UNIVERSITÄT SALZBURG

Fachbereich Öffentliches Recht
Völkerrecht

Ao. Univ.-Prof.
Dr. Michael Geistlinger

Churfürststraße 1
5010 Salzburg
Austria - Europe

Tel.: +43 / (0) 662 /8044-3655
Fax.: +43 / (0) 662 / 8044 – 135
michael.geistlinger@sbg.ac.at
www.uni-salzburg.at

Salzburg, 2. Juli 2011

STELLUNGNAHME

zu

Ministerialentwurf 286/ME XXIV. GP – B-VG-Novelle (Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert wird) und eines Bundesgesetzes zur Durchführung des Fakultativprotokolls vom 18. Dezember 2002 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (OPCAT-Durchführungsgesetz)

1. Einleitende Bemerkungen:

Im Jahr 2004 hat die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Prag unter der Leitung von Harald Christian Scheu und Stanislava Hýbnerová eine wissenschaftliche Konferenz zum Thema „International and National Mechanisms against Torture“ veranstaltet. Die Konferenzbeiträge wurden anschließend in einem kleinen Sammelband von den beiden Wissenschaftern herausgegeben (Mezinárodní a národní mechanismy proti mučení – International and National Mechanisms against Torture. Praha 2004). Ich habe dort in meinem Beitrag „Monitoring Inhuman Treatment in Austria – The Role of the Ombudsman“ (S 107 – 118) angeregt und fiktiv geprüft, ob man nicht die Volksanwaltschaft als den gemäß Teil IV (Art 17 ff) des Fakultativprotokolls zur UN Anti-Folterkonvention zu benennenden nationalen Präventionsmechanismus ausgestalten könnte und sollte und habe dies damals empfohlen und mit ausführlichen Argumenten belegt, die dort gerne nachgelesen werden können.

Die seit 2004 verstrichene Zeit hat an der Maßgeblichkeit dieser Argumente nichts geändert. Im Gegenteil, Ombudsmänner (Volksanwaltschaften) als nationale Präventionsmechanismen einzurichten, hat sich als voll im Trend herausgestellt.

2. Einige Bemerkungen zum Fakultativprotokoll:

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Zum Stand 2. Juli 2011 gehören dem Fakultativprotokoll, das am 22. Juni 2006 in Kraft getreten ist („Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment vom 18. 12. 2002, UNTS vol 2375, pp 237 ff), folgende 60 Staaten an:

Albanien, Argentinien, Armenien, Aserbaidschan, Australien, Benin, Bolivien, Bosnien und Herzegovina, Brasilien, Bulgarien, Burkina Faso, Chile, Costa Rica, Dänemark, Demokratische Republik Kongo, Deutschland, Ecuador, Estland, Frankreich, Frühere jugoslawische Teilrepublik Mazedonien, Gabun, Georgien, Großbritannien, Guatemala, Honduras, Kambodscha, Kasachstan, Kirgisien, Kroatien, Libanon, Liberia, Liechtenstein, Luxemburg, Malediven, Mali, Malta, Mauritius, Mexiko, Moldavien, Montenegro, Neuseeland, Nicaragua, Niederlande, Nigerien, Österreich, Paraguay, Peru, Polen, Rumänien, Schweden, Schweiz, Senegal, Serbien, Slowenien, Spanien, Togo, Tschechische Republik, Ukraine, Uruguay und Zypern.

Die drei Staaten, die zum Stand 2. April 2011 im Zuge von Unterzeichnung, Ratifikation oder Beitritt eine Erklärung zur Festlegung ihres nationalen Präventionsmechanismus abgegeben haben, haben die Volksanwaltschaft in ihrem Staat mit dieser Aufgabe betraut. Es waren dies Aserbaidschan („Commissioner of the Human Rights (Ombudsman)“, Slowenien („Human Rights Ombudsman“) und die Frühere jugoslawische Teilrepublik Mazedonien (“Human Rights Ombudsman”). In den beiden zuletzt genannten Fällen wurde noch ergänzt: „in agreement with him also by non-governmental organizations registered in the Republic of Slovenia”(Macedonia) “and by organizations which acquired the status of humanitarian organizations in the Republic of Slovenia” (Macedonia)”. Später kamen Albanien (People’s Advocate), Costa Rica, Dänemark, Estland („Chancellor of Justice“), Georgien („Public Defender“), Luxemburg, Polen, Schweden, Spanien, die Tschechische Republik und Zypern hinzu.

