup>

16 *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1987) 428.

17 *Ermacora* in *Schambeck* 511.

18 Vgl. *Winkler*, Das österreichische Konzept der Gewaltentrennung in Recht und Wirklichkeit, *Der Staat* 1967, 293 (298, 303); *Nödl*, Parlamentarische Kontrolle (1995) 19; *Eichenberger*, Die Kontrolle der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in *Khol* (Hrsg.), Macht und Kontrolle (1979) 19 (23–25); *Oberndorfer* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (3. EL, 2000) Art 1 B-VG Rz 16.

19 *Rill/Schäffer* in *Kneibs/Lienbacher* (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (6. EL, 2010) Art 1 B-VG, Art 1 B-VG Rz 44; *Oberndorfer* in *Korinek/Holoubek* Bundesverfassungsrecht Art 1 B-VG Rz 2.

20 *Rill/Schäffer* in *Kneibs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 1 B-VG Rz 21, 50; *Rill* in *Kneibs/Lienbacher* (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (1. EL, 2001) Art 18 B-VG Rz 1.

21 Vgl. *Pabel* in *Kneibs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 52 B-VG Rz 8; Öffentlichkeit als „Nährboden der Demokratie“; *Pernthaler*, Das Problem der Öffentlichkeit der öffentlichen Verwaltung, in *Funk/Klecatsky/Loebensteiner/Mantl/Ringhofer* (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels, in *FS Adamovich* (1992) 544 (545).

22 Zur geplanten Abschaffung des Amtsgeheimnisses gem Art 20 Abs 3 B-VG: siehe 95/ME 27. GP.

23 *Pernthaler* in *FS Adamovich* 544 (547 f).

24 Vgl. *Pabel* in *Kneibs/Lienbacher* (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. EL, 2014) Art 52 B-VG Rz 8.

25 „Blitz aus heiterem Himmel“: *Welan*, Die Lehre von der Gewaltentrennung und das B-VG, *ÖJZ* 1970, 449 (563).

26 Selbst vor dem ersten erfolgreichen Misstrauensvotum der Zweiten Republik aus Anlass des sog Ibiza-Videos (237/UEA 26. GP; NR 75/E 26. GP) wurde zunächst interpelliert (zB 3619/J 26. GP).

Die Instrumente politischer Kontrolle ermöglichen nicht nur dem Parlament, sondern (mittelbar, durch entsprechende Berichterstattung) auch dem legitimierenden Wahlvolk, sein strukturelles Informationsdefizit zu vermindern. So kann es sein Wahlrecht, den grundlegendsten Bestandteil des demokratischen Grundprinzips,<sup>27</sup> besser informiert und damit zweckmäßig ausüben. Politische Kontrolle ist dementsprechend nicht nur Korrektiv für die weitgehend fehlende Öffentlichkeit der Verwaltung, sondern notwendige Voraussetzung für die Effektivierung zentraler Aspekte des demokratischen Grundprinzips.<sup>28</sup> Damit die Kontrollinstrumente ihr Ziel erreichen können, muss die Schwelle für ihren Einsatz niedrig sein.

## 2.2. Maßstabslosigkeit

Politische Kontrolle ist maßstabsungebunden. Dies legt zunächst der Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen nahe. Obwohl der Verfassungsgesetzgeber die Kontrollinstrumente mehrfach modifizierte, nahm er dabei stets davon Abstand, einen Prüfungsmaßstab festzulegen.<sup>29</sup> Insbesondere zeigt sich der uneingeschränkte Kontrollmaßstab am freien Mandat der Parlamentarier:innen (Art 56 Abs 1 B-VG), das ihnen ein Agieren völlig frei von Aufträgen Dritter, wie der jeweiligen Partei oder einzelner Wähler:innen, ermöglicht.<sup>30</sup> Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist der Verfassung für die Kontrolltätigkeit nicht zu entnehmen. Vielmehr sind die Abgeordneten bei ihrer gesamten parlamentarischen Tätigkeit einzig ihrem eigenen politischen Gewissen unterworfen.<sup>31</sup> Dementsprechend können sie sich bei politischer Kontrolle auch auf jeden erdenklichen Prüfungsmaßstab stützen. Ihr Kontrollmaßstabsspektrum reicht sohin exemplarisch vom Willen der politischen Mehrheit bis hin zu jedem politischen Minderheitswillen. Auch der in Gesetzen (zumindest fiktional) widergespiegelte Mehrheitswille ist ein möglicher, aber eben kein zwingender Maßstab politischer Kontrolle. Die Verfassung erlaubt den Abgeordneten, die Instrumente rein politisch und damit völlig frei zu nutzen.

<sup>27</sup> Oberndorfer in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 1 B-VG Rz 16.

<sup>28</sup> Vgl Rill/Schäffer in Kneib/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht Art 1 B-VG Rz 20; Korinek, Kontrollprobleme, in Funk (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte: Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium (1981) (102; 104): „Demokratisch legitimierte Herrschaftsausübung muss daher stets auch demokratisch kontrollierte Herrschaftsausübung sein.“; Kontrolle als ein „Essentiale demokratischer Staatsordnung“.

<sup>29</sup> Siehe zB BGBl I 101/2014 als der Kontrollgegenstand von Untersuchungsausschüssen als „bestimmter abgeschlossener Vorgang im Bereich der Vollziehung des Bundes“ verfassungsgesetzlich präzisiert wurde.

<sup>30</sup> Berka, Verfassungsrecht<sup>8</sup> Rz 533.

<sup>31</sup> Berka, Verfassungsrecht<sup>8</sup> Rz 533; Wiederin, Die Rechtsstellung der Abgeordneten, JBl 2020, 601 (601) mwN; Grabenwarter/Frank, Bundes-Verfassungsgesetz (2020) Art 56 B-VG Rz 1; Wieser in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (3. EL, 2000) Art 56 Abs 1 B-VG (Rz 11) mwN; VfGH 12.12.1994, B 1839/94, B 1912/94 zum Mandat der Abgeordneten des Kärntner Landtages: „frei nach seinem[i:hrem] politischen Gewissen und im Interesse des gesamten Staatsverbandes“.

### 3. Keine politische Kontrolle durch Volksanwaltschaft und Rechnungshof

Die Instrumente politischer Kontrolle werden vom Parlament ausgeübt. Ein weit verstandener Parlamentsbegriff umfasst aber auch dessen Hilfsorgane (Rechnungshof und Volksanwaltschaft).<sup>32</sup> Fraglich ist daher, ob auch deren Kontrollinstrumente der politischen Kontrolle zugerechnet werden können.

Versteht man politische Kontrolle über ihre Maßstabslosigkeit, zählen weder die Tätigkeit der Volksanwaltschaft noch jene des Rechnungshofes dazu: Die Verfassung legt für die parlamentarischen Hilfsorgane nämlich Prüfungsmaßstäbe fest, die sie jeweils (mehr oder weniger) deutlich determiniert. Diese Maßstäbe erlauben es nicht, nach rein politischen Erwägungen zu entscheiden.<sup>33</sup>

Die volksanwaltschaftliche Prüfung knüpft an Missstände in der Verwaltung an (Art 148a Abs 1 B-VG). Darunter sind zunächst Rechtswidrigkeiten zu verstehen,<sup>34</sup> darüber hinaus aber auch fehlende Service- bzw Bürger:innenorientierung, wie etwa unfreundliches Verhalten.<sup>35</sup> Einen Raum für das Heranziehen politischer Wertungen eröffnet der Verfassungsgesetzgeber damit nicht, vielmehr sollten Lücken des bestehenden Rechtsschutzsystems geschlossen und eine Abkehr vom Obrigkeitsdenken Verwaltungsbediensteter eingeläutet werden.<sup>36</sup> Die Kontrolle durch die Volksanwaltschaft liegt damit zwischen rechtlicher und politischer Kontrolle. Der Prüfungsmaßstab geht zwar über eine Rechtmäßigkeitskontrolle hinaus, er ist aber – anders als jener der politischen Kontrolle – nicht unbegrenzt. Er ist (typologisch) darauf begrenzt, ob die Verwaltung empathisch (im Sinne von Billigkeit, Korrektheit, Raschheit) agiert.<sup>37</sup>

Deutlich determiniert sind die Maßstäbe der Kontrolle durch den Rechnungshof. Dieser zieht die ziffernmäßige Richtigkeit, die Übereinstimmung mit bestehenden Vorschriften, die Sparsamkeit, die Wirtschaftlichkeit und die Zweckmäßigkeit heran.<sup>38</sup> Dem Rech-

32 Den Begriff „Hilfsorgan“ nutzen schon *Kelsen/Fröhlich/Merkl*, Bundesverfassung 236.

33 Zwar sind weder die Volksanwaltschaft noch der Rechnungshof frei von politischen Einflüssen (zum Bestellmodus: Art 122 Abs 4 B-VG; Art 148g Abs 2 und 4 B-VG). Jedoch bemüht sich die Bundesverfassung an mehreren Stellen die (auch politische) Unabhängigkeit der Kontrollorgane und ihrer Organwalter:innen sicherzustellen (zB Art 122 B-VG, Art 125 und Art 126 B-VG; 148a Abs 6 B-VG).

34 Dass Menschenrechtsverletzungen (als größte Form der Rechtswidrigkeit) erst seit der Novelle BGBl I 1/2012 in Art 148a Abs 1 B-VG Erwähnung finden, ist als deklarative Klarstellung zu verstehen. *Hiesel*, Die Aufwertung der Volksanwaltschaft, in *Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht (2013) 229 (233f); ErläutRV 1515 BlgNR XXIV. GP, 7.

35 ErläutRV 94 BlgNR 14. GP, 4.

36 ErläutRV 94 BlgNR 14. GP, 4; Sten Prot BR, 360. Sitzung, 14. GP, 11926 f.

37 *Korinek* in *Funk* 101 (127); *Thienel/Leitl-Staudinger* in *Kneibls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (18. EL, 2017) Art 148a B-VG Rz 8.

38 Siehe zB Art 126b Abs 5 B-VG sowie in den Folgebestimmungen die für die verschiedenen Kontrollgegenstände des Rechnungshofes. Vgl *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. EL, 2001) Art 126b B-VG Rz 1.

nungshof kommt sohin eine umfassende finanzielle sowie rechtliche Kontrolle zu.<sup>39</sup> Seine Kontrolle bleibt aber immer maßstabsgebunden.<sup>40</sup>

Die Kontrolltätigkeiten des Parlaments (im engeren Sinne) und seiner Hilfsorgane sind aber eng miteinander verknüpft. Als besonders fachkundige Einrichtungen arbeiten Volksanwaltschaft und Rechnungshof dem Parlament zu.<sup>41</sup> Die regelmäßig vorzulegenden Berichte (Art 126b B-VG; 148d B-VG) können nicht nur Anlass für das Einleiten politischer Kontrollinstrumente sein, sondern – wie auch die Ergebnisse politischer Kontrolle selbst – Rechtssetzungsbedarf offenbaren.<sup>42</sup> Den Hilfsorganen kommt zwar die Aufgabe zu, zu prüfen und Berichte zu veröffentlichen; daran anknüpfende Sanktionen sind aber dem Parlament vorbehalten.<sup>43</sup>

#### 4. Fazit

Unter dem Begriff „politische Kontrolle“ werden nach dem hier vorgeschlagenen Begriffsverständnis all jene in der Verfassung vorgesehenen Kontrollmechanismen verstanden, die maßstabsungebunden sind und damit rein politisch genutzt werden können. Demgegenüber stellt der Begriff „parlamentarische Kontrolle“ auf den Kontrollträger, das Parlament, ab. Die beiden Begriffe sind nur unter Anwendung eines engen Parlamentsbegriffs deckungsgleich. Ordnet man dem Parlament dagegen auch dessen Hilfsorgane zu, so zeigt sich, dass der Begriff „parlamentarische Kontrolle“ weiter zu verstehen ist und auch Kontrollinstrumente mit deutlich determinierten Maßstäben umfasst. Die Kontrollinstrumente des Rechnungshofes und der Volksanwaltschaft erfüllen, wie auch die Kontrolle durch das Parlament im engeren Sinne, eine zentrale demokratische Funktion. Sie sind symbiotisch miteinander verknüpft und durch ihre Informationsgewinnungsfunktion jeweils nicht nur der Entfaltung der Rechtssetzungsfunktion der Legislative, sondern auch der demokratischen Legitimation der Exekutive dienlich.

Alice Pohl, LL.M. (WU), BSc (WU) ist Rechtspraktikantin im Sprengel des Oberlandesgerichtes Wien und Universitätsassistentin für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Sigmund Freud PrivatUniversität Wien; alice.pohl@jus.sfu.ac.at.

39 Vgl *Korinek*, Rechnungshofkontrolle im System der Kontrolle und Aufsicht über wirtschaftliche Unternehmungen, in *Korinek* (Hrsg), Die Kontrolle wirtschaftlicher Unternehmungen durch den Rechnungshof (1986) 121 (133).

40 *Baumgartner* in *Kneibls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. EL, 2014) Art 126b B-VG Rz 34; vgl *Funk* in *Korinek* 265 (277f).

41 *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 122 B-VG Rz 17.

42 Vgl ErläutRV 94 BlgNR 14. GP, 8.

43 Der verfassungsreale Gleichklang von Regierung und Parlamentsmehrheit bewirkt jedoch, dass eher mediales Aufgreifen von Ergebnissen der Hilfsorgane zu parlamentarischer Tätigkeit veranlasst als die Berichtsvorlage selbst. *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 122 B-VG Rz 3.

# Die substantiierte Begründungspflicht bei der Nichtbeantwortung parlamentarischer Anfragen

Am Beispiel der Anfragen zu Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung<sup>1</sup>

Sophie Wittich

---

## 1. Einleitung

Das parlamentarische Fragerecht zählt zu den wesentlichen politischen Kontrollrechten des Parlaments in einem gewaltentrennenden System. Es ermöglicht Nationalrat und Bundesrat unter anderem, die Tätigkeit der Bundesregierung oder eines ihrer Mitglieder mittels parlamentarischer Anfragen zu überprüfen. Gegenstand derartiger Anfragen sind oftmals die Ausgaben der Bundesregierung, da diese durch öffentliche Gelder finanziert werden und somit ein berechtigtes Interesse der Bevölkerung und deren direkt demokratisch legitimer Vertretung besteht, zu erfahren, wofür diese verwendet werden. In der Kritik stehen dabei in jüngster Zeit insb. hohe Ausgaben der Bundesregierung für Werbung und Öffentlichkeitsarbeit, welche missbilligend als „Kosten für die eigene Selbstinszenierung“<sup>2</sup> betrachtet werden.

Vor diesem Hintergrund werden im vorliegenden Beitrag zunächst die rechtlichen Anforderungen an Anfragen und Antworten dargelegt. Sodann werden jene schriftlichen parlamentarischen Anfragen an Mitglieder der Bundesregierung in den Blick genommen, die die Ausgaben der einzelnen Minister\*innen für Werbung und Öffentlichkeitsarbeit betreffen. Dabei wird eruiert, ob sich eine Systematik in der Ausübung des Fragerechts erkennen lässt. Zudem wird eine bestimmte Kategorie von Anfrageantwortungen dahingehend überprüft, ob diese einer substantiierten Begründungspflicht entspricht.

## 2. Rechtliche Grundlagen

Seine verfassungsrechtliche Grundlage hat das parlamentarische Fragerecht in Art 52 Abs 1 B-VG,<sup>3</sup> wonach Nationalrat und Bundesrat befugt sind, die „Geschäfts-

---

1 Herzlicher Dank gilt Univ.-Ass. MMag. Elio Dalpra, PhD für die wertvollen Anregungen und die Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrages.

2 So die Formulierung diverser parlamentarischer Anfragen zu diesem Thema (bspw: 7239/J-NR/2021; 10462/J-NR/2022; 13319/J-NR/2022; 14768/J-NR/2023).

3 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1 idF BGBl I 2022/222.

führung der Bundesregierung zu überprüfen, deren Mitglieder über alle Gegenstände der Vollziehung zu befragen und alle einschlägigen Auskünfte zu verlangen [...]“. Diese sehr allgemein gehaltenen Ausführungen zum schriftlichen („klassischen“) Interpellationsrecht im B-VG werden durch das Geschäftsordnungsgesetz des Nationalrates<sup>4</sup> (GOGNR) näher ausgestaltet.<sup>5</sup>

## 2.1. Reichweite des parlamentarischen Fragerechts

Schriftliche Anfragen können gem § 91 Abs 1 GOGNR an die Bundesregierung<sup>6</sup> oder eines ihrer Mitglieder<sup>7</sup> gerichtet werden. Gegenstand des Interpellationsrechts sind dabei die „Geschäftsführung der Bundesregierung“ sowie „alle Gegenstände der Vollziehung“.<sup>8</sup> Darunter sind alle Tätigkeiten der Verwaltung<sup>9</sup> bzw mit Regierungsaufgaben zusammenhängende Tätigkeiten, die dem Bund zugerechnet werden können, zu verstehen.<sup>10</sup> Somit auch jedenfalls Ausgaben der Bundesregierung für Werbung bzw Öffentlichkeitsarbeit. Inkludiert sind jedoch nicht nur jene Tätigkeiten, die die Bundesregierung bzw ihre Mitglieder selbst besorgen, sondern auch jene, die andere Organe setzen, die unter deren Leitung stehen.<sup>11</sup> Ausschlaggebend ist hierbei nach hL der sog „Ingerenzzusammenhang“, wonach nur jene Handlungen Gegenstand politischer Kontrolle sein können, auf die das kontrollierte Organ entsprechenden Einfluss hat.<sup>12</sup> Zulässig sind demnach auch parlamentarische Anfragen, die sich auf die Werbe- und PR-Ausgaben von Behörden beziehen, die den Minister\*innen unterstellt und diesen gegenüber weisungsgebunden sind.<sup>13</sup>

4 Bundesgesetz vom 4. Juli 1975 über die Geschäftsordnung des Nationalrates (Geschäftsordnungsgesetz 1975) BGBl 1975/410 idF BGBl I 2023/54.

5 Art 52 Abs 4 B-VG.

6 An die Bundesregierung sind Anfragen zu stellen, die sich auf die Tätigkeit als Kollegialorgan beziehen. Der Anfragebeantwortung ist ein Ministerratsbeschluss zugrunde zu legen, repräsentiert wird die Bundesregierung dabei von dem\*der Bundeskanzler\*in. Siehe: *Kabl in Korinek/Holoubek et al*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Art 52 Rz 31 mwN.

7 Aufgrund des Wortlautes „eines ihrer Mitglieder“ ist eine Anfrage, die an mehrere Mitglieder gleichzeitig gerichtet ist, nicht zulässig. Siehe hierzu: *Zögernitz*, Nationalrat-Geschäftsordnung<sup>4</sup> (2020) § 91 GOG Rz 4.

8 Siehe Art 52 Abs 1 B-VG sowie § 90 GOGNR.

9 *Kabl in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 25; *Konrath/Neugebauer in Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht (2021) Art 52 Rz 13 f.

10 *Szekulics/Noll*, Die Interpellation – Das parlamentarische Kontrollrecht (2018) 39 mwN.

11 *Kabl in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 25; *Schambeck*, Regierung und Kontrolle in Österreich (1997) 86.

12 *Kabl in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 26; *Konrath/Neugebauer in Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht (2021) Art 52 Rz 13 f; *Morscher*, Die parlamentarische Interpellation (1973) 222, 429 ff; *Raschauer*, Die Zulässigkeit der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf ausgegliederte Rechtsträger und Privatre vor dem Hintergrund der parlamentarischen Kontrolle, in *Bußjäger*, Parlamentarische Kontrolle und Ausgliederung (2009) 19 (28); *Nödl*, Parlamentarische Kontrolle – Das Interpellations-, Resolutions- und Untersuchungsrecht, in *Brünner/Mantl/Welan*, Studien zu Politik und Verwaltung (1995) 104; *Pabel in Kneibls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. Lfg, 2014) Art 52 Rz 33 ff. Kritisch zur „Ingerenz-Theorie“: *Szekulics/Noll*, Interpellation 101.

13 Möglich und in der Praxis üblich sind somit Anfragen an einzelne Minister\*innen hinsichtlich der Tätigkeit der ihren Ministerien zugeordneten und ihnen gegenüber weisungsgebundenen Staatssekretär\*innen [*Wieser in Korinek/Holoubek et al*, Bundesverfassungsrecht (9. Lfg 2009) Art 78 Abs 2 und 3 Rz 26 ff]. Anfragen an Staatssekretär\*innen

## 2.2. Antwortpflicht

Mit dem parlamentarischen Fragerecht korrespondiert nach hL eine materielle Antwortpflicht, was bedeutet, dass die befragte Bundesregierung bzw deren Mitglieder verpflichtet ist bzw sind, die ihnen gestellten Fragen inhaltlich zu beantworten und die entsprechenden Auskünfte zu erteilen.<sup>14</sup> Hierzu besteht bei schriftlichen parlamentarischen Anfragen gem § 91 Abs 4 GOGNR eine Frist von zwei Monaten. Jedoch sieht das GOGNR vor, dass die Erteilung einer Auskunft unterbleiben kann, wenn diese dem\*der Befragten *nicht möglich* ist.<sup>15</sup> Zwar enthält das GOGNR keine konkreten Angaben dazu, wann dies der Fall ist,<sup>16</sup> doch entspricht es der hL, dass diese Gründe eng ausgelegt werden und grds die faktische<sup>17</sup> oder rechtliche<sup>18</sup> Unmöglichkeit der Auskunftserteilung darunter subsumiert werden kann.<sup>19</sup> Anders sieht dies *Zögernitz*, der die Auffassung vertritt, dass es im Ermessen der Befragten liege, zu beurteilen, ob die Beantwortung der Anfrage möglich ist. Die Minister\*innen würden zudem „hinsichtlich der Gründe für eine Nichtbeantwortung einer Anfrage keiner Beschränkungen [unterliegen]“ und könnten demnach „allenfalls auch politische Gründe geltend machen“.<sup>20</sup> Dieser Auffassung wird hier nicht gefolgt, denn läge es im freien Ermessen der Minister\*innen, die Unmöglichkeit der Anfragebeantwortung festzustellen und könnten sich Minister\*innen aus jedem beliebigen (auch politischen) Grund der inhaltlichen Beantwortung entziehen, würde eine Antwortpflicht (und damit auch das parlamentarische Fragerecht selbst) ins Leere laufen.<sup>21</sup>

---

selbst sind hingegen nicht möglich [*Zögernitz*, Nationalrat-Geschäftsordnung (2020)<sup>4</sup> § 91 GOG Rz 4], da diese keine Mitglieder der Bundesregierung sind [*Autengruber* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht (2021) Art 78 B-VG Rz 13; *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 78 Abs 2 und 3 Rz 25].

14 *Kahl* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 36 f mwN; *Konrath/Neugebauer* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht (2021) Art 52 Rz 16; *Pabel* in *Kneibls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 37 f; *Kopetzki*, Antwortpflicht und Ministerzensur, JBl 1980, 561 (564); *Szekulics/Noll*, Interpellation 89 ff.

15 Siehe § 91 Abs 4 GOGNR.

16 *Kahl* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 37; *Zögernitz*, Nationalrat-Geschäftsordnung § 91 GOG Rz 15; *Kopetzki*, JBl 1980, 565.

17 Bspw kann die faktische Unmöglichkeit darin begründet sein, dass Daten nicht zur Verfügung stehen [*Konrath/Neugebauer* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht (2021) Art 52 Rz 16; *Pabel* in *Kneibls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 40; *Szekulics/Noll*, Interpellation 92].

18 Die rechtliche Unmöglichkeit der Beantwortung einer Anfrage kann sich etwa aus mangelnder Zuständigkeit bzw Ingerenz [*Konrath/Neugebauer* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht (2021) Art 52 Rz 16] oder aus rechtlichen Regelungen zum Datenschutz ergeben [*Kahl* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 40; *Kucsko-Stadlmayer*, Parlamentarische Kontrolle, Amtsverschwiegenheit und Datenschutz, in *Bußjäger*, Die Zukunft der parlamentarischen Kontrolle (2008) 93].

19 *Pabel* in *Kneibls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 40; *Szekulics/Noll*, Interpellation 92; *Konrath/Neugebauer* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht (2021) Art 52 Rz 16; *Kahl* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 37; *Kucsko-Stadlmayer*, Parlamentarische Kontrolle, Amtsverschwiegenheit und Datenschutz, in *Bußjäger*, Die Zukunft der parlamentarischen Kontrolle (2008) 93; *Gerlich*, Parlamentarische Kontrolle im politischen System – Die Verwaltungsfunktion des Nationalrates in Recht und Wirklichkeit, in *Winkler/Antoniolli*, Forschungen aus Staat und Recht (1973) 119; *Nödl*, Kontrolle 80.

20 *Zögernitz*, Nationalrat-Geschäftsordnung § 91 GOG Rz 15; siehe auch: *Schambeck*, Regierung 88.

21 Siehe auch: *Pabel* in *Kneibls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 41; *Konrath/Neugebauer* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 16.

### 2.3. Substantiierte Begründungspflicht

Aus dem Wortlaut des § 91 Abs 4 GOGNR lässt sich ableiten, dass die Nichterteilung der Auskunft zu *begründen* ist. Welche inhaltlichen Anforderungen an diese Begründungspflicht zu stellen sind, wurde bisher jedoch nicht geklärt. Es stellt sich somit die Frage, ob Verweise auf die faktische bzw rechtliche Unmöglichkeit ausreichen, um dieser Verpflichtung zu entsprechen. Zwar enthält § 91 Abs 4 GOGNR keine expliziten Angaben zur Spezifität der vorgebrachten Gründe, doch würde eine Begründungspflicht gerade dann ihren Sinn und Zweck verlieren, wenn bloße Verweise auf die Unmöglichkeit der Auskunftserteilung ausreichen würden. Denn das „Telos“ einer solchen kann nur darin liegen, Außenstehenden die Beurteilung zu ermöglichen, ob tatsächlich ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt. Dies aber kann nur eruiert werden, wenn im Einzelfall konkret (substantiiert) begründet wird, welche Umstände zur Unmöglichkeit der Auskunftserteilung führen.

Einer ähnlichen Argumentation folgt auch das deutsche BVerfG,<sup>22</sup> das gewisse Anforderungen an die Begründung der Nichtbeantwortung stellt. Dieses führt hierzu in stRsp aus, dass es Abgeordneten möglich sein müsse, aufgrund der geltend gemachten Begründung einzuschätzen, ob weitere rechtliche Schritte gesetzt werden sollen, um gegen die Anfragebeantwortung vorzugehen, oder nicht.<sup>23</sup> Zwar sind die in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehenen Möglichkeiten, gegen mangelhafte Anfragebeantwortungen vorzugehen, beschränkt und die Inanspruchnahme dieser Instrumente von einer politischen Mehrheit abhängig,<sup>24</sup> doch wird auch hier eine Entscheidung über die weitere Vorgehensweise nur dann konkret getroffen werden können, wenn die Gründe für die Nichterteilung der Auskunft entsprechend dargelegt werden. Welche Anforderungen somit an die Begründung der Auskunftsverweigerung zu stellen sind, wird in der Folge anhand konkreter Beispiele der untersuchten Anfragen und Beantwortungen dargelegt.

### 3. Parlamentarische Praxis

Im Folgenden werden die in der laufenden 27. Gesetzgebungsperiode bisher von Nationalratsabgeordneten zu Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung ergangenen

22 Dieses verfügt (im Unterschied zum VfGH in Österreich) über die Kompetenz, im Rahmen sog Organstreitverfahren nach Art 93 Abs 1 Nr 1 GG über Streitigkeiten hinsichtlich der Ausübung des parlamentarischen Fragerechts zu entscheiden. Siehe hierzu: *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht<sup>5</sup> (2021) Rz 1040 ff. Zu den verfahrensrechtlichen Besonderheiten siehe etwa: *Barczak* in *Barczak*, BVerfGG – Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz (2018) § 63–67 BVerfGG.

23 BVerfGE 124, 161 (193); 137, 185 (244); 139, 194 (231 f); 143, 101 (144); 146, 1 (48); 147, 50 (149).

24 Konkret besteht die Möglichkeit, den Beschluss zu fassen, die Beantwortung nicht zur Kenntnis zu nehmen (§ 92 Abs 3 GOGNR), der Bundesregierung oder einzelnen Mitgliedern das Misstrauen auszusprechen (Art 74 B-VG) oder eine Ministeranklage einzubringen (Art 142 Abs 2 lit b B-VG). Alle drei Vorgehensweisen bedürfen einer Zustimmung der Mehrheit der Nationalratsabgeordneten. Siehe hierzu: *Pabel* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 39, 42; *Szekulics/Noll*, Interpellation 93 f; *Konrath/Neugebauer* in *Kahl/Khazkadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 16; *Kopetzki*, JBl 1980, 566; *Gerlich*, Kontrolle 120, 125. Zu den Kompetenzen bzw Pflichten des\*der Präsident\*in des Nationalrates in diesem Zusammenhang siehe: *Kopetzki*, JBl 1980, 567 ff; *Szekulics/Noll*, Interpellation 94 ff.

schriftlichen parlamentarischen Anfragen gem § 91 GOGNR und die entsprechenden Beantwortungen in den Blick genommen und systematisiert.<sup>25</sup> Im Anschluss werden die dargelegten rechtlichen Maßstäbe an die untersuchten Anfragen angelegt.

### 3.1. Systematischer Überblick und Kategorisierung der Anfragen

Schriftliche parlamentarische Anfragen von Abgeordneten des Nationalrates, die Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung betreffen, lassen sich in zwei Bereiche gliedern. Die erste Kategorie bilden Anfragen, die an einzelne Minister\*innen ergehen und die konkrete Werbemaßnahmen betreffen.<sup>26</sup> Zu einer zweiten Kategorie lassen sich Anfragen zusammenfassen, mit denen in periodischen Abständen die Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung überprüft werden und die stets an alle Mitglieder der Bundesregierung einzeln gestellt werden.

Hinsichtlich dieser zweiten Kategorie von Anfragen kann wiederum differenziert werden zwischen Anfragen, die explizit die Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung betreffen und Anfragen, die zwar auch Werbeausgaben zum Gegenstand haben, aber einen spezifischeren Themenkreis umfassen (so etwa Anfragen zu „Zielgruppen und Werbeausgaben in sozialen Netzwerken und Online-Medien“,<sup>27</sup> „Spesen und Repräsentationsausgaben der Bundesregierung“<sup>28</sup> oder zur „Erbringung von Dienstleistungen“<sup>29</sup>). Dabei ist auffällig, dass sich der Inhalt dieser Anfragen oftmals überschneidet, was dazu führt, dass Minister\*innen in Anfragebeantwortungen häufig auf ähnliche, bereits beantwortete Anfragen verweisen. Dies wiederum hat teilweise sehr unübersichtliche Anfragebeantwortungen zum Ergebnis, deren Inhalt nur durch das Lesen verschiedenster Anfragebeantwortungen eruiert werden kann.<sup>30</sup> Eine derartige Beantwortungspraxis bedeutet, dass Informationen schwieriger zu erlangen und zu vergleichen sind, was geringere Transparenz zur Folge hat.

Jene Anfragen, die in periodischen Abständen spezifisch die Werbe- und PR-Ausgaben der Mitglieder der Bundesregierung in einem bestimmten Zeitraum betreffen, können wiederum in zwei Unterkategorien geteilt werden: Zum einen gibt es spezifische Anfragen, die halbjährlich bzw seit Beginn des Jahres 2022 quartalsmäßig<sup>31</sup> eingebracht wer-

---

25 In die Untersuchung eingeschlossen wurden schriftliche parlamentarische Anfragen, die bis zum 1.5.2023 eingegangen sind und von der Parlamentsdirektion veröffentlicht wurden.

26 Hierunter fallen bspw die parlamentarische Anfrage an den Bundeskanzler betreffend „Werbeausgaben für eine nicht-funktionierende App“ (3011/J-NR/2020) oder die parlamentarische Anfrage an den Bundesminister für Finanzen betreffend „Werbekampagne zur Steuerreform“ (10820/J-NR/2022).

27 Siehe etwa: 2684/J-NR/2020; 4779/J-NR/2021; 7209/J-NR/2021; 11506/J-NR/2022; 13339/J-NR/2022.

28 Siehe etwa: 2677/J-NR/2020; 4812/J-NR/2021; 9141/J-NR/2021; 12487/J-NR/2022; 14754/J-NR/2023.

29 Siehe etwa: 911/J-NR/2020; 3152/J-NR/2020; 7890/J-NR/2021; 10038/J-NR/2022; 14500/J-NR/2023.

30 Siehe hierzu bspw: 7214/AB; 7165/AB; 7203/AB; 8998/AB; 8950/AB; 8955/AB; 8983/AB; 11232/AB; 4773/AB; 4805/AB; 4779/AB; 4785/AB; 4811/J; 4792/AB; 10208/AB; 10229/AB; 11217/AB; 13789/AB; 13972/AB.

31 Die quartalsmäßige Abfrage der Werbe- und PR-Ausgaben setzt sich auch im Jahr 2023 fort; siehe hierzu statt aller: 14768/J.

den.<sup>32</sup> Zum anderen werden zusätzlich zu den Anfragen pro Quartal idR auch Anfragen gestellt, die sich auf die Ausgaben des gesamten vergangenen Jahres beziehen.<sup>33</sup> Manche der hierzu ergangenen Anfragebeantwortungen bestehen zur Gänze aus Verweisen auf die bereits erfolgten Beantwortungen der quartalsmäßigen Anfragen,<sup>34</sup> gelegentlich werden in diesen aber auch Ergänzungen vorgenommen<sup>35</sup> oder sogar redaktionelle Fehler vorangegangener Beantwortungen korrigiert.<sup>36</sup>

Die Vergleichbarkeit derartiger periodisch ergehender parlamentarischer Anfragebeantwortungen wird durch die unterschiedlichen Formate, in denen diese erfolgen, erschwert. Während manche Minister\*innen vorrangig mit Tabellen (in der Anfragebeantwortung selbst oder als Beilage)<sup>37</sup> arbeiten, werden andere Antworten mittels Fließtextes<sup>38</sup> oder einer Kombination aus beidem<sup>39</sup> erteilt. Zudem werden oftmals mehrere Fragen unter einem Punkt beantwortet, was erstens die Beurteilung erschwert, ob wirklich alle Fragen inhaltlich beantwortet wurden, und zweitens wiederum eine direkte Gegenüberstellung der Antworten verkompliziert, da je nach Minister\*in unterschiedliche Fragen zusammengefasst werden.<sup>40</sup>

### 3.2. Auskunftsverweigerung und substantiierte Begründungspflicht in der Praxis

Wie bereits unter 2.2. ausgeführt, kann die Auskunftserteilung bei Vorliegen einer entsprechenden Begründung verweigert werden. Ausgehend von der Lehrmeinung, wonach die Nichtbeantwortung parlamentarischer Anfragen nur bei (rechtlicher oder faktischer) Unmöglichkeit der Auskunftserteilung zulässig ist, wird in der Folge eine bestimmte Kategorie von Anfragebeantwortungen<sup>41</sup> untersucht und dabei eruiert, mit welchen Begrün-

32 Vor dem ersten Halbjahr 2021 ergingen Anfragen zu den „Werbe- und Informationsausgaben zwischen 03. Juni 2019 und 07. Jänner 2020“, die die Ausgaben der Minister\*innen der Regierung Bierlein betrafen (statt aller: 480/J-NR/2020), und Anfragen betreffend „den Vergleich der Ausgaben für Werbung und Öffentlichkeitsarbeit vor der Corona Krise und während der Corona Krise“ (statt aller: 1771/J-NR/2020). Zwar wurden diese Anfragen jeweils an alle Minister\*innen einzeln gestellt, doch fallen sie aufgrund der spezifischen Titel nicht unter die Kategorie der periodischen Anfragen.

33 Eine Ausnahme stellt das Jahr 2021 dar, in dem keine derartige parlamentarische Anfrage zu den Werbeausgaben der Bundesregierung im gesamten Jahr erging. Im Jahr 2020 lassen sich lediglich jene Anfragen in diese Kategorie einordnen, die „Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung im Jahr 2020“ (statt aller: 4815/J-NR/2021) betrafen. Jene Anfragen hingegen, die unter dem Titel „Werbeausgaben 2020“ (statt aller: 3548/J-NR/2020) ergingen, sind vor dem Hintergrund der Veröffentlichung der Medientransparenzdaten der ersten beiden Quartale zu sehen. Ziel dieser Anfrage war somit, zu eruieren, welche Kampagnen mit diesen Geldern finanziert und welche Agenturen/Medien beauftragt wurden.