Nur Staaten, die keine Volksanwaltschaft auf gesamtstaatlicher Ebene eingerichtet haben, haben von diesem Instrument keinen Gebrauch gemacht. Die Schweiz, die die Ombudsmannschaft nur auf Kantonsebene kennt (zB Kanton Zürich), hat eine aus 12 Mitgliedern bestehende Kommission von Bund und Kantonen zur Verhütung von Folter eingerichtet (siehe http://www.nkvf.admin.ch/content/nkvf/de/home/die_oe.html) (abgerufen am 2. April 2011). Deutschland, das keine Volksanwaltschaft kennt, hat eine Nationale Stelle zur Verhütung von Folter, die unter ihrem Dach die Bundesstelle zur Verhütung von Folter und die Länderkommission zur Verhütung von Folter vereinigt (siehe http://www.antifolterstelle.de/) (abgerufen am 2. April 2011). Frankreich hat einen Contrôleur générale des lieux de privation de liberté eingerichtet (siehe http://www.cglpl.fr/en/) (abgerufen am 2. April 2011). Großbritannien hat 18 Behörden, darunter Her Majesty’s Inspectorate of Prisons, für zuständig erklärt.

31 Staaten haben zum Stand 2. April 2011 noch keinen nationalen Präventionsmechanismus namhaft gemacht (siehe http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/mechanisms.htm) (abgerufen am 2. April 2011).

Deutschland, Kasachstan, Montenegro und Rumänien machten von der zeitlich befristeten Möglichkeit Gebrauch, Teil IV des Fakultativprotokolls (nationaler Präventionsmechanismus) erst später umzusetzen.

Im Ergebnis hat die weit überwiegende Zahl der Vertragsstaaten die Volksanwaltschaft als nationalen Präventionsmechanismus benannt.

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

3. Die Umsetzung der Bestimmungen des Teiles IV des Fakultativprotokolls (nationaler Präventionsmechanismus) durch den Ministerialentwurf:

3.1. Ad Art 17 Fakultativprotokoll:

Art 17 Fakultativprotokoll lautet:

„Each State Party shall maintain, designate or establish, at the latest one year after the entry into force of the present Protocol or of its ratification or accession, one or several independent national preventive mechanisms for the prevention of torture at the domestic level. Mechanisms established by decentralized units may be designated as national preventive mechanisms for the purposes of the present Protocol if they are in conformity with its provisions."

Der Ministerialentwurf geht davon aus, dass Ratifikation des Zusatzprotokolls und Einrichtung des nationalen Präventionsmechanismus möglichst zeitnahe erfolgen, wobei die Volksanwaltschaft (mit ihren Kommissionen) als Präventionsmechanismus im Sinne des Fakultativprotokolls eingerichtet wird. Der Volksanwaltschaft wird dafür ein Menschenrechtsbeirat zur Beratung beigegeben. Insofern nahezu alle relevanten Materien (Strafrechtswesen, Einrichtungen zum Schutz der Gesellschaft gegen verbrecherische oder sonstige gefährliche Personen; Fremdenpolizei, Regelung und Überwachung des Eintrittes in das Bundesgebiet und des Austrittes aus ihm, Ein- und Auswanderungswesen, Aufenthaltsverbot, Ausweisung und Abschiebung, Asyl, Auslieferung, Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit uäm) gemäß Art 10 B-VG Bundeskompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung sind, stellt sich die Situation in Österreich anders als in Deutschland oder der Schweiz dar und ist keine gemeinsame Einrichtung mit den Ländern erforderlich.