34 Siehe für das Jahr 2022 bspw.: 13650/AB; 13947/AB; 13911/AB; 13969/AB.

35 Siehe für das Jahr 2022 bspw.: 13789/AB; 13871/AB; 13972/AB; 13942/AB.

36 13871/AB.

37 Siehe hierzu bspw.: 7193/AB; 8935/AB; 8959/AB; 10213/AB; 11270/AB; 12303/AB; 12976/AB; 13042/AB; 4815/AB.

38 Siehe hierzu bspw.: 464/AB; 498/AB.

39 Siehe hierzu bspw.: 472/AB; 582/AB; 4768/AB; 4773/AB; 4801/AB; 7155/AB; 7202/AB; 7179/AB; 8977/AB; 8998/AB; 8941/AB; 10178/AB; 10199/AB; 10216/AB; 10221/AB; 11209/AB; 12258/AB; 12210/AB; 12912/AB; 13017/AB.

40 Siehe bspw. zu den „Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung im ersten Halbjahr 2021“: 7177/AB, 7155/AB, 7203/AB, 7193/AB.

41 Aufgrund der Vielzahl an schriftlichen Anfragen, die in der laufenden 27. Gesetzgebungsperiode bereits zu Werbeausgaben der Bundesregierung ergangen sind, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf jene Anfragen, die in periodischen Abständen spezifisch die Werbe- und PR-Ausgaben der Mitglieder der Bundesregierung in einem bestimmten Zeitraum betreffen.

dungen eine Auskunft explizit verweigert wurde und wie diese Nichtbeantwortungen rechtlich zu bewerten sind.

### 3.2.1. Zu hoher Verwaltungsaufwand

Gelegentlich wurde die (genauere) Beantwortung einer Anfrage mit dem Argument verweigert, dass diese einen zu hohen Verwaltungsaufwand verursachen würde. Die genauen Formulierungen variierten hier, wobei etwa ein „enormer“<sup>42</sup> oder „exorbitanter“<sup>43</sup> Verwaltungsaufwand ins Treffen geführt wurde.<sup>44</sup> Somit wurde wohl argumentiert, dass die Auskunftserteilung nicht möglich sei, da eine Beschaffung der entsprechenden Informationen die Ressourcen des Ministeriums überschreiten würde. Ob dies einen Fall der faktischen Unmöglichkeit darstellt, ist fraglich. *Nödl* etwa verneint dies und vertritt die Ansicht, dass „äußerliche Schwierigkeiten“, worunter auch die Geltendmachung eines zu großen Arbeitsaufwandes falle, die Nichtbeantwortung gerade nicht rechtfertigen würden.<sup>45</sup> Ebenso sieht dies *Kopetzki*, der davon ausgeht, dass „der große Arbeitsaufwand, der allenfalls mit der Erteilung einer Anfragebeantwortung verbunden sein kann, für sich nicht mit deren Unmöglichkeit gleichzusetzen ist“.<sup>46</sup> *Szekulics/Noll* vertreten die Auffassung, dass eine Unmöglichkeit vorliegen würde, wenn die entsprechenden Informationen „nicht oder nur mit völlig unverhältnismäßigem Aufwand beschafft werden könnten“.<sup>47</sup>

Von einem enormen Arbeitsaufwand, der eine faktische Unmöglichkeit der Auskunftserteilung begründet, kann nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls erst dann ausgegangen werden, wenn die Informationsbeschaffung derartig ressourcenintensiv ist, dass es dem\*der Minister\*in bzw den Mitarbeiter\*innen des Ministeriums nicht mehr möglich ist, ihren sonstigen Aufgaben nachzukommen. Wann dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu beurteilen. Gerade deshalb können derartige Stehsätze, die lediglich auf einen zu hohen Verwaltungsaufwand verweisen, nicht ausreichen, um die Nichtbeantwortung zu begründen.<sup>48</sup> Einer substantiierten Begründungspflicht wäre somit nur dann entsprochen, wenn dargelegt wird, welcher Verwaltungsaufwand konkret zur Beschaffung der Informationen erforderlich wäre und inwiefern die dazu notwendigen Schritte unzumutbar wären. Nur so ist es außenstehenden Personen möglich, zu beurteilen, ob wirklich ein der faktischen Unmöglichkeit gleichzustellender massiver Verwaltungsaufwand vorliegt oder nicht.

---

42 Siehe bspw: 8933/AB; 10178/AB; 11196/AB; 12155/AB; 12949/AB.

43 Siehe bspw: 463/AB; 464/AB; 4777/AB; 7161/AB; 8933/AB; 10178/AB; 11196/AB; 12155/AB.

44 Ähnlich auch das Argument, dass „zwecks Vermeidung eines unvertretbar hohen Verwaltungsaufwands [...] von einer Durchsicht von Einzelpositionen abgesehen werden musste“. So etwa: 8985/AB; 12258/AB.

45 *Nödl*, Kontrolle 80.

46 *Kopetzki*, JBl 1980, 565.

47 *Szekulics/Noll*, Interpellation 92.

48 Dies gilt ebenso für das Argument, dass eine „separate Aufschlüsselung des ausschließlich auf ‚Öffentlichkeitsarbeit‘ entfallenen Teils nicht eindeutig erfolgen kann“. Siehe 13040/AB.

Zudem wäre auch denkbar, dass sich die Unmöglichkeit aufgrund des zu hohen Verwaltungsaufwand aus der Frist von zwei Monaten ergibt, innerhalb derer schriftliche parlamentarische Anfragen gem § 91 Abs 4 GOGNR zu beantworten sind. So könnte etwa der Verwaltungsaufwand an sich vertretbar, jedoch innerhalb der Frist nicht bewältigbar sein. Angesichts der Tatsache, dass eine Fristverlängerung im GOGNR nicht vorgesehen ist, könnten Befragte in derartigen Fällen die Auskunftserteilung aufgrund faktischer Unmöglichkeit verneinen. Um einer substantiierten Begründungspflicht zu entsprechen, müsste jedoch angegeben werden, dass sich die Unmöglichkeit gerade aus der Beantwortung innerhalb der Frist von zwei Monaten ergibt, weshalb dies der Fall ist und innerhalb welcher Frist eine Erteilung der Auskunft möglich wäre.

### 3.2.2. Geschäftsgeheimnisse und Verschwiegenheitspflichten

Eine weitere Begründung der Nichtbeantwortung stellte das Argument dar, dass gewisse „Vertragsdetails“ (konkret: Angaben zu Agenturhonoraren) Geschäftsgeheimnisse darstellen würden und somit nicht bekannt gegeben werden könnten.<sup>49</sup> Diese Begründung bezieht sich auf eine rechtliche Unmöglichkeit, was bedeutet, dass rechtliche Gründe (hier die rechtliche Verpflichtung zur Geheimhaltung von Vertragsdetails) der Auskunftserteilung entgegenstünden. Die Problematik ergibt sich dabei daraus, dass Anfragebeantwortungen grundsätzlich auf der Website des Parlaments veröffentlicht werden und Geschäftsgeheimnisse so einer breiten Öffentlichkeit preisgegeben werden könnten. Eine mögliche Kompromisslösung könnte darin liegen, diese Anfragebeantwortungen nicht auf der Website zu veröffentlichen, da hierzu keine rechtliche Verpflichtung besteht, sondern diese dem\*der Präsident\*in des Nationalrates gem § 14 Abs 8 GOGNR „anheimgestellt“ ist.<sup>50</sup> Dies allein verhindert jedoch noch nicht die Weitergabe von Informationen durch Abgeordnete. Eine Möglichkeit dies zu unterbinden, könnte jedoch in einer Klassifizierung nach dem Informationsordnungsgesetz (InfOG)<sup>51</sup> liegen, die die Abgeordneten zur Verschwiegenheit verpflichten würde.<sup>52</sup>

Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, ob einfachgesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen dem (verfassungsrechtlich ausgestalteten) parlamentarischen Fragerecht

49 Siehe bspw: 4805/AB; 7179/AB.

50 Siehe hierzu auch VfSlg 19.112/2010, wonach dem\*der Präsident\*in des Nationalrates die Entscheidung über die Veröffentlichung parlamentarischer Anfragen zukommt, was in der Folge auch für die Veröffentlichung von Anfragebeantwortungen gelten muss.

51 Bundesgesetz über die Informationsordnung des Nationalrates und des Bundesrates (Informationsordnungsgesetz – InfOG) BGBl I 2014/102.

52 Siehe auch die Rsp des deutschen BVerfG, wonach die Anwendung der Geheimschutzordnung ein taugliches Instrument sein kann, um einen Ausgleich zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Exekutive und dem Informationsinteresse des Parlaments zu finden [BVerfGE 67, 100 (135); 70, 324 (359); 124, 78 (124 f); 137, 185 (264); 146, 1 (43 f); 147, 50 (131)].

überhaupt entgegenstehen können.<sup>53</sup> Auch an dieser Stelle lohnt sich ein Blick auf die Rsp des deutschen BVerfG, das sich zu dieser Problematik wie folgt geäußert hat: Einfachgesetzliche und vertragliche Verschwiegenheitspflichten seien für sich genommen nicht geeignet, das verfassungsrechtlich garantierte parlamentarische Frage- und Informationsrecht zu beschränken.<sup>54</sup> Diese Argumentation stellt auf die Tatsache ab, dass das parlamentarische Fragerecht verfassungsrechtlich verankert ist und damit einen höheren Geltungsrang aufweist als einfachgesetzliche oder vertragliche Regelungen.<sup>55</sup> Es ist der Exekutive nach dieser Auffassung somit nicht möglich, sich durch zivilrechtliche Vereinbarungen oder einfache Gesetze der parlamentarischen Kontrolle zu entziehen.<sup>56</sup> Doch selbst wenn das Bestehen einfachgesetzlich bzw vertraglich normierter Verschwiegenheitspflichten einen Fall der rechtlichen Unmöglichkeit der Auskunftserteilung darstellen sollte, kann ein reiner Verweis auf Geschäftsgeheimnisse nicht ausreichen, um die Nichtbeantwortung zu begründen. Auch für das Erfordernis einer substantiierten Begründungspflicht ergeben sich jedoch im Zusammenhang mit Verschwiegenheitspflichten Besonderheiten, da Geheimhaltungsinteressen bereits einer detaillierten Begründung entgegenstehen können. So könnte bereits die Offenlegung der Erwägungen, die aus Sicht der Exekutive die Nichtbeantwortung rechtfertigen, dazu führen, dass geheime Informationen preisgegeben werden. Es wird somit in derartigen Fällen ein geringerer Maßstab an die Substantiiertheit der Begründung anzulegen sein. Jedenfalls wird jedoch darzulegen sein, woraus sich die Geheimhaltungspflicht im konkreten Fall ergibt (was also deren rechtliche Grundlage ist) und inwiefern diese der Beantwortung der konkreten Frage(n) entgegensteht. Auch in Hinblick auf die Begründung der Nichtbeantwortung könnte eine Klassifizierung nach dem InfOG eine Möglichkeit bieten, einen Ausgleich zwischen Geheimhaltungs- und Informationsinteressen zu schaffen.

### 3.2.3. Mangelnde Zuständigkeit

Aufgrund der regelmäßigen Änderungen des Bundesministeriengesetzes (BMG)<sup>57</sup> kam es zudem dazu, dass Auskünfte mit der Begründung verweigert wurden, dass die gestellten

---

53 Die Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist, sofern sie nicht etwa unter den Datenschutz oder die Amtsverschwiegenheit subsumiert werden kann [siehe hierzu etwa: *Bußjäger*, Parlamentarische Kontrolle bei Bund und Ländern im Spannungsfeld öffentlich-rechtlicher Verschwiegenheitspflichten, in *Bußjäger*, Parlamentarische Kontrolle und Ausgliederung (2009) 7 ff] nicht verfassungsrechtlich verankert.

54 2 BvE 2/11 Rz 213.

55 *Schwill*, Die Begrenzung des parlamentarischen Anfragerechts durch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie Verschwiegenheitsregelungen, NVwZ 2019, 109 (113).

56 *Poschmann*, Anm. zu BVerfG, Urt. V. 7.11.2017 – 2 BvE 2/11, NVwZ 2018, 71 (71). *Poschmann* zeigt dabei auf, dass einfache Gesetze zwar von einer parlamentarischen Mehrheit getragen sind, die parlamentarische Kontrolle jedoch gerade ein Recht der Opposition darstellt und somit einfache Gesetze dieses Informationsrecht der parlamentarischen Minderheit nicht ausschalten können, soll diesem nicht der Sinn genommen werden.

57 Bundesgesetz über die Zahl, den Wirkungsbereich und die Einrichtung der Bundesministerien (Bundesministeriengesetz 1986 – BMG) BGBl 1986/76.

Fragen nicht Gegenstand des Vollzugsbereichs des\*der Ministers\*in seien.<sup>58</sup> Die damit geltend gemachte mangelnde Zuständigkeit stellt jedenfalls einen rechtlichen Grund dar, der der Beantwortung von Anfragen entgegensteht.<sup>59</sup> Im Falle der Offensichtlichkeit der Unzuständigkeit, wird ein Verweis auf die konkret zu bezeichnenden rechtlichen Grundlagen ausreichend sein. Wenn in den untersuchten Anfragebeantwortungen die Unmöglichkeit der Auskunftserteilung somit mit Änderungen des BMG begründet und auf die konkret einschlägigen rechtlichen Regelungen in der entsprechenden Fassung verwiesen wurde, ist hiermit bereits einer substantiierten Begründungspflicht entsprochen.<sup>60</sup> Lediglich in komplexen Fällen, in denen eine Beurteilung der Zuständigkeitsfrage nicht bereits aus den rechtlichen Grundlagen möglich ist, wird es weitergehende Ausführungen brauchen, um die mangelnde Zuständigkeit ausreichend zu begründen.

#### 4. Conclusio

Das parlamentarische Fragerecht stellt in der Theorie ein nützliches Werkzeug dar, um Informationen über die Werbe- und PR-Arbeit der Bundesregierung zu beschaffen und die entsprechenden Ausgaben der Bundesregierung zu kontrollieren. Dies kann jedoch nur erreicht werden, wenn die Befragten die rechtlichen Rahmenbedingungen einhalten und der Antwortpflicht entsprechen. Dies bedeutet aber auch, dass im Falle der Verweigerung der Beantwortung von Anfragen substantiiert darzulegen ist, welche konkreten Gründe zur Unmöglichkeit der Auskunftserteilung führen. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehenen Durchsetzungsmöglichkeiten für mangelhafte Anfragebeantwortungen einer parlamentarischen Mehrheit bedürfen. Aus diesem Umstand kann nämlich nicht geschlossen werden, dass es im Belieben der befragten Minister\*innen liegt, welche Anfragen sie beantworten bzw aus welchen Gründen sie die Anfragebeantwortung verweigern. Die Einhaltung der substantiierten Begründungspflicht kann somit nicht davon abhängen, ob diese auch (durch eine Minderheit des Nationalrates) durchgesetzt werden kann. Vielmehr stellt sie einen zentralen Aspekt des parlamentarischen Fragerechts dar, ohne den dieses wesentliche Kontrollinstrument droht, ins Leere zu laufen.

Die Kategorisierung der Anfragen zu Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung hat vor allem zwei Erkenntnisse hervorgebracht: Erstens hat die Untersuchung gezeigt, dass nicht nur explizit nach Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung gefragt wird, sondern auch andere Anfragen einen Bezug zu diesen aufweisen. Relevant ist dies aufgrund

---

<sup>58</sup> Siehe etwa: 580/AB; 9018/AB; 11273/AB; 12992/AB.

<sup>59</sup> *Konrath/Neugebauer in Kabl/Khakzadeh/Schmid*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 16; *Pabel in Kneibls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 52 Rz 40; *Nödl*, Kontrolle 80.

<sup>60</sup> Siehe etwa 580/AB: „Ich darf darauf hinweisen, dass ich nach den Bestimmungen des Bundesministeriengesetzes in der Fassung der Bundesministeriengesetz-Novelle 2020, BGBl. I Nr.8/2020, und der Entschließung des Bundespräsidenten vom 29. Jänner 2020, BGBl. II Nr. 18/2020, zur Beantwortung dieser parlamentarischen Anfrage nicht zuständig bin.“

der daraus resultierenden verminderten Transparenz der entsprechenden Anfragebeantwortungen: Auf die häufigen inhaltlichen Überschneidungen der Anfragen reagieren Minister\*innen idR mit Verweisen auf andere Anfragebeantwortungen. Gerade diese Verweise sind es, die der Übersichtlichkeit und Transparenz entgegenstehen und eine Überprüfung der Anfragebeantwortungen erheblich erschwert. Zudem hat die Systematisierung gezeigt, dass nicht nur nach spezifischen Werbeaufwendungen gefragt wird, sondern auch in periodischen Abständen Anfragen ergehen, die dazu dienen, die Werbe- und PR-Ausgaben der Bundesregierung kontinuierlich zu überprüfen. Dies dient dem Zweck, die Entwicklung dieser Ausgaben nachvollziehen zu können und Unterschiede zwischen den Vorgehensweisen der einzelnen Ministerien sichtbar zu machen. Auch hier zeigen sich jedoch Defizite in der Beantwortungspraxis, die diesem Ziel entgegenstehen: Die unterschiedlichen Formate, in denen Beantwortungen ergehen und das Zusammenfassen mehrerer Fragen zu einem Punkt erschwert wiederum die Vergleichbarkeit der erteilten Auskünfte.

Die inhaltliche Überprüfung einer bestimmten Kategorie von Anfragen hat zudem ergeben, dass je nach geltend gemachtem Auskunftsverweigerungsgrund höhere oder niedrigere Anforderungen an die Ausführlichkeit der Begründung zu stellen sind. Maßstab sind hierbei erstens die Nachvollziehbarkeit der Begründung und zweitens die Charakteristika des geltend gemachten Auskunftsverweigerungsgrundes. So ergeben sich etwa bei Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Besonderheiten aufgrund der zu wahrenen Geheimhaltungspflichten, die gemilderte Anforderungen an die substantiierte Begründung zur Folge haben können. Festzuhalten ist zudem, dass von den in den untersuchten Anfragebeantwortungen geltend gemachten Auskunftsverweigerungsgründen lediglich in den Fällen der mangelnden Zuständigkeit der substantiierten Begründungspflicht entprochen wurde, während dies bei der Geltendmachung von zu hohem Verwaltungsaufwand und Geschäftsgeheimnissen nicht der Fall war, da bei diesen lediglich allgemein auf diese Gründe verwiesen wurde, was keinesfalls einer substantiierten Begründungspflicht genügen kann.

Mag.<sup>a</sup> Sophie Wittich ist Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; [sophie.wittich@univie.ac.at](mailto:sophie.wittich@univie.ac.at)

# Grenzorgane für Informationsbegehren des Untersuchungsausschusses

Wer entscheidet, was dem Untersuchungsausschuss vorzulegen ist?

Toni Dirlinger

---

## 1. Informationsbegehren des Untersuchungsausschusses

Untersuchungsausschüsse (kurz UA) sind ein wesentliches Instrument parlamentarischer Kontrolle und haben in der Zweiten Republik eine tragende Rolle bei der Aufklärung und Aufarbeitung politischer Vorgänge gespielt.<sup>1</sup> Seit der Novellierung des Untersuchungsausschussrechts<sup>2</sup> vor bald 10 Jahren ist das Enqueterrecht als Minderheitsrecht ausgestaltet.<sup>3</sup> Dadurch haben die seitdem eingesetzten Untersuchungsausschüsse<sup>4</sup> eine neue Dynamik erhalten, die wohl zugleich zu einer erhöhten Kontrolldichte wie auch einer gesteigerten Wahrnehmung als bloßes „Spektakel“ geführt hat.<sup>5</sup>

Für eine wirksame parlamentarische Kontrolle ist es unerlässlich, dass jeder UA über Informationen verfügt, die zum einen seine weiteren Untersuchungen stützen und zum anderen in seinem abschließenden Bericht veröffentlicht werden können.<sup>6</sup> Daten sind der „Lebenssaft jedes parlamentarischen Kontrollrechts“<sup>7</sup>. Zentral für ihre Erlangung ist die Möglichkeit, staatliche Organe dazu zu verpflichten, Akten und Unterlagen vorzulegen und Erhebungen durchzuführen (Art 53 Abs 3 B-VG). Diese Informationsbegehren sind die wichtigste Datenquelle des UA – nicht zuletzt, da sich Auskunftspersonen ihrer Aussage oft entziehen oder deren Befragungen durch zeitliche Begrenzungen gepaart mit weitwendigen Geschäftsordnungsdebatten an Effektivität einbüßen.

---

1 Vgl die Auflistung bei *Neisser in Kneiß/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar (17. Lfg 2016) Art 53 B-VG Rz 17.

2 B-VG-Novelle BGBl I 2014/101 und GOG-NR-Novelle BGBl I 2014/99.

3 Art 53 Abs 1 Satz 2 B-VG bestimmt, dass ein UA auch auf Verlangen eines Viertels der Nationalratsabgeordneten einzusetzen ist (das entspricht 46 Abgeordneten). Die Details regelt die VO-UA.

4 *Hypo* (2/A-USA 25. GP; 2015-16); *Eurofighter Typhoon I* (3/A-USA 25. GP; 2017); *Eurofighter Typhoon II* (2/A-USA 26. GP; 2018-19); *BVT* (3/A-USA 26. GP; 2018-19); *Ibiza* (2/A-USA 27. GP; 2020-21); *ÖVP-Korruption* (3/A-USA 27. GP; 2021-23).

5 Statt vieler der Befund bei *Berka*, *Verfassungsrecht*<sup>8</sup> (2021) Rz 576.

6 Die vom UA beschafften Informationen können den Nationalrat veranlassen, weitere parlamentarische Kontrollmaßnahmen einzuleiten. Damit erfüllt der UA eine ähnliche Funktion wie das Interpellationsrecht und die Hilfsorgane des Nationalrats. Dazu in diesem Heft *Wittich*, Die substantiierte Begründungspflicht bei der Nichtbeantwortung parlamentarischer Anfragen, 483; *Hiesel*, *Parlamentarische Kontrolle und Volksanwaltschaft*, 521; *Weißensteiner*, *Der Prüfungsmaßstab auf dem Prüfstand*, 510 und *Schneeberger*, *Die Parlamentarische Bundesheerkommission*, 531.

7 *Berka in ÖJT*, *Parlamentarische Untersuchungsausschüsse: Erfahrungen und Perspektiven* (2017) 15.

Die zur Vorlage aufgerufenen Organe (meist von der parlamentarischen Mehrheit gestützt<sup>8</sup>) sind jedoch oftmals alles andere als erpicht darauf, umfangreichen Beweisanforderungen (meist von Seiten der Minderheit) nachzukommen.<sup>9</sup> Zwar folgt aus der Vorlage nicht unmittelbar die Befugnis zur Veröffentlichung der erhaltenen Daten,<sup>10</sup> oft wird das öffentliche Interesse an der Veröffentlichung diese aber legitimieren – und auch die Kenntniserlangung nur durch die Mitglieder des UA kann unangenehm genug sein. Mitunter sind es enorme Datenmengen, die ihren Weg in den UA finden.<sup>11</sup> In den UA seit der Novellierung 2014 lässt sich der Trend ausmachen, dass auf der einen Seite Informationsbegehren zunehmend umfangreicher gefasst werden<sup>12</sup> und auf der anderen Seite vorlagepflichtige Organe immer öfter die Vorlage verweigern<sup>13</sup> – meist ohne Erfolg.<sup>14</sup>

## 2. Wer entscheidet, was dem Untersuchungsausschuss vorzulegen ist?

Uneinigkeiten darüber, ob einem Informationsbegehren stattzugeben ist, müssen im Endeffekt durch letztverbindliche Entscheidungen gelöst werden – verlangen also nach einem *Grenzorgan*,<sup>15</sup> das diese Entscheidungen trifft. Grundsätzlich ist der VfGH als dieses Grenzorgan vorgesehen. Nach Art 138b Abs 1 Z 4 B-VG entscheidet er in einem Organ-

- 
- 8 Dass sich im ÖVP-Korruptions-UA eine Regierungspartei als Minderheit wiederfand, ist eine interessante politische Entwicklung und mag im Hinblick auf die „Realverfassung“ verwundern – 2014 war es den Abgeordneten etwa noch als selbstverständlich erschienen, dass Mehrheit und Opposition ein Gegensatzpaar bilden (vgl etwa die Wortmeldung des Abgeordneten Kopf, dass „künftig die Minderheit des Hauses die Mehrheit [kontrolliert]“ in StenProtNR 25. GP 53. Sitzung 64). Die Konstellation ist wohl dem plakativ gewählten Untersuchungsgegenstand und der damit einhergehenden Einigkeit der vier anderen Fraktionen geschuldet. Dabei ist insb die politisch spannende Gratwanderung des Grünen Koalitionspartners zu beachten.
- 9 Zu dieser Dynamik *Samonig*, Die Rechtsprechung des VfGH zu Informationsersuchen von Untersuchungsausschüssen, JRP 2021, 111 (111 f).
- 10 VfGH 15.6.2014, UA 2, 4/2015 Rz 65 zur notwendigen Interessenabwägung zwischen öffentlichem Interesse an der Veröffentlichung und privatem Interesse an der Geheimhaltung.
- 11 Von 16 Millionen A4-Seiten im Hypo-UA spricht dessen Verfahrensrichter *Pilgermair* in ÖJT, Parlamentarische Untersuchungsausschüsse: Erfahrungen und Perspektiven (2017) 13.
- 12 Waren im Hypo-UA etwa noch ein einzelnes Schreiben, ein E-Mail und zwei Sitzungsprotokolle streitgegenständlich (VfGH 15.6.2014, UA 2, 4/2015), so wurden in jüngerer Vergangenheit Anträge auf Übermittlung vollständiger E-Mail-Postfächer oder Serverdaten gestellt (zB VfGH 10.5.2021, UA 4/2021).
- 13 In den UA *Hypo*, *Eurofighter Typhoon I* und *II* sowie *BVT* wurden insgesamt fünf Verfahren zur Durchsetzung von Informationsbegehren nach Art 138b Abs 1 Z 4 B-VG geführt. In den UA *Ibiza* und *ÖVP-Korruption* waren es 18 solche Verfahren.
- 14 Siehe aber Fn 42.
- 15 Der Begriff geht auf *Alfred Verdross* zurück, der mit Grenzorgan jenes „letzte“ Organ meinte, dem ein Verhalten vorgeschrieben aber keine Unrechtsfolge angedroht ist, das also eine Norm nur aus reiner (moralischer) Achtung vor der Norm beachtet (Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral [1950], abgedruckt in *Klecatsky/Marcic/Schambeck*, Die Wiener rechtstheoretische Schule [2010] 421 [422]). Heute wird als Grenzorgan idR einfach jenes Organ verstanden, das die letztverbindliche Entscheidung fällt und der Begriff gemeinhin zur Charakterisierung von Höchstgerichten verwendet (*Grabenwarter*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof, in *Bogdandy/Grabenwarter/Huber*, Handbuch Ius Publicum Europaeum VI – Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen [2016] § 102 Rz 117; *Schäffer*, Verfassungsgericht und Gesetzgebung, in FS Kojas [1998] 101 [102, 134]).

streitverfahren<sup>16</sup> über Meinungsverschiedenheiten betreffend die Verpflichtung, Informationen zur Verfügung zu stellen. Anhand von Beispielen aus Untersuchungsausschüssen der letzten Jahre wird nun gezeigt, welche anderen Akteure und Umstände entscheidend dafür sein können, ob bestimmte Daten letztendlich ihren Weg in den UA finden oder nicht.

Insbesondere wird das Verfahren UA 1/2021 zur Vorlage von E-Mail-Postfächern und Serverdaten jener Bediensteten des Finanzministeriums, die für das Beteiligungsmanagement des Bundes zuständig waren, behandelt, das im Frühjahr 2021 zur Einleitung eines Exekutionsverfahrens gemäß Art 146 Abs 2 B-VG gegen den damaligen Finanzminister Blümel führte.

## 2.1. Die Einsetzer:innen des Untersuchungsausschusses

Ob bestimmte Daten vorzulegen sind oder nicht, hängt in erster Linie davon ab, welchen *Untersuchungsgegenstand* der UA hat. Nach Art 53 Abs 2 Satz 1 B-VG muss der Gegenstand der Untersuchung ein „bestimmter abgeschlossener Vorgang im Bereich der Vollziehung des Bundes“ sein.<sup>17</sup> Der Untersuchungsgegenstand gibt einem UA nicht nur seinen jeweiligen „Namen“ sondern grenzt auch seine Tätigkeit ein: Die Beweisaufnahme hat „im Rahmen des Untersuchungsgegenstandes zu erfolgen“ (§ 22 Abs 1 VO-UA<sup>18</sup>); was nicht untersuchungsgegenständlich ist, ist nicht vorzulegen.<sup>19</sup> Bereits durch die Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes im Einsetzungsverlangen entscheidet sich somit, welche Informationen später zur Verfügung zu stellen sind. Die Berufung auf eine fehlende Untersuchungsgegenständlichkeit ist bisher der einzige Grund, der erfolgreich geltend gemacht wurde, um eine Vorlage zu vermeiden.<sup>20,21</sup>

Festgelegt wird der Untersuchungsgegenstand durch die Einsetzer:innen des UA, und zwar unabhängig davon, ob der UA durch die Mehrheit (§ 1 Abs 1 VO-UA) oder auf Verlangen einer Minderheit von 46 NR-Abgeordneten (§ 1 Abs 2 VO-UA) eingesetzt wird. In beiden Fällen ist die Auswahl des zu untersuchenden Vorgangs allein der *poli-*

16 Zum Begriff der Organstreitigkeit *Struth*, Organstreitigkeiten, in *Grabemwarter/Holoubek/Madner/Pausner*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zukunft – Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit (2021) 3 (5 ff); *Konrath*, Reform der Untersuchungsausschüsse und Überlegungen zur Einführung eines Organstreitverfahrens, Jahrbuch ÖR 2010, 25 (49 ff).

17 Dazu *Scholz*, Zum zulässigen Gegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse nach der Untersuchungsausschuss-Reform 2014, JRP 2015, 232; *Bezemek*, Zum Gegenstand von Untersuchungsausschüssen gemäß Art 53 Abs 2 B-VG, Jahrbuch ÖR 2020, 65.

18 Verfahrensordnung für Parlamentarische Untersuchungsausschüsse, Anlage 1 zum Geschäftsordnungsgesetz 1975 idF BGBl I 2014/99.

19 Vgl VfGH 3.3.2020, UA 1/2020 Rz 175. – Aus verfassungsrechtlicher bzw auf Art 53 Abs 3 B-VG beschränkter Sicht, wäre ein Zuviel an Information nicht zu beanstanden (vgl VfGH 25.9.2021, UA 6/2021 Rz 34); dies liefe aber unweigerlich den datenschutzrechtlichen Bestimmungen insb der DSGVO zuwider (unten Fn 46).

20 Abgesehen nur von den an nicht vorlagepflichtige Organe gerichteten Informationsbegehren, nämlich ausgegliederte Rechtsträger ohne hoheitliche Befugnisse (VfGH 1.7.2015, UA 5/2015 zur Kärntner Landes- und Hypothekbank-Holding und 1.7.2015, UA 6, 7/2015 zur Finanzmarkteteiligung AG).

21 Siehe sogleich unten 2.3. (insb Fn 42).

*tischen Wertung der Abgeordneten* anheimgestellt.<sup>22</sup> Der Antrag oder das Verlangen auf Einsetzung eines UA hat unter Angabe des Untersuchungsgegenstandes zu erfolgen (§ 1 Abs 5 VO-UA). Hierbei wird der Untersuchungsgegenstand genauer umschrieben, in Beweisthemen untergliedert und mit einer Begründung versehen.<sup>23</sup> Dem UA soll dadurch ein „hinreichend klar umrissenes Arbeitsprogramm“ vorgegeben werden.<sup>24</sup> Zwischen Verlangen und Einsetzung ist der – nach den parlamentarischen Mehrheitsverhältnissen zusammengesetzte – Geschäftsordnungsausschuss des Nationalrates zuständig. Der Geschäftsordnungsausschuss kann den beantragten Untersuchungsgegenstand nicht abändern (§ 3 Abs 4 VO-UA), jedoch das Einsetzungsverlangen für (teilweise) unzulässig erklären (§ 33 Abs 9 GOG-NR<sup>25</sup>; § 3 Abs 2 VO-UA). Tut er dies, kann die Einsetzungsminorität den VfGH zur Überprüfung seines Beschlusses anrufen (Art 138b Abs 1 Z 1 B-VG; § 4 Abs 3 VO-UA).<sup>26</sup>

## 2.2. Der Untersuchungsausschuss bzw die Minderheit in diesem

Noch vor der Einsetzung des UA fasst der Geschäftsordnungsausschuss den *grundsätzlichen Beweisbeschluss* (§ 3 Abs 5 VO-UA). Ist dieser in Anbetracht des Untersuchungsgegenstandes zu eng eingegrenzt, kann die Einsetzungsminorität den VfGH zur Feststellung über den hinreichenden Umfang des Beweisbeschlusses anrufen (Art 138b Abs 1 Z 2 B-V; § 24 Abs 4 VO-UA).<sup>27</sup>

Der grundsätzliche Beweisbeschluss verpflichtet Organe zur Vorlage von Akten und Unterlagen im Umfang des Untersuchungsgegenstandes (zB E-Mailverläufe von Ministerialbeamten) oder zur Durchführung von Erhebungen (zB die Auswertung von staatsanwaltschaftlich beschlagnahmten Chatverläufen). Verpflichtet werden können nach Art 53 Abs 3 B-VG alle Organe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen Selbstverwaltungskörper. Im grundsätzlichen Beweisbeschluss werden die vom konkreten Untersuchungsgegenstand betroffenen Organe bezeichnet und Modalitäten für die Aktenvorlage erläutert.<sup>28</sup>

---

22 VfGH 3.3.2020, UA 1/2020 Rz 167.

23 Vgl etwa das Verlangen auf Einsetzung des Ibiza-UA vom 11.12.2019 (1/U5 27. GP). Nach § 1 Abs 5 Satz 2 VO-UA ist eine inhaltliche Untergliederung in Beweisthemen zulässig, nicht aber eine Sammlung unzusammenhängender Themenbereiche.

24 VfGH 3.3.2020, UA 1/2020 Rz 174: Das Verlangen hat näher bestimmte Untersuchungsziele festzulegen, sowie die zu untersuchenden Themenbereiche, welche einen ausreichenden Zusammenhang mit dem Vorgang im Bereich der Vollziehung aufzuweisen haben.

25 Geschäftsordnungsgesetz 1975 idF BGBl I 2023/54.

26 Siehe VfGH 3.3.2020, UA 1/2020 zur Feststellung der unzulässigen, von „eigenständigen politischen Wertungen“ (Rz 200) getragenen Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes des von SPÖ und NEOS verlangten Ibiza-UA durch ÖVP und Grüne.

27 Das ist bisher noch nicht vorgekommen.

28 Vgl den grundsätzlichen Beweisbeschluss für den Ibiza-UA vom 22.1.2020 (AB 33 BlgNR 27. GP Anlage 2).

Während laufendem UA können *ergänzende Beweisanforderungen* an Organe gestellt werden (§ 25 VO-UA), in denen bestimmte Beweismittel bezeichnet werden.<sup>29</sup> Die Minderheit kann ihre Verlangen auf das Stellen solcher Beweisanforderungen wiederum vor dem VfGH durchsetzen (Art 138b Abs 1 Z 3 B-VG; § 25 Abs 4 VO-UA).