Die vom Ministerialentwurf getroffene Lösung lässt es den Ländern – im Übrigen konform mit Art 17 Fakultativprotokoll, der „von einem oder mehreren unabhängigen nationalen Präventionsmechanismen spricht" und dies ausdrücklich auch für „dezentralisierte Einheiten" zulässt, offen, für ihren Zuständigkeitsbereich (zB Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahren in Angelegenheiten des selbstständigen Wirkungsbereichs der Länder) einen eigenen gemeinsamen Mechanismus zu schaffen. Art 148 i macht es aber auch möglich, dass die Länder die Volksanwaltschaft auch für ihren Vollzugsbereich für zuständig erklären. Der vom Ministerialentwurf vorgesehene neue Art 148 i Abs 3 B-VG stellt sicher, dass auf Landesebene ein nationaler Präventionsmechanismus, sei es im Wege der Volksanwaltschaft, sei es durch eine eigne Einrichtung geschaffen werden muss.

Art 17 Fakultativprotokoll verlangt vom nationalen Präventionsmechanismus, dass er „unabhängig" ist. Die Regelung des Art 148 g Abs 5 B-VG, wonach die drei Mitglieder der Volksanwaltschaft, die vom Nationalrat auf Gesamtvorschlag des Hauptausschusses mit erhöhtem Quorum gewählt werden, zum Nationalrat wählbar sein müssen und weder dem Europäischen Parlament, noch der Bundes-, noch einer Landesregierung, noch einem allgemeinen Vertretungskörper angehören und auch keinen anderen Beruf ausüben dürfen, stellt diese gebotene Unabhängigkeit neben Art 148a Abs 5 (alt), Abs 6 (neu) B-VG einwandfrei sicher. In einer parlamentarischen Demokratie, die auf dem Mehrparteiensystem beruht, erscheint es recht und billig, dass die drei Mitglieder für den Gesamtvorschlag von den drei mandatsstärksten Parteien des Nationalrats benannt werden. Die vom Ministerialentwurf vorgeschlagene Präzisierung, wonach bei Mandatsgleichheit die Zahl der bei den letzten Nationalratswahlen abgegebenen Stimmen den Ausschlag gibt, fügt sich konsequent in dieses System (Art 148 g Abs 2 B-VG).

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Die in der Vordiskussion auf Ebene von Nichtregierungsorganisationen vorgesehene Version, wonach die Mitglieder der Volksanwaltschaft letztlich im Wege eines Gesamtvorschlages des Hauptausschusses aus einer Liste, die vom Menschenrechtsausschuss auf der Grundlage einer Ausschreibung und Anhörung erstellt wird, gewählt werden, hätte die gebotene Unabhängigkeit nicht sicher gestellt. Die Ausschreibung würde nämlich auf dem Zufallsprinzip basieren und kein Korrektiv enthalten, finden sich nur drei Kandidaten oder werden nur drei Kandidaten nach der Anhörung ausgewählt, die zwar formal im Wege der Wahl durch den Nationalrat unabhängig scheinen, materiell aber nicht die Parteienvielfalt und damit das verfassungsrechtlich angelegte System der checks and balances der österreichischen Demokratie widerspiegeln, sondern alle einem politischen Lager zugehören können. Die formale Unabhängigkeit hätte bei dieser Konstellation in der praktischen Tätigkeit durch eine mangelnde funktionelle Unabhängigkeit unterlaufen werden können. Die Kontrolltätigkeit des nationalen Präventionsmechanismus hätte dann einem politischen Ziel und nicht der Sache, nämlich die Antifolterkonvention und das Fakultativprotokoll durchzusetzen, dienen können.