Die vorlagepflichtigen Organe haben grundsätzlichen Beweisbeschlüssen und ergänzenden Beweisanforderungen unverzüglich<sup>30</sup> zu entsprechen (§ 27 Abs 1 VO-UA) oder zu begründen, warum dies nicht oder nur teilweise geschehen ist (§ 27 Abs 3 VO-UA; zu den Ausnahmen von der Vorlagepflicht sogleich 2.3.). Ist der UA der Ansicht, ein Organ sei seiner Vorlage- bzw Begründungspflicht nicht ausreichend nachgekommen, kann er es auffordern, seiner aus Beweisbeschluss oder -anforderungen resultierenden Verpflichtung nachzukommen. Diese *Vorlageaufforderungen* können sowohl durch den UA (also dessen Mehrheit) beschlossen werden, als auch durch ein Viertel seiner Mitglieder (§ 27 Abs 4 VO-UA).<sup>31</sup>

Unbedachte Einschränkungen bei der Formulierung von Beweisanforderungen und insb Vorlageaufforderungen können sich später im Verfahren vor dem VfGH (dazu 2.5.) als Problem herausstellen. Die Aufforderung nach § 27 Abs 4 VO-UA stellt nämlich „den äußersten Rahmen eines möglichen Gegenstandes des Verfahrens nach Art 138b Abs 1 Z 4 B-VG dar.“<sup>32</sup> So wurde es der Opposition im Ibiza-UA zum Verhängnis, dass sie in ihrer Vorlageaufforderung an den Finanzminister auf ein Schreiben Bezug genommen hatte, in dem es unter anderem hieß:<sup>33</sup>

„Es versteht sich von selbst, dass den Rahmen der Vorlage der Untersuchungsgegenstand bildet und daher etwa *rein private Dateien und Kommunikation nicht erfasst* ist.“

Da grundsätzlich auch private Daten, sofern sie denn untersuchungsgegenständlich sind, vorzulegen sind,<sup>34</sup> konnte mit „rein privat“ wohl nur die fehlende Relevanz für den Untersuchungsgegenstand gemeint sein. Der VfGH verstand diese nebenbei verwendete Formulierung („Es versteht sich von selbst...“) aber nicht als bloße Darstellung der Rechtslage und Hinweis auf die Möglichkeit des Finanzministers, seinerseits die Ausnahme bestimmter E-Mails mangels Relevanz zu behaupten. Vielmehr erblickte der Gerichtshof darin eine Einschränkung des Begehrens durch den UA bzw einen Verzicht auf

29 „Bestimmtes Beweismittel“ muss nicht zwingend ein genau bezeichneter Akt sein, sondern kann auch ein konkret umschriebener Vorgang sein (*Schrefler-König/Loretto*, VO-UA [2020] § 25 Anm 9).

30 Zur Auslegung dieses Begriffs *Parlamentsdirektion*, Handbuch zum Recht der Untersuchungsausschüsse (2019) Rz 390.

31 Die Terminologie der Verfahrensordnung ist nicht ganz unkompliziert und führt mitunter zu Verwirrungen: Zur Zurückweisung durch den VfGH führte eine Verwechslung von Beweisanforderung nach § 25 und Vorlageaufforderung nach § 27 in VfGH 10.5.2021, UA 5/2021.

32 So bereits VfGH 15.6.2014, UA 2, 4/2015 Rz 44.

33 Wiedergegeben in VfGH 3.3.2021, UA 1/2021-13 Rz 13 (Hervorhebung nicht im Original).

34 Siehe Fn 37. Der Bundeskanzler wurde etwa wenig später verpflichtet vollständige E-Mail-Postfächer vorzulegen, ohne Ausnahme für persönliche Daten (VfGH 10.5.2021, UA 4/2021).

die Behauptungs- und Begründungspflicht des Finanzministers. In seinem Erkenntnis wies er daher den Antrag auf Feststellung der Vorlageverpflichtung zurück, insoweit „rein privat[e] Dateien und Kommunikation“ erfasst waren (Spruchpunkt II). Das mutet übertrieben formalistisch an und bereitete später noch Probleme (unten 2.5.). In der Regel praktiziert der VfGH im Gegensatz dazu eine eher entgegenkommende, pragmatische Antragsinterpretation.<sup>35</sup>

Ob die Vorlage bestimmter Daten prozessual erzwungen werden kann, ist also schon durch Formulierung der Vorlageaufforderung nach § 27 Abs 4 VO-UA vorentschieden. Zwar kann jederzeit eine neue Aufforderung gestellt werden. Sofern dies aber erst nach einer Niederlage vor dem VfGH geschieht, wird inzwischen viel Zeit vergangen sein – wertvolle Zeit, angesichts der limitierten Dauer eines UA.<sup>36</sup>

### 2.3. Das vorlagepflichtige Organ

Beweisbeschlüsse und ergänzende Beweisanforderungen werden vom Vorsitzenden des UA an die betreffenden Organe übermittelt (§ 26 Abs 1 VO-UA). In erster Linie obliegt es den vorlagepflichtigen Organen dann selbst, zu beurteilen, ob und inwieweit Akten und Unterlagen vom Untersuchungsgegenstand erfasst sind bzw ob Ausnahmen von der Vorlagepflicht erfüllt sind.<sup>37</sup>

Legt ein vorlagepflichtiges Organ nicht oder nur teilweise vor, so hat es dies substantiiert zu begründen – und zwar spätestens gegenüber dem UA auf dessen Aufforderung nach § 27 Abs 4 VO-UA hin. Das „Nachschieben“ der Begründung erst im Verfahren vor dem VfGH ist nicht möglich.<sup>38</sup>

Gründe für die Nichtvorlage untersuchungsgegenständlicher Akten und Unterlagen kennt die Verfassung nur zwei: zum Ersten den *Quellenschutz*, dh den Schutz der nationalen Sicherheit oder der Sicherheit von Menschen, die als Quellen dienen, wie zB verdeckte Ermittler (Art 53 Abs 3 iVm 52a Abs 2 B-VG); zum Zweiten die Beeinträchtigung der rechtmäßigen *Willensbildung der Bundesregierung* oder eines ihrer Mitglieder (Art 53 Abs 4 B-VG). Beide Gründe wurden vor dem VfGH noch nie erfolgreich geltend gemacht, standen einer Vorlage somit noch nie im Weg.<sup>39</sup>

Bedeutsamer ist daher die Berufung darauf, dass Akten(teile) nicht im Umfang des Untersuchungsgegenstandes liegen. Es genügt allerdings, wenn Informationen *abstrakte Rele-*

35 Dazu *Samonig*, JRP 2021, 113 f; *Konrath/Neugebauer/Posnik*, Das neue Untersuchungsausschussverfahren im Nationalrat, JRP 2015, 216 (219 f).

36 Nach § 53 Abs 1 VO-UA endet der die Tätigkeit des UA grundsätzlich nach 14 Monaten.

37 Grundlegend VfGH 15.6.2014, UA 2, 4/2015; zuletzt 23.9.2022, UA 77, 85/2022 Rz 199.

38 VfGH 11.12.2018, UA 3/2018 Rz 181; 2.12.2020, UA 3/2020 Rz 154; aA bei Anwendbarkeit der DSGVO *Baumgartner*, Untersuchungsausschüsse und Datenschutz, JBl 2022, 201, 287 (211).

39 Vgl VfGH 11.12.2018, UA 3/2018 Rz 175 ff zur Argumentation der Finanzprokurator, die laufende rechtliche Vertretung der Republik stehe einer Vorlage von Akten und Unterlagen betreffend die „Task Force Eurofighter“ entgegen; der VfGH deutete dies als Geltendmachung von Art 53 Abs 4 B-VG und lehnte das Argument ab.

vanz für diesen zukommt.<sup>40</sup> Der VfGH ist hier tendenziell großzügig und gibt auch Anträgen statt, denen weiter gefasste Informationsbegehren zugrunde liegen.<sup>41</sup> Nach immer ausufernderen Beweisanforderungen schraubte der Gerichtshof die Anforderungen an die Begründungspflicht der Antragsteller:innen zuletzt allerdings höher. Konkret ging es um die Abweisung mehrerer Anträge der ÖVP-Fraktion, in denen nicht ausreichend dargelegt wurde, welche Relevanz Chats von SPÖ- und FPÖ-Politikern sowie Informationen aus Grünen Ministerien in einem UA mit dem Untersuchungsgegenstand „ÖVP-Korruption“ zukämen.<sup>42</sup>

Was abstrakte Relevanz für den Untersuchungsgegenstand hat, ist schwierig zu beurteilen. Letztlich läuft die Entscheidung auf eine komplexe Abwägung von parlamentarischen und exekutiven, aber auch individuellen Interessen hinaus. Im Zweifel werden vorlagepflichtige Organe – sei es aus Datenschutzbedenken, sei es mit Verschleierungsabsichten – oft geneigt sein, ihre Vorlagepflicht eng auszulegen.<sup>43</sup> Um eine effektive parlamentarische Untersuchung zu ermöglichen, müssen jedoch auch Informationen, deren Zusammenhang zum untersuchten Vorgang nicht unmittelbar augenfällig ist, an den UA übermittelt werden. Mitunter lässt sich erst aus vielen Einzelteilen ein Gesamtzusammenhang erschließen und ein Bild von einem Vorgang malen.

Dementsprechend können auch private Kommunikationen untersuchungsgegenständlich sein, die auf den ersten isolierten Blick „rein privat“ wirken. Nicht zuletzt deswegen sieht Art 53 Abs 3 B-VG keine Ausnahme für Datenschutz vor. Geheimhaltungsinteressen, wie etwa Verschwiegenheitspflichten, Geschäftsgeheimnisse oder der Schutz persönlicher Daten stehen einer Informationspflicht somit nicht entgegen, betonte der VfGH bereits 2015 im *leading case* zum neuen Untersuchungsausschussrecht.<sup>44</sup> Dies ist grundsätzlich auch mit der DSGVO<sup>45</sup> vereinbar, denn die Übermittlung untersuchungsgegenständlicher, personenbezogener Daten dient der „Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung“ (Art 6 Abs 1 lit c DSGVO), nämlich der in Art 53 Abs 3 B-VG statuierten Vorlageverpflichtung. Nur die Vorlage von *nicht untersuchungsgegenständlichen*, personenbezogenen Daten verstieße gegen die DSGVO.<sup>46</sup>

40 Beginnend mit VfGH 14.9.2018, UA 1/2018 Rz 80 zum BVT-UA.

41 Etwa VfGH 10.5.2021, UA 4/2021, zur Verpflichtung des BK mehrere vollständige E-Mail-Postfächer und Serverdaten vorzulegen.

42 Siehe insb VfGH 23.9.2022, UA 77, 85/2022 Rz 202, 206 zur Verhinderung von zu pauschal gestellten Aufforderungen und Erkundungsbeweisen durch eine Verschiebung der Begründungspflicht in Richtung des UA in jenen Fällen, wo die abstrakte Relevanz einer Beweisanforderung *nicht offenkundig* ist; ähnlich VfGH 26.8.2022, UA 7-45/2022, 25.8.2023, UA 46-74/2022 und UA 23.9.2022, 75, 83/2022.

43 Vgl *Berka* in ÖJT 15 f.

44 VfGH 15.6.2014, UA 2, 4/2015. Zum Vorrang der Vorlagepflicht *Jedliczka*, Die Vorlagepflicht gemäß Art 53 Abs 3 B-VG im Lichte der aktuellen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, Jahrbuch ÖR 2016, 149 (166 ff).

45 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

46 *Baumgartner*, JBl 2022, 206.

## 2.4. Die betroffenen Personen

Allerdings können private Daten auch tatsächlich „rein privat“ und somit nicht untersuchungsgegenständlich sein. Solche Daten – mitunter auch in Form sensibler Daten iSd Art 9 DSGVO – können sich durchaus auch auf beruflichen E-Mail-Accounts befinden. (Ministerialbedienstete dürfen bspw die Kommunikationsinfrastruktur des Bundes „im eingeschränkten Ausmaß“ auch für private Zwecke verwenden.<sup>47</sup>) Die Nichtvorlage einzelner „rein privater“ E-Mails muss aber eben substantiiert begründet werden.

Die im Finanzministerium gewählte Vorgehensweise zur Datenübermittlung an den UA sah vor, diese Auswahl den jeweiligen Bediensteten, deren E-Mail-Postfächer angefordert worden waren, selbst zu überlassen.<sup>48</sup> Die Mitarbeiter:innen mussten nicht begründen, welche ihrer E-Mails sie im Einzelnen *nicht* vorgelegt hatten, sondern wurden gebeten, alle ihrem Eindruck nach untersuchungsgegenständlichen E-Mails vorzulegen und anschließend Vollständigkeitserklärungen zu unterzeichnen.<sup>49</sup> Auch als dem VfGH später alle streitgegenständlichen Daten vorgelegt werden mussten, oblag den Bediensteten die Auswahl.<sup>50</sup> Ein derartiges *self-assessment* war nach Ansicht der Opposition unzureichend und wurde in einem anderen Verfahren auch von Seiten des VfGH gerügt<sup>51</sup>. Eine Sicherstellung der gesamten Postfächer von unabhängiger dritter Seite erfolgte erst im Rahmen des Exekutionsverfahrens (dazu 2.8.).

Grundsätzlich sehen Verfassung und Verfahrensordnung keine Mitsprachemöglichkeit bei der Vorlage und keine Parteistellung im Verfahren vor dem VfGH für die betroffenen Personen (iSd Art 4 Nr 1 DSGVO) vor, also jene Personen, deren personenbezogene Daten an den UA übermittelt werden. Unbenommen ist es ihnen, Amtshaftungsklagen bei den ordentlichen Gerichten oder Beschwerden bei der Datenschutzbehörde (DSB) einzubringen.<sup>52</sup> Beide Möglichkeiten stellen aber nur einen ex-post-Rechtsschutz dar – die DSB ist nämlich nicht zuständig, vorlagepflichtigen Organen Datenübermittlungen an den UA ex ante zu untersagen.<sup>53</sup>

47 § 3 Satz 1 Verordnung der Bundesregierung über die private Nutzung der Informations- und Kommunikationstechnik-Infrastruktur des Bundes durch Bedienstete des Bundes (IKT-NV) BGBl II 2009/281 idF BGBl II 2018/107; § 79d Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 (BDG); § 29n Vertragsbedienstetengesetz 1948 (VBG).

48 Technisch zwingend war diese Vorgehensweise wohl nicht: Die §§ 79e-79g BDG (iVm § 29n VBG) zeigen (technische) Zugriffsmöglichkeiten auf E-Mail-Accounts auf. Dass diese Bestimmungen eine zentral gesteuerte Einsicht in Kommunikationsdaten im Allgemeinen verbieten (*Kabl* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht [18. Lfg 2023] Art 53 B-VG Rz 38), bedeutet nicht, dass die Zugriffsmöglichkeiten im konkreten Fall der Vorlageverpflichtung nicht genutzt werden können und dürfen (so wohl VfGH 10.5.2021, UA 3/2021 Rz 71; UA 4/2021 Rz 129).

49 Vgl Der Standard vom 10.7.2021 „Blümel-Akten: Opposition will brisante neue E-Mails entdeckt haben“; zu einer ähnlichen Vorgehensweise im BKA siehe VfGH 10.5.2021, UA 4/2021 Rz 24.

50 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39 Rz 57 f.

51 VfGH 10.5.2021, UA 4/2021 Rz 24, 131: Die im BKA an Bedienstete ausgeschickte „Anleitung“ entsprach „bei weitem nicht dem Anspruch an eine umfassende Aktenvorlage“.

52 Vgl VfGH 25.9.2021, UA 6/2021 Rz 29. Auf das Beschwerderecht bei der DSB wiesen auch der Bundespräsident und die von ihm beauftragte Richterin im Exekutionsverfahren hin (siehe deren „Gemeinsame Information“ [unten Fn 95]).

53 DSB 14.2.2022, 2022-0.083.310 Pkt C.1.

Ebenfalls nur nachträglicher Rechtsschutz ist den Betroffenen gegen die Handhabung der übermittelten Daten durch den UA, seine Mitglieder oder Funktionäre gewährt: Wegen dieser können sie unter den Voraussetzungen des Art 138b Abs 1 Z 7 B-VG den VfGH anrufen. Handeln Mitglieder oder Funktionäre zwar rechtswidrig aber nicht „in Ausübung [ihres] Berufes“, ist dies nicht möglich.<sup>54</sup> Bei Offenbarung oder Verwertung von Informationen der Stufe 3 oder 4 („geheim“ oder „streng geheim“) ist eine strafrechtliche Anzeige gem § 18 InfOG<sup>55</sup> denkbar.<sup>56</sup> Gänzlich ausgeschlossen ist nach § 19 InfOG das Geltendmachen zivilrechtlicher (Schadenersatz-)Ansprüche.<sup>57</sup> Ob (zusätzlich) zur Beschwerdemöglichkeit an den VfGH auch eine Zuständigkeit der Datenschutzbehörde besteht, ist eine Frage, die der EuGH in einem vom VwGH<sup>58</sup> anhängig gemachten Vorabentscheidungsverfahren zu entscheiden haben wird.<sup>59</sup> Bejahendenfalls könnte die DSB bspw die Berichtigung oder Löschung von durch den UA veröffentlichten Daten anordnen (Art 58 Abs 1 DSGVO).

## 2.5. Der Verfassungsgerichtshof

Das vorlagepflichtige Organ hat einer Vorlageaufforderung gem § 27 Abs 4 VO-UA innerhalb von zwei Wochen durch Vorlage oder substantiierte Begründung der Nichtvorlage zu entsprechen. Meinungsverschiedenheiten darüber, ob einer Vorlageaufforderung hinreichend entsprochen wurde, können von den Beteiligten an den VfGH herangetragen werden (Art 138b Abs 1 Z 4 B-VG; § 27 Abs 5 VO-UA).

Im Unterschied zu den erwähnten Verfahren nach Art 138b Abs 1 Z 1 bis 3 B-VG stehen sich hier nicht parlamentarische Mehrheit und Minderheit gegenüber (Intraorganstreitigkeit), sondern Mehrheit oder Minderheit im UA und das vorlagepflichtige Organ (Interorganstreitigkeit).<sup>60</sup> In der Regel handelt es sich um Anträge der Opposition, also der Minderheit, die gegen Regierungsmitglieder gestellt werden – zwingend ist dies aber nicht.<sup>61</sup> Grundsätzlich ist der VfGH als erst- und letztinstanzliches Grenzorgan für Meinungsverschieden betreffend Aktenvorlagen vorgesehen. Er hat in einem beschleunigten Ver-

54 IA 718/A 25. GP 19 mit Verweis auf die persönliche Immunität nach Art 57 Abs 1 B-VG; VfGH 25.9.2021, UA 6/2021 Rz 48-54; Zurückweisung der Beschwerde gegen die Weitergabe von strafbehördlich ausgewerteten Chatnachrichten an Medien – die Weitergabe durch ein Mitglied der NEOS-Fraktion des UA war nicht „in Ausübung“ des Berufes erfolgt.

55 Informationsordnungsgesetz BGBl I 2014/102.

56 Art 57 Abs 1 B-VG nimmt die Verantwortlichkeit nach dem InfOG von der persönlichen Immunität aus.

57 Berechtigte Kritik daran von *Berka* in *ÖJT* 62 (Debattenbeitrag).

58 VwGH 14.12.2021, EU 2021/0009 (Ro 2021/04/0006).

59 EuGH C-33/22 *DSB* [bei Abschluss des Manuskripts war das Verfahren noch anhängig]. Generalanwalt Szpunar geht in seinen Schlussanträgen vom 11.5.2023 von einer Anwendbarkeit der DSGVO auf die Tätigkeit parlamentarischer Untersuchungsausschüsse und einer – (mangels anderer Aufsichtsbehörde) unmittelbar aus dem Unionsrecht folgenden – Zuständigkeit der DSB aus; ebenso *Nikolay*, Rechtsschutz bei Datenschutzverletzungen durch parlamentarische Kontrolltätigkeit, *ZfV* 2021, 75.

60 Zu den Begriffen *Struth* in *Grabenwarter/Holoubek/Madner/Pauser* 10 f, 13.

61 Oben Fn 8.

fahren tunlichst innerhalb von vier Wochen zu entscheiden; und zwar in einem reinen Aktenverfahren, in dem die Parteien keine neuen Schriftsätze und Argumente mehr einbringen können (§ 56f Abs 3 VfGG<sup>62</sup>). Dabei wird nur beurteilt, ob vorlagepflichtige Organe ihrer Pflicht, die *Nichtvorlage bereits gegenüber dem UA ausreichend zu begründen*, nachgekommen sind, nicht aber ob einzelne Akten oder Unterlagen tatsächlich abstrakt relevant sind.<sup>63</sup>

Ungeachtet dieser „Prozessualisierung“ des Streitgegenstandes kann der VfGH unter Umständen mit gewaltigen Datenmengen konfrontiert sein. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Begründung ist nämlich mitunter eine Einsichtnahme in die jeweiligen Akten und Unterlagen notwendig.<sup>64</sup> Würde ein vorlagepflichtiges Organ dem UA für zehntausende E-Mails Begründungen mangelnder Relevanz liefern, hätte der Gerichtshof über jede einzelne dieser Begründungen zu entscheiden – was einer „materiellen“ Entscheidung über die abstrakte Relevanz einzelner E-Mails in Effekt und Aufwand nahekommt. Bisher lieferten die vorlagepflichtigen Organe aber regelmäßig keine substantiierten Begründungen, die eine solche Auseinandersetzung im Detail erforderlich gemacht hätten.<sup>65</sup>

Trotz dieses „prozessualisierten“ Verständnisses der Meinungsverschiedenheit geht der VfGH davon aus, die Erkenntnisse nach Art 138b Abs 1 Z 4 B-VG seien vollstreckbare Leistungserkenntnisse.<sup>66</sup> Am Ende eines Verfahrens, in dem *Begründungspflichten* Prozessgegenstand sind, steht dann ein Erkenntnis, in dem über – nicht (bzw nur indirekt) prozessgegenständliche – *Leistungspflichten* abgesprochen wird. Die Rechtsprechung schlägt somit einen Spagat zwischen effizienter Verfahrensführung, die politische Entscheidungen möglichst meidet, und effektiv durchsetzbarer parlamentarischer Kontrolle, die letztlich auch exekutiert werden kann.

Spricht der VfGH aus, dass Akten vorgelegt werden müssen, spielt er den Ball zurück zum vorlagepflichtigen Organ. Dieses hat sich nun dem Erkenntnis entsprechend zu verhalten und vorzulegen. Schwierigkeiten kann die Befolgung bereiten, wenn das Erkenntnis in seinem Spruch Auslegungsspielraum lässt oder Unklarheiten aufwirft. So lautete

62 Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 BGBl 1953/85 (WV) idF BGBl I 2023/88.

63 Schon die Materialien gingen von einer „möglichst raschen Entscheidung [...] auf Grund der Aktenlage“, mit einer durch die „in der [VO-UA] normierten Schrift- und Begründungserfordernisse hinreichend geklärten [Sachlage]“ aus (IA 718/A 25. GP 19). Im Detail zum „prozesshaften Ansatz“ des VfGH *Struth* in *Grabenwarter/Holoubek/Madner/Pauser* 16 ff.

64 Vgl VfGH 10.5.2021, UA 4/2021 Rz 130.

65 Zu den umgekehrten Fällen, in denen der (ÖVP-Korruptions-)UA seinerseits einer Darlegungspflicht nicht nachgekommen war, siehe oben Fn 42.

66 Siehe die sogenannten „Erläuterungen“ zu VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39. Anders *Vašek* in *Eberhard/Fuchs/Kneihsl/Vašek*, VfGG (2019) § 56f Rz 11, der den Vergleich zu Erkenntnissen über Meinungsverschiedenheiten nach Art 126a B-VG zieht, welche erst seit einer Novellierung 1993 exekutierbar sind, mit der dies ausdrücklich angeordnet wurde. – In Deutschland ergehen im „Bundesorganstreit“ nach Art 93 Abs 1 Nr 1 GG grundsätzlich nur Feststellungsurteile (§ 67 Satz 1 BVerfGG; *Vofskuble* in *Mangoldt/Klein/Starck*, GG III [2010] Art 93 Rz 115) und auch Verfahren nach § 18 Abs 3 PUAG, dem Pendant zum österreichischen § 27 Abs 5 VO-UA, enden mit Feststellungsurteilen (zB BVerfG 13.10.2016, 2 BvE 2/15).

zB der Spruch im Verfahren, in dem der Ibiza-UA die Vorlage des „Ibiza-Videos“ gegenüber der Justizministerin durchsetzte:<sup>67</sup>

„Die Bundesministerin für Justiz ist verpflichtet, dem [Ibiza-UA] das Ton- und Bildmaterial des „Ibiza-Videos“ und die dazugehörigen Transkripte *im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung* unabgedeckt (ungeschwärzt) vorzulegen.“

Die Relativierung der Verpflichtung zur Vorlage dadurch, dass nur „im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung“ vorzulegen ist, lässt die Frage offen, welche Teile des Videos denn nun abstrakt relevant sind – also genau die streitgegenständliche Frage, inwieweit das Video vorzulegen ist.

Dem Erkenntnis<sup>68</sup>, mit dem der Finanzminister verpflichtet wurde, dem Ibiza-UA E-Mail-Postfächer und Serverdaten bestimmter Bediensteter vorzulegen (Spruchpunkt I), haftet ein ähnliches Problem an. Spruchpunkt II weist nämlich den Antrag der Opposition insoweit zurück, als er sich auf die „Vorlage rein privater Dateien und Kommunikation“ bezieht. Die Entstehungsgeschichte des Spruchpunktes II (oben 2.2.) zeigt, dass damit wohl jene Daten gemeint waren, deren „reine Privatheit“ daher rührt, dass sie nicht vom Untersuchungsgegenstand erfasst sind. Die Frage, was denn nun „rein private“ bzw nicht untersuchungsgegenständliche Daten sind oder wie diese „rauszufiltern“ sind, bleibt abermals offen.

Derartige unbestimmte Sprüche sind problematisch, hat doch das Erkenntnis unter Umständen als Exekutionstitel für eine Exekution gemäß Art 146 Abs 2 B-VG zu fungieren. Eine Exekution ist aber im Allgemeinen<sup>69</sup> nur möglich, wenn dem Titel die durchzusetzende Leistung *bestimmt* zu entnehmen ist.<sup>70</sup>

Nicht exekutierbar sind hingegen unbestimmte Titel.<sup>71</sup> Ein Urteil, mit dem ein Zivilgericht der Klägerin „Schmerzensgeld in gesetzlicher Höhe“ zuspricht, ist nicht vollstreckbar, ebenso wenig wie eine bescheidmäßige Auflage, die zur „Vermeidung von unzumut-

67 UA 2.12.2020, UA 3/2020 (Hervorhebung nicht im Original). – Nach § 27 Abs 2 VO-UA ist die BMJ zur Vorlage der Akten und Unterlagen, die sich auf die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden beziehen, zuständig. Darunter fiel auch das „Ibiza-Video“, als Teil des Strafaktes der „Causa Casinos“.

68 VfGH 3.3.2021, UA 1/2021-13.

69 Das Verständnis des Gesetzgebers von „Exekution“ ist ein enges, technisches (so *Schäffer*, Die Exekution der Erkenntnisse des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, ZöR 1968, 185 [195] der eine Art „Versteinerung“ vornimmt und ihm folgend der VfGH). Hilfreiche Aufschlüsse über das Verständnis der Rollenverteilung zwischen Titel- und Vollzugsbehörde können daher sowohl der Exekutionsordnung (EO) als auch dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 (VVG) entnommen werden, denen beiden ein eben solches technisches Exekutionsverständnis zugrunde liegt (wohl aA *Ulbing*, Staat gegen Staat: Die verfassungsgerichtliche Exekution gem Art 146 Abs 2 B-VG, JRP 2022, 39 [46]).

70 Vgl § 7 Abs 1 EO – die Leistung muss zweifelsfrei identifizierbar sein (*Fasching*, Lehrbuch Zivilprozessrecht<sup>2</sup> [1990] Rz 1061) bloße Bestimmbarkeit aufgrund von Kriterien außerhalb des Exekutionstitels reicht nicht aus (*Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO<sup>3</sup> [2015] § 7 Rz 35/2). Zum VVG siehe VwGH 20.11.2018, Ra 2017/05/0300 Rz 37: „das Wesen der Vollstreckung [besteht] in der zwangsweisen Umsetzung einer in einem bestimmten Vollstreckungstitel ausgesprochenen Verpflichtung ins Tatsächliche“.

71 Zum Zivilverfahren *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> (2017) Rz 994. Zum Verwaltungsverfahren VwGH 22.2.2001, 2000/07/0254; 3.7.2003, 2000/07/0266; *Diem*, Das Vollstreckungsverfahren nach dem VVG (2022) 29.

baren Belästigungen der Nachbarn“ verpflichtet. Genauso steht es aber um Verpflichtungen zur Aktenvorlage „im Umfang des Gegenstandes der Untersuchung“ oder Ausnahmen für „rein private Dateien und Kommunikationen“. Dadurch wird die Frage, welche Daten konkret vorzulegen sind bzw nach welchem Verfahren diese auszufiltern sind, ins Exekutionsverfahren verlagert.<sup>72, 73</sup>

Die Nennung einzelner, konkreter E-Mails in Spruchpunkt I oder II – wie dies noch im Hypo-UA gemacht wurde<sup>74</sup> – war angesichts von über 15.000 E-Mails, die es gegolten hätte auseinanderzuidividieren, wohl kein gangbarer Weg. Zur Schaffung eines bestimmten Titels hätte daher entweder (a) dem Antrag vollumfänglich stattgegeben werden müssen (mangels substantiiertes Begründung der fehlenden Relevanz durch den BMF) oder (b) der Antrag vollumfänglich zurückgewiesen werden können (mangels bestimmten Antrags<sup>75</sup>) oder (c) eine Vorgehensweise zur Aufteilung bzw Aussonderung der jeweils nicht leistungsgegenständlichen Daten angeordnet werden können.

In der Causa „Ibiza-Video“ lief ungeachtet des unbestimmten Spruchs alles reibungslos ab. Die Justizministerin übermittelte dem Ausschuss das vollständige, ungekürzte und ungeschwärzte Video, sah also davon ab, Teile des Videos als nicht untersuchungsgegenständlich auszunehmen. Mehr Probleme bereitete die Unbestimmtheit des Erkenntnisses gegen den Finanzminister: Hier kam es zu einem Exekutionsverfahren nach Art 146 Abs 2 B-VG, dessen Ablauf in Folge kurz dargestellt wird.

## 2.6. Der Bundespräsident

Nach dem Erkenntnis des VfGH vom 3. März 2021<sup>76</sup> erfolgte keine Lieferung weiterer Akten und Unterlagen durch das Finanzministerium. Stattdessen trat der Präsident der Finanzprokuratur<sup>77</sup> an den Verfahrensrichter des UA heran, um eine Vorgehensweise zur „Umsetzung“ des Erkenntnisses vorzuschlagen.<sup>78</sup> Konkret ging es um die Errichtung eines elektronischen Datenraums, in dem die untersuchungsgegenständlichen aus den

---

72 Krit dazu *Bußjäger/Schumacher*, Exekution von VfGH-Erkenntnissen: Es braucht neue Gesetze, Die Presse vom 12.7.2021.

73 Die Rechtsordnung kennt eine solche Verlagerung durch herabgesetzte Anforderungen an die Titelbestimmtheit und der damit einhergehenden Notwendigkeit für das Exekutionsorgan, selbst die Bestimmung des exakt Geschuldeten vorzunehmen, etwa bei Wertsicherungsklauseln (§ 8 Abs 2 EO) oder variablen Zinsen (§ 8a EO). – Nach *Rechberger*, Die fehlerhafte Exekution (1978) 72, 122 sind unbestimmte wenngleich bestimmbare Titel *an sich* durchaus zur Exekution geeignet und die EO versagt ihnen nur aus prozessökonomischen Gründen den Vollzug. Nach VwGH 22.2.2001, 2000/07/0254, kann ein Bescheid auch dann bestimmt und exekutierbar sein, wenn die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Fachleuten zur Auslegung seines Inhalts besteht.

74 VfGH 15.6.2014, UA 2, 4/2015: In Spruchpunkt I werden vier konkrete Dokumente aufgezählt (zB „E-Mail von Gruppenleiter L[.] vom 11. Mai 2012 betreff „WG: Inventur-Zustimmung zu einer Restrukturierung““).

75 Anträge an den VfGH haben nach § 15 Abs 2 VfGG ein „bestimmtes Begehren“ anzugeben.

76 Oben Fn 68.

77 § 2 Abs 1 Z 2 FinProkG stellt die Vermittlung bei Streitigkeiten zwischen Organen eines Rechtsträgers in den Wirkungsbereich der Finanzprokuratur (siehe auch § 9 Abs 2 FinProkG).

78 Äußerung der Finanzprokuratur wiedergegeben in VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39 Rz 13 ff.

„rein privaten“ Daten ausgesiebt werden sollten.<sup>79</sup> Die Opposition ging nicht auf diesen Vermittlungsversuch ein, sondern stellte am 22. März beim VfGH einen Antrag auf Einleitung des Exekutionsverfahrens.<sup>80</sup> Der Gerichtshof fasste am 5. Mai einen Beschluss<sup>81</sup>, mit dem er beim Bundespräsidenten beantragte, das Erkenntnis vom 3. März zu vollstrecken. Konkret ging es zu diesem Zeitpunkt noch um 7.803 E-Mails, die dem VfGH im Verfahren, nicht aber dem UA vorgelegt worden waren, sowie jene unbekannte Anzahl an E-Mails, die auch dem VfGH nie vorgelegt worden waren (oben 2.4.).<sup>82</sup> Einen gleichzeitig mit dem Exekutionsantrag gestellten Antrag der Opposition auf Akteneinsicht, der zumindest Zugang zu den 7.803 E-Mails gewährt hätte, wies der VfGH ab.<sup>83</sup> Anstatt einer direkten Übermittlung dieser 7.803 E-Mails (bzw deren untersuchungsgegenständlichen Teils), kam es also zu deren exekutionsweiser Beischaufung. Die zwangsweise Durchsetzung gemäß Art 146 Abs 2 B-VG obliegt dem Bundespräsidenten und erfolgt „nach dessen Weisungen durch die nach seinem Ermessen hiezu beauftragten Organe des Bundes oder der Länder einschließlich des Bundesheeres“. In einem ersten Schritt erteilte der Bundespräsident aber keine solche Weisung, sondern griff zum Telefonhörer und ließ sich vom Finanzminister versichern, dem Erkenntnis werde nunmehr unverzüglich entsprochen werden.<sup>84</sup> Tatsächlich lieferte das BMF bereits am 6. Mai weitere E-Mails, allerdings zuerst nicht in digitaler Form, sondern in 204 Aktenordnern verpackt in 30 Umzugskartons.<sup>85</sup> Als Grund dafür wurde die Notwendigkeit einer Einstufung auf Klassifizierungsstufe 3 („geheim“) nach dem InfOG<sup>86</sup> ins Treffen geführt.<sup>87</sup> Nach einer „Aussprache“ zwischen dem UA und dem BMF wurde die Sicherheitsstufe wenige Tage später herabgesetzt und die Akten auf USB-Sticks in digitaler Form nachgeliefert.<sup>88</sup> Der BMF war damit der Ansicht, dem Erkenntnis vollständig entsprochen zu haben.

79 Vgl die Anfragebeantwortung des BMF vom 22.11.2021 (7817/AB 27. GP) sowie das Interview mit dem Präsidenten der Finanzprokuratur im Standard vom 11.5.2021.

80 Eigentlich wäre nach Art 146 Abs 2 B-VG der VfGH von Amts wegen zur Beantragung der Durchsetzung seiner Entscheidung angehalten. Es hat sich jedoch – verständlicherweise – eingebürgert, Anträge nicht nur nicht zurückzuweisen, sondern erst auf diese hin tätig zu werden. Die Terminologie ist verwirrend: Das was im Zivilverfahren Klage, Exekutionsantrag und Exekutionsbewilligung heißt, ist hier Antrag, Antrag und Antrag.

81 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39.

82 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-39 Rz 58.

83 VfGH 5.5.2021, UA 1/2021-40.

84 Stellungnahme des BP vom 6.5.2021 anlässlich eines Antrages des VfGH auf Exekution eines Erkenntnisses ([bundespraesident.at/aktuelles/detail/stellungnahme-von-bundespraesident-alexander-van-der-bellen-anlaesslich-eines-antrages-des-vfgh-auf-exekution-eines-erkenntnisses](https://www.bundespraesident.at/aktuelles/detail/stellungnahme-von-bundespraesident-alexander-van-der-bellen-anlaesslich-eines-antrages-des-vfgh-auf-exekution-eines-erkenntnisses)).

85 Parlamentskorrespondenz Nr 531 vom 6.5.2021.

86 „Geheim“ iSd § 4 Abs 1 Z 3 InfOG sind Informationen dann, wenn ihre Preisgabe die Gefahr einer *erheblichen Schädigung* der „Interessen der Aufrechterhaltung der der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, den wirtschaftlichen Interessen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, der Vorbereitung einer Entscheidung oder dem überwiegenden berechtigten Interesse der Parteien zuwiderlaufen würde.“ Tausende E-Mails pauschal auf „geheim“ zu stufen war dementsprechend wenig überzeugend.

87 Parlamentskorrespondenz Nr 531 vom 6.5.2021 und Nr 552 vom 11.5.2021.

88 Anfragebeantwortung des BMF vom 22.11.2021 (7818/AB 27. GP) 5; Parlamentskorrespondenz Nr 578 vom 17.5.2021.

Die Opposition im UA sah dies anders und teilte dem Bundespräsidenten mit, dass die gelieferten Akten weiterhin unvollständig seien.<sup>89</sup> Der Bundespräsident ersuchte daraufhin den VfGH um Mitteilung, ob der Antrag auf Exekution aufrecht sei, bekam aber nur mitgeteilt, dass der Gerichtshof im Exekutionsverfahren lediglich für die Antragstellung zuständig sei und dem Bundespräsidenten ein „weiter Handlungsspielraum“ zukäme.<sup>90</sup> In einer Pressekonferenz fand der Bundespräsident folgende Worte zur Beschreibung seiner Situation als Exekutionsorgan:<sup>91</sup>

„Die einen sagen so, die anderen sagen so. [...] Meine Damen und Herren! Ich bin kein Hellseher. Ich kann nicht beurteilen, ob sämtliche Unterlagen vollständig und rechtskonform geliefert wurden.“

Über 100 Tage nach dem Titelerkenntnis und acht Wochen nach dem Antrag auf Einleitung des Exekutionsverfahrens, war somit nach wie vor unklar, welche konkreten E-Mails denn nun zu übermitteln seien und welche nicht. Mit einem Antrag auf Vollzug eines unbestimmten Exekutionstitels konfrontiert, stand der Bundespräsident vor der Wahl, die Exekution entweder abzulehnen und die Sache zum Titelgericht zurückzuschicken<sup>92</sup> oder aber selbst die Leistung zu bestimmen und eine Ausfilterung der „rein privaten“ Daten vorzunehmen.

## 2.7. Das beauftragte Exekutionsorgan

Ausweg aus dieser Situation war für den Bundespräsidenten die Nutzung seines „weiten Handlungsspielraums“ durch die Erteilung einer Weisung nach Art 146 Abs 2 B-VG. Mit einem Schreiben an das Landesgericht für Strafsachen Wien<sup>93</sup> beauftragte er am 24. Juni „den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter“ mit der Exekution des Erkenntnisses. Für ein „Informationssicherungsverfahren“ sei dies das „am besten geeignete Gericht“.<sup>94</sup> Die Weisung gab den Inhalt des Titelerkenntnisses wieder und ermächtigte dazu, „erforderliche Zwangsmittel“ und „geeignete Personen in notwendiger Anzahl“ einzusetzen.

Die zuständige Richterin stellte in Folge die vollständigen E-Mail-Postfächer bei der Bundesrechenzentrum GmbH sicher, „bereinigte“ sie um rein private Daten und übermittel-

89 Siehe die Stellungnahme des BP vom 23.6.2021 anlässlich einer Mitteilung des VfGH ([bundespraesident.at/aktuelles/detail/stellungnahme-anlaesslich-einer-mitteilung-des-vfgh](https://www.bundespraesident.at/aktuelles/detail/stellungnahme-anlaesslich-einer-mitteilung-des-vfgh) [zuletzt abgerufen am 1.9.2023]).

90 So die Pressemitteilung des VfGH vom 23.6.2021 ([vfgh.gv.at/medien/Exekution\\_Schreiben\\_Bundespraesident.php](https://www.vfgh.gv.at/medien/Exekution_Schreiben_Bundespraesident.php) [zuletzt abgerufen am 1.9.2023]).

91 Stellungnahme des BP vom 23.6.2021 (Fn 89).

92 Vgl *Fister in Kneibs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar (14. Lfg 2014) Art 146 B-VG Rz 37; *Martin/Rohregger in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 1999) Art 146 B-VG Rz 26 mwN zur Überprüfung der Exekutionsfähigkeit des Erkenntnisses durch den BP.

93 Schreiben des BP vom 24.6.2021 an das LGS Wien (S500500/6-BEV/2021; [bundespraesident.at/fileadmin/user\\_upload/Schreiben\\_an\\_das\\_Landesgericht\\_f\\_Strafsachen\\_Wien.pdf](https://www.bundespraesident.at/fileadmin/user_upload/Schreiben_an_das_Landesgericht_f_Strafsachen_Wien.pdf) [zuletzt abgerufen am 1.9.2023]). Nach *Schäffer*, ZöRV 1968, 242 handelt es sich hierbei formal um eine Entschließung, materiell um eine Weisung.

94 So die Stellungnahme des BP vom 23.6.2021 (Fn 89).

te sie dem UA.<sup>95</sup> Nach zwei Wochen war der Exekutionsvorgang abgeschlossen.<sup>96</sup> Laut Opposition befanden sich unter den übermittelten Daten neue, zuvor noch nicht überlieferte.<sup>97</sup>

Letztendlich war es also die vom Bundespräsidenten beauftragte Richterin des Straflandesgerichts Wien, der die Aufgabe zukam, die E-Mail-Postfächer von acht Ministeriumsbediensteten spruchgemäß darauf zu sichten, ob sie „rein private Dateien und Kommunikation“ enthielten. Der genaue Ablauf und ob von der Richterin weitere Organe herangezogen wurden, ist von außen nicht ersichtlich. Im Endeffekt hatte sie die Letztentscheidung darüber zu treffen, welche E-Mails dem UA vorgelegt wurden.

### 3. Pluralität von Grenzorganen

Dass im Verfahren UA 1/2021 am Ende eine vom Bundespräsidenten beauftragte Richterin entschied, welche Informationen dem UA vorgelegt wurden, zeigt, dass das rechtst tatsächliche Grenzorgan nicht immer der in Art 138b B-VG vorgesehene VfGH ist. Die schwierige Aufgabe, klar abzugrenzen, welche E-Mails untersuchungsgegenständlich bzw welche „rein privat“ sind, wurde einer „heißen Kartoffel“ gleich immer weiter abgewälzt.

Letztlich aber ist es nie möglich, auf die Frage nach der Letztentscheidung über die Informationsübermittlung an den UA, mit einem einzigen Grenzorgan zu antworten. Vielmehr sehen Verfassung und Verfahrensordnung ein *Neben- bzw Nacheinander mehrerer Entscheidungsträger:innen* vor – sowohl im Vorfeld des verfassungsgerichtlichen Verfahrens als auch im Anschluss an dieses. Ihnen ist dabei jeweils ein bestimmter Entscheidungsmaßstab und -spielraum gegeben;<sup>98</sup> ihre Entscheidungen sind jeweils in einem bestimmten Umfang letztverbindlich.

Im Verfahren UA 1/2021, mit seinen zusätzlichen Organen im Rahmen der Exekution, lässt sich diese Abfolge von Entscheidungen besonders gut beobachten:<sup>99</sup> Grundlage für sämtliche Entscheidungen war der von den Einsetzer:innen des Ibiza-UA nach politischem Ermessen festgelegte Untersuchungsgegenstand (2.1.). Sodann entschied sich die Ausschussminderheit, E-Mail-Postfächern und Serverdaten bestimmter Bediensteter anzufordern (2.2.). Der Finanzminister (2.3.) bzw die herangezogenen Mitarbeiter:innen

95 „Gemeinsame Information“ des BP und der beauftragten Richterin vom 7.7.2021 (<https://www.bundespraesident.at/aktuelles/detail/dsgvo-information-vfgh-exekution> [zuletzt abgerufen am 1.9.2023]).

96 „Gemeinsame Information“ vom 7.7.2021 (Fn 95); *Präsidentenkanzlei*, APA OTS0086 vom 9.7.2021.

97 Parlamentskorrespondenz Nr 920 vom 19.7.2021; Anfrage vom 22.9.2021 (7909/J 27. GP) 2.

98 In *Adolf Merkl's* Beschreibung von Ermessensspielraum und Interessenabwägung (in *Die Legitimation zur verwaltungsgerichtlichen Beschwerde als Ermessensfrage*, JBl 1937, 201 = *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann*, *Gesammelte Schriften II/2* [2002] 337) ist das Recht letztlich vom „guten Willen“ der höchsten Instanz abhängig (aaO 207 = 357) – ganz ähnlich also, wie später in *Verdross'* Grenzorgandefinition (oben Fn 15).

99 Zwar stellt die Notwendigkeit eines Exekutionsverfahrens in gewisser Weise einen Ausreißer dar, der sich durch eine (in der Vorlageaufforderung vorprogrammierte) Unbestimmtheit des Titelerkenntnisses erklären lässt. Eine Pluralität von Entscheidungsträger:innen begegnet uns aber ganz grundsätzlich.

(2.4.) hätten sich theoretisch auf verschiedene Gründe der Vorlageverweigerung stützen können, was aber – wie der VfGH entschied – nicht ausreichend passierte. Zu beurteilen hatte der VfGH dabei nur, ob der Finanzminister seiner Begründungspflicht entsprochen hatte, was nicht der Fall war (2.5.). Die anschließend vom Finanzminister gewählte Auslegung des (unbestimmten) Erkenntnisses, entschied sich der UA, nicht zu akzeptieren. Die schließlich vom Bundespräsidenten (2.6.) beauftragte Richterin hatte dann den Spruch des VfGH-Erkenntnisses auszulegen und zu entscheiden, welche der E-Mails aus den vom UA angeforderten Postfächern „rein privat“ waren (2.7.).

Das *eine* Grenzorgan lässt sich nicht ausmachen. Vielmehr zeigt sich, wie in unterschiedlichen Stadien getroffene Entscheidungen verschiedener Akteure im Zusammenspiel bestimmen, was dem UA letztlich vorgelegt wird.

Toni Dirlinger arbeitet als Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; anton.dirlinger@univie.ac.at

# Der Prüfmaßstab auf dem Prüfstand

Der Rechnungshof im System parlamentarischer Kontrolle und die Auswirkungen eines eingeschränkten Prüfmaßstabs auf die Prüfpraxis des Rechnungshofs

Herbert Weissensteiner

---

## 1. Der Rechnungshof im System parlamentarischer Kontrolle

### 1.1. Der Rechnungshof

Aufgabe des RH ist es, als besonders fachkundiges Hilfsorgan die Abgeordneten des Nationalrats und der Landtage bei der finanziellen Kontrolle der Staatsfinanzen zu unterstützen. Er ist damit ein Organ der Gesetzgebung und wird auf Bundesebene als Hilfsorgan des Nationalrats<sup>1</sup> und bei Kontrolle von Ländern und Gemeinden als Organ des jeweiligen Landtags tätig.<sup>2</sup> Er ist neben einer Reihe politischer Kontrollrechte wie der Interpellation, dem Resolutionsrecht, dem Enqueterrecht und dem Misstrauensvotum das wichtigste Vehikel im Rahmen der finanziellen Kontrolle des Nationalrats und der Landtage.<sup>3</sup> Zu den Aufgaben des RH zählen die Mitwirkung an der Haushaltsführung, die Kontrolle der Gebarung sowie eine Reihe an Sonderaufgaben. Dieser Beitrag beleuchtet den RH im System parlamentarischer Kontrolle, geht darüber hinaus vertiefend auf den Prüfmaßstab der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit im Rahmen der Gebarungskontrolle ein und zeigt zwei Fälle auf, in denen die Verfassung entgegen diesem sonst üblichen Prüfmaßstab Abweichendes vorsieht.

### 1.2. Die Prüfzuständigkeiten

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen zur Zuständigkeit des RH finden sich in den Art 126b betreffend Bundesfinanzen, Art 127 betreffend Landesfinanzen und Art 127a B-VG betreffend Gemeindefinanzen. Im Wesentlichen sind diese Bestimmungen gleich aufgebaut, indem sie die direkten Finanzen der Gebietskörperschaft einbeziehen sowie die Finanzen jener Unternehmungen, an denen die Gebietskörperschaft entweder mehr-

---

1 VfSlg 1.454/1932.

2 Art 122 Abs 1 B-VG; *Berka*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> Rz 859; *Zögeritz*, NRGÖ<sup>4</sup> § 79 Rz 2.

3 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> Rz 571 ff.

heitlich beteiligt ist oder welche durch diese tatsächlich beherrscht werden.<sup>4</sup> Neben diesen zentralen Bestimmungen finden sich auch Regelungen zur Prüfung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (Art 127b B-VG), der Sozialversicherungsträger (Art 126c B-VG), des ORF (§ 31a Abs 1 ORF-G<sup>5</sup>) und auch der politischen Parteien (§ 1 Abs 6 PartG<sup>6</sup>).

In Ergänzung zu diesen Bestimmungen, die vor allem auf kontrollunterworfenen Einrichtungen abstellen, besteht die Möglichkeit einer sog Förderungsprüfung und damit sozusagen die Möglichkeit, „der Spur des Geldes“ zu folgen. Der Fokus einer solchen Prüfung liegt darauf, die widmungsgemäße Verwendung von Fördermitteln oder aber auch deren Abwicklung und Überprüfung in der jeweiligen fördernden Verwaltungseinheit zu kontrollieren. Die diesbezüglichen näheren Ausführungsbestimmungen finden sich in § 13 Abs 3, § 15 Abs 3 und § 18 Abs 3 RHG<sup>7</sup>. Die entsprechende verfassungsrechtliche Grundlage für solche Förderungsprüfungen ist in Art 121 Abs 1 B-VG zu finden.<sup>8</sup>

Eine Möglichkeit, die Kompetenzen des RH bspw vertraglich zu erweitern, besteht nicht. So hat der VfGH am Beispiel des steirischen Landesrechnungshofs erkannt, dass die Unterwerfung unter die Kontrolle des RH in einem Vertrag – etwa im Rahmen einer Förderungsgewährung<sup>9</sup> – nicht möglich ist, sondern die Zuständigkeit eines RH gesetzlich vorgegeben sein muss.<sup>10</sup>

### 1.3. Die Gebarungskontrolle

Dem RH obliegt die Kontrolle der Gebarung: Darunter werden sämtliche Einnahmen und Ausgaben, also die gesamte Mittelverwendung der öffentlichen Hand verstanden. Die Gebarungskontrolle durch den RH ist sohin eine ex-post Überprüfung sämtlicher Tätigkeiten mit finanziellen Auswirkungen.<sup>11</sup> Im Gesamtgefüge unterstützt daher der RH die gewählten Volksvertreter\_innen bei ihrer Aufgabe der finanziellen Kontrolle der Verwaltung, bestimmter ausgegliederter Verwaltungseinheiten und öffentlicher Unternehmen. Dies in der Weise, dass er den Abgeordneten in Form von fundierten Prüfberichten die Steuergeldverwendung aufzeigt und Empfehlungen abgibt, durch welche Änderungen oder Einsparungen erzielt werden können. Die Auswahl, welche Bereiche einer solchen

---

4 Zuletzt fraglich hinsichtlich Flughafen Wien AG und der Vienna Airport Technik GmbH: VfSlg 20.302/2018; Eberhard, *Lebendiges Verfassungsrecht* (2017 und 2018), JBl 2022, 762 (771).

5 ORF-Gesetz BGBl 1984/379 (WV).

6 Parteiengesetz 2012 BGBl I 26/2012.

7 Rechnungshofgesetz 1948 BGBl 1948/144.

8 Grabenwarter/Frank, B-VG Art 121 Rz 3.

9 In concreto wurde über die oben geschilderte Förderungsprüfung hinaus eine umfassende Unterwerfung unter die Kontrolle des RH im Gegenzug für den Erhalt einer Förderung vorgesehen, womit sich die entsprechenden Einrichtungen nicht nur in Bezug auf die Mittelverwendung der erteilten Förderung, sondern gesamthaft der RH-Kontrolle unterwerfen sollten.

10 Vgl VfGH 6.12.2022, G 221/2022.

11 Korinek in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*<sup>4</sup> (2001) Art 121 Abs 1 Rz 2; Grabenwarter/Frank, B-VG Art 121 Rz 2.

Kontrolle unterzogen werden, erfolgt in der Regel derart, dass der RH in seinem Prüfplan festlegt, welche Einrichtungen einer detaillierten Prüfung unterzogen werden. Zusätzlich wird zumeist ein für mehrere Jahre geltender Prüfungsschwerpunkt festgelegt.<sup>12</sup> Neben diesen, durch den RH im Rahmen seines Prüfplans ausgewählten Einrichtungen, können aber auch die Abgeordneten selbst dem RH einen Prüfungsauftrag erteilen. Dies kann einerseits durch die einfache Mehrheit im Nationalrat beschlossen oder aber auch von einer Minderheit von Abgeordneten verlangt werden. Die Möglichkeit der Minderheitsverlangen wurde zuletzt 2021 deutlich ausgeweitet, wonach nun 20 Abgeordnete ein solches Verlangen stellen dürfen, unabhängig davon, mit wie vielen Sonderprüfungen anderer Abgeordneter der RH bereits beauftragt wurde.<sup>13</sup>

Eine solcherart durchgeführte Prüfung mündet in der Regel in einen Bericht an den Nationalrat,<sup>14</sup> in welchem der RH seine Feststellungen darlegt. Diese Prüfberichte werden anschließend im Rechnungshofausschuss<sup>15</sup> mit den jeweiligen Fachminister\_innen sowie im Rahmen der Plenarsitzungen des Nationalrats besprochen.<sup>16</sup> Im Rechnungshofausschuss haben die Abgeordneten die Möglichkeit, die ressortzuständigen Bundesminister\_innen oder auch sonstige geladene Auskunftspersonen aus den geprüften Einrichtungen<sup>17</sup> zu den seitens des RH geäußerten Kritikpunkten zu befragen, um sich so selbst ein Bild über die finanzielle Lage, die Steuergeldverwendung und die vom RH festgestellten Kritikpunkte zu machen.

Versteht man parlamentarische Kontrolle im klassischen Sinn als Gegenspiel zwischen gewählten Volksvertreter\_innen einerseits und ernannten Regierungsmitgliedern andererseits, so ist diese bei der Überprüfung von Mittelverwendungen durch ein Regierungsmitglied selbst am stärksten. In Bezug auf ausgegliederte Verwaltungseinheiten, Unternehmen und Rechtsträger nimmt dieses Element durch die Entfernung der Bundesminister\_innen von der Entscheidungsnähe entlang der unterschiedlichen Ebenen kontinuierlich ab. So tragen die Bundesminister\_innen im hierarchischen System des Art 20 Abs 1 B-VG die politische Letztverantwortung für Entscheidungen innerhalb der jeweiligen Weisungskette und damit für Sachverhalte des jeweiligen Ressorts. Je weiter sich eine

---

12 Qualität der Leistungserbringung des öffentlichen Sektors: Bürgernutzen, Kostenoptimierung und zeitgemäße Aufgabenerfüllung (2018–2021); Next Generation Austria (2021–2024); vgl *Rechnungshof*, Tätigkeitsbericht 2022 des Rechnungshofes.

13 Vgl § 99 Abs 2 Geschäftsordnungsgesetz 1975 BGBl 1975/410 (GOG-NR) mit den Einschränkungen des Abs 3; gehören einem parlamentarischen Klub weniger als 20 Abgeordnete an, kann ein Verlangen zudem durch Unterstützung aller Abgeordneter des Klubs wirksam gestellt werden; auf die Möglichkeit eines\_r Bundesministers\_in, den RH mit einer Gebarungsprüfung in seinem Zuständigkeitsbereich zu betrauen, sei zudem hingewiesen.

14 Vgl Art 126d Abs 1 B-VG; im Bereich der Länder an den jeweiligen Landtag (Art 127 Abs 6 B-VG); beachte aber besondere Formen der Publikation der Prüfergebnisse etwa bei den gesetzlichen beruflichen Vertretungen (Art 127b Abs 4 B-VG).

15 *Zögernitz*, NRGO<sup>4</sup> § 79 Rz 9; im Bereich der Länder in den jeweiligen Kontrollausschüssen der Landtage.

16 Die Präsidentin des RH ist berechtigt, an den Sitzungen des Nationalrats sowie seiner Ausschüsse teilzunehmen, vgl § 20 GOG-NR; zur zutreffenden Kritik bei der Behandlung der Rechnungshofberichte im Rahmen der Plenarsitzungen des Nationalrats vgl *Beclin* in *Beclin/Reinfeldt/SampI/Tschachler/Zöbner*, *Parlamentarische Praxis* (2020) 123.

17 § 40 GOG-NR.

Entscheidung oder Mittelverwendung allerdings vom obersten Organ entfernt, desto schwächer ist die Ingerenz zu den jeweiligen Minister\_innen.

Wird bspw der Kauf eines Kugelschreibers durch einen Kabinettsmitarbeiter kontrolliert, liegt die Entscheidungsnähe auf der Hand. Rechtlich gilt aufgrund Art 20 B-VG selbiges, wenn der Kugelschreiber vom Portier des Ministeriums angekauft wird. Wird er hingegen von Mitarbeitenden eines Bundesunternehmens, an dem der Staat zu mehr als 50 % beteiligt ist, angekauft, wird die Entfernung zur konkreten Entscheidung evidenter, selbst dann, wenn die Eigentümerversammlung bei einer bestimmten Ministerin oder einem bestimmten Minister ressortiert. Die Kontrolltätigkeit der Abgeordneten und des RH wird dadurch allerdings keine andere. Schließlich obliegt ihnen laut Verfassung die finanzielle Kontrolle der gesamten Staatsfinanzen, weshalb die parlamentarische Kontrolle im Fall der finanziellen Kontrolle – wenn man das Budgetrecht<sup>18</sup> und die Befugnis zur Genehmigung der Rechnungsabschlüsse<sup>19</sup> mitbedenkt – im Grunde als ein ausgeklügeltes System an Checks and Balances qualifiziert werden kann, welches mehr durch wechselseitige Befugnisse und Kontrolle als durch ein starres Gegenspiel zwischen gewählten Abgeordneten und ernannten Regierungsmitgliedern, gekennzeichnet ist. So können die Erkenntnisse aus dieser Kontrolltätigkeit nämlich eine Reihe an politischen Entscheidungen in den unterschiedlichen Bereichen erst möglich machen, wie zB das Initiieren einer Reform, der Ausbau oder das Abstoßen einer Beteiligung, oder auch – etwa im Bereich der politischen Parteien – das Drängen auf die Weiterleitung einer unzulässigen Parteispende an den RH<sup>20</sup> etc.

## 2. Der Prüfmaßstab auf dem Prüfstand

Da die Verfassung dem Nationalrat und den Landtagen die Kontrolle der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der staatlichen Finanzen überträgt und sich die Parlamente bei der Ausübung der Kontrolle des RH bedienen, umschreiben diese drei Begriffe, neben der Rechtmäßigkeit und ziffernmäßigen Richtigkeit<sup>21</sup> den grundsätzlichen Prüfmaßstab des RH. Sie legen also fest, wie der RH zu prüfen, also zu kontrollieren hat.<sup>22</sup>

Doch was sagen diese Begriffe konkret aus? Will man den einzelnen Elementen eine besondere Bedeutung zukommen lassen, dann legt der Aspekt der Wirtschaftlichkeit das Prinzip des größtmöglichen Erfolgs mit dem geringstmöglichen Ressourceneinsatz fest.

---

18 Art 51 B-VG.

19 Art 121 B-VG; auch der Bundesrechnungsabschluss dient durch einen detaillierten Vergleich der Finanzierungs- und der Ergebnisrechnung mit den Werten der Voranschläge der parlamentarischen Kontrolle, vgl dazu *Karlowsky/Hattenberger/Koller*, Haushaltsrecht in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2019) 311 (383).

20 Vgl dazu § 6 Abs 7 PartG.

21 Vgl dazu Art 126b Abs 5, Art 127 Abs 1, Art 127a Abs 1, Art 127b Abs 3 B-VG.

22 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> Rz 571 f.

Dieses Prinzip umfasst idR zwei Teilaspekte, nämlich das Maximalprinzip und das Minimalprinzip, wobei der Unterschied primär darin besteht, dass bei ersterem aus den vorhandenen Mitteln der größtmögliche Erfolg, also ein maximales Ergebnis, zu lukrieren ist, es bei letzterem hingegen ein bestimmtes Ziel (im Sinne einer staatlichen Leistung) mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erreichen gilt.<sup>23</sup> In Ergänzung zu diesem Wirtschaftlichkeitsprinzip präzisiert der Prüfmaßstab Sparsamkeit, dass im Rahmen von Entscheidungen mit finanziellen Auswirkungen dem Minimalprinzip zu folgen ist.<sup>24</sup> In diesem Sinne hängen Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zusammen. Die Zweckmäßigkeit stellt indes vielmehr darauf ab, ob ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Maßnahme zur Zielerreichung (am besten) geeignet ist oder ob eine andere Maßnahme für ebendiese Zielerreichung erfolversprechender oder wirksamer gewesen wäre.<sup>25</sup> Die Grenzen fließen allerdings unbestreitbar ineinander und können mitunter auch im Widerspruch zueinander stehen. So ist etwa denkbar, dass ausgehend von einem gewünschten Indikator – bspw einer gewissen staatlichen Leistung – diese zwar mit einem möglichst geringen Mitteleinsatz erfolgt, um sie wie vorgegeben zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig ist allerdings denkbar, dass dies dennoch nicht am effizientesten ist, wenn man das Verhältnis eines möglichst geringen Mitteleinsatzes (Input) für den größtmöglichen Erfolg (Output) betrachtet. Außerdem kann die Empfehlung des Tuns oder Unterlassens einer bestimmten Maßnahme wohl einerseits aus dem Blickwinkel der Sparsamkeit unter diese, unter dem Aspekt möglicher alternativer Handlungsmöglichkeiten aber auch unter den Begriff der Zweckmäßigkeit subsumiert werden.

Diese soeben näher dargelegten Kontrollmaßstäbe sind als allgemeine Maxime staatlichen Handelns anerkannt, werden aus dem verfassungsrechtlichen Effizienzprinzip abgeleitet<sup>26</sup> und räumen dem RH damit eine umfassende Rechnungs-, Rechtmäßigkeits- und Wirtschaftlichkeitskontrollbefugnis ein.<sup>27</sup> Umso interessanter ist es, jene Fälle einer näheren Betrachtung zu unterziehen, in denen von diesem Prüfmaßstab abgewichen wird. Ein Abgehen von dieser Trias aus Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit ist vor allem in zwei Fällen vorgesehen, nämlich einerseits bei der Kontrolle der gesetzlichen beruflichen Vertretungen, bei denen sich eine Überprüfung nicht auf die Zweckmäßigkeit des Mitteleinsatzes erstrecken darf,<sup>28</sup> und andererseits bei der Kontrolle der Parteifinanzen, bei denen sich die Prüftätigkeit des RH auf die

23 *Karlovsky/Hattenberger/Koller* in *Holoubek/Potacs* 352.

24 *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>4</sup> (2001) Art 126b Rz 34.

25 *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>4</sup> Art 126b Rz 34; *Karlovsky/Hattenberger/Koller* in *Holoubek/Potacs* 352; *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 51 Rz 4; *Hengstschläger* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>4</sup> Art 51 Rz 78.

26 *Grabenwarter/Frank*, B-VG Art 126b Rz 9 mwN; vgl auch Art 51 Abs 8 B-VG.

27 *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>4</sup> Art 126b Rz 31.

28 Art 127b Abs 3 B-VG.

ziffernmäßige Richtigkeit und auf die Übereinstimmung mit den Vorgaben des Parteiengesetzes zu beschränken hat.<sup>29</sup>

## 2.1. Gesetzliche berufliche Vertretungen

Die Materialien zu Art 127b B-VG lassen hinsichtlich des Prüfmaßstabs des RH bei der Kontrolle der Kammern keinen Zweifel – etwa in Richtung eines möglichen Redaktionsversehens – sondern sprechen ausdrücklich von einer Einschränkung seiner Kontrollbefugnis.<sup>30</sup> Als Begründung wird genannt, dass die Beschränkung des Prüfmaßstabs des RH erforderlich sei, um die Autonomie der Selbstverwaltung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen nicht zu gefährden. Dem RH soll es daher nicht obliegen, auch die Zweckmäßigkeit der Gebarung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen in die Kontrolle mit einzubeziehen.

Die Auswirkung dieser gewollten Beschränkung des Prüfmaßstabs in der Praxis ist allerdings äußerst umstritten, da ins Treffen geführt wird, dass es sich bei der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit in Wahrheit um die Umschreibung eines allgemeinen Effizienzgrundsatzes handle und daher eine eigenständige und unabhängige Bedeutung jedes der drei Elemente nicht möglich sei.<sup>31</sup> Bei genauerer Betrachtung lassen sich jedoch mMn – wie oben dargelegt – durchaus gewisse eigenständige Bedeutungen der Begriffe eruieren.

Unter Zuhilfenahme der in den Materialien zugrunde gelegten Begründung<sup>32</sup> und der ausdrücklichen Normierung, dass eine Überprüfung des RH bei gesetzlichen beruflichen Vertretungen „nicht die für die Gebarung in Wahrnehmung der Aufgaben als Interessenvertretung maßgeblichen Beschlüsse der zuständigen Organe“<sup>33</sup> umfassen solle, ist wohl der Meinung beizupflichten, dass der Gesetzgeber damit ausdrücken wollte, dass der RH zwar die eingesetzten Mittel prüfen kann, nicht allerdings, ob die gesetzten Maßnahmen selbst die ideale Wahl zur Zielerreichung waren.<sup>34</sup>

Grundsätzlich erscheint die Bestrebung einer gewissen Beschränkung der Bewertung der Zweckmäßigkeit bestimmter gesetzter Maßnahmen bzw Mittelverwendungen in soeben dargelegtem Verständnis auf den ersten Moment eigenartig, bei näherer Betrachtung aber durchaus nachvollziehbar. So ist unbestreitbar, dass gerade etwa die Interessenvertretung

---

29 § 1 Abs 6 Z 4 Parteiengesetz 2012 BGBl I 2012/56 (PartG).

30 58 BglNR 19. GP 8.

31 Vgl etwa *Budischowsky*, Die Prüfung der Kammern durch den Rechnungshof, ZfV 1995, 774; *Klemenz*, Probleme der Rechnungshofkontrolle bei Selbstverwaltungskörpern, ÖZW 1992, 42.

32 Vgl 58 BglNR 19. GP 8.

33 Art 127b Abs 3 B-VG.

34 So *Hengstschläger*, Rechnungshofkontrolle. Kommentar zum fünften Hauptstück des B-VG „Rechnungs- und Gebarungskontrolle“ (2000) Art 127b B-VG, Rz 5; *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>4</sup> Art 127b Rz 14; aA *Budischowsky*, ZfV 1995, 774 und *Klemenz*, ÖZW 1992, 42, die von einer Bedeutungslosigkeit der Streichung des Wortes Zweckmäßigkeit auf den Prüfmaßstab ausgehen.

und die damit verbundene Aufgabe des legitimen Lobbyierens – für die Anliegen der Mitglieder oder bestimmte Inhalte – auf unterschiedliche Weise erfolgen kann. So wird bspw der Gesundheitsschutz von Arbeitnehmer\_innen, die an einer Werkbank tätig sind, sowohl durch eine gezielte Aufklärungs- und Bewusstseinskampagne wie auch durch die Beteiligung an einer ministeriellen Arbeitsgruppe zur Erarbeitung einer möglichen Novelle eines entsprechenden Arbeitnehmer\_innenschutzgesetzes oder aber auch durch die kostenlose Zur-Verfügung-Stellung etwa von Schutzbrillen für die Betroffenen gefördert werden können. Die Beurteilung der Entscheidung, welche dieser Maßnahmen nun am zweckmäßigsten ist, um möglichst viele Arbeitnehmer\_innen vor Schäden zu schützen, wollte der Gesetzgeber offensichtlich nicht der Beurteilung durch den RH im Rahmen seiner ex-post Kontrolle überlassen, da dadurch eine Beschränkung der Autonomie der Kammern befürchtet wurde. Dies ist insoweit auch nachvollziehbar, da wohl schwer beurteilt werden kann, inwiefern sich eine Entscheidung für die eine oder die andere Maßnahme ausgewirkt hätte. Speziell in Bereichen, in denen den handelnden Akteur\_innen eine große Betätigungsfreiheit und damit ein weiter Ermessensspielraum zukommt und eine Zielerreichung durch eine Vielzahl an Maßnahmen denkbar ist, erscheint die Beschränkung des Prüfmaßstabs daher durchaus legitim, und kann wohl auch historisch erklärt werden.<sup>35</sup> Zudem ist zu erwähnen, dass die Grundsätze der Effizienz – im Sinne der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – auch mitunter in einem Widerspruch mit dem Grundsatz der Effektivität – im Sinne einer wirkungsorientierten Zweckmäßigkeit – stehen.<sup>36</sup> Dies stützt daher das Verständnis, dass der Ausschluss der Zweckmäßigkeit dahingehend zu verstehen sein wird, dass der RH den Mitteleinsatz der Kammern zwar auf Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit hin kontrollieren kann, indem etwa geprüft wird, ob für die im obigen Beispiel angeführten Schutzbrillen ein marktüblicher Preis bezahlt und entsprechende Vergleichsangebote eingeholt wurden. Nicht geprüft werden kann hingegen die Zweckmäßigkeit, also die Frage, ob die Entscheidung zum Kauf von Schutzbrillen die wirkungsvollste Maßnahme war, um den Schutz von Arbeitnehmer\_innen zu bewerkstelligen. Besonders geschützt werden sollte demnach die Freiheit interessenpolitischer Entscheidungen.<sup>37</sup> Damit wäre auch dem in den Materialien genannten Ziel, nämlich die Autonomie der Selbstverwaltung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen zu schützen, zum Durchbruch verholfen. Wie oben bereits angesprochen, sind die Grenzen jedoch fließend und dementsprechend die Auswirkung auf die Prüfpraxis unklar. So stellt sich etwa die Frage, ob eine Empfehlung, die darauf abzielt, eine bestimmte Maßnahme nicht mehr zu setzen, bereits zur Zweckmäßigkeit zählt oder – wie in der Praxis – unter die Elemente Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu subsumieren ist.<sup>38</sup>

---

35 Vgl. *Cerny*, Gedanken zur sozialen Selbstverwaltung, DRdA 2018, 283 (295 ff).

36 *Karlovsky/Hattenberger/Koller* in *Holoubek/Potacs* 352.

37 *Cerny*, DRdA 2018, 295.

38 Vgl. dazu etwa Bericht des Rechnungshofs, Reihe KAMMER 1/2019, 99.

Warum allerdings bei den gesetzlichen beruflichen Interessenvertretungen die Autonomie im Rahmen der Rechnungshofkontrolle durch Entfall des Zweckmäßigkeitselements<sup>39</sup> einen besonderen Schutzstatus – insbesondere im Vergleich zu den übrigen sonstigen Selbstverwaltungskörpern<sup>40</sup> – genießen sollte, kann hinterfragt werden und erscheint auf den ersten Blick auch nicht schlüssig. Wohl kann argumentiert werden, dass soziale Selbstverwaltung als staatsnäher zu qualifizieren ist als die anderen Selbstverwaltungsträger.<sup>41</sup> Diese Staatsnähe kann etwa durch die detaillierten gesetzlichen Bestimmungen in Kombination mit dem Legalitätsprinzip im Gegensatz zu den sehr weit und allgemein gehaltenen gesetzlichen Aufgabenumschreibungen der Kammern begründet werden.<sup>42</sup> So kann gesagt werden, dass die Beurteilung der Zweckmäßigkeit umso schwieriger wird, je größer der Handlungsspielraum der entsprechenden Akteurin ist, weil sich dadurch auch die Möglichkeiten alternativen Handelns deutlich erhöhen. Andererseits kann ins Treffen geführt werden, dass auch im Rahmen von Unternehmen unter staatlicher Kontrolle die gesetzlichen Vorgaben kaum näher determiniert sind, als im Bereich der Kammern, weshalb die Andersbehandlung im Kern wohl als politischer Wille des Verfassungsgesetzgebers qualifiziert werden muss.