Die eindeutige Aussage des Ministerialentwurfs, wonach alle Mitglieder der Volksanwaltschaft und damit der gesamte nationale Präventionsmechanismus einem Berufsverbot unterliegen, ist die eindeutig bessere, ja bestmögliche Garantie von Unabhängigkeit.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass dem Modell der Regierungsvorlage klar der Vorzug gegenüber dem Alternativvorschlag eingeräumt werden muss. Nur die Regierungsvorlage garantiert die vom Fakultativprotokoll geforderte Unabhängigkeit.

3.2. Ad Art 18 Fakultativprotokoll:

Art 18 Fakultativprotokoll lautet:

"1. The States Parties shall guarantee the functional independence of the national preventive mechanisms as well as the independence of their personnel.

2. The States Parties shall take the necessary measures to ensure that the experts of the national preventive mechanism have the required capabilities and professional knowledge. They shall strive for a gender balance and the adequate representation of ethnic and minority groups in the country.

3. The States Parties undertake to make available the necessary resources for the functioning of the national preventive mechanisms.

4. When establishing national preventive mechanisms, States Parties shall give due consideration to the Principles relating to the status of national institutions for the promotion and protection of human rights."

Dass dem Erfordernis der Unabhängigkeit besonderes Gewicht beizumessen ist, wird durch Art 18 Abs 1 Fakultativprotokoll untermauert. Diese Bestimmung verlangt zusätzlich die Gewährleistung „funktioneller Unabhängigkeit". Funktionelle Unabhängigkeit ist gewährleistet, wenn die Mitglieder des nationalen Präventionsmechanismus neben dieser ihrer Tätigkeit keiner weiteren beruflichen Tätigkeit nachgehen dürfen. Der Ansatz des Ministerialentwurfs ist also vorbehaltlos gutzuheißen.

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Die Bestimmungen des Art 148 h B-VG, die entsprechend dem Ministerialentwurf um einen Abs 3 ergänzt werden, der die Einrichtungen von Kommissionen und des Menschenrechtsbeirats vorsieht, stellen die Unabhängigkeit des Personals der Volksanwaltschaft, der Kommissionen und des Menschenrechtsbeirats sicher, insofern keine andere Behörde Einfluss auf die Auswahl und Diensterfüllung der betreffenden Personen hat, außer die Volksanwaltschaft.

Der Ministerialentwurf enthält auf Verfassungsebene für die Volksanwälte selbst keine spezifischen Vorschriften zur Umsetzung des Art 18 Abs 2 Fakultativprotokoll. Doch gelten hier die entsprechenden verfassungs- und dienstrechtlichen Gewährleistungen, die zur Sicherung von Qualität und fachlichen Kenntnissen, Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie angemessener Berücksichtigung ethnischer und sonstiger Minderheitengruppen bei den Mitgliedern der Volksanwaltschaft und dem Personal der Volksanwaltschaft zur Anwendung gelangen.

Der Ministerialentwurf enthält die von Art 18 Abs 2 Fakultativprotokoll angesprochenen Vorgaben jedoch in § 12 Abs 2 und § 15 Abs 3 VolksanwaltschaftsG für die Mitglieder der Kommissionen und für die Mitglieder des Menschenrechtsbeirats.

Der Ministerialentwurf betont im Vorblatt dass sie sich bewusst ist, dass das Verfassungs- und Gesetzänderungsvorhaben „ausgaben- und kostenwirksam“ ist und dass dies durch Umsetzung zwingender Vorschriften des Völkerrechts, gemeint: der Vorschriften des Fakultativprotokolls, bedingt ist. Damit wird Art 18 Abs 3 Fakultativprotokoll Rechnung getragen.

Zwar enthält der Ministerialentwurf keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Pariser Prinzipien (Principles Relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles) http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm (abgerufen am 3. April 2011) (angenommen durch Resolution der UN Generalversammlung Nr 48/134 vom 20. Dezember 1993), auf die Art 18 Abs 4 Fakultativprotokoll verweist. Den Pariser Prinzipien wird aber, sowohl, was die Aufgaben einer nationalen Menschenrechtsinstitution, als auch deren Zusammensetzung und Bestandsgarantien anbelangt, in der Zusammenschau von Volksanwaltschaft, Kommissionen und Menschenrechtsbeirat bestmöglich Rechnung getragen.