## 2.2. Politische Parteien

Eine durchaus ähnliche Situation zeigt sich auch in Bezug auf den zweiten prominenten Fall eines vom Regelfall abweichenden Prüfmaßstabs: nämlich jenen im Rahmen der Kontrolle der Finanzen politischer Parteien. So hat sich der Verfassungsgesetzgeber in diesem Fall kurzerhand dafür entschieden, die Prüfung des RH überhaupt darauf zu beschränken, die ziffernmäßige Richtigkeit und die Übereinstimmung der Angaben mit den Vorgaben des Parteiengesetz sowie mögliche Verstöße gegen selbiges zu kontrollieren.<sup>43</sup> Die Materialien geben dazu an, dass die Festlegung des Prüfmaßstabs in dieser Form auf dem Gedanken fußt, dass politischen Parteien eine sehr weitreichende Betätigungsfreiheit eingeräumt ist, die trotz Kontrollmöglichkeit des RH nicht beschränkt werden soll-

---

39 Zum Aufsichtsrecht siehe Art 120b B-VG, wobei auch im Zuge des Aufsichtsrechts die Festlegung einer Zweckmäßigkeitkontrolle gegenüber den gesetzlichen beruflichen Vertretungen ausgeschlossen ist, anderes gilt in Bezug auf Sozialversicherungsträger, s AB 370 BlgNR 23. GP 5.

40 Vgl allerdings auch Art 120c Abs 2 B-VG; der Prüfmaßstab gerichtet auf Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit in Bezug auf Sozialversicherungsträger ergibt sich aus Art 126c B-VG, auch wenn diese Norm keine ausdrückliche Bestimmung über die anzuwendenden Prüfmaßstäbe enthält, s *Kroneder-Partisch in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>4</sup> Art 126c Rz 6 mwN, so auch *Stolzlechner*, Zusammenführung der Prüfungsorganisationen von Finanzverwaltung und Sozialversicherungsträgern, in *Baumgartner*, Öffentliches Recht: Jahrbuch (2019) 84 (106).

41 Vgl dazu *Eberhard*, Die „sonstige Selbstverwaltung“ im Zusammenspiel von Art 120a bis 120c B-VG und der Judikatur des VfGH, *ZfV* 2021, 15 (19).

42 *Cerny*, DRdA 2018, 295.

43 Vgl § 1 Abs 6 Z 4 PartG.

te.<sup>44</sup> Dies wird in der Begründung zu den einfachgesetzlichen Ausführungsbestimmungen der Kontrolle politischer Parteien dahingehend präzisiert, als darin festgelegt wird, dass Prüfmaßstäbe des RH nach dem Parteiengesetz die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben in den Rechenschafts- und Wahlwerbungsberichten sowie die Einhaltung der Bestimmungen des Parteiengesetzes sind.<sup>45</sup>

Wenn sich auch die Ausgestaltung des Prüfmaßstabs in Bezug auf politische Parteien durch das Entfallen der Begriffe der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erheblich von jenem bei den gesetzlichen beruflichen Vertretungen unterscheidet, so ist mMn die Stoßrichtung doch eine sehr ähnliche. So wird bezüglich der politischen Parteien die Beschränkung des Prüfmaßstabs zwar nicht mit der Autonomie, sondern mit der breiten Betätigungsfreiheit begründet. Gemeint dürfte damit aber wohl das Gleiche sein, nämlich die Absicherung der Freiheit, selbst zu entscheiden, welche Maßnahmen und Aktionen gesetzt werden, um die Ziele des Rechtsträgers – sei es eine gesetzliche berufliche Vertretung oder aber eine politische Partei – zu verfolgen. Es bestand wohl offensichtlich eine gewisse Befürchtung, dass der RH womöglich bestimmte Aktionen oder Handlungen – in diesem Fall der politischen Parteien – als nicht zweckmäßig (sparsam, wirtschaftlich) beurteilen könnte. Fiktive Beispiele sind vielfältig, so zB, wenn der RH in einer ex-post Kontrolle feststellen muss, dass eine politische Partei trotz massivem Einsatz von Wahlwerbegeschenken an Stimmen verloren hat, weil etwa auf „falsche“ Themen gesetzt wurde. Tatsächlich zeigt sich allerdings selbst an diesem kurzen Beispiel bereits die Gratwanderung zwischen einer Beurteilung als zweckmäßig (wirtschaftlich, sparsam) und einer indirekten Vorgabe zum Tun oder Unterlassen bestimmter Handlungen im Wege einer solchen Effizienzkontrolle, da diese unweigerlich eine Wertung über die Gestaltung und den Einsatz von Mitteln für die politische Arbeit beinhaltet.<sup>46</sup> Ob diese Befürchtungen schlussendlich begründet sind oder nicht, kann nicht abschließend beurteilt werden.<sup>47</sup>

### 3. Auswirkungen des eingeschränkten Prüfmaßstabs auf die Prüfpraxis des RH

So spannend die unterschiedlichen Vorgaben zum Prüfmaßstab des RH in Bezug auf bestimmte Einrichtungen sind, scheint die praktische Auswirkung jedoch gering. So kann in den einzelnen Begriffen des Kontrollmaßstabs zwar mMn schon eine eigenständige Bedeutung erkannt werden, durch das Ineinanderfließen der Grenzen insbesondere zwischen Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einerseits und Zweckmäßigkeit andererseits ist in der Praxis bei der Prüfung und auch bei der inhaltlichen Gestaltung der Berichte

---

44 Begründung des Initiativantrags 2487/A 27. GP 24; zum Bedeutungsgehalt der Betätigungsfreiheit politischer Parteien vgl etwa *Heindl*, Parteispenden: Transparenz versus Parteienfreiheit, ZfV 2000, 370.

45 Begründung des Initiativantrags 2487/A 27. GP 42.

46 *Heindl*, ZfV 2000, 370.

47 Zur Gratwanderung vgl beispielhaft etwa die Kritik zur Refundierung von „Rauchwaren“ (konkret Zigarren), welche als Ausstattung eines Projekts bzw einer PR-Aktion zur bildlichen Darstellung von Reich und Arm refundiert worden waren, Bericht des Rechnungshofs Reihe Bund 2009/1, 140.

kaum ein Unterschied feststellbar. Allen Prüfungen gemein und aus dem Blickwinkel der Kontrolle essentiell ist jedoch, dass der RH durch direkte Kontroll- und Einschaurechte die Mittelverwendung der öffentlichen Hand penibel genau überprüfen kann und den gewählten Volksvertreter\_innen zur Ausübung ihres Kontrollrechts fachlich fundiert aufbereitet darlegt, wofür wie viel Geld verwendet wurde.<sup>48</sup> Das ist nämlich im Grunde die essentielle Information für die Abgeordneten, um bei den Entscheidungsträger\_innen in den entsprechenden Ausschüssen des Nationalrats und der Landtage die Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Mittelverwendung einmahnen zu können. Denn selbst wenn dem RH eine Beurteilung der Zweckmäßigkeit verwehrt bleibt, so steht es den Abgeordneten und auch der Öffentlichkeit selbstverständlich frei, die Zweckmäßigkeit bestimmter Ausgaben oder Handlungen kritisch zu hinterfragen. Aus dem Blickwinkel der parlamentarischen Kontrolle scharf zu kritisieren ist allerdings, dass die Prüfberichte betreffend die Kammern dem Nationalrat nicht zugeleitet werden und dementsprechend nicht im Rechnungshofausschuss und in den Plenarsitzungen des Nationalrats diskutiert werden.<sup>49</sup>

Die RH-Kontrolle der politischen Parteien nimmt in mehrerlei Hinsicht eine Sonderrolle ein. So wurde lange Zeit kritisiert, dass die Angaben der Parteien in ihren Rechenschaftsberichten nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden können.<sup>50</sup> Das Hauptaugenmerk der Kontrolle bei politischen Parteien liegt daher nicht darauf, ob die getätigten Ausgaben im Sinne einer effizienten Verwaltung sparsam und zweckmäßig waren, sondern vielmehr, ob die Angaben der Parteien, wofür sie das ihnen zur Verfügung gestellte Geld verwendet haben, auch tatsächlich stimmen. Vordergründig ist in diesem Bereich daher die Transparenz und Kontrolle der Finanzierungswege durch eine Prüfung, die sich auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben bezieht.<sup>51</sup> Dies macht mMn auch deshalb Sinn, weil dadurch sichergestellt wird, dass die Parteien ihr Geld entsprechend den Angaben im Rechenschaftsbericht verwendet haben. Ein Urteil dahingehend, ob die Verwendung dieser Mittel nun zweckmäßig oder unterstützenswert ist oder nicht, obliegt schlussendlich den Wähler\_innen, die auch diesen Aspekt in ihre Wahlentscheidung einfließen lassen können. Mangels Beurteilung oder Wertung des Mitteleinsatzes durch den RH erfolgt damit auch kein „klassischer“ Rechnungshofbericht als Ergebnis der Überprüfung der Parteifinanzen. Vielmehr stellt er öffentlich fest,<sup>52</sup> dass die Angaben

---

48 Zur Informationsbeschaffung durch die Hilfsorgane siehe auch die Beiträge in diesem Heft von *Hiesel*, Parlamentarische Kontrolle und Volksanwaltschaft, 521 und *Schneeberger*, Die Parlamentarische Bundeswehrkommission, 531.

49 Vgl Art 127b Abs 4 B-VG; 58 BlgNR 19. GP 8; in diesem Sinne auch *Kroneder-Partisch* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht<sup>4</sup> Art 127b Rz 18 mwN; da diese Prüfberichte nicht vom Rechnungshof an den Nationalrat übermittelt werden, bilden sie auch keinen Verhandlungsgegenstand, welcher im Ausschuss oder in der Folge in der Plenarsitzung behandelt werden kann.

50 *Sickinger/Huter/Skrabal/Breitschopf*, Parteienfinanzierung, Abgeordneteneinkünfte, Medientransparenz, Lobbygesetzgebung, Informationsfreiheit (2019) 11; *Eisner/Kogler/Ulrich*, Das Recht der politischen Parteien<sup>5</sup> (2019) XXXIX; *Pentz*, Parteispenden und Staatliche Kontrolle, *juridikum* 2017, 432 (437).

51 *Heindl*, *ZfV* 2000, 370.

52 Vgl § 10 Abs 8 PartG.

der Partei richtig oder falsch sind. In letzterem Fall ergeht eine Mitteilung an den Unabhängigen Parteien-Transparenz-Senat, welcher auf Grundlage der Erkenntnisse aus der RH-Kontrolle Sanktionen, etwa Geldbußen über die politische Partei, aussprechen kann.<sup>53</sup> Durch die Zuständigkeiten des RH bei der Kontrolle der Parteifinzen liegt im Grunde eine Art wechselseitige Selbstkontrolle der Parteien unter Zuhilfenahme des RH vor, weshalb in diesem Fall die Entfernung vom klassischen Gegenspiel zwischen gewählten Volksvertreter\_innen und ernannten Regierungsmitgliedern besonders evident wird. Der Grundgedanke, dass dem Nationalrat als Parlament die finanzielle Kontrolle obliegt, liegt allerdings auch dieser gesetzlichen Vorgabe zu Grunde, weshalb es kohärent erscheint, dass auch die Finanzen der politischen Parteien – die sich im Wesentlichen aus öffentlichen Geldern speisen – durch das darauf spezialisierte Hilfsorgan des Nationalrats kontrolliert werden.

#### 4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass im Rahmen der parlamentarischen Finanzkontrolle aufgrund der umfassenden Befugnis der Kontrolle des gesamten Staatshaushalts durch die Parlamente das klassische Wechselspiel zwischen gewählten Volksvertreter\_innen und ernannten Regierungsmitgliedern unterschiedlich stark ausgeprägt ist, da auch Mittelverwendungen geprüft werden, die sich nicht oder nur lose in das hierarchische System politischer Verantwortlichkeit der Exekutive eingliedern lassen, an welche aber eine Reihe an politischen Entscheidungen anknüpfen können. Als allgemeine Prüfungsmaxime ist festgelegt, dass neben der ziffernmäßigen Richtigkeit und der Rechtmäßigkeit die Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit von in weitestem Sinne öffentlichen Mitteleinsatz zu beurteilen ist. Eine Ausnahme von diesem Prüfungsregime existiert hinsichtlich der gesetzlichen beruflichen Vertretungen, bei denen der RH nicht die Zweckmäßigkeit von Tätigkeiten mit finanzieller Auswirkung zu beurteilen hat. Schließlich findet sich bei der Kontrolle politischer Parteien durch den RH ein auf die Vollständigkeit, ziffernmäßige Richtigkeit und die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen beschränkter Prüfmaßstab. Da die Grenzen zwischen Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit ineinanderfließen und zudem die Grundsätze der Effizienz und der Effektivität mitunter in einem Widerspruch zueinander stehen,<sup>54</sup> erscheinen die Auswirkungen dieser Sonderfälle in der Praxis überschaubar.

Herbert Weißensteiner ist ehem. Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht und arbeitet als Fachreferent für Aufsichtspolitik und Konsument\_innenschutz im Grünen Klub im Parlament; herbert.weissensteiner@gruene.at

---

<sup>53</sup> Vgl § 12 Abs 1 und § 10 Abs 8 PartG; zur alten Rechtslage ausführlich *Pentz*, *juridikum* 2017, 437.

<sup>54</sup> *Karlovsky/Hattenberger/Koller* in *Holoubek/Potacs* 352.

# Parlamentarische Kontrolle und Volksanwaltschaft

Martin Hiesel

---

## 1. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Volksanwaltschaft (VA) und ihre Funktion im Rahmen der parlamentarischen Kontrolle. Er geht der Tätigkeit der VA im Bereich der nachprüfenden Verwaltungskontrolle<sup>1</sup> nach und untersucht, wie sich Parlament und VA wechselseitig beeinflussen und was die VA besonders macht.

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der VA sind im neunten Hauptstück des B-VG in den Art 148a bis 148j B-VG geregelt.<sup>2</sup> Ausführende Regelungen befinden sich im Volksanwaltschaftsgesetz 1982<sup>3</sup> und in der – von den Mitgliedern der VA selbst einstimmig zu erlassenden – Geschäftsordnung<sup>4</sup> sowie in der Geschäftsverteilung<sup>5</sup>.

Zum besseren Verständnis voranzuschicken ist, dass die VA staatsorganisationsrechtlich betrachtet als ein *bundesverfassungsgesetzlich eingerichtetes Organ der Staatsfunktion Gesetzgebung* zu qualifizieren ist.<sup>6</sup> Daraus folgt, dass die spezifischen bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Staatsfunktion Verwaltung (zB Amts- und Organhaftung, Auskunftspflicht) für sie keine Anwendung finden und insb auch eine Anfechtung ihrer Prüfungsakte bei den Verwaltungsgerichten (VwG) sowie den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts nicht in Betracht kommt.<sup>7</sup>

---

1 An dieser Stelle kann nicht auf die wichtige Tätigkeit der VA zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte in Vollziehung des Art 148a Abs 3 B-VG eingegangen werden. Vgl dazu ausführlich *Hiesel*, Die Aufwertung der Volksanwaltschaft, JBÖR 2013, 229, und die auf der Webseite der VA abrufbaren Jahresberichte „Präventive Menschenrechtskontrolle.“ Ebenfalls aus Platzgründen nur am Rande behandelt werden kann der Themenkreis Kontrolle der Verwaltung durch die Landtage (LT) und Volksanwaltschaft.

2 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl 1930/1, zuletzt geändert durch BGBl I 2017/138. Siehe dazu die sehr ausführlichen Kommentierungen von *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (12. Lieferung 2016) Art 148a bis j, und *Thienel/Leitl-Staudinger* in *Kneiß/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (18. Lieferung 2017) Art 148a bis j, sowie – inzwischen in Teilen überholt – *Klecatsky/Pickl*, Die Volksanwaltschaft (1989). Eine aktuelle Kurzkommentierung beinhaltet *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> (2022) Art 148a bis j B-VG.

3 BGBl 1982/433 (WV) idF BGBl I 2021/56.

4 Derzeit in Geltung: Geschäftsordnung der Volksanwaltschaft, ihrer Kommissionen, des Menschenrechtsbeirates und der Rentenkommission (GeO der VA 2018) BGBl II 2018/240.

5 Derzeit in Geltung: Geschäftsverteilung der Volksanwaltschaft, ihrer Kommissionen und des Menschenrechtsbeirates (GeV der VA 2022) BGBl II 2022/298.

6 Siehe VfSlg 13.560/1993 und deutlich VfSlg 15.127/1998; VfGH 24.11.2017, E 1641/2017. IdS wohl auch VwGH 15.9.2006, 2004/04/0018.

7 IdS etwa VfGH 25.9.1978, B 377/78; VwSlg 10.235 A/1980.

## 2. Das Verhältnis zwischen Volksanwaltschaft und Parlament

### 2.1. Unabhängigkeit

Der Bundesverfassungsgesetzgeber hat im Zuge der Schaffung der VA die Entscheidung getroffen, dass die VA in Ausübung ihres Amtes *unabhängig* sein soll.<sup>8</sup> Diese Unabhängigkeit besteht nicht nur gegenüber der Verwaltung, sondern *auch gegenüber dem Parlament*. Während etwa der Rechnungshof (RH) auf Beschluss des Nationalrats (NR) oder auf Verlangen von Mitgliedern des NR eine Gebarungsüberprüfung durchzuführen hat,<sup>9</sup> ist die Erteilung von Prüfaufträgen an die VA durch Organe der Gesetzgebung oder der Vollziehung schlechthin *nicht zulässig*. Im Gegensatz zum Präsidenten des RH, der durch Beschluss des NR jederzeit abberufen werden kann,<sup>10</sup> hat das Parlament überdies keine Möglichkeit, ein Mitglied der VA des Amtes zu entheben,<sup>11</sup> wenn es seine Amtsführung aus politischen Gründen missbilligt.<sup>12</sup>

Darüber hinaus beinhaltet die Unabhängigkeitsgarantie wohl auch eine gewisse wirtschaftliche Absicherung der Mitglieder der VA<sup>13</sup> und eine an den Gesetzgeber gerichtete Verpflichtung, der VA jene Budgetmittel und Planstellen zur Verfügung zu stellen, die sie zur Erfüllung ihrer bundesverfassungsgesetzlich festgelegten Aufgaben unabdingbar benötigt.<sup>14</sup> Hinsichtlich der internen Organisation ist auf Art 148h B-VG zu verweisen, der dem Vorsitzenden der VA die Diensthoheit gegenüber den Bediensteten der VA zuweist. Damit wird die Unabhängigkeit der VA gestärkt, indem ihrem Vorsitzenden insoweit die Stellung eines „obersten Verwaltungsorgans“ zugewiesen wird und ihm weitgehende Rechte hinsichtlich des Dienstbetriebes gesichert werden.<sup>15</sup>

### 2.2. Mittelbarer Einfluss durch politische Bestellung

Obgleich es dem NR im Lichte der vorstehend dargelegten Rechtslage nicht möglich ist, die tägliche Arbeit der VA zu beeinflussen, so kann er durch seine alleinige Entschei-

---

8 So ausdrücklich Art 148a Abs 6 B-VG.

9 Art 126b Abs 4 erster Satz B-VG.

10 Art 123 Abs 2 B-VG.

11 Die vielfach verwendete Charakterisierung der VA als „parlamentarisches Hilfsorgan“ erscheint daher insoweit terminologisch fragwürdig, weil die VA – ihrem bundesverfassungsgesetzlichen Auftrag entsprechend – ihre Tätigkeit in Unabhängigkeit vom Parlament auszuüben hat. Sie ist aber insoweit nachvollziehbar, als ihre Arbeit dem Parlament Grundlagen für die Ausübung seiner Kompetenzen im Bereich der Gesetzgebung und der parlamentarischen Kontrolle liefern soll, was wiederum die Effektivität der Tätigkeit der VA steigert.

12 Möglich ist zufolge Art 148g Abs 6 B-VG iVm Art 142 Abs 2 lit b B-VG die Erhebung einer Anklage beim VfGH wegen Gesetzesverletzung durch Beschluss des NR. Das Erk des VfGH könnte dann unter bestimmten Voraussetzungen auf Verlust des Amtes lauten.

13 Vgl dazu sinngemäß VfSlg 14.867/1997 zu Art 87 Abs 1 B-VG.

14 Zuzufolge Art 148d Abs 2 zweiter Satz B-VG haben die Mitglieder der VA das Recht, bei Verhandlungen über die die VA betreffenden Untergliederungen des Entwurfes des BFG im NR und in seinen Ausschüssen (Unterausschüssen) teilzunehmen und auf ihr Verlangen jedes Mal gehört zu werden.

15 In der Praxis gibt es seit Jahrzehnten eine enge Zusammenarbeit zwischen dem jeweils – gemäß Art 148g Abs 3 B-VG für ein Jahr – vorsitzführenden VA und den anderen Mitgliedern der VA, sodass insoweit eine Kontinuität der Vorsitzführung gewährleistet ist.

dungsbefugnis in Bezug auf ihre personelle Zusammensetzung mittelbar doch einen gewissen Einfluss auf ihre Tätigkeit nehmen: Die VA besteht nämlich aus drei Mitgliedern, die vom NR auf Grund eines Gesamtvorschlages des Hauptausschusses für eine Funktionsperiode von sechs Jahren „gewählt“ werden. Die drei mandatsstärksten (bzw bei Mandatsgleichstand stimmenstärksten<sup>16</sup>) Parteien des NR haben das Recht, je ein Mitglied für den Gesamtvorschlag namhaft zu machen. Im Falle des vorzeitigen Ausscheidens eines Mitglieds der VA (zB Amtsverzicht, Tod) schlägt jene Partei, die dieses Mitglied namhaft gemacht hat, für den Rest der Funktionsperiode ein neues Mitglied vor.<sup>17</sup> Schließlich ist eine *einmalige Wiederwahl* der Mitglieder der VA zulässig,<sup>18</sup> wobei in diesem Zusammenhang die Zufriedenheit mit der bisherigen Amtsführung entscheidend dafür sein kann, ob ein Mitglied der VA neuerlich für den Gesamtvorschlag namhaft gemacht bzw der Gesamtvorschlag von den Abgeordneten des NR ausreichend unterstützt wird.<sup>19</sup>

### 3. Die Prüftätigkeit der Volksanwaltschaft

#### 3.1. Zuständigkeit

Art 148a Abs 1 B-VG normiert, dass die gesamte Verwaltung des Bundes einschließlich dessen Tätigkeit als Träger von Privatrechten der Kontrolle durch die VA unterliegt.<sup>20</sup> Vom Zuständigkeitsbereich der VA umfasst sind daher sowohl die gesamte hoheitliche als auch die Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes<sup>21</sup> und zwar selbst dann, wenn sie von einer unabhängigen Verwaltungsbehörde oder einem obersten Verwaltungsorgan (zB dem/der BPräs oder der BReg) ausgeübt wird.

Nach zutreffender Auffassung liegt Art 148a Abs 1 B-VG hinsichtlich der hoheitlichen Verwaltung ein *funktionaler* Verwaltungsbegriff zugrunde, sodass nicht nur die gesamte unmittelbare Bundesverwaltung, sondern ausnahmslos jede hoheitliche Verwaltungs-

---

16 Art 148g Abs 2 dritter Satz B-VG.

17 Art 148g Abs 4 B-VG.

18 Keine Vorkehrungen existieren für den Fall, dass bei Ablauf einer Funktionsperiode noch keine neuen Mitglieder bestellt sind. In einem solchen Fall wäre die VA bis zur Bestellung der neuen Mitglieder praktisch handlungsunfähig, weil die Vertretung eines Volksanwaltes bzw einer Volksanwältin nur durch einen anderen Volksanwalt oder eine andere Volksanwältin möglich ist.

19 In diesem Zusammenhang existiert somit ein großer Unterschied zwischen dem NR einerseits und dem BR und den LT andererseits, die keinen Einfluss auf die personelle Zusammensetzung der VA nehmen können und somit überhaupt keinen Einfluss auf die Tätigkeit der VA haben.

20 In Bezug auf die Verwaltungen der Länder sieht Art 148i B-VG vor, dass die Länder die VA durch Landesverfassungsgesetz auch für den Bereich der Verwaltung des betreffenden Landes für zuständig erklären können, wobei für den Bereich der nachprüfenden Kontrolle alle Länder mit Ausnahme von Tirol und Vorarlberg davon Gebrauch gemacht haben (in Vollziehung des Art 148a Abs 3 B-VG haben alle Länder von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht). Für die vorliegende Abhandlung, die schwerpunktmäßig das Verhältnis der VA zur Kontrolle des NR und des BR zum Gegenstand hat, ist aber primär die Kontrolle der Bundesverwaltung durch die VA von Interesse. Sinngemäß gelten die gegenständlichen Ausführungen aber auch für den Bereich der Landesverwaltung in den Ländern, die dafür eine Prüfzuständigkeit der VA geschaffen haben.

21 Vgl zB VfSlg 13.323/1992 und 14.139/1995.

tätigkeit, die dem Bund zuzurechnen ist – zB mittelbare Bundesverwaltung, Selbstverwaltungsträger, juristische Personen öffentlichen Rechts und Beliehene – der Kontrolle der VA unterliegt.<sup>22</sup>

Nach VfSlg 13.323/1992 liegt Art 148a B-VG in Bezug auf die nichthoheitliche Verwaltung hingegen ein *organisatorischer* Begriff der Bundesverwaltung zugrunde, was bedeutet, dass die Prüfzuständigkeit der VA in Bezug auf die nichthoheitliche Verwaltung nur jene Bereiche umfasst, die von Bundesorganen im organisatorischen Sinn selbst vollzogen werden.<sup>23</sup> Soweit Angelegenheiten der nichthoheitlichen Verwaltung von Organen anderer Rechtsträger, zB ausgegliederte Rechtsträger, Selbstverwaltungsträger oder juristische Personen des öffentlichen Rechts, besorgt werden, besteht daher keine Prüfbeschluss der VA.<sup>24</sup>

In Bezug auf die Tätigkeit der Gesetzgebungsorgane und der Gerichte besteht keine Prüfzuständigkeit der VA, sofern diese Tätigkeit nicht ausnahmsweise als Verwaltung im Sinne des B-VG zu qualifizieren ist. Dazu zählen neben den *angelagerten Verwaltungsfunktionen der parlamentarischen Organe* insb die *Justizverwaltung*. Ferner kann sich „jedermann“ wegen behaupteter Säumnis eines Gerichtes mit der Vornahme einer Verfahrenshandlung bei der VA beschweren, sofern er davon betroffen ist.<sup>25</sup> Darüber hinaus kann die VA auch einen auf die Beseitigung der Säumnis eines Gerichtes gerichteten Fristsetzungsantrag stellen sowie Maßnahmen der Dienstaufsicht anregen.<sup>26</sup>

### 3.2. Prüfungsvoraussetzungen

Eine Missstandsprüfung kann sowohl aus Anlass einer konkreten Beschwerde als auch von Amts wegen eingeleitet werden. Zuzufolge Art 148a Abs 1 B-VG kann sich jedermann bei der VA wegen behaupteter Verwaltungsmissstände beschweren, sofern er von diesen Missständen betroffen ist und ihm ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zur Verfügung steht.<sup>27</sup> Diese Beschwerdemöglichkeit ist ein jeder natürlichen oder juristischen Person eingeräumtes verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht. Der Verwaltungsgerichtshof

22 Siehe zB AB 421 BlgNR 14. GP, wonach sich die Kontrollbefugnis der VA auf den übertragenen und eigenen Wirkungsbereich aller Selbstverwaltungskörper bezieht, sowie VfSlg 14.593/1996 (Zulässigkeit der Anfechtung einer Mustersatzung einer Krankenkasse).

23 Diese Rechtslage wurde in den vergangenen 30 Jahren sowohl seitens der VA als auch namhafter Wissenschaftler in rechtspolitischer Hinsicht wiederholt kritisiert – siehe zB *Stolzlechner*, Privatisierung staatlicher Verwaltungsaufgaben und Kontrolle durch die Volksanwaltschaft, ZfV 1997, 1 (10 f); *Adamovich*, Über den Ausbau der Zuständigkeit der Volksanwaltschaft und damit zusammenhängende Vorschläge, in *Korosec*, Die Arbeit der Volksanwaltschaft (2001) 23 (28 f). Zu der auch von der VA mehrfach geforderten Erstreckung der Prüfzuständigkeit der VA ist es bisher allerdings nicht gekommen; für die VA s zB die Stellungnahme zur Universitätsrechtsnovelle 2008, BMWF-52.250/0135-I/6a/2008, 2.

24 Vgl zB den Prüfbericht 2017, 175, wo die VA in Bezug auf ausgegliederte Rechtsträger ausdrücklich anerkennt, dass „die Entscheidung, ob und wie auf Interventionen der VA reagiert wird, allein den betroffenen Unternehmen obliegt.“

25 Art 148a Abs 4 erster Satz B-VG.

26 Art 148c letzter Satz B-VG. Von dieser Kompetenz wird in der Praxis nur selten Gebrauch gemacht.

27 Eine Beschwerdefrist existiert nicht.

(VwGH) hat dazu festgestellt, dass die Ausübung dieses Rechts auch durch Geheimhaltungsvorschriften nicht obsolet gemacht werden darf, weil die Kommunikation zwischen Beschwerdeführer\*innen und VA einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz unterliegt.<sup>28</sup>

Art 148a Abs 2 B-VG beinhaltet eine Ermächtigung der VA, ihre Kontrolltätigkeit auch losgelöst von konkreten Beschwerdefällen zu entfalten und damit auch dort tätig zu werden, wo sie das Vorliegen eines Verwaltungsmissstandes von sich aus vermutet.<sup>29</sup> Damit wird die VA insb in die Lage versetzt, Systemprüfungen vorzunehmen und auch dort einzuschreiten, wo die von Missständen betroffenen Menschen ihre Interessen selbst aus welchen Gründen auch immer (Alter, Krankheit, Angst vor Repressalien etc) nicht hinreichend wahrnehmen können.

In der Praxis werden amtswegige Prüfungsverfahren unter Bedachtnahme auf die vorhandenen personellen Ressourcen vor allem dort durchgeführt, wo die VA aufgrund von ihr vorliegenden Informationen entweder *strukturelle Missstände* (zB regelmäßig überlange Verfahrensdauer oder andere wiederholte Verletzungen der Rechtslage) oder *grobe Missstände in einem Einzelfall* vermutet.<sup>30</sup>

### 3.3. Prüfungsmaßstab

Die VA hat im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches zu prüfen, ob ein Missstand in der Verwaltung vorliegt. Wenngleich der Begriff des „Missstandes“ bundesverfassungsrechtlich nicht näher umschrieben wird, kann im Lichte der verfassungsgesetzlich festgelegten Aufgabenstellung der VA aus teleologischen und systematischen Erwägungen kein Zweifel daran bestehen, dass dieser über das Vorliegen einer Rechtsverletzung hinausgeht.<sup>31</sup> Die VA hat also nicht nur zu prüfen, ob die Verwaltung rechtmäßig gehandelt hat, sondern darüber hinaus auch zu klären, ob die Verwaltung gegenüber den Beschwerde führenden Personen (auch) in anderer Hinsicht unkorrekt vorgegangen ist (zB durch unfreundliche oder gar schikanöse Behandlung). Ob ein festgestelltes Fehlverhalten so schwerwiegend ist, dass ein Missstand im Sinne des Art 148a B-VG vorliegt, ist ausschließlich von der VA selbst zu beurteilen, wobei angesichts der geringen Determinie-

28 VwGH 18.1.2007, 2004/09/0139. Unzulässig ist es daher, einen Mitarbeiter der öffentlichen Verwaltung disziplinarrechtlich zu verfolgen, weil er der VA im Zuge einer von ihm eingebrachten Beschwerde vertrauliche Unterlagen zur Verfügung gestellt hat. Siehe in diesem Zusammenhang auch allgemein VfSlg 12.096/1989, wonach „es schlechterdings denkmöglich ist, einen von der Rechtsordnung eingeräumten Rechtsweg zulässigerweise zum Anlass von Disziplinarmaßnahmen zu machen.“

29 Ein solches amtswegiges Prüfungsverfahren kann auch aus Anlass einer konkreten Beschwerde eingeleitet werden, die auf das Vorliegen eines Verwaltungsmissstandes hindeutet, der jedoch im Rahmen der Beschwerdebehandlung aus prozessualen Gründen (etwa weil keine ausreichende Betroffenheit der einschreitenden Personen vorliegt) nicht untersucht werden kann.

30 Siehe dazu etwa die im PB 2022 erörterte amtswegige Überprüfung der Sicherheitsuntersuchungsstelle des Bundes wegen der Dauer der Untersuchungen von Flugunfällen.

31 Siehe zB *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 148a Rz 2, wonach ein Missstand „keine Rechtsverletzung voraus[setzt], sondern [...] eine ‚unkorrekte‘ Verwaltungsführung schlechthin [erfasst].“

rung des verfassungsrechtlichen Missstandsbegriffs den Mitgliedern der VA diesbezüglich ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt ist.

### 3.4. Prüfungsergebnisse

Sollte eine Beschwerde aus formalen Gründen (zB mangelnde Betroffenheit, Nichtzuständigkeit der VA) *unzulässig* sein, so setzt die VA die Beschwerdeführer\*innen darüber in Kenntnis und zeigt ihnen falls möglich andere Wege auf, um ihr Problem eventuell zu lösen.

Erweist sich eine Beschwerde als *nicht berechtigt*, weil die geprüfte Behörde auf dem Boden der maßgeblichen Rechtslage korrekt und auch sonst einwandfrei vorgegangen ist, so sieht es die VA als ihre Aufgabe an, den an sie herantretenden Personen die Vorgangsweise der Verwaltung selbst in komplexen Fällen in verständlicher Weise zu erklären<sup>32</sup> und damit das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verwaltung zu erhöhen. Für den Fall, dass die Angelegenheit einen Änderungsbedarf der geltenden Rechtslage aufzeigt, setzt sich die VA im Wege einer „legistischen Anregung“ für eine Gesetzesänderung ein.<sup>33</sup>

Erweist sich eine Beschwerde hingegen als *berechtigt*, so setzt sich die VA bei der Behörde dafür ein, soweit<sup>34</sup> und so rasch wie möglich den gesetzeskonformen Zustand herzustellen, womit ein wichtiger Beitrag zur faktischen Effizienz des Rechtsstaates geleistet wird. Das kann je nach Lage des konkreten Falles die rückwirkende Zuerkennung einer Leistung, die Aufhebung des belastenden Bescheides oder aber der schnellstmögliche Abschluss eines Verfahrens mit überlanger Verfahrensdauer sein. Die VA kann der Behörde diesbezüglich Empfehlungen erteilen, die zwar nicht befolgt werden müssen, aber doch eine Reaktionspflicht auslösen.<sup>35</sup>

## 4. Funktionen der Volksanwaltschaft im parlamentarischen System

### 4.1. Stärkung der faktischen Effizienz des Rechtsstaates

Trotz des hochentwickelten Rechtsschutzsystems der österreichischen Bundesverfassung ist der Zugang zum Recht – im Sinne der Erwirkung einer letztendlich rechtsrichtigen Entscheidung<sup>36</sup> – in der Praxis immer noch für viele Menschen mit großen Problemen

32 In diesem Zusammenhang ist die VA um einen verständlichen Sprachgebrauch bemüht, der gegebenenfalls auf für juristische Laien unbekannt oder unverständliche Fachausdrücke so weit wie möglich verzichtet.

33 So setzt sich die VA derzeit intensiv für die Einführung sozialer Grundrechte ein. Maßgebend beteiligt war die VA etwa an der Reform des Sachwalterschaftsrechts.

34 Vgl dazu etwa § 68 Abs 2 bis 4 AVG 1991 BGBl 1991/51 (WV) idF BGBl I 2023/88 und § 52a Abs 1 VStG 1991 BGBl 1991/52 (WV) idF BGBl I 2023/88.

35 Art 148c B-VG. In der Praxis wird den Empfehlungen der VA in den meisten Fällen Folge geleistet.

36 Vgl dazu grundlegend bereits VfSlg 2455/1952, wonach es dem rechtsstaatlichen Prinzip entspricht, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen, und dass für die Sicherung dieses Postulates wirksame Rechtsschutzeinrichtungen bestehen. In VfSlg 2929/1955 spricht der VfGH davon, dass der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin gipfelt, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mit-

verbunden. Insb bildungsferne und einkommensschwache Bevölkerungsschichten, aber auch alte und kranke Menschen sind oft nicht in der Lage, ihre rechtlichen Interessen gegenüber einer scheinbar übermächtigen Verwaltung effektiv wahrzunehmen. Die Erfahrung zeigt, dass die Einbringung von Rechtsmitteln mitunter aus Gründen wie mangelnder Rechtskenntnis, Furcht vor einer noch ungünstigeren Entscheidung der Rechtsmittelinstantz, Unsicherheit über die mit Rechtsmitteln verbundenen Kosten, Angst vor Repressalien seitens der Behörde, Befürchtung einer überlangen Verfahrensdauer, vermeintliche Fristversäumnisse, Nervosität vor einer Gerichtsverhandlung etc, unterbleibt, die mit den materiellen Erfolgsaussichten der Beschreitung des vorgesehenen Rechtsweges nichts zu tun haben.

So ist es etwa durchaus nachvollziehbar, dass ein älterer Mensch, der plötzlich einen Bescheid über die Befristung seiner Lenkberechtigung in den Händen hält, von einer Beschwerde einbringung an das VwG Abstand nimmt, obwohl er die Befristung als ungegerechtfertigt ansieht, weil er den vollständigen Entzug der Lenkberechtigung befürchtet. Später möchte er aber doch wissen, ob die Behörde die Befristung rechtskonform vornehmen durfte. Auch Menschen, die zur Bestreitung ihrer existenziellen Bedürfnisse auf Leistungen des AMS oder auf Sozialhilfe angewiesen sind, wünschen oftmals keine gerichtliche Auseinandersetzung über die Höhe der ihnen gewährten Leistungen. Erst recht denken viele Fremde nicht daran, Säumnisbeschwerden einzubringen, wenn die Behörde über ihre Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht in der gesetzlich vorgesehenen Frist entscheidet.

In all diesen (und zahlreichen anderen) Fällen obliegt es der VA, einen Beitrag zur weitgehenden Verwirklichung des rechtsstaatlichen Ideals einer gesetzes- und verfassungskonform vorgehenden Verwaltung zu leisten. Denn der Rechtsstaat und seine Errungenschaften sollen nicht nur am Papier, sondern auch in der Praxis so weit wie möglich für „jedermann“ existieren.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Möglichkeit der VA hinzuweisen, beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Aufhebung von Verordnungen (V) wegen Gesetzwidrigkeit zu beantragen.<sup>37</sup> Der VA wird damit ein effektives Instrument zur Bekämpfung bestimmter Missstände im Bereich der Verwaltung – der Erlassung gesetzwidriger V<sup>38</sup> – in die Hand gegeben, da ein aufhebendes Erkenntnis des VfGH die angefochtene V auch gegen den Willen der verordnungserlassenden Verwaltungsbehörde aus dem Rechtsbe-

---

teilbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen, und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden. Diese Aussage ist mittlerweile zu einer Judikaturformel geworden, die einen wesentlichen Bestandteil der mit VfSlg 11.196/1986 beginnenden Rsp des VfGH zum rechtsstaatlichen Gebot der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes bildet.

37 Art 139 Abs 1 Z 5 und 6 B-VG. Dazu ausführlich *Hiesel*, Volksanwaltschaft und Verfassungsgerichtshof, JRP 2017, 78 (81 ff) mit umfassenden Nachweisen der bisherigen Anträge der VA.

38 Nicht möglich ist hingegen die Anfechtung von Gesetzen. Doch kann der VfGH einen Verordnungsprüfungsantrag der VA zum Anlass nehmen, die Verfassungskonformität der der V zugrundeliegenden Gesetzesbestimmungen amtswegig zu prüfen.

stand beseitigt.<sup>39</sup> Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die Anfechtung von V im Kärntner Ortstafelstreit, wo es die VA durch Anfechtung der einschlägigen V dem VfGH ermöglichte, umgehend auf die Umgehung seiner Rsp durch Organe des Landes zu reagieren.<sup>40</sup>

#### 4.2. Unterstützung der parlamentarischen Arbeit durch regelmäßige Berichte

Art 148d Abs 1 B-VG normiert, dass die VA dem NR und dem BR jährlich über ihre Tätigkeit zu berichten hat.<sup>41</sup> Überdies kann die VA über einzelne Wahrnehmungen jederzeit an den NR und den BR berichten. Ferner obliegt der VA gemäß Art 148a Abs 5 B-VG die Mitwirkung an der Erledigung der an den NR gerichteten Petitionen und Bürgerinitiativen. Weder Art 148d Abs 1 B-VG noch eine andere Bestimmung legen näher fest, wie die jährlich vorzulegenden Berichte der VA an den NR und den BR auszugestalten sind. Die VA misst diesen Berichten jedoch sehr große Bedeutung bei, enthalten sie doch zentrale Informationen für die parlamentarische Arbeit.<sup>42</sup>

Eine wichtige Aufgabe der Berichte besteht darin, Fälle aufzuzeigen, in denen das geltende Recht nach Auffassung der VA zu unbilligen Ergebnissen führt: Da der Gesetzgeber unmöglich alle Auswirkungen einer Regelung voraussehen kann, kommt es in der Vollzugspraxis immer wieder vor, dass eine rechtlich zwingend gebotene Vorgangsweise in Einzelfällen zu unbilligen (und vom Gesetzgeber gar nicht beabsichtigten) Härten führt, die eine Gesetzesänderung rechtspolitisch geboten erscheinen lassen. Zudem können geänderte rechtliche oder gesellschaftliche Rahmenbedingungen eine ursprünglich allgemein als vernünftig empfundene Regelung nunmehr als unzeitgemäß erscheinen lassen. Die VA nimmt ihre Berichte regelmäßig zum Anlass, um auf aus ihrer Sicht unbefriedigende Gesetzesbestimmungen hinzuweisen und Änderungen der Gesetzeslage anzuregen. Damit wird ein wichtiger Beitrag zur Fortentwicklung der Rechtslage geleistet, zumal zahlreiche Gesetzesänderungen der letzten Jahrzehnte auf Anregungen der VA zurückzuführen sind.

Eine zweite wichtige Aufgabe des Berichts besteht darin, die Abgeordneten über das Vorliegen von Verwaltungsmissständen zu informieren. Es liegt dann im freien Ermessen der Abgeordneten, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der parlamentarischen Kontrolle auf die Beseitigung der aufgezeigten Verwaltungsmissstände hinzuwirken.

---

39 In der Praxis wird seitens der VA von dieser Möglichkeit nur sparsam und vor allem dann Gebrauch gemacht, wenn seitens der zuständigen Behörde trotz gravierender Normbedenken keine Bereitschaft zur Änderung der betreffenden V gegeben ist.

40 Dazu ausführlich *Hiesel*, Der Kärntner Ortstafelstreit, EJM 2010, 167; *ders*, Die Lösung des Kärntner Ortstafelstreites, EJM 2011, 173.

41 Sinngemäß Gleiches gilt in Bezug auf die Tätigkeit der VA im Bereich der Kontrolle der Landesverwaltungen. Auch hier gibt es eine Berichtspflicht gegenüber den LT, sodass die Ausführungen in diesem Abschnitt auch für diesen Bereich sinngemäß maßgebend sind.

42 Zur Bedeutung der Tätigkeit der VA für die politische Kontrolle durch das Parlament s auch *Pohl*, Politische und parlamentarische Kontrolle: zwei Seiten einer Medaille? *juridikum* 2023, 477 (480 ff).

In diesem Zusammenhang kann auch ein schwer quantifizierbarer Einfluss der VA auf die Tätigkeit des NR vorliegen, wenn in den Berichten der VA Fakten zutage gefördert werden, die Abgeordnete des NR dazu veranlassen, sich mit bestimmten Themen (intensiver) zu beschäftigen. Dies gilt auch für die Mitwirkung der VA an der Erledigung der an den NR gerichteten Petitionen und Bürgerinitiativen.

Nicht vergessen werden darf in diesem Zusammenhang schließlich auch die in § 7 Abs 3 Volksanwaltschaftsgesetz ausdrücklich vorgesehene Öffentlichkeitsarbeit der VA, die ebenfalls Probleme im Bereich der Verwaltung aufzeigen und einen Beitrag zur Bewusstseinsbildung der Abgeordneten leisten kann.

### 4.3. Unabhängige Bürgerinformation

In der Praxis wird in Eingaben auch ohne explizite Behauptung der Rechtswidrigkeit des vorgelegten Bescheides die VA um Prüfung der Rechtmäßigkeit der Vorgangsweise der Verwaltung ersucht, weil die davon betroffene Person nicht abzuschätzen vermag, ob der Bescheid bzw die betreffende Amtshandlung rechtswidrig sein könnte (man denke etwa an die Festsetzung der Höhe der Alterspension oder die Versagung von Sozialhilfeleistungen mangels ausreichender Mitwirkung der antragstellenden Person etc). Ein unangenehmer Bescheid ist oft leichter zu akzeptieren, wenn seine Rechtmäßigkeit von der VA als unabhängige Kontrollinstanz bestätigt wird. Manchmal wird auch ausschließlich die Unzweckmäßigkeit der geltenden Rechtslage gerügt und die VA ersucht, eine Gesetzesänderung zu erwirken.

### 4.4. Einsatz für eine serviceorientierte, bürgernahe Verwaltung

Wie bereits ausgeführt,<sup>43</sup> kann die VA auch in jenen Fällen tätig werden, in denen zwar niemand das Opfer einer Rechtsverletzung geworden, die hilfeschenden Personen aber auf sonstige Weise von der Verwaltung nicht korrekt behandelt worden sind (zB durch unfreundliche oder gar schikanöse Behandlung durch Mitarbeiter\*innen der betreffenden Gebietskörperschaft, Bereitstellung überholter Informationen auf einer von einer Dienststelle geführten Homepage, lange Wartezeiten in der Telefonschleife, ungünstige Festlegung von Amtsstunden). Die VA ist in solchen Fällen bemüht, durch Erwirkung einer bürgerfreundlicheren Vorgangsweise einen Beitrag zur Verbesserung der Qualität der Verwaltung im Sinne größerer Bürgernähe zu leisten.

### 4.5. Mediation bei Problemen mit ausgegliederten Rechtsträgern

Ein in der Praxis sehr großes Problem liegt darin, dass durch die insb in den 1980er und 1990er Jahren vorgenommenen Ausgliederungen zahlreiche wichtige Aufgaben des täg-

---

43 Siehe oben 3.3.

lichen Lebens von wirtschaftlich mächtigen ausgegliederten Rechtsträgern besorgt werden, die nicht der Prüfständigkeit der VA unterliegen. Streitigkeiten mit den ÖBB, lokalen Verkehrsbetrieben oder auch Energieversorgungsunternehmen sind sohin im Zivilrechtsweg vor den ordentlichen Gerichten (und dem damit verbundenen Prozesskostenrisiko) auszutragen, sodass die Bürger\*innen letztlich wieder mehr oder weniger allein einem scheinbar oder auch tatsächlich übermächtigen Gegner gegenüberstehen.

Der VA kommt wie gezeigt in diesem ausgegliederten, privatwirtschaftlichen Bereich keine Prüfständigkeit zu.<sup>44</sup> Dennoch versucht sie weiterhin, im Interesse der Bürger\*innen mit den betreffenden Stellen in Kontakt zu treten, sie mit den im jeweiligen Beschwerdevorbringen erhobenen Vorwürfen zu konfrontieren und um eine informative Stellungnahme dazu zu ersuchen. Diese Praxis hat in manchen Bereichen der Aufgabenbesorgung durch ausgegliederte Rechtsträger dazu geführt, dass die VA mit Zustimmung des beteiligten Rechtsträgers gleichsam als Vermittlerin zwischen den beschwerdeführenden Personen und dem betroffenen Rechtsträger auftritt.

## 5. Abschließende Bemerkungen

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Tätigkeit der VA und des Parlaments eng aufeinander bezogen sind. Die VA kontrolliert den Vollzug der vom Parlament beschlossenen Gesetze und zeigt im Rahmen ihrer Tätigkeitsberichte dem Parlament auf, wo es im Gesetzesvollzug Probleme gibt und welche Änderungen der Rechtslage diskussionswürdig erscheinen. Das Parlament kann sodann anhand dieser Informationen entscheiden, ob eine Änderung der Rechtslage zweckmäßig ist bzw Maßnahmen zur Verbesserung des Gesetzesvollzuges einfordern. Besonders an der VA ist zum einen der weite Missstands begriff, der sie ermächtigt, auch unterhalb der Rechtswidrigkeitsschwelle zu prüfen. Zum anderen führt gerade das bürgernahe Selbstverständnis der VA zu einem sehr breiten Aufgabenfeld, in dem die VA mal informierend, mal vermittelnd tätig wird; bei diesen Tätigkeiten zeigt sich in besonderer Weise, wie sich die VA dem Ziel einer guten Verwaltung verschrieben hat.

MR Dr. Martin Hiesel arbeitet als Jurist in der VA; martin.hiesel@volksanwaltschaft.gv.at.

---

44 VfSlg 13.323/1992.

# Die Parlamentarische Bundesheerkommission

## Anwältin der Soldatinnen und Soldaten oder Anachronismus?

David Schneeberger

---

### 1. Einführung

Wenn wir von Hilfsorganen des Nationalrats (NR) sprechen, denken wir an die Volksanwaltschaft (VA) und den Rechnungshof (RH).<sup>1</sup> Hingegen führt die Parlamentarische Bundesheerkommission (PBHK), die zu den ältesten rechtsschutzergänzenden Einrichtungen Österreichs zählt,<sup>2</sup> vergleichsweise ein Schattendasein. Organisatorisch und funktional ähnelt sie vor allem der VA, aber auch mit dem RH gibt es Überschneidungspunkte. Ihr Alleinstellungsmerkmal liegt in der Spezialisierung auf einen Sonderbereich der Verwaltung, in dem Bürger\_innen dem Staat besonders intensiv „ausgesetzt“ sind: dem Österreichischen Bundesheer (ÖBH). Die PBHK ist in eigenen Worten „Anwältin der Soldatinnen und Soldaten“<sup>3</sup> und „Ventil der Beschwerden“. Als „demokratisch legitimes Kontrollorgan“<sup>4</sup> des NR bzw. „Auge und Ohr des Parlaments“<sup>5</sup> achtet sie darauf, dass auch in der Armee die Freiheits- und Grundrechte gewährleistet werden. Obwohl sie gem § 4 Wehrgesetz 2001<sup>6</sup> beim Bundesministerium für Landesverteidigung (BMLV) eingerichtet ist, wird sie als Hilfsorgan des NR qualifiziert.<sup>7</sup> Die PBHK dient der parlamentarischen Kontrolle der Vollziehung. Ihr parlamentarischer Charakter kommt ua in ihrer Zusammensetzung zum Ausdruck: Die Vorsitzenden – es muss sich um Mitglieder des NR handeln – werden vom NR gewählt, die sonstigen Mitglieder werden von den politischen Parteien entsendet.<sup>8</sup> Auch die Berichtspflicht an den NR indiziert ihre politische Kontrollfunktion.

Gerade aufgrund der Ähnlichkeiten und Überschneidungen zu VA und RH drängt sich die Frage auf, warum es die PBHK überhaupt gibt und was sie neben den etablierten Hilfsorganen leisten kann. Diesen Fragen geht der folgende Beitrag nach. Dabei skizziert

---

1 Zu diesen Hilfsorganen siehe die Beiträge in diesem Heft von *Hiesel*, Parlamentarische Kontrolle und Volksanwaltschaft, 521, und *Weißensteiner*, Der Prüfungsmaßstab auf dem Prüfstand, 510.

2 *Schmidlechner*, Rechtsschutzergänzende Einrichtungen in Österreich (2019) 381.

3 So der Titel *PBHK*, Anwalt der Soldatinnen und Soldaten. FS zur 500. Sitzung der Parlamentarischen Bundesheerkommission am 11. Mai 2012 (2012).

4 *PBHK*, Jahresbericht (JB) 2022 (2023) 12.

5 *PBHK*, Anwalt 31.

6 Wehrgesetz 2001 (WG) BGBl I 2001/146 idF I 2022/207.

7 *Schmidlechner*, Einrichtungen 382; *Walzel von Wiesentreu*, Rechtsschutzdefizite im besonderen Gewaltverhältnis? JBl 2000, 707 (721).

8 *Pernthaler*, Der Rechtsstaat und sein Heer (1964) 235.

er zunächst die historischen Ursprünge der PBHK (2.). Anschließend zeigt der Artikel, wie die PBHK heute zusammengesetzt ist (3.) und welche Aufgaben sie erfüllt (4.). Schließlich erörtert er den Zweck der PBHK im System der parlamentarischen Kontrolle (5.).

## 2. Historisches

Noch Anfang des 20. Jhs unterlagen die Streitkräfte nur bedingt einer parlamentarischen Kontrolle. Im November 1918 wurde ein „Zivilkommissariat“, das dem NR verantwortlich war und die parlamentarische Kontrolle der Streitkräfte sicherstellen sollte, eingerichtet. Dieses wurde 1923 durch die Gründung der „Ständigen Parlamentskommission für Heeresangelegenheiten“ ersetzt.<sup>9</sup>

Diese wurde jedoch bereits 1932 aufgrund eines Erkenntnisses<sup>10</sup> des VfGH aufgelöst. Als Begründung stellte der VfGH erstens fest, dass dem NR neue Aufgaben nur durch Bundesverfassungsgesetz und nicht durch einfaches Gesetz übertragen werden könnten. Die Kommission ließe sich nicht in den „verfassungsgesetzlich gebildeten Organismus“ des NR einfügen. Die Wahl der Mitglieder durch den NR sei darüber hinaus eine neue, im B-VG nicht vorgesehene Befugnis. Zweitens sei die Kommission, die außerhalb des „Organismus“ des NR stünde und nicht ein dem BMLV eingegliedertes und unterstelltes Hilfsorgan wäre, mit einer Kontrollkompetenz über die Heeresverwaltung ausgestattet, die ihr nicht durch einfaches Bundesgesetz übertragen werden dürfte. Eine solche Kontrollkompetenz, die auch zu umfassend wäre, dürfte gem Art 52 B-VG nicht einfachgesetzlich auf weitere Organe übertragen werden.<sup>11</sup>

Im Jahr 1955 wurde schließlich mit der Gründung des ÖBH in BGBl 1955/181 die „Beschwerdekommission in militärischen Angelegenheiten“ als demokratisch legitimes Prüf- und Kontrollorgan des NR eingerichtet.<sup>12</sup> Nach den Erläuterungen stellt sie „[...] eine neue Einführung dar und hat den Zweck, jedem Soldaten die Möglichkeit zu geben, Beschwerden unmittelbar oder mittelbar bei einem außerhalb des Heeres stehendem Forum zur Prüfung und Erstattung von Empfehlungen an den zuständigen Bundesminister vorzubringen.“<sup>13</sup>

Die damalige Regelung des\_der Vorsitzenden konterkarierte jedoch ihre Funktion im Rahmen der politischen Kontrolle. Denn kurioserweise war der\_die Bundesminister\_in für Landesverteidigung (BMLV) selbst Vorsitzende\_r. Schon bald erschien es daher „[...]

<sup>9</sup> PBHK, Anwalt 13 f.

<sup>10</sup> VfSlg 1.454/1932.

<sup>11</sup> Differenziert *Wiederin*, Die Ständige Parlamentskommission für Heeresangelegenheiten vor dem Verfassungsgerichtshof, ZÖR 2021, 137 (139 f); vgl *Vašek*, Die Unantastbaren, ZÖR 2022, 1153 (1161).

<sup>12</sup> PBHK, Anwalt 30.

<sup>13</sup> ErläutRV 604 BlgNR 7. GP 14.

nicht richtig [...], daß der Bundesminister für Landesverteidigung an der Beschlußfassung über Empfehlungen, die an sein Ressort gerichtet sind, teilnimmt [...].“<sup>14</sup>

Daher wurde mit der Novelle (Nov) BGBl 1962/221 der die Vorsitzende durch den NR bestellt. Im Zuge dieser Nov war es notwendig, § 6 Abs 1 WG als Verfassungsbestimmung auszugestalten, da dieser „[...] insoweit eine Erweiterung der verfassungsrechtlich geregelten Aufgaben des Nationalrates vorsieht, als der Vorsitzende der Beschwerdekommision vom Nationalrat zu bestellen ist [...].“<sup>15</sup> Diese Lektion war eine hart erlernte, denn wie erläutert, hatte der VfGH zuvor eine einfachgesetzliche Erweiterung für verfassungswidrig befunden.

1984 wiederum wurde vorgeschlagen, „im Hinblick auf die Bedeutung der Kommission und der von ihr zu bewältigenden Arbeit die Vorsitzführung analog zur Volksanwaltschaft [...]“ zu regeln und „[...] daher insgesamt drei Vorsitzende aufgrund eines Gesamtvorschlages des Hauptausschusses vom Nationalrat [...]“<sup>16</sup> zu wählen.

Ihre politische Kontrollfunktion und damit auch die Notwendigkeit politischer Repräsentation zeigt sich noch in einem anderen Aspekt: Bis zur Nov BGBl I 2015/3 war die Zahl der weiteren Mitglieder statisch auf sechs begrenzt, was jedoch zu Problemen in Bezug auf die Repräsentation aller Parteien, und damit zu Problemen in Bezug auf die Legitimation der PBHK führte.<sup>17</sup> Daher wurde eine flexible Mitgliederzahl etabliert, um die politische Repräsentation aller im NR vertretenen Parteien sicherzustellen.

Im Laufe der Geschichte wurde die Kommission mehrfach umbenannt. Aus der „Beschwerdekommision in militärischen Angelegenheiten“ wurde 1993 die „Bundesheer-Beschwerdekommision“, 2006 die „Parlamentarische Bundesheer-Beschwerdekommision“ (PBHBK) und 2009 – unter Ablegung der negativ konnotierten Beifügung „Beschwerde“ – die „Parlamentarische Bundesheerkommision“.<sup>18</sup>

Auch die Beifügung „Parlamentarische“ lässt sich naturgemäß im Kontext der parlamentarischen Kontrolle erklären. So wurde früher teilweise die „Zwitterstellung“ der Kommission als besonderes Organ im Rahmen des ÖBH und als Organ der parlamentarischen Kontrolle kritisiert.<sup>19</sup> Zur Abgrenzung sollte mit der Beifügung „Parlamentarische“ daher trotz der Beiordnung zum BMLV ihre Unabhängigkeit, dh ihre „[...] formale Stellung als ein außerhalb des Bundesheeres stehendes Organ *sui generis* hervorgehoben werden [...].“<sup>20</sup>

---

14 ErläutRV 759 BlgNR 9. GP 12 f.

15 ErläutAB 770 BlgNR 9. GP 2.

16 ErläutIA 107/A 16. GP 4.

17 ErläutAB 364 BlgNR 25. GP 9.

18 PBHK, Anwalt 33 f; ErläutRV 640 BlgNR 18. GP 21; ErläutAB 239 BlgNR 24. GP 3; s auch § 61 Abs 36 WG. Die Umbenennung in PBHK wurde bereits zuvor diskutiert, s 46 StProtNR 21. GP 136 ff; ErläutAB 1153 BlgNR 22. GP 6.

19 Khol/Peer, Ausbau der Rechte der Volksanwaltschaft, in Korosec (Hrsg), Die Arbeit der Volksanwaltschaft (2001) 83 (86).

20 ErläutAB 1153 BlgNR 22. GP 6.

### 3. Zusammensetzung

#### 3.1. Vorsitzende

Die PBHK verfügt gem § 4 Abs 1 WG über drei Vorsitzende, die gemeinsam das sog Präsidium bilden. Diese Regelung ist, wie im vorherigen Abschnitt erläutert, der VA nachempfunden und soll zu ihrer Stärkung beitragen. Als Vorsitzende können – was ihre Funktion im Rahmen der politischen Kontrolle illustriert – nur Mitglieder des NR nominiert werden. Die Vorsitzenden werden, wie auch die Mitglieder der VA, gem der Verfassungsbestimmung § 4 Abs 9 WG auf Gesamtvorschlag des Hauptausschusses vom NR gewählt (§ 29 Abs 2 lit k, § 87 Abs 4 GOGNR<sup>21</sup>). Gem § 4 Abs 9 WG hat jede der drei mandatsstärksten Parteien des NR das Recht, ein Mitglied zu nominieren.<sup>22</sup> Eine Funktionsperiode umfasst sechs Jahre. Gem § 4 Abs 10 WG wechseln die Vorsitzenden einander in der Amtsführung jeweils nach zwei Jahren ab. Der die jeweils amtsführende Vorsitzende führt die Geschäfte, die übrigen nehmen die Funktionen stellvertretender Vorsitzender wahr.

#### 3.2. Weitere Mitglieder

Daneben gehören der PBHK gem § 4 Abs 1 WG auch („zunächst sechs“) weitere Mitglieder an. Sie werden von politischen Parteien im Verhältnis ihrer Mandatsstärke im Hauptausschuss des NR entsendet. Diese weiteren Mitglieder müssen im Gegensatz zu den Vorsitzenden nicht Mitglieder des NR sein. Es kann sich auch um Expert\_innen aus den Gebieten Landesverteidigung oder Menschenrechte handeln.

In der derzeitigen Funktionsperiode besteht die PBHK aus 13 Mitgliedern. Die Vorsitzenden sind Vertreter der SPÖ, FPÖ und ÖVP. Unter den weiteren Mitgliedern finden sich vier ÖVP-Vertreter, zwei SPÖ-Vertreter\_innen, ein FPÖ-Vertreter, zwei Vertreter der Grünen und ein Vertreter der NEOS.<sup>23</sup>

#### 3.3. Personal und Sachaufwand

Auch die Regelung des Personal- und Sachaufwandes ist von Bedeutung für die Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der PBHK. So hat gem § 4 Abs 7 WG<sup>24</sup> das BMLV das notwendige Personal zur Verfügung zu stellen und den erforderlichen Sachaufwand zu tragen. Ebenfalls im Sinne der Unabhängigkeit ist das Personal bei Tätigkeiten in Angelegenheiten der PBHK ausschließlich an Weisungen des der amtsführenden Vorsitzen-

---

21 Geschäftsordnungsgesetz 1975 StF BGBl 1975/410 idF BGBl I 2023/54.

22 ErläutIA 107/A 16. GP 4; s auch ErläutAB 429 BlgNR 16. GP 1, § 1 Abs 6 GO PBHK (Geschäftsordnung PBHK, abgedruckt idF 16.4.2018 in *PBHK*, JB 2022 49 ff). Diese wird gem § 4 Abs 8 WG mit Zweidrittelmehrheit beschlossen.

23 PBHK, <https://www.parlament.gv.at/services/bundesheerkommission> (abgerufen 31.8.2023).

24 Eingeführt mit der Nov 1971, ErläutRV 350 BlgNR 12. GP 12.

den gebunden. In Hinblick auf Art 20 Abs 1 B-VG und die damalige Rechtslage musste diese Bestimmung als Verfassungsbestimmung ausgestaltet werden.<sup>25</sup>

## 4. Aufgaben

### 4.1. Beschwerden prüfen und Empfehlungen beschließen

Zwei Aspekte unterstreichen in den Worten von *Kucsko-Stadlmayer* die „Mittlerrolle“<sup>26</sup> der VA zwischen Staat und Bürger\_innen: die Kompetenz, Empfehlungen auszusprechen, und die Berichtspflicht. Ähnlich prüft die PBHK als primäre Aufgabe außerordentliche<sup>27</sup> Beschwerden von – grob formuliert<sup>28</sup> – Soldat\_innen bzw Angehörigen des ÖBH als Beschwerdeberechtigten.

Sie hat daher gem § 4 Abs 4 WG mittelbar oder unmittelbar eingebrachte Beschwerden entgegenzunehmen und zu prüfen. Eine Ausnahme bilden Bagatellfälle: Bei Geringfügigkeit<sup>29</sup> des behaupteten Beschwerdegrundes ist die Beschwerde nicht zu behandeln und das Verfahren ist einzustellen (vgl § 9 Abs 4 GO PBHK).

Beschwerdegegenstand können Mängel oder Übelstände im militärischen Dienstbereich sein, insbesondere, aber nicht ausschließlich, persönlich erlittenes Unrecht oder Eingriffe in dienstliche Befugnisse (§ 12 AVD).<sup>30</sup> Das Recht zur Einbringung einer Beschwerde erlischt ein Jahr nach Kenntnis des Beschwerdegrundes, jedenfalls aber zwei Jahre nach Wegfall des Beschwerdegrundes.

Die PBHK hat die Beschwerde zu prüfen und, ähnlich zur VA, Empfehlungen<sup>31</sup> an das BMLV zu beschließen (§ 9 Abs 6 ff GO PBHK). Gem § 4 Abs 2 WG, § 4 GO PBHK ist die PBHK beschlussfähig, wenn mindestens zwei Vorsitzende und die Hälfte der weiteren Mitglieder anwesend sind. Zur Beschlussfassung ist die Mehrheit der Stimmen erforderlich, wobei bei Stimmgleichheit die Stimme des\_der Vorsitzenden den Ausschlag gibt. Auch beratende Organe ohne Stimmrecht nehmen an den Sitzungen teil (§ 4 Abs 3 WG).

Liegt eine Empfehlung vor, so hat der\_die BMLV bei der Erledigung der Beschwerde darauf Bedacht zu nehmen (§ 14 Abs 2 ADV). Weder bei der Empfehlung noch bei Erledi-

---

25 ErläutRV 640 BlgNR 18. GP 21.

26 *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek* et al, Bundesverfassungsrecht Art 148d B-VG Rz 3 (12. Lfg 2016).

27 Im Gegensatz zur ordentlichen Beschwerde an den\_die Vorgesetzten\_e (§ 12 Abs 2 VO der BReg über die Allgemeinen Dienstvorschriften für das Bundesheer (ADV) StF BGBl 1979/43 idF BGBl II 2019/422). Beide Formen von Beschwerden können nebeneinander erhoben werden, *Löffler*, Allgemeine Dienstvorschriften für das Bundesheer (ADV 1979) (1992) 78, 90.

28 Vgl die präzise Auflistung in § 4 Abs 4 WG. Der Kreis der möglichen Beschwerdeführer\_innen wurde mehrfach novelliert und erweitert, vgl ErläutRV 759 BlgNR 9. GP 13; ErläutRV 350 BlgNR 12. GP 11; ErläutAB 552 BlgNR 12. GP 2; ErläutRV 162 BlgNR 14. GP 16 f; AB 566 BlgNR 14. GP 3; ErläutRV 499 BlgNR 17. GP 21; ErläutAB 1153 BlgNR 22. GP 6.

29 Eingeführt mit der Nov BGBl 2000/140, s 46 StProtNR 21. GP 131.

30 MwN *Löffler*, Dienstvorschriften 76 f.

31 S zB *PBHK*, Empfehlungssammlung 2003 (2003) 19 ff.

gung der Beschwerde handelt es sich somit um einen Bescheid.<sup>32</sup> Der\_die Beschwerdeführer\_in erhält bloß eine Mitteilung über die Erledigung (§ 12 Abs 6 ADV).

Die PBHK besitzt daher keinen Behördencharakter.<sup>33</sup> Dennoch haben die unverbindlichen Empfehlungen politisches Gewicht und werden in der Praxis befolgt.<sup>34</sup> Es handelt sich um eine Form einer Aufsichtsbeschwerde.<sup>35</sup> Durch Beschwerden wird die PBHK auf Missstände aufmerksam gemacht, über die sie den NR durch Berichte in Kenntnis setzt und auf deren Abstellung sie in ihrer „Mittlerrolle“ durch Empfehlungen an den\_die BMLV hinwirkt, ohne Zwang auszuüben.

In der Praxis besteht ein Großteil ihrer Tätigkeit aus Anfragen und Auskünften, die zu keiner Beschwerde führen (ca 2200–3000 pro Jahr).<sup>36</sup> Im Kontrast dazu leitete die PBHK im Jahr 2022 182 Beschwerdeverfahren (Angelegenheiten des Ausbildungs- und Dienstbetriebes, Personalangelegenheiten, Ausrüstungsmängel) und 11 amtswegige Prüfverfahren ein. Beispiele für Beschwerdefälle waren unangebrachte Ausdrucksweisen, Mängel bei der Unterbringung/Infrastruktur, organisatorische Mängel (zB mangelhafte Bearbeitung eines Beförderungsantrages) und nicht einsichtige Gestaltung dienstlicher Maßnahmen (zB körperlich anspruchsvolle Lehreinheit direkt nach dem Frühstück).<sup>37</sup>

Die Zahl der Beschwerdefälle 2022 zeigt eine deutliche Reduktion zum Vorjahr 2021 (294 Beschwerdefälle, 14 amtswegige Prüfverfahren).<sup>38</sup> Als Ausreißer war das Beschwerdeaufkommen im Jahr 2020 primär aufgrund des COVID-19-Assistenzeinsatzes doppelt so hoch wie in den Vorjahren (580 Beschwerdeverfahren, sechs amtswegige Prüfverfahren).<sup>39</sup>

Hervorzuheben sind im Speziellen Beschwerden von Soldatinnen insbesondere wegen Ungleichbehandlung und unangebrachter Ausdrucksweisen.<sup>40</sup> Die PBHK erfüllt damit auch eine Funktion in Hinblick auf die Gleichstellung von Frauen<sup>41</sup> und die Mobbingprävention im ÖBH.<sup>42</sup>

## 4.2. Amtswegige Prüfverfahren

Die PBHK ist darüber hinaus gem § 4 Abs 4 WG seit der Nov BGBl 1992/690<sup>43</sup> berechtigt, von sich aus tätig zu werden und von ihr vermutete Mängel oder Übelstände im

32 VwGH 4.2.1975, 0037/75; VwSlg 12610 A/1989 ÖZJ 1989/147 A; 6.8.1996, 96/11/0160; aA VfSlg 8.263/1978.

33 *Ermacor/Kopff/Neisser*, Das österreichische Wehrrecht. 1. Teil: Wehrverfassung<sup>2</sup> (1980) § 6 WG Rz 8; *Ulrich*, Handbuch Wehrrecht (2008) 79.

34 *Pernthaler*, Rechtsstaat 236; *Walzel von Wiesentreu*, JBl 2000, 707 (721).

35 *Schmidlechner*, Einrichtungen 386.

36 PBHK, JB 2022 41.

37 PBHK, JB 2022 16 f; mwN *Huber*, Beschwerdemanagement 81 ff.

38 PBHK, JB 2021 (2022) 13.

39 PBHK, JB 2020 9.

40 PBHK, JB 2018 (2019) 11.

41 MwN *Düringer*, Frauen im Bundesheer. Diplomarbeit Universität Linz (2015) 33 ff.

42 *Hauska*, Mobbingprävention, ARD 6609/2018, 1 (2). Auf der anderen Seite wird tw ihr „Hexentribunalcharakter“ kritisiert, *Gumpitsch*, Warum funktioniert Militär? Dissertation Universität Klagenfurt (2016) 401 f.

43 ErläutRV 640 BlgNR 18. GP 21.

militärischen Dienstbereich von Amts wegen zu prüfen. Sie kann die für ihre Tätigkeit erforderlichen Erhebungen nötigenfalls an Ort und Stelle durchführen („Prüfbesuch“<sup>44</sup>) und von den zuständigen Organen alle einschlägigen Auskünfte einholen. Die Einführung einer amtswegigen Prüfkompetenz stellt eine weitere Stärkung der PBHK dar, die es ihr ermöglicht, selbstständig Missstände aufzudecken und auf deren Abstellung hinzuwirken.