3.3. Ad Art 19 Fakultativprotokoll:

Art 19 Fakultativprotokoll lautet:

“The national preventive mechanisms shall be granted at a minimum the power:

(a) To regularly examine the treatment of the persons deprived of their liberty in places of detention as defined in article 4, with a view to strengthening, if necessary, their protection against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment;

(b) To make recommendations to the relevant authorities with the aim of improving the treatment and the conditions of the persons deprived of their liberty and to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, taking into consideration the relevant norms of the United Nations;

(c) To submit proposals and observations concerning existing or draft legislation.”

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Die Bestimmungen von Art 148 a - c B-VG iVm §§ 1 Abs 2, 6, 7 und 11 – 20 VolksanwaltschaftsG setzen diese Bestimmung des Fakultativprotokolls vollinhaltlich um.

3.4. Ad Art 20 Fakultativprotokoll:

Art 20 Fakultativprotokoll lautet:

"In order to enable the national preventive mechanisms to fulfil their mandate, the States Parties to the present Protocol undertake to grant them:

(a) Access to all information concerning the number of persons deprived of their liberty in places of detention as defined in article 4, as well as the number of places and their location;

(b) Access to all information referring to the treatment of those persons as well as their conditions of detention;

(c) Access to all places of detention and their installations and facilities;

(d) The opportunity to have private interviews with the persons deprived of their liberty without witnesses, either personally or with a translator if deemed necessary, as well as with any other person who the national preventive mechanism believes may supply relevant information;

(e) The liberty to choose the places they want to visit and the persons they want to interview;

(f) The right to have contacts with the Subcommittee on Prevention, to send it information and to meet with it."

Die Bestimmungen der Art 148a Abs 2, Art 148c und Art 148d B-VG entsprechend dem Ministerialentwurf sowie der §§ 11, 13, 14 und 17 VolksanwaltschaftsG entsprechend dem Ministerialentwurf setzen Art 20 Fakultativprotokoll umfassend um.

3.5. Ad Art 21 Fakultativprotokoll:

Art 21 Fakultativprotokoll lautet:

"1. No authority or official shall order, apply, permit or tolerate any sanction against any person or organization for having communicated to the national preventive mechanism any information, whether true or false, and no such person or organization shall be otherwise prejudiced in any way.

2. Confidential information collected by the national preventive mechanism shall be privileged. No personal data shall be published without the express consent of the person concerned."

Die Bestimmungen der §§ 18 – 20 VolksanwaltschaftsG entsprechend dem Ministerialentwurf setzen Art 21 Fakultativprotokoll in gleicher Weise und umfassend um.

3.6. Ad Art 22 Fakultativprotokoll:

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Art 22 Fakultativprotokoll lautet:

"The competent authorities of the State Party concerned shall examine the recommendations of the national preventive mechanism and enter into a dialogue with it on possible implementation measures."

Art 148c B-VG erfüllt diese Vorgabe in der bereits bestehenden Fassung.

3.7. Ad Art 23 Fakultativprotokoll:

Art 23 Fakultativprotokoll lautet:

"The States Parties to the present Protocol undertake to publish and disseminate the annual reports of the national preventive mechanisms."

Dieser Bestimmung wird durch Art 148d B-VG in der geltenden, bzw Art 148d Abs 2 B-VG in der Fassung des Ministerialentwurfs entsprochen.

4. Zusammenfassung

Analysiert man den Ministerialentwurf aus dem Blickwinkel der Umsetzung des Fakultativprotokolls, so kann von einer vollen und wortgetreuen Umsetzung des Fakultativprotokolls gesprochen werden.

Der Ministerialentwurf gewährleistet institutionelle und funktionelle Unabhängigkeit des nationalen Präventionsmechanismus, wie sie das Fakultativprotokoll verlangt.

Mit freundlichen Grüßen

Michael Geistlinger

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.