In der Praxis betrafen amtswegige Prüfverfahren bspw die Unterkunftssituation bei der Unterstützungsleistung für das Paketverteilerzentrum der Post in Hagenbrunn während der COVID-19-Pandemie,<sup>45</sup> den sicherheitspolizeilichen Assistenzeinsatz Migration in Nickelsdorf,<sup>46</sup> Suizidfälle und das Zeigen des „Wolfsgrußes“ durch Rekrut\_innen.<sup>47</sup> Prüfbesuche vor Ort wurden bspw beim Panzerbataillon 14 in Wels<sup>48</sup> oder beim Jagdkommando<sup>49</sup> durchgeführt.

### 4.3. Jahresbericht

Ein wichtiger Aspekt politischer Kontrolle liegt in der Informationsbeschaffung. Diesem Zweck dient die Berichtspflicht der PBHK. Daher erstattet sie jährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit und Empfehlungen im abgelaufenen Jahr (§ 4 Abs 5 WG, § 11 GO PBHK). Dieser ist vom BMLV zusammen mit einer Stellungnahme zu den Empfehlungen umgehend<sup>50</sup> dem NR vorzulegen. Die Vorsitzenden haben ein Recht, an den Verhandlungen über die JB in Ausschüssen des NR teilzunehmen und auf ihr Verlangen gehört zu werden.<sup>51</sup>

Diese JB illustrieren, wie sich die PBHK in das System der parlamentarischen Kontrolle einfügt: Wie auch die Berichte der VA und des RH informieren die JB den NR von der Tätigkeit der PBHK bei der Verwaltungskontrolle und bilden dadurch die Informationsgrundlage für die Ausübung politischer Kontrolle. Andererseits verdeutlichen sie, wo es heerespolitischen Rechtsetzungsbedarf gibt. Durch die Publikation der JB wird zugleich die Information der Öffentlichkeit sichergestellt.

Bspw behandelte der Landesverteidigungsausschuss zuletzt den Bericht 2021 gemeinsam mit der entsprechenden Stellungnahme der BMLV.<sup>52</sup> Diese enthält auch die Maßnahmen, die als Reaktion auf die aufgezeigten Missstände durch den die BMLV gesetzt wurden

---

44 MwN PBHK, Anwalt 31 f.

45 PBHK, JB 2020 (2021) 11 f.

46 PBHK, JB 2019 (2020) 20 f.

47 PBHK, JB 2022 17 f.

48 PBHK, JB 2022 18 ff.

49 PBHK, JB 2021 16 ff.

50 Verlängerung auf alle zwei Jahre durch die Nov 1989 (Bericht und Antrag 878 BlgNR 17. GP 1). Dies wurde mit der Nov BGBl I 2009/85 auf „umgehend“ geändert.

51 Eingeführt durch BGBl I 2009/85; konkretisiert in § 20a GOGNR („Stärkung der Stellung“, ErläutIA 702/A BlgNR 24. GP 3).

52 III-918 BlgNR 27. GP.

(zB Disziplinarverfahren, Maßnahmen im Bereich Personal). Dadurch wird dem NR aufgezeigt, wo Handlungsbedarf besteht, und die parlamentarische Kontrolle effektiert. Dies zeigt sich beispielhaft an den Diskussionsgegenständen, die durch den Bericht im Ausschuss aufgeworfen wurden, darunter primär die prekäre Personalsituation sowie Mängel in der Infrastruktur.<sup>53</sup>

Darin besteht, auch wenn die PBHK kein Organ der Gebarungskontrolle ist, eine gewisse thematische Überschneidung mit dem RH. Durch Beschwerden und Prüfbesuche werden häufig Mängel der Ausrüstung und Infrastruktur aufgedeckt.<sup>54</sup> Diese Informationsbeschaffung im Rahmen von Beschwerden und Prüfbesuchen ergänzt die Funktion des RH, der kürzlich in einem Bericht auf die fehlende Beschaffung von Ausrüstung und auf dringliche Baumaßnahmen hingewiesen hat.<sup>55</sup> Dadurch erhält der NR in den Berichten der PBHK Informationen über derartige Missstände, die stärker auf der subjektiven Perspektive von Angehörigen des ÖBH beruhen als der objektiven Perspektive aus dem Blickwinkel der Gebarungskontrolle. Durch diese perspektivische Ergänzung wird eine breitere Informationsgrundlage für die parlamentarische Kontrolle geschaffen.

#### 4.4. Weitere Funktionen der PBHK

Die PBHK erfüllt dabei noch eine Reihe weiterer – in Hinblick auf die parlamentarische Kontrolle sekundäre – Funktionen bspw die in den letzten Jahren<sup>56</sup> nicht genutzte Möglichkeit, gem § 21 Abs 3 WG eine Stellungnahme zu (verpflichtenden) Milizübungen einzuholen, die Organisation von Tagungen oder der Meinungsaustausch mit anderen Ombudseinrichtungen.

### 5. Die PBHK im System der parlamentarischen Kontrolle

Zu Beginn dieses Beitrages wurde die Frage aufgeworfen, welche Aspekte die Existenz der PBHK als gesonderte Einrichtung rechtfertigen. In diesem Kontext ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Beschwerderecht an die PBHK nur eine Säule des Beschwerdewesens des ÖBH bildet. Daneben stehen die ordentliche Beschwerde, Dienstaufsichtsbeschwerde, Aufsichtsbeschwerde und Beschwerde nach dem MBG<sup>57</sup> zur Verfügung.<sup>58</sup>

---

53 Landesverteidigungsausschuss, Berichte zu Beschwerdemanagement und militärischen Dienstleistungen von Frauen, [https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr\\_2023/pk0742#XXVII\\_A-LV\\_00001](https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2023/pk0742#XXVII_A-LV_00001) (Stand 27.6.2023).

54 ZB PBHK, JB 2018 3; PBHK, JB 2019 3; PBHK, JB 2022 7 f. So ist bspw das Fehlen von Waffengattungen zwar kein Beschwerdegegenstand vor der PBHK, wohl aber die Vorenthaltung eines vorgesehenen Ausrüstungsgegenstandes, Löffler, ADV 76.

55 RH, Beschaffungsplanung des Österreichischen Bundesheeres (2022) 49 ff.

56 PBHK, JB 2018 10; PBHK, JB 2019 11; PBHK, JB 2020 9; PBHK, JB 2021 14; PBHK, JB 2022 15.

57 Militärbefugnisgesetz StF BGBl I 2000/86 idF BGBl I 2019/102.

58 MwN Huber, Beschwerdemanagement 54 ff.

Auch eine (ressortexterne) Beschwerde an die VA ist möglich.<sup>59</sup> Somit stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit dieser Doppelgleisigkeit, vor allem zwischen PBHK und VA. Wie kann sich die PBHK von der VA abgrenzen? Im Detail existieren einige Unterschiede zwischen VA und PBHK, die jedoch wohl nicht ausreichen, um ihre Existenz zu begründen. Im Gegensatz zur Beschwerde an die PBHK steht die Beschwerde an die VA nicht nur Angehörigen des ÖBH, sondern jedermann offen und ist an keine Frist gebunden. Umgekehrt kann die Beschwerde an die PBHK im Gegensatz zur Beschwerde an die VA kumulativ zur ordentlichen Beschwerde und anderen Rechtsmitteln eingebracht werden.<sup>60</sup>

Auf theoretischer Ebene lassen sich verschiedene Argumente für oder gegen die Existenz der PBHK vorbringen: Um zunächst einige Argumente für ihre Existenz ins Feld zu führen: Es darf nicht vergessen werden, dass historisch betrachtet die Existenz der PBHK der VA deutlich vorausgeht. Auch wenn dies ihre gesonderte Existenz chronologisch erklärt, könnte die Frage gestellt werden, ob diese Trennung vom heutigen Standpunkt aus noch zeitgemäß ist.

Der wohl am häufigsten herangezogene Begründungsstrang stellt auf die Besonderheit des Verwaltungsbereiches ÖBH ab. So ordnet bspw *Walzel von Wiesentreu* die PBHK im Kontext eines besonderen Gewaltverhältnisses, des Wehrverhältnisses, ein, das sich durch die verstärkte Abhängigkeit und Verpflichtung der Soldat\_innen gegenüber dem Staat bei gleichzeitigen Grundrechtseinschränkungen und Rechtsschutzdefiziten auszeichnet.<sup>61</sup> Ihre Existenz könnte als eine Facette der strikten Unterordnung des ÖBH unter die demokratische republikanische Staatsführung und das parallel dazu aufgebaute System parlamentarischer Kontrolle, das garantieren sollte, dass das Militär unter demokratischer Kontrolle steht und kein „Staat im Staate“ entstehen kann, aufgefasst werden.<sup>62</sup>

Ähnlich nennt *Hofmann* die PBHK im Kontext des verfassungsmäßigen Prinzips der (inneradministrativen) Trennung von militärischer und ziviler Gewalt.<sup>63</sup> Diese Trennung würde implizieren, dass das ÖBH eigene, vom zivilen Bereich getrennte, Kontrolleinrichtungen haben müsse. Rechtsvergleichend ist eine spezielle Einrichtung zur Kontrolle des Militärs üblich. Auch in Deutschland existiert bspw ein\_e gesonderte\_r Wehrbeauftragte\_r des Bundestages mit vergleichbarem Aufgabenprofil.<sup>64</sup>

Durch diese Trennung, mit der ein Fokus auf einen Sonderbereich der Verwaltung einhergeht, ist es der PBHK stärker möglich, Fachwissen aufzubauen. Derzeit 13 Kommissionsmitglieder, unterstützt durch ein eigenes Büro, kontrollieren ausschließlich die Angelegenheiten des ÖBH, während die VA die gesamte Verwaltung abdecken muss. Da-

---

59 MwN *Huber*, Beschwerdemanagement 42 ff, 57, 62 ff.

60 *Schmidlechner*, Einrichtungen 384.

61 *Walzel von Wiesentreu*, JBl 2000, 707 (713 f; 720 f).

62 *PBHK*, Anwalt 31.

63 *Hofmann*, Struktur und Funktion des Heeres in der österreichischen Bundesverfassung, JRP 2022, 285 (290).

64 Wehrbeauftragte, <https://www.bundestag.de/wehrbeauftragte> (abgerufen 31. 8. 2023).

durch ist es möglich, verstärkt institutionelles Wissen aufzubauen. Im Gegensatz zur VA ist die PBHK auch beim BMLV eingerichtet. Dadurch besitzt sie eine besondere „militärische Position“ bzw ein „Naheverhältnis“<sup>65</sup> zum BMLV.

Als davon abgegrenztes Argument ermöglicht die Organisation der PBHK mit drei Vorsitzenden und einer flexiblen Mitgliederzahl die politische Repräsentation aller Parteien in einem höchst sensiblen Bereich und sichert dadurch die Legitimität der PBHK und ihrer Empfehlungen. Eine Zuordnung als bloße „Unteraufgabe“ der VA würde nicht die gleiche Repräsentation aller politischen Interessen garantieren.

Nicht von der Hand zu weisen sind auf der anderen Seite Argumente für die Zusammenlegung von PBHK und VA. So nennen *Khol* und *Peer* Reibungskonflikte im BMLV aufgrund der Eigenständigkeit der PBHK (Weisungsfreistellung, Konflikte über die Tragung von Sachausgaben, Ressourcen), den größeren Aufwand und Formalismus bei der Beschlussfassung, die thematische Parallelität der Beschwerdethemen zwischen PBHK und VA und Einsparungseffekte als Argumente *contra* PBHK.<sup>66</sup> Auch *Schmidlechner* spricht sich für Konzentrationsbestrebungen und eine Integration der Funktion der PBHK in die VA aus.<sup>67</sup>

ME ist die PBHK primär ein Unikum unter den parlamentarischen Kontrolleinrichtungen und potentiell ein Anachronismus. Ihre Einrichtung lässt sich primär aus historischer Perspektive und der Sonderstellung des ÖBH erklären, das verstärkter parlamentarischer Kontrolle bedarf. Doch auch wenn es sich bei der PBHK unzweifelhaft um eine etablierte Institution handelt, die wichtige Arbeit leistet, um die Situation von Soldat\_innen zu verbessern, ist es mE zweifelhaft, ob die PBHK eingerichtet worden wäre, wenn man in einem Gedankenspiel annimmt, dass die VA bereits existiert hätte. So spricht mE bspw gegen die oben angeführte Trennungsthese, dass in diesem Bereich auch eine Beschwerde an die VA möglich ist. Die Trennung wird somit nicht konsequent durchgehalten. Die Parallelen und Überschneidungen zur VA sind mE zu stark, um die Notwendigkeit ihrer Existenz festzustellen. Vorteile wie das höhere Fachwissen ließen sich wohl auch durch budgetäre und personelle Stärkung der VA aufrechterhalten. Das als Vorteil gesehene Naheverhältnis zum BMLV könnte ebenso vom Standpunkt der Unabhängigkeit kritisiert werden. Insgesamt sprechen daher mE in Hinblick auf die generelle Kritik an der Unübersichtlichkeit der rechtsschutzergänzenden Einrichtungen<sup>68</sup> tragfähigere Argumente für die zunehmende Konzentration der Missstandskontrolle bei der VA.

## 6. Conclusio

Die PBHK, ein vergleichsweise obskures Hilfsorgan des NR. Dieser Beitrag erläuterte ihre Rolle und Funktion aus verschiedenen Perspektiven. Ihre Geschichte und zahlreiche

65 *Khol/Peer* in *Korosec* 83 (87).

66 *Khol/Peer* in *Korosec* 83 (87 ff).

67 *Schmidlechner*, *Einrichtungen* 472 f.

68 *Schmidlechner*, *Einrichtungen* 471 ff.

Novellen in Bezug auf die Regelung der Vorsitzenden und Mitglieder – Abkoppelung vom BMLV, wechselnde Vorsitzende, flexible Mitgliederzahl – illustrieren die zunehmende Rollenfindung als parlamentarisches Kontrollorgan. Die beiden zentralen Funktionen, Empfehlungskompetenz und Berichtspflicht, zeigen ihre Funktion als „Mittler“ zwischen Staat und Bürger\_innen. Die PBHK sorgt für die Informationsgrundlage, die politische Kontrolle und rechtliche Änderungen durch den NR effektiert. Aufgrund ihrer politischen Autorität kann sie ohne Zwang die Behebung von Missständen veranlassen. Der Frage nach ihrer Existenzberechtigung wurde anhand von verschiedenen Argumenten nachgegangen (Historie, Trennungsthese, Fachwissen, Naheverhältnis, politische Repräsentation). Dabei wurde der Schluss gezogen, dass sich ihre Existenz durch die geschichtliche Entwicklung und die Sonderstellung des ÖBH erklären lässt, die PBHK jedoch potentiell ein Unikum darstellt, das als Institution in Zukunft nur begrenzt als Vorbild herangezogen werden kann.

Mag. Dr. David Schneeberger, BA BA MA ist Senior Researcher & Senior Consultant am Research Institute – Digital Human Rights Center, Wien und Projektmitarbeiter an der Medizinischen Universität Graz;  
david.schneeberger@medunigraz.at

# Die parlamentarische Kontrolle der Staatsanwaltschaft

Julia Innerhofer

---

## 1. Einleitung

Die Staatsanwaltschaft nimmt als Ermittlungsherrin und Anklagebehörde eine wesentliche Rolle in Strafverfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit ein. Um dabei eine zu große Machtkonzentration zu vermeiden und einen Missbrauch derselben zu verhindern, wird die Staatsanwaltschaft auf unterschiedlichen Ebenen, von verschiedenen Institutionen sowie *iSv checks and balances*<sup>1</sup> durch alle drei Gewalten umfassend kontrolliert.

Dies war bis zur Erlassung des Art 90a B-VG<sup>2</sup> rechtlich unproblematisch, weil die Staatsanwaltschaft bis dahin *iSd* § 17 des Grundgesetzes vom 22. November 1918 über die richterliche Gewalt<sup>3</sup> klar als Verwaltungsbehörde zu qualifizieren war. Dadurch eröffnete sich – neben der systeminternen Kontrolle und jener durch die Gerichte – auch das für die Bundesverwaltung übliche Kontrollregime mit der Weisungsbindung an die Justizministerin, der Kontrolle durch sonstige Verwaltungsorgane wie die Volksanwaltschaft oder die Datenschutzbehörde sowie durch das Parlament.

Seit der Verankerung der Staatsanwaltschaft in Art 90a B-VG zählen Staatsanwältinnen jedoch *expressis verbis* zur Gerichtsbarkeit, was zu einigen verfassungsrechtlichen Konflikten mit den aktuellen Kontrollmechanismen führt und weshalb zu hinterfragen ist, ob diese so weiterbestehen sollen. Die aktuelle Ausgestaltung führt insgesamt zu einigen Schwierigkeiten auf nationaler<sup>4</sup>, internationaler<sup>5</sup> und EU-Ebene<sup>6</sup>, weswegen fortwährend die Stärkung der staatsanwaltschaftlichen Unabhängigkeit gefordert wird.

---

1 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht<sup>3</sup> I (2020) Rz 15.001.

2 BGBl I 2008/2.

3 StGBI 1918/38.

4 Vgl vor allem die Konflikte betreffend Art 94 B-VG, siehe für einen ersten Überblick Fn 17.

5 Siehe etwa den verbindlichen Art 36 United Nations Convention Against Corruption (UNCAC), 2349 UNTS 41; Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, BGBl III 2006/47 idF BGBl III 2018/95; sowie ähnlich Art 20 Criminal Law Convention on Corruption 2216 UNTS 225; Strafrechtsübereinkommen über Korruption, BGBl III 2014/1 idF BGBl III 2020/12.

6 Siehe etwa das Urteil EuGH 9.10.2019, C-489/19, *NJ (Parquet de Vienne)*, ECLI:EU:C:2019:849, in dem der EuGH das ministerielle Weisungsrecht als Hindernis für die nötige Gewähr der Unabhängigkeit ansah und deswegen die Qualifikation der Staatsanwaltschaft als unabhängige Justizbehörde für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls verneinte. Nur die zusätzliche gerichtliche Bewilligungspflicht macht es für Österreich möglich, weiterhin Europäische Haftbefehle auszustellen; vgl auch *Europäische Kommission*, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2023 vom 5.7.2023, Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Österreich, SWD(2023) 820 final, 3, 9 ff, in dem wiederholend die Umsetzung der angedachten Reform betont wird.

Nun soll die Staatsanwaltschaft reformiert werden und eine von der Justizministerin weisungsfreie Generalstaatsanwaltschaft eingerichtet werden,<sup>7</sup> wobei momentan insb der Grad der parlamentarischen Einbindung im Fokus der Diskussion steht. In diesem Beitrag wird daher einerseits untersucht, wie die Kontrolle der Staatsanwaltschaft *de lege lata* insgesamt funktioniert und welche Rolle das Parlament dabei einnimmt. Andererseits wird geklärt, ob und inwiefern die Arbeit der ohnehin vielseitig kontrollierten Staatsanwältinnen *de lege ferenda* noch von Abgeordneten überprüft werden soll.

## 2. Überblick über die Kontrolle der Staatsanwaltschaft *de lege lata*

### 2.1. Systeminterne Kontrollinstrumente

Die systeminternen Kontrollmöglichkeiten beinhalten Berichtspflichten, Weisungsbindungen und Aufsichtsrechte und lassen sich in drei Ebenen gliedern.

Die erste Ebene betrifft die Kontrolle innerhalb der einzelnen Staatsanwaltschaften. Hier müssen die Staatsanwältinnen ihren Gruppenleiterinnen grds über ihre Tätigkeit berichten, woraufhin die Dienstvorgesetzten den einzelnen Staatsanwältinnen gemäß § 30 StAG interne Weisungen erteilen können, um eine gewisse Vorgangsweise im Verfahren anzuordnen.<sup>8</sup> Außerdem unterliegen die einzelnen Staatsanwältinnen im Sinne eines Qualitätsmanagements<sup>9</sup> nach § 5 Abs 4 StAG<sup>10</sup> einer „fachlichen“ und „dienstlichen“ Aufsicht. Zusätzlich zur gruppenweisen Aufsicht besteht gemäß § 5 Abs 6 StAG eine Aufsichtspflicht der Leitenden Staatsanwältin.

Auf der zweiten Ebene werden die Staatsanwaltschaften von den vier höherrangigen Oberstaatsanwaltschaften kontrolliert. So müssen die Staatsanwaltschaften den Oberstaatsanwaltschaften gem § 8 Abs 1 StAG etwa in „clamorosen“ Fällen Vorhabensberichte erstatten. Abgesehen von der sohin laufend anfallenden Berichtspflicht müssen sie außerdem nach § 10a StAG über besondere Ermittlungsmaßnahmen berichten und Jahres- sowie Monatsberichte über ihre Tätigkeit erbringen. Die Berichte bilden meist die Basis für etwaige Weisungen, die im Verhältnis Oberstaatsanwaltschaft-Staatsanwaltschaft in § 29 StAG geregelt sind. Auch auf dieser Ebene werden Berichtspflichten und Weisungen gemäß § 36 Abs 1 StAG durch Aufsichtsrechte flankiert.<sup>11</sup>

Die dritte Ebene betrifft das Verhältnis der Oberstaatsanwaltschaften zur Justizministerin. Haben die Staatsanwaltschaften den Oberstaatsanwaltschaften in „clamorosen“ Fällen mit räumlich nicht begrenzter Bedeutung<sup>12</sup> zu berichten, müssen diese Berichte gem § 8a Abs 2 StAG nach der Prüfung durch die Oberstaatsanwaltschaften schließ-

7 BKA/BMJ, Vortrag an den Ministerrat 49/10 vom 24. Februar 2021.

8 Fellner/Nogratnig, RStDG, GOG und StAG II<sup>9</sup> (2021) § 30 StAG Rz 1.

9 ErläutRV 299 BlgNR 23. GP 20.

10 Staatsanwaltschaftsgesetz BGBl I 1986/164 idF BGBl I 2018/32.

11 Näher zu diesen Aufsichtsinstrumenten siehe Fellner/Nogratnig, RStDG, GOG und StAG II<sup>9</sup> § 7 DV-StAG Rz 1 ff und den Leitfaden im Erlass der BMJ v 18.11.2019 (BMVRDJ-Pr225.01/0040-III 5/2019).

12 Wenn bspw oberste Organe der Vollziehung betroffen sind, Erlass der BMJ v 12.6.2021 (2021-0.282.931) 21.

lich an die Justizministerin weitergeleitet werden. Ebenso haben die Oberstaatsanwaltschaften Jahresberichte zu erstellen. Besonders diskutiert werden jedoch stets die Weisungen, die die zur Verwaltung zählende Justizministerin den zur Gerichtsbarkeit zählenden Oberstaatsanwaltschaften gemäß § 29a Abs 1 StAG erteilen kann. Diese Weisungsspitze wird vor allem bei etwaigen Weisungen zur Sachbehandlung in einem bestimmten Verfahren kritisiert. Aus diesem Grund sind sie schriftlich und begründet auszufertigen.<sup>13</sup> Zusätzlich hat der Gesetzgeber versucht, die Kritik an dem System durch die Einführung des Weisungsrats – eines Beirats für den Bereich der ministeriellen Weisungen – abzumildern. Dieser ist in den § 29c Abs 1 StAG genannten Fällen<sup>14</sup> einzubinden, wobei die Justizministerin der Meinung des Weisungsrats nicht folgen muss. Eine etwaige Divergenz ist in einem solchen Fall lediglich im Weisungsbericht an den Nationalrat und den Bundesrat auszuweisen. Der Weisungsbericht, in dem die Justizministerin über die erteilten Weisungen in bereits beendeten Verfahren berichten muss, ist gemäß § 29a Abs 3 StAG ohnehin jährlich zu erstatten.<sup>15</sup> Schließlich kommt der Justizministerin gemäß § 36 Abs 2 StAG iVm § 4 Abs 1 und 2 BMG 1986 auch ein Aufsichtsrecht über die ihr untergeordneten Stellen zu. Die Norm des § 37 StAG regelt schließlich noch die auf jeder Ebene mögliche Aufsichtsbeschwerde. Damit kann sich eine Privatperson über die Amtsführung einer einzelnen Staatsanwältin beschweren.

## 2.2. Sonstige Kontrollinstrumente

Neben den beschriebenen mehrstufigen, systeminternen Kontrollmechanismen gibt es diverse sonstige Instrumente, die das hierarchische Gefüge ergänzen. Vor allem werden die Staatsanwaltschaften von ordentlichen Gerichten kontrolliert. Konkret können sich Betroffene mittels Einspruch nach § 106 StPO an Gerichte wenden, wenn sie sich von der Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt sehen.<sup>16</sup> Eine etwaige Untätigkeit der Staatsanwaltschaft kann bei Gericht durch §§ 108, 108a StPO geltend gemacht werden. Bei besonders eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen ist neben der

13 Zwar differenziert § 29a Abs 1 StAG hier nicht und normiert diese formelle Vorgangsweise allgemein für Weisungen, doch im Hinblick auf den inhaltlichen Zusammenhang muss davon ausgegangen werden, dass – gleich wie bei Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft – solche zur Sachbehandlung in einem bestimmten Verfahren gemeint sind, *Fellner/Nogratnig*, RStDG, GOG und StAG II<sup>5</sup> § 29a StAG Rz 2.

14 Das sind erstens ministerielle Weisungen zur Sachbehandlung in einem bestimmten Verfahren, zweitens Strafsachen gegen oberste Organe der Vollziehung (Art 19 B-VG), Mitglieder des Verfassungsgerichtshofs, des Verwaltungsgerichtshofs oder des Obersten Gerichtshofs sowie der Generalprokuratur und drittens, wenn es die Justizministerin wegen des außergewöhnlichen Interesses der Öffentlichkeit an der Strafsache, insbesondere bei wiederholter und überregionaler Berichterstattung oder wiederholter öffentlicher Kritik am Vorgehen der Staatsanwaltschaft und der Kriminalpolizei, oder aus Befangenheitsgründen für erforderlich hält.

15 Allerdings waren die ehemaligen Justizministerinnen hier teilweise säumig, weshalb es für die Berichtsjahre 2009–2020 insg nur fünf Weisungsberichte gibt, vgl auch *Waldner*, Der Inhalt ministerieller Weisungen zur Sachbehandlung gemäß § 29a StAG, RZ 2022, 39 (39).

16 Näher dazu *Pilnacek/Stricker* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 106 Rz 1 ff.

staatsanwaltschaftlichen Anordnung zusätzlich eine gerichtliche Bewilligung erforderlich. Schließlich können Einstellungen der Staatsanwaltschaft über einen Fortführungsantrag nach § 195 StPO gerichtlich überprüft werden und eingebrachte Anklagen der Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren durch unabhängige Gerichte kontrolliert werden. Die endgültige Entscheidung über Schuld- oder Freispruch liegt letztlich beim Gericht selbst.

Zusätzlich können die Staatsanwaltschaften aktuell von der Rechtsschutzbeauftragten iSd § 47a StPO iVm §§ 147 Abs 1, 194 Abs 3, 195 Abs 2a StPO, der Datenschutzbehörde mittels § 24 DSGVO, der Volksanwaltschaft über Art 148c erster Satz B-VG, dem Rechnungshof nach Art 121 B-VG und vom Parlament kontrolliert werden. Aufgrund der Klassifizierung der Staatsanwältinnen als Organe der ordentlichen Gerichtsbarkeit gibt es teilweise verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Gewaltentrennung nach Art 94 B-VG, weil sich viele sonstige Kontrollinstrumente dem Wortlaut nach nur auf Verwaltungsorgane beziehen.<sup>17</sup> Daher müssen jene teilweise überdacht bzw neu ausgestaltet werden.<sup>18</sup>

### 3. Die parlamentarische Kontrolle der Staatsanwaltschaft *de lege lata*

#### 3.1. Interpellations- und Resolutionsrecht

Das in Art 52 Abs 1 B-VG festgelegte Interpellationsrecht<sup>19</sup> ist das parlamentarische Kontrollrecht mit der höchsten Frequenz und daher von enormer Bedeutung.<sup>20</sup> Auf diesem Weg kann der Nationalrat<sup>21</sup> die Geschäftsführung der Bundesregierung überprüfen, indem er die Bundesregierung bzw einzelne Mitglieder davon über ihre Vollziehung befragt und Auskünfte verlangt. Es handelt sich dabei allerdings nicht um ein

17 Siehe näher zu den diesbezüglichen Bedenken über die Rechtsschutzbeauftragte etwa *Klaushofer*, Neuartige Aufgaben der Rechtsschutzbeauftragten, ZÖR 2012, 703 (714 f); siehe zur umstrittenen Zuständigkeit der Datenschutzbehörde etwa *Divjak*, Die Durchsetzung von Datenschutzrechten im Ermittlungsverfahren, JBl 2022, 489 (494 ff, 503) sowie den Antrag des VfGH auf Aufhebung der entsprechenden verfassungswidrigen Bestimmungen des DSGVO durch den VfGH vom 9. Mai 2023, A 2023/0006-0008 (Ro 2020/04/0016 u.a.); siehe zur durch Art 90a B-VG eingeschränkten Kontrollkompetenz der Volksanwaltschaft, die von der Volksanwaltschaft selbst fälschlicherweise erst ab dem Berichtsjahr 2015 anerkannt worden ist, etwa *Kucsko-Stadlmayer in Korinek/Holoubek*, Art 148a B-VG Rz 26; *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 148a Rz 1; *Storr*, Der Staatsanwalt als Organ der Gerichtsbarkeit, ZÖR 2010, 269 (282 f), *Volksanwaltschaft*, Bericht der Volksanwaltschaft an den Nationalrat und an den Bundesrat 2015 (2016) 160.

18 Da sich dieser Beitrag vor allem auf die parlamentarische Kontrolle konzentriert, wird im Folgenden nur diese näher behandelt.

19 Ebenfalls normiert in § 90 Bundesgesetz über die Geschäftsordnung des Nationalrates (GOG-NR), BGBl I 1975/410.

20 Siehe näher zur Funktion dieses Kontrollrechts *Kabl in Korinek/Holoubek*, Art 52 Abs 1 Z 2-4 B-VG Rz 13 ff. Siehe dazu auch den Beitrag in diesem Heft von *Wittich*, Die substantiierte Begründungspflicht bei der Nichtbeantwortung parlamentarischer Anfragen, 483.

21 Bzw auch der Bundesrat, wobei in diesem Beitrag aufgrund der höheren praktischen Relevanz lediglich auf den Nationalrat Bezug genommen wird. Außerdem sei das Interpellationsrecht des Bundesrates ohnehin inkonsequent, weil die Bundesregierung sowie deren Mitglieder diesem gegenüber schließlich auch nicht politisch bzw rechtlich verantwortlich sind, *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 52 Rz 1.

allgemeines, ständig begleitendes Kontrollrecht,<sup>22</sup> sondern die Interpellation ermöglicht punktuelle Nachfragen. Sohin kann also auch die Tätigkeit der Justizministerin kontrolliert werden.

Das bedeutet, dass die Justizministerin jedenfalls über ihre eigene Aufsichtsführung inkl der von ihr erteilten Weisungen befragt werden darf, weil sowohl die Dienstaufsicht als auch generell Justizverwaltungsangelegenheiten klar zur Vollziehung ieS zu zählen sind. Eine Einschränkung besteht hingegen dahingehend, dass Themen, die die Gerichtsbarkeit betreffen, auch wenn dies zur Vollziehung iwS gezählt wird, grds nicht vom Interpellationsrecht erfasst werden.<sup>23</sup> Dass die Tätigkeit der unabhängigen Richterinnen nicht durch das Parlament kontrolliert werden kann, ist selbstverständlich. Fraglich ist jedoch, ob die Justizministerin auch Anfragen bzgl der Ermittlungs- und Anklagetätigkeit der Staatsanwaltschaften selbst zu beantworten hat, weil es sich dabei – jedenfalls seit der Implementierung des Art 90a B-VG –<sup>24</sup> gerade nicht um Verwaltungshandeln handelt. Allerdings besteht zwischen der Justizministerin als Berichts-, Weisungs-, und Aufsichtsspitze und der staatsanwaltschaftlichen Tätigkeit ein Ingerenzverhältnis, weshalb sich die Kontrolle auch darauf erstrecken kann.<sup>25</sup> Nichtsdestotrotz ist das Interpellationsrecht in diesem Bereich begrenzt zu verstehen, sodass Fragen zu inhaltlichen Begründungen und Hintergründen diverser Vorgehen – etwa weshalb (nicht) ermittelt wird oder warum gewisse Ermittlungsschritte (nicht) gesetzt werden – seit der Reform durch das BGBl I 2008/2 nicht mehr beantwortet werden müssen.<sup>26</sup>

Im Jahr 2022 ergingen 390 schriftliche Anfragen an die Justizministerin,<sup>27</sup> wovon sich einige auch konkret auf das Handeln der Staatsanwaltschaften,<sup>28</sup> auf Auswertungen zu

22 *Kabl* in *Korinek/Holoubek*, Art 52 Abs 1 Z 2–4 B-VG Rz 15 unter Bezugnahme auf VfSlg 1454/1932.

23 *Kabl* in *Korinek/Holoubek*, Art 52 Abs 1 Z 2–4 B-VG Rz 27.

24 Die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit wurde aufgrund der stetigen Zunahme ihrer Kompetenzen allerdings schon vor der Reform teilweise zur materiellen Gerichtsbarkeit gezählt, siehe dazu *Burgstaller* in *Korinek/Holoubek*, Art 90a B-VG Rz 11; *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, Art 148a B-VG Rz 26.

25 *Kabl* in *Korinek/Holoubek*, Art 52 Abs 1 Z 2–4 B-VG Rz 26; *Storr*, ZÖR 2010, 281 f; *Storr*, RZ 2010, 274; *Mayer*, Die Staatsanwälte im Gefüge der Bundesverfassung (2018) 184 begründet die Möglichkeit der parlamentarischen Kontrolle damit, dass diese vor Art 90a B-VG umfassend bestand und nicht nur auf die Ausübung des Weisungsrechtes beschränkt war. Dieses Argument ist allerdings unverständlich, weil Staatsanwältinnen vor der Reform der Verfassung nach zu Organen der Verwaltung zählten und ihre Tätigkeit selbstverständlich umfasst war, was nun nicht mehr automatisch zu gelten hat. Hierzu ist auch die durch Art 90a B-VG hervorgerufene Kompetenzverringerung der Volksanwaltschaft zu bemerken. Im Ergebnis ist zwar zuzustimmen, dass die bestehende organisatorische Spitze der Justizministerin die Interpellation über gewisse Angelegenheiten der Staatsanwaltschaft ermöglicht, wobei hier auch gewisse Einschränkungen anerkannt werden müssen.

26 Siehe dazu die Anfragebeantwortung 7267/Ab 27. GP 2 ff von Justizministerin *Zadić*, in der sie auf die diesbezüglich seit 2008 bestehende Rechtsauffassung im BMJ hinweist, die sich vordergründig auf die Auslegung *Lienbachers*, des damaligen Leiters des Verfassungsdienstes, stützt; siehe dazu auch *Lienbacher*, Ist staatsanwaltschaftliches Handeln ein zulässiger Kontrollgegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse? in *Lienbacher/Wielinger*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010 (2010) 65 (75 f), der die Reichweite des Interpellationsrechts durch Art 90a B-VG als eingeschränkt beurteilt; siehe auch eine ähnliche Anfragebeantwortung des ehemaligen Justizministers *Jabloner*, 3745/AB 27. GP 3.

27 *Parlamentsdirektion*, Jahresbericht Nationalrat 2022 (2023) 74.

28 Siehe etwa die Anfrage 12957/J 27. GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12489/AB 27. GP betreffend „WKStA und ihre Gegner – was steckt dahinter?“.

bestimmten Fallgruppen<sup>29</sup> und/oder auf spezifische Verfahren<sup>30</sup> bezogen. Insgesamt ist dabei zu erkennen, dass die Justizministerin die Anfragen im Rahmen ihrer Möglichkeiten beantwortete, wobei es meist gewisse Einschränkungen gab. So konnten einige Anfragen – insb zu konkreten Zahlen und Statistiken – nicht vollumfassend beantwortet werden, weil es schlicht keine entsprechenden automatisierten Auswertungsinstrumente gibt. Außerdem wies die Justizministerin bei manchen spezifischen Verfahren darauf hin, dass es sich um laufende Ermittlungsverfahren handle und sie deswegen keine konkreten Fragen dazu beantworten könne. Da die Mehrheit im Parlament meist mit der Regierung übereinstimmt, ist die Interpellation in der Verfassungswirklichkeit lediglich ein Oppositionsrecht.<sup>31</sup> Von den 390 Anfragen an die Justizministerin aus dem Jahr 2022 stammen lediglich zwei von den Regierungsparteien ÖVP und Grüne, während die restlichen 388 von SPÖ, FPÖ oder NEOS ausgingen.<sup>32</sup>

Das Resolutionsrecht wird ebenfalls in Art 52 Abs 1 B-VG normiert und schließlich im GOG-NR weiter konkretisiert. Durch dieses rechtlich unverbindliche Entschließungsrecht, für das es einen Mehrheitsbeschluss des Parlaments bedarf, können Abgeordnete öffentlich auf bestimmte Informationen drängen bzw ihre Wünsche an die Justizministerin richten.<sup>33</sup> Allerdings ist das Resolutionsrecht weniger dazu geeignet, die Staatsanwaltschaft zu kontrollieren. Dies liegt – neben der rechtlichen Unverbindlichkeit – auch daran, dass sich damit weniger konkrete Fälle untersuchen lassen als vielmehr allgemeine Aspekte behandelt werden können. Außerdem zeigt sich bei der Resolution durch die Überlappung von parlamentarischer Mehrheit und Regierung ein starkes Praxisproblem, weil es dadurch kaum kritische Mehrheitsbeschlüsse gibt, mit denen etwas kontrolliert werden könnte.<sup>34</sup>

### 3.2. Politische und rechtliche Verantwortlichkeit

Gemäß Art 74 Abs 1 B-VG kann der Nationalrat der Bundesregierung oder einzelnen Mitgliedern davon mittels Entschließung das Vertrauen entziehen und so bspw auch die

---

29 Siehe etwa die Anfrage 12883/J 27 GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12485/AB 27. GP betreffend „Straßenblockaden sogenannter „Klima-Aktivistinnen“, die Anfrage 12969/J 27. GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12469/AB 27. GP betreffend „Verfahren gegen syrische Kriegsverbrecher in Österreich“, die Anfrage 12630/J 27 GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12320/AB 27. GP betreffend „Wann gibt es endlich effiziente Verfahren auch bei komplexen Korruptionsfällen?“, die Anfrage 12565/J 27 GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12262/AB 27. GP betreffend „illegale Straßenrennen“, die Anfrage 12675/J 27 GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12361/AB 27. GP betreffend „Umgang mit einem Fall von NS-Wiederbetätigung im österreichischen Bundesheer“.

30 Siehe etwa die Anfrage 12424/J 27 GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12116/AB 27. GP betreffend „Langzeitermittlungen gegen den Bürgermeister der Stadt Bludenz“, die Anfrage 12767/J 27 GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12477/AB 27. GP betreffend Strafverfahren gegen BMF-Kabinettschef Niedrist, die Anfrage 12675/J 27 GP und die zugehörige Anfragebeantwortung 12361/AB 27. GP betreffend „Umgang mit einem Fall von NS-Wiederbetätigung im österreichischen Bundesheer“.

31 *Kabl in Korinek/Holoubek*, Art 52 Abs 1 Z 2–4 B-VG Rz 16.

32 *Parlamentsdirektion*, Jahresbericht Nationalrat 2022 (2023) 74.

33 *Kabl in Korinek/Holoubek*, Art 52 Abs 1 Z 2–4 B-VG Rz 14, 18, 24.

34 *Kabl in Korinek/Holoubek*, Art 52 Abs 1 Z 2–4 B-VG Rz 14, 16.

Justizministerin als Weisungsspitze für ihre Handlungen politisch verantwortlich machen.<sup>35</sup> Sofern iSd Art 74 Abs 2 B-VG zumindest die Hälfte der Abgeordneten anwesend ist und sich eine einfache Mehrheit davon für das Misstrauensvotum ausspricht, hat die Bundespräsidentin die betroffene Person des Amtes zu entheben.<sup>36</sup> Bei diesem Instrument zeigt sich jedoch eine ähnliche parlamentarische Verfassungswirklichkeit wie beim Interpellations- und Resolutionsrecht,<sup>37</sup> weshalb bislang noch keine Justizministerin auf diese Weise politisch verantwortlich gemacht werden konnte.<sup>38</sup>

Tatsächliche Rechtsverletzungen der Justizministerin könnte der Nationalrat schließlich gemäß Art 76 iVm 142 Abs 1, Abs 2 lit b B-VG mittels Anklage vor dem VfGH geltend machen,<sup>39</sup> wozu es bisher jedoch ebenfalls noch nie kam. Außerdem könnten dadurch ohnehin nur ihre eigenen Verfehlungen – etwa eine schuldhaft, unzulässige Weisungserteilung oder eine mangelnde Aufsichtsführung in ihrem Ingerenzbereich – angeklagt werden.<sup>40</sup> Das Handeln von einzelnen Staatsanwältinnen in einem Verfahren kann auf diese Weise hingegen nicht direkt kontrolliert werden. Diese haben sich vielmehr vor ordentlichen Gerichten zu verantworten.

### 3.3. Untersuchungsausschüsse

Ein weiteres parlamentarisches Kontrollrecht ist die Befugnis, einen Untersuchungsausschuss iSd Art 53 B-VG einzusetzen.<sup>41</sup> Hierzu wird ein Beschluss des Nationalrats oder das Verlangen von einem Viertel der Mitglieder benötigt und es muss ein konkreter Untersuchungsgegenstand festgelegt werden, der sich auf einen abgeschlossenen Vorgang im Bereich der Bundesvollziehung bezieht. Dadurch kann auch das Handeln der Justizministerin selbst überprüft werden, wozu auch ihre selbst erteilten Weisungen an die Oberstaatsanwaltschaften zählen.<sup>42</sup>

Während die Rechtsprechung – und somit jedenfalls die richterliche Tätigkeit – gemäß Art 53 Abs 2 letzter Satz B-VG explizit von der Kontrolle ausgenommen wird, ist die Situation hinsichtlich der Staatsanwaltschaft nicht so eindeutig. Für eine Kontrollkompetenz spricht, dass statt dem Begriff „Gerichtbarkeit“, der die Staatsanwaltschaft klar miteinschließen würde, bewusst der engere Begriff „Rechtsprechung“ verwendet wird, der die

35 Siehe näher zu diesem Kontrollinstrument *Kneibls/Lienbacher* in *Korinek/Holoubek*, Art 74 Abs 1 B-VG Rz 1 ff.

36 *Kneibls/Lienbacher* in *Korinek/Holoubek*, Art 74 Abs 2 B-VG Rz 24 mwN.

37 Vgl zur möglichen Ineffektivität *Soyer*, Staatsanwalt und Strafverteidigung, in *Pilgermair*, Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) 267 (274).

38 Vgl etwa diesbezügliche Versuche hinsichtlich des ehemaligen Justizministers *Böhmendorfer*, Parlamentskorrespondenz Nr 758 vom 14.12.2000, [www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr\\_2000/pk0758](http://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2000/pk0758); *Wiener Zeitung*, Misstrauensantrag gegen Böhmendorfer, tagblatt-wienerzeitung.at 10.5.2001, [www.tagblatt-wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/209382\\_Misstrauensantrag-gegen-Boehmendorfer.html](http://www.tagblatt-wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/209382_Misstrauensantrag-gegen-Boehmendorfer.html) (4.9.2023).

39 Siehe näher dazu *Kneibls/Lienbacher* in *Korinek/Holoubek*, Art 142 B-VG Rz 26 ff.

40 Vgl *Kneibls/Lienbacher* in *Korinek/Holoubek*, Art 142 B-VG Rz 16.

41 Siehe auch den Beitrag in diesem Heft von *Dirlinger*, Grenzorgane für Informationsbegehren des Untersuchungsausschusses, 494.

42 *Lienbacher* in *Lienbacher/Wielinger* 75 f.

Staatsanwaltschaft grds nicht mitumfasst.<sup>43</sup> Die nicht-rechtsprechende Gerichtsbarkeit würde als Teil der Vollziehung demnach der Überprüfung durch U-Ausschüsse offenstehen. In den Materialien wird dazu lediglich angemerkt, dass es nicht auf die organisatorische Zuordnung ankomme, sondern darauf abzustellen wäre, ob Staatsanwältinnen funktionell im Sinne von „Rechtsprechung“ tätig werden.<sup>44</sup> Dies wäre aufgrund des erheblichen Zuwachses an Zuständigkeiten seit dem Strafprozessreformgesetz<sup>45</sup> betreffend die quasi-richterliche Diversionskompetenz<sup>46</sup> denkbar, was gegen eine diesbezügliche Untersuchungskompetenz des Parlaments sprechen würde.<sup>47</sup> Hätten die Materialien nicht zumindest dieses konkrete staatsanwaltschaftliche Handeln gemeint, würde dieser Satz ins Leere laufen. Richtigerweise wird – wie es auch die Parlamentsdirektion vertritt –<sup>48</sup> im Einzelfall zu untersuchen sein, ob es sich um funktionell rechtsprechende Tätigkeiten von Staatsanwältinnen handelt und daher ein U-Ausschuss darüber zulässig ist oder nicht.

Die Einsetzung eines U-Ausschusses ist ein Minderheitsrecht,<sup>49</sup> weshalb davon in der politischen Praxis öfters Gebrauch gemacht werden könnte. Allerdings ist die konkrete Kontrolle jeweils nur im Nachhinein möglich und der Untersuchungsgegenstand je nach Auslegung des Begriffes „Rechtsprechung“ stärker eingeschränkt: Die Weisungen und die Aufsichtsführung der Justizministerin sowie das Handeln der Oberstaatsanwaltschaften wären in diesem Rahmen sicher kontrollierbar. Die Ermittlungs- und Anklagetätigkeit der einzelnen Staatsanwältinnen ist nach hA grds ebenfalls untersuchungsfähig,<sup>50</sup> könnte aber ausnahmsweise – etwa im Zusammenhang mit einer Diversion – als Rechtsprechung qualifiziert werden und dürfte dann nicht vom Parlament überprüft werden. Bislang wurde jedenfalls noch kein U-Ausschuss zur *ex post* Kontrolle der Staatsanwaltschaft eingesetzt.

---

43 So *Kahl* in *Korinek/Holoubek*, Art 53 B-VG Rz 24 sowie *Scholz*, Zum zulässigen Gegenstand parlamentarischer Untersuchungsausschüsse nach der Untersuchungsausschuss-Reform 2014, JRP 2015, 232 (234, 237); siehe noch zum früher verwendeten Begriff „Gerichtsbarkeit“ und der damals klar von der Untersuchungskompetenz ausgenommenen Staatsanwaltschaft *Lienbacher* in *Lienbacher/Wielinger* 72 ff.

44 Siehe AB 439 BgNR 25. GP 3.

45 BGBl I 2004/19, in Kraft seit 2008.

46 *Funk/Lachmayer*, Der Staatsanwalt im Verfassungsgefüge, in *Pilgermair*, Staatsanwaltschaft im 21. Jahrhundert (2001) 31 (45 f).

47 Zwar handelt es sich bei der Diversion nicht um ein Urteil, sondern um einen Rücktritt von der Verfolgung, doch dieser bewirkt – anders als schlichte Einstellungen – gemäß § 205 StPO immerhin eine Sperrwirkung iSd Grundsatzes *ne-bis-in-idem*, weil eine Fortsetzung des Strafverfahrens nur unter den Voraussetzungen der ordentlichen Wiederaufnahme zulässig ist. Die Möglichkeit von U-Ausschüssen jedoch auch wegen der Weisungsbindung generell bejahend *Kahl* in *Korinek/Holoubek*, Art 53 B-VG Rz 24; *Scholz*, JRP 2015, 234, 237 sowie implizit *Storr*, ZÖR 2010, 273. Vgl aber auch *Fuchs*, Untersuchungsausschüsse und Strafrecht, in *ÖJK*, Untersuchungsausschüsse des Nationalrates und der Landtage (2011) 15 (16 ff) zur alten Rechtslage, der parlamentarische Untersuchungen (und ministerielle Weisungen) hinsichtlich jener staatsanwaltschaftlichen Tätigkeiten im Ermittlungsverfahren ablehnt, die vormalig den Untersuchungsrichterinnen zukamen – etwa Entscheidungen über Ermittlungsmaßnahmen – und die Kompetenz nur auf die Anklagetätigkeit erstrecken würde. Dies begründet *Fuchs* damit, dass die erstgenannten Tätigkeiten schon von ordentlichen Gerichten kontrolliert werden, was allerdings auch auf Anklagen zutrifft.

48 *Parlamentsdirektion*, Handbuch zum Recht der Untersuchungsausschüsse im Nationalrat (2019) Rz 28.

49 *Scholz*, JRP 2015, 232.

50 *Kahl* in *Korinek/Holoubek*, Art 53 B-VG Rz 24; *Scholz*, JRP 2015, 234, 237 sowie implizit *Storr*, ZÖR 2010, 273.

### 3.4. Berichte

Schließlich handelt es sich bei den diversen Berichtspflichten an den Nationalrat ebenfalls um parlamentarische Kontrollinstrumente. Der Weisungsbericht des BMJ<sup>51</sup> gibt etwa Auskunft darüber, welche Weisungen die Justizministerin in welchen Verfahren an die Oberstaatsanwaltschaft erteilt hat und welche Verfahrensschritte von der jeweiligen Staats- und Oberstaatsanwaltschaft zuvor gesetzt worden sind. Durch die Offenlegungspflicht werden sowohl die Unterbehörden als auch die Ministerin als Weisungsspitze *ex post* kontrolliert.

Auch die Berichte der Volksanwaltschaft und des Rechnungshofs, die beide im Jahresbericht des Nationalrats genannt werden,<sup>52</sup> können die Staatsanwaltschaft behandeln. Hierbei ist jedoch anzumerken, dass die Gewaltenteilung des Art 94 B-VG den Kontrollbereich seit der Verankerung der Staatsanwaltschaft in Art 90a B-VG insoweit einschränkt, als keine inhaltliche Prüfung der Ermittlungsverfahren mehr erfolgen darf.<sup>53</sup> Wahrgenommene Mängel hinsichtlich der Aufsichtsführung – insb Verfahrensverzögerungen betreffend – können jedoch weiterhin in die Berichte aufgenommen werden und sorgen somit für eine indirekte, nachträgliche Überprüfung durch das Parlament.

## 4. Die mögliche parlamentarische Kontrolle der Staatsanwaltschaft *de lege ferenda*

Obwohl eine Reform der Weisungsspitze bereits lange gefordert worden war und schon das Regierungsprogramm 2020–2024 gewisse Aspekte betreffend die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft enthält,<sup>54</sup> wurde im Februar 2021 durch einen Ministerratsvortrag doch ziemlich überraschend der Plan zur Schaffung einer unabhängigen und weisungsfreien Bundesstaatsanwaltschaft angekündigt.<sup>55</sup> Daraufhin wurde eine mit Expertinnen besetzte Arbeitsgruppe zur Ausarbeitung konkreter Fragen und Reformideen eingesetzt, die ihre Ergebnisse im September 2022 in einem Endbericht veröffentlichte.<sup>56</sup> Auch wenn innerhalb der Regierung Einigkeit über die Schaffung der Generalstaatsanwaltschaft<sup>57</sup> herrscht, gibt es hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung noch deutliche Diskrepanzen.<sup>58</sup>

Zunächst gibt es unterschiedliche Ansichten, was das Ausmaß der parlamentarischen Einbindung bei der Bestellung und eventuellen Abberufung der Generalstaatsanwältin

51 Siehe etwa *BMJ*, Weisungsbericht 2020 (2021).

52 Siehe etwa Jahresbericht des Nationalrates 2022 55 ff.

53 Vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, Art 148a B-VG Rz 26; *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 148a Rz 1; *Storr*, ZÖR 2010, 282 f.

54 *BKA*, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024 (2020) 21 ff.

55 *BKA/BMJ*, Vortrag an den Ministerrat 49/10 vom 24. Februar 2021.

56 Siehe näher zu den konkreten Vorschlägen *Arbeitsgruppe*, Endbericht.

57 Diese Bezeichnung wird von der Arbeitsgruppe präferiert und bei ihren Vorschlägen in weiterer Folge auch verwendet, *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 18 f.

58 Siehe etwa *Tschiderer*, Nächste Runde im Ringen um unabhängige Generalstaatsanwaltschaft, *derstandard.at* 1.6.2023, [www.derstandard.at/story/3000000172730/zadic-will-weisung](https://www.derstandard.at/story/3000000172730/zadic-will-weisung) (4.9.23).

betrifft. Während die Grünen den Vorschlag der Arbeitsgruppe bzgl einer dreistufigen Bestellung über Personalsenate mit Mitwirkung von Bundesregierung oder Justizministerin sowie Bundespräsidentin<sup>59</sup> befürworten, spricht sich die ÖVP für eine Wahl sowie Abberufung durch das Parlament aus,<sup>60</sup> was die Arbeitsgruppe insb für die Abberufung ausdrücklich ablehnt.<sup>61</sup> Die Verantwortlichkeit der Generalstaatsanwältin wäre aufgrund der politischen Entflechtung sowie ihrer Stellung als Organ der Gerichtsbarkeit daher zwar anders zu regeln als jene der Justizministerin, doch es würde jedenfalls Abberufungsmöglichkeiten geben. Die Arbeitsgruppe schlägt hierbei etwa eine Abberufung durch den OGH aus disziplinar- oder strafrechtlichen Gründen vor.<sup>62</sup> Eine rechtliche Verantwortlichkeit der Generalstaatsanwältin vor dem VfGH könnte natürlich ebenfalls festgelegt werden,<sup>63</sup> worauf die Arbeitsgruppe in ihrem Endbericht allerdings nicht eingeht und das Disziplinarrecht nach dem RStDG für ausreichend erachtet.<sup>64</sup> Klar ist, dass beide Modelle von einer ausreichenden demokratischen Legitimierung geprägt wären, aber nur das System der Arbeitsgruppe den Anschein und die Möglichkeit einer politischen Einflussnahme auf die Staatsanwaltschaft ausschließen würde, weil eine Bestellung und/oder Abberufung durch das Parlament besonders parteipolitisch motiviert wirken könnte.<sup>65</sup>

Weiters ist noch nicht entschieden, ob die oberste Weisungsspitze – wie die Arbeitsgruppe empfiehlt<sup>66</sup> – im Sinne der Grünen durch Senate<sup>67</sup> oder aber nach den Vorstellungen der ÖVP durch eine Einzelperson (die Generalstaatsanwältin) eingerichtet wird.<sup>68</sup> Hier steht dem Argument der stärkeren Unabhängigkeit durch das Mehraugenprinzip jenes der direkten politischen Verantwortlichkeit gegenüber.

Auch über die Ausgestaltung der laufenden parlamentarischen Kontrolle der Staatsanwaltschaften, die eng mit der Frage der konkreten Weisungsspitze zusammenhängt, wird noch debattiert, wobei die ÖVP schon jetzt vor einem „demokratiefreien Raum“ warnt.<sup>69</sup>

---

59 *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 21 ff.

60 *Der Standard*, Edtstadler sieht bei Konzept für Generalstaatsanwalt „demokratiefreien Raum“, [www.derstandard.at/23.9.2022](http://derstandard.at/23.9.2022), [www.derstandard.at/story/2000139342352/edtstadler-sieht-bei-konzept-fuer-generalstaatsanwalt-demokratiefreien-raum](http://www.derstandard.at/story/2000139342352/edtstadler-sieht-bei-konzept-fuer-generalstaatsanwalt-demokratiefreien-raum) (4.9.2023); dafür plädierend auch schon *Wiederin*, Brauchen wir einen unabhängigen Bundesstaatsanwalt, JRP 2012, 430 (432 f).

61 *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 26.

62 Dabei soll laut der Arbeitsgruppe etwa das BMJ eine Disziplinaranzeige gegen die Generalstaatsanwältin erstatten können, was gleichzeitig die Rückbindung an das Parlament sicherstellt, *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 26, 42.

63 Darauf pochend *Wiederin*, JRP 2012, 431.

64 *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 26.

65 Vgl aber etwa auch die ausbleibende Bestellung der BVwG-Spitze aus politischen Gründen, *ORF*, BVwG: Richterpräsident übte scharfe Kritik an Regierung, [orf.at 1.9.2023](http://orf.at/1.9.2023), [www.orf.at/stories/3329611/](http://www.orf.at/stories/3329611/) (4.9.2023); *Miller*, Regierung „blockiert“: „Grober Missstand“ am größten Gericht, [profil.at 13.7.2023](http://profil.at/13.7.2023), [www.profil.at/oesterreich/regierung-blockiert-grober-missstand-am-bvwg-oesterreichs-groesstem-gericht/402521404](http://www.profil.at/oesterreich/regierung-blockiert-grober-missstand-am-bvwg-oesterreichs-groesstem-gericht/402521404) (4.9.23).

66 *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 27 f.

67 Ähnlich wie bei Entscheidungen des OGH oder der Europäischen Staatsanwaltschaft.

68 Siehe etwa *ORF*, Generalstaatsanwaltschaft: ÖVP beharrt auf einzelner Spitze, [orf.at 5.6.2023](http://orf.at/5.6.2023), [www.orf.at/stories/3319242/](http://www.orf.at/stories/3319242/) (4.9.2023).

69 *Die Presse*, Edtstadler: Parlamentarische Kontrolle des Generalstaatsanwalts „nicht verhandelbar“, [diepresse.com 23.9.2022](http://diepresse.com/23.9.2022), [www.diepresse.com/6193605/edtstadler-parlamentarische-kontrolle-des-generalstaatsanwalts-nicht-](http://www.diepresse.com/6193605/edtstadler-parlamentarische-kontrolle-des-generalstaatsanwalts-nicht-)

Das Senats-Modell der Arbeitsgruppe, das die Grünen unterstützen, führt zwangsläufig zu einer gewissen Abänderung der parlamentarischen Kontrollrechte, nicht aber zu einer gänzlichen Abschaffung derselben: Eine laufende parlamentarische Kontrolle der Ermittlungsverfahren – etwa durch einen Unterausschuss – wird jedenfalls abgelehnt.<sup>70</sup> Das ist mit Blick auf die umfassende Kontrolle durch die ordentlichen Gerichte in diesem Verfahrensstadium auch sehr gut vertretbar. Da die Dienstaufsicht bei der Justizministerin verbliebe, würde sich das parlamentarische Kontrollrecht diesbezüglich sowie generell bzgl der Justizverwaltungsangelegenheiten nicht ändern. Hinsichtlich der Fachaufsicht – also insb auch Weisungen in Einzelstrafsachen betreffend – empfiehlt die Arbeitsgruppe eine nachträgliche Rechenschaftspflicht der Justizministerin oder der Generalstaatsanwältin,<sup>71</sup> wobei genaueres hierzu noch auszuarbeiten ist. Eine nachträgliche Kontrolle würde dabei genügen, weil auch die aktuelle parlamentarische Kontrolle grds in dieser Form ausgestaltet ist.<sup>72</sup> Deswegen kann die Justizministerin auch im momentanen System kaum Auskunft zu laufenden Verfahren geben, was sich unter einer Generalstaatsanwältin nicht ändern würde. Auch die U-Ausschüsse wären hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes gleichsam beschränkt und können nur abgeschlossene Vorgänge behandeln. Dies zeigt auch, was die gerichtliche Kontrolle von der parlamentarischen Kontrolle unterscheidet. Während die ordentlichen Gerichte die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im Haupt- und Rechtsmittelverfahren überwachen, kontrollieren und korrigieren, um den Rechtsschutz der Bürgerinnen zu gewährleisten, ist die parlamentarische Kontrolle für eine Öffentlichkeitswirksamkeit<sup>73</sup> durch Anfragen, Berichte und Untersuchungen im Nachhinein eingerichtet.

## 5. Fazit

Die Staatsanwaltschaft wird aktuell umfangreich kontrolliert, wobei auch dem Parlament mehrere indirekte Mittel zukommen. Diese Instrumente unterliegen allerdings verschiedenen Beschränkungen. So können etwa kaum Auskünfte über laufende Verfahren

---

verhandelbar (4.9.2023).

70 *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 19 f; *ORF*, Regierung uneins in Frage der Kontrolle, orf.at 23.9.2022, www.orf.at/stories/3286647 (4.9.2023); *Bierlein/Lendl*, Staatsanwaltschaft in der öffentlichen Wahrnehmung, JRP 2022, 28 (36); dies ebenso für verzichtbar haltend *Wiederin*, JRP 2012, 432.

71 Vgl *Arbeitsgruppe*, Endbericht, 19 f.

72 Vgl dazu *Storr*, RZ 2010, 276, der meint, dass die jedenfalls nötige parlamentarische Kontrolle eine „*ex post* Kontrolle“ sei, weil es sich andernfalls nicht nur um Kontrolle, sondern um Mitbestimmung handle; *Wiederin*, Der Staatsanwalt im Spannungsfeld zwischen Legalitätsprinzip und Kontrolle, RZ 2012, 28 (34 f) sowie *Wiederin*, JRP 2012, 431 f verlangt eine parlamentarische Kontrolle und betont dabei vor allem die Wichtigkeit des Interpellationsrechts und der Möglichkeit zur Einsetzung von U-Ausschüssen; *Wiederin*, Staatsanwaltschaft und Bundesverfassung, in *ÖJK*, Strafverfolgung auf dem Prüfstand (2012) 33 (44 f) meint allerdings, dass aus der Verfassung heraus vieles möglich sei – selbst eine reine rechtliche Verantwortlichkeit –, weshalb wohl eine parlamentarische *ex post* Kontrolle jedenfalls ausreichen müsste.

73 Vgl dazu auch *Fuchs* in *ÖJK* 15, der dabei die politische Verantwortlichkeit und Positionierung dem Wählervolk gegenüber betont.

erteilt werden, wodurch die parlamentarische Kontrolle *ex post* erfolgt und eher der nachträglichen Information der Öffentlichkeit dient. Zudem scheitert die Effektivität – etwa bei der Geltendmachung von politischen Verantwortlichkeiten – in der Praxis oft an der Verfassungswirklichkeit.

Es ist noch nicht klar, wie die angedachte Reform der Weisungsspitze letztlich aussehen und welche konkreten Auswirkungen sie demnach haben wird. Sicher ist aber, dass zwar einzelne Kontrollmechanismen abgeändert werden würden, ein Großteil der derzeitigen Instrumente – bspw die wichtige gerichtliche Kontrolle – allerdings bestehen bliebe. Auch das Parlament wäre im Sinne von *checks and balances* weiterhin vor allem als informierende Instanz im Nachhinein eingebunden, weshalb also kein „demokratiefreier Raum“ entstünde. Die korrigierende Funktion sollte hingegen auch künftig vorrangig innerhalb der Staatsanwaltschaften sowie durch Gerichte wahrgenommen werden, was zudem der Intention der Entpolitisierung und Stärkung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft entspräche. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe erscheint daher jedenfalls gut ausbalanciert und von genügend demokratischen und rechtsstaatlichen Aspekten getragen zu sein.

Mag.<sup>a</sup> Julia Innerhofer arbeitete bis vor Kurzem als Universitätsassistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien und verfasste ihre Dissertation zum Thema „Die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft“; [julia.innerhofer@univie.ac.at](mailto:julia.innerhofer@univie.ac.at)

# Regulierung von Sexarbeit in Europa: Nun ist der EGMR am Zug

Meryem Vural

---

## 1. Einleitung

Sexarbeit ist in Europa Gegenstand intensiver Debatten und unterschiedlicher regulatorischer Ansätze. Während einige Länder die vollständige Legalisierung als Mittel zur Gewährleistung der Sicherheit und Rechte der Sexarbeiter\_innen ansehen (Belgien), betrachten andere (Schweden, Frankreich) die Kriminalisierung als notwendige Maßnahme zur Bekämpfung von Menschenhandel und Ausbeutung. Die kürzlich vom Europäischen Parlament angenommene Resolution über die Regulierung von Sexarbeit und ein neuer Fall vor dem EGMR setzen neue normative Akzente in einer seit vielen Jahren andauernden Debatte.

## 2. Regulierungsmodelle

Sexarbeit wird international, supranational und national unterschiedlich geregelt. Es werden vier Regulierungsmodelle<sup>1</sup> unterschieden: 1) das prohibitive, 2) abolitionistische/nordische, 3) regulative Modell und 4) das Sexarbeitsregime. Das prohibitive System sieht ein Verbot von Sexarbeit vor, während das nordische Modell nur den Kauf und nicht den Verkauf unter Strafe stellt und deshalb umgangssprachlich auch als „Freier\_innenbestrafung“ bezeichnet wird. Das regulative Modell erlaubt zwar Sexarbeit, sieht dafür aber regelmäßige Auflagen wie Gesundheitskontrollen oder Einschränkungen in Bezug auf den Arbeitsort vor. Das in Neuseeland und in Belgien<sup>2</sup> angewandte Sexarbeitsregime sieht eine gänzliche Legalisierung von Sexarbeit vor.<sup>3</sup>

---

1 Näheres über die nationalen Regelungen in den EU-Mitgliedstaaten: *Andrea Di Nicola*, The differing EU Member States' regulations on prostitution and their cross-border implications on women's rights. Study commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, PE 695.394 (2021) 24.

2 *Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, C-2022/31330; Stroobants*, Belgium decriminalizes sex work, *Le monde* 2.6.2022.

3 *Fox*, International Law After Dark: How Legalized Sex Work Can Comport with International and Human Rights Law, *Chicago Journal of International Law* 2021, 185 (199 ff); vgl *Scolati*, Sexarbeit: Positionen und Debatten, *Feministische Zeitschrift für Politik und Gesellschaft* 2/2022, 8 f; ausführlicher über die gesetzliche Lage von Sexarbeit in Österreich: *Amesberger*, Sexarbeit in Österreich (2014) 145–223.

### 3. Aktuelle Entwicklungen in Europa

#### 3.1. EU Resolution zur Regulierung von Sexarbeit

Das EP hat am 14. September dieses Jahres eine Resolution zur Regulierung von Sexarbeit in Europa angenommen.<sup>4</sup> Gefordert wird darin eine einheitliche Regelung der Sexarbeit innerhalb der Union und zwar nach dem nordischen Modell – aktuell wenden bereits Schweden, Finnland, Irland und Frankreich dieses Modell an. Demgegenüber sprechen sich internationale Organisationen wie Amnesty International<sup>5</sup>, oder nationale Organisationen wie der Deutsche Juristinnenbund oder der österreichische Frauenring gegen ein Sexkaufverbot aus und weisen auf negative Effekte dieses Modells wie etwa der Verschlechterung der Arbeitsbedingungen von Sexarbeiter\_innen hin.

#### 3.2. M.A. ua gegen Frankreich (EGMR)

2016 wurde in Frankreich mit Einführung des Prostitutionsgesetzes<sup>6</sup> das nordische Modell etabliert. Das Gesetz soll zur Bekämpfung von Menschenhandel und Ausbeutung von Sexarbeiter\_innen beitragen. Dazu wurden insb mehrere Normen in das französische Strafgesetzbuch, dem Code Pénal, eingeführt, darunter der Art 611-1, der ein Kaufverbot für sexuelle Dienstleistungen vorsieht. Bei Verstoß drohen neben einer Geldbuße von bis zu 1500 EUR weitere Strafen wie der Besuch eines Sensibilisierungstrainings zur Bekämpfung von Sexkauf oder das Leisten von gemeinnütziger Arbeit (Art 131-16 Z 7 iVm 131-5 Z 4, Art 131-17 Abs 2 Code Pénal).<sup>7</sup>

Seit Einführung des Gesetzes, so Sexarbeiter\_innen, habe sich ihre Lage in Frankreich verschlechtert. Aufgrund dessen reichten 261 Sexarbeiter\_innen beim EGMR Beschwerde ein. In der RS M.A. und andere gegen Frankreich<sup>8</sup> muss sich der EGMR nun erstmals mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Sexkaufverbot die Rechte von Sexarbeiter\_innen aus der EMRK verletzt.

Das neue Gesetz, so die Beschwerdeführer\_innen verstoße gegen Art 2 (Recht auf Leben), Art 3 (Verbot der Folter) und Art 8 (Recht auf Privatsphäre und Familienleben) EMRK. Durch das Gesetz seien Sexarbeiter\_innen mehr denn je von den Freier\_innen abhängig und würden daher ihre Arbeitsmodalitäten an die Interessen dieser anpassen. Vor dem Sexkaufverbot abgelehnte Sex-Praktiken, vor allem ungeschützter Sex, würden vermehrt durchgeführt und auch die Auswahlkriterien von Freier\_innen wären gelockert worden.

---

4 Entschließung 2022/2139(INI) des Europäischen Parlaments v 14.9.2023 zur Regulierung der Prostitution in der EU: Ihre grenzübergreifenden Auswirkungen und die Konsequenzen für die Gleichstellung und die Frauenrechte.

5 Amnesty International, Policy on state obligations to respect, protect and fulfil the human rights of sex workers, POL 30/4062/2026.

6 Loi no 2016-444 du 13 avril 2016 „visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées“.

7 Art 20, Loi no 2016-44.

8 EGMR 27.6.2023, 63664/19, M.A. ua gegen Frankreich.

Dies hätte Auswirkungen auf den Anstieg von sexuell übertragbaren Krankheiten sowie körperlicher Gewalt und Raub an Sexarbeiter\_innen.<sup>9</sup> Die Beschwerde wurde mittlerweile vom EGMR für zulässig erklärt, eine Entscheidung ist aber noch ausständig.

### 3.3. Effekte des nordischen Modells

Das nordische Modell wurde erstmals 1999 in Schweden zum Schutz der Sexarbeiter\_innen vor Menschenhandel und Ausbeutung eingeführt. Die Bestrafung von Freier\_innen senkte die Nachfrage von Sexarbeit, so die Idee hinter dem Modell.<sup>10</sup> Eindeutige Berichte, die einen Rückgang von Sexarbeit in Ländern nach Anwendung dieses Modells belegen, gibt es nicht. Das EP stützt sich in seinem aktuellen Bericht über die Regulierung von Sexarbeit zwar auf Berichte, die einen Rückgang nachweisen, allerdings beziehen sich diese auf die Straßenprostitution, und sind damit nicht repräsentativ. Im Gegensatz dazu haben Webseiten, die Escort Dienste anbieten, sogar einen Anstieg seit Einführung des nordischen Modells in Schweden verzeichnet.<sup>11</sup> Davon abgesehen ist es fraglich, ob ein Rückgang der Nachfrage nach Sexarbeit tatsächlich die oben genannten Ziele verwirklichen kann. Zumal Sexarbeit nicht mit Menschenhandel und Zwangsprostitution gleichzusetzen ist.

## 4. Conclusio

Vor dem Hintergrund etlicher Studien und dem Vorbringen der Sexarbeiter\_innen ist es zentral, dass der EGMR bei seiner Entscheidungsfindung das Wohlergehen der Sexarbeiter\_innen und deren Rechte in den Vordergrund stellt. Es sollte geprüft werden, ob ein Sexkaufverbot eine geeignete Maßnahme darstellt, um die prekären Arbeitsbedingungen zu beseitigen oder es gelindere Mittel gibt, um dies zu erreichen.

Berücksichtigt werden sollte auch die Außenwirkung eines solchen Verbots. Die Prohibition eines Teils der Sexarbeit, nämlich des Kaufs, stellt die Sexarbeit an sich als verbotene Tätigkeit dar. Dies verstärkt die Stigmatisierung und Ausgrenzung der Sexarbeiter\_innen. Schlussendlich bleibt zu sagen, dass Sexarbeiter\_innen einen umfassenden sozial- und arbeitsrechtlichen Schutz und einen eindeutigen Rechtsstatus, brauchen.

Mag.<sup>a</sup> Meryem Vural ist Universitätsassistentin am Institut für Theorie und Zukunft des Rechts der Universität Innsbruck; meryem.vural@uibk.ac.at.

---

<sup>9</sup> EGMR 63664/19.

<sup>10</sup> Amesberger, Sexarbeit in Österreich (2014) 236.

<sup>11</sup> Swedisch Gender Equality Agency, Prostitution Policy in Sweden, <https://swedishgenderequalityagency.se/men-s-violence-against-women/prostitution-and-human-trafficking/prostitution-policy-in-sweden-targeting-demand/> (22.09.2023); *Ellisson/Ní Dhónaill/Early*, A Review of the Criminalisation of the Payment for Sexual Services in Northern Ireland (2019